



# مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد السابع والعشرون:  
2020/2

---

مجلة فصلية تصدر عن  
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

---

مجموعة الليلي للمحاماة  
*al laili law firm*



## مجلة الحقوق والعلوم السياسية

<b>هيئة التحرير</b> العميد د. كميل حبيب د. إيلي داغر د. خالد الخير د. رفيق رحيمة د. خليل خيرالله د. عيسى بيرم	<b>الهيئة الاستشارية العليا</b> معالي الرئيس د. عدنان السيد حسين العميد د. كميل حبيب د. ماري الحلو د. دينا المولى د. محمد عيسى عبدالله
<b>المدير المسؤول</b> د. عصام إسماعيل	<b>رئيس التحرير</b> العميد د. كميل حبيب

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في مجالي القانون والسياسة.

للإستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع ([droit.ul.edu.lb](http://droit.ul.edu.lb))

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

[camille\\_habib@hotmail.com](mailto:camille_habib@hotmail.com)

[Issam.ismail@ul.edu.lb](mailto:Issam.ismail@ul.edu.lb) - [droit@ul.edu.lb](mailto:droit@ul.edu.lb)

## ◆ قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

- 1- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:
  - أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
  - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة.
  - ج- ممنهجاً مراعيًا الحداثة ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
  - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
  - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
  - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
  - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
  - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- 2- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- 3- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- 4- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- 5- بعد إدراج المجلة على الموقع الالكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.



## محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير
11	القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية
13	د. غسان ملحم، الرئيس العماد إميل لحود من قيادة الجيش إلى رئاسة الجمهورية
66	د. معين عبدالله، التحديث الإداري - تجربة وزارة المالية
92	د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، تنازع المحاكم الإدارية والعادية حول اتفاق ترسيم الحدود المصرية السعودية
142	Edgard A. Abawatt, Le Recours en Interprétation devant le Conseil constitutionnel libanais
181	HABIB KAZZI, MEDIATION IN THE MENA REGION
208	MARIE LINE KARAM, INTERNATIONAL ENERGY LAW: A COHERENT AND EFFECTIVE CATEGORY OF LAW ?
221	القسم الثاني: دراسات في القانون
223	د. رجاء شريف، مبدأ توازن الموازنة في الدستور وفي قانون المحاسبة العمومية
239	د. ثروت الزهر، السرية المصرفية بين الشمولية المطلقة والقيود الاستثنائية

271	د. أشرف رمال، الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى
284	د. عبدالكريم عبدالله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري
303	د. فانتن حسين حوى، قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات في ضوء التشريع المقارن
367	Sajih RIZK, L'administrateur provisoire des sociétés in bonis
397	Tala Zein, La place actuelle de la notion d'affectio societatis au regard de l'expansion du critère économique (Étude comparative)
467	Mahmoud Melhem, Sukuk Investment Contracts in Islamic Finance

## "صفقة القرن .... سرقة القرن"

العميد د. كميل حبيب

مرة جديدة تثبت الولايات المتحدة الامريكية إنها لا تملك أي سياسة خارجية تجاه الشرق الأوسط، أنها تطبق فقط السياسة الإسرائيلية. إعلان الرئيس الأمريكي دونالد ترامب عن صفقة القرن في 28 كانون الثاني 2020 " كحل نهائي " للصراع العربي الإسرائيلي، تمّ في حضور رئيس وزراء العدو بنيامين نتنياهو، وفي غياب تام لصاحب القضية، أي الجانب الفلسطيني.

علينا بداية أن نبدأ الملاحظات التالية:

1- تقع "صفقة القرن" في 181 صفحة، و هو الرقم الذي يحمله قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فيما يخص تقسيم فلسطين التاريخية الى دولتين.

2- في كل مرة تمر ولاية الرئيس الامريكي في مأزق كبير يحاول سيد البيت الأبيض الهروب إلى الأمام عبر الإبهام بأنه يحاول تحقيق إنجاز تاريخي في الخارج، فكان هذا الإعلان هو أحد الوسائل التي استخدمها للتغطية على فشل تحقيق نتائج من عملية اغتيال الشهيد قاسم سليمان، وكذلك للنجاة من سيف المحاكمة، حيث كان لهذا الإعلان الأثر في نجاة الرئيس ترامب من محاولة جادة لعزله على

خلفية تدخله في شؤون أوكرانيا الداخلية لمصلحة إنتخابية في مواجهة خصمه جوزف بيدن.

3- يعتقد الرئيس ترامب أنه بفعلته هذه قد يجذب دعم اللوبي الصهيوني له في معركته الانتخابية للبقاء في البيت الأبيض لأربع سنوات قادمة. لكنه لا يدرك أن إسرائيل أخذت منه كل شيء، وهي تعلم أنه لا يمكن إبتزاز أي رئيس أمريكي تمكن من إعادة إنتخابه. هذا وقد ظهرت على وسائل التواصل الإجتماعي نادرة سياسية جديرة بالإهتمام:

الرئيس ترامب: لقد قدمت لكم كل شيء، فهل تريدون احتلال الولايات المتحدة.

نتنياهوهو: لا تقلق حضرة الرئيس، لقد أنجزنا ذلك منذ زمن بعيد.

4- جاء إعلان الرئيس ترامب عن "صفقة القرن" في لحظة الضعف العربي. فحالة الهوان التي يمر بها كل من لبنان وسوريا والعراق، إضافة إلى حالة الإنقسام على الساحة الفلسطينية، والعقوبات الجائرة بحق الجمهورية الاسلامية في إيران، شجعت الرئيس الأمريكي على إعلان خطته الجائرة في فرض السلم الإسرائيلي المسلح على العرب أجمعين.

لقد جاء مضمون الصفقة تلبية لإجماع الصهاينة من حزب الليكود والعمل في ما يخص عملية السلام برمتها. الحقيقة أنه لا يوجد أي خلاف بين تجمعي الليكود والعمل حول ثوابت الكيان الصهيوني الإستراتيجية. هذه الثوابت هي:

1- القدس عاصمة إسرائيل الأبدية.

2- رفض قيام دولة فلسطينية مستقلة.

3- إبقاء المستوطنات حيث هي.



4- عدم الإنسحاب إلى خطوط الرابع من حزيران عام 1967

5- رفض عودة اللاجئين الفلسطينيين، وإبقائهم حيث هم.

لقد أكدت هذه الصفقة، أن لا سلام يرتجى من هذا الكيان الغاصب؛ وإن تخصيص مبلغ 50 مليار دولار لشراء إذعان من بقي من العرب والفلسطينيين الراضين لهكذا "سلام"، تظهر قناعة راسخة لدى تل أبيب وواشنطن أن فلسطين هي قضية عقارية.

ثمّ بعد كل هذا الويل على فلسطين ولبنان والأمة؟. أصبح مسلماً به أن لا خيار لنا سوى المقاومة بكل أشكالها العسكرية والسياسية والإقتصادية. فصراعنا مع الكيان الصهيوني لهو صراع وجودي، إمّا نحن وإمّا هم.

ومن هذه المنطلق، نطرح موقفنا بأن لا لتسوية تشرعن المخالفة والتنازل عن الحقوق الوطنية والقومية للشعب الفلسطيني ولأمة. ونعم لإستمرار الصراع حتى التطبيق بالكامل لمبادئ الشرعة القومية القائمة على مبدأ الأرض، كل الأرض، مقابل السلام العادل والشامل لكل المنطقة والعالم.



---

## القسم الأول: دراسات في العلوم السياسية

---

- د. غسان ملحم، الرئيس العماد إميل لحود من قيادة الجيش إلى رئاسة الجمهورية
- د. معين عبدالله، التحديث الإداري - تجربة وزارة المالية
- د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، تنازع المحاكم الإدارية والعادية حول اتفاق ترسيم الحدود المصرية السعودية
- Edgard A. Abawatt, Le Recours en Interprétation devant le Conseil constitutionnel libanais
- Habib KAZZI, Mediation in the MENA Region
- Marie line Karam, International Energy law: A coherent and effective category of law?



## الرئيس العماد إميل لحود

### من قيادة الجيش إلى رئاسة الجمهورية

الدكتور غسان ملحم

يعد الرئيس العماد إميل لحود من أبرز الشخصيات الوطنية في تاريخ لبنان السياسي والإجتماعي وأكثرها جدلاً أو إثارة للجدل. فقد تسلم قيادة الجيش اللبناني لمدة تناهز تسع سنوات، تمتد من تشرين الثاني 1989 حتى تشرين الثاني 1998. ثم تولى مقاليد رئاسة الجمهورية اللبنانية لمدة تناهز تسع سنوات أيضاً، وتمتد من تشرين الثاني 1998 حتى تشرين الثاني 2007. من هنا، يمكن القول أنه قد دخل معترك العمل أو النضال السياسي، بحيث شارك في عملية صنع القرار السياسي في البلد من سدة رئاسة الدولة، من بوابة العمل أو النضال العسكري. ولعب دوراً كبيراً ووازناً في الحياة الوطنية لحقبة تمتد زهاء عقدين من الزمن؛ وقد كانت من أخطر الحقب في تاريخ البلد الحديث والمعاصر. هو قرر أن يتحدث لأنه تعرض للكثير من التخوين والتشكيك في خلفيته الوطنية والتشويه لصورته وحقيقته وتضليل الناس والرأي العام حيال مواقفه وخياراته في الجيش وفي السياسة، ولأنه يريد للجيل الصاعد والشباب أن يعرفوا الحقيقة كما هي، الحقيقة التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من التاريخ، وأن يتمسكوا بحقهم في معرفة هذه الحقيقة والكشف عنها والبناء عليها أيضاً<sup>(1)</sup>.

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

وعليه، فقد بدأت فكرة إعداد هذا البحث العلمي أو هذه الدراسة بمجموعة أو سلسلة من الجلسات واللقاءات والمقابلات المتقطعة، ولكن المترابطة والمتسلسلة، مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في اليرزة. ثم شرفني بأن خصني بسلسلة أو مجموعة من الجلسات واللقاءات والمقابلات الأسبوعية، المنسقة والمتابعة أو المتتالية، في منزله في الأشرفية. واستمرت الحال على هذا المنوال إلى أن تمكنا من حصد وجمع أكبر قدر ممكن من البيانات والمعلومات حول تجربته في الجيش والسياسة وتسجيلهما وتوثيقهما. وقمنا بكتابة هذا البحث ونشره.

في الإشكالية المنهجية، يهدف هذا البحث إلى الخوض في تلك المرحلة أو الحقبة السياسية والزمنية من تاريخ هذا البلد وحياة الدولة القائمة فيه ومسار نظام حكمه السياسي. والمقصود هنا تلك المرحلة أو الحقبة التي لعب فيها الرئيس لحود دوراً في الحياة الوطنية وشارك في صنع القرار السياسي والعسكري. كما يهدف البحث إلى الكشف عن الحقيقة السياسية والتاريخية، الحقيقة التي يكتنفها الغموض ويشوبها الالتباس، أو أقله محاولة البحث عنها.

هناك العديد من الأسئلة أو التساؤلات التي تطرح أو تفرض نفسها في هذا المجال. وتبدو هذه الأسئلة أو التساؤلات مشروعة، وربما ملحة. وهي تحتاج إلى الإجابة عنها أو الرد عليها بطريقة مسؤولة، تقترب، ما أمكن، من الحقيقة السياسية والتاريخية، إن لم تكن تلامسها، بل تصيبها. ماذا عن تجربة الرئيس العماد إميل لحود في المؤسسة العسكرية؟ وماذا عن تجربته في الحياة السياسية؟ كيف كانت علاقته بكل من المقاومة وسوريا؟ وكيف هي في الوقت الراهن؟ وما هو موقفه من السلطة أو الطبقة السياسية؟ وماذا أيضاً عن نظرتة إلى الشرعية الدولية والمجتمع الدولي والمجموعة العربية وموقفه منها؟

في الأهمية العلمية، يندرج موضوع هذا البحث، من حيث التكييف المعرفي أو الحقلي له في إطار سلسلة أو مجموعة الدراسات أو الأبحاث العلمية السياسية والاجتماعية، ضمن الفرع أو الحقل الفرعي، الجديد أو الحديث نسبياً، والذي بات يعرف بسوسيولوجيا الأنظمة والنخب السياسية في الجامعات ومراكز الأبحاث ومعاهد الدراسات في الغرب. كما أنه

يحيلنا على مجموعة الكتابات أو القراءات في مجال السيرة السياسية والتاريخ السياسي، وإن كان يتبع نمطاً أو أسلوباً مغايراً في كيفية كتابة السيرة السياسية أو قراءة التاريخ السياسي أو مراجعتهما.

في الأهمية العملية، يعنى هذا البحث بدراسة وتحليل مذكرات الرئيس العماد إميل لحود، وليس تدوينها أو سردها، وإنما بطريقة غير تقليدية وغير كلاسيكية، قد تختلف، بصورة أو بأخرى، عن الأسلوب المتعارف عليه في هذا المضمار لدى كتابة مذكرات الشخصيات السياسية والتاريخية والعسكرية وتوثيقها. وعليه، فإن أهمية أو قيمة هذا البحث العلمي من الناحية العملية تكمن في محاولة إجراء نوع أو شكل من المقاربة أو القراءة لتجربة الرئيس العماد إميل لحود وممارسته في إطار الحياة الوطنية، سواء في المؤسسة العسكرية أو في الحياة السياسية.

في المنهجية العلمية، يغلب على مجمل هذا البحث أو هذه الدراسة الأسلوب أو المنهج التوثيقي، وكذلك الأسلوب أو المنهج الوصفي التحليلي، وهما من أكثر المناهج أو الأساليب المنهجية استخداماً وانتشاراً في العلوم السياسية وفي العلاقات الدولية، كما في سائر العلوم الإنسانية والاجتماعية، حيث يتم توصيف الوقائع أو الأحداث السياسية والتاريخية وتوثيقها وتحليلها في مضامينها وأبعادها بطريقة منهجية علمية. كما سنلجأ إلى اعتماد المقاربة التاريخية، وذلك عبر إجراء نوع أو شكل من المراجعة التاريخية أو الرجوع إلى الخلفيات أو الجذور التاريخية لتلك الوقائع أو الأحداث السياسية، مع الإشارة هنا إلى أن المنهج التاريخي هو من أبرز المناهج العلمية، التقليدية أو الكلاسيكية، في هذا المضمار. كما أننا سنقوم باستخدام المقاربة المقارنة، وذلك عبر إجراء نوع أو شكل من المقارنة المنهجية على صعيد المواقف أو الظروف السياسية، مع الإشارة هنا إلى أن المنهج المقارن هو من أهم المناهج العلمية، الحديثة أو المعاصرة، في هذا المجال. كذلك فإننا سنعمد إلى اتباع المقاربة السلوكية، وذلك من خلال رصد وتتبع المحددات أو المؤثرات السلوكية لإجراء القراءات أو التحليلات على أساسهما، مع الإشارة إلى أن المنهج السلوكي يحيلنا على علم النفس السياسي وعلم النفس السلوكي.

في التصميم المنهجي، والمقصود كيفية فرز وتقسيم المعلومات أو الأفكار، وكيفية تبويبها وتوزيعها على العناوين، أي المحاور أو البنود، يتناول هذا البحث، من زاوية المنهجية العلمية أيضًا، المواضيع أو الملفات التي تلي:

- تجربة الرئيس العماد إميل لحود في الجيش
- تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع المقاومة
- تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع سوريا
- تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع السلطة السياسية
- تجربة الرئيس العماد إميل لحود في ممارسة الحكم
- تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع الشرعيتين العربية والدولية

#### • أولاً: تجربة الرئيس العماد إميل لحود في الجيش

لم يكن اللواء الراحل جميل لحود، والد الرئيس العماد إميل لحود، يستحسن أبداً فكرة دخول نجله، أي الأخير، إلى الكلية الحربية، وبالتالي انخراطه بالمؤسسة العسكرية كضابط في الجيش. فمن واقع تجربته الشخصية في هذه المؤسسة، كان الوالد يردد على مسمع من ولده أن الجيش في هذا البلد غير وطني، بل إنه، برأيه، طائفي ومذهبي، بحيث يتعذر بالنظر لهذا الواقع الفئوي والجهوي لهذه المؤسسة، أن يضطلع بأي دور وطني أو ذي بعد أو مضمون وطني. إلا أن الشاب المتحمس والمندفع لخوض غمار هذه التجربة العسكرية أصر، في المقابل، على الدخول إلى المدرسة الحربية في الجيش في محاولة منه، كما يقول هو، للتغيير أو التطوير أو التحسين، ما أمكن، في هذا الواقع القائم. عند هذا الموضع بالتحديد، يشير الرئيس لحود، لدى حديثه عن تجربته الشخصية هذه، والتي تمتد لعقود من الزمن، إلى أنه قد ترك مهامه العسكرية في الجيش عدة مرات لاختلافه، بل خلافه، مع رؤسائه، سواء كانوا من داخل الجيش أو حتى على مستوى السلطة السياسية في البلد. فهو كان يرفض الإستقالة، بمعنى أن يستقيل هو، في مثل هذه الحالات أو هذه المواقف، ويرى



أنها دليل على ضعف الموقف أو مؤشر على ضعف الشخص حتى، أو ربما غياب أو انعدام الرغبة في المواجهة أو القدرة على تحمل المسؤولية<sup>(1)</sup>.

بعد انعقاد مؤتمر الطائف في المملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٩، وذلك برعاية دولية وإقليمية، وصدور وثيقة الوفاق الوطني التي تمخضت عن اللقاء النيابي اللبناني هناك، ومن ثم انتخاب رنيه معوض رئيسًا للجمهورية، كان لا بد من أن يصار إلى تعيين قائد للجيش. وكان العميد إميل لحود في ذلك الوقت رئيسًا للغرفة العسكرية في وزارة الدفاع الوطني. ولكنه كان قد ترك مهامه العسكرية في الجيش لبضعة شهور. وقد سبق أن ترك الجيش قبلها عدة مرات كما أسلفنا. وكان ذلك احتجاجًا منه على بعض الممارسات. إلا أنه لم يستقل يومًا من المؤسسة العسكرية. فبرأيه، من يستقيل هو الإنسان أو الشخص الضعيف، وهو ليس كذلك. كما أنه لم يكن يستفيد، طوال خدمته العسكرية، من إجازاته السنوية، لاعتقاده بأن واجبه يحتم عليه عدم تضييع الوقت والبقاء على أهبة الإستعداد والجهوزية.

كان لا بد إذاً من تعيين قائد للجيش اللبناني. وقد اتصل به في تلك الفترة من لندن النائب والوزير الراحل نسيب لحود، وهو ابن عمه. وطلب لقاءه على وجه السرعة في بيروت. وهكذا كان. ف جاء إليه، ومعه موفدان سعوديان، رفضا الكشف عن إسميهما. ولكنهما كانا يحملان إليه رسالة سعودية. وكانت هذه هي المرة الأولى التي يلتقي بها الرئيس لحود بموفد أو مبعوث من الجانب السعودي. وكانت الرسالة تتضمن مقترحًا سعوديًّا بتشكيل جيش لبناني في منطقة بيروت الغربية بقيادة محمد سعد، وجيش لبناني في منطقة بيروت الشرقية بقيادة بول فارس، على أن يتولى العميد لحود قيادة الجيشين، بحيث يكون هو القائد الأعلى للجيش، أو بالأحرى الجيشين. فرفض العميد لحود البحث أو الخوض في مثل هذا الخيار أو المسار المقترح للحل جملة وتفصيلاً<sup>(2)</sup>.

---

(1) المرجع نفسه.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/27.

كما تضمنت الرسالة أيضًا عرضًا سعوديًّا، مفاده أن المملكة العربية السعودية قد توقفت منذ مدة عن تسديد الأموال التي كانت ترسلها إلى العماد ميشال عون، بصفته رئيس الحكومة العسكرية المؤقتة ووزير الدفاع الوطني وقائد الجيش في المنطقة الشرقية، وذلك على خلفية استمرار حالة التمرد ومعارضة عون لمؤتمر الطائف والوثيقة التي تمخضت عنه، وبالتالي عدم انخراطه في الحل الذي شاركت أو ساهمت الرياض في صوغه ووضعه موضع التنفيذ. فعمدت بعدها المملكة العربية السعودية إلى التواصل والتنسيق مع كل من العميد الشقيقين جورج وميشال حروق بقصد التعاون في هذا المجال. وكان المطلوب من هذين الأخيرين، بالنسبة إلى السعوديين، مقابل الأموال التي يتم تحويلها أو تسليمها إليهما، أن يتم تجنيد أو تعبئة أكبر عدد ممكن من الضباط داخل الجيش. ولكنهما لم يتمكنوا من ذلك. فكان العرض السعودي يقضي بأن يتم إعطاء هذه الأموال للعميد لحود كي يتولى هو بنفسه تنفيذ هذه المهمة. وهو الأمر الذي سارع الأخير إلى رفضه من دون أي تردد أو تلوُّق حتى في الإجابة. وهكذا انتهى هذا اللقاء من دون التوصل إلى أية نتيجة مع هذين المبعوثين السعوديين اللذين قد جاءا إلى بيروت برفقة النائب والوزير الراحل نسيب لحود<sup>(1)</sup>.

كان العميد لحود قبلها بسنوات قد نقل محل إقامته وعائلته من منزله في الروشة، أي في المنطقة الغربية، إلى الشاليه في جونية، أي في المنطقة الشرقية، وذلك لأسباب سياسية وأمنية عديدة، قد لا يتسع المجال هنا لعرضها. في تلك الفترة، إتصل به المحامي جوزيف أبو شرف، أحد المقربين من الرئيس المنتخب رنيه معوض، والتقاء عدة مرات سرًّا موفدًا شخصيًّا من الرئيس معوض نفسه. كان الأخير بصدد البحث عن الشخصية العسكرية المناسبة لتولي قيادة الجيش. وكانت أمامه عدة أسماء أو شخصيات أو خيارات. وكان العميد إميل لحود من أبرز الأسماء المرشحة أو المطروحة لهذا المنصب. وقد أبلغ السيد أبو شرف العميد لحود رغبة الرئيس معوض بأن يلتقي به في هذا الإطار ولهذا الغرض. وكان من الطبيعي أن يجري كل ذلك بسرية تامة، حتى لا يتسرب هذا الخبر إلى جماعة عون أو القوات اللبنانية في المنطقة الشرقية. فاشتراط لحود عدم إخضاعه لأي اختبار أو

---

(1) المرجع نفسه.

امتحان على الإطلاق. إلا أن الرئيس معوض أرسل إليه من جديد، يطلب منه هذه المرة الموافقة على استقبال الدكتور سمير جعجع. وهو الأمر الذي رفضه العميد لحدود بشدة<sup>(1)</sup>. لم ينته الموضوع عند هذا الحد. فبعد الموفد أو المبعوث الرئاسي الأول جوزيف أبو شرف، إتصل بالعميد لحدود السيد ميلاد القارح، وهو من المقربين أيضًا إلى الرئيس الراحل رنيه معوض، وهو الموفد أو المبعوث الرئاسي الثاني. وقد جزم الأخير له بأن مسألة تعيينه قائدًا للجيش قد حسمت هذه المرة على المستوى السياسي، بمعنى أن هناك قرارًا سياسيًا بهذا الخصوص، وأنه لن يخضع لأي امتحان أو اختبار خلال لقاء الرئيس رنيه معوض به. وعلى هذا الأساس غادر العميد لحدود وعائلته المنزل في جونه، ليترك المنطقة الشرقية، وينتقل من جديد إلى المنطقة الغربية. كان ذلك يوم عيد الإستقلال، حيث كان مقرراً أن يلتقي رئيس الجمهورية رنيه معوض بالعميد إميل لحدود فور الإنتهاء من مراسم الإحتفال بالعيد، تليها أيضًا مراسم الإستقبال. فكانت حادثة اغتيال الرئيس الشهيد رنيه معوض في نفس ذلك اليوم. وقد طلب لذلك من العميد لحدود العودة من حيث أتى، أي إلى جونه ومنطقة بيروت الشرقية، ذلك أن أحدًا لم يعلم بعد بالأمر، في إشارة إلى النية بتعيينه قائدًا للجيش. وقد اتصل به لهذا الغرض أحد كبار الضباط الأمنيين السوريين العاملين في بيروت. ولكنه رفض ذلك معتبراً أنه حسم خياره إلى غير رجعة، وإن لم يعد مقصده الآن تسلم قيادة الجيش. في ذلك الحين، كان العميد لحدود يعتقد أن الرئيس الراحل رنيه معوض هو من قرر شخصيًا اختياره كي يكون على رأس الجيش أو المؤسسة العسكرية، قبل أن تتكشف له لاحقاً بقية الحقيقة، ويدرك أن الأمر أو القرار كان قد صدر من خلف الحدود<sup>(2)</sup>. لم يكن اللقاء الأول بين رئيس الجمهورية المنتخب حديثاً أو مؤخرًا إلياس الهراوي وبين العميد إميل لحدود المرشح لقيادة الجيش، والذي كان يشغل في ذلك الوقت منصب رئيس الغرفة العسكرية في وزارة الدفاع الوطني، إيجابياً على الإطلاق. وقد تم هذا اللقاء بعيد انتخاب الرئيس الهراوي رئيساً للجمهورية بأيام قليلة في مقر الرئيس المؤقت في يارك أوتيل

---

(1) المرجع نفسه.

(2) المرجع نفسه.

في شتورا. وقد قام بالترتيب والتحضير لهذه الجلسة أو هذا الإجتماع كل من رئيس مجلس النواب حسين الحسيني ووزير الدفاع وقتذاك ألبير منصور وشقيقه اللواء الراحل إدوار منصور. وكان العميد لحدود قد اشترط مسبقاً أو طلب مقدماً عدم خضوعه لأي اختبار أو امتحان؛ وذلك على اعتبار أن سيرته الذاتية معروفة؛ وكذلك الأمر في ما يخص ملفه العسكري؛ فهو لديهم، والجميع يعرفه. وهكذا كان. لدى وصولهما، أي الوزير ألبير منصور يرافقه العميد لحدود، طلب الرئيس الهراوي من الوزير منصور أن يغادر الغرفة أو المكتب، وأن يتركه على انفراد مع العميد لحدود. فدار نقاش واضح وصريح بين الرجلين، أي الهراوي ولحدود. وقد سأل الرئيس الهراوي، لكونه رئيس الجمهورية، وبالتالي بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة، العميد لحدود سؤالاً افتراضياً عن إسمي الضابطيين اللذين سيختارهما لرئاسة الأركان ومديرية المخابرات، فيما لو وقع عليه الإختيار وأصبح قائداً للجيش. كما حاول الرئيس الهراوي أن يعرف رأيه وموقفه من تعيين العميد رياض نقي الدين رئيساً للأركان والعميد ميشال حروق مديراً للمخابرات. فرفض لحدود الإجابة بإعطاء أي إسم أو تسمية أي ضابط أو شخصية عسكرية مؤكداً أنه سيختار الأفضل بين الضباط المطروحين أو المرشحين، أو بالأحرى المؤهلين، لكل من هذين المركزين. وهو الأمر الذي أثار امتعاض الرئيس الهراوي واستياءه من فكرة أو خيار تعيين العميد إميل لحدود قائداً للجيش. وهكذا انفضت هذه الجلسة سريعاً دون أن يتم التقاهم بين الرجلين<sup>(1)</sup>.

بعدها بأيام قليلة، ذهب الرئيس إلياس الهراوي إلى دمشق للقاء الرئيس حافظ الأسد. وقد تناول هذا اللقاء بين الرئيسين السوري واللبناني موضوع أو بند تعيين قائد للجيش اللبناني. وكان الرئيس الهراوي يحاول أن يدفع بهذا الملف لدى الرئيس الأسد باتجاه تعيين شخص آخر لقيادة الجيش اللبناني، وهو العميد فهميم الحاج. ولكنه تفاجأ بإعجاب الرئيس حافظ الأسد بشخص العميد إميل لحدود وإصراره على تعيينه قائداً للجيش، وخاصة بعد أن استمع من الرئيس الهراوي إلى وجهة نظره، وكذلك روايته حول ما دار بينه وبين لحدود في الجلسة الأولى محاولاً إقناع الرئيس الأسد بأنه لا يستطيع أن يتقاهم ويتعاون معه، أي مع

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في البيزة بتاريخ 2019/07/30.

العميد لحدود، فيما لو أصبح قائدًا للجيش. ولكن الرئيس الأسد ظل متمسكًا بإسم العميد لحدود لتولي قيادة الجيش، ومؤكّدًا من خلال ما استمع إليه من الرئيس الهراوي على أنه، على ما يبدو، هو شخص صادق اللهجة، في إشارة إلى العميد لحدود. وهو لم يكن يعرفه شخصيًا البتة. ولكن يبدو ذلك جليًا من جوابه، وجرأته على الإجابة بهذه الطريقة، حتى قبل أن يصدر مرسوم تعيينه في قيادة الجيش. وهكذا كان بالفعل. وتمت ترقية العميد إميل لحدود إلى رتبة عماد، وتم تعيينه قائدًا للجيش بطبيعة الحال. فكان ذلك قرارًا سوريًا رفيع المستوى، يجسد إرادة ورغبة الرئيس حافظ الأسد شخصيًا في أن يتم مثل هذا الأمر وعلى هذا النحو. وهو ربما يكون خيارًا استراتيجيًا بعيد المدى بالنسبة إلى الأخير. في هذا الصدد، يشير الرئيس العماد إميل لحدود أيضًا إلى أنه كان لكل من الرئيسين حسين الحسيني وسليم الحص، بصفتيهما رئيسي مجلسي النواب والوزراء اللبنانيين تبعًا، الدور أو الفضل في محاولة إقناع القيادة السورية العليا بهذا الأمر، أو لنقل تركية إسمه لديها على الأقل، إن لم يكن أكثر من ذلك<sup>(1)</sup>.

وبعد توليه قيادة الجيش بفترة وجيزة، طلب الرئيس الهراوي من العماد لحدود الحضور إلى مقر إقامته المؤقت في منزل قائد منطقة البقاع العسكرية في ثكنة أبلح. وكان قد طلب إليه قبلها أن يبقى إلى جانبه وبالقرب منه، وأن يقيم بصورة مؤقتة، لكونه قائد الجيش العتيد، في قاعدة رياق الجوية في منطقة البقاع، أي على مقربة من ثكنة أبلح، حيث يقيم رئيس الجمهورية، وذلك بقصد تأمين عملية الإتصال أو التواصل بينهما وتسهيل سير الأمور أو الأعمال العسكرية واتخاذ القرارات بشأنها. وقد حضر هذا اللقاء بين الرئيس الهراوي والعماد لحدود العميد جوني عبود، سفير لبنان في فرنسا ومدير مخابرات الجيش سابقًا. وكانت يومها المفاجأة بالنسبة للعماد لحدود. فقد أحضر العميد جوني عبود معه إلى هذا الإجتماع حقيبة كان فيها مبلغ نقدي من المال، وقدره نصف مليون دولار أمريكي! أثار هذا الأمر استغراب العماد لحدود، بل استهجانه، ودفعه تاليًا إلى السؤال عن الموضوع. فكان الرد من جانب السفير عبود بأن هذا المبلغ من المال هو للجيش. فطلب أو اقترح

---

(1) المرجع نفسه.

العماد لحدود على الفور أن يصار إلى إيداعه أو إدخاله في حساب موازنة الجيش العسكرية بعد إحالة الموضوع على مجلس الوزراء للموافقة عليه وقبول هذه الهبة حسب الأصول القانونية المرعية الإجراء. إلا أن السفير عبود رد بأنه قد درجت العادة، منذ سنة ١٩٨٣، أن ترسل المملكة العربية السعودية شهرياً، عبر الشيخ رفيق الحريري، مثل هذا المبلغ إلى قائد الجيش اللبناني شخصياً، وكذلك مبلغاً مماثلاً إلى رئيس الجمهورية اللبنانية شخصياً. فرفض العماد لحدود قبول هذا العرض بشكل حاد وقاطع وغير قابل للنقاش. وهو الأمر الذي أثار سخط الرئيس الراحل الذي قال بأنه كان يتوقع ذلك منه. هنا، يشير الرئيس العماد إميل لحدود إلى أنه علم بأنه، منذ ذلك الوقت بالتحديد، بات يتم تحويل كلا هذين المبلغين شهرياً من المملكة العربية السعودية، وعبر شخص رفيق الحريري، إلى رئاسة الجمهورية اللبنانية، في إشارة إلى المبلغ الأول، وقدره نصف مليون دولار أمريكي، وكان مخصصاً إلى رئيس الجمهورية، ويضاف إليه المبلغ الثاني، وقدره نصف مليون دولار أمريكي أيضاً، وكان مخصصاً إلى قائد الجيش، أي ما بات مجموعه مليون دولار أمريكي! وقد استمرت الحال على هذا المنوال لسنوات عدة خلت، أي قبل وبعد انتهاء الحرب اللبنانية<sup>(1)</sup>.

تبقى المهمة الرئيسية أو الأساسية للجيش، بالنسبة للرئيس لحدود، الدفاع عن لبنان والتصدي لإسرائيل. وهو الأمر الذي يفترض ويجب أن يكون موضع إجماع اللبنانيين على اختلاف انتماءاتهم الطبيعية أو الإجتماعية، المناطقية أو الطائفية أو المذهبية، وميولهم أو اتجاهاتهم السياسية والفكرية والأيدولوجية. وهو لا ينبغي أن ثمة قراراً دولياً كبيراً، تاريخياً وسياسياً، بمنع الجيش من الحصول على الأسلحة التي قد تمكنه من مواجهة إسرائيل ومن التصدي لاعتداءاتها المتكررة وتهديداتها المتواصلة وانتهاكاتها الواضحة والصريحة للسيادة الوطنية اللبنانية، كما لقرارات الشرعية الدولية. وهذا الأمر ليس خافياً على أحد، أي أحد، في الداخل وفي الخارج على السواء. لكن الإلتزام بالمسؤولية الوطنية يقتضي العمل من قبل الجميع لإيجاد الحل المناسب، بحسب مقتضيات المصلحة الوطنية العليا، لمسألة

---

(1) المرجع نفسه.

تسليح الجيش وتمويل هذه العملية، وتطوير أو تعزيز قدراته العسكرية والقتالية، وبالتالي تمكينه من مواجهة جيش العدو الإسرائيلي<sup>(1)</sup>.

عندما تسلم العماد إميل لحود مقاليد رئاسة المؤسسة العسكرية أو قيادة الجيش، كان لا بد من التصدي للعديد من التحديات الوطنية والداخلية، في إشارة إلى التحديات داخل المؤسسة العسكرية، في مرحلة ما بعد الحرب الأهلية اللبنانية، وهي مرحلة النهوض وإعادة البناء، بمعنى إعادة بناء مؤسسات الدولة والمؤسسات العامة، وفي طليعتها أو مقدمتها مؤسسة الجيش أو المؤسسة العسكرية التي تبوأ العماد إميل مسؤوليتها. وقد عمل الأخير على إعادة توحيد الجيش وإعادة اللحمة الداخلية إلى صفوفه وبين العسكريين بعيداً من التشرذم الطائفي والمذهبي. فارتأى العماد لحود ضرورة أو أولوية توحيد الجيش على أساس دمج من خلال تشكيل الوحدات أو القطع العسكرية المختلطة، أي المكونة من العناصر المسيحيين والمسلمين ضباطاً وأفراداً. وقد تمكن من إنجاز هذه الخطوة على مراحل. ثم عمل العماد لحود على صوغ وبلورة العقيدة الوطنية للجيش من خلال تعزيز وتنمية فكرة الشعور بالانتماء الوطني للبلد، أو بالأحرى للوطن وحده، والولاء الوطني للدولة، أو بالأحرى للمؤسسة العسكرية وحدها، وليس للسلطة السياسية، بعيداً من الزبائنية السياسية والإستزلام السياسي على طريقة أو شاكلة الوساطات السياسية من قبل السياسيين والأحزاب أو القوى السياسية في الحكم والسلطة أو المحسوبيات السياسية في صفوف الجيش وفي ما بين العسكريين أنفسهم. كان لا بد من تحصين هؤلاء العسكريين في مواجهة أو مقابل الساسة أو السياسيين وتحسين أوضاعهم عبر إقرار مشروع الإسكان العسكري وزيادة رواتب العسكريين وتعويضاتهم وإنشاء نوادي الضباط العسكرية وغير ذلك. وقد تمكن تدريجياً من إنجاز هذه الخطوة أيضاً على مراحل. يضاف إلى ما تقدم، لدى الحديث عن العقيدة الوطنية للجيش، بحسب الرئيس العماد إميل لحود نفسه، ضرورة أو أهمية التمييز الحاسم والنهائي بين العدو من جهة، في إشارة لإسرائيل أو الكيان الإسرائيلي، والصديقة أو الحليفة أو الشقيقة من جهة أخرى، في إشارة لسوريا، أو لنقل الجمهورية العربية السورية والجيش

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/10.

العربي السوري، وذلك على صعيد حدود لبنان الدولية، البرية دون البحرية، أي الحدود الجنوبية مع فلسطين المحتلة، والحدود الشرقية والشمالية مع سوريا<sup>(1)</sup>.

كذلك، كان لا بد ، من وجهة نظر العماد إميل لحود، بصفته هو قائد الجيش الجديد، ومعه أيضًا المعنيين والقيمين على هذه المؤسسة العسكرية، من العمل على تحسين، أو ربما تجميل، صورة الجيش لدى الناس وأمام الرأي العام أولاً والتقريب بينهما ثانيًا في مرحلة ما بعد الحرب الأهلية اللبنانية لردم الفجوة أو الهوة وتمكين هذه المؤسسة الوطنية من الإضطلاع بدورها الوطني ومسؤولياتها ومهامها على الأرض وفي الميدان. من هنا جاءت فكرة المشاركة أو المساهمة من قبل الجيش والعسكريين في العديد من المبادرات أو الأنشطة أو الأعمال المختلفة، غير العسكرية وغير القتالية، كالترميم أو الصيانة أو إعادة التأهيل أو الإعمار أو البناء مع المجتمعين الأهلي والمدني، وذلك إلى جانب المهام أو الأعمال التقليدية أو الكلاسيكية الموكلة إليه أو المنوطة به وبالتوازي معها. كما تم أيضًا اعتماد مبدأ أو قاعدة المدورة أو الانتقال الدوري للوحدات العسكرية، في إشارة إلى الأولوية والأفواج وغيرها من القطع العسكرية، وخاصة تلك المقاتلة واللوجستية، بين مختلف المناطق والمحافظات والأقضية في البلد بغرض تحقيق أو تعزيز الاندماج الاجتماعي والتفاعل الإنساني والإنصهار الوطني بين العسكريين والمواطنين المدنيين اللبنانيين. كان كل ذلك من أبرز ما تمخض عن عملية صوغ ووضع العقيدة الوطنية للجيش موضع التنفيذ الفعلي أو العملي لناحية تثبيت حضوره وانتشاره ونشاطه على أساس وطني جامع على كامل التراب الوطني وعلى الأراضي اللبنانية كافة والتأكيد على هذه المسلمة أو الحقيقة المسلم بها<sup>(2)</sup>.

ومن أبرز المهمات الوطنية الداخلية التي كان على الجيش بقيادة العماد إميل لحود أن يتصدى لها إسترداد ممتلكات الدولة من الأحزاب، أو بالأحرى الميليشيات المسلحة التابعة لتلك الأحزاب، في مختلف الأنحاء أو الأرجاء اللبنانية، من بيروت إلى البقاع مرورًا بالجبل

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/27.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.



وصولاً إلى الشمال؛ وذلك بناء لقرار مجلس الوزراء أو الحكومة اللبنانية، أي القرار السياسي للسلطة السياسية في البلاد. وهي لم تكن أبداً بالمهمة السهلة؛ ولكنها، بنظر الرئيس لحود، أو العماد لحود، القائد الجديد للجيش في ذلك الحين، ليست بالمهمة المستحيلة، مع العلم أن الحكومة أعطت المهلة قصيرة للغاية، لا تتعدى الأيام الثلاثة، لتنفيذ هذه المهمة العسكرية. وهكذا كان. فقد تمكن الجيش من استرداد تلك الممتلكات العامة التي تعود أو ترجع للدولة اللبنانية من تلك الميليشيات أو قوى الأمر الواقع<sup>(1)</sup>.

في هذا الصدد، يؤكد الرئيس لحود أن نية السلطة السياسية المضمرة كانت، منذ ذلك الوقت، وهي نفسها لم تتغير، حتى تاريخه، من حيث التركيبة والممارسة، إفضال الجيش من البداية أو دفعه نحو الفشل، وذلك في محاولة منها لوضع يدها عليه وإخضاعه لها بطريقة أو بأخرى. وما تحديد تلك المهلة الزمنية القصيرة أو الوجيزة له لتنفيذ تلك المهمة الكبيرة المطلوبة منه أو الموكلة إليه سوى مؤشر أو دليل إضافي على تلك النية أو الرغبة لدى أهل الحكم والسلطة في إخضاع الجيش لها، وقبلها منعه، أو أقله عدم تمكينه، من القيام بواجبه الوطني، وبالتالي الإيحاء بعدم قدرته على تحمل المسؤولية على الأرض وفي الميدان.

ويضيف الرئيس لحود هنا أن العديد من المرجعيات الروحية والمسؤولين السياسيين اتصلوا به، وحاولوا ثنيه عن المضي في تنفيذ هذه المهمة العسكرية. ويشير إلى اتصال البطيريك الماروني الراحل مار نصر الله بطرس صفير به بخصوص عملية الجيش في حي الكارنتينا في منطقة بيروت الشرقية لاسترداد المجلس الحربي من ميليشيا القوات اللبنانية، حيث حمل البطيريك صفير العماد لحود مسؤولية أي مكروه أو أذى يمكن أن يطل الدكتور سمير جعجع. وهو الأمر الذي رفضه العماد لحود جملة وتفصيلاً مؤكداً على ضرورة وأهمية تنفيذ الجيش للمهمة كاملة. كذلك يشير الرئيس لحود إلى المشكلة التي نشبت في الكواليس بخصوص استرجاع ممتلكات الدولة في الشوف والجبل، في إشارة إلى المكتبة الوطنية وقصر الأمير بشير الشهابي في بيت الدين أو قصر بيت الدين وقصر

---

(1) المرجع نفسه.

ابنه الأمير أمين الشهابي. وكان له هنا أيضًا ما أراد بالرغم من محاولات التدخل في مجريات عملية الجيش العسكرية لإرضاء الوزير وليد جنبلاط. ثم يضيف الرئيس لحدود، في هذا الصدد أو عند هذا الموضع، أن الجيش قد تمكن بالفعل من استرداد ممتلكات الدولة المشار إليها أعلاه في هذا المنطقة من الجبل. ولكن المفاجأة كانت حين تولى سدة رئاسة الجمهورية، وعندما أراد الذهاب إلى المقر الصيفي لرئيس الجمهورية في بيت الدين، أي قصر بيت الدين نفسه، ليتكشف له أن الأستاذ وليد جنبلاط استعاد القصر والسراي والمكتبة مباشرة بعد عملية الجيش في الشوف. وكان ذلك بعلم الحكومة، بل بموافقتها. وهو الأمر الذي أثار استياءه وامتعاضه من مثل هذا التصرف أو السلوك. فأصر من جديد، بصفته رئيس الجمهورية هذه المرة، وليس قائد الجيش، على عودة أو إعادة هذه المباني أو المقرات الرسمية والحكومية إلى كنف الدولة اللبنانية<sup>(1)</sup>.

لا يخفي الرئيس لحدود استياءه وامتعاضه الكبيرين من الأسلوب الذي كان ينتهجه معظم أهل الحكم والقرار وأركان الدولة في التعامل أو التعاطي مع الجيش ورجالاته. وهو لم يتردد، منذ أن تولى هو قيادة الجيش، في خوض غمار المواجهة القوية والعنيفة مع السلطة السياسية، ولا سيما الرئيسين الهراوي والحريزي، كما التصدي لمحاولتها المتكررة والمتعمدة لاقتحام المؤسسة العسكرية أو إخضاعها. فقد كان الرئيس لحدود يمقت تدخل السلطة أو الطبقة السياسية في الجيش، ويرفضه ولا يقبل به، بل يدينه بشدة. وهو يفترض أيضًا أن عمل الجيش، أو لنقل تحركه أو مبادرته إلى التحرك لأداء واجبه الوطني، لا يحتاج أو لا يقتضي، في كل مرة أو مناسبة وعند كل محطة أو تحد، الدعوة إلى اتخاذ قرار سياسي ما بهذا الشأن، أو انتظاره حتى، لتجديد التغطية السياسية له أو إعادة العمل بها. ويجزم بأن من أكثر التحديات التي كانت تواجه المؤسسة العسكرية في الماضي، وكذلك في الحاضر، وربما أيضًا في المستقبل، تحييد هذا الجيش عن السياسة والحسابات أو المصالح السياسية. وإن كان هناك في البلد ثمة من يرفض أو ينتقد إقحام أو إدخال الجيش في السياسة، كما وصول أو دخول العسكريين إلى حيز أو معترك العمل السياسي، بذريعة الخشية أو الخوف

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/27.

من العسكريتاريا، بمعنى عسكرة الحياة السياسية، ويعمد إلى التنبية منها ورفضها، فإن المطلوب، برأيه هو، في المقابل، هو منع السياسة، أو بالأحرى الساسة، من التغلغل في الجيش بطريقة أو بأخرى والتدخل السافر في شؤونه الداخلية. ويؤكد الرئيس لحد أنه عمل جاهداً، ومراراً وتكراراً، على منع جماعة رجال السياسة من التدخل في مختلف شؤون المؤسسة العسكرية الخاصة، كالتعيينات والترقيات والتشكيلات العسكرية وغيرها، أو الحد منه ما أمكن؛ وهو الأمر الذي أدى إلى تدهور وتردي علاقته بالعديد من المسؤولين السياسيين الكبار في البلد من رموز هذه السلطة أو الطبقة السياسية.

#### • ثانيًا: تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع المقاومة

تشكل قضية المقاومة مادة دسمة للنقاش والجدل السياسيين في البلد. وهي لا تحظى، حتى تاريخه، بالإجماع بين اللبنانيين الذين انقسموا، وهم لا يزالون كذلك حتى حينه، حيال هذه القضية، وربما سواها من القضايا الأساسية والاستراتيجية. إلا أن الرئيس العماد إميل لحود لا يتردد البتة في التأكيد على انخراطه في مثل هذا المشروع وهذا الخيار والتزامه بهما؛ وذلك إيماناً منه بأن إسرائيل هي العدو؛ وكذلك هو الإرهاب التكفيري؛ وهي مصدر التهديد المستمر والمتواصل والخطر الحقيقي بالنسبة لنا. وعليه، هو يرى أن المقاومة ليست مجرد خيار بين إثنين أو أكثر، بل إنها السبيل الوحيد أو الأوضح للدفاع عن البلد وحمائته، ولاسترداد حقوقه أو استرجاعها، مهما طال الزمن.

مع الحديث عن المقاومة ضد إسرائيل، يشير الرئيس لحود، من البداية، إلى أنه لم يكن يعرف حزب الله أو المقاومة، أو أيًا من مسؤولي أو عناصر هذا الحزب السياسي أو هذا التنظيم العسكري، عندما كان لا يزال ضابطاً في الجيش اللبناني، وحتى عندما ترفع على سلم الترقى الوظيفي داخل هذه المؤسسة العسكرية إلى أن تسلم، في نهاية المطاف، مقاليد رئاستها سنة 1989<sup>(1)</sup>. ويشير إلى أن الأمر لم يقف عند حدود عدم معرفته بالمقاومة، أو حزب الله تحديداً، بل إنه لم يكن على اتصال أو تواصل مع أي منهما، في إشارة إلى كل

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 20/08/2018.

من حزب الله والمقاومة، وكذلك مجمل الأحزاب أو القوى السياسية، بل جميع الأطراف السياسية، ذلك أنه لم يكن يتعاطى بالسياسة حين كان في الجيش<sup>(1)</sup>. ثم يضيف أنه كان يعتقد أن هذه المقاومة، أو لنقل حزب الله، هو، بحسب ما كان يرد إليه، أو ما يسمعه، من التكفيريين أو التخريبيين أو الإرهابيين، وأنه قد يكون، هو شخصياً، موضع أو محل استهدافه!

كذلك لدى الحديث في هذا الأمر، أي مسألة المقاومة ضد إسرائيل أو كيفية التصدي لها، أو بالأحرى استراتيجية الدفاع الوطني، يعود الرئيس لحدود بالذاكرة والزمن إلى الوراء، ويشير إلى أنه، حين كان يتابع الدورات العسكرية المتخصصة في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك في إطار دراسته وتحصيله العلمي في هذا المجال، وكان حينها لا يزال ضابطاً يافعاً في الجيش اللبناني، قد تمكن من الإطلاع عن كثب في أمريكا، وذلك بطريقة منهجية علمية، على تجربة الأمريكيين في هذا المضمار، أي المواجهة مع المقاومة الشعبية الفيتنامية، أو لنقل تجربة الفيتناميين في المقاومة ضد الاحتلال الأمريكي<sup>(2)</sup>. وهو ينوه بأهمية مثل هذه التجربة التاريخية وفرادتها من وجهة النظر العسكرية والاستراتيجية. كما يشير إلى أن الأمريكيين أنفسهم يقرون بأن الجيش الأمريكي، في إشارة إلى القوات الأمريكية النظامية أو الحكومية، لم يتمكن، في الواقع والحقيقة، من التصدي لمثل هذه المقاومة الشعبية ومواجهتها وقهرها، بل عجز عن ذلك بالتأكيد. تحضره مثل هذه التجربة العسكرية والاستراتيجية، لأنه أيقن فيما بعد أن تجربة المقاومة اللبنانية ضد إسرائيل تحاكي في تجسيدها وتكييفها العلميين تلك الفرضية أو تلك النظرية العلمية في المواجهة مع العدو بالأساليب أو الأدوات غير التقليدية وغير الكلاسيكية. فقد يعجز الجيش اللبناني، ومعه أيضاً الجيوش العربية مجتمعة، عن مواجهة الجيش الإسرائيلي في الميدان وعلى أرض الواقع، وهم عجزوا بالفعل عن ذلك طوال السنوات أو العقود المنصرمة، وذلك لانعدام التوازن وتكافؤ الفرص؛ إلا أن الركون مؤخرًا أو حديثًا إلى خيار المقاومة الشعبية في إطار

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

الصراع مع العدو الإسرائيلي قد يكون الخيار الأنسب أو الحل، بل إنه كذلك لا محالة، بحسب الرئيس لحود<sup>(1)</sup>.

في هذا المضمار، يفيد الرئيس لحود بأن المحطة الأخطر ضمن هذا المسار التاريخي الطويل من المقاومة والصراع مع إسرائيل كانت سنة 1993، في إشارة إلى ما صار يعرف في الأدبيات السياسية والتاريخية والدبلوماسية بعملية "تصفية الحساب"، أو حرب "الأيام السبعة" أيضًا، أقله منذ انتهاء الحرب الأهلية اللبنانية سنة 1989 وحتى اندلاع حرب أو عدوان تموز سنة 2006<sup>(2)</sup>. ويؤكد الرئيس لحود أنه قد كان هناك يومها قرار سياسي "وطني"، جامع وشامل، يغطيه قرار خارجي كبير، دولي و"عربي"، بتصفية المقاومة، أو لنقل أن قرارًا خارجيًا كبيرًا، يقضي بتصفية هذه المقاومة، كان قد صدر، وأعطى الضوء الأخضر ليصدر قرار داخلي خطير بتنفيذه على الفور. واندلعت الأزمة الداخلية عندما رفض العماد إميل لحود، بصفته قائد الجيش بذلك الوقت، ليس مهمة تنفيذ مثل هذا القرار الخارجي فحسب، وإنما الإنخراط أو الضلوع، بأي شكل من الأشكال، بمثل تلك المؤامرة. واصطدم مع السلطة السياسية في البلد مجتمعة. وقرر أن يترك مهمته أو مسؤوليته في قيادة الجيش، وألا ينصاع إلى مثل تلك الإرادة أو الرغبة المشبوهة والمتخاذلة، أو ربما المتواطئة والمدانة. وعندما تفاقمت الأزمة، وتصاعد صداها، وصلت إلى مسامع الرئيس السوري الراحل حافظ الأسد في الشام. فقرر الأخير دعوة العماد لحود إلى زيارة سوريا واللقاء به. وكانت هذه هي المرة الأولى التي يلتقي فيها العماد لحود بالرئيس الأسد، حيث دار بين الرجلين حديث في غاية الأهمية، وقد أعرب الرئيس الأسد إلى العماد لحود عن إعجابه بشخصيته وتأييده لموقفه<sup>(3)</sup>. هكذا حسمت المسألة. واستمرت المقاومة التي كانت لا تزال طرية العود. وتمكن العماد لحود، ومن خلفه الرئيس الأسد، من حمايتها ومنع السلطة من دفع الجيش لارتكاب مثل تلك الجريمة الوطنية بتصفيتها أو القضاء عليها.

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرافية بتاريخ 2019/09/24.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرافية بتاريخ 2019/08/21.

بعد عملية "تصفية الحساب" سنة 1993، أو حرب "الأيام السبعة"، تكرر اعتداء إسرائيل على لبنان سنة 1996. وقد عرف هذا العدوان الإسرائيلي بعملية "عناقيد الغضب"، التي تلاها أو تمخض عنها تفاهم نيسان 1996، حيث انتزع لبنان من المجتمع الدولي الإقرار بحقه المشروع في مقاومة الإحتلال أو العدوان من قبل إسرائيل. وقد بدأت هذه المقاومة تكبر ككرة الثلج، وتثبت نفسها في الميدان وعلى أرض الواقع، بل تفرض نفسها في ميزان هذا الصراع مع العدو الإسرائيلي، كما في ميزان القوى الداخلية. ما يهم الرئيس لحدود في هذا الصدد هو الإشارة إلى أن الميزان السياسي والاستراتيجي، وليس العسكري بطبيعة الحال، أخذ يميل لمصلحة المقاومة، أو لنقل أن كفة المقاومة بدأت ترجح في الميزان. هي الحتمية التاريخية التي تمثل الخيار الطبيعي الذي يجسد إرادة الشعوب الحرة التي لا يمكن أن تقهر أو تنكسر بأي شكل من الأشكال أو أي حال من الأحوال. هنا أخذ العديد من السياسيين اللبنانيين يعيدون حساباتهم وتموضعاتهم السياسية، ويميلون، بل ينحازون أيضاً، لهذا الخيار الصاعد أو هذا المشروع الواعد، أي المقاومة؛ وقد كان العديد منهم، حتى الأمس القريب، في المقلب الآخر من الميزان أو في الضفة الأخرى من المعادلة، وفي موقع العداء أو الخصومة مع المقاومة<sup>(1)</sup>.

ثم نصل بعدها إلى تحرير جنوب لبنان سنة 2000. برأي الرئيس لحدود، فإن هذا المسار التاريخي الطويل من الصراع المفتوح على كل الإحتمالات مع إسرائيل والنضال السياسي والمقاومة العسكرية المسلحة ضدها قد تكلل، في نهاية المطاف، بإنجاز التحرير في عهده وفي ظل حكومة الرئيس الدكتور سليم الحص<sup>(2)</sup>. وهو محطة وطنية وتاريخية في غاية الأهمية. سارع الرئيس لحدود على الفور إلى زيارة الأراضي المحررة في الجنوب اللبناني، وذلك مباشرة على أثر الإنسحاب أو الإندحار الإسرائيلي، بقصد طمأنة جميع اللبنانيين هناك أولاً، والتأكيد على عودة كافة المدن والبلدات والقرى المحررة إلى كنف الدولة اللبنانية ثانياً، حيث كثر الحديث والكلام في الكواليس أو الأروقة السياسية

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/24.

والدبلوماسية عن احتمال أو إمكان حدوث أو حصول إشتباكات عنيفة أو صدامات دامية ووقوع مجازر وتصفيات بالجملة بين المسلمين والمسيحيين، كما حصل في ما مضى في الجبل، في محاولة للغمز من قناة المقاومة والمقاومين؛ وهو الأمر الذي كان يصر الرئيس لحدود على نفيه ودحضه بالكامل<sup>(1)</sup>. كما بادر السيد حسن نصر الله، في المقابل، إلى زيارة القصر الجمهوري ولقاء الرئيس العماد إميل لحود لهذه المناسبة الوطنية؛ وهو الأمر الذي سوف نأتي على ذكره لاحقاً ضمن إطار الفقرة التي تتناول مسألة العلاقة الشخصية بين الرئيس لحود والسيد نصر الله.

وتبقى مسألة ترسيم الحدود الدولية مع فلسطين المحتلة مسألة شائكة وعالقة بين لبنان والكيان الإسرائيلي. وهي موضوع خلاف وإشكال كبيرين، ليس مع هذه الأخيرة فحسب، وإنما أيضاً مع منظمة الأمم المتحدة. برأيه هو، التحرير لم ينجز، ولم يكتمل بعد، على خلفية عدم استعادة الأراضي اللبنانية في مزارع شبعا وتلال كفرشوبا والجزء الغربي من قرية العجر من الإحتلال الإسرائيلي إلى كنف الدولة اللبنانية حتى هذه اللحظة السياسية والزمنية. وهو يجزم بأن هذه الأراضي المحتلة هي لبنانية، وليست سورية. ويؤكد أن البت بهذا الموضوع أو حسمه من الناحيتين القانونية والسياسية إنما يرجع إلى الدولتين المعنيتين، أي لبنان وسوريا، وليس إلى منظمة الأمم المتحدة. ويضيف، في هذا الصدد، بأن وزير الخارجية السورية وليد المعلم، وكان حينها سفير سوريا لدى واشنطن، قد أكد، منذ ذلك الوقت، وبصورة رسمية، وليس بصفة شخصية، أن سوريا تقر وتعترف بأن هذه الأراضي المحتلة هي لبنانية، وليست سورية، وبالتالي هي تتبع السيادة الوطنية اللبنانية<sup>(2)</sup>. وتبقى أيضاً مسألة استمرار هذه المقاومة حاجة وطنية ملحة بالنسبة لنا. فالرئيس لحود يربطها باستكمال عملية تحرير ما تبقى من تلك الأراضي اللبنانية المحتلة أولاً، وبمواجهة التهديدات أو الإعتداءات الإسرائيلية المستمرة أو المتكررة برّاً وبحراً وجوّاً على السيادة الوطنية اللبنانية والتصدي لها ثانياً<sup>(3)</sup>.

---

(1) المرجع نفسه.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه.

عند هذا الموضوع من الحديث بالتحديد، يتوقف الرئيس العماد إميل لحود، بروح المسؤولية السياسية والتاريخية والوطنية، عند النظرية أو المعادلة الثلاثية، المعروفة بـ"الشعب والجيش والمقاومة"؛ فهو يؤمن بها، كما ينادي بها باستمرار. يشدد الرئيس لحود على ضرورة الإقرار أو الإقرار من قبل الجميع بأهمية هذه النظرية أو المعادلة العسكرية والاستراتيجية وجدواها، بعيداً من كل المزايدات أو المناكفات الفئوية أو الجهوية، السياسية وغير السياسية أيضاً. فقد أثبتت صحتها وصدقيتها في الميدان وعلى أرض الواقع بشكل قاطع، لا يقبل النقد أو النقص أو التشكيك حتى، طالما أن المقصد أو الهدف يبقى الدفاع عن لبنان وحمايته والوقوف أو الصمود في وجه إسرائيل، أو أنه يفترض أن يكون كذلك. بناء عليه، هو يتمسك بها بقوة، لكونها، برأيه، الخيار أو السبيل الوحيد لبلوغ هذا المقصد أو هذا الهدف في أبعاده السياسية والوطنية والاستراتيجية. هنا يستغرب الرئيس لحود بشدة كيف أن مختلف جلسات طاولتي الحوار الوطني، التي انعقدت في ساحة النجمة أولاً، برئاسة رئيس مجلس النواب نبيه بري، وذلك في عهده هو، عندما كان لا يزال في سدة الرئاسة، على خلفية المقاطعة السياسية والدبلوماسية له، ثم في بعثا لاحقاً، برئاسة رئيس الجمهورية العماد ميشال سليمان، وذلك في عهد الأخير، حيث كان هو قد غادر سدة الرئاسة، فشلت أو أخفقت في التوصل إلى تفاهم سياسي حقيقي حول استراتيجيا الدفاع الوطني عن لبنان، ومن ضمنه التأكيد على أهمية المقاومة الشعبية وضرورتها في هذا الإطار، بالنظر إلى عجز إسرائيل، ومعها ومن خلفها أقوى وأعتى جيوش المنطقة والعالم، عن كسر إرادة هذه المقاومة، كحقيقة علمية وحتمية تاريخية، كما استحالة قهرها أو القضاء عليها(1).

في العلاقة مع محور المقاومة في المنطقة، يشيد الرئيس لحود بموقف كل من سوريا وإيران في دعم لبنان في مواجهة إسرائيل، وخاصة لجهة دعم المقاومة خلال العقود الماضية. هو يقول أن أحداً، أي أحد في الداخل والخارج على السواء، لا يمكنه، إذا ما أراد أن يقول الحقيقة كما هي، أن ينكر ذلك. لقد استعاد البلد، على الصعيد الاستراتيجي،

---

(1) المرجع نفسه.



من سياسة سوريا ودورها في مساعدة الجيش الوطني والمقاومة الوطنية ومساندتهما، بالرغم من كل ما ينسب إليها من ممارسات سيئة أو سلبية وارتكابات في لبنان، وخاصة تلك المنظومة المشتركة السياسية والأمنية. كما استنقاد البلد أيضًا من إيران وسياستها في الوقوف إلى جانب لبنان ومقاومته ضد إسرائيل ودعمهما، كما إلى جانب القضية الفلسطينية؛ وهو أمر معروف، لا لبس فيه ولا نقاش حوله. ثم يضيف أنه يجب أن تكون لدى كل اللبنانيين، ولا سيما السياسيين في هذا البلد، الجرأة والشجاعة لاستثمار هذا الموقف الإيراني، بل هذه السياسة الإيرانية، والإستفادة منهما، بعيدًا من النكد والكيد السياسيين، على أكثر من صعيد وفي أكثر من مجال، وخاصة في ما يتصل بالعرض الإيراني، القائم أو المستمر، بتسليح الجيش اللبناني ومعالجة أزمة الكهرباء.

ثم ينتقل الرئيس لحدود بعدها إلى عدوان إسرائيل على لبنان سنة 2006، والذي يعرف بحرب تموز 2006، والذي شنه العدو الإسرائيلي بذريعة الرد على عملية "الوعد الصادق" التي نفذها حزب الله؛ وهو لا يقل، برأيه، أهمية وخطورة عن كل من عدواني سنة 1993 وسنة 1996 بأبعاده ومفاعيله ومرتباته السياسية والعسكرية والاستراتيجية<sup>(1)</sup>. منذ اللحظة الأولى لاندلاع شرارة ذلك العدوان، كان الرئيس لحدود، من خبرته العسكرية، متأكدًا، بل متيقنًا، من قدرة المقاومة العسكرية على الصمود والتصدي الميدانيين، وبالتالي حتمية الانتصار في الحرب، إنتصار لبنان، بجيشه ومقاومته، على إسرائيل. وقد تبنى بالكامل موقف المقاومة وخيارها، من دون أي تردد أو تلوؤ، منذ أن بدأت الحرب إلى أن وضعت أوزارها. كما أنه لم يتردد في زيارة الضاحية الجنوبية، معقل المقاومة ومقر قيادتها، تحت القصف. وقد رفض كل محاولات الإبتزاز أو الإلتفاف على المقاومة من الداخل، وكذلك كل محاولات فرض رزمة الشروط والضغط الأمريكية والإسرائيلية من الخارج<sup>(2)</sup>؛ ومن بينها محاولة تمرير "النقاط السبع" داخل مجلس الوزراء، وهي المقترحات العملية التي أطلقها الرئيس فؤاد السنيورة وتبناها مؤتمر روما، والتي كانت تقضي بإرسال الجيش إلى

---

(1) المرجع نفسه.

(2) المرجع نفسه.

الحدود مع فلسطين المحتلة ونزع أسلحة المقاومة! وهو الأمر الذي دفعه للطلب من قائد الجيش العماد ميشال سليمان مغادرة تلك الجلسة الشهيرة لمجلس الوزراء وطرده، وهو كان حضر بدعوة من الرئيس السنيورة!

وعن علاقته الشخصية بالسيد حسن نصر الله، يشير الرئيس لحود إلى أنهما لم يلتقيا سوى ثلاث مرات<sup>(1)</sup>. وهو الأمر الذي إن دل على شيء، فهو يعكس تماهي الشخصيتين وانسجامهما وتلاقيهما الطبيعي حول رؤية مشتركة للدفاع عن البلد وحمائته في مواجهة إسرائيل، وذلك من دون أن تكون هناك حاجة أو ضرورة لأن يتوصلا مع بعضهما، وينسقا جهودهما ومواقفهما، كل منهما من موقعه ومن خلفيته أيضًا. المرة الأولى كانت لمناسبة استشهد السيد هادي نجل السيد حسن نصر الله سنة 1997، حيث أراد العماد إميل لحود، وكان حينذاك لا يزال هو قائد الجيش، أن يذهب إلى ضاحية بيروت الجنوبية لتقديم واجب العزاء والتعرف على شخصية هذا القائد الوطني والقومي العربي الذي لم يتردد في التضحية بنجله في سبيل الوطن. وقد أيقن الرئيس لحود، منذ ذلك الحين، أن لدى هذه المقاومة العقيدة والإرادة للتصدي للعدو الإسرائيلي والانتصار عليه لا محالة<sup>(2)</sup>. والمرة الثانية كانت لمناسبة إنجاز التحرير سنة 2000، حيث طلب السيد حسن نصر الله مباشرة لقاء الرئيس العماد إميل لحود في قصر بعبدا. هنا يقول الأخير أنه وجد في هذه الزيارة التاريخية للسيد نصر الله، بصفته قائد المقاومة، إلى القصر الجمهوري ولقائه به، بصفته هو رئيس الجمهورية، إلتزامًا من جانب حزب الله بأنه يتبع للدولة اللبنانية، وتأكيد لا لبس فيه ولا غبار عليه على مثل هذا الإلتزام السياسي، حيث وضع سيد المقاومة هذا الإنجاز أو هذا الإنتصار الوطني في خانة الدولة وفي تصرف رئيسها وحكومتها<sup>(3)</sup>. أما المرة الثالثة والأخيرة، فكانت منذ أكثر من عشر سنوات، بالتحديد مساء يوم 12 كانون الثاني 2009، وذلك لمناسبة عيد ميلاد الرئيس لحود الذي كان قد غادر سدة الرئاسة في قصر بعبدا منذ أكثر من سنة تقريبًا. تم اللقاء في مكان ما من الضاحية الجنوبية، بدعوة من السيد نصر

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 20/08/2018.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 24/09/2019.

(3) المرجع نفسه.

الله للرئيس لحدود، وكانت المناسبة الأولى والأخيرة للحديث بين هذين الرجلين في كل ما جرى وما حصل طوال السنوات الماضية، أي لمدة تناهز العقدين من الزمن تقريباً<sup>(1)</sup>. ظل الرئيس العماد إميل لحود متمسكاً بموقفه لجهة العمل على تأمين المظلة الضرورية لعمل المقاومة، الداخلية والخارجية، السياسية والقانونية، بمعنى تأمين الشرعية السياسية والمشروعية القانونية للمقاومة ضد إسرائيل. وهو يؤكد على أن الجدوى من هذه المقاومة وفعاليتها إنما تكمنان في سريتها، بحيث تبقى مستترة، غير معلنة وغير مرئية وغير مكشوفة؛ ويرفض أن تتبع لإمرة الحكومة، أو حتى تتسابقها مع الجيش<sup>(2)</sup>. وهو ينبه إلى أن المؤامرة الكبرى على هذه المقاومة مستمرة في الداخل والخارج. والمسألة، بنظره هو، تبنى على أساس الثقة الحقيقية والكاملة. وكذلك، هي تتبع من الإيمان بالوطن. كما أنها تقترض وجود أو توفر الحد الأدنى من الضمير الوطني، كما الحس والشعور بالمسؤولية الوطنية؛ وقبلهما، في إشارة إلى ذلك الضمير وتلك المسؤولية، الإحساس بالانتماء إلى هذا الوطن.

#### • ثالثاً: تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع سوريا

مما لا شك فيه أن مسألة العلاقة مع سوريا، بمعنى طبيعة هذه العلاقة ومداهها، هي قضية شائكة للغاية. وهي كانت موضع خلاف بين اللبنانيين، وربما ما تزال كذلك حتى هذه اللحظة. فقد اختلف اللبنانيون مراراً وتكراراً حول كيفية مقاربة هذه المسألة أو القضية، وبالتالي تحديد الموقف من هذه العلاقة مع سوريا، بل النظرة إليها في الأساس. أما الرئيس العماد إميل لحود، فهو يتطلع إلى مثل هذه العلاقة مع سوريا كخيار استراتيجي، أساسي وثابت، غير قابل للبحث أو النقاش، ليس على المستوى الشخصي فحسب، وإنما على المستوى السياسي أيضاً، أو لنقل المستوى الوطني برمته.

فالرئيس لحود يدرك أن سوريا، بالنسبة إلى لبنان، تبقى، من الناحية الجغرافية، أو بلغة الجيوبوليتيك، المدخل الطبيعي إلى العالم العربي. وهذه الحقيقة العلمية، الجغرافية

(1) المرجع نفسه.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

والتاريخية، هي في غاية الأهمية والخطورة على السواء. فهو يرى أن الحديث في السياسة عن العروبة، أو بالأحرى الإلتحاق إلى العروبة، لا يمكن أن يستقيم، في أي حال من الأحوال، مع حالة الخصومة أو العداء لسوريا<sup>(1)</sup>. فالتعامل أو التبادل مع البلدان العربية، بميزان الإقتصاد والتجارة الخارجية، كما بلغة الهوية الوطنية والإلتحاق القومي العربي، يقتضي استقرار العلاقة بين البلدين، في إشارة إلى لبنان وسوريا، واستمرارها بشكل طبيعي وودي، بما يعكس الحقيقة المشار إليها أعلاه، كما يؤمن المصلحة الوطنية العليا.

أما بالنسبة إلى المواجهة المفتوحة والمستمرة مع إسرائيل، يؤكد الرئيس لحود أن لبنان لا يمكنه إلا أن يقف إلى جانب سوريا، وهو بحاجة إليها؛ وكذلك هي حال سوريا أيضًا. وعليه، فإن الحديث عن وحدة المسار والمصير بين البلدين ليس مجرد شعار فارغ يرفع في الهواء، بل إنه حتمية تاريخية، تفرضها مقتضيات هذه المواجهة مع العدو الإسرائيلي. إن موقع سوريا الطبيعي أو الجغرافي ودورها القومي ضمن إطار الصراع العربي الإسرائيلي ومسؤوليتها التاريخية، كل ذلك، يجعل منها حليف لبنان وشريكه الاستراتيجيين في مقابل إسرائيل؛ حيث قدمت سوريا المساعدة والمساندة لكل من جيشه الوطني والمقاومة ضد إسرائيل<sup>(2)</sup>.

لا ينفي الرئيس لحود أبدًا تأييده للخيار أو المشروع القومي والتزامه به، بل انخراطه العملي أو الفعلي فيه منذ وقت مبكر وطوال مسيرته العسكرية والسياسية. وهو ينتمي إلى عائلة سياسية في الجبل، لا تخفي البتة هذا الأمر، في إشارة إلى الإلتحاق السياسي القومي العربي لديها، بل تجاهر به، وتتاضل حتى لأجله<sup>(3)</sup>. برأيه، الإلتزام بالثوابت الوطنية لا يمكن أن يتعارض أو يتناقض، بأي شكل من الأشكال، مع التعبير عن هذه الميول القومية. والسير في ركب الخيار أو المسار القومي، وهو من أبرز رموزه الوطنية وأعلامه، لا يمكن أن يتضارب مع الفكرة الوطنية أو المشروع الوطني. فلبنان هو عربي الهوية والإلتحاق، وعضو مؤسس وعامل في جامعة الدول العربية، وملتزم موثيقها، بحسب نص الدستور في

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/27.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

مقدمته. وهو أمر، بالنسبة للرئيس لحدود، محسوم وثابت، وإن كان هناك من لا يزال في البلد، حتى هذه اللحظة السياسية والتاريخية، غير مقتنع أو غير ملتزم به. بالعودة إلى سوريا والعلاقة معها، يشيد الرئيس لحدود بالقيادة السورية العليا، والمتمثلة أو المتجسدة في شخص الرئيس الراحل حافظ الأسد أولاً، ثم في شخص الرئيس الحالي بشار الأسد ثانياً. وهو لا يتردد في التعبير عن هذه الإشادة، كما التتويه بدورهما على المستويين الوطني والقومي العربي<sup>(1)</sup>. كذلك، يصر الرئيس لحدود على ضرورة الفصل والتمييز بين بيت الأسد من جهة، في إشارة إلى الرئيسين الأسد الأب والإبن، ومجموعة المسؤولين السوريين التي كانت مولجة بالشأن اللبناني أو مكلفة بمتابعة الملف اللبناني من جهة أخرى<sup>(2)</sup>. وفي مقدمة هذه المجموعة من الشخصيات السورية، السياسية والعسكرية والأمنية، نائب الرئيس عبد الحليم خدام، العماد الراحل حكمت الشهابي، اللواء الراحل غازي كنعان، واللواء الراحل رستم غزالة. وهو يؤكد أنه لا يقول ذلك بغرض أو بقصد الدفاع عن بيت الأسد، وإنما هي الحقيقة التي شهدتها ويشهد عليها.

وعن علاقته بالرئيسين الأسد الأب والإبن، يحيلنا الرئيس لحدود على مسار تطور هذه العلاقة مع بيت الأسد، بشقيها الشخصي والسياسي، من البداية وحتى حينه. فهو التقى، طوال حياته، بالرئيس الراحل حافظ الأسد، إبان فترة حكم الأخير لسوريا، مرتين وحسب في التسعينات من القرن الماضي<sup>(3)</sup>. كانت المرة الأولى في ظل قيادته للجيش سنة 1993، وذلك على خلفية الأزمة السياسية التي اندلعت مع السلطة السياسية بشأن تصفية المقاومة أو حزب الله. وجاءت المرة الثانية بعد انتخابه رئيساً للجمهورية وتوليه سدة الرئاسة ومقالاته الحكم سنة 1998 مباشرة، حيث كانت الزيارة الخارجية الأولى للرئيس لحدود إلى سوريا واللقاء مع الرئيس الأسد. ولكنهما اتفقا، أي الرئيسان لحدود والأسد، على استمرار التواصل بينهما. ومنذ ذلك الحين، درجت العادة عندهما على إجراء اتصال هاتفي بينهما كل أسبوع للتباحث أو التشاور في القضايا أو الملفات ذات الإهتمام المشترك أو المصلحة المشتركة.

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرافية بتاريخ 2019/09/10.

(2) المرجع نفسه.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في البيزة بتاريخ 2019/07/30.

أما الرئيس بشار الأسد، فقد التقاه الرئيس لحود للمرة الأولى، بصفته قائد الجيش، بناء لطلب الأول لدى زيارته بيروت سنة 1995، بمبادرة من الوزير سليمان فرنجية<sup>(1)</sup>. وقد تكررت اللقاءات والاتصالات بينهما، وترسخت العلاقة، واستمرت حتى بعد أن غادر الرئيس لحود قصر بعدا سنة 2007.

في هذا الصدد، يضيف الرئيس لحود، في ما يخص عملية الإنتقال للسلطة السياسية في سوريا من الرئيس الراحل حافظ الأسد إلى الرئيس الحالي بشار الأسد، أنه كان يدرك أنه ثمة محاولة في الأروقة والكواليس لتأمين عملية وصول إحدى الشخصيات السياسية المرموقة إلى الحكم في سوريا، في إشارة إلى إسم كل من الأستاذ عبد الحليم خدام أو العماد الراحل حكمت الشهابي. وقد جاءه من يفاتحه بهذا الأمر العديد من الشخصيات السياسية والدبلوماسية. وقد كثر الحديث في هذا الموضوع في الفترة الممتدة من انتخابه رئيساً للجمهورية إلى حين وفاة الرئيس الراحل حافظ الأسد، أي بين سنتي 1998 و2000. وبقي يصر على أن الرئيس الحالي بشار الأسد هو من سيخلف والده في الحكم، وذلك لأسباب عديدة، تتصل بالخيارات الاستراتيجية في سوريا والمنطقة والموقف منها.

يشير الرئيس لحود إلى مسألة أخرى في غاية الأهمية، في ما يتصل بالعلاقة مع سوريا، والإدارة السورية للسياسة اللبنانية في تلك الحقبة السياسية والزمنية بالتحديد، ألا وهي وقوفه هو خلف قرار استدعاء اللواء الراحل غازي كنعان إلى سوريا، وبالتالي مغادرته لبنان بشكل نهائي<sup>(2)</sup>. هو لا يتردد في أن يكشف هذه المسألة ويجاهر بها. فقد استاء كثيراً من ممارساته المتواصلة وارتكابه المتكررة. فطلب هذا الأمر مرتين من الرئيس بشار الأسد شخصياً. المرة الأولى عندما زار الرئيس لحود، ترافقه عائلته، الرئيس الأسد في سوريا، وذلك بعد تسلم الأخير مقاليد الحكم والسلطة فيها، ولم يكن التوقيت يناسب لاتخاذ مثل هذا القرار أو تنفيذ مثل هذه الخطوة. والمرة الثانية عندما أرسل الرئيس لحود إلى الرئيس الأسد في سوريا

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرقية بتاريخ 2019/09/10.

(2) المرجع نفسه.

مباشرة موفداً رئاسياً خاصاً، يحمل له هذه الرسالة، ويكرر له هذا الطلب، وكان له عندها ما يريد في هذا الشأن.

ثم يعود الرئيس لحدود بالزمن إلى الوراء، ويضيف أنه اكتشف فيما بعد أن من كان يتابع من الجانب السوري ملفه ومساره في الجيش اللبناني منذ نعومة أظافره هو اللواء الراحل محمد ناصيف، المعروف بولائه وبإخلاصه للرئيس الأسد، حيث كان محسوباً على هذا الأخير، وهو لم ينضو تحت لواء أو ضمن إطار المجموعة أو الكتلة التي ضمت كلاً من نائب الرئيس السوري عبد الحلیم خدام، العماد الراحل حكمت الشهابي، واللواء الراحل غازي كنعان<sup>(1)</sup>... ويتابع الرئيس لحدود بأن المسؤولين السوريين، أو لنقل القيادة السورية العليا، قد علموا بموقفه الراض والمعارض للمشاركة أو الإنخراط في محاولة العماد ميشال عون، رئيس الحكومة العسكرية حينذاك، ومن خلفه الجانب العراقي، تأليب الوضع في سوريا أو ضرب أمنها واستقرارها من لبنان مع نهاية الثمانينات وبداية التسعينات. وهو كان لا يزال ضابطاً في الجيش اللبناني ورئيساً للغرفة العسكرية في وزارة الدفاع الوطني؛ لكنه لم يكن على علاقة أو اتصال بأي من المسؤولين الأمنيين أو العسكريين السوريين العاملين في لبنان في ذلك الوقت<sup>(2)</sup>.

وفي ما يتصل بما صار يعرف بـ"ثورات الربيع العربي" بصورة عامة، ولا سيما الأحداث في سوريا في السنوات الأخيرة بصورة خاصة، فهو يتبنى نظرية المؤامرة التي قد لا يحلو للعديد من السياسيين والمحليين والمراقبين الأخذ بها. فمنذ اللحظة الأولى لاندلاع الأحداث الأخيرة، الأمنية والسياسية، في سوريا، تنبه الرئيس لحدود إلى خطورة ما يجري؛ ونبه، بدوره، إلى ضرورة التصدي لهذه المؤامرة الكبرى ولأهميتها الاستراتيجية. هو لم يكن، منذ البداية، من رواد أو من أنصار الإتجاه الذي يزعم أو يدعي أن كل ما يحصل في سوريا يندرج في إطار الصراع على السلطة بين الحكومة والمعارضة. ولكنه لا ينكر شرعية ومشروعية الفرضية، بل النظرية، التي تدفع باتجاه الشروع أو البدء في الإصلاح السياسي والدستوري

---

(1) المرجع نفسه.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

في سوريا. مع ذلك، يبقى الرئيس لحدود من أبرز رواد وأنصار الإتجاه الذي يفترض أن ما يجري في سوريا هو جزء لا يتجزأ من ذلك المشروع الكبير لإعادة رسم أو صوغ خارطة المنطقة وإخضاع سوريا من قبل أمريكا وإسرائيل. إلا أنه كان على يقين من أن الرئيس السوري بشار الأسد، ومعه الحلفاء والأصدقاء في المنطقة والعالم، في إشارة إلى إيران وروسيا والصين، كما المقاومة في لبنان، سينتصرون لا محالة؛ وهكذا ستتصدر الإرادة الحرة للشعب السوري في حماية بلده والدفاع عنه في مواجهة هذه المؤامرة<sup>(1)</sup>.

وتبقى العلاقة مع سوريا أكبر وأبعد من الحسابات الداخلية الضيقة للصراع على السلطة السياسية بين الحكومة والمعارضة، كما الحسابات الخارجية الخطيرة لممارسة الهيمنة والإستئثار بالنفوذ في إطار الصراع الدولي أو الإقليمي وحركة الإستعمار العالمي. وهي تتعدى، برأيه، مسألة التمثيل أو التبادل الدبلوماسي التي شكلت مادة دسمة للمناكفات أو المزايدات السياسية، في إشارة إلى مسألة تدشين العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، ومن ضمنها العلاقات الفئصلية بطبيعة الحال، بما معناه إنشاء أو استحداث السفارات أو البعثات الدبلوماسية في العاصمتين، وبالتالي تعيين السفراء وإرسال الممثلين أو المبعوثين الدبلوماسيين. وهو الأمر الذي أنجز في زمن الرئيس لحدود نفسه. وهو يختم، في هذا المضمار، بالتأكيد على أن العلاقة بين لبنان وسوريا ستستمر، أو لنقل ستتأنف بشكلها الطبيعي، وهي لم تتقطع في الأساس، بالرغم من كل ما حصل في السنوات الأخيرة.

#### • رابعاً: تجربة الرئيس العماد إميل لحدود مع السلطة السياسية

قد تكون تجربة الرئيس العماد إميل لحدود مع السلطة السياسية، أو بالأحرى الطبقة السياسية، متميزة ومختلفة عن سواها. فهو لا ينتمي إليها، أو لنقل بأنه لا ينتمي إلى الطبقة السياسية التقليدية في البلد. وهو يؤكد على أنه يختلف معها في الكثير من الأمور، من النظرة إلى القضايا أو الملفات الوطنية كافة وكيفية مقاربتها وتحديد الموقف حيالها إلى الأسلوب في التفكير السياسي أو العسكري والممارسة الفعلية أو العملية والسلوك الرسمي

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرافية بتاريخ 2019/09/03.



أو من موقع المسؤولية الرسمية. ولا يتوانى الرئيس لحود، حيال هذه الطبقة السياسية، ومن ضمنها السلطة السياسية أو الطبقة الحاكمة، عن توجيه النقد الحاد أو اللاذع إليها، بل مهاجمتها، والتعبير عن اختلافه وخلافه مع العديد من رموزها وأعلامها وصقورها، بل معظمهم، وذلك في الكثير من الأوقات أو المناسبات أو المحطات.

ويبدأ الرئيس لحود حديثه عن تجربته مع هذه الطبقة السياسية وعلاقته بها، وكذلك تقييمه لهذه التجربة كما لهذه العلاقة، بالخوض في تجربة الترويكما السياسية التي تحلينا على نموذج أو صيغة الحكم ثلاثي الرأس، والتي ظهرت في مرحلة ما بعد الحرب الأهلية اللبنانية وفي إطار ما بات يعرف بالجمهورية اللبنانية الثانية، والتي ذاع سيطها، وتكرست وترسخت بفعل الممارسة السياسية. وهي تجلت في فكرة أو مقولة الرئاسات الثلاث، في إشارة إلى الرئاسة الأولى، أي رئاسة الدولة، والتي تمثلت أو تجسدت بشخص الرئيس الراحل إلياس الهراوي، والرئاسة الثانية، أي رئاسة البرلمان، والتي تمثلت أو تجسدت، بدورها، بشخص الرئيس نبيه بري، والرئاسة الثالثة، أي رئاسة الحكومة، والتي تمثلت أو تجسدت، بصورة مركزة، تعبر، بطريقة أو بأخرى، عن شكل أو نوع من الإحتكار أو الحصرية في التمثيل السياسي، الفئوي أو الجهوي، الطائفي أو المذهبي، بشخص الرئيس الراحل رفيق الحريري دون سواه. وقد يكون من الممكن، بل من المنطقي، أن نضيف، في هذا الصدد، إلى جانب تلك الرئاسات الثلاث، أو تلك الرؤوس الثلاثة لمنظومة الحكم والسلطة في البلد، وجود رأس رابع أو شريك إضافي ضمن إطار هذه التركيبة أو هذه المعادلة، في إشارة إلى النائب والوزير وليد جنبلاط. هكذا قامت بنية الحكم والسلطة الأساسية في مرحلة ما بعد اتفاقية الطائف، بحكم الممارسة والسلوك على أرض الواقع، على أساس وجود هذه الرؤوس الثلاثة، أو ربما الأربعة، في تجربة خاصة وفريدة، يرى الرئيس لحود أنها كانت سلبية وسيئة للغاية. فهي تعكس حالة الفرز الطائفي والمذهبي، وليس التمثيل أو التوزيع الطائفي والمذهبي فحسب، كما واقع المحاصصة الفئوية أو الجهوية بين أهل الحكم والسلطة وأركانهما<sup>(1)</sup>.

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

ثم ينتقل بعدها الرئيس لحود في حديثه هذا حول تجربته وعلاقته مع الطبقة السياسية إلى الكلام عن تجربة الحريري السياسية التي دخلت الأدبيات في الحياة السياسية اللبنانية في العقد الأخير من القرن الماضي، أي في التسعينات من القرن العشرين، وذلك مع صعود الرئيس الحريري إلى واجهة المشهد السياسي الداخلي ودخوله الحكم من بوابة رئاسة الحكومة، بعد أن كان، طوال العقد الذي سبقه، أي في الثمانينات من القرن العشرين، غير معروف، حيث بقي ضمن كواليس السياسة الداخلية اللبنانية وأروقته الخفية بتفرعاتها الخارجية، العربية والإقليمية والدولية. ومن أبرز وأهم أرقام هذه التجربة السياسية والإقتصادية، في إشارة إلى الحريري السياسية التي قد يعتبرها البعض من رجال الفكر والسياسة مدرسة بامتياز، سياسة الخصخصة التي رفع شعارها وحمل لواءها الرئيس الحريري وفريقه الحكومي أو الوزاري، السياسي والإقتصادي؛ ومفادها أو مؤداها، بحسب الرئيس لحود، بيع أو نقل ملكية القطاع العام للقطاع الخاص، بالنظر إلى فشل أو تعثر الدولة أو الحكومة وأجهزتها الرسمية ومؤسساتها العامة في تسيير مرافقها والخروج من أزماتها، وفقاً لأنصار سياسة الخصخصة في البلد. وأما الرئيس لحود وفريقه، فقد كانا، في المقابل، يرفضان الحكم على تجربة هذا القطاع الرسمي أو الحكومي بهذه الطريقة المبسطة والمسطحة؛ ويشيران إلى أن تجربة القطاع الخاص قد فشلت وأخفقت في معالجة المشاكل أو الأزمات المالية والإقتصادية والإجتماعية في العديد من البلدان والدول؛ ويطالبان بالتمتع في النظر إلى هذا الموضوع الوطني السيادي ومقارنته بطريقة مختلفة، إنطلاقاً من الحرص على المصلحة الوطنية العليا بالمحافظة على أملاك الدولة والممتلكات العامة، كما البدء أو الشروع في وقف الهدر أو الحد منه ومكافحة الفساد أو محاربته لتمكين الدولة والقطاع العام، من دون التقليل من أهمية وضرورة مبادرة القطاع الخاص إلى المشاركة والمساهمة في عملية إعادة البناء الوطنية ومشاريع الإنماء والإعمار. لا ينكر الرئيس لحود وزن الرئيس الحريري وحضوره في المجال الدولي، إن على الصعيدين العربي والإقليمي، أو حتى على الصعيدين الغربي والعالمي؛ ولكنه يبدي خشيته وخوفه من خلفيات وأبعاد مثل هذا الدور أو هذا النفوذ أو هذه القدرة على التأثير. ثم يتابع الرئيس لحود، ويقول أنه، منذ

البداية، أي منذ دخول الرئيس الحريري سنة 1992 معترك العمل السياسي، الحكومي والبرلماني، وخاصة بعد أن تسلم هو سدة رئاسة الدولة سنة 1998، كان ينبه لخطورة الظاهرة الحزبية؛ وهو لا يزال يشدد على أن الرئيس الحريري كان لديه مشروع مشبوه وخطير على هذا البلد الصغير<sup>(1)</sup>.

في العلاقة مع مجمل الطبقة السياسية التقليدية في البلد، لا بد من التمييز بين مرحلتين أو حقتين متتابعتين ومختلفتين من الزمن: أما المرحلة أو الحقبة الأولى، فهي تحيلنا على مسيرة الرئيس العماد إميل لحود الطويلة في المؤسسة العسكرية، والتي توجهت وتكلفت بقيادته للجيش؛ وأما المرحلة أو الحقبة الثانية، فهي تحيلنا على انتقاله، ضمن إطار الحياة الوطنية، من حيز العمل العسكري داخل المؤسسة العسكرية وعلى رأسها إلى حيز العمل السياسي في صلب العملية السياسية وعلى رأس السلطة السياسية. وهو يرى أن طبيعة العلاقة مع الطبقة السياسية ومداهما قد يختلفان بحسب موقعه في الحياة الوطنية، من موقع المسؤولية العسكرية أولاً إلى موقع المسؤولية السياسية والدستورية ثانياً. مع ذلك، فإن هذه العلاقة مع غالبية أو معظم رجال السياسة والأحزاب في هذا البلد لم تتطور أو تتحسن أو تسلك منحى أو اتجاهًا إيجابيًا وتصاعديًا من التفاهم والتعاون، بحيث يمكن البناء عليه.

فحين كان الرئيس لحود في الجيش، سواء عندما كان لا يزال ضابطاً في هذا الجيش، أو حتى عندما تسلم قيادته، وأصبح على رأس المؤسسة العسكرية، لم يكن الرئيس لحود يتعاطى ويتعامل ويتواصل، بأي شكل من الأشكال، مع أي من الساسة في البلد على اختلاف اتجاهاتهم السياسية أو مواقعهم في الحياة السياسية. هو يجزم بذلك من دون تردد أو حيرة. وحين دخل معترك العمل السياسي، وانتقل من رئاسة أو قيادة المؤسسة العسكرية إلى سدة رئاسة الدولة بكامل مؤسساتها، لم يتغير الأمر أو الوضع كثيراً بالنسبة إليه، بل ربما ازداد سوءاً نتيجة سوء العلاقة مع أهل الحكم والسلطة وتربيتها. فكثيراً ما كان يختلف مع العديد من رموز الطبقة السياسية وصقور السلطة السياسية. هو لم يشعر يوماً بأنه ينتمي إليها، في إشارة إلى هذه الطبقة السياسية التقليدية التي تحكم البلد، بل تقبض بإحكام

---

(1) المرجع نفسه.

على مفاصل الحكم فيه؛ كما أنه لم يلمس يوماً بأنه يشترك أو يلتقي معها في أي شيء؛ فليس هناك، من وجهة نظره هو، ما قد يجمعه بها؛ ولا وجود لمساحة أو قواسم مشتركة، تعكس وجود رؤية مشتركة بقصد العمل المشترك في خدمة البلد والناس<sup>(1)</sup>.

برأي الرئيس لحدود، المشكلة هي أبعد وأكبر من ذلك. فالموضوع له علاقة بالذهنية أو العقلية السياسية السائدة لدى السلطة أو الطبقة السياسية<sup>(2)</sup>. وما سلوكها أو أداؤها سوى تعبير عن هذه الذهنية أو العقلية الرجعية وتجسيد لها. وهذا الأمر ليس بالظاهرة الجديدة أو الحديثة العهد. فطوال تاريخ لبنان السياسي والاجتماعي، الحديث والمعاصر، كانت السلطة أو الطبقة السياسية في البلد، بمعنى معظم أهل الحكم والسلطة، تستخدم أسلوب الزبائنية السياسية في التعاطي والتعامل مع الناس كرعايا مستتبعين ومرتهنين، لا كمواطنين "مكلفين"، أحرارًا متساوين. كما تغلب عليها النزعة المبركتيلية بلغة العلوم السياسية الوضعية. فهي تعتمد قاعدة المحاصصة، كما أوردنا أعلاه، وكذلك أسلوب أو طريقة المقال في مجال المقاولات والأعمال، وكأن الساسة أو رجال السياسة في هذا البلد هم أشبه برجال الأعمال والمستثمرين والمقامرين وأقرب إليهم منهم إلى رجالات الدولة<sup>(3)</sup>.

ويختتم الرئيس العماد إميل لحود حديثه هذا عن تجربته مع الطبقة السياسية بمختلف أطوارها ومراحلها وعلاقته بها وبأبرز رموز الحكم والسلطة في البلد من مختلف الأحزاب والطوائف والمذاهب بالتأكيد على أن من أكثر القضايا أو الملفات الإشكالية التي يختلف حولها مع هذه الطبقة السياسية هو المقاومة ضد إسرائيل: النظرة إليها، كما الموقف منها<sup>(4)</sup>. هو لا يتردد في القول بأن العديد، بل الكثير، من السياسيين في لبنان هم ليسوا مع هذا الخيار أو المشروع الوطني لمواجهة إسرائيل والتصدي لها. فهم لم يكونوا كذلك في الماضي أبدًا؛ ولن يكونوا كذلك أيضًا في المستقبل. وليس صحيحًا أن هذه المقاومة ضد إسرائيل

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 20/08/2018.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 21/08/2019.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 20/08/2018.

(4) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البرزة بتاريخ 30/07/2019.

كانت، في يوم من الأيام أو في لحظة من اللحظات، موضع إجماع بين اللبنانيين<sup>(1)</sup>. إلا أنها باقية ومستمرة. فقد بدأت أو انطلقت هذه المقاومة الوطنية ضد العدو الإسرائيلي قبل ولادة أو تأسيس حزب الله وصعوده، وهي باقية ومستمرة معه، وستبقى وتستمر، حتى إذا ما تخلى الحزب، لا سمح الله، عن بندقية المقاومة، لأنها تعبير عن إرادة الشعب الحرة في رفض الإحتلال والتصدي للعدوان وتجسيد لها.

ويبقى التغيير في تكوين هذه الطبقة السياسية وسلوكها حاجة ملحة وأمرًا ضروريًا، لا بد منهما. والتغيير، برأيه هو، ممكن، وليس مستحيلًا. والمدخل إليه، ليس تغيير الطبقة السياسية فحسب، وإنما التغيير الشامل والكامل، بمعنى الإصلاح في نظام الحكم السياسي، هو في العمل على صوغ مشروع قانون انتخاب وطني ووضعه موضع التنفيذ مرة ولكل مرة، بحيث لا يصار إلى تعديله أو تشويبه أو نسفه بالكامل عند الإنتخابات أو مع اقتراب موعدها واستحقاقها. وبحسب الرئيس لحدود، فإن قانون الإنتخاب الوطني الأمثل والأفضل لمواجهة هذه السلطة السياسية و"محاكمتها" التاريخية والبدء أو الشروع بالتغيير الفعلي أو العملي والجزري لها يكمن في الأخذ بمبدأ النسبية بطبيعة الحال. ويقتضي الأمر أيضًا جعل لبنان كله دائرة إنتخابية واحدة، بعيداً من المناطقية والإقليمية والطائفية والمذهبية والحزبية الضيقة، وغيرها من العصبية الفئوية، وتأكيداً على أن النائب في مجلس النواب هو نائب عن الأمة جمعاء وعن الوطن كله، وهو يمثل كافة هذا الشعب اللبناني على اختلاف الإنتماءات والميول والخلفيات والإتجاهات الإجتماعية أو السياسية أو الحزبية أو الفكرية أو الأيديولوجية. هذا الطرح أو هذه الأطروحة، في ما يتصل بقانون الإنتخاب، لم تقبل به مجمل الأحزاب أو القوى السياسية على الرغم من كل تلك الإدعاءات أو الشعارات المرفوعة أو المواقف المعلنة أو الخطابات المسجلة من قبل مجمل أو معظم السياسيين والمسؤولين بهذا الخصوص<sup>(2)</sup>.

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

## • خامساً: تجربة الرئيس العماد إميل لحود في ممارسة الحكم

من المعروف للجميع أن تجربة الرئيس العماد إميل لحود في الحياة الوطنية، العسكرية والسياسية، والتي تمتد زهاء عقدين من الزمن بين قيادة الجيش ورئاسة الجمهورية، تقع في مرحلة سياسية وتاريخية بالغة الدقة والحساسية والخطورة. فبعد أن تولى قيادة الجيش لمدة تسع سنوات من سنة 1989 إلى سنة 1998، تم انتخاب العماد إميل لحود رئيساً للجمهورية لمدة ست سنوات من سنة 1998 إلى سنة 2004، ثم تم التمديد له لمدة ثلاث سنوات إضافية من سنة 2004 إلى سنة 2007. وقد شهد عهده العديد من الأحداث والمستجدات والتطورات الدراماتيكية على الصعيدين الداخلي والخارجي. وقد توسم الكثير من اللبنانيين في عهده خيرًا. ومن أبرز التحديات الرئيسية أو الأساسية التي واجهها الرئيس لحود وحاول أن يتصدى لها من موقع المسؤولية السياسية والدستورية في سدة رئاسة الجمهورية تحدي المقاومة ضد إسرائيل أولاً، والذي تكلم بالتحديد سنة 2000، ومن ثم الصمود حتى الانتصار سنة 2006، وكذلك الشروع في عملية محاربة الفساد السياسي، وفي أسفله الفساد المالي والإداري، ومكافحته ثانيًا.

وقد تناولنا بإسهاب قضية المقاومة ضد إسرائيل وتجربة الرئيس لحود معها في موضع أو مقام متقدم من هذا البحث. وقلنا أن هذه المقاومة تمكنت من إنجاز التحرير وردع العدوان أو الإعتداء الإسرائيلي وبناء نوع أو شكل من التوازن بين لبنان وإسرائيل، توازن الرعب أو الردع الاستراتيجي، كما كنا بينا سابقاً<sup>(1)</sup>. إلا أن الرئيس لحود لم يتمكن، في المقابل أو بالتوازي، من استكمال عملية محاربة الفساد ومكافحته؛ وهو الشعار الذي أطلقه أو العنوان الذي رفعه، ومعه الحكومة الأولى في عهده برئاسة الدكتور الرئيس الحص؛ وذلك لأسباب عديدة، حالت دون بلوغ هذا المسار الإصلاحي أو التصحيحي المقاصد أو الأهداف المتوقعة أو المفترضة منه. ومن أبرز وأهم تلك الأسباب، كما يوردها الرئيس لحود، تجذر ذلك الفساد، في إشارة إلى فساد الطبقة أو السلطة السياسية، في صلب نظام

---

(1) للمزيد من المعلومات أو التفاصيل حول هذا الموضوع، في إشارة إلى قضية مقاومة لبنان في مواجهة إسرائيل، راجع العنوان أو البند الثاني من هذا البحث العلمي بالتحديد، والذي يتناول بالدراسة والتحليل مسألة تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع المقاومة.

الحكم السياسي والدستوري والإداري، كما تجذر الطائفية السياسية، بل المذهبية السياسية، في النفوس والنصوص، وهي التي حالت، وما تزال تحول، دون المساءلة والمحاسبة حسب الأصول القانونية لاستئصال الفساد ومحاكمة الفاسدين والمفسدين<sup>(1)</sup>.

وعن تجربته مع الرئيس الدكتور سليم الحص، حيث تولى الأخير رئاسة الحكومة الأولى في عهده، يؤكد الرئيس لحدود أنها كانت تجربة سياسية ممتازة في التعاضد والتكامل بينهما لتسيير عجلة الدولة ومعالجة مختلف الملفات في تلك المرحلة السياسية والزمنية، من موقعه هو كرئيس للجمهورية على رأس الدولة والسلطة التنفيذية، ومن موقع الرئيس الحص كرئيس للحكومة. وهي كانت مبنية على أساس الإحترام المتبادل بينهما، والإنسجام التام والكامل في ما بينهما أيضًا، ناهيك عن التفاهم الثنائي بين الرجلين حول تحديد وتوزيع الصلاحيات والمهام والإختصاصات السياسية والدستورية، بما لا يخالف الدستور والصيغة الميثاقية في ممارسة الحكم والسلطة. ويضيف الرئيس لحدود أنه، في تلك الفترة الوجيزة من التعاون والتشارك في صنع القرار السياسي وتنفيذه على مستوى السلطة التنفيذية أو الإجرائية مع الرئيس الحص، لم يكن هو يترأس جلسات مجلس الوزراء بالنظر إلى الثقة الكبيرة والمتبادلة بينهما<sup>(2)</sup>. فالرئيس الحص، بحسب الرئيس لحدود، هو من أكثر الشخصيات السياسية والرسمية ورجالات الدولة في هذا البلد التزامًا بالمبادئ الإنسانية والوطنية والأخلاقية<sup>(3)</sup>.

وعن تجربته مع العماد ميشال سليمان، حيث تولى الأخير قيادة الجيش من بعده وطوال عهده، يؤكد الرئيس لحدود أنه لم يكن يعرفه شخصيًا؛ كما أنه لم يكن مؤيدًا أو متحسبًا لقرار تعيينه قائدًا للجيش سنة 1998، بل إنه كان يريد إيلاء هذا المركز أو المنصب المهم والحساس إلى العميد أسعد غانم الذي أصبح مديرًا عامًا للجمارك اللبنانية. ويقول الرئيس لحدود أنه لم يكن أيضًا مقتنعًا بخيار انتخابه رئيسًا للجمهورية سنة 2008، ضمن إطار تسوية الدوحة السياسية، والتي أدت إلى إنهاء الفراغ الرئاسي. كما يضيف الرئيس لحدود أن العماد سليمان كان قد تمكن من بناء و"تشبيك" بعض العلاقات والصدقات مع بعض

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/03.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

المسؤولين العسكريين والأمنيين السوريين، وفي مقدمتهم أو طليعتهم اللواء الراحل غازي كنعان، عندما كان قائد اللواء التاسع في البقاع، وقبلها رئيس فرع جبل لبنان في مديرية المخابرات، وذلك بواسطة اللواء جميل السيد الذي كان المساعد الأول لمدير المخابرات. ثم يتابع الرئيس لحدود أنه اكتشف لاحقاً ومتأخراً أن للرئيس سليمان ميولاً للقوات اللبنانية و"ارتباطات" بها. وهو الأمر الذي يدينه نظراً لأن القوات اللبنانية، بقيادة الدكتور سمير جعجع، ميليشيا ارتكبت، إبان الحرب اللبنانية، العديد من الجرائم التي طالت الجيش اللبناني. ويختم، في هذا المجال، بأنه لا يحبذ ولا يستحسن تجربة الرئيس العماد ميشال سليمان، لا في قيادة الجيش ولا حتى في رئاسة الجمهورية<sup>(1)</sup>.

وفي عهد الرئيس لحدود، تم تحرير جنوب لبنان في شهر أيار سنة 2000<sup>(2)</sup>. وقد تناولنا هذا الموضوع بإسهاب في موضع أو مقام متقدم من هذا البحث. إلا أنه قد يكون من المفيد، بل إنه يبدو من الضروري أيضاً، أن نشير مرة أخرى إلى هذا الأمر من جديد، عند هذا الموضع أو المقام من الدراسة بالتحديد، ذلك أن الإنجاز التاريخي الكبير للتحرير الوطني قد تم في عهد الرئيس العماد إميل لحدود وفي ظل حكومة الرئيس الدكتور سليم الحص. وحول هذا الموضوع، يكفي أن نورد هنا ما يقوله الرئيس لحدود نفسه، في هذا الصدد، بأن تحرير جنوب لبنان سنة 2000 هو محطة زمنية في غاية الأهمية السياسية والعسكرية والاستراتيجية من ضمن ذلك المسار التاريخي الطويل للصراع العربي الإسرائيلي بصورة عامة والصراع بين لبنان وإسرائيل بصورة خاصة.

ثم تلا ذلك التحرير في شهر أيار سنة 2000 حدث وفاة الرئيس حافظ الأسد في شهر حزيران من السنة نفسها، أي بعد مرور أو انقضاء بعضة أيام، أو ربما أسبوعين تقريباً، على الحدث الأول. وقد كان الرئيس لحدود الشخص الأخير الذي تحدث إليه أو معه الرئيس الأسد مباشرة قبل أن وافته المنية، بل عندما وافته تماماً، وذلك في أثناء الإتصال الهاتفي

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/27.

(2) للمزيد من المعلومات أو التفاصيل حول هذا الموضوع، في إشارة إلى قضية مقاومة لبنان في مواجهة إسرائيل، راجع العنوان أو البند الثاني من هذا البحث العلمي بالتحديد، والذي يتناول بالدراسة والتحليل مسألة تجربة الرئيس العماد إميل لحدود مع المقاومة.



بين الرجلين، حيث كانت درجت العادة بين الرئيسين على إجراء مثل هذا الإتصال كل أسبوع منذ وصول الرئيس لحود إلى سدة الرئاسة الأولى في لبنان سنة 1998، وبعد زيارته الثانية إلى سوريا مباشرة في تلك السنة نفسها، حيث كانت زيارته الأولى إليها بصفته قائد الجيش اللبناني، ولكنها زيارته الأولى إليها بصفته رئيس الجمهورية اللبنانية<sup>(1)</sup>.

بعدها مباشرة، حصلت الإنتخابات النيابية في شهر أيلول سنة 2000. وكان الرئيس لحود قد أعرب عن رأيه وموقفه من الموضوع لجهة القبول بالقانون الذي يجمع حوله الساسة أو الأطراف السياسية، أو يلقي الإجماع حوله، وتأييده بالتأكيد. وهو قانون الإنتخاب نفسه الذي أضحى يعرف بإسم أو مسمى قانون اللواء غازي كنعان، حيث تم صوغه وتقسيم الدوائر الإنتخابية فيه بطريقة إستتسابية، بعيدة كل البعد من وحدة المعايير القانونية والأسس العلمية، وذلك على مقياس وعلى أساس ميزان المصالح السياسية والحسابات الإنتخابية لمجمل الطبقة السياسية في البلد. وكانت المفاجأة المدوية، بالنسبة للرئيس لحود، بخسارة الرئيس الحص وسقوطه في الإنتخابات النيابية لمدينة بيروت. وقد تمكن الرئيس الحريري، في المقابل، من استرجاع الزخم المعنوي والقدرة على المبادرة السياسية مع الفوز الكبير والكاسح الذي حصده في الإنتخابات النيابية لمدينة بيروت، ليرجع من بوابة هذا الإنتصار السياسي والإنتخابي إلى الحكم والسلطة من موقع القوي لا الضعيف<sup>(2)</sup>.

وعن تجربته مع الرئيس الشهيد رفيق الحريري، حيث تولى الأخير رئاسة الحكومة في عهده لمرتين متتاليتين مباشرة بعد الإنتخابات النيابية التي حصلت في شهر أيلول سنة 2000، يشير الرئيس لحود إلى أن مسألة الإختلاف السياسي مع الرئيس الحريري في الرؤى وفي وجهات النظر وفي كيفية مقاربة مختلف الأمور والقضايا والملفات كانت واضحة وجليّة للعيان؛ والجميع في الداخل والخارج كان يدرك ذلك، ويلمسه، مرارًا تكررًا،

---

(1) لا بد من الإشارة هنا إلى أنه، في ما يتصل بالعلاقة مع الجمهورية العربية السورية، ولا سيما القيادة السياسية العليا فيها، في إشارة إلى كل من الرئيسين الأسد الأب والإبن، فقد تم الخوض في هذا الموضوع بالتفصيل في العنوان أو البند الثالث من هذا البحث العلمي بالتحديد، والذي يتناول بالدراسة والتحليل مسألة تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع سوريا.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/10.

في العديد من المناسبات أو المحطات<sup>(1)</sup>. فمع الرئيس الحريري، كان حضور الرئيس العماد إميل لحود الشخصي مجمل جلسات مجلس الوزراء وترؤسها لمراقبة سير العمل في الحكومة ضرورة لا بد منها. إلا أنه لا يخفي أيضًا، أي الرئيس لحود نفسه، رهانه الشخصي والسياسي من البداية، أي منذ لحظة تسلمه مقاليد رئاسة الجمهورية، على محاولة التفاهم والتعاون مع الرئيس الراحل رفيق الحريري من أجل مصلحة البلد والناس، وكذلك أيضًا رغبة سوريا المماثلة، بشخص الراحل حافظ الأسد، بالنظر إلى دور الرئيس الحريري الثابت والأكيد ووزنه الكبير والمؤثر على المستويين الداخلي والخارجي، وبالتالي العمل على تجاوز أو تخطي الاختلافات البيئية والخلافات الحادة بينهما<sup>(2)</sup>.

وفي عهد الرئيس لحود أيضًا، إنعقدت في لبنان تبعًا كل من القمة العربية في بيروت في شهر آذار سنة 2002 والقمة الفرنكوفونية في بيروت في شهر تشرين الأول سنة 2002 أيضًا. هو لا يقلل من أهمية هذين الحدثين، في إشارة إلى انعقاد القمتين العربية والفرنكوفونية في العاصمة اللبنانية. ولكنه لا يريد كذلك أن يبالغ البعض، سواء كان من الداخل أو كان من الخارج، في الرهان أو الإتكال على العرب والغرب. برأيه، أثبتت التجربة العملية بما لا يقبل أو يدع مجالًا للشك أن العلاقات الدولية تقوم على أساس المصالح ومقدار المنافع أو المكاسب التي من الممكن حصدتها أو تحقيقها. وهي محكومة بلغة القوة ومنطقها. فلا مكان للضعيف أو الضعفاء بين الأقوياء في السياسة الدولية، كما في السياسة العربية وعلى صعيد مجموعة الدول العربية. وعلى لبنان واللبنانيين، بحسب الرئيس لحود، أن يبحثوا في كيفية بلوغ المقاصد أو الأهداف الوطنية، وذلك بالتعاون مع الأشقاء والأصدقاء والحلفاء والشركاء العرب والأجانب على حد سواء، ولكن على أساس من الندية

---

(1) للمزيد من المعلومات أو التفاصيل حول هذا الموضوع، في إشارة إلى العلاقة بين الرئيس العماد إميل لحود والرئيس الراحل رفيق الحريري، راجع الفقرة التي تتحدث عن نظرة الرئيس لحود إلى الحرية السياسية، كما الموقف منها، في إطار العنوان أو البند الرابع من هذا البحث العلمي بالتحديد، والذي يتناول بالدراسة والتحليل مسألة تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع السلطة السياسية.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/24.

والإحترام المتبادل، وقبلهما احترام النفس، وحياسة عناصر أو عوامل القوة والنفوذ والقدرة على التأثير الإيجابي لا السلبي لحساب المصلحة الوطنية العليا.

وفي صيف سنة 2004 وخريفها، بدأ الحديث يتصاعد عن التمديد للرئيس لحدود. وصدر القرار 1559 في شهر أيلول سنة 2004. حول هذا الموضوع، يؤكد الرئيس لحدود أن صدور هذا القرار الدولي، في هذا التوقيت بالذات، وفي هذه اللحظة السياسية والتاريخية، كان حصيلة التفاهم الأمريكي الفرنسي الذي وضع حدًا للخلاف بين باريس وواشنطن حول الأزمة العراقية سنة 2003. ويضيف أن موقف رئيس فرنسا حينذاك جاك شيراك من لبنان، وبالتالي العلاقة بين باريس وبيروت، كانا محكومين، أو على الأقل مرتبطين إلى حد كبير وبعيد، بالعلاقة بين الرئيسين لحدود والحريري، وأنه لدى الرئيس الحريري القدرة على التأثير في هذه العلاقة بين العاصمتين أو البلدين، كما وأنه لدى الرئيس شيراك الإستعداد لوضع تلك العلاقة، بل كل إمكانات فرنسا، وموقعها ونفوذها، بخدمة الرئيس الحريري. لذلك، كانت علاقة لبنان مع فرنسا في تلك الفترة، برأي الرئيس لحدود نفسه، منقلبة وغير ثابتة أو غير مستقرة على خلفية تقلب أو عدم استقرار علاقته هو مع الرئيس الحريري<sup>(1)</sup>. ويتابع الرئيس لحدود بأنه لمس على الفور، مع صدور القرار 1559، الإرهاصات الحقيقية أو المؤشرات الجدية لبدء الهجمة أو الحملة الغربية والدولية على كل من لبنان وسوريا والمقاومة ضد إسرائيل<sup>(2)</sup>.

مع ذلك، فقد اتخذ القرار بالتمديد للرئيس لحدود في سدة الرئاسة لمدة ثلاث سنوات إضافية. وهو يؤكد أنه كان قرارًا سوريًا رفيع المستوى بهذا الخصوص. إلا أنه يضيف أنه لم يطلب من أحد في لبنان أو في سوريا التمديد أو التجديد له؛ بل أكثر من ذلك؛ فهو يؤكد أنه لم يفتح أحدًا بهذا الموضوع، وأن أحدًا من المسؤولين المعنيين في كلا البلدين لا يمكنه إنكار أو إغفال هذه الحقيقة. ثم يتابع بأن الرئيس الحريري هو من أبلغه ذلك بنفسه، وقد تولى تدبير الأمر، بحيث يتم تعديل الدستور و"تمرير" عملية التمديد للرئيس لحدود<sup>(3)</sup>.

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه.

وقد قرر الرئيس الحريري بعدها الإمتناع أو الاعتذار عن تشكيل الحكومة وترؤسها، وإنما التفرغ للتحضير والإستعداد لموعد الإنتخابات النيابية بعد أشهر قليلة. فبرأيه، أي الرئيس الحريري، هو يفضل التموضع بين قوى المعارضة وصفوفها في تلك الفترة الدقيقة والحساسة، لا أن يكون على رأس الحكومة، وبالتالي أن يبقى خارج إطار الحكم والسلطة، كي يفوز في الإنتخابات، ويتسلم عندها رئاسة الحكومة<sup>(1)</sup>.

وعن تجربته مع الرئيس الراحل عمر كرامي، حيث تولى الأخير تشكيل الحكومة ورئاستها من بعد استقالة حكومة الرئيس الحريري الثانية في عهده، يؤكد الرئيس لحدود أن الرئيس كرامي كان شخصية سياسية وطنية بامتياز. وهو يشهد أنه كان ملتزماً ومنحرفاً بنفس الخيار أو المشروع الوطني والقومي العربي الذي كان يؤمن به هو أيضاً ويناضل في سبيله، من تأييده للمقاومة اللبنانية ضد إسرائيل إلى إقامة أفضل العلاقة مع سوريا والمحافظة عليها. ويشير إلى أن الرئيس كرامي قد تعرض لممارسة الكثير من الضغوطات السياسية والنفسية ومحاولات الإبتزاز والتكيل في شخصه وفي سياسته، أو لنقل خياراته السياسية، والتشويه لصورته والتضليل والإفتراء، تماماً كما حصل مع الرئيس الحص، وربما أكثر. وقد شهدت حكومة الرئيس كرامي حادثة اغتيال الرئيس الحريري؛ الأمر الذي أحدث زلزالاً كبيراً في الحياة الوطنية والساحة الداخلية. وكان على الرئيس كرامي وحكومته أن يتصدوا لتداعيات ذلك الحدث ومفاعيله ومرتباته قبل سواهما، لكونهما في واجهة المشهد السياسي وفي موقع المسؤولية السياسية<sup>(2)</sup>.

لقد أحدثت عملية اغتيال الرئيس الراحل رفيق الحريري صدمة في وجدان جميع اللبنانيين وفي ذاكرتهم التاريخية ووعيهم السياسي. ويؤكد الرئيس لحدود أن هذه الحادثة قد تكون من أخطر ما تعرض له البلد، أو ربما ما يمكن أن يتعرض له في المستقبل، بالنظر إلى حجمها ومفاعيلها وتداعياتها أو ذبولها، بمعنى مترباتها المباشرة وغير المباشرة. لكنه، منذ اللحظة الأولى وحتى تاريخه، كان، ولا يزال، يرفض فكرة أو مقولة الإتهام السياسي. وهو

---

(1) المرجع نفسه.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/03.

يصر على أن يضع كامل المسؤولية عن ارتكاب مثل هذه الجريمة في خانة الإسرائيليين أو الإسلاميين التكفيريين، أو ربما كلاهما معاً<sup>(1)</sup>. ثم يضيف الرئيس لحدود أنه كان يلمس، منذ البداية، أن جوقة أو فرقة الأوركسترا السياسية والإعلامية تلك كانت جاهزة ومعدة سلفاً أو مباشرة للتصويب والهجوم وبدء القصف على سوريا، بقيادة الرئيس بشار الأسد، وحلفائها في لبنان، وعلى رأسهم حزب الله أو المقاومة ضد إسرائيل.

إنقسم البلد بشكل عامودي حاد بين تجمع أو تحالف قوى الرابع عشر من آذار من جهة، المناوئ أو المناهض لسوريا، وعلى رأسه تيار المستقبل، ومعه الحزب التقدمي الاشتراكي وحزبا الكتائب اللبنانية والقوات اللبنانية وغيرها من الأحزاب والقوى والشخصيات السياسية، وتجمع أو تحالف قوى الثامن من آذار من جهة أخرى، الموالي أو المؤيد لسوريا، وعلى رأسه أو عاموده الفقري حزب الله، ومعه أيضاً العديد من الأحزاب والقوى والشخصيات السياسية. وجاء بعد ذلك موعد الانتخابات النيابية في شهر أيلول سنة 2005. وقد سبقها اندلاع الحركة الإحتجاجية، السياسية والشعبية، التي عرفت باسم أو مسمى "ثورة الأرز" أو "الإستقلال الثاني"، وانسحاب الجيش العربي السوري من لبنان، وعودة العماد ميشال عون من المنفى في فرنسا، كما خروج الدكتور سمير جعجع من السجن في وزارة الدفاع الوطني في اليرزة<sup>(2)</sup>. تشكلت أو تبلورت الأكثرية النيابية الجديدة من مجموعة الأحزاب والقوى والشخصيات السياسية، المنضوية تحت لواء تجمع أو تحالف قوى الرابع عشر من آذار، والمعادية لسوريا، كما المناوئة والمناهضة له ولحزب الله، والموالية أو المؤيدة للغرب الأمريكي والأوروبي. ربما تجدر الإشارة هنا، لدى الحديث عن تلك الانتخابات النيابية سنة 2005، إلى معارضة الرئيس لحدود الواضحة والصريحة للتحالف الرباعي الذي تشكل حينها،

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرقية بتاريخ 2019/10/08.

(2) في ما يخص الدكتور سمير جعجع، يشير الرئيس العماد إميل لحود إلى أنهما لم يلتقيا حتى حينه. وهو يرفض ذلك بشكل قاطع وحاسم. كما يضيف أن الرئيس الراحل رنيه معوض كان قد طلب إليه، أو بالأحرى أرسل يطلب إليه، أن يلتقي بالدكتور سمير جعجع، وذلك بعد انتخابه رئيساً للجمهورية، وقبل تعيينه هو قائداً للجيش. وقد طرح ذلك الأمر، أي التعيين، للمرة الأولى في عهد الرئيس رنيه معوض، قبل أن يجري اغتياله، ويتم انتخاب الرئيس إلياس الهراوي خلفاً له، لي طرح الأمر عندها للمرة الثانية، ويتم بعدها مباشرة تعيين العماد إميل لحود على رأس المؤسسة العسكرية.

وضم كلاً من تيار المستقبل وحزب الله وحركة أمل والحزب التقدمي الإشتراكي<sup>(1)</sup>. وهو يجزم بأن حزب الله بصورة خاصة، ومن معه من الحلفاء والأصدقاء في تجمع أو تحالف قوى الثامن من آذار بصورة عامة، ولا سيما الرئيس نبيه بري وحركة أمل، قد أخطؤوا حين انخرطوا في هذا التحالف الرباعي الذي أفضى إلى تمكين تحالف أو تجمع قوى الرابع عشر من آذار من الإستحواذ على الأكثرية النيابية في البرلمان<sup>(2)</sup>. عند هذا الموضع بالتحديد، يعود ويشير الرئيس لحود إلى أنه أدرك متأخراً أهمية وضرورة وضع قانون انتخاب وطني وإقراره. وهو يرى أن الحل أو الصيغة الأنسب هما في اعتماد قاعدة النسبية، على أن يكون لبنان دائرة إنتخابية واحدة، مع إمكانية المحافظة والإبقاء على قاعدة المناصفة بين المسيحيين والمسلمين في المقاعد النيابية والوزارية لفترة وجيزة إنتقالية<sup>(3)</sup>.

وعن تجربته مع الرئيس فؤاد السنيورة، حيث تولى الأخير رئاسة الحكومة بعد الإنتخابات النيابية في شهر أيلول سنة 2005، لا يتردد الرئيس لحود للحظة في التأكيد على أن العلاقة بينهما لم تكن يوماً سوية أو جيدة؛ وهي لم تصبح كذلك، بطبيعة الحال، عندما تولى الرئيس السنيورة تشكيل حكومته الأولى، كما رئاستها، مباشرة بعد تلك الإنتخابات التي كان سبقها استشهاد الرئيس الحريري مطلع السنة نفسها. والأخطر من ذلك هو ما يقوله أو يكشفه الرئيس لحود في ما يخص الرئيس السنيورة لجهة الإشارة إلى اتصال هذا الأخير، بل ارتباطه، بالأمريكيين منذ وقت مبكر، وحتى في زمن الرئيس الحريري<sup>(4)</sup>. ويبيد الرئيس لحود حياله اختلافاً كبيراً معه في الرؤية أو المقاربة، كما في الأداء أو الموقف. هو لا ينسى المرات العديدة التي اختلف معه فيها، بل تصادما في جلسات وفي أروقة مجلس الوزراء. وقد كان ذلك لأسباب عديدة، وفي مناسبات أو محطات مختلفة ومتكررة، من الموقف تجاه حزب الله والمقاومة في حرب تموز سنة 2006 إلى الموقف من المحكمة الخاصة بلبنان؛ وقد أدى هذا التحدي الأخير إلى انسحاب وزراء حزب الله

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه.

(4) المرجع نفسه.

وحركة أمل من المسلمين الشيعة من الحكومة، بحيث أصبحت هذه الأخيرة غير دستورية وغير ميثاقية وغير شرعية، برأي الرئيس لحدود، ومعه أيضًا شريحة واسعة وكبيرة من الناس، ومن بينهم عدد من الفقهاء أو الخبراء القانونيين والدستوريين، لكونها، أي حكومة الرئيس السنيرة، باتت تناقض ما نصت عليه مقدمة الدستور بألا شرعية لأي سلطة تناقض صيغة العيش المشترك الميثاقية<sup>(1)</sup>.

كذلك في عهد الرئيس لحدود أيضًا، حصل، أو لنقل تكرر، عدوان إسرائيل على لبنان في شهر تموز سنة 2006، والمعروف بحرب تموز 2006<sup>(2)</sup>. وكنا قد تحدثنا عن هذا الموضوع في موضع أو مقام متقدم من هذا البحث. وما التذكير به من جديد أو إعادة ذكره مرة أخرى عند هذا الموضع أو المقام من الدراسة سوى من باب التنبيه إلى ما يقوله الرئيس لحدود في هذا الصدد. هو، في الواقع والحقيقة، لا يبرئ الكثيرين في الداخل اللبناني وفي الخارج العربي والدولي من الضلوع في المؤامرة على البلد ومقاومته، بل حقه في المقاومة. ويؤكد، مما لديه بطبيعة الحال، وقد كان في قلب الحدث وصلب المعركة إلى جانب المقاومة في مواجهة إسرائيل، لكونه أولًا وأخيرًا رئيس الدولة رغم أنف الجميع، أن الكثيرين في هذا البلد تخاذلوا وتواطؤوا، وراهنوا على انكسار المقاومة وهزيمتها، وكانوا ينتظرون ذلك<sup>(3)</sup>.

وعلى الرغم من كل ما حصل، أصر الرئيس لحدود على ضرورة البقاء في موقع الرئاسة حتى شهر تشرين الثاني سنة 2007، بمعنى الإضطلاع بمسؤوليته السياسية والدستورية وتحملها كاملة حتى اللحظة الأخيرة، من دون أي تخاذل أو تراجع أو انكسار في التعبير عن الموقف السياسي والاستراتيجي وتجسيده. وهو لم يخضع أو يرضخ لكافة الضغوطات أو المضايقات التي مورست عليه أو بحقه. هو يرى أنه كان عليه أن يستمر في تحمل المسؤولية، وألا يترك البلد للفوضى أو الفراغ أو الخراب. وهو يذكر جيدًا الحملة السياسية

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/10.

(2) للمزيد من المعلومات أو التفاصيل حول هذا الموضوع، في إشارة إلى قضية مقاومة لبنان في مواجهة إسرائيل، راجع العنوان أو البند الثاني من هذا البحث العلمي بالتحديد، والذي يتناول بالدراسة والتحليل مسألة تجربة الرئيس العماد إميل لحدود مع المقاومة.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في البرزة بتاريخ 2019/07/30.

والشعبية التي شنها عليه تجمع قوى الرابع عشر من آذار في ذلك الحين لدفعه نحو الإستقالة، بل إرغامه عليها، تحت وطأة التأثير السياسي والنفسي والمعنوي لضغط الشارع والحراك الشعبي أو تحرك القاعدة الشعبية المناهضة أو المناوئة له والمنضوية تحت لواء ما يسمى أو ما يعرف بالأكثرية النيابية في ذلك الوقت. وهو لا ينسى هنا أبدًا الموقف السياسي للبطيريك الماروني الراحل مار نصر الله بطرس صفير، وقد تبلغه خطياً برسالة مكتوبة، يدعو فيها إلى مغادرة القصر الجمهوري وترك سدة الرئاسة. ولكنه، في المقابل، قرر الإستمرار في هذه المواجهة المفتوحة على كل الإحتمالات، مع العلم أنه كان يدرك، وقد لمس ذلك، أنه وحده في هذه المعركة المصيرية<sup>(1)</sup>.

مع بداية سنة 2007، وكان العد العكسي للتمديد قد بدأ، حيث اقترب الموعد المحدد لمغادرة رئيس الجمهورية سدة الرئاسة في قصر بعيدا مع انتهاء ولايته الدستورية الممددة، أخذ الرئيس العماد إميل لحود يبحث عن المخرج لإيجاد الحل المناسب لتسليم السلطة، إذ أخذت تلوح في الأفق، لدى استشراف المشهد السياسي في المرحلة المقبلة، الإرهاسات الجدية لحصول أو وقوع الفراغ الرئاسي وشغور سدة الرئاسة مع نهاية عهده. وهو لم يشأ تسليم البلد إلى حكومة الرئيس السنيورة التي يؤكد على أنها، برأيه وبنظره، غير دستورية وغير ميثاقية وغير شرعية، مهما قيل ومهما كتب في هذا المجال، وذلك على خلفية انسحاب وزراء حزب الله وحركة أمل الشيعة منها<sup>(2)</sup>.

من هنا، أجرى الرئيس لحود، من موقعه السياسي والدستوري، سلسلة أو مجموعة من الإتصالات واللقاءات غير المعلنة، وذلك في الأروقة أو الكواليس السياسية بعيدًا من الأضواء، مع العديد من المرجعيات والشخصيات والأحزاب والقوى السياسية والوطنية والروحية. وقد التقى لهذا الغرض المعارضة في ذلك الوقت، أو ما يصطلح على تسميته بتحالف قوى الثامن من آذار مع التيار الوطني الحر، حيث كان يفكر بتشكيل أو تأليف حكومة وحدة وطنية، أو بالأحرى حكومة إنقاذ وطني، على أن تكون حكومة أقطاب

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/24.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/10.



مصغرة، لا يتعدى عدد أعضائها الستة أو الثمانية وزراء، وتتمثل فيها القوى أو الأطراف السياسية الرئيسية أو الأساسية، ويترأسها الرئيس الدكتور سليم الحص الذي كان اعتزل حيز العمل السياسي سنة 2000، وقرر الانتقال إلى حيز العمل الوطني<sup>(1)</sup>.

لقد أراد الرئيس لحدود من خلال هذه المبادرة الوطنية الإنقاذية إيجاد الصيغة السياسية التي تكفل وتضمن المحافظة على أمن واستقرار البلد بعد انتهاء ولايته الدستورية ومغادرته سدة الرئاسة. وهو كان يخشى أن تتكرر، مع نهاية عهده، وذلك في حالة الشغور أو الفراغ الرئاسي، تجربة الرئيس أمين الجميل مع نهاية عهد الأخير سنة 1988<sup>(2)</sup>. ولكنه لم يكن ليقبل أيضاً ببقاء حكومة الرئيس السنيورة، كما أسلفنا. لذلك، كان لا بد، من وجهة نظره الشخصية والسياسية، من التوصل إلى تفاهم سياسي حول هذا الموضوع لضمان عملية انتقال أو استمرار السلطة بعده بطريقة سلسة وهادئة ومدروسة<sup>(3)</sup>. لكنه تفاجأ بالرفض أو عدم القبول من جهة المعارضة، وبالتحديد أحد كبار أقطابها السياسيين. وظل هو ينتظر القبول بعرضه من شهر كانون الثاني حتى شهر أيار من سنة 2007<sup>(4)</sup>.

وانقضت الأسابيع والشهور، وجاء شهر تشرين الثاني، واقترب الموعد. وهو لم يكن يتوقع ما حصل، في إشارة إلى مبادرة المعارضة في اللحظة الأخيرة والربع الأخير من الساعة. فمع بداية شهر تشرين الثاني، أي قبل مغادرته الرئاسة في قصر بعبدا بأسابيع قليلة، طلبت منه أو إليه نفس المعارضة وقتها المبادرة إلى الإعلان عن تشكيل أو تأليف حكومة برئاسة الرئيس العماد ميشال عون، رئيس التيار الوطني الحر ورئيس تكتل التغيير والإصلاح في البرلمان حينها. وهو الأمر الذي رفضه الرئيس لحدود بشكل حاسم وقاطع لاعتبارات وحسابات عدة؛ أولهما رفضه تقسيم البلد والدولة والسلطة مع قيام حكومتين إثنيتين، وبالتالي تكرار تجربة الرئيس أمين الجميل، وثانيهما تأكيده على التزامه بالعرف أو التقليد الدستوري في مرحلة ما بعد الحرب واتفاقية الطائف، في إشارة إلى الجمهورية الثانية،

---

(1) المرجع نفسه.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/10/08.

(3) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/08/21.

(4) المرجع نفسه.

ومفاده أو مؤداه أن يكون رئيس الحكومة من طائفة المسلمين السنة، وأن يبقى كذلك، كما أن رئيس الدولة هو من طائفة المسيحيين الموارنة، ورئيس البرلمان هو من طائفة المسلمين الشيعة. وقد طلبت المعارضة اللبنانية، أو أحد أطرافها أو مكوناتها، من الرئيس السوري الدكتور بشار الأسد التدخل لدى الرئيس لحود لحثه أو دفعه على القبول بهذا الطلب أو الإقتراح. وهو الأمر الذي لم يحصل، حيث أكد الرئيس الأسد على أنه لا يمكنه التدخل في هذا الموضوع، خاصة وأن الرئيس لحود لن يتجاوب في هذه المسألة مع أي أحد، بما في ذلك هو شخصياً أو حتى السيد نصر الله، لما لهاتين الشخصيتين من مكانة إعتبارية أو معنوية لدى الرئيس لحود<sup>(1)</sup>.

#### • سادساً: تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع الشرعيتين العربية والدولية

عندما نتناول بالدراسة والتحليل تجربة الرئيس العماد إميل لحود مع كل من الشرعيتين العربية والدولية، في إشارة إلى إرادة كل من مجموعة الدول العربية أولاً، ولا سيما تلك الدول الوازنة والفاعلة والمؤثرة بينها، والمجموعة الدولية أو المجتمع الدولي ثانياً، وفي طليعتهما أو مقدمتهما، بطبيعة الحال، كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومنظمة الأمم المتحدة التي تعمل أو تتحرك، بحسب رأيه هو، في خدمة أمريكا وإسرائيل أو لمصلحتهما، فإن الرئيس العماد إميل لحود يدرك أن هذا الموضوع هو شائك ومعقد وحساس أيضاً في مكان ما وإلى حد ما. ولكنه لا يتردد، بالرغم من كل ذلك، في كشف المستور وقول ما لديه والمجاهرة بمواقفه عالية السقف والمتقدمة. وهو يردف قائلاً أنهم يمكنهم أن يقتلوه، في إشارة إلى المتربصين شراً وسوءاً بهذا البلد من الأعداء، ولكنهم لن يأخذوا أو ينتزعوا منه تراجعاً في موقفه أو رضوخاً وانصياعاً من جانبه لإرادتهم أو رغبتهم أو إقراراً بشروطهم، بما يخالف أو يناقض المصلحة الوطنية اللبنانية العليا.

حول هذا الموضوع، يستعيد الرئيس لحود العديد من المحطات أو الذكريات التي يمكنها أن تعكس أو تظهر حقيقة الموقف الدولي من لبنان، في إشارة إلى الموقفين الغربي والعربي،

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/09/03.

وكذلك الدور أو التدخل الخارجي في الوضع الداخلي؛ وبالتالي هي تفسر أو تبرر الموقف الشخصي والسياسي له مما يمكننا تسميته اصطلاحًا بالشرعيتين العربية والدولية. فهو لا ينسى أبدًا الإتصال الهاتفي الذي جرى بينه وبين وزيرة الخارجية الأمريكية حينذاك مادلين أولبرايت سنة 2000، بمبادرة من الأخيرة، وذلك في وقت متأخر من الليل في أعقاب التحرير الوطني لجنوب لبنان. وقد استمر ذلك الإتصال بينهما لساعات متتالية وبصورة منقطعة حتى الصباح الباكر وساعات الفجر الأولى. وانتهى الأمر بأن عمد الرئيس لحدود إلى قطع الإتصال مع الوزيرة أولبرايت وإقفال أو إغلاق الهاتف في وجهها. فهي حاولت جاهدة وقتذاك ممارسة نوع أو شكل من الضغط عليه، وعبره على الموقف السياسي والرسمي اللبناني، لانتزاع موافقته المبدئية، بصفته هو رئيس الجمهورية اللبنانية، على أن ادعاءها أو افتراضها، ومن خلفها الادعاء الإسرائيلي الكاذب، بأن الجيش الإسرائيلي قد انسحب من كامل الأراضي اللبنانية المحتلة، وبالتالي فإن عملية تحرير التراب الوطني اللبناني من الإحتلال الإسرائيلي قد استكملت أو أنجزت بالكامل. بيد أن الحقيقة على أرض الواقع وفي الميدان لم تكن كذلك، حيث كانت لا تزال هناك أرض محتلة للجانب اللبناني من قبل الجانب الإسرائيلي، وذلك على طول الحدود الدولية بين لبنان وفلسطين المحتلة. كان غرض الأمريكيين والإسرائيليين من الدفع بهذا الإتجاه هو انتزاع اعتراف سياسي رسمي لبناني بانتهاء الإحتلال واكتمال أو إنجاز التحرير من أجل نزع صفة الشرعية السياسية والمشروعية القانونية عن المقاومة الوطنية اللبنانية ضد إسرائيل. وهو الأمر الذي لم يقبل به الرئيس لحدود على الإطلاق، بحيث لم يستجب للمطالب أو الشروط أو الضغوط الأمريكية. وظل متمسكًا بحق لبنان في استعادة كامل أراضيه المحتلة وكل حقوقه المسلوبة في مواجهة التعنت الأمريكي والغطرسة الإسرائيلية<sup>(1)</sup>.

ثم يعود ويذكر الرئيس لحدود من جديد القمة العربية التي انعقدت في بيروت سنة 2002، والتي تمخضت أو انبثقت عنها مبادرة الأمير الراحل عبد الله بن عبد العزيز آل سعود للسلام، والتي تعرف بالمبادرة العربية. عند هذه النقطة، هو يركز على الخلاف الذي

---

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحدود في منزله في الأشرفية بتاريخ 2019/12/18.

نشأ حول مسألة حق العودة ورفض التوطين بينه وبين بعض المشاركين، ولا سيما وزير الخارجية السعودية الأمير الراحل سعود بن فيصل بن عبد العزيز آل سعود. وقد حصل هذا الموقف مرارًا وتكرارًا. أصر وقتها الرئيس لحود على ضرورة تضمين البيان الختامي لمؤتمر القمة الإشارة الواضحة والصريحة إلى التمسك العربي بحق العودة ورفض التوطين. وهو الأمر الذي حاول بعض المشاركين تخطيه أو تجاوزه أو عدم الإلتزام بذكره أو إيراده. وهذا ما أثار استياء وسخط الرئيس لحود. وظل يصصر على تدوين هذه العبارة ضمن مقررات القمة الختامية والنهائية. وكان له ما أراد. وقد تكرر هذا الأمر في العديد من المحطات والمناسبات. وهو لا يتردد أيضًا في أن ينتقد سائر القمم العربية التي حضرها أو شارك فيها مترئسًا الوفد الرسمي اللبناني، ويتحفظ على الأداء المعتمد أو المتبع فيها والمسار الذي سلكه معظم القادة والزعماء والحكام العرب في مجمل هذه القمم التي باتت تقتقد الصدفية والفاعلية، وخاصة عندما يتصل الموضوع أو الأمر بالقضية الفلسطينية والصراع العربي الإسرائيلي، ومن ضمنه الصراع اللبناني الإسرائيلي، والحقوق العربية، ومن بينها، بل في مقدمتها وفي طليعتها حق العودة ورفض التوطين أيضًا<sup>(1)</sup>.

وينتقل بعدها الرئيس لحود إلى القمة الفرنكوفونية التي انعقدت أيضًا في بيروت سنة 2002، والتي قد حضرها الرئيس الفرنسي جاك شيراك وعدد من رؤساء الدول ورؤساء الحكومات في البلدان الفرنكوفونية الأعضاء في المنظمة الدولية الفرنكوفونية. وهو يؤكد أن الموقف السياسي والرسمي الفرنسي، كما مواقف بقية القوى العظمى والدول الكبرى المعنية أو المنخرطة أو الضالعة بالشأن اللبناني، إنما هو مبني، في الأساس، على مصالح فرنسا، كما مصالح هذه الدول، وليس المصلحة الوطنية اللبنانية العليا، أو قبلها بالحد الأدنى. ويردف قائلًا أن العلاقة الشخصية بينه وبين الرئيس شيراك، بصفتيهما تباغًا رئيسي الدولتين اللبنانية والفرنسية، والعلاقة السياسية بين البلدين أو الدولتين، في إشارة إلى لبنان وفرنسا، كانتا تتأثران، في تلك الفترة أو الحقبة، أي في عهد الرئيس شيراك وفي ظل حكمه لفرنسا، بالعلاقة الشخصية والسياسية، الوطيدة والقوية، بين شيراك والحريري. من هنا، هو لم يكن

---

(1) المرجع نفسه.

مؤمنًا أو مقتنعًا بصدقية العلاقة مع فرنسا، وكذلك مع أوروبا والغرب، ولا سيما أمريكا؛ مع الإشارة إلى أنه عمد في عهده إلى إلغاء الخط المباشر بين بيروت وباريس عبر البحر الأبيض المتوسط. هو مؤمن ومقتنع بأن السياسة الدولية برمتها وبمجمليها، وكذلك السياسات الخارجية للقوى الغربية، الأوروبية والأمريكية، مبنية على أساس مصالح تلك الدول وعلاقتها بإسرائيل، وخاصة عندما يكون الأمر أو الموضوع متصلًا أو متعلقًا بلبنان<sup>(1)</sup>.

ثم يعود الرئيس لحود من جديد بالذاكرة إلى الوراء، فيستذكر ويستحضر لقاءه في قصر بعيدا سنة 2003 مع وزير الخارجية الأمريكية كولن باول بحضور رئيس مجلس النواب نبيه بري ورئيس مجلس الوزراء رفيق الحريري ووزير الخارجية اللبنانية محمود حمود. كان الزائر الأمريكي، كما يقول الرئيس لحود، في عجلة من أمره. وقد جرى هذا اللقاء في أعقاب سقوط بغداد واجتياح الولايات المتحدة الأمريكية للعراق سنة 2003، وقبل ذلك غزوها لأفغانستان سنة 2001 بطبيعة الحال. لقد أراد الضيف الأمريكي من خلال هذه الزيارة القصيرة والمستعجلة إبلاغ الموقف الأمريكي إلى الجانب الرسمي اللبناني في محاولة للضغط عليه بقصد ابتزازه؛ ومفاده ومؤداه أن الولايات المتحدة الأمريكية تريد التخلص من مشكلة سلاح حزب الله في لبنان، والشروع في تعميم الديمقراطية في المنطقة ضمن إطار مشروع الشرق الأوسط الجديد. وفي المقابل، أكد الرئيس لحود في هذا الاجتماع على موقف الدولة اللبنانية الرسمي لناحية التشديد على حق اللبنانيين في المقاومة ضد إسرائيل والتمسك به ودور حزب الله في هذا المجال. كما رفض الدعوة الأمريكية، أو لنقل الإدعاء الأمريكي ذا الصلة، لنشر الديمقراطية في المنطقة العربية مشيرًا إلى تجربة لبنان السياسية والتاريخية، العريقة والعميقة، في هذا الإطار، منوهاً بها ومدافعاً عنها، ورافضاً أيضًا محاولة واشنطن التدخل في الشؤون الداخلية اللبنانية والشؤون الداخلية لسائر الدول العربية تحت شعار أو بذريعة تشجيع ودعم التحول أو التطور الديمقراطي<sup>(2)</sup>.

---

(1) المرجع نفسه.

(2) المرجع نفسه.

ويتابع الرئيس لحدود حديثه حول الدور الأمريكي في البلد والمنطقة ونظرته هو إليه وتقييمه له. فيستكمل عرضه الزمني والسياسي لمسار العلاقة الشخصية والسياسية مع الأمريكيين، ويصل به الأمر في نهاية المطاف إلى محطة في غاية الأهمية والخطورة، ألا وهي زيارة وزيرة الخارجية الأمريكية كوندوليزا رايس له في القصر الجمهوري في قصر بعبدا سنة 2005، أي بعيد اغتيال الرئيس الشهيد رفيق الحريري ببضعة أشهر. يومها، عمدت الوزيرة رايس إلى تكرار مطالب الإدارة الأمريكية من لبنان والتأكيد على توجهات السياسة الأمريكية في المنطقة. وهما نفس المطالب والتوجهات اللتين سبق وأن عرض لهما الوزير پاول سنة 2003. فالمطلوب، برأي الرئيس لحدود بالنسبة إلى الأمريكيين والإسرائيليين ومن وجهة نظرهم، هو التخلص من سلاح حزب الله والدخول في مخاض ولادة الشرق الأوسط الجديد على إيقاع الديمقراطية وعلى الطريقة الأمريكية. ولكن الرئيس لحدود عاد وأكد موقفه هو الشخصي والسياسي، بصفته رئيس الجمهورية اللبنانية، ومعه ومن خلاله الموقف الرسمي للحكومة اللبنانية، أو بالأحرى الدولة اللبنانية، من هذا الموضوع. وهو الأمر الذي استفز الوزيرة رايس. وقد تم قطع اللقاء أو إنهاؤه من قبل الرئيس لحدود، ليخرج الأخير من القاعة ويتركها من دون أن يودع أو ينتظر حتى أن يغادر الوفد الأمريكي القصر. منذ ذلك الحين، بدأت المقاطعة السياسية والدبلوماسية له بطلب وبضغط وبتحريض من الأمريكيين على أثر هذا اللقاء أو الإجتماع الساخن بينه وبين الوزيرة الأمريكية كوندوليزا رايس<sup>(1)</sup>.

يبدو واضحًا مما تقدم أن تجربة الرئيس لحدود مع ما يصطلح على تسميته بالشرعية الدولية، في إشارة إلى إرادة المجتمع الدولي التي تهيمن عليها إرادة أيضًا الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تحيلنا على إرادة هيئة أو منظمة الأمم المتحدة، ليست مشجعة؛ بل إن نظرتة إليها وتقييمه لها هما سلبيان. كذلك الأمر بالنسبة لما يمكن تسميته اصطلاحًا بالشرعية العربية، في إشارة إلى إرادة المجموعة العربية، بمعنى مجموعة الدول العربية، أو لنقل بمعنى أصح أو أدق إرادة الأطراف أو القوى العربية الإقليمية، الفاعلة والوازنة والمهيمنة على إرادة

---

(1) المرجع نفسه.

سائر الدول أو البلدان العربية، الأعضاء في هذه المجموعة العربية، وبالتالي المستأثرة بالقرار العربي أو المتحكمة به. لا يتردد الرئيس لحدود في شجب وإدانة الموقف الدولي المتواطئ والمتآمر على لبنان وفلسطين والحقوق أو القضايا العربية المشتركة، كما الموقف العربي المتخذ بالحد الأدنى، إن لم يكن أكثر من ذلك. هو يؤمن بمنطق القوة. ويدعو إلى امتلاك عناصر القوة ومقوماتها لمواجهة التحديات والمخاطر والتهديدات كافة، سواء كانت من جانب العدو الإسرائيلي أو العدو الإرهابي التكفيري أو سواهما ممن يترصب شرًا أو سوءًا بالبلد.

## • الخاتمة

مع نهاية هذا البحث التوثيقي لتجربة الرئيس العماد إميل لحود في المؤسسة العسكرية وفي الحياة السياسية، أي من موقع المسؤولية العسكرية كقائد للجيش، ثم من موقع المسؤولية السياسية والدستورية كرئيس للجمهورية اللبنانية، ربما يبقى من المفيد، بل من الضروري حتى، تدوين بعض الخلاصات والملاحظات الختامية حول هذا الموضوع بشقيه، أي مسيرته العسكرية وممارسته السياسية، وذلك بناء على التحليلات التي يقدمها هذا البحث وعلى ضوء القراءات التي يجريها الرئيس لحود نفسه لهذه التجربة الوطنية.

في الجيش أو المؤسسة العسكرية، يستذكر الرئيس العماد إميل لحود تجربته العسكرية بمختلف مراحلها، انتهاء بتسلمه قيادة هذا الجيش، ويستحضر الذكريات والمحطات التاريخية، حيث يتحدث عن القيمة أو الأهمية السياسية والاستراتيجية، أو بالأحرى الوطنية، لما أنجزه ضمن المؤسسة العسكرية. وهو الأمر الذي لم يكن يتكلم فيه أو يتحدث عنه في ذلك الوقت. والمقصود دوره في بناء الجيش الوطني، من إعادة توحيد هذا الجيش على أساس دمج وتشكيل الوحدات أو القطع العسكرية المختلفة إلى صوغ العقيدة الوطنية للمؤسسة العسكرية، وكذلك التمييز بين العدو والحليف، مرورًا بتحسين صورة الجيش لدى الناس والتقريب في ما بينهما، ناهيك عن تحييد الجيش عن السياسة والحسابات أو المصالح السياسية.

في العلاقة مع المقاومة، يؤمن الرئيس العماد إميل لحود بأهمية نظرية أو معادلة "الشعب والجيش والمقاومة" وجدواها في مواجهة إسرائيل، ويشدد على ضرورة الاستفادة

السياسية من هذه التجربة التاريخية في الحاضر والمستقبل. هو لا ينكر أهمية وجود الجيش في صلب هذه المعادلة أو المنظومة من أجل الدفاع عن البلد، ولا سيما الجيش الوطني؛ لكنه يتمسك بمشروع أو فكرة المقاومة كخيار استراتيجي، لا نقاش حوله ولا فصال فيه، حيث أثبت صحته في أكثر من مناسبة أو محطة. ويؤكد الرئيس لحدود، في هذا المضمار، على أن الرهان يجب أن يكون، وأن يبقى، على هذه المقاومة الوطنية، عندما يتوجه في حديثه برسالة إلى الأجيال الصاعدة في محاولة منه لاستشراف أو مقارنة المستقبل.

في العلاقة مع سوريا، ينوه الرئيس العماد إميل لحود بأن ما بين البلدين، في إشارة إلى لبنان وسوريا، هو أكبر وأبعد، بالتأكيد، من المصالح الضيقة والحسابات الخاصة للمرتكبين والمنتفعين من على جانبي أو طرفي الحدود. وهو يراهن كثيرًا على وجود أو بقاء بيت الأسد، في إشارة إلى الرئيسين الأسد الأب والإبن، على رأس الحكم والسلطة في سوريا للتصدي لمشروع المؤامرة الأمريكية الإسرائيلية على المنطقة برمتها، ومن ضمنها لبنان، وليس على سوريا فحسب. كما أنه يتوقع، بل ينتظر، إستكمال الحل للمسألة السورية، وذلك على قاعدة الإنتصار غير البعيد، بل القريب، وربما الحتمي؛ مع الإشارة هنا إلى أن العلاقة بينه وبين الرئيس بشار الأسد لم تتقطع البتة، حتى بعد مغادرته قصر بعبدا.

في العلاقة مع السلطة السياسية والموقف منها، لا يتردد الرئيس العماد إميل لحود في أن يجاهر باختلافه مع مجمل الطبقة السياسية التقليدية في النظرة إلى الحياة السياسية وفي مقارنة الشؤون السياسية والقضايا العامة، وبالتالي خلافه المستمر أو المتكرر مع العديد من رموز هذه السلطة السياسية ومكوناتها، سواء كان من موقع المسؤولية العسكرية كقائد للجيش أولًا، أو كان من موقع المسؤولية السياسية والدستورية كرئيس للجمهورية ثانيًا. وهو يؤكد على أنه لم ينسجم أبدًا مع هذه الطبقة السياسية. وهو لا يخفي إنتقاده الحاد، بل معارضته الشرسة، لكل من المال السياسي والإقطاع التقليدي. ويصر على نقد، بل نقض، الذهنية أو العقلية التي ينتهجها الساسة في البلد طوال تاريخه الحديث والمعاصر.

في ممارسة الحكم والسلطة، يرى الرئيس العماد إميل لحود أن الإستحقاقين أو التحديين الكبيرين أو البارزين اللذين طبعا عهده في سدة الرئاسة، كما فرضا نفسيهما على جدول



أعمال أو أجندة السلطة السياسية، هما المقاومة ومكافحة أو محاربة الفساد السياسي، ومن خلفه الفساد المالي والإداري. وهو يشيد بانتصار خيار المقاومة الذي تكمل بإنجاز التحرير سنة 2000 أولاً، كما الصمود، وبالتالي الانتصار في الحرب مع إسرائيل، سنة 2006 ثانياً. وهو لا ينكر، في المقابل، تعثر مسيرة الإصلاح في عهده؛ وقد كان الرهان حينذاك عليه، ومن معه أيضاً، في الشروع أو البدء بسيرورة المساءلة والمحاسبة لمكافحة أو محاربة الفساد ضمن إطار مشروع بناء دولة القانون والمؤسسات.

في التجربة مع العرب والغرب، لا يخفي الرئيس العماد إميل لحود استياءه وأسفه لما قد وصلت إليه الأوضاع أو الأحوال العربية. وهو يبدي، بكل وضوح وبكل صراحة، امتعاضه وسخطه من تصرفات وممارسات العديد من الحكام والحكومات والأنظمة في العديد من البلدان العربية، ولا سيما دول منطقة الخليج العربي، وعلى رأسها المملكة العربية السعودية بطبيعة الحال، ومعها كل من يدور في فلكها السياسي. وهو لا يتردد في التأكيد على تمسكه بموقفه الوطني والقومي من القضية الفلسطينية. كذلك، يعبر الرئيس لحود عن شجبه واستنكاره لسلوكيات المجتمع الدولي ومواقفه، وعلى رأسه الغرب، تجاه العرب والمسلمين في المنطقة والعالم، من الصراع العربي الإسرائيلي إلى "ثورات الربيع العربي". هو ذلك الرجل الذي قال فيه قائد المقاومة، سماحة السيد حسن نصر الله، أنه "زلمي"، أي "رجل" باللهجة العامية أو اللبنانية؛ وقبلها، قال عنه الرئيس السوري الراحل حافظ الأسد أنه "شبيه الأمير فخر الدين الكبير"<sup>(1)</sup>. هو، باختصار، وبكلمتين إثنين، إميل لحود: قائد الجيش، ثم رئيس الجمهورية. وهو يؤكد، أي هذا الأخير، أنه يلتقي مع الأول، في إشارة إلى السيد نصر الله، في القلب والروح والضمير؛ ولا ينكر أيضاً، بالنسبة إلى الثاني، في إشارة إلى الرئيس الأسد الأب، دوره، بل فضله، في توليه قيادة الجيش أولاً، وفي وصوله إلى سدة رئاسة الجمهورية ثانياً<sup>(2)</sup>. هذا للأمانة والتاريخ والأجيال الصاعدة. وهذا ليس كل شيء، بل بعض ما قاله أو سرده فخامة الرئيس العماد إميل لحود. نقطة على السطر.

(1) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البيزة بتاريخ 2019/07/30.

(2) مقابلة مع الرئيس العماد إميل لحود في منزله في البيزة بتاريخ 2018/08/20.

## التحديث الإداري - تجربة وزارة المالية

د. معين عبدالله

### La modernisation administrative

#### Résumé

Cette recherche évoque le thème de la modernisation de l'administration publique qui est une opération concernant l'adaptation de la structure administrative au progrès scientifique, technologique et informatique et aux changements qui affectent la société en vue du bon fonctionnement de l'Etat. La problématique de notre sujet s'intéresse à reconnaître les fondements de modernisation et l'entendue de leur application au sein du ministère des finances.

### The administrative modernization

#### Summary

This research explains the subject of modernization of public administration, which is the process of adapting the administrative structure with the scientific, technological and informatic progress and the developments that occur in the society as a whole in order for the state to perform its functions properly. The problem of our research is to know the pillars of the modernization process and its application within the Ministry of Finance..

**Mots-clés:** modernisation - administration publique - obstacles - fondements - ministère des finances.

**Keywords:** modernisation - public administration - obstacles - pillars - Ministry of finance

## • المقدمة

الإدارة العامة هي المرآة العاكسة لنظام الحكم السياسي في الدولة ولاحتياجات المجتمع بمختلف مكوناته. هذه الاحتياجات تتأثر بالتطورات والتغيرات الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية، التكنولوجية، العلمية... عالمية كانت أم محلية.

ينتج عن هذه التطورات ضرورة تحديث الإدارة العامة بشكل مستمر لكي تتكيف مع المتغيرات الحاصلة من جهة، ومعالجة المشاكل التي تعترضها من جهة أخرى. لذلك، تُعتبر عملية تحديث الإدارة العامة جزءاً لا يتجزأ من علم الإدارة الحديثة لكونها عبارة عن خطط وإستراتيجيات تتصف بالمرونة وتهدف إلى انتقال الدولة من وضع معين إلى وضع أفضل وأكثر مرونة واستقراراً.

إن صياغة إستراتيجية لتحديث الإدارة العامة تترافق مع تحديد واضح للأهداف المرسومة والنتائج المراد تحقيقها على ضوء المتغيرات التي تولد الحاجة إلى إدخال تعديلات وأساليب إدارية جديدة باستخدام وسائل عديدة ذات اتجاهات متشعبة (سياسية، اقتصادية، إدارية، تكنولوجية، بيئية...) ضمن إطارين: زمني ومكاني. فعملية التحديث الإداري تختلف باختلاف المكان والزمان والمدة نظراً لارتباطها باحتياجات المجتمع والمتغيرات العامة ارتباطاً وثيقاً.

إن وضع الإدارة العامة اللبنانية في الوقت الحالي معقد للغاية، خاصةً بعد الأزمات التي مرّ بها لبنان نتيجة الأحداث التي لا يمكن إزالة آثارها بسهولة. فعملية الإصلاح صعبة لأنها تكوينية كيانية، عملية هدم وبناء، عملية تربية وتكوين... قد تستغرق وقتاً طويلاً إذا أردناها إصلاحاً جذرياً<sup>(1)</sup>.

من هنا جاءت أهمية هذا البحث الذي يُظهر دور التحديث الإداري في تطوير الدولة وتعزيز ثقة المواطن بإمكانياتها. وقد اخترنا وزارة المالية نموذجاً (وتحديداً مديرتي الواردات والضريبة على القيمة المضافة)، كونها تتولّى قيادة الإصلاح الاقتصادي للحكومة من

---

(1) المجذوب، طارق، عام 2005، العملية الإدارية والوظيفة العامة والإصلاح الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 865.

خلال صياغة وإدارة سليمة للسياسة المالية والدين العام<sup>(1)</sup>. فما هي مرتكزات عملية التحديث الإداري وما مدى تطبيقها في وزارة المالية؟ للإجابة على هذه الإشكالية، سنوضح أولاً ماهية التحديث الإداري (الجزء الأول) ومن ثم نتناول مرتكزات عملية التحديث الإداري بين النظرية والواقع (الجزء الثاني).

## الجزء الأول

### ماهية التحديث الإداري

نهدف من خلال الجزء الأول من بحثنا، إلى تبيان الإطار النظري لعملية التحديث الإداري من خلال تعريفها (قسم أول) وذكر العقبات التي تعيقها على الصعيد اللبناني (قسم ثانٍ).

### القسم الأول: تعريف عملية التحديث الإداري

إن تعريف أي مصطلح ينطلق من تحديد مقوماته. لذلك، ومن أجل توضيح مفهوم التحديث الإداري (باب ثانٍ)، سنتناول مفهوم التحديث ومفهوم الإدارة العامة (باب أول).

### الباب الأول: مفهوم التحديث ومفهوم الإدارة العامة

#### الفصل الأول: مفهوم التحديث

التحديث في جوهره هو انتقال من حالة معينة إلى حالة أخرى أكثر تقدماً وحدثاً، بعكس الثبات والجمود، لذلك إن السعي إلى تحقيق تغيير بغية التحديث ليس بالعملية السهلة بسبب اختلاف المفاهيم والمعايير ووجهات النظر لدى القيمين على هذه العملية ونشوء حالة من الموالاة والمعارضة والدفاع عن كل ما هو قديم.

---

(1) الموقع الرسمي لوزارة المالية (www.finance.gov.lb)، شباط 2019

وتختلف النظرة إلى مفهوم التحديث باختلاف العلوم الاجتماعية: فيرى الإقتصاديون بالتحديث كيفية إستخدام الإنسان للثروات وتوزيعها بتوازن بين مختلف القطاعات والمناطق، في حين يربط علماء الإجتماع التحديث بعملية الإختلاف بين المجتمعات ودرجة النمو فيها. أمّا علماء السياسة يعتبرونه أداة لتخطي العوائق والمشكلات التي تحول دون بناء الدولة الحديثة، وكذلك أداة للوصول إلى الأهداف المبتغاة وتحقيق السياسات المرسومة. يمكننا القول أن التحديث - بشكل عام- هو العملية التي تهدف إلى إحداث تغييرات في كافة جوانب المجتمع من أجل الوصول إلى مرحلة أكثر تقدماً، أي الإنتقال من مرحلة تقليدية إلى مرحلة متطورة. وعملية التحديث لا تنحصر في مجتمع معين أو زمن محدد بل تحدث في كل المجتمعات وكل الأزمنة ولكن بدرجات متفاوتة ومتباينة<sup>(1)</sup>. ولا بد من الإشارة إلى أن عملية التحديث ليست حالة نهائية بل تشكّل مساراً متواصلًا يعتمد على مؤشرات إقتصادية، إجتماعية، بيئية، إدارية، أخلاقية... وهذه العملية المستمرة هي:

- شاملة تمر بمراحل متعددة ومتتابعة وفي بعض الأحيان متواصلة
- تتأثر بالعوامل الداخلية والخارجية للمجتمع المراد الإنتقال به إلى حالة أكثر تطوراً
- تستند على خطط وبرامج (Plans et programmes)
- تعتمد على تقدير النتائج بعد تحديد الوسائل والتكاليف.

### الفصل الثاني: مفهوم الإدارة العامة

يُعتبر مفهوم الإدارة العامة أحد المفاهيم الأساسية في العلوم الإجتماعية والإدارية التي تلعب دوراً محورياً بإظهار أهمية وجود الإدارة في كافة أبعاد الحياة البشرية ومجتمعاتها،

---

(1) Machiavelli, F avec la collaboration de N. Charest (2012), *modernisation de l'état*, le dictionnaire encyclopédique de l'administration publique, www.dictionnaire.enap.ca, février 2019

والتي تحدد ماهية هذه الإدارة وإمكانياتها المادية والفنية والطبيعية وتساعد في النهاية على إنجاز الأهداف المنشودة وتحقيقها.

تعددت مفاهيم الإدارة العامة، إلا أن أغلبية الفقهاء وعلماء الإدارة ربطوا في تعريفهم "الإدارة العامة" بـ"السلطة السياسية والمصلحة العامة". فالإدارة العامة لا تخرج عن كونها المنظم والمحدد لأعمال وسلطة أجهزة الدولة من حكومات ومسؤولين وموظفين بهدف تنفيذ السياسة العامة للدولة باستخدام الجهود البشرية والوسائل المادية استخداماً يعتمد التخطيط والتنظيم والتوجيه والرقابة والتقييم السليم في سبيل تصحيح مساراتها، كما أنها تشمل كل هيئة عامة، مركزية أو محلية، أوكلت إليها السلطة السياسية وظيفته تلبية الحاجات العامة، على اختلاف صورها، وزودتها بالوسائل اللازمة لذلك<sup>(1)</sup>.

يعرّف الدكتور طارق المجذوب الإدارة العامة بأنها: "مجموعة النشاطات الإدارية المتعلقة بصنع القرارات داخل التنظيمات الإدارية العامة (كالوزارات والهيئات والمؤسسات العامة...)، تقوم بها قوى بشرية تعمل ضمن الإمكانيات المتاحة لتحقيق السياسة العامة للتنظيمات المعنية."<sup>(2)</sup>

وقد تطوّر مفهوم الإدارة العامة من حيث الشكل والمضمون بتطور المجتمعات ووظيفة الدولة. فكل مجتمع ميراث فكري وخبرات وقيم إجتماعية ومفاهيم سياسية... تؤثر في مفهوم الإدارة العامة السائد فيه وتميزه عن المفاهيم السائدة في زمن سابق.

من هذا المنطلق فرّق الدكتور كامل بربر ما بين الإدارة العامة وفقاً للمفهوم التقليدي باعتبارها "نشاطاً إدارياً صرفاً"، وبين الإدارة العامة وفقاً للمفهوم الحديث: "إن مسؤولية الإدارة العامة في المجتمع الحديث هي مسؤولية ذات شقين، ولذا فإنها تعرّف من وجهة النظر الحديثة بأنها "علم وفن وضع وتنفيذ السياسة العامة"<sup>(3)</sup>. وهذا التفريق يبين التغير

(1) الحياوي، إيمان، " مفهوم الإدارة العامة "، www.mawdoo3.com، كانون الثاني 2019.

(2) المجذوب، طارق، عام 2005، العملية الإدارية والوظيفة العامة والإصلاح الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 47.

(3) بربر، كامل، عام 2006، الإدارة العامة في لبنان التحديات والإصلاح، دار المنهل اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى، ص 20.

الحاصل في علم الإدارة بتطور مفهوم العمل الإداري من تنفيذ خطة ثابتة موضوعة للتنفيذ دون الأخذ بالإعتبار التغيرات في البيئة المحيطة وفي أهداف المنظمة، وبين المفهوم الحديث للإدارة الحديثة التي تعتمد على الموظف كمورد بشري وليس أداة تنفيذ فقط وتتصف بمرونة الخطط الموضوعة القابلة للتعديل وفقاً للمتغيرات المواقبة للتطور المعرفي والتكنولوجي وشفافيتها وسهولة تطبيقها، وهنا يكمن مفهوم تعريف الإدارة الحديثة بأنها نوع من فن وضع وتنفيذ السياسة العامة.

### الباب الثاني: مفهوم تحديث الإدارة العامة

بعد الانتهاء من تعريف التحديث وتعريف الإدارة العامة ضمن الباب الأول، أصبح بإمكاننا تحديد مفهوم "التحديث الإداري" على أن يُعتمد من أجل ذلك تعريف الإدارة العامة في مفهومها الحديث وليس التقليدي.

التحديث الإداري هو عملية تكييف البنية والهيكلية الإدارية مع التقدم العلمي والتكنولوجي والمعلوماتي ومع التغيرات والتطورات التي تطرأ على المجتمع ككل (اقتصادية، إجتماعية، سياسية) بهدف قيام الدولة بمهامها بالشكل المناسب. ولا بد من أن يصاحب هذه العملية العديد من الإجراءات الإصلاحية ومعالجة المشاكل التي تعترض عمل الإدارة في ظل إجراءات التحديث ومكافحة الفساد على جميع الصُّعد بالإضافة إلى إعادة النظر في الأطر القانونية والتنظيمية اللازمة لتسهيل وضمان نجاح العملية التحديثية.

تفاوتت آراء الاختصاصيين والفقهاء في العلم الإداري في شرح العلاقة بين عملية التحديث الإداري وعملية الإصلاح الإداري. فمنهم من عرّف التحديث الإداري على أنه الدافع الأساسي للقيام بالإصلاح الإداري، ومنهم من اعتبر أنه العملية المواقبة والمتلائمة للإصلاح الإداري. أما البعض الآخر فقد عرف الإصلاح الإداري على أنه عملية التحديث بحد ذاتها<sup>(1)</sup>.

---

(1) الشامي، علي، عام 1995، الإدارة العامة والتحديث الإداري، شركة رشاد برس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية.

ولكن مهما اختلفت الآراء فيما يتعلق بتفسير هذه العلاقة إلا أن المفهومين يلتقيان من حيث الطبيعة، إذ أن كليهما يعتبران عملية مستمرة لها مفهومها ومقوماتها وطرقها وإستراتيجيتها، ومن حيث الأهداف، لأنهما يسعيان إلى تقويم الإدارة، إزالة الانحرافات والشوائب ومكافحة الفساد بغية تأقلم الإدارة مع التطورات والتغيرات الحاصلة (على الصعيد التكنولوجي، الإجتماعي، الإقتصادي...) ومع مهام الدولة.

إن التحديث الإداري لا يُعنى فقط بالإدارة العامة كجهاز إداري وبشري يعمل وفقاً للقوانين والأنظمة، إنما يتناول أيضاً الإطار المؤسسي للمجتمع أي البيئة السياسية والاجتماعية والإقتصادية. فالتحديث الإداري عملية شاملة تعتمد على إدخال تغييرات إدارية وإقتصادية وسياسية وإجتماعية وقانونية تهدف إلى معالجة المشاكل التي تعاني منها الإدارات العامة من جهة، ورفع مستوى الأداء وتحسين الفعالية المؤسساتية لها من جهة أخرى، وبالتالي فإن الهدف الأساسي من هذه العملية يتكون من مجموعة أهداف فرعية تتطلب البحث عن مكامن الضعف ومعالجة المشاكل التي تعاني منها الإدارة، كما تتطلب تخطيطاً إستراتيجياً للمراحل الزمنية اللاحقة بغية استغلال العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإدارية والتنموية بالشكل الأمثل، واستكشاف العقبات والمشاكل التي يمكن أن تواجهها واقتراح الحلول لها.

بعد الانتهاء من الحديث عن مفهوم تحديث الإدارة العامة، من المهم الإطلاع على العوائق التي تحول دون السير به (القسم الثاني).

### **القسم الثاني: عقبات عملية التحديث الإداري**

توجد في كثير من الدول النامية مجموعة من العقبات التي تواجه عملية التحديث الإداري، مما يجعل الإصلاحات الواجب اعتمادها في هيكلية ومكونات نظمها الإدارية صعبة جداً وفي بعض الأحيان شبه مستحيلة، وتصبح هذه العقبات حاجزاً مستمراً ويبقى دور وحدات الإدارة العامة في هذه الدول هامشياً بما يتعارض مع متطلبات العصر الحديث.



في هذا القسم، سنتناول أبرز العقبات الداخلية (باب أول) والعقبات الخارجية (باب ثانٍ) التي تواجه عملية التحديث الإداري في لبنان.

## الباب الأول: في ما يتعلّق بالعقبات الداخلية

### الفصل الأوّل: العقبات البشرية

#### • على مستوى التمكين في الإدارة العامة:

ويقصد بالتمكين إشراك الموظفين والعاملين في العمل الإداري على مختلف مستوياته، إن كان على صعيد اتخاذ القرارات أو على صعيد التنفيذ والتصرف بحرية لإيجاد الحلول المناسبة.

ففي معظم الأحيان لا يستطيع الموظفون والعاملون في القطاع العام تنفيذ وجهات نظرهم كونهم لا يملكون الصلاحيات اللازمة للسير بقناعاتهم خلال المشاركة في وضع خطط للتحديث، فلا يشعرون بالتالي بأهمية ومنفعة هذه الخطط المخالفة لقناعاتهم ممّا يؤدي بهم إلى مقاومتها و يشكل عائقاً لعملية التحديث.

#### • على مستوى الشغور في الإدارة العامة:

يقدر عدد الوظائف الشاغرة في الملاكات الدائمة بأكثر من عشرة آلاف وظيفة من أصل 22 ألفاً، وتشير المعلومات إلى أنها تتركز في الفئتين الثانية والثالثة والتي تعد من المستويات القيادية التي يفترض أن تشارك بفعالية كبيرة بوضع الخطط والاستراتيجيات العامة، كما يوجد نقص حاد في الاختصاصات المهمة كاختصاص تقنيات المعلوماتية، إدارة الأعمال، العلوم المالية والاقتصادية، التخطيط والإحصاء... بسبب ضعف الرواتب المخصصة لهذه الفئة من الاختصاصات والمهارات ونقضيلهم التوجه نحو القطاع الخاص برواتب أفضل من تلك الممنوحة من الدولة.

## الفصل الثاني: العقوبات المعلوماتية

### • على مستوى التفعيل:

لا زالت المعلومات التي يمكن أن تكون من أهم الوسائل لرفع الجدى والشفافية لا تستخدم بشكلٍ كافٍ. فعلى الرغم من الجهود التي بذلت في مجال المعلوماتية، من توفير أجهزة وتدريب العاملين...، لا يزال تخزين المعلومات وتبادلها يتم بالأشكال التقليدية دون الاستفادة من تقنيات المعلومات في الاتصالات لجعل الإدارة فعلاً في متناول المواطن وإتاحة الفرصة أمامه للتعبير عن مدى رضاه من الخدمات المقدمة.

### • على مستوى التنظيم:

يتم ربط وحدات المعلوماتية، التي جرى إحداثها في عدد من هيئات الرقابة وعدد من الإدارات العامة، بمصالح أو دوائر لا تتماشى مع مهامها ودورها وذلك بسبب سوء التمييز بين وظيفة المعلوماتية (برمجة، تشغيل شبكات، دعم فني...) واستعمالات المعلوماتية (استخراج التقارير، وضع الجداول...)<sup>(1)</sup>.

## الباب الثاني: في ما يتعلق بالعقوبات الخارجية

### الفصل الأول: العقوبات السياسية<sup>(2)</sup>

### • على مستوى التدخلات:

أدت الضغوط والتدخلات المستمرة من قبل السياسيين في عمل الإدارة إلى وجود علاقات من المحسوبية والتبعية مع السياسيين الذين يقومون بتسهيل الخدمات للمواطنين في إدارة

---

(1) الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، [www.omsar.gov.lb](http://www.omsar.gov.lb)، شباط 2019.  
(2) بربر، كامل، عام 2012، إستراتيجية الإصلاح في الإدارة العامة، دار المنهل اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى ص250.

قليلة الفعالية، ممّا أوجد قناعة لدى الأكثرية بأن الإدارة العامة اللبنانية أصبحت أداة تخدم إلى حدّ معين مصالح السياسيين والنافذين.

#### • على مستوى الدّعم:

إن أهم أسباب فشل محاولات التحديث الإداري هو غياب الدعم السياسي الثابت المتماسك والفعال، فبدونه تضعف عملية رسم الخطوات الإستراتيجية وكذلك التنظيم والدافع عند الأشخاص المعنيين، لأن السلطة السياسية هي التي تحدد الأهداف التي تسعى وتعمل الإدارة على تحقيقها من خلال أجهزتها المختلفة، وكلما كانت الغلبة في السلطة لفئة سياسية معينة، تسعى هذه الفئة لتنفيذ أجندتها وأهدافها السياسية وعدم الأخذ بالرأي الآخر وتغليب مصلحتها على المصلحة العامة للدولة والمواطنين، مما يولد أثراً سلبياً ويعكس صورةً سلبيةً عن الإدارة العامة ويُفقد المواطن ثقته بالدولة وحتى ولاءه لها، ويؤدي إلى ضعف أو انعدام الإلتزام بالقوانين على مختلف الصُّعد.

#### الفصل الثاني: العقبات الاجتماعية

#### • على مستوى خدمة المواطنين:

إن وجود البيروقراطية وتعدد مراحل إنجاز المعاملات مسألة ذات أثر كبير يعكس ضعف الجودة والإتقان عند تقديم خدمات الإدارة العامة ويسبب الكثير من المشاكل سواء للمواطن أو للدولة معاً وينعكس ذلك على مستوى الإنتاجية، بالإضافة إلى ضعف التنسيق والمتابعة بين الإدارات العامة مما يزيد الأمور تعقيداً.

#### • على مستوى ثقة المواطنين:

لقد بلغ الفساد في الإدارة العامة مستوى يدعو إلى القلق ممّا تسبب بفقدان الثقة بين المواطن والإدارة: فمن جهة، لا يرى المواطن أن الإدارة العامة قادرة على تلبية حاجاته

ومتطلباته بل يعتبرها في خدمة مصالح بعض النافذين والموظفين، وبالمقابل لا تعي الإدارة دورها الحقيقي المتمثل في خدمة المواطن والمجتمع على حد سواء<sup>(1)</sup>. ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ العقبات السياسية هي المدخل الحقيقي للسيطرة على بقية العقبات بالرغم من أهميتها. فالسلطة السياسية تشكّل مصدراً لكلّ الخطط والبرامج التنموية بما في ذلك خطط وبرامج التحديث الإداري، أما المعوقات الأخرى فيمكن اعتبارها نتائج لعدم سلامة السياسات التي وُضعت الخطط والبرامج على أساسها.

## الجزء الثاني

### مرتكزات عملية التحديث الإداري: بين النظرية والواقع

إن تحديث الإدارة العامة اللبنانية بات مسألة ملحةً وضروريةً وليس خياراً، لا سيما التزاماً من لبنان بالمتطلبات والشروط تجاه المجتمع الدولي والمؤتمرات الداعمة للبنان كمؤتمرات باريس ومؤخراً مؤتمر سيدر، ممّا أوجب وضع خطة إستراتيجية لتحديث وإصلاح الإدارة العامة تساهم في النهوض الإقتصادي والإجتماعي وفي السير ببناء الدولة الحديثة. نهدف من خلال الجزء الثاني من بحثنا، إلى تبيان خطة تحديث وتطوير الإدارة العامة المترجمة بستّ مرتكزات أساسية (قسم أول) وتقييم مدى اعتمادها من قبل وزارة المالية (قسم ثانٍ).

### القسم الأول: لمحة عامة عن مرتكزات خطة تحديث وتطوير الإدارة العامة

بحسب الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، تركز خطة تحديث الإدارة العامة على: دعم الحوكمة والمساءلة والشفافية، بناء قدرات الإدارة العامة،

---

(1) بربر، كامل، عام 2012، إستراتيجية الإصلاح في الإدارة العامة، دار المنهل اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى ص228.

تطوير إدارة الموارد البشرية وتمييزها، تحسين كفاءة الخدمات وتعزيز علاقة الإدارة بالمواطن، تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية<sup>(1)</sup>. سنتناول هذه المرتكزات لتعريفها من جهة (باب أول)، ولتحديد الغاية منها من جهة أخرى (باب ثانٍ).

## الباب الأول: تعريف مرتكزات التحديث الإداري

### الفصل الأول: دعم الحوكمة والمساءلة والشفافية

«الحوكمة» عبارة عن مجموعة من القوانين والنظم والقرارات التي تهدف إلى تحقيق الشفافية ومنح حق المساءلة، وبالتالي الحدّ من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة. وعليه، يُعتبر العاملان الأساسيان اللذان يساهمان في إرساء الحوكمة هما المساءلة والشفافية:

- «المساءلة» هي العملية التي تقوم على مراقبة مدى التقيد بالقوانين والأنظمة بهدف محاسبة المخالفين ومدى فعالية الأنظمة والقوانين السائدة. فعلى سبيل المثال لا الحصر، يجب تفعيل تطبيق أحكام قانون الموظفين الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 1959/112 وقانون الإثراء غير المشروع رقم 1999/154 وغيرها من القوانين التي تضبط العمل الإداري وتحد من الفساد والخلل في استعمال السلطة...
- أما «الشفافية» فيقصد بها توفير المعلومات وجعل القرارات المتصلة بالسياسة المتعلقة بالمجتمع معلومةً من خلال النشر في الوقت المناسب والانفتاح لكل الأطراف ذوي العلاقة<sup>(2)</sup>. وهنا لا بد من الإشادة بالمسعى الجدي للدولة تفعيلاً للشفافية وحرصاً على حقوق المواطنين بإصدار القانون رقم 2017/18 "قانون حق الوصول إلى المعلومات".

(1) الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، [www.omsar.gov.lb](http://www.omsar.gov.lb) ، شباط 2019.

(2) الكردي، أحمد، الشفافية الإدارية، المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية

<https://hrdiscussion.com> .2010/01/26.

## الفصل الثاني: بناء قدرات الإدارة العامة

سبق وأوضحنا أن «الإدارة العامة» الحديثة علم وفن وضع وتنفيذ السياسة العامة. أما «القدرات»، فهي مجموع المهارات المتميزة التي تتمتع بها الإدارة العامة وتضمن الاستمرارية والنمو والإستخدام السليم لمواردها. وما مهارات وقدرات الإدارة إلا انعكاس لجهود العاملين فيها وسلوكهم في سلامة استخدام مواردها ومعرفتهم وحسن تطبيق قوانينها.

## الفصل الثالث: إستحداث آلية لإدارة التغيير وتبادل الخبرات وأفضل الممارسات

تعتبر «إدارة التغيير» من العمليات الإدارية الهامة، إذ يتم بموجبها إحداث تغييرات في الأطر التنظيمية للعمل وحتى القانونية منها بالإضافة إلى رفع مستوى المعرفة وأداء وسلوك العاملين مما ينعكس إيجاباً على النتائج المحققة. أما «تبادل الخبرات وأفضل الممارسات»، فتعتبر من العمليات التشاركية التي تساعد في تطوير عمل الإدارة بخطى أسرع من تلك المعتمدة فيما لو كانت كل إدارة تعمل منفردة.

## الفصل الرابع: تطوير إدارة الموارد البشرية وتنميتها

مع تطور مفهوم الإدارة الحديثة، لم يعد «العنصر البشري» مجرد أداة لتنفيذ الأعمال بل أصبح مورداً أساسياً للإدارة قادراً على التجديد والتطوير في بيئة عمل مهيأة تتيح له هامشاً لإبداء الرأي واقتراحات التطوير. وتعتبر «إدارة الموارد البشرية» مكوناً حيوياً من مكونات الإدارة يُعنى بشؤون العاملين من حيث توصيف عملهم وتعيينهم بالإضافة إلى مهامها في التأهيل والتدريب وتطوير الكفاءات.

## الفصل الخامس: تحسين كفاءة الخدمات وتعزيز علاقة الإدارة بالمواطن

«خدمة المواطنين» هي العملية التي يتم من خلالها تلبية احتياجاتهم وتوقعاتهم. فكل مواطن عليه واجبات تجاه الدولة من الإلتزام بالقوانين وتأدية الضرائب والرسوم التي تساهم

في تمويل النفقات العمومية، وفي الوقت نفسه لكل مواطن الحق في الاستفادة من الخدمات العامة التي تؤديها الدولة خدمةً لمصالح أفرادها وتلبيةً لحاجاتهم بالشكل الأمثل المتوقع.

**الفصل السادس: تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية**  
«الحكومة الإلكترونية» هي تغيير أسلوب أداء الخدمة من أسلوب يتميز بالروتين والبيروقراطية وتعدد وتعقد الإجراءات إلى أسلوب يعتمد على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحسين أداء الخدمات الحكومية بهدف تقديمها للمواطن بطريقة سهلة عبر شبكة الإنترنت، مما يوفر الكثير من الجهد والمال لها فتتخفف بذلك تكلفة أداء الخدمة<sup>(1)</sup>.

## الباب الثاني: الغاية من مرتكزات التحديث الإداري

### الفصل الأول: دعم الحوكمة والمساءلة والشفافية

إنّ الهدف من دعم الحوكمة والمساءلة والشفافية هو تحديث التشريعات والأنظمة وآليات العمل وفقاً لأفضل المعايير والتجارب في مجالات عدّة، كحزمة التشريعات المتعلقة بالفساد والإثراء غير المشروع، تضارب المصالح والحق في الوصول إلى المعلومات...<sup>(2)</sup>.  
تعاني الإدارة العامة اللبنانية من ضعف أو حتى غياب الرقابة والمساءلة والمحاسبة بسبب تقادم التشريعات والأنظمة وآليات العمل المناسبة، وعدم توفر تقارير دورية دقيقة وموضوعية عن إنجازات الإدارات والسياسات المعتمدة تصلح كأساس للرقابة والمساءلة.

### الفصل الثاني: بناء قدرات الإدارة العامة

إنّ الهدف من بناء قدرات الإدارة العامة هو تحديث تشريعات الإدارات العامة والتركيز على الوظائف الإستراتيجية وإحداث الوحدات اللازمة لتوليها ودعمها بالعنصر البشري

(1) <https://ar.wikipedia.org/wiki/>, Feb-1-2019

(2) الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، [www.omsar.gov.lb](http://www.omsar.gov.lb)، التقرير السنوي 2014-2015، البرنامج الأول: دعم الحوكمة والشفافية.

المتخصص وتعزيز الشراكة مع القطاع الخاص والمجتمع المدني، ومراجعة أدوار ومهام هيئات الرقابة والإدارات العامة وإعادة هيكلتها، وترسيخ مفهوم تحقيق الإدارات للإنجازات وقياسها<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ عدم قدرة الإدارات العامة على التصدي للمهام والمسؤوليات المستجدة الناجمة عن تطوير دورها ووظائفها بسبب تقادم تشريعاتها وهيكلها التنظيمية، والشغور في المراكز القيادية، وضعف قدراتها في التخطيط الإستراتيجي لتحديد الأهداف والسياسات.

### الفصل الثالث: استحداث آلية لإدارة التغيير وتبادل الخبرات وأفضل الممارسات

إنّ عمليات الإصلاح والتطوير تتطلب آليات متخصصة وإستراتيجيات تُسهم في إحداث التغييرات المطلوبة، إستناداً إلى تجارب وممارسات إدارية ناجحة في بعض الدول المتقدمة. لذلك، إن الهدف من استحداث آلية لإدارة التغيير وتبادل الخبرات وأفضل الممارسات هو وضع آلية متخصصة لإدارة التغيير لمواكبة مشروعات الإصلاح والتطوير والعمل على تطبيقها وتأمين استدامتها، وإقامة المؤتمرات والندوات وورش العمل لتعميم ثقافة إدارة التغيير وطرح مواضيع أو مشكلات مستجدة لدرسها ومعالجتها، ووضعها بتصرف أصحاب القرار.

### الفصل الرابع: تطوير إدارة الموارد البشرية وتنميتها

يلاحظ أن تطوير وتحديث إدارة الموارد البشرية في لبنان لم يكن موضع أي اهتمام جدي منذ أوائل ستينيات القرن الماضي بالإضافة إلى النتائج السلبية للحرب اللبنانية على الإدارة العامة ككل بحيث أصبحت الإدارة الحكومية بعد الحرب في وضع لا يُمكنها من القيام بالحد الأدنى من الدور المطلوب منها في ظروف عادية فكيف بالدور الجديد المطلوب منها بعد الحرب للمساهمة في إطلاق عجلة التنمية الإقتصادية والإجتماعية.

---

(1) الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، [www.omsar.gov.lb](http://www.omsar.gov.lb)، التقرير السنوي 2014-2015، البرنامج الثاني: بناء قدرات الإدارة العامة.



لذلك، إن الهدف من تطوير إدارة الموارد البشرية وتنميتها هو تحديث تشريعات مجلس الخدمة المدنية وأنظمة الوظيفة العامة والمباريات، وتفعيل التدريب الذي ينفذه مكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، ودعم المعهد الوطني للإدارة ومعهد باسل فليحان المالي والإقتصادي التابع لوزارة المالية وسائر المراكز الحكومية المختصة بالتدريب، وإقرار آلية حديثة للتعيينات واعتمادها.

### الفصل الخامس: تحسين كفاءة الخدمات وتعزيز علاقة الإدارة بالمواطن

إن الإجراءات البيروقراطية المعقدة وأساليب العمل التقليدية والمركزية الشديدة المعتمدة في العمل الإداري تتسبب بإرهاق المواطن والتأخير في إنجاز معاملاته وعدم الحصول على الخدمات بالجودة المطلوبة، كما أن الشكاوى التي يتقدم بها لا تجد المعالجات والحلول الملائمة والسريعة. بالإضافة إلى أن المواطن لم يعد يثق بالإدارة لظنه بأن ما يقوم به من واجبات (مثلاً من تسديد ضرائب ورسوم) تجاه الدولة لا يقابلها الخدمات المرجوة من قبله (كالعناية بالطرق والتأمين الصحي وضمان الشيخوخة وغيرها) ولن تعود عليه بالنفع لاحقاً بل هي مجرد وسيلة لتقوية الإدارة وزيادة سلطتها على المواطنين.

لذلك، إن الهدف من تحسين كفاءة الخدمات وتعزيز علاقة الإدارة بمواطنيها هو تبسيط الإجراءات العائدة للمعاملات الأساسية التي يحتاجها المواطن ورجال الأعمال والمستثمرون لما له من أثر على الدورة الاقتصادية ورفع مستوى النمو والمساهمة في معالجة المديونية العامة، وتقريب الإدارة من المواطن بالعمل على تأمين الحد الأدنى من مقومات الحياة الكريمة، إضافة إلى زيادة الوعي الضريبي والحس بالمواطنة وإلى تفعيل دور البلديات (اللامركزية الإدارية) والوحدات الإقليمية (اللاحصرية الإدارية) من خلال إسناد دور أكبر للبلديات وللوحدات الإقليمية في استقبال وإنجاز المعاملات، والتوسع في تفويض الصلاحيات وإحداث الشباك الواحد (أي تخفيف معاناة المواطن بالانتقال من شباك إلى آخر أو من قسم إلى آخر لإنجاز معاملاته واقتصار علاقته مع جهة واحدة لمعالجة مدخلات ومخرجات المعاملات) في عدد من الإدارات لتسهيل تعاطي المواطن معها، وتحديث نظام الشكاوى.

**الفصل السادس: تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية**  
لا يمكن للإصلاح الإداري أن يكون منجزاً وفعالاً إلا إذا كان لتكنولوجيا المعلومات دور أساسي في مواكبة عملية التنمية والإصلاح لتحديث أدوات العمل والتي تسمح برفع مستوى الرقابة، وتسهيل تقديم وإنجاز المعاملات من المواطن ورجال الأعمال وتحديد المرحلة التي وصلت إليها بدقة، وبإعطاء إحصاءات دقيقة حول المعاملات المنجزة والتي لم تنجز وأسباب عدم إنجازها، كما أنها (أي تكنولوجيا المعلومات) يمكن أن تحصي عدد المراجعات والشكاوى في كل إدارة.

لذلك، إن الهدف من تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية هو تحديث الإدارة العامة ونقلها من العمل في ظل إجراءات البيروقراطية التقليدية إلى أساليب عمل حديثة تعتمد على إدارة المعلومات والمعرفة والتواصل والتركيز بشكل كبير على المخرجات والنتائج وخدمات المواطنين ومجتمع الأعمال. هذه النقلة النوعية تتطلب تغييراً ليس فقط في الشبائيك الأمامية للإدارات لتحسين الخدمات للمواطنين، بل تتطلب أيضاً توفر آليات للتبادل البيئي بين قواعد البيانات وإعادة هندسة الإجراءات الأساسية داخل الإدارات وعبرها<sup>(1)</sup>.

بعد اللحة العامة التي تناولت مرتكزات خطة تحديث وتطوير الإدارة العامة، سنتطرق الى واقعها ضمن وزارة المالية (القسم الثاني).

## **القسم الثاني: واقع مرتكزات عملية التحديث الإداري ضمن وزارة المالية**

تشكّل وزارة المالية إحدى أهم وزارات الدولة اللبنانية كونها تتولّى قيادة الإصلاح الإقتصادي للحكومة من خلال صياغة وإدارة سليمة للسياسة المالية والدين العام بهدف تعزيز النمو الإقتصادي المستدام بما يتماشى مع الأولويات الوطنية<sup>(2)</sup>. لذلك، اخترنا هذه

(1) الموقع الإلكتروني لمكتب وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، [www.omsar.gov.lb](http://www.omsar.gov.lb) ، التقرير السنوي 2014-

2015، البرنامج السادس: تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية.

(2) الموقع الرسمي لوزارة المالية [www.finance.gov.lb](http://www.finance.gov.lb) ، 28-2-2019

الوزارة، وتحديدًا مديرية الواردات ومديرية الضريبة على القيمة المضافة، لنبحث بمدى انطباق مرتكزات التحديث الإداري على صعيد عملائها الداخليين والخارجيين (باب أول) ومن ثمّ على صعيد تنفيذ أعمالها (باب ثانٍ).

## الباب الأول: على صعيد عملاء الإدارة الداخليين والخارجيين

الفصل الأول: أبرز ما حقّقه وزارة المالية لناحية استحداث آلية لإدارة التغيير وتبادل الخبرات وأفضل الممارسات

### • الآلية لإدارة التغيير:

تقوم الإدارة بإشراك الموظفين في مشاريع القوانين المنوي إصدارها، وذلك عن طريق إبداء آرائهم وتسجيل ملاحظاتهم حول المواد القانونية كونهم العنصر العملي في تطبيق هذه القوانين. هذه المشاركة تساهم في إدراك الموظفين لأهمية دورهم في تحديث الوزارة ممّا يعزّز إرادتهم للتغيير وسعيهم إلى بذل أقصى جهد ممكن لتحقيق أهدافها. على سبيل المثال: التعديلات الضريبية الواردة ضمن موازنة العام 2017، قانون الإجراءات الضريبية...

### • الآلية لتبادل الخبرات:

تعقد مديرية الواردات إجتماعات دورية لرؤساء الدوائر التابعيين لمختلف المصالح المالية الإقليمية، بحسب اختصاص كلّ منهم (دوائر الإلتزام الضريبي، دوائر التحصيل...)، وذلك من أجل متابعة المشاكل المشتركة وتنسيق الحلول وتوحيد آليات العمل، فعلى سبيل المثال إجتماع رؤساء الدوائر في بداية كلّ شهر في يوم محدد لكل نوع من الدوائر.

## الفصل الثاني: أبرز ما حقّته الوزارة لناحية تطوير إدارة الموارد البشرية وتنميتها

### • الآلية المعتمدة في المباريات:

تمّ تحديث آلية المباريات التي يجريها مجلس الخدمة المدنية لمراقبي الضرائب والمراقبين الرئيسيين في وزارة المالية، من خلال تعديل المواد المطلوبة وإدخال مرحلة أولية لاجتياز المباراة (QCM) ومرحلة ثانية تتضمن المواد الضريبية وغيرها من المواد التي تتعاطى الشأن الوظيفي الذي يتم الترشح له.

### • التدريب والتأهيل:

يخضع موظفو وزارة المالية لدورات تدريبية وتأهيلية ليكونوا على بينة من كيفية تطبيق القوانين والأصول والإجراءات التفصيلية التي يقتضي إتباعها، وذلك حفاظاً على حقوق المواطنين وصوناً لمصالحهم من جهة، وتحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى.

### ومنها على سبيل المثال:

- الدورات التدريبية التي يقوم بها معهد باسل فليحان المالي والاقتصادي حول الضرائب والرسوم، اللغات الأجنبية، التدقيق الداخلي والعديد من الدورات التدريبية في عدة مجالات...
- خضوع مراقبي الضرائب والمراقبين الرئيسيين لدورة تثبيت في الوظيفة يعدها المعهد الوطني للإدارة بعد مرور سنة على تعيينهم في وزارة المالية كموظفين متمرنين، خضوع موظفي الفئة الثالثة للدورات التدريبية العليا المؤهلة للتفريع إلى الفئة الثانية التي يعدها المعهد الوطني للإدارة بعد وصولهم للدرجة الثالثة من الفئة الثالثة.
- الدورات التدريبية خارج الأراضي اللبنانية والتي تتم الدعوة إليها عبر كتاب صادر عن مجلس الخدمة المدنية يتضمّن الشروط اللازمة في المرشّح للاشتراك بها، تاريخ تقديم الطلبات، المدّة...، كتلك التي تقام في المعهد العربي للتخطيط في دولة الكويت وفي معهد صندوق النقد العربي في الإمارات العربية المتحدة وغيرها...

## • توصيف الأعمال:

يتضمّن الملاك العائد لكل مديرية في وزارة المالية توصيفاً لأعمال الدوائر والأقسام لكي يكون موظفو هذه الدوائر والأقسام على بينة من المسؤوليات الموكلة إليهم ومن الصلاحيات الممنوحة لهم دون المساس بها أو تخطّيها.

تجدد الإشارة إلى أنّه بتاريخ 2018/3/23، نظّمت وزارة الدولة لشؤون التنمية الإدارية بالتنسيق مع معهد باسل فليحان المالي والإقتصادي ومع السفارة الفرنسية في لبنان ومديرية الإدارة والوظيفة العامة في فرنسا، مؤتمر الشراكة اللبنانية الفرنسية لتحديث إدارة الموارد البشرية في القطاع العام بعنوان "الإنجازات وآفاق المستقبل"<sup>(1)</sup>.

## الفصل الثالث: أبرز ما حقّقه الوزارة لناحية تحسين كفاءة الخدمات وتعزيز علاقة الإدارة بالمواطن

### • إجراءات وأساليب العمل:

قامت وزارة المالية بتبسيط إجراءاتها والتخفيف من أساليب العمل المعقّدة لديها، وذلك من خلال تفويض بعض الصلاحيات من الرؤساء إلى مرؤوسيهم بغية التسريع في توقيع وإنجاز المعاملات، إعتناء التصريح الإلكتروني لعدة أنواع من الضرائب عبر الموقع الإلكتروني للوزارة، إصدار قانون باعتماد رقم تعريف (أو تسجيل) موحد لكل مواطن أمام الإدارات والمؤسسات العامة والبلديات (قانون رقم 241 تاريخ 2012/10/22)، وعدة إجراءات إدارية من شأنها التخفيف عن المكلفين والإدارة معاً.

### • ثقة المواطنين:

ساهمت الوزارة بتعزيز الوعي الضريبي لدى المواطنين من خلال توفير المعلومات اللازمة لمعرفة حقوقهم وواجباتهم، أسباب تأديتهم للضريبة والفائدة العائدة إليهم بنتيجتها، كيفية سير المعاملات لدى الإدارة الضريبية بحسب كلّ دائرة على حدى (ضريبة دخل،

(1) موقع الوكالة الوطنية للإعلام، www.nna-leb.gov.lb ، 2019-1-15

ضريبة أملاك مبنية، رسم إنتقال، إعتراض...)، وذلك من خلال إصدار دليل المواطن والإعلانات المنشورة على التلفاز وفي الطرقات العامة ومن خلال النماذج الموجودة على مداخل الإدارات الضريبية، وكذلك عبر نشر تسجيلات مرئية مؤخراً للتعريف بالضرائب وكيفية تأديتها وكذلك النشر عبر موقع وزارة المالية الإلكتروني وداخل معهد باسل فليحان المالي والإقتصادي وغيرها من الإجراءات التي من شأنها تعريف المواطن بواجباته وحقوقه الضريبية ورفع مستوى الإلتزام الضريبي لديه.

#### • المركزية واللامركزية:

تعمل المصالح المالية الإقليمية التابعة لوزارة المالية على إستقبال وإنجاز المعاملات الواردة ضمن نطاقها وتتبع هذه المصالح لمديرية الواردات. أمّا مديرية الضريبة على القيمة المضافة فما زالت تعتمد على المركزية في أعمالها كون موقعها الوحيد هو العاصمة بيروت.

#### • الشباك الموحد:

سعت وزارة المالية الى تنفيذ مشروع الشباك الموحد للسجل التجاري، حيث تمّ توجيه كتاب من معالي وزير المالية الى وزير العدل (رقم 2017/5544) يطلب فيه الإيعاز الى أمانة السجل التجاري كمرحلة أولى أن يتمّ إنتداب موظفين من دائرة ضريبة الدخل (فرع خدمات المكلفين) من أجل تسجيل جميع الكيانات التجارية الجديدة إعتباراً من 2018/1/1، وتخصيص مكان للعاملين على هذا المشروع داخل مبنى وزارة العدل لهذه الغاية. وقد تمّ فعلياً بدء العمل بالآلية المذكورة إبتداءً من التاريخ المحدد سابقاً.

#### • الشكاوى:

استحدثت وزارة المالية صناديق لشكاوى المواطنين، كما اعتمدت رقماً خاصاً ومباشراً يتمّ من خلاله التواصل مع الوزارة لتسجيل الشكاوى المذكورة (01/981095).

## الباب الثاني: النتائج المحققة على صعيد الإدارة الضريبية

الفصل الأول: أبرز ما حققته الوزارة لناحية دعم الحوكمة والمساءلة والشفافية

### • التشريعات والأنظمة وآليات العمل:

قامت وزارة المالية بوضع نصوص جديدة وتحديث أخرى قديمة من أجل تفعيل الرقابة والمساءلة وإيجاد آليات العمل المناسبة بشكل يساهم في الحد من التهرب الضريبي،

ومنها على سبيل المثال:

- تضمين قانون الأحكام الضريبية للأنشطة البترولية (رقم 2018/57) مادة تتعلق بالتعريفات ومن بينها التهرب الضريبي، الشركة المترابطة والشركة الأم... ومادة أخرى تتعلق بكيفية مكافحته وفرض غرامات خاصة بها.
- صدور القانون رقم 106 تاريخ 2018/12/6 المتعلق بإضافة بنود في عدد من مواد قانون الإجراءات الضريبية الذي تمّ بموجبه إدخال تعريف لصاحب الحق الإقتصادي وموجب مسك سجل خاص به وغرامات في حال المخالفة.
- قامت الوزارة بتفعيل عمل جهاز التحقق التابع لمدير الإدارة الضريبية من خلال تعيين موظفين من الفئة الثالثة ضمن هذا الجهاز. كما قام المعهد المالي بالتعاون مع المديرية المالية العامة في فرنسا DGFIP بتنظيم برنامج تدريبي حول "أساسيات التدقيق الداخلي" من 22 لغاية 24 تشرين الأول 2018.

### • التقارير الدورية:

يتم اعتماد نظام الضرائب المعلوماتي الخاص في وزارة المالية من أجل استخراج تقارير دورية وسنوية وفقاً للقوانين التنظيمية للإدارة، ولسهولة عمليات الإحصاءات والمساهمة في متابعة التحقيقات الضريبية وتحصيلها، كما تساهم في متابعة المعلومات العائدة للمكلفين ومدى إنجاز المعاملات المتعلقة بهم.

## ● الشفافية:

- حرصاً من وزارة المالية على تقوية أطر التواصل وتعزيز علاقة الثقة بين الدولة والمواطن، إختارت أن تعمل على تعزيز الشفافية حول موضوع الموازنة العامة، وذلك من خلال إصدار "موازنة المواطنة والمواطن" بالتوازي مع إقرار الموازنة العامة لسنة 2018، بقصد إتاحة المجال أمام الرأي العام للحوار وإبداء الرأي والتفاعل حول أولويات الحكومة الاقتصادية والاجتماعية وأوجه إنفاق المال العام وطرق تمويله ولممارسة دوره في المساءلة والمحاسبة بصورة مُستنيرة<sup>(1)</sup>.
- من أهم أساليب تعزيز الشفافية قيام وزارة المالية بدعم التواصل مع المواطنين من خلال إطلاعهم على المعلومات اللازمة لمعرفة حقوقهم وواجباتهم وأسباب تأديتهم للضريبة والفائدة منها، كيفية سير المعاملات لدى الإدارة الضريبية بحسب كل دائرة على حده (ضريبة دخل، ضريبة أملاك مبنية، رسم إنتقال، إعتراض...) عبر إصدار دليل المواطن والتسجيلات المرئية مؤخراً والتي من شأنها أن تسهل على المواطن المعرفة بشكل أفضل، النشر المستمر على موقع وزارة المالية الإلكتروني وداخل معهد باسل فليحان المالي والاقتصادي لأي جديد.

## الفصل الثاني: أبرز ما حققته الوزارة لناحية بناء قدرات الإدارة العامة

### ● التشريعات الحديثة:

- يعتبر قانون الإجراءات الضريبية (رقم 44 تاريخ 2008/11/11) المعتمد من قبل وزارة المالية بمثابة قانون تحديتي لباقي القوانين الضريبية، حيث تم من خلاله إدراج بنود كانت ناقصة في بعض القوانين السابقة إن من جهة توحيد الإجراءات أو من أجل تفعيل عمل الإدارة الضريبية. من ضمن هذه التعديلات تعديل المواد القانونية المتعلقة بالغرامات المفروضة على المكلفين وتوحيد تطبيقها بين الوحدات الضريبية وتقادي ازدواجيتها...

(1) اللقاء حول الشفافية والمواطنة المنظم من قبل معهد باسل فليحان المالي والاقتصادي بتاريخ 2018/12/14.



- صدور القانون رقم 32 تاريخ 2017/2/10 الذي أضاف بندين الى المادة 60 من قانون الضريبة على القيمة المضافة (رقم 379 تاريخ 2001/12/14).
- التعديلات الضريبية الواردة في قانون الموازنة العامة والموازنات الملحقة رقم 79 تاريخ 2018/4/18 وفي قانون الموازنة العامة والموازنات الملحقة رقم 66 تاريخ 2017/11/3.

#### • المراكز القيادية:

إن تعيينات وزارة المالية في ما يتعلق بالمراكز القيادية تتم بالأصالة وبالتكليف عند الحاجة من أجل حسن سير العمل في الوزارة وعدم التقصير تجاه العملاء الخارجيين.

#### • المشاركة مع القطاع الخاص:

- تنظّم وزارة المالية حلقات تدريبية وندوات ومحاضرات لموظفي القطاع الخاص، عبر معهد باسل فليحان المالي والإقتصادي، من أجل تبادل الخبرات بين الطرفين والتوعية الضريبية للقطاع الخاص لا سيّما في مجال النصوص القانونية المستحدثة.
- كذلك ينظّم القطاع الخاص دورات تدريبية لموظفي وزارة المالية التي تعقد في المعهد المذكور والهادفة إلى إبقاء الكادر الوظيفي مطلع على أهم وأحدث آليات السوق، كالدورة التي أقيمت من أجل تعريف الموظفين على العملة الإلكترونية الحديثة Bitcoin وهي عملة رقمية يتم التداول بها مؤخراً في الأسواق المالية.

الفصل الثالث: أبرز ما حقّته الوزارة لناحية تفعيل استخدام تقنيات المعلوماتية وإنشاء بوابة الحكومة الإلكترونية

#### • التسجيل الإلكتروني:

يتمّ تسجيل المكلفين في خدمة التسجيل الإلكتروني وتبليغهم بالتعديلات القانونية والتطبيقية إلكترونياً عبر موقع الوزارة الإلكتروني، مما يُمكنهم إرسال التصاريح الضريبية

إلكترونياً والإطلاع على المستندات التي يُسمح لهم بالإطلاع عليها قانوناً والاستعلام عن الضرائب المتوجبة عليهم.

#### • التسديد الإلكتروني:

بالنسبة للتكاليف الصادرة والخاصة بضريبة الدخل والضريبة على القيمة المضافة وضريبة الأملاك المبنية، يمكن للمكلفين طباعة إيصال التحصيل أو أوامر القبض العائدة لها وتسديدها إلكترونياً.

#### • التبليغ الإلكتروني:

يتم تبليغ المكلفين في كثير من الأحيان عبر البريد الإلكتروني، عند توفره، عن المباشرة بتدقيق أعمالهم أو دراسة اعتراضاتهم فضلاً عن تبليغهم بإرسال مستندات التبليغ الورقية إليهم بواسطة شركة لبنان بوست، وذلك كي لا يتضرروا من جراء انتهاء المهل للتسديد أو الاعتراض في حال عدم معرفتهم بالتبليغ أو ارتجاعه من البريد لأي سبب كان.

#### • التصريح الإلكتروني:

أصبح التصريح الإلكتروني إلزامياً للكثير من مكلفي ضريبة الدخل وللخاضعين للضريبة على القيمة المضافة وكذلك للمكلفين بضريبة الأملاك المبنية بالنسبة للعقارات والأقسام التي تزيد إيراداتها (أي قيمتها التأجيرية) عن 20 مليون ليرة لبنانية سنوياً...

#### • الخدمات الإلكترونية الأخرى:

تم استحداث خانة استعلام على موقع الوزارة الإلكتروني «ضريبتني» تمكن المكلفين من معرفة الضرائب المتوجبة عليهم، فضلاً عن عمليات تبليغ المكلفين بكافة القرارات والمذكرات والتعاميم والتعليمات التي تهمهم إلكترونياً، إضافةً إلى إرسال لوائح إلى كلِّ مكلفٍ بالمستخدمين المسجلين لدى وزارة المالية...

تجدر الإشارة إلى استحداث تطبيق إلكتروني (Application) عبر Appstore لمستخدمي نظام Apple و Google play store لمستخدمي نظام Android، يمكن الاستفادة منه عبر الهواتف واللوائح الذكية، كذلك يُتيح إمكانية طباعة الإيصالات العائدة للتكاليف الضريبية المتوجبة وتسديدها خارج مراكز الإدارة الضريبية، عبر فروع المصارف العاملة في لبنان، لبيان بوست، OMT أو أي مؤسسة مالية تتعاقد معها وزارة المالية ...

### • التوصيات

بعد الانتهاء من عرض ما توفر لنا ذكره من عملية التحديث الإداري ومن نتائج محققة على صعيد الإدارة الضريبية، لا بدّ من اقتراح بعض التوصيات التي قد تساهم في زيادة الحدّثة ضمن وزارة المالية:

- تحسين البنى التحتية وتطوير بيئة العمل لما له من أثر على مظهر الإدارة تجاه المواطنين والعملاء الأجانب وحسن سير المعاملات.
  - العمل على تنفيذ سياسة الضريبة الموحّدة لتسهيل عمل الإدارة الضريبية والتخفيف عن كاهل المواطن لا سيّما في ما يتعلّق بتقليص عمليّات التصريح والتحصّل معاً.
  - تكثيف التشريع الذي يعزّز الفعالية داخل الإدارة ويحمي حقوق المواطنين.
  - استئناف العمل على تسهيل وإنجاز المعاملات إلكترونياً.
  - تفعيل اللامركزية الإدارية من خلال توسيع صلاحيات المصالح المالية الإقليمية في ما يتعلّق بمديرية الواردات، وتوزيع عمل مديرية الضريبة على القيمة المضافة إقليمياً.
  - حصر عمليّة التوظيف داخل الإدارة الضريبية بمجلس الخدمة المدنية.
- وفي الختام نستشهد بالقول التالي: «إن الإدارة التي لا تتقدّم تتقدم». فتحديث الإدارة العامة في أي دولة هو عمليّة ضرورية مستدامة ولا نهائية تتناول كافة جوانبها السياسية والاجتماعية والاقتصادية على جميع المستويات والصعد.

## تنازع المحاكم الإدارية والعاجية حول اتفاق ترسيم الحدود المصرية السعودية

د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب<sup>(1)</sup>

### • المقدمة:

تمثل حدود الدولة، مظهراً من مظاهر سيادتها على أراضيها، وهذه الحدود لا تقتصر فقط على الحدود البرية بل تمتد لتشمل الحدود البحرية أيضاً، ولقد كانت الدولة المصرية منذ قديم الأزل وحتى الآن تحاول أن تظل صامدة قوية أمام نيل أعدائها في الداخل والخارج من هذه الحدود، وتعاقبت دساتير الدولة المصرية الحديثة لتعلن دوماً، أن مصر دولة صاحبة سيادة كاملة على أراضيها، ولم تكن يوماً مصر دولة مجهولة أو غير محددة المعالم والحدود، بل كانت ولا زالت قلب العالم بما تمتلكه من موقع جغرافي متميز، وجوهرة التاج للوطنين العربي والإسلامي.

ولقد استيقظ المصريين صبيحة يوم الرابع من إبريل لعام الفين وستة عشرة من الميلاد على مجموعة من الاتفاقيات الاقتصادية الهامة بين مصر وشقيقتها المملكة العربية السعودية، ومن بين تلك الاتفاقيات الهامة، أعلنت الحكومة المصرية على لسان رئيس مجلس وزرائها أن هناك اتفاقية لترسيم الحدود البحرية بين البلدين وأسفر هذا الترسيم على وقوع جزيرتي تيران وصنافير داخل حدود المملكة العربية السعودية، وهو ما يعنى انتقال تبعيتها لهذه الدولة الشقيقة.

ومنذ هذه اللحظة والشعب المصري والفقهاء القانوني في حيرة وجدل عميق لعل أهم أسبابه هو عنصر المفاجأة، ودخول هذا الاتفاق الهام ضمن حزمة من الاتفاقيات الاقتصادية

(1) أستاذ مشارك - قسم القانون - كلية العلوم والدراسات الإنسانية حريملاء - جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

الهامة بين بلدين شقيقين، وانطلاقاً من هذه الأهمية، كان لزاماً على الفقه القانوني أن يتحرك لحسم هذا الجدل والخلاف القائم على أرض الدولة المصرية منذ هذا التاريخ. وهذا هو ما دفع الباحث لخوض غمار هذا البحث، وصولاً لوضع حلاً قانونياً لهذا الجدل، وذلك من خلال مجموعة من الخطوات يمكن بيانها على النحو الآتي:

#### • تساؤلات الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات الآتية: -

- 1- هل اتفاق ترسيم الحدود اتفاق دولي أم لا؟
- 2- ما هو المقصود بمصطلح ترسيم الحدود، وما هو الفرق بينه وبين مصطلح تعيين الحدود؟
- 3- ما هو المقصود بالحدود البحرية، وهل تشمل المنطقة الاقتصادية وأعلى البحار أم لا؟
- 4- ما هو مصير هذا الاتفاق في ضوء الاحتمالات القانونية المختلفة، وفي إطار المبادئ المستقرة للمحكمة الإدارية العليا المصرية؟
- 5- ما مدى مشروعية تدخل محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا لحسم مصير هذه الاتفاقية؟
- 6- ما هي جوانب الصحة والخطأ القانوني في حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا؟
- 7- ما مدى مشروعية تدخل قاضي الأمور المستعجلة لوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا؟
- 8- ما هي جوانب الصحة والخطأ القانوني في حكم محكمة الأمور المستعجلة بوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا؟

#### • أهمية الدراسة

- 1- تمس هذه الدراسة أحد الموضوعات الشائكة والمطروحة الآن وبقوة على الساحة السياسية، والقانونية والشعبية المصرية.
- 2- تحدد هذه الدراسة مصير هذه الاتفاقية الدولية كعمل من أعمال السيادة أو كعمل من أعمال الإدارة في ضوء الدستور المصري الحالي 2014م.
- 3- تقدم هذه الدراسة حلا للمشكلة القضائية الدائرة الآن بين القضاء الإداري والقضاء العادي حول هذا الاتفاقية.
- 4- تضع هذه الدراسة تقييم لموقف القضاء الإداري والعادي في شأن هذا الاتفاق، في ضوء نصوص الدستور المصري الحالي 2014م.

#### • أهداف الدراسة

- 1- وضع حلول قانونية لمشكلات واقعية تمس الدولة المصرية.
- 2- توضيح نصوص هذه الاتفاقية وبيان جوانب الخلاف القانوني والقضائي بشكلها في ظل التكتم الحكومي عليها.
- 3- وجود جدل قانوني واسع حول مفهوم أعمال السيادة، ومدى اعتبار الاتفاقية الدولية مظهر من مظاهر الممارسة السيادية للدولة.
- 4- حسم الخلاف القضائي حول مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر هذا النوع من الدعاوى القضائية المتعلقة بالاتفاقيات الدولية.
- 5- إيضاح مآل هذه الاتفاقية في ضوء تعارض موقف القضاء الإداري والعادي حالياً.

#### • منهج الدراسة

- 1- المنهج الوصفي التحليلي: من خلال وصف القواعد القانونية المنظمة لموضوع البحث وتحليلها تحليلاً دقيقاً.

2- المنهج النقدي المقارن: من خلال عرض كافة الآراء القانونية المطروحة في مجالات البحث المختلفة مع إجراء مقارنة نقدية بينها، مع عرض الباحث لوجه نظره في حسم هذا الاختلاف.

وتحقيقاً للأهداف المبتغاة من وراء هذا العمل البحثي يمكننا تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** ماهية اتفاق ترسيم الحدود.

**المبحث الثاني:** تنازع المحاكم الإدارية والعادية حول الاتفاق.

## المبحث الأول

### ماهية اتفاق ترسيم الحدود

اتفاق ترسيم الحدود الموقع بين مصر والسعودية بتاريخ 2016/4/8م هو اتفاق بين دولتين، وموضوعه ترسيم الحدود البحرية بينهما، لذا يتعين علينا تحديد ماهية الاتفاق الدولي، وما هو المقصود بمصطلح ترسيم الحدود، وهو ما سوف أناقشه في مطلبين على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** الاتفاق الدولي.

**المطلب الثاني:** ترسيم الحدود البحرية.

### المطلب الأول: الاتفاق الدولي

لقد أثار " مصطلح الاتفاق الدولي " الخلاف بين الفقه القانوني الدولي من حيث المقصود به، والفرق بينه وبين مصطلح المعاهدة الدولية، وهو ما سنناقشه في فرعين على النحو الآتي:

**الفرع الأول:** موقف فقه القانون الدولي من تعريف الاتفاقية الدولية.

**الفرع الثاني:** التمييز بين مصطلحي الاتفاقية والمعاهدة.

## الفرع الأول: موقف فقه القانون الدولي من تعريف الاتفاقية الدولية

يمكن التمييز<sup>(1)</sup> في تحديد مصطلح الاتفاقية الدولية بين أربعة اتجاهات للفقه على النحو الآتي:

- 1- **الاتجاه المنكر لوضع تعريف محدد للاتفاقيات الدولية:** يمثل هذا الاتجاه وجهة النظر السياسية في مجال العلاقات الدولية؛ إذ يرى السياسيون أن من الحكمة الامتناع عن تقديم أي تعريف في مجال العلاقات الدولية حتى تُرضي جميع النزعات، وحتى ندع الأبواب مفتوحة لمختلف التفسيرات<sup>(2)</sup>.
- 2- **الاتجاه الشكلي:** يقرر هذا الاتجاه أن كلمة اتفاق معناها التقارب، واجتماع الكلمة، فهي إذن تقارب دبلوماسي بين دولتين<sup>(3)</sup>، ولا ينظر هذا التعريف إلى الآثار التي تترتب على هذا التقارب بل يعول فقط على أطراف العلاقة الدولية.
- 3- **الاتجاه الموضوعي:** يعول هذا الاتجاه على موضوعات الاتفاقيات الدولية بغض النظر عن أطرافها مقررًا أن الاتفاق الدولي عبارة عن مشاريع لنصوص تشريعية قانونية متعلقة بكل مجالات الحياة البشرية، فهي قوانين تساهم في حفظ الحقوق والتدابير الواجب القيام بها، لإيجاد بيئة إنسانية مناسبة لحياة كريمة للعنصر البشري في أي مكان، وتحت أي ظرف ولأي معتقد ديني أو مذهبي ينتمي إليه، ودون التمييز في الجنس أو اللون أو اللغة<sup>(4)</sup>.
- 4- **الاتجاه المختلط:** يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاقية الدولية يتعين النظر إليها شكلاً وموضوعاً؛ فهي اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية، من شأنه

(1) هذا التقسيم للاتجاهات الفقهية هو اجتهاد شخصي من الباحث.

(2) د. بطرس غالي: تعريف الاتفاقية الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 8، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، مصر، 1952م، ص12.

(3) د. بطرس غالي، ذات المرجع السابق.

(4) د. محمد بن حمد الديبان، مجلة الدبلوماسية، ع35، معهد الدراسات الدبلوماسية بوزارة الخارجية السعودية، رجب 1428هـ، يوليو 2007م، ص11.



أن ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة في ظل القانون الدولي<sup>(1)</sup>، أو اتفاق تعقده الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، أو بغرض خلق أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية<sup>(2)</sup>.

وفي رأينا أنه يتعين أن يهجر المجتمع الدولي وجهة النظر السياسية التي تنكر فكرة وضع تعريف محدد للاتفاقيات الدولية، إذ سيؤدي هذا الإنكار إلى النزاع والتضارب بدرجة تفوق ما يمكن أن يحققه من مرونة، وليس أدل على ذلك من أن عدم وضع تعريف محدد للإرهاب - على سبيل المثال - جعل كل دولة تفسره حسبما تراه وبما يخدم مصالحها الخاصة اقتصادياً وسياسياً وعسكرياً؛ فالمسلم الذي يدافع عن أرضه في فلسطين يعد إرهابياً من وجهة نظر بعض الدول كالولايات المتحدة وحليفاتها إسرائيل؛ بينما يعد اعتداء اليهودي على مسلمي فلسطين المحتلين دفاعاً شرعياً!.

كما أنه لا يجوز الاعتماد على الجانب الشكلي للاتفاقية الدولية دون نظر لما يترتب عليها من التزامات في موضوعات محددة تعد هي الركيزة الأساسية التي بمقتضاها تلتزم الدول الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وكذلك يعد الارتكان إلى الجوانب الموضوعية - دون الأخذ في الاعتبار الجانب الشكلي - بمثابة عزل للاتفاقية الدولية عن طابعها الدولي ذاته؛ فالاتفاقية الدولية لا يمكن وصفها بهذا الوصف إلا إذا تمت بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، وتم توثيق هذا الاتفاق في وثيقة مكتوبة يسهل الرجوع إليها في أي وقت.

وأبنى في هذا الشأن الاتجاه الذي يجمع بين الجانبين الشكلي والموضوعي في تعريف الاتفاقية الدولية، ومن ثم فإن الاتفاقية الدولية - في رأينا - هي " اتفاق مكتوب ملزم بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية بما يتفق وقواعد القانونين الداخلي والدولي".

(1) د. محمد عزيز شكري: مدخل إلى القانون الدولي العام، مطبعة الداوودي، دمشق، 1981م، ص415، حولية القانون الدولي، 1962، ص161.

(2) د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 12، 2004م، ص526.

## الفرع الثاني: التمييز بين المعاهدة والاتفاقية الدولية

انقسم فقه القانون الدولي العام في التمييز بين مصطلح المعاهدة والاتفاقية الدولية - في رأينا- إلى عدة اتجاهات على النحو الآتي:

### 1- الوحدة:

ينقسم أنصار هذا الاتجاه إلى جانبين أحدهما: يرى أن مصطلحي "المعاهدة" و"الاتفاقية الدولية" مترادفين يمكن استخدام أحدهما كبديل عن الآخر، وهو ما يمكن أن نطلق عليه مسمى "الوحدة المطلقة"، وأما الآخر: فيرى أنهما بنفس المعنى مع سمو المعاهدة الدولية عن الاتفاق لكونها تمس مسائل هامة على المستوى الدولي، وهو ما يمكن أن نطلق عليه مسمى "الوحدة مع السمو".

#### (أ) "الوحدة المطلقة":

من بين أنصار هذا الاتجاه من رأى أن المعاهدة هي "اتفاق بين دولتين أو أكثر يعقد كتابة ويخضع للقانون الدولي لتنظيم علاقة سياسية غاية في الأهمية وتكون ملزمة لأطرافها ولها شروط شكلية وموضوعية وتعد مصدرا من مصادر القانون الدولي"<sup>(1)</sup>، ومنهم من قرر أنها "اتفاقات تعقدها الدول كتابة فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة"<sup>(2)</sup>، أو "اتفاقات تعقدها الدول بغرض خلق أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية"<sup>(3)</sup>.

ولقد أيدت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات هذا الاتجاه؛ حيث نصت م/1/2/أ منها على أنه "يقصد بالمعاهدة Treaty-Traité اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع

(1) د. صباح لطيف الكربولي، المعاهدات الدولية: الزامية تنفيذها في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، دار دجلة، عمان، الأردن، 2011م، ص 22.

(2) د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص.523.

(3) د. فيصل عقله شطناوي: الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، 2005م، ص 47.

للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو وثيقتين أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه<sup>(1)</sup>.

ومن بين أنصار هذا الاتجاه من رأى أن التخصيص في التسمية ليس له نتيجة عملية؛ حيث تدور المصطلحات حول فكرة واحدة تتمثل في قيام اتفاق بين دولتين أو أكثر تترتب عليه نتائج معينة لا تختلف باختلاف ما يعطي للاتفاق من تسمية، وقد جرى العمل على استعمال لفظي معاهدة واتفاقية كترادفتين دون التقييد بالتخصيص المتقدم ذكره<sup>(2)</sup>، فالمعاهدة الدولية هي كل اتفاق دولي يبرم كتابة بين الدول ويجري عليه القانون الدولي، سواء كان محررا في وثيقة فريدة أو وثيقتين أو عدة وثائق مرتبطة فيما بينها وكيفما كان الاسم الخاص المطلق عليها<sup>(3)</sup>.

كما ذهب رأي آخر إلى القول بأن "الاتفاقيات الدولية ليست في حقيقتها سوى تشريعات ألبسها واضعوها ثوب المعاهدة، وتخضع في شكلها أو في أسلوب إبرامها للقواعد المنظمة لسائر المعاهدات"<sup>(4)</sup>.

ومن بين أنصار هذا الاتجاه من رأى أن المعاهدة الدولية يلزم أن تقوم على خمس أسس منها وجود اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، وهذا الاتفاق لا بد أن يكون مكتوبا، ويتم إبرامه وفقا لأحكام القانون الدولي، وأن يكون الهدف من إبرامه إحداث ترتيب أثار قانونية<sup>(5)</sup>.

---

(1) د. رياض صالح أبو العطا: القانون الدولي العام، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2010م، ص140.

(2) د. عبد الوهاب عبد الكريم محمد المبارك: الاتفاقيات الدولية المائنة وإشكالية سد الألفية، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ع38، كلية دار العلوم، القاهرة، مصر، ص612 وما بعدها، والمواد 35، 36، 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والمواد 43، 102 من ميثاق الأمم المتحدة

(3) د. عبد القادر القادري : القانون الدولي العام، مكتبة المعارف، الرباط، ط 1، المغرب، 1984م، ص 31

(4) د. محمد سامي عبد الحميد وآخرون: القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999م، ص 20.

(5) د. الشافعي بشير : القانون الدولي العام في السلم والحرب، مكتبة الجلاء الجديدة، ط 6، ص 625

## (ب) "الوحدة مع السمو":

ذهب البعض من الفقه إلى القول بسمو مصطلح "المعاهدة" على مصطلح "الاتفاق" مقررًا أن الأصل -في رأي الكثير من فقهاء القانون الدولي- أن ينصرف لفظ معاهدة بصفة خاصة إلى الاتفاقيات الدولية الهامة ذات الطابع السياسي؛ كمعاهدات الصلح والتحالف، أما غيرها من الصكوك الدولية الأقل أهمية، فيطلق عليها اسم اتفاقية أو اتفاق<sup>(1)</sup>.

## 2- الانفصال:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مصطلح " المعاهدة" ومصطلح " الاتفاقية" مصطلحان منفصلان ومستقلان عن بعضهما البعض؛ فالأصل في القانون الدولي أن المعاهدات تكون سياسية، أما إذا كانت غير سياسية فإنها تسمى اتفاقًا أو اتفاقية، فالمعاهدة " اتفاق بين دولتين أو أكثر يعقد كتابة ويخضع للقانون الدولي لتنظيم علاقة سياسية غاية في الأهمية وتكون ملزمة لأطرافها ولها شروط شكلية وموضوعية وتعد مصدرًا من مصادر القانون الدولي"<sup>(2)</sup>.

وفي ضوء الاتجاهات السابقة فإن التفرقة بين مصطلح الاتفاقية والمعاهدة - في رأينا - لا جدوى من ورائها، فغالبية الفقه يستخدم مصطلح الاتفاق أو الاتفاقية عند تعريفهم للمعاهدة الدولية؛ فالعبرة إذن ليست بالألفاظ والمباني وإنما بالمقاصد والمعاني، فالمعاهدة تتم باتفاق إرادتين أو أكثر لأشخاص القانون الدولي العام، وتخضع لقواعد هذا القانون والتزاماته.

---

(1) د. عبد الوهاب عبد الكريم محمد المبارك: الاتفاقات الدولية المائية وإشكالية سد الألفية، مرجع سابق، ص 612 وما بعدها، د. محمد يوسف علوان: القانون الدولي العام المقدمة والمصادر، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2007م، ص 164 وما بعدها، د. صباح لطيف الكربولي: المعاهدات الدولية: الزامية تنفيذها في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، مرجع سابق، ص 44.

(2) استند هذا الرأي في تعريفه للمعاهدة على حجة مفادها أن المعاهدة تعالج موضوع غاية في الأهمية بالنسبة للدول مثل القضايا السياسية المتصلة بقضايا الحدود والتحالفات السياسية د. صباح لطيف الكربولي، ذات المرجع السابق، ص 21، 22.

وفيما يتعلق باتفاقية ترسيم الحدود موضوع الدراسة فهي لا شك ينطبق عليها مفهوم الاتفاق الدولي أو المعاهدة الدولية بالمعنى الشكلي، إذ أنها تمت بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام، ولكن لا يكفي - كما سبق القول عند تعريفنا للاتفاق الدولي - مجرد الأخذ بالجانب الشكلي للاعتراف بالاتفاق الدولي داخليا وخارجيا بل يجب أن تستكمل الاتفاقية شروط تصديقها وفقا للدستور الداخلي للدولة، حتى يعترف بها على المستوى الدولي.

### **المطلب الثاني: ماهية ترسيم الحدود البحرية**

لقد ثار خلاف وجدل بين فقهاء القانون حول تحديد مصطلحي ترسيم وتحديد الحدود، وهذا ما سوف أناقشه في فرعين على النحو الآتي:

**الفرع الأول: ترسيم الحدود.**

**الفرع الثاني: الحدود البحرية.**

### **الفرع الأول: ترسيم الحدود**

اختلف الفقه القانوني في تحديد المقصود بمصطلح "ترسيم الحدود" وانقسم - في رأينا - إلى ثلاثة اتجاهات: فمنهم من هجر مصطلح الترسيم واستخدم مصطلح تحديد الحدود فقط، ومنهم من ذهب إلى استخدام المصطلحين معا كمترادفين، ومنهم - وهو الغالب - من ميز بينهما، وذلك على النحو الآتي:

#### **1- استخدام مصطلح " تحديد الحدود":**

ويقصد به: الحد الإقليمي الذي تمارس عليه الدولة سيادتها المانعة<sup>(1)</sup>، أو هي خطوط ترسم على الخرائط لتبين الأرض التي تمارس فيها الدولة سيادتها والتي تخضع لسلطانها

---

(1) Boychez (L.J):The Fixing Of Boundaries in International Boundary Rivers, The International and Comparative Law Quartly,Londone,Vol.12,1963,p.789.

والتي لها وحدها حق الانتفاع بها واستغلالها، فعندها تبدأ سيادة الدولة صاحبة الإقليم وتتهي سيادة غيرها، وورائها تنتهي سيادتها وتبدأ سيادة غيرها<sup>(1)</sup>.

## 2- استخدام المصطلحين كمترادفين:

تبنى هذا الاتجاه الفقه القضائي الدولي -حتى عهد قريب- إذ لم تكن التفرقة بين مصطلحي التحديد والترسيم قائمة، وهذا ما أكدته الممارسات القضائية الدولية إذ درجت على استخدام المصطلحين كمترادفين<sup>(2)</sup>.

## 3- التمييز بين المصطلحين:

اتجه غالبية الفقه القانوني إلى أهمية ضرورة التمييز بين مصطلحي "الترسيم" و"تحديد" الحدود واتفق غالبيتهم على أن الترسيم "Demarcation" يأتي لاحقاً لعملية تحديد الحدود "Delimitation"<sup>(3)</sup>.

(1) راجع: على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام. مرجع سابق، ص 287.

(2) مثال ذلك الفترتين (ثانياً وخامساً) من بروتوكول القسطنطينية لسنة 1913م لتعريف الحدود بين تركيا وإيران. يراجع عباس عبود عباس: أزمة شط العرب، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان 1972م، ص 134-136، والمادة الأولى من اتفاق إحالة النزاع الحدودي بين إمارتي دبي والشارقة عام 1976م، إذ ثار الخلاف بشأن موضوع التحكيم هل هو ترسيم الحدود أم تحديدها، وقد انتهت محكمة التحكيم إلى أن المقصود بالمصطلح هو تحديد الحدود البرية بين الطرفين وليس ترسيمها، يراجع عمر أبو بكر باخشب: تسوية الخلافات الحدودية بين إمارتي دبي والشارقة من خلال التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، ع1، 2004م، ص5.

(3) طه بن عثمان الفرا: الحدود الدولية بين التحديد والترسيم، ندوة مهام حرس الحدود في الدول العربية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 1999م، الرياض المملكة العربية السعودية، ص 135، أحمد عبد الونيس شتا: مبدأ ثبات الحدود واستمراريتها في القانون الدولي الدبلوماسي، الرياض، معهد الدراسات الدبلوماسية، العدد 18، شعبان، 1417هـ، ديسمبر 1996م، ص 59، فيصل عبد الرحمن على طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، ط2، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999م، ص62-73، صدام الفتلاوي، وهاني عبد الله عمران، عملية ترسيم الحدود الدولية والمنازعات الناجمة عنها، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 17، العدد 1، 2009، ص35..

- Boggss: International boundaries. American Journal of international law. Vol,1951,P.242.

ومن ثم فإن تحديد الحدود إنما هو عملية قانونية يتم بموجبها بيان الوصف الدقيق لخط الحدود في السند القانوني المنشئ له، وقد يتخذ شكل معاهدة حدودية، أو بروتوكول، أو قرار تحكيمي، أو قرار لجنة مشتركة لتعيين الحدود؛ أما الترسيم فهو عملية فنية خالصة تعقب عملية التحديد يتم من خلالها وضع خط الحدود الذي تم وصفه في السند القانوني المنشئ له على الطبيعة وتعريفه بواسطة العلامات الحدودية المادية، أو أي علامات أخرى تدل عليه أو علامات أخرى تدل عليه<sup>(1)</sup>.

وأتفق مع غالبية الفقه الذي أكد على ضرورة التمييز بين مصطلح ترسيم الحدود ومصطلح تحديد الحدود، وكون الترسيم عملية فنية تالية لعملية تحديد الحدود، إلا أنني اختلف معهم في النظر إلى كون الترسيم مجرد عملية فنية لاحقة لعملية تحديد الحدود، ذلك أن كلا الإجراءين ( تحديد الحدود وترسيم الحدود ) يلزم اتخاذهما وفق إجراءات قانونية سليمة، والتي يمكن أن تضيف عليها وصف الشرعية، فلا يمكن النظر إلى الترسيم كإجراء تنفيذي لا حق على اتفاق تحديد الحدود بين بلدين؛ بل - في رأينا - أن هذا الإجراء التنفيذي اللاحق ( الترسيم ) يحتاج إلى سند قانوني لإنشائه لا يقل درجة وأهمية عن اتفاق تحديد الحدود السابق عليه، ومن ثم يتعين أن يتم التحديد والترسيم بما لا يخالف الإجراءات الدستورية الداخلية لكل دولة طرف في هذا الاتفاق، وإلا كانا الاتفاقيين معا باطلين. وترتيباً على ما سبق فإن المقصود " بترسيم الحدود " - في رأينا - اتفاق بين دولتين أو أكثر يتم من خلاله تحديد الحدود الإقليمية الفاصلة بينهما، ثم وضع علامات مميزة لهذه الحدود بما لا يخالف القواعد الدستورية الداخلية لأطرافه<sup>(2)</sup>.

---

(1) Rousseau (Charles), droit international public, Tami (1), Paris, 1970, pp.269-270; Cuckwurah (A.Q): The Settlement of boundary disputes in international law, Mancher University Press, 1967, pp.78-80.

(2) قصدت من هذا التعريف التأكيد على أن الاتفاقية الدولية لا يجوز بحال من الأحوال أن تكون مخالفة للقواعد الدستورية المعمول بها داخل الدولة، إذ أن هذه المخالفة ستؤدي لا محالة لاستحالة تنفيذ الاتفاقية الدولية، لأن الاتفاقية الدولية لن يتم الاعتراف لها بقيمة قانونية توازي قيمة القانون الداخلي، أو تعلق عليه إلا إذا استوفت شروط مشروعيتها الدستورية، كما قصدت التأكيد على أن الترسيم كإجراء لا حق للتحديد يتعين أن يكون امتداداً لاتفاق تحديد الحدود ومكملاً له، وليس مجرد إجراء منفصل عنه، لذا يتعين أن يتم هذا الأخير باتفاق دولي وينفس الإجراءات الدستورية.

## الفرع الثاني: الحدود البحرية

يميز الفقه القانوني الدولي في مجال التعريف بالبحار بين أربعة مصطلحات أساسية على النحو الآتي:

### 1- البحر الإقليمي:

ويقصد به المنطقة التي تمتد بين نقطتين؛ خط بداية ويسمى خط الأساس ويمتد وخط نهاية يمثل الحد الخارجي لهذا البحر<sup>(1)</sup>، أو المنطقة الواقعة بين إقليم الدولة والبحر العالي الذي تمارس عليه الدولة سيادتها<sup>(2)</sup>.

واكتفت اتفاقية قانون البحار 1982م بتحديد حدود البحر الإقليمي دون وضع تعريف له، مقرر أن البحر الإقليمي يمثل امتداداً لمياه الدولة خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية أو الأرخبيلية<sup>(3)</sup>، وحتى الحزام البحري الملاصق، وذلك لمسافة (12) ميلاً بحرياً<sup>(4)</sup> تقاس من خط الأساس الذي يوازي ساحل الدولة، وفي حال وجود دولتين متلاصقتين فإن حدود البحر الإقليمي بينهما تكون في منتصف المسافة بينهما، مع جواز تعديلها بالاتفاق بينهما<sup>(5)</sup>.

### 2- "المنطقة المتاخمة":

هي ذلك الجزء الذي يقع مباشرة بعد البحر الإقليمي للدول الساحلية ويمتد (24) ميلاً بحرياً من خط الأساس، أو (12) ميلاً بحرياً من الحد الخارجي للبحر الإقليمي<sup>(6)</sup>.

(1) يراجع: محمد راشد ناصر النعيمي، مشاكل قياس البحر الإقليمي في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الكويت، 2010م، ص 7 وما بعدها.

(2) يراجع: د. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، مطبعة الأدرية، بغداد، العراق، 1990م، ص 106.

(3) المياه الأرخبيلية هي المياه الخاصة بالدولة التي تتكون من مجموعة جزر.

(4) نصت م/3 من اتفاقية قانون البحار 1982م على أنه "لكل دولة الحق في تحديد عرض بحريها الإقليمي بمسافة لا تتجاوز 13 ميلاً بحرياً معينة من خطوط الأساس المقررة لهذه الاتفاقية".

(5) يراجع م/ 15 من اتفاقية قانون البحار 1982م.

(6) الفقرة الثانية من م/33 من قانون البحار 1982م.



### 3- "المناطق الاقتصادية الخالصة"<sup>(1)</sup>:

هي تلك المنطقة الواسعة من البحر التي لا تمارس عليها الدولة الساحلية سيادتها إلا في المجال الاقتصادي فقط، ومن هنا جاءت تسميتها بهذا الاسم، وفيما عدا هذا الاستغلال الاقتصادي تبقى هذه المياه جزءاً من أعالي البحار، إذ يتعين السماح فيها بحرية الملاحة، ولا تستطيع أي دولة أن تمنع سفن دولة أخرى من العبور منها<sup>(2)</sup>، وتمتد إلى مسافة لا تتجاوز (200) ميل بحري تقاس من خط الأساس باتجاه البحر، وتعد هذه المناطق من أخطر المناطق وأهمها لذا يتم ترسيمها بالاتفاق بين الدول بواسطة خرائط أو قوائم إحدائية مع الأخذ بعين الاعتبار المحددات الجغرافية، والاعتبارات القانونية المتفق عليها، والتي يتعين أن تتم في ضوء قواعد القانون الدولي ذات الصلة<sup>(3)</sup>.

### 4- "أعالي البحار":

وهي المياه الواقعة بعد المناطق الاقتصادية وتسمى "بالمياه الدولية" لكونها لا تخضع لسيادة دولة معينة، ولا تستطيع أي دولة أن تدعي حق مباشرة أي اختصاص إقليمي عليها أو إخضاع أي جزء منها لسيادتها<sup>(4)</sup>.

---

(1) بدأ الحديث عن هذه المناطق في أوائل خمسينات القرن العشرين، ولقد كانت مثارا للصراع بين الدول الساحلية الكبرى والدول النامية، إذ دأبت الدول الكبرى على بسط سيطرتها وولايتها الإقليمية على مساحات كبيرة من هذه المناطق من أعالي البحار للانفراد بثرواتها وحماية بينتها البحرية، وأمنها، أما الدول النامية فلقد حاولت الصمود أمام هذه الرغبة التوسعية استنادا إلى فكرة قانونية تقوم على مبدأ المحافظة على التراث المشترك للإنسانية، وتوج هذا الصمود بنص م/47 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م والتي حددت هذه المناطق بحد أقصى 200 ميل بحري.

(2) راجع : د. محمد شوقي عبد العال، ترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر وقبرص وأثرها على ثروات مصر في المنطقة، مجلة آفاق سياسية، المركز العربي للبحوث والدراسات، مصر، ع11، نوفمبر، 2014م، ص7، د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية، 2008م، القاهرة، مصر، ص13-25.

(3) يراجع د. عبد المعز عبد الغفار نجم، تحديد الحدود البحرية وفقا للاتفاقية الجديدة لقانون البحار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م، ص14

(4) م/86 - م/89 من اتفاقية قانون البحار 1982م.

## المبحث الثاني

### تنازع المحاكم الإدارية والعادية حول الاتفاق

لقد شغلت فكرة الرقابة القضائية على المعاهدات الدولية - باعتبارها عملاً سيادياً من عدمه - الفقه القانوني والقضائي زمنياً بعيداً<sup>(1)</sup>، ومع صدور دستور مصر الحالي عام 2014م، عادت تلك الفكرة القديمة في الظهور وبقوة على الساحة القانونية والقضائية المصرية، وخصوصاً بعد توقيع مصر والمملكة العربية السعودية الاتفاقية محل الدراسة، وما صاحب هذا التوقيع من غموض؛ إذ جاءت ضمن مجموعة من الاتفاقيات الاقتصادية الكبرى، وسبقها جلسات ولجان عمل مشتركة بين البلدين أحيطت بقدر كبير من السرية والكتمان.

ومنذ توقيع هذه الاتفاقية والفكر القانوني والشعبي في حراك دائم بين موقف حكومي يرى مشروعيتها الدستورية، وموقف شعبي متأرجح بين المعارضة والترجيح، وهذا هو ما دفع بعض المحامين إلى رفع دعواهم أمام القاضي الإداري مطالبين ببطلان هذه الاتفاقية لمخالفتها أحكام الدستور المصري الحالي 2014م.

وبحصول الفريق المعارض للحكومة على حكم قضائي إداري ببطلان التوقيع على هذه الاتفاقية، أسرعت الحكومة إلى تحريك دعوى قضائية مستعجلة لوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري، ومن ثم الحكم باستمرار تنفيذ هذه الاتفاقية.

وفيما يلي سناقش موقف القضائي الإداري والعادي من هذه الاتفاقية في مطلبين على النحو الآتي:

**المطلب الأول: موقف القضاء الإداري.**

**المطلب الثاني: موقف القضاء العادي.**

---

(1) نشأ هذا الجدل الفقهي والقضائي من رحم فكرة عامة مؤداها تحصين الأعمال السيادية من رقابة القضائيين العادي والإداري، ومناطق هذا الجدل ينحصر في وضع معيار حاسم بين ما يعد عملاً من أعمال السيادة، ومن ثم لا يخضع لأي نوع من الرقابة، وما لا يعد كذلك.

## المطلب الأول: موقف القضاء الإداري

اعلن القاضي الإداري المصري موقفه واضحًا من التنازع بين اتفاقية ترسيم الحدود المصرية السعودية من خلال ما أصدرته الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري، بجلسة 2016/6/21م في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، ببطان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في ابريل سنة 2016 المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية واستمرار السيادة المصرية عليهما وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح أية دولة أخرى وذلك على النحو المبين بالأسباب وألزمت جهة الإدارة المصاريف<sup>(1)</sup>.

كما أكدت على الحكم السابق المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية عليا، جلسة 2017/1/16م؛ إذ قضت بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات. وفيما يلي سناقش موقف كل من محكمة القضاء الإداري، والإدارية العليا في مطلبين على النحو الآتي:

## الفرع الأول: محكمة القضاء الإداري

يدور محور الخلاف بين أطراف المنازعة القضائية التي رفعت في مواجهة هذه الاتفاقية - في رأينا - حول مشروعية تدخل محكمة القضاء الإداري للفصل في هذا التنازع القائم بين الاتفاقية والدستور المصري الحالي؛ على سند من القول بأن القاضي الإداري غير مختص ولأنها بنظر مشروعية المعاهدة الدولية باعتبار أن هذه الأخيرة تعد من قبيل أعمال السيادة.

---

(1) نشر بجريدة اليوم السابع في العدد الصادر الثلاثاء 21 يونيو 2016م.

ورغم منطقية المحور السابق إلا أن محكمة القضاء الإداري، استمرت وفندت هذا الدفع وانتهت إلى الحكم سابق الإشارة إليه، لذا فإنه من المتعين أن نعرض بشيء من التفصيل لمدى مشروعية تدخل القاضي الإداري لحسم التنازع بين هذه الاتفاقية والدستور المصري الحالي، ثم نعلق على القضاء الصادر من الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري، وذلك في غصنين على النحو الآتي:

### **الغصن الأول: مشروعية تدخل محكمة القضاء الإداري**

رأت الحكومة المصرية ممثلة بهيئة قضايا الدولة أنه لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري أن تتصدي لنظر هذه الاتفاقية الدولية لعدة أسباب على النحو الآتي:

- 1- عدم الاختصاص الولائي المستند إلى كون هذه الاتفاقية من أعمال السيادة.
- 2- خروج المحكمة على قضائها السابق في شأن منازعات مماثلة.
- 3- خروج المحكمة على مبدأ الفصل بين السلطات؛ ونظر الاتفاقية قبل عرضها على مجلس النواب.
- 4- ارتباط الدعوى بمعاهدة دولية وليس بقرار إداري.

ولقد ردت محكمة القضاء الإداري على عدم صحة الدفوع المقدمة من الحكومة على النحو الآتي:

### **أولاً: مسألة الاختصاص:**

دعمت محكمة القضاء الإداري مشروعية اختصاصها بنظر هذا التنازع من خلال عدة دعائم على النحو الآتي:

### **1- مرونة نظرية السيادة:**

اعتمدت محكمة القضاء الإداري في ذلك على مبدأ قضائي أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها مقرر أن " أعمال السيادة ليست نظرية جامدة وإنما تتسم بالمرونة

وتتناسب عكسيا مع الحرية والديمقراطية فيتسع نطاقها في النظم الديكتاتورية ويضيق كلما ارتقت الدولة في مدارج الديمقراطية<sup>(1)</sup>.

## 2-الحظر الدستوري من تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء :

ذلك أن الدستور الحالي حظر في المادة 97 منه<sup>(2)</sup> تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ومن ثم فالأصل هو اختصاص القضاء بنظر جميع الطعون التي توجه ضد أي عمل أو قرار يصدر عن جهة الإدارة ولا يخرج عن رقابته إلا ما يصدق عليه من هذه الأعمال أو القرارات أنه من أعمال السيادة وذلك التزاما لنص م/17 من قانون السلطة القضائية 46 لسنة 1972م والمادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م.

## 3-سلطة القاضي التقديرية في تكييف ما يعد من أعمال السيادة وما لا يعد منها:

خلت نصوص قانون السلطة القضائية 46 لسنة 1972م، وقانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م من تحديد جامع مانع لما سمي بأعمال السيادة أو الضوابط والعناصر التي يستدل بها عليها؛ فمن ثم كان على القضاء وحده فيما يصدره من أحكام ويقرره من مبادئ في كل حالة على حده تحديد ما يدخل من الأعمال أو القرارات ضمن هذه الأعمال وما يخرج عنها.

## 4-الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره:

عدم اختصاص القضاء بنظر الأعمال أو القرارات السيادية هو محض استثناء من الحظر المشار إليه بنص م/97 من الدستور، وأن الأصل في تفسير النصوص أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسة 2013/4/21م.

(2) نصت م/97 من الدستور الحالي 2014م على أن "النقاضي حق مصون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضية الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

## 5- عدم توافر ضوابط وشروط اعمال السيادة:

استقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن أعمال السيادة هي: تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، وليس مرد ذلك أن هذه الأعمال فوق الدستور والقانون وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تنتهياً للقضاء بالإضافة إلى عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء، وإذا انتفى هذا المناط وجب الالتزام بالأصل العام المتمثل في اختصاص القضاء بنظر الطعون على تلك الأعمال، والثابت من الأوراق أن موضوع الدعويين مسألة قانونية خالصة تدور حول صحيح تطبيق نص م/151 من الدستور ومدى مشروعية التوقيع على الاتفاق المطعون عليه بما يتضمنه من التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير في ضوء النصوص القانونية واللائحية والاتفاقيات التي تحكم وضعهما والظروف التاريخية والواقعية المحيطة بهما. ومن جهة أخرى أكدت المحكمة أن هناك شروطاً لتمسك الحكومة بأن عملاً من أعمالها يتعلق بالسيادة وهي على النحو الآتي:

- 1- أن يكون العمل القانوني داخلاً في اختصاصها.
- 2- وأن يكون مستوفياً للاشتراطات التي يقرها الدستور ومتجنباً المحظورات التي يفرضها.

ومن ثم فإذا ثبت أنها غير مختصة به أو أن جهة الإدارة أهدرت الشروط التي يقرها الدستور أو وقعت في الحظر الذي يفرضه فلا يجوز لها أن تستتر خلف ستر أعمال السيادة لمنع القضاء من بسط رقابة المشروعية على عملها، ولما كان الدستور في الفقرة الأخيرة من المادة (151) قد حظر على السلطة التنفيذية إبرام اتفاقيات من شأنها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة فإن قيام الحكومة المصرية بالتوقيع على ذلك الاتفاق لا يعد عملاً من أعمال السيادة وإنما هو عمل من أعمال الإدارة مما يختص القضاء بنظر الطعن عليه التزاماً بحكم المادة ( 97 ) من الدستور الحالي 2014م، ويعد توقيع الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها بما ينطوي عليه من التنازل عن الجزيرتين سالفتي

الذكر هو عمل قانوني إداري تتبسط إليه ولاية محاكم مجلس الدولة إعمالاً لحكم المادة (190) من الدستور، ونص البند (14) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة.

#### 6- الشعب هو وحدة صاحب السيادة:

ما يتعلق بأرض الوطن والسيادة الثابتة عليه هو شأن كل مواطن في مصر والشعب وحده هو صاحب السيادة يمارسها ويحميها وهو مصدر السلطات ويصون وحدته الوطنية طبقاً لنص م/4 من الدستور<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: خروج المحكمة على قضائها السابق في منازعات مماثلة:

فندت المحكمة هذا الدفع مستندة إلى أن أحكام القضاء ليست جامدة وتتغير بتغير الموضوع والزمان والقانون الحاكم للنزاع، فمن حيث الموضوع فإن الاتفاقية محل هذه الدعوى تغاير في موضوعها الاتفاقيتين المشار إليهما، واللذين لم يثبت انطوائهما عن التنازل عن أي جزء من أراضي الدولة، هذا فضلاً عن اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له لأن الدستور الحالي استحدث حكماً جديداً حظر بموجبه حظراً مطلقاً التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة بحكم خاص.

وإضافة إلى ما سبق فقد نفت محكمة القضاء الإداري وجود مبدأ قضائي مستقر بشأن عدم الاختصاص الولائي بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالاتفاقية الدولية؛ إذ لم تقض في جميع الدعاوى الخاصة بالاتفاقيات الدولية بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها؛ فعلى سبيل المثال قضت بجلسة 2013/5/28 في الدعوى رقم 12300 لسنة 67 - بشأن نص في الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس مشاركة بين حكومة جمهورية مصر العربية والجماعات الأوروبية والتي صارت لها قوة القانون - بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في

---

(1) نصت م/4 من الدستور المصري 2014م على أن "السيادة للشعب وحده يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرض بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور".

مدى دستورية ما تضمنه من إبرام اتفاقيات لإعادة توطين مواطني دولة ثالثة في مصر؛ ومن ثم فإن الاستناد إلى سوابق الأحكام غير مفيد لجهة الإدارة في هذا الشأن.

**ثالثاً: الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات، ونظر الاتفاقية قبل عرضها على مجلس النواب:**

استندت المحكمة في ردها على هذا الدفع إلى حجتين؛ إحداهما: أن دور البرلمان إنما يأتي لاحقاً لإبرام المعاهدات الدولية والتي هي من اختصاص السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الحق في التوقيع، فاختصاص مجلس النواب بالموافقة على المعاهدات - في الحالات التي يجوز له ذلك طبقاً للدستور - تال لمرحلة التوقيع عليها. والأخرى: أن عرض جهة الإدارة لعملها على البرلمان أو عدم عرضه لا أثر له في مباشرة محاكم مجلس الدولة لرقابة المشروعية على أعمال الإدارة ولا يحجب اختصاص محاكم مجلس الدولة عن نظر هاتين الدعويتين، ومن ثم لا يوجد تعارض في الاختصاص بين السلطة القضائية وسلطة البرلمان، لأن سلطة البرلمان لم تنشأ بعد، وانتهت المحكمة في هذا الشأن إلى انتفاء صفة رئيس مجلس النواب في الدعوى وعدم قبول الدعوى في مواجهته واكتفت المحكمة بالإشارة إلى ذلك في أسباب حكمها دون منطوقه.

**رابعاً: ارتباط الدعوى بمعاهدة دولية وليس بقرار إداري:**

أقرت المحكمة بوجود اختلاف بين مفهوم القرار الإداري كتصرف صادر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وبين المعاهدة باعتبارها تصرف قانوني يتم بين دولة ودولة أو أخرى أو بينها وبين منظمة دولية من أشخاص القانون الدولي، ومن ثم فإن الاتفاقية الدولية تغاير في طبيعتها القرارات الإدارية ولا تختلط بها، ورغم أن المدعين طالبوا بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه بإبرام وتوقيع المطعون ضدهما الأول والثاني (رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الوزراء) اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية وبالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير؛ إلا أن المحكمة استخدمت



سلطتها في " تكييف الدعوى واسباغ الوصف الصحيح على الطلبات "، وقررت أن التكييف الصحيح لطلبات المدعين: هو الحكم ببطلان توقيع ممثل حكومة مصر على الاتفاقية الخاصة بترسيم الحدود بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية في إبريل 2016م والمتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير إلى المملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وإذا كانت المحكمة قد اقرت بأن موضوع الدعوى يتعلق بكل تأكيد بمعاهدة أو اتفاق دولي، ومن ثم فمن المنطقي أن يخضع لأحكام القانون الدولي وليس القانون الوطني الداخلي، وهنا جاء دور المحكمة لتدعم حجتها السابقة وتثبت أن تعلق الدعوى بالاتفاق الدولي لا يخرجها من تحت سلطان القانون الوطني الداخلي.

ولقد اعتمدت المحكمة في ذلك على حجتين: إحداهما منطقية تتمثل في أن المعاهدة الدولية وإن كانت تتم بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام إلا أن لها طابعا وطنيا لأن الالتزامات الدولية محل هذه المعاهدة سيتعدى أثرها دون شك إلى حقوق وحرريات المواطنين؛ لذا فمن المنطقي أن تلتزم كل دولة عند إبرامها بقواعدها القانونية الداخلية وعلى رأسها الدستور.

وأما عن الحجة الأخرى فقانونية من ناحيتين؛ إحداهما: قانونية دولية؛ فقواعد القانون الدولي ذاتها والتي تحكم الاتفاقيات الدولية، والتي تضمنتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية ووافقت عليها مصر بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 535 لسنة 1981 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1982/6/10؛ تجيز للدولة المتعاهدة في علاقتها مع الدولة أو الدول الأخرى الأطراف في المعاهدة أن تتمسك ببطلان المعاهدة إذا كان التعبير عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة قد انطوى على خرق بين لقاعدة ذات أهمية أساسية من قواعد القانون الداخلي.

والناحية الأخرى: قانونية داخلية؛ فموافقة ممثل الدولة على المعاهدة يجب أن تتم صحيحةً وفقاً لأحكام قانون الدولة التي يمثلها، ومن ثم فالنزاع القائم بين المواطنين وبين

السلطة التنفيذية حول اختصاصها بإبرام معاهدة معينة هو نزاع وطني يخضع لأحكام قانون الدولة.

### الفصل الثاني: التعليق على موقف محكمة القضاء الإداري

اتسم حكم محكمة القضاء الإداري السابق بحجة ومنطق قانوني -نؤيده في غالبه- ولكن هناك جوانب قانونية تستحق المناقشة والتحليل أعرضها في ثلاث تساؤلات على النحو الآتي:

- 1- هل موضوع الدعوى قرار إداري، أم عمل مادي، أم معاهدة دولية؟
- 2- هل تجاوزت المحكمة حدود سلطتها في اسباغ الوصف الصحيح على طلبات المدعين أم لا؟
- 3- هل من حق محكمة القضاء الإداري كقاضي مشروعية التدخل لبحث مدي دستورية أعمال الإدارة، أم لا؟

### أولاً: موضوع الدعوى:

أكدت المحكمة في حيثيات حكمها أن موضوع الدعوى لا يتعلق بقرار إداري؛ فالقرار الإداري وفقاً لما استقر عليه قضائها هو "إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة وفقاً لأحكام القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني"، وأن أهم ما يميز القرار الإداري عن أعمال الإدارة الأخرى أنه يصدر بإرادة منفردة من جهة الإدارة".

وميزت المحكمة بين الاتفاقية الدولية والقرار الإداري من ناحيتين إحداهما: أن الاتفاق الدولي يتم بين طرفين: السلطة التنفيذية وشخص من أشخاص القانون الدولي؛ سواء كان هذا الأخير دولة، أو منظمة دولية؛ بينما القرار الإداري هو تصرف صادر عن طرف واحد، والأخرى: أن المعاهدة تتم بتوافق إرادتين لشخصين من أشخاص القانون الدولي، أما القرار الإداري فهو يمثل تعبير عن إرادة واحدة هي إرادة جهة الإدارة.

وانتهت المحكمة في هذا الشأن إلى أن التكييف الصحيح لطلبات المدعين إنما هو الحكم ببطلان توقيع ممثل حكومة مصر على الاتفاقية، وهنا يكمن جوهر التساؤل المطروح، هل يعد هذا التوقيع قرارًا إداريًا أم عملاً ماديًا أم معاهدة دولية؟ في البداية يمكن القول - في رأينا - أن المحكمة ترى أن التوقيع ليس قرارًا إداريًا لأن هذا الوصف الأخير هو ما استخدمه المدعين في طلباتهم؛ فلو كان صحيحًا في عقيدتها لما قامت بتصحيحه.

وفي المقابل - في رأينا - لا يمكن اعتبار التوقيع على المعاهدة الدولية، اتفاقًا دوليًا لأنه تعبير عن إرادة الدولة الموقعة وحدها وإرادتها المنفردة، ومن ثم يمكن الفصل في هذا الشأن بين الاتفاقية والتوقيع؛ فالاتفاقية لا شك تتطلب توافق إرادتين لشخصين من أشخاص القانون الدولي، أما التوقيع فهو يتم من جانب كل طرف وإرادته المنفردة.

ويتبقى لنا الخيار الأخير، وهو اعتبار واقعة التوقيع على المعاهدة الدولية من قبيل الأعمال المادية لجهة الإدارة، فالعمل المادي هو العمل الذي لا تقصد الإدارة من ورائه تحقيق آثار قانونية، وإن رتب القانون عليه آثارًا معينة، ومن ثم فإن الآثار التي تترتب على العمل المادي هي وليدة إرادة المشرع مباشرة، وليس إرادة الإدارة<sup>(1)</sup>.

وبتطبيق التعريف السابق على واقعة التوقيع على المعاهدة نجد أنه لا يمكن - في رأينا - بحال من الأحوال أن تتعدم إرادة ممثل الدولة أو الدولة كجهة إدارة في التوقيع على اتفاق دولي - مالم يتعرض ممثلها لإكراه - فالقصد لا شك موجود، كما أن قصد تحقيق الآثار المترتبة على هذا التوقيع يعد متحققًا؛ فالدولة لا توقع على اتفاقية إلا بنية تحقيق آثار قانونية تترتب التزامات قانونية تجاهها وتنشئ حقوقًا والتزامات متبادلة بين طرفي الاتفاق الدولي، ومن ثم فإن وصف الواقعة المادية لا ينصرف إلى واقعة التوقيع على الاتفاق الدولي.

---

(1) يراجع د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص 454 وما بعدها.

وأرى أن وصف واقعة التوقيع على الاتفاق الدولي بأنها عملاً مادياً، سيؤدي إلى نتيجة على قدر كبير من الخطورة تفضي في نهاية المطاف إلى عدم قبول دعوى الإلغاء أمام القاضي الإداري، إذ أن الأعمال المادية لا يمكن أن تكون محلاً للطعن بالإلغاء، وإن كانت تصلح فقط أن تكون محلاً للقضاء الكامل أو قضاء التعويض، ومن ثم فإن الطعن بإلغاء التوقيع هنا يكون غير صحيح قانوناً وتسقط معه الدعوى تماماً، وهذا هو ما يفسر استخدام المحكمة مصطلح " بطلان التوقيع " كبديل عن الإلغاء، وإن لم أخطئ الفهم، فإن المحكمة استقرت في عقيدتها - دون الإشارة الصريحة إلى ذلك - اعتبار التوقيع على هذا الاتفاق من قبيل الأعمال المادية، وهو اعتقاد جانبه الصواب.

وترتيباً على ما سبق، وإزاء عدم تحديد المحكمة للطبيعة القانونية للتوقيع على الاتفاقية الدولية صراحة - باعتباره محور الدعوى القضائية<sup>(1)</sup> - أرى أن واقعة التوقيع على الاتفاق الدولي هي قرار إداري منفصل عن الاتفاقية الدولية<sup>(1)</sup>، إذ أن الاتفاق الدولي يمر بعدة مراحل أولها مرحلة التفاوض، ثم الإبرام ( التوقيع )، ثم الإقرار، ثم التصديق، ثم التنفيذ، ولا يمكن الحديث عن اتفاق دولي ملزم قانوناً إلا بعد استيفاء الاتفاق الدولي هذه المراحل جميعاً، ومن ثم فإن كل مرحلة من هذه المراحل تمثل كياناً يمكن فصله كحلقة من سلسلة يمر بها الاتفاق الدولي.

وأدلل على وجهة نظري بانطباق وصف القرار الإداري على واقعة التوقيع؛ فهو تعبير صريح عن إرادة جهة الإدارة الملزمة، وهو تعبير ممنوح لها من سلطة المشرع القانوني الدستوري، فالسلطة القانونية هنا مستمدة من القانون بمعناه العام والشامل الذي يشمل بالتأكيد الدستور ولا يقتصر على القانون الصادر عن السلطة التشريعية، وهي تقصد من

---

(1) القرار الإداري القابل للانفصال هو " قرار إداري يعد جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناءً على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ويستطيع القاضي أن يفصل هذه القرارات عن تلك العملية، ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد"، يراجع د. عبد الحميد حشيش القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية ومجلة مصر المعاصرة، بدون سنة طبع، القاهرة، مصر، ص495، ولمزيد من التفاصيل يراجع : عبد الغني خليل السعود، القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2008م، ص 33 وما بعدها،

وراء ذلك إحداه أقوى وأخطر المراكز القانونية وهي تسليم جزء من أراضي الدولة إلى دولة أخرى، وتتبعي الإدارة من وراء ذلك - كما تدعي - تحقيق المصلحة العامة.

إذن نحن أمام قرار إداري مكتمل الأركان، ولا ينفي عنه هذا الوصف القول بانتفاء قالب الشكلي عنه، فمن الثابت أن القرار الإداري بحسب الأصل لا يُشترط أن يُفرغ في قالب معين؛ إلا إذا استلزم القانون ذلك، ولا يوجد شروط قانونية للتوقيع كتعبير عن إرادة جهة الإدارة سوى أن يكون مكتوبًا، وهو ما يعبر عنه بالإبرام.

ولكن هذا التوقيع على الاتفاق الدولي ليس قرارًا إداريًا عاديًا؛ بل هو قرار إداري قابل للانفصال؛ باعتباره جزء من عملية مركبة تتكون من عدة مراحل تبدأ به مرورًا بالإقرار ثم التصديق وانتهاءً بالتنفيذ النهائي.

ويدفعنا التساؤل السابق إلى طرح تساؤل آخر لا يقل أهمية: هل توقيع ممثل الحكومة على الاتفاق الدولي يعد تعبيرًا عن إرادة جهة الإدارة (الحكومة)، أم أن الإدارة هنا تمثل الإرادة الجماعية العامة لجموع المواطنين؟

أرى أن يتعين التفرقة بين الإرادة، والهدف من وراء العمل؛ فإرادة التوقيع هي لا شك إرادة الحكومة بناء على تفويض دستوري وشعبي في حماية مصالح البلاد، إذ أقسم رئيس مجلس الوزراء - القائم بالتوقيع على الاتفاق - بالله العظيم أن يحافظ مخلصًا على النظام الجمهوري وأن يحترم الدستور والقانون، وأن يرعي مصالح الشعب رعاية كاملة، وأن يحافظ على استقلال الوطن ووحدة وسلامة أراضيه<sup>(1)</sup>، وتملك الحكومة بإرادتها المنفردة رفض التوقيع على الاتفاق دون الرجوع إلى المواطنين؛ لذا فهي تملك القدرة على التوقيع من عدمه؛ وهذا هو جوهر الإرادة ومناطقها الذي يدور وجودًا وعدمًا بين القدرة على القيام بعمل أو الامتناع عنه.

وأما الهدف من وراء أعمال الإدارة فالمفترض أن يكون تحقيق الإرادة الجماعية لجموع المواطنين وهذه الإرادة لا شك هي جوهر المصلحة العامة كركن أساسي من أركان القرار الإداري.

---

(1) يراجع نص م/ 165 من الدستور المصري الحالي 2014م.

## ثانياً: سلطة المحكمة في تعديل طلبات المدعين:

أقام المدعون دعواهم بصحيفة طلبوا في ختامها الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه بإبرام وتوقيع المطعون ضدهما الأول والثاني (رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الوزراء) اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية وبالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصهما عدم أحقية المطعون ضده الثالث (وزير الدفاع) مناقشة الاتفاقية.

وجاء بحثيات الحكم أن تكييف الدعوى وأسباب الوصف الصحيح على الطلبات هو من سلطة المحكمة، وانتهت إلى أن التكييف الصحيح لطلبات المدعين: هو الحكم ببطلان توقيع ممثل حكومة مصر على الاتفاقية الخاصة بترسيم الحدود بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية في إبريل 2016م والمتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير إلى المملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار.

وهنا يثار التساؤل هل ما قامت به المحكمة هو تصحيح لطلبات المدعين أم تعديل

لها، وما هي حدود سلطة المحكمة في ذلك؟

إن ما قامت به المحكمة - في رأينا - هو في حقيقته تعديل لطلبات المدعين وليس تصحيحاً لها، فنحن لسنا أمام تصحيح لخطأ مادي، بل إننا أمام تعديل حقيقي لطلبات يتمثل في تعديل طلب إلغاء القرار الإداري المتعلق بالإبرام والتوقيع على الاتفاقية - كما طلب المدعون - إلى طلب الحكم ببطلان توقيع ممثل حكومة مصر على الاتفاقية.

وهنا تصطدم المحكمة مبدئياً بنطاق الدعوى وحدودها، فلا يجوز للقاضي تعديل هذا النطاق في إطاره العام، أو بالنظر إلى عنصر من عناصرها بهدف توسيع هذا النطاق أو تضيقه، لأن الدعوى مملوكة للخصوم، وليس للمحكمة أن تبحث الطلب على غير الوجه المقدم به، ولا أن تعدله وتكيفه بحيث يصبح متفقاً مع القانون ومقبولاً، فهي مقيدة بالمطالب

كما هي واردة من الخصوم طالما أنها لا تتعلق بالنظام العام؛ فتقبلها إذا كانت صحيحة قانوناً، وترفضها في الفرض العكسي<sup>(1)</sup>.

ومن فحوى المنطق السابق فإن المحكمة كمبدأ عام لا تستطيع أن تعدل من طلبات المدعين في الدعاوى المدنية، لأن الخصومة المدنية هي منازعة حول حق خاص يطلب كل طرف أحقيته بالحصول عليه، ويسعى في ذلك كل منهم إلى الحصول على منفعة خاصة، وليس الأمر كذلك في المنازعات الإدارية؛ فالمدعين في الدعوى الماثلة أمامنا لا يطالبون بحق شخصي بل إنهم يختصمون قراراً إدارياً في منازعة بينهم وبين الدولة، فالمنازعة هنا عينية وليست شخصية، لذا فإن سلطة القاضي الإداري - في رأينا - تمتد في المنازعة الإدارية لتشمل حقه في تعديل طلبات المدعين، وليس مجرد تصحيحها.

### ثالثاً: سلطة القاضي الإداري في رقابة المشروعية الدستورية:

أشارت محكمة القضاء الإداري في حيثيات حكمها إلى وجود مخالفة من جانب جهة الإدارة لنص الفقرة الأخيرة من المادة (151) من الدستور المصري الحالي 2014م، والتي قررت أنه (وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدات تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة)، وهنا يثار التساؤل حول أحقية القاضي الإداري في التحقق من مدى دستورية عمل من أعمال الإدارة؟

بداءة يتعين التأكيد على أن المحكمة الدستورية العليا في ضوء الدستور المصري الحالي (2014م) ما زالت هي صاحبة الاختصاص الأصيل والمنفرد في الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وفقاً لنص م/192 منه والتي قررت أنه (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها.... الخ).

---

(1) يراجع: د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011م، ص 278.

ولكنني أرى أن هناك فرقاً بين الرقابة الدستورية والتي هي حق أصيل للمحكمة الدستورية العليا تمارسها وحدها دون غيرها عندما يطلب المدعين الفصل في دستورية قانون أو لائحة، وبين حق القاضي الإداري في رقابة المشروعية الإدارية، أي رقابة عمل الإدارة في إطار القانون بمعناه العام والشامل.

وهذا ما أكد عليه رأي في الفقه القانوني مقررًا أن عيب مخالفة القرار الإداري كسبب من أسباب الطعن بالإلغاء لم يعد مقصورًا على مخالفة القانون باعتباره قاعدة عامة ومجردة، وإنما اتسع مدلوله ليشمل كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها<sup>(1)</sup>.

ويتضح مما سبق أن محكمة القضاء الإداري حينما تصدت للتحقق من مدى مطابقة توقيع الحكومة على اتفاقية ترسيم الحدود للدستور لم تبحث الأمر بصفتها تفصل في طعن بعدم الدستورية، وإنما تصدت له باعتبارها قاضي مشروعية يتحقق من مدى التزام جهة الإدارة في أعمالها بالقانون بمعناه الواسع، والذي يتضمن بكل تأكيد التحقق من مدى التزام جهة الإدارة بنصوص الدستور.

وحقيقة الأمر - في رأينا - أن ذلك يعد نوع من أنواع الرقابة الدستورية الشاملة بطريق غير مباشر إذ أن دور القاضي هو إعمال نصوص القانون وعلى رأسها الدستور، لذا فإن هذا النوع من الرقابة يعد من بديهيات ممارسة العمل القضائي بوجه عام.

وأود أن أشير هنا إلى أن هذا النوع من الرقابة الدستورية غير المباشرة يأخذ صورة الامتناع بالنسبة للقاضي العادي، فإذا تحقق القاضي العادي من أن نص ما مخالف للدستور فعليه أن يمتنع عن تطبيقه، ويحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا، أما القاضي الإداري فيتعدى دوره مجرد الامتناع؛ إذ يجد نفسه ملزمًا بإثبات مخالفة عمل الإدارة لنص الدستور في إطار تحققه من مخالفة عملها للقانون والدستور، كسبب من أسباب الحكم بإلغاء قراراتها الإدارية.

---

(1) يراجع: د. رمضان محمد بطيخ، أوجه إلغاء القرارات الإدارية، مؤتمر القضاء الإداري (القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية)، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الفترة من 17-28 / 10/1426هـ، الموافق 19-30/11/2005م، ص442، 443.



## الفرع الثاني: المحكمة الإدارية العليا

تمثل المحكمة الإدارية العليا قمة هرم القضاء الإداري المصري، ولقد أكدت في حكمها الصادر في الطعن المقدم ضد حكم محكمة القضاء الإداري السابق في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية عليا، جلسة 2017/1/16م؛ بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات.

ويتضح من صياغة الحكم القضائي السابق للمحكمة الإدارية العليا أنها اطمأنت بإجماع آراء قضاتها إلى السلامة القانونية لقضاء محكمة القضاء الإداري ودون أدنى شك، ولم يلق هذا الحكم قبولا لدى الحكومة المصرية الطرف الآخر في الدعوى، وهنا يتعين التعرض لمسألتين هامتين: إحداهما: حجية الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا للتعرف على إمكانية التعرض أو الاعتراض أو الطعن عليه من عدمه، والأخرى: التعليق على حكم المحكمة الإدارية للتعرف على المسائل القانونية التي تناولها، وسوف أناقش هاتين المسألتين على النحو الآتي:

### الفصل الأول: حجية أحكام المحكمة الإدارية العليا

ينقسم الحكم القضائي من حيث نطاق حجيته وآثاره إلى نوعين: أحدهما: ذو حجية نسبية لا تتعدى أطراف المنازعة القضائية، والآخر: ذو حجية مطلقة<sup>1</sup> تتعدى قوتها الملزمة إلى الكافة.

وإذا كان ما سبق وكانت الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المختصة بفحص الطعون قد قضت بجلسته يوم الإثنين الموافق 2017/1/16م بإجماع الآراء "برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات" فإلى أي نوع من الأحكام القضائية ينتمي هذا الحكم هل ينتمي للأحكام التي تحوز الحجية النسبية، أم الأحكام التي تحوز الحجية المطلقة؟

---

(1) يوجد نوع آخر من الحجية هي: الحجية الموقوفة، وتعني أن الحجية تقف عند الطعن في الحكم الابتدائي بالاستئناف، أي أن الحكم الحائز للحجية يظل محتفظا بها أمام محكمة الدرجة الثانية لكن هذه الحجية لا تؤدي أي وظيفة من وظائفها أمام محكمة الاستئناف.

لقد أجابت عن هذا التساؤل المحكمة الإدارية العليا نفسها مقررّة أن " الطعن امام المحكمة الإدارية العليا إذا جاز قياسه على طريق من طرق الطعن التي أوردها قانون المرافعات المدنية والتجارية فإنه يقاس على الطعن بطريق النقض<sup>(1)</sup>، ومن ثم فإن الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا تماثل في حجيتها الأحكام الصادرة عن محكمة النقض باعتبارها تحوز الحجية المطلقة في مواجهة الكافة.

### الفصل الثاني: التعليق على حكم الإدارية العليا

أكدت المحكمة الإدارية العليا في قضائها على صحة حكم محكمة القضاء الإداري وصلاحياتها القانونية والدستورية للفصل في بطلان توقيع ممثل الحكومة على هذه الاتفاقية -محل الدراسة- باعتبارها منازعة إدارية، وليست عملاً من أعمال السيادة، ولكنها لم تتطرق إلى إجلاء حقيقة الدعوى ببقين هل هي دعوى الغاء قرار إداري أم عملاً مادياً أم معاهدة دولية، وكذلك لم تتطرق لسلطة محكمة القضاء الإداري في تعديل طلبات المدعين، وهو ما أكدناه سابقاً عند مناقشة حكم محكمة القضاء الإداري.

ولم تجد هيئة قضايا الدولة بصفتها الممثل القانوني للحكومة المصرية أمامها سوى تكرار دفعها مرة أخرى أمام المحكمة الإدارية العليا؛ سواء كانت تتعلق بمسائل الاختصاص الولائي، أو التعدي على اختصاص مجلس النواب، أو الحديث عن أعمال السيادة، ولكن المتفحص لموقف الهيئة في هذا الشأن يجدها قد أثارت دفعاً جديداً أرادت من خلاله أن تتوقي الحكم النهائي البات الذي سيصدر حتماً من المحكمة الإدارية العليا ضد الحكومة. ولقد وجدت الهيئة ضالتها في طلب " وقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري تعليقياً لحين الفصل في منازعتي التنفيذ رقمي 37، 49 لسنة 38 ق، والتي طلبت فيهما - كما سطرت الصورة طبق الأصل المرفقة مع أوراق الطعن- أولاً :- وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعويين رقمي 43709، 43866 لسنة 70 ق بجلسة 2016/6/21م، فيما تضمنه من اختصاص محاكم مجلس

---

(1) طعن رقم 631 لسنة 12 ق "إدارية عليا"، جلسة 1970/4/4م

الدولة بنظر المنازعة، ثانياً: - بالاستمرار في تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الطعون والقضايا أرقام 3 لسنة 1 ق. دستورية، 48 لسنة 4 ق. دستورية، 4 لسنة 12 ق. دستورية، 10 لسنة... الخ.

ومؤدى طلب هيئة قضايا الدولة أنها اعتبرت أن حكم محكمة القضاء الإداري والتي تصدت فيه للاتفاقية محل الدراسة - من وجهة نظر الحكومة - عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، وقبل مناقشة موقف المحكمة الإدارية من طلب الوقف التعليقي يتعين علينا أن نبين المقصود بالوقف التعليقي وشروطه على النحو الآتي:

#### أولاً: المقصود بالوقف التعليقي:

أوضحت م/ 129 من قانون المرافعات المقصود به مقررته أنه "في غير الأحوال التي ينص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم."

#### ثانياً: شروط طلب الوقف التعليقي:

أن يتعلق الدفع بمسألة يعتبر الفصل فيها أولاً ضرورياً ولازماً للفصل في الدعوى الأصلية.

ويتم تحديد هذه الضرورة بواسطة المحكمة التي تفصل في الدعوى الأصلية، إذ تقوم هذه الأخيرة بعملية تكييف قانوني للمسألة الأولية التي يثيرها الدفع المطروح عليها، وتحدد مدى ارتباطها بالدعوى الأصلية، ثم مدى حاجة الفصل في هذه المسألة الأولية وارتباطه بالفصل في موضوع الدعوى الأصلية.

1- أن يكون الفصل في المسألة الأولية مما يخرج عن اختصاص محكمة الدعوى الأصلية سواء كان الاختصاص نوعي أو وظيفي.

2- أن يكون الفصل في المسألة الأولية مرتبطاً بنزاع قائم أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، إذ لا محل لوقف الدعوى إذا كان الفصل في الدفع يحسم كل النزاع بين الخصوم.

ولقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى رفض طلب الوقف التعليقي الذي أثارته هيئة قضايا الدولة واستندت في ذلك إلى عدد من الحجج القانونية نوجزها في النقاط الآتية:

(أ) المحكمة الدستورية العليا لا تتدخل لهدم عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها؛ إلا بتوافر أمرين: أولهما: أن تكون هذه العوائق سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها حائلة دون تنفيذ أحكامها أو مقيدة لنطاقها. ثانيهما: أن يكون استنادها لتلك الأحكام وربطها منطقياً بها ممكناً، فإذا لم تكن لها بها من صلة فإن خصومة التنفيذ لا تقوم بتلك العوائق بل تعتبر غريبة عنها منافية لحقيقتها وموضوعها<sup>(1)</sup>.

(ب) أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن اختصاص هذه المحكمة لا يمتد إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة من جهات قضائية أخرى<sup>(2)</sup>.

(ج) انتفاء الرابطة بين المسألة الأولية موضوع طلب الوقف التعليقي وموضوع الدعوى الأصلية، إذ أن موضوع هذه الأخيرة ومحلها منازعه إدارية صدرت بشأن تعيين الحدود بين مصر ودولة أخرى لم يرق بها المفهوم القانوني للالتزام الدولي طبقاً لأحكام الدستور المصري والقوانين المصرية والقرار الجمهوري المنظم لإبرام أي اتفاق دولي.

ولقد كشفت المحكمة الإدارية العليا النقاب عن الهدف الحقيقي من وراء هذا الطلب وهو تحقيق أمرين: أولهما: منع المحكمة الإدارية العليا من أن تنزل صحيح حكم القانون واعمال رقابتها على الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري - المطلوب عدم الاعتداد به. وثانيهما: الزج بالمحكمة الدستورية العليا في آتون منازعة إدارية تندرج تحت اختصاص محاكم مجلس الدولة.

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 12 لسنة 34 قضائية - منازعة تنفيذ - جلسة 2016/10/1م.

(2) يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 21 ق. منازعة تنفيذ جلسة 2001/12/2م، مجموعة

مبادئ المحكمة الدستورية العليا - الجزء التاسع

وفي رأينا أن المحكمة الإدارية العليا قد قطعت كل طريق على ممثلي الحكومة المصرية في سبيل إيقاف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري أو تعطيله، ويمكن لي أن أضيف إلى أسانيد المحكمة الإدارية العليا ما يلي:

1- العبرة في التذرع بالمبادئ التي تضمنتها أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ هي بنصوص الدستور الذي صدرت في كنفه هذه الأحكام، والتي تعهدت المحكمة الدستورية العليا بحماية نصوصه وصون مبادئه والدفاع عما يحتويه من حقوق وحرريات، ومن الثابت أن الواقع الدستوري المصري - في ظل دستور 2014م - قد تغير في شأن تحسين أعمال المعاهدات الدولية من رقابة المشروعية الإدارية؛ بل إن إبرام المعاهدات التي تتعلق بالتنازل عن جزء من إقليم الدولة أصبحت من باطلة بطلانا مطلقا؛ فهذا النوع من المعاهدات ولدًا ميتًا وباطلا دستوريا، وهذا واقع دستوري جديد لم يكن موجودا في ظل الدستور المصري السابق، لذا فلا عبرة بما تواترت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا في ظل حقبة دستورية وتاريخية ماضية.

2- لم تستطع الحكومة المصرية أن تقدم من الأدلة والمستندات ما يمكن أن يصلح دليلاً على صحة موقفها قانوناً وواقعاً، بل هي تتوارى خلف سياج أعمال السيادة، وتتحصن بحصن سلطة الحكم، لتتخفي بعيداً عن قوة وردع وعقاب المشروعية القانونية والدستورية، تلك القوة التي تملكها الرقابة القضائية على أعمال الحكومة. ولم تكتفِ المحكمة الإدارية العليا بغلق الباب أمام الحكومة المصرية في سبيل تعليق تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري، بل ذهبت لأبعد من ذلك - في رأينا - لتغلق كافة الأبواب الأخرى أمام الحكومة ليس فقط في المجال الداخلي بل في المجال الدولي، وذلك لمواجهة ما قد تقدم عليه الحكومة من اللجوء إلى التحكيم الدولي في خطوة استبقته المحكمة الإدارية العليا في موقف تاريخي لها، واستندت المحكمة في إغلاق هذا الباب على الحكومة إلى مجموعة من الأسانيد الدامغة على عدم جواز التمسك بالطابع الدولي لإبرام مثل هذه الاتفاقية على النحو الآتي:

1- لا يمكن للدولة الأخرى الطرف في المعاهدة - محل الدراسة - الاستناد إلى معاهدة فيينا لقانون المعاهدات 1969م لإلزام الدولة المصرية بتنفيذ وتسليم الجزيرتين لها، والسبب في ذلك يرجع إلى صدور قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 535 لسنة 1981 والذي صدر بمناسبة الموافقة على معاهدة فيينا لقانون المعاهدات؛ ولقد نصت المادة الأولى - مادة وحيدة - من هذا القرار - وكما ورد في ديباجته - " بعد الاطلاع على الفقرة الثانية من المادة (151) من الدستور - " الموافقة على معاهدة فيينا لقانون المعاهدات الموقعة في فيينا بتاريخ 1969/5/23م مع التحفظ بشرط التصديق، ومع ابداء تحفظ آخر على وثيقة الانضمام إذ قرر " أن جمهورية مصر العربية لا تُعتبر منها طرفاً في إطار الباب الخامس من المعاهدة في مواجهة الدول التي تبدي تحفظات على وسائل التقاضي والتحكيم الإلزامية الواردة في المادة ( 66 ) وفى ملحق المعاهدة. كما إنها ترفض التحفظات التي ترد على الباب الخامس من المعاهدة "

ومن الأحكام التي تندرج تحت مفهوم التحفظات المشار إليها ما ورد بحكم المادة (37) من قانون المعاهدات التي تقضي بأنه إذا خضعت سلطة الممثل في التعبير عن موافقة دولة ما على الالتزام بمعاهدة معينة؛ فإن عدم التزامه بهذا القيد لا يجوز أن يتخذ حجة لإبطال الموافقة التي عبر عنها الممثل ما لم تكن الدول المتفاوضة قد أخطرت بالقيد قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذه الموافقة، ولا ريب أن استناد ديباجة القرار الجمهوري المشار إليه إلى أحكام الفقرة الثانية من الدستور الساري حال صدوره (دستور 1971) قد حددت ممثل الدولة المصرية وإجراءات إبرام المعاهدة وفي ظل هذا الدستور تكون المكاتبات الصادرة عن مسئولين مصريين - دون - رئيس الجمهورية أو بعد اتخاذ إجراء موافقة مجلس الشعب على أي تصرف بخصوص الجزيرتين - محل التداعي - لا أثر لها خاصة في ظل إعلاء مصر من شأن أحكام دستورها بالقرار المشار إليه وما أوجبه من إجراءات على إبرام المعاهدات بتحفظها على معاهدة من المعاهدات الشارعة والمنظمة لقواعد الاتفاق الدولي، وأن المحاجبة بخطابات أو اجتماعات أو اتصالات صدرت عن مسئولين مهما

علت وظائفهم - فضلاً عن مخالفته لأحكام القرار الجمهوري المتضمن قواعد التصديق على الاتفاق الدولي.

2- صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 27 لسنة 1990 ولم يتضمن أي تعديل على التحفظ الوارد بقرار رئيس الجمهورية رقم 535 لسنة 1981م، وقاطع القول ينصرف إلى أن التحفظ على الانضمام لهذه المعاهدة المؤسسة لقواعد الاتفاق الدولي يمثل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة يستدعي احترامه من خارج الدول المتحفة وداخلها من باب أولى. ويتضح من القرارين السابقين أن الدولة المصرية لا تعترف بالمعاهدة الدولية إلا بعد إتمام إجراءات التصديق عليها، ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه هل يظل هذين القرارين الجمهوريين صحيحين قانوناً رغم سقوط النصوص الدستورية اللتان اعتمدا عليهما هذين القرارين أم لا؟

من الثابت قانوناً أن العبرة في صحة القرارات بقوانين والقوانين ذاتها من الناحية الدستورية إنما تكون بصورها صحيحة في ظل الدساتير القائمة والمعمول بها إبان صدور هذين القرارين، لذا فإن هذين القرارين يتصفان بالصحة والمشروعية الدستورية، وتلتزم بها الدولة المصرية - في رأينا - حتى الآن، كما أنه من جهة أخرى فإن استلزام التصديق على المعاهدات الدولية وفق الضوابط الدستورية، لا يتعارض البتة مع نصوص الدستور المصري الحالي 2014م.

ووفقاً للنصوص السابقة فإن الدولة المصرية غير ملزمة قانوناً في مجال القانون الدولي بقبول التحكيم الدولي، كما لا تعد ملزمة بأي اتفاق دولي لم يستكمل إجراءاته الدستورية وعلى وجه الخصوص إجراء التصديق.

### **المطلب الثاني: موقف القضاء العادي**

أثار تدخل القاضي العادي -ممثلاً في محكمة القاهرة للأمور المستعجلة -التساؤلات العديدة حول مشروعية هذا التدخل، كما أثار الحكم الصادر من هذه المحكمة ومن المحكمة الاستئنافية الأعلى منها الجدل والخلاف الشديد حول مشروعية هذا الحكم.

لذا سوف أناقش هذين الموضوعين في فرعين على النحو الآتي:  
**الفرع الأول:** مشروعية تدخل القاضي العادي.  
**الفرع الثاني:** التعليق على موقف القضاء العادي.

### **الفرع الأول: مشروعية تدخل القاضي العادي**

لجأت هيئة قضايا الدولة بصفتها الممثل القانوني للحكومة المصرية إلى رفع دعوى قضائية رقم 1863 لسنة 2016 مستعجل القاهرة، وحصلت على حكم من هذا القضاء بجلسة 2016/9/29م يقضى بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري فيما تضمنه من بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية، وكذلك بالتعبية وقف تنفيذ ما يترتب على ذلك من آثار.  
كما تم تأييد هذا الحكم المستعجل استئنافياً في الدعاوى رقمي 373، 391 لسنة 2016م ليحكم هذا الأخير بعدم الاعتداد بالحكم الصادر في الدعويين ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ ق الصادر من محكمة القضاء الإداري، وكذا الحكم الصادر في الطعن ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق عليا، والصادر عن المحكمة الإدارية العليا واعتبارهما منعدمي الأثر وألزمتم المدعي عليهم عدد من السادس للعاشر بالمصروفات وأتعاب المحاماة<sup>(1)</sup>.  
وهنا يثار التساؤل حول مشروعية تدخل القاضي العادي لوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا فيما تضمناه من حسم التنازع بين اتفاق تعيين الحدود البحرية وبين الدستور؟  
قبل الإجابة على التساؤلين السابقين يتعين علينا أن نبين المقصود بالدعوى المستعجلة، وأركانها، وشروط قبولها.

### **أولاً: التعريف بالدعوى المستعجلة هي:**

أحدى صور الحماية القضائية الوقتية<sup>(2)</sup>، ويقصد بها الدعاوى التي لا تفصل في أصل الحق أو في مسألة متفرعة عنه أو في مسألة متولدة منه، وإنما كل ما ترمي إليه هو مجرد

(1) جريدة الدستور، عدد الإثنين 03/أبريل/2017 - <http://www.dostor.org/1355294>

(2) الصورة الأخرى من صور الحماية القضائية الوقتية هي الأوامر على عرائض.



اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية هذا الحق حماية مؤقتة على أن تتم حمايته موضوعياً، وبالتالي يجد الحكم الموضوعي الصادر حقا يولد آثاره عليه أو بالنسبة له<sup>(1)</sup>. وهنا تظهر لنا العلاقة الوثيقة بين حماية الحق من الناحية الموضوعية، وحمايته من الناحية الوقتية، فالحماية الوقتية لا تؤدي إلى إكساب حق أو اهداره، وإنما كل ما تؤدي إليه هو حماية الحق الموضوعي والحفاظ عليه إلى أن يصدر الحكم النهائي الحاسم للنزاع على أصل الحق، فالحق في طلب الحماية الوقتية هو المحصلة النهائية لوجود حق موضوعي أيا نوعه أو طبيعته، تعرض لخطر داهم، هذا الخطر يؤدي إلى هلاك الحق أو تقليل قيمته<sup>(2)</sup>.

وبتطبيق التعريف السابق على الدعوى المرفوعة أمام القضاء المستعجل في مواجهة أحكام صادرة عن القضاء الإداري، نجد - في رأينا - أن هذه الدعوى في حقيقتها تفنقر إلى العلاقة الوثيقة بين حماية الحق من الناحية الموضوعية وحمايته من الناحية الوقتية، إذ صدر حكماً باتاً وحاسماً في النزاع موضوع الدعوى، فلا توجد ضرورة ملحة لحماية الحق الموضوعي إذ أصبح حكم المحكمة الإدارية العليا حاسماً في موضوع الدعوى وأصبح عنواناً للحقيقة.

ولا تتوقف هذه العلاقة على مجرد الارتباط بين الحماية الموضوعية والحماية الوقتية؛ بل إن الدعوى المستعجلة يتعين أن تتبع الدعوى الموضوعية أمام أي محكمة كانت سواء أكانت محكمة عادية أو محكمة متخصصة كمحاكم عمال أو محاكم تجارية أو غير ذلك<sup>(3)</sup>، لذا فإن أي إشكال في التنفيذ أو طلب قضائي في شق مستعجل يتعين أن يرفع إلى ذات الجهة القضائية أو الجهة الأعلى منها داخل إطار التنظيم القضائي لها وفي حدود النصوص القانونية المنظمة لهذا الإشكال أو هذا الطلب، وليس إلى جهة قضائية أخرى مستقلة عنها.

---

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

(2) د. أحمد هندي: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002 م، ص 17 وما بعدها.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 208

ولقد جاءت عبارات م/190 من دستور مصر الحالي 2014م لتعبر بصدق عن المعنى السابق مقرر أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه...."، فحقيقة النزاع ليس دعوى مستعجلة بل منازعة تنفيذ في حكم صادر من جهة قضائية داخل التنظيم القضائي لمجلس الدولة، لذا فإن الاختصاص ينبغي أن ينعقد لمجلس الدولة، وليس للقضاء العادي.

### ثانياً: أركان الاستعجال:

يشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة توافر مجموعة من الشروط القانونية هي:

#### (1) الاستعجال:

فكرة مبهمة غامضة، وهو مسألة وصف قانوني أو تكييف قانوني لملايسات من أنواع شتى قد تحيط بأصل الحق، وتخلق حالة الاستعجال والاستعجال هو عنصر موضوعي لا شأن له بالظروف الشخصية للخصوم.

ولقد اختلف الفقه القانوني في تعريف الاستعجال فمنهم من رأى أنه " وصف للظروف والملايسات التي تحيط بالحق الموضوعي، هذه الظروف والملايسات قد تكون ذاتية تتعلق بمحل الحق أو بالسلطات المتولدة عنه، وقد تكون متعلقة بظروف الزمان والمكان والجو والتقلبات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية تلك الظروف والملايسات يكون من شأنها وفقاً للأوضاع العادية التأثير بالسلب في الحق الموضوعي إذا كنا في انتظار حكم قضائي موضوعي يحسم النزاع على أصل الحق لأن هذا الحكم يستغرق في الوقت العادي زمناً طويلاً، لهذا تكون هذه الظروف مبررة للالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم باتخاذ إجراء وقي أو تحفظي يحمي أصل الحق، والقاضي المختص هو الذي يقدر وصف

الاستعجال، وهذا الشرط هو شرط مستمر يتعين توافره من وقت رفع الدعوى وإلى وقت الحكم فيها وزوال الاستعجال بعد رفع الدعوى يؤدي إلى الحكم بعدم الاختصاص<sup>(1)</sup>.  
ومنهم من قال بأنه "الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى العادية، ولم يدلنا هذا الرأي على معنى هذا الخطر، ولا ماذا يقصد بكونه مباشر"<sup>(2)</sup>.  
وبتطبيق هذا الشرط على الدعوى الماثلة أمامنا نجد أن هذا الشرط - في رأينا غير متوافر - لعدة أسباب منها: ان الاستعجال يفترض حدوث أمور طارئة تنذر بوقوع خطر حال ومباشر على حق الحكومة في المحافظة على أراضي الدولة التي تمثلها والتي أقسمت على حمايتها والمحافظة عليها؟!، والاستعجال يقوم على فكرة منطقية مؤداها حماية الحق، فهل تسليم جزء من إقليم الدولة إلى دولة أخرى يمثل حق للحكومة يتعين حمايته والخشية من ضياعه أو فوات الفرصة في حمايته والمحافظة عليه?!.

## (2) وقتية الطلب:

يجب أن يكون المطلوب من القضاء المستعجل إجراءً وقتياً، ويقصد بهذا الإجراء مجرد طلب قضائي بتحديد مراكز الخصوم تحديداً وقتياً دون الفصل في الموضوع أو اتخاذ تدبير وقتي تحفظي لحماية أصل الحق إلى أن يفصل في النزاع الناشئ بشأنه من محكمة الموضوع<sup>(3)</sup>.

(1) د. بدوي حنا: موسوعة قضاء الأمور المستعجلة، الكتاب الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004 م، ص 9.

(2) د. عبد الباسط جميعي، شرح الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966م، 1386هـ، ص 154.  
وعرفه رأي آخر بأنه "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد الحفاظ عليه والذي يلزم درؤه بسرعة، وذهب فريق آخر إلى القول بأن الاستعجال يوجد في كل حالة يؤدي فيها التأخير في الإجراء المؤقت المطلوب اتخاذه بالدعوى المستعجلة إلى فوات المصلحة وضياع الحق، كما قيل إن الاستعجال هو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المطلوب، يراجع د. محمد حامد فهمي: مذكرات في المرافعات المدنية مطبوعات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 1936 (1356)، ص 99.  
وعرفه آخر بأنه " طلب اتخاذ إجراء وقتي يبرره خطر داهم أو أمر يتضمن ضرراً قد يتعذر أو يصعب إزالته إذا لجأ الخصوم إلى المحاكم بإجراءات الدعوى العادية، د. أمينة النمر: مناظرات الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1967م، ص 70 وما بعدها.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر:، مرجع سابق، ص 209.

وبتطبيق الشرط السابق على موضوع الدعوى الماثلة نجد أن الغرض من رفع الدعوى ليس طلب إجراء وقتي لحين الفصل في النزاع الموضوعي، فالنزاع الموضوعي قد حسم نهائياً وبلا رجعة، لذا - في رأينا - تفتقد الدعوى للرابطة المنطقية بين الحكمة من رفعها والغرض النهائي المبتغى من ورائها؛ فالحماية الوقتية للدعوى المستعجلة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالفصل في الدعوى الموضوعية، فإذا كان موضوع النزاع قد حسم بحكم بات لا يقبل الطعن فيه بأي طريق؛ فلماذا نطلب الحماية المؤقتة لحق موضوعي تم حسمه؟!.

### ثالثاً: شروط قبول الدعوى المستعجلة:

الدعوى المستعجلة شأنها شأن أي دعوى قضائية من يلزم لقبولها وجود مصلحة حقيقية من وراء رفعها، ويشترط في هذه المصلحة أن تكون مشروعة، فالمصلحة ليست هدفاً في ذاتها بل يتعين أن تكون هذه المصلحة مشروعة.

وبتطبيق هذا الشرط على الدعوى الماثلة نطرح التساؤل هل هناك مصلحة حقيقية من وراء تنفيذ اتفاق موضوعه تسليم جزيرتين - كجزء من إقليم الدولة البري<sup>(1)</sup> - لدولة أخرى أثبت القضاء الإداري بحكم بات أنهما جزء من الدولة المصرية وتمارس عليهما السيادة التامة؟!، بالطبع لا توجد مصلحة حقيقية من وراء ذلك.

وإذا كانت هناك مصلحة للحكومة المصرية من وراء تسليم الجزيرتين لتحقيق مكاسب سياسية، فهل هذه المصلحة مشروعة دستورياً أم لا؟

مما لا شك فيه أن التنازل عن جزء من إقليم الدولة هو من المحظورات الدستورية - على التفصيل السابق بيانه- كما أن الحكومة محرم عليها دستورياً إبرام أي اتفاق يتعلق بحق من حقوق السيادة، وكذلك البرلمان يحظر عليه مناقشة أو إقرار مثل هذا النوع من الاتفاقات.

---

(1) الجزيرتين جزء من الإقليم البري للدولة المصرية، وليس لهما علاقة من قريب أو بعيد بترسيم الحدود البحرية، فالجزيرة هي جزء من اليابسة وليست جزء من الإقليم البحري.

وإجابة عن التساؤل الأول الذي طرحناه حول مشروعية تدخل القاضي العادي (الأمر المستعجل) لوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، يمكن القول - في رأينا - ان هذا التدخل يعد تدخلا غير مشروع قانونيا ودستوريا للأسباب الآتية:

1- عدم توافر شروط وأركان الحماية الوقتية للقاضي العادي كي يتدخل لحماية الحق الموضوعي.

2- تدخل القاضي العادي في هذه الحالة يعد في حقيقته طعنا في حكم المحكمة الإدارية العليا بغير الأداة القانونية المقررة للطعن في الأحكام.

3- يعارض هذا التدخل نص م/ 5 من الدستور الحالي 2014م فيما قررته من أنه " يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية..... والفصل بين السلطات والتوازن بينها.... على الوجه المبين في الدستور"، فالدستور هو الذي وضع آلية الفصل بين السلطات، وإذا حظر الدستور عملا على الحكومة تعين التزامها وغيرها بهذا الحظر الدستوري، كما يتعارض هذا التدخل مع نص م/ 151 من الدستور الحالي 2014م على التفصيل السابق ذكره في موضع آخر.

4- القاضي الإداري هو المختص بنظر المنازعات الإدارية، فهو قاضي القانون العام بالنسبة لها، وهو قاضي المشروعية الذي يراقب أعمال الحكومة، وليس القاضي العادي، ولا شك في أن المنازعة الإدارية التي طرفها الدولة كصاحبة سلطة هي من الاختصاص الأصيل لمجلس الدولة وليس للقاضي العادي.

### الفرع الثاني: التعليق على موقف القاضي العادي

استندت محكمة الأمور المستعجلة الاستثنائية في قضائها بتأييد حكم المحكمة الأدنى بعدم الاعتداد بالحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا إلى عدة أسانيد نبينها فيما يلي:

1- **علو وسمو سيادة الدولة** على كافة السلطات فيها، وتعد الاتفاقية الدولية مظهراً من مظاهر السيادة، ومن ثم تمنع السلطة القضائية من النظر بطريق مباشر أو غير مباشر في اعمال السيادة.

ورداً على المنطق السابق يمكننا القول ان سيادة الدولة ليست فكرة مطلقة من كل قيد بل هي مقيدة بقيد هو سيادة القانون بمعناه العام، فالدولة كشخص اعتباري عام تخضع للقانون والدستور شأنها شأن الافراد، ومن ثم فلا عبرة للحديث عن سيادة الدولة بالمخالفة لنصوص الدستور، الذي وضع ليلتزم به الكافة وعلى رأسهم الدولة كشخص معنوي عام، فالعلو والسمو في دولة القانون إنما يكون للدستور والقانون، وليس للدولة كشخص معنوي عام، وبمعنى آخر فإن سيادة الدولة لا يعترف بها في دولة القانون إلا إذا كانت أعمالها تتفق مع نصوص الدستور والقانون، وبخلاف ذلك لا يمكن الحديث عن سيادة الدولة في المجالين الداخلي والخارجي.

2- **محكمة الأمور المستعجلة لم تخالف قواعد الاختصاص الولائي:** لان إقامة الدعوى امام جهة قضائية غير صاحبة الولاية بعدم اتصال المحكمة بالدعوى قانوناً فغن فعلت كان حكمها وما بنى عليه معدوم الأصل، فالحكم موضوع التداعي اشبه بالوليد الذي فقد اعضاءه الجوهرية، اللازمة لتكوينه ويستحيل معه أن يولد حياً فلا يترتب أي أثر قانوني ولا يكتسب أي حصانه ولا يحوز حجية المقضي به كونه معدوماً لا يرأب صدعه.

ورداً على الحجة السابقة يمكن القول وبحق ان المحكمة اعتدت على الاختصاص القضائي لمجلس الدولة؛ إذ رسم الدستور الحدود الفاصلة للاختصاص القضائي بين جهتي القضاء العادي والإداري، حيث نصت م/190 من الدستور الحالي (2014م) على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص -دون غيره- بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه،.....".

فالنص السابق واضح الدلالة على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في كافة المنازعات الإدارية وهي : المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة سلطة، ولذا كان

من المتعين أن تقضي محكمة الأمور المستعجلة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى، كما أن النص السابق قرر صراحة أن منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة يختص بها المجلس نفسه دون غيره من الجهات القضائية الأخرى، توحيداً للقواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة في مجال المنازعات الإدارية والتي لا تستقيم عدلاً إلا إذا أخضعت لقواعد موحدة سواء في مجال اقتضائها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها.

كما خالفت محكمة الأمور المستعجلة نص المادة (1) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 فيما قرره من أنه "تتكون المحاكم من: (أ) محكمة النقض. (ب) محاكم الاستئناف. (ج) المحاكم الابتدائية. (د) المحاكم الجزئية. وتختص كل منها بنظر المسائل التي ترفع إليه طبقاً للقانون"، واختصاص هذه المحاكم أكدته المادة (15) من ذات القانون مقررته أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة، تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص. وتبين قواعد اختصاص المحاكم في قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية".

وواضح من النصوص السابقة أن المنازعات الإدارية تخرج عن الاختصاص الولائي لمحكمة الأمور المستعجلة - كأحد محاكم القضاء العادي - بنص القانون والدستور، ومن ثم فإن الذي ولد غير مكتمل الأعضاء ليس قضاء مجلس الدولة، وإنما الحقيقة أن نظر الدعوى من قبل محكمة الأمور المستعجلة بالمخلفة لنصوص الدستور وقانوني مجلس الدولة وقانون السلطة القضائية؛ يعد بمثابة علاقة محرمة غير مشروعة لا يعترف بها القانون أو الدستور، وما ينتج عن هذه العلاقة من أحكام يعد سفاهاً لا يرقى لمرتبة الاعتراف القانوني.

3- الحكم الصادر من القضاء المستعجل حائز لقوة الأمر المقضي، وقوام هذه الحجية هو ما فرضه القانون من صحة مطلقة في حكم القاضي حتى لا يؤدي الأمر إلى تأبيد واستمرار المنازعات القضائية إلى ما لا نهاية.

وردا على هذه الحجة يمكن القول إن الحجية سواء أكانت نسبية أو مطلقة لا تثبت إلا للأحكام الصحيحة قانوناً، أما الأحكام التي تصدر بالمخالفة لقواعد الدستور والقانون فهي والعدم سواء لا يترتب عليها أي حجية، ولا تتمتع بأي قدر من الإلزام.

4- استقرار الفقه على اختصاص قاضي التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة من جهة القضاء الإداري في حالتين أحدهما: الأحكام المعدومة: فهذه لا تلحقها أي حصانة، ولا يلزم إقامة دعوى بطلب بطلانها ويكفي انكارها والتمسك بعدم وجودها، ولا تجدي المدة في تطبيقها، كما هو الحال في الحكم الصادر ممن زالت عنه صفة القضاء<sup>(1)</sup>. وانعدام الحكم هو واقعة مادية حدثت بالفعل ومن ثم لا يحتاج الأمر إلى حكم يقرها أو ينشئها، فالعدم لا يحتاج إلى ما ينشئه أو يقرر بإلغائه والحكم الصادر بناء على دعوى الانعدام هو حكم كاشف له غير منشئ إذ يكشف عن واقعة مادية حدثت فعلاً. والحالة الأخرى: الأحكام الصادرة من جهة القضاء الإداري في أمر يدخل في اختصاص جهة القضاء العادي فهذه الأحكام لا حجية لها أمام قاضي التنفيذ، ولقاضي التنفيذ أن يتعرض للفصل في المنازعات التي تثور بصدد تنفيذها.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض (للقضاء العادي بما له من ولاية عامة التحقق عند بحث حكم صادر من جهة قضاء أخرى من أنه صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الحجية وإلا انعدمت حجيته إذا خرج عن حدود هذه الولاية أمام جهة القضاء صاحبة الولاية العامة<sup>(2)</sup>).

وتواترت على ذلك أحكام محكمة النقض مقررّة أن "جهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم المطروح أمر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة إذ يعد الحكم الصادر من جهة قضاء

(1) وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م/1394هـ، ص403، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986م/1406هـ، ص 207.

(2) المستشار مصطفى هرجه : أحكام وآراء في القضاء المستعجل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 605 وما بعدها



خارج حدود ولايتها - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع"<sup>(1)</sup>.

ورداً على الحجة السابقة يمكن القول إن نظر القضاء العادي في منازعة تنفيذ تتعلق بحكم قضائي صادر عن القضاء الإداري كان محل خلاف حسمته دستورياً المحكمة الدستورية العليا في ظل دستور 1971م، إذ اكدت على أن " المنازعة في تنفيذ حكم صادر من جهة القضاء الإداري - والتي تستهدف إما المضي في التنفيذ وإما إيقافه وإن وصفت من حيث نوعها بأنها منازعة تنفيذ إلا أن ذلك لا ينفى انتسابها - كأصل عام - إلى ذات جنس المنازعة التي صدر فيها ذلك الحكم، وبالتالي تظل لها الطبيعة الإدارية وتدرج بهذا الوصف ضمن منازعات القانون العام التي يختص بنظرها القضاء الإداري. ولا يغير من ذلك نص المادة 275 من قانون المرافعات على اختصاص قاضي التنفيذ - باعتباره شعبة من شعب القضاء العادي - بمنازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية، إذ هو من قبيل الاختصاص النوعي وبالتالي ينصرف هذا الحكم إلى منازعات التنفيذ التي تختص بأصلها جهة القضاء العادي دون أن تجاوزها إلى اختصاص محجوز لجهة القضاء الإداري."<sup>(2)</sup>

ولقد أصبح الاختصاص السابق الآن محظوراً دستورياً على القاضي العادي بمقتضى نص م/190 من الدستور الحالي 2014م والتي قررت صراحة اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه، ومن ناحية أخرى، فإن القاضي العادي قبل أن ينظر في اختصاص أو حجية أي محكمة أخرى يتعين أن ينظر في اختصاصه هو نفسه بنظر النزاع، ذلك أن فاقد الشيء لا يعطيه؛ فإذا كان هو غير مختص بنظر النزاع ولائياً بمقتضى الدستور والقانون، فلا مجال للقول بنظره حجية حكم آخر منظور أمامه.

ويضاف إلى ما سبق أن إراء الفقه وأحكام قضاء النقض المشار إليها صدرت قبل صدور الدستور المصري الحالي 2014م، ومن ثم فنحن أمام واقع دستوري متغير عن الواقع الدستوري الذي صدرت فيه هذه الأحكام، وعبرت عنه هذه الآراء الفقهية، لذا لا تعد

(1) القضية رقم 367 لسنة 33 جلسة 1967/5/2م، س 18، ع2، ص931

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 20 قضائية " تنازع " جلسة 1999/8/1م.

هذا الأحكام وتلك الآراء حجة يعتد بها في ظل واقع دستوري قد تغير وأسند مهمة نظر منازعات تنفيذ القضاء الإداري صراحة لمجلس الدولة نفسه دون غيره من جهات القضاء الأخرى.

وفوق ما تقدم فإن المستقر عليه فقهاً وقضاً، إعمالاً لنص المادة (312) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 المستبدلة بالقانون رقم 95 لسنة 1976، أن الإشكال في التنفيذ لا يجوز أن يؤسس على وقائع سابقة على الحكم المستشكل فيه، لأن هذه الوقائع كان من الواجب إبدائها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه، كما ينبغي ألا يؤسس الأشكال على تخطئة الحكم، فلا يجوز أن يطلب المستشكل وقف تنفيذ الحكم بحجة أن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون، أو أنها غير مختصة، فمثل هذه الإشكالات لا تُقبل لأن الإشكال ليس طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، كما أن قاضي التنفيذ ليس جهة طعن، وما يعتري الحكم من عيوب لا يكون أمام ذي الشأن حيالها إلا أن يطعن على الحكم بطريق من طرق الطعن المختلفة<sup>(1)</sup>.

**5- مخالفة حكم القضاء الإداري لنصوص الدستور، والقانون: ومن بين هذه النصوص نص م/ 5 من الدستور الحالي 2014م على أن "يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية.....، الفصل بين السلطات والتوازن بينها، واحترام حقوق الإنسان وحرية، على الوجه المبين بالدستور"، نص م/ 17 من قانون السلطة القضائية تنص على أنه "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريق مباشر أو غير مباشر في أعمال السيادة"، ونص م/ 11 من قانون مجلس الدولة الحالي على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".**

وتعليقاً على الحجة السابقة يمكن القول بأنها للأسف تتبني على فهم خاطئ للدستور وتفسير قاصر لنصوصه، فنص م/ 5 من الدستور المصري نص صراحة على أن الفصل

---

(1) يراجع في هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1005 لسنة 31 قضائية، جلسة 1962/10/2م، مشار إليه في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية علماً، جلسة 2017/1/16م.

بين السلطات يتم وفقاً للدستور، فإذا كان الدستور قد قرر حكماً في مادة دستورية أخرى (م/ 190) يمنح الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية كافة للقاضي الإداري دون غيره وجب الالتزام به، ولا يتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا كان إبرام معاهدة بالمخالفة للدستور يتحصن من الرقابة عليه قضائياً فهذا تفسير خاطئ لنصوص الدستور التي ينبغي النظر إليها ككل لا يتجزأ، ولا ينظر إلي كل نص من نصوصه على استقلال مع نصوص الدستور الأخرى، فالدستور بناء متكامل مترابط الأجزاء، ولا يمكن النظر إلى نصوصه كلبنات منفصلة ومتباعدة عن بعضه البعض.

ويضاف إلى ما سبق أنه رغم وجود نصوص قانونية تمنع النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة في كل من قانوني السلطة القضائية، وقانون مجلس الدولة، إلا أن المشرع لم يحدد ما هو المقصود بأعمال السيادة، وإنما ترك الأمر للقاضي الموضوع في ضوء ما يحيط بأعمال الحكومة من ظروف وملابسات، فلا يوجد تعريف قانوني محدد وحاسم لما يعد من أعمال السيادة، وما لا يعد كذلك، فالعبرة ليست بإطلاق مسمى " أعمال السيادة " على أعمال الحكومة بصفة مطلقة، أو تلك التي تتعلق بالاتفاقيات الدولية بصفة خاصة، بل إن القاضي وحده هو الذي يملك اسباغ الوصف القانوني على هذا العمل أو نفيه، فالنصوص السابقة هي مرتبطة بسلطة القاضي في تكييف العمل على أنه عمل من أعمال السيادة؛ فإذا توصل القاضي إلى هذا التكييف أعمل النص المانع من الاختصاص، وإذا لم يهتدي إلى ذلك فلا مجال لإعمال هذه النصوص.

#### • النتائج والتوصيات

من خلال ما سبق ذكره من مناقشة وتحليل لموقف كل من القضاة العادي والإداري للتنازع القائم بين اتفاقية ترسيم الحدود المصرية السعودية يمكن لي استنباط النتائج والتوصيات الآتية:

## أولاً: النتائج

- 1- تعد المنازعة المتعلقة ببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية الدولية بالمخالفة لنصوص الدستور منازعة إدارية يسند أمر الاختصاص القضائي بنظرها والفصل فيها للقاضي الإداري دون غيره في إطار دوره كقاضي مشروعية مهمته التحقق من اتفاق أعمال الحكومة للقانون بمعناه الواسع الذي يتضمن بلا شك الدستور كأعلى قاعدة قانونية في البلاد.
- 2- اتفاقية ترسيم الحدود المصرية السعودية هي اتفاقية مخالفة لنصوص الدستور المصري الحالي، ولا يجوز الاعتداد بها في القانون الدولي لكونها - وفقاً لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات- مخالفة لقاعدة جوهرية ألا وهي الدستور الداخلي للدولة المصرية.
- 3- الجزر هي جزء من الإقليم البري، ومن ثم لا تصلح أن تكون محلاً لاتفاق ترسيم حدود بحري.
- 4- تكييف العمل بأنه من أعمال السيادة إنما يخضع لتقدير قاضي الموضوع، فهو وحده من يقرر أن عملاً ما من أعمال الحكومة يعد من أعمال السيادة من عدمه.
- 5- الاتفاقيات الدولية التي يترتب عليها التنازل عن جزء من إقليم الدولة المصرية - في ظل الدستور المصري الحالي 2014م - تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً.
- 6- لم تستطع محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا تحديد موضوع المنازعة حول اتفاقية ترسيم الحدود بشكل واضح.
- 7- يجوز لمحكمة القضاء الإداري - في رأينا - أن تعدل من طلبات المدعي بما يتفق مع الهدف النهائي من دعواه والتكييف القانوني السليم للواقعة محل النزاع؛ ذلك أن الدعوى الإدارية هي منازعة عينية وليست شخصية موضوعها حماية مصلحة عامة في مواجهة عمل أو نشاط من أنشطة الحكومة قانونياً كان أو مادياً، فهذا التعديل لا يؤثر على حق شخصي لطرف من الأطراف.

- 8- مارس القاضي الإداري في هذا النزاع دوره في الرقابة الدستورية غير المباشرة في إطار مهمته الأساسية كقاضي مشروعية يراقب أعمال الحكومة ويتحقق من مشروعية أعمالها في إطار الدستور والقانون.
- 9- حجية أحكام المحكمة الدستورية العليا في شأن عدم جواز نظر أعمال السيادة لا تصلح سبباً قانونياً لوقف الدعوى-المرفوعة أما المحكمة الإدارية العليا - تعليقيًا.
- 10- عدم اختصاص القضاء العادي (محكمة الأمور المستعجلة) ببحث التنازع القائم بين اتفاق ترسيم الحدود المصرية السعودية، أو يوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا.

### ثانيًا: التوصيات

- 1- أوصى الحكومة المصرية بالالتزام بأحكام المحكمة الإدارية العليا، وعدم السعي الحثيث وراء إيقاف هذا الحكم، لأن هذا الموقف يتعارض مع المنطق القانوني السليم، ويؤدي إلى نتائج سياسية سلبية على الدولة المصرية.
- 2- أوصى مجلس النواب المصري بعدم التصدي لبحث موضوع الاتفاقية، لعدم اختصاصه دستوريًا وقانونيًا (وفق لائحته الداخلية)، بنظر موضوع الاتفاقية لكونها منعدمة، ولوجود حكم قضائي بات يلزم كافة سلطات الدولة بالالتزام به.
- 3- أوصى فريق الدفاع عن مصرية الجزيرتين، بالطعن أمام محكمة النقض في الحكم المستأنف الصادر من القضاء العادي بوقف تنفيذ حكمي القضاء الإداري، حتى يتأكد مخالفته لصحيح القانون، ولقطع الطريق أمام الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا لحسم التنازع بين حكمين قضائيين متعارضين.
- 4- أوصى المحكمة الدستورية العليا بإصدار تفسير دستوري لنصوص الدستور ذات العلاقة بفكرة السيادة، وتلك المتعلقة بتنظيم الاتفاقيات الدولية، باعتبارها الجهة الأصلية المختصة بالتفسير الدستوري لنصوص الدستور حسماً لأوجه الخلاف المحتدم بهذا الشأن.

## Le Recours en Interprétation devant le Conseil constitutionnel libanais

Edgard A. Abawatt

### • Introduction

Aborder le thème de l'interprétation constitutionnelle rencontre inévitablement la question de savoir si elle présente quelques traits spécifiques qui la distinguent d'autres objets et formes de l'interprétation juridique. La doctrine internationale, anglo-saxonne et romano-germanique érige un mur infranchissable entre l'interprétation constitutionnelle d'une part, et l'interprétation d'autres actes juridiques d'autre part, à savoir, l'interprétation des lois, des traités internationaux, des actes administratifs et bien entendu des contrats de droit privé. En effet, ce serait parce que la constitution n'est pas un texte comme les autres, que l'interprétation constitutionnelle serait différente de l'interprétation des lois ou des traités.

A cet égard, il est bien reconnu dans le monde entier qu'il y a une différence qualitative remarquable entre l'interprétation de la législation ordinaire et l'interprétation constitutionnelle, la constitution étant rédigée dans un style caractérisé par son amplitude et sa généralité. En tant que telle, elle mérite donc une interprétation généreuse tout en évitant l'austérité d'un légalisme rigide. Tandis qu'une loi, facilement promulguée ou abrogée, définit des droits et des obligations actuels et se différencie par conséquent des constitutions dans le sens où cette dernière est promulguée en prenant en compte l'avenir, sa fonction étant de fournir un cadre continu pour l'exercice légitime du pouvoir gouvernemental, et d'assurer sans relâche la protection des droits fondamentaux. Ainsi, une fois promulguée, elle ne peut pas être facilement abrogée ou amendée. Elle doit donc être capable de développement dans le temps afin de faire face aux

nouveaux besoins sociaux, politiques et historiques souvent non imaginés par ces auteurs.<sup>(1)</sup>

Ainsi, les textes formulant la constitution formelle présentent souvent des particularités qui induisent l'idée que leur interprétation serait différente des autres textes juridiques. En effet, le caractère idéologique, l'indétermination, le vague et la généralité semblent être les particularités du texte constitutionnel. Celui-ci fait largement appel à un idéal politique qui se résume par les différentes idéologies des rédacteurs. Au lieu de se prononcer clairement sur les choix opérés, et d'exclure ceux que l'on a rejeté ou que l'on voulait voir exclus à l'avenir, ces conceptions sont dans bien des cas rédigées de manière fortement indéterminée<sup>(2)</sup>. De plus, il est souvent difficile de délimiter l'extension des cas pertinents, et les textes sont souvent formulés à l'aide de termes tellement généraux qu'ils embrassent une vaste pluralité d'applications spécifiques.

La densité et la teneur de l'interprétation constitutionnelle varie selon le mécanisme d'interprétation adopté. Ainsi, il existe des pays qui ont adopté le mécanisme d'interprétation constitutionnelle par voie indirecte ou par voie contentieuse, comme c'est le cas actuellement au Liban par exemple ou en France, et d'autres pays qui ont adopté un système d'interprétation constitutionnelle direct, hors contentieux comme c'est le cas en Allemagne, au Soudan, en Égypte au Koweït ou aux Émirats Arabes Unis ou en Jordanie par exemple. Le premier mécanisme suppose que le Conseil constitutionnel ou la Cour constitutionnelle puisse et doive interpréter les dispositions constitutionnelles, si nécessaire, à l'occasion d'un recours dont elle est saisie. Ainsi aucune demande en interprétation ne pourrait aboutir hors du cadre de l'affaire dont la cour constitutionnelle est saisie. Il s'agit donc d'une interprétation inhérente à la motion en invalidation de la loi attaquée devant la Cour, ce qui suppose, très souvent<sup>(3)</sup>, une interprétation très limitée de la constitution.

---

(1) Tobias Van Reenen " Tendances actuelles dans l'interprétation de la constitution de l'Afrique du sud." *Revue française de droit constitutionnel*, p 236.

(2) PFERSMANN Otto, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître », in *L'interprétation constitutionnelle*, p 35.

(3) Même si le recours direct en interprétation n'est pas adopté en France, l'adoption de la QPC et l'ouverture du prétoire constitutionnel aux justiciables, ainsi que la saisine *de facto* du conseil constitutionnel pour contrôler les lois organiques et les règlements intérieurs de

Le second mécanisme, suppose un recours hors contentieux initié par les pouvoirs publics lors de l'application de la constitution. Il s'agit donc d'un recours direct des pouvoirs publics qui requièrent de la Cour que celle-ci intervienne pour interpréter des articles constitutionnels sur lesquels ces mêmes pouvoirs publics semblent donner des interprétations divergentes. Il ne fait aucun doute, ce second mécanisme, malgré ses défauts, a pour mérite d'étendre considérablement les attributions de la Cour Constitutionnelle, puisque, désormais tout article de la constitution sur lequel il existe une divergence d'interprétation entre les différents protagonistes, serait interprété par une autorité judiciaire indépendante dont la décision aurait pour corolaire de s'imposer à tous les pouvoirs publics, et bénéficierait ainsi de l'autorité de la force jugée, comme c'est le cas concernant les décisions rendues par la Cour concernant les recours en annulation pour inconstitutionnalité.

Au Liban, la question de l'interprétation constitutionnelle trouve ses racines dans le document d'entente nationale de 1989, signé dans la ville Saoudienne de Taëf par les députés de l'époque, sous le patronage tripartite de l'Arabie Saoudite, la République Arabe Syrienne et les États Unis d'Amérique. C'est en effet sous le paragraphe relatif aux « *autres réformes* » alinéa B- 1 -2 qu'il y est fait mention pour la première fois d'un Conseil constitutionnel libanais « *qui sera créé pour interpréter la constitution , contrôler la constitutionnalité des lois, et trancher les litiges relatifs aux élections présidentielles et parlementaires, et les parties citées ci-dessous ont le droit de consulter le Conseil constitutionnel en ce qui concerne l'interprétation des lois et le contrôle de la constitutionnalité des lois : Le président de la république, le président de la chambre des députés, le président du Conseil des ministres, un nombre déterminé de députés et les chefs des communautés religieuses dans les domaines du statut personnel, la liberté de croyance, la liberté de l'enseignement religieux...* ».

---

l'Assemblée Nationale et du Sénat, ont permis d'accentuer l'exercice d'interprétation du juge constitutionnel français, même hors contentieux. La quantité des décisions rendues par le conseil constitutionnel français, a fait que sa force motrice et sa dynamique en matière interprétative a énormément évolué, puisque le conseil rend plus de 150 décisions par an, ce qui est considérable.



Ainsi, le document d'entente nationale a bel et bien créé ce Conseil constitutionnel en lui attribuant le droit de statuer sur les recours en interprétation présentés directement par l'une des autorités mentionnées. Cependant, et lors de la séance consacrée aux amendements constitutionnels, les députés ont, par le biais de la loi constitutionnelle numéro 18 du 21 Septembre 1990 et celle intervenue plus tard en vertu de laquelle le Conseil constitutionnel libanais fut créé (loi numéro 250 du 14 Juillet 1993), intentionnellement omis d'octroyer au Conseil constitutionnel la compétence d'interprétation de la constitution sur recours par voie directe pour des raisons que nous aurons l'occasion de discuter<sup>(1)</sup>.

La constitution libanaise a été adoptée en 1926 dans un contexte multicommunautaire et dans un esprit pluraliste, reconnaissant les communautés religieuses sociétales qui forment des entités socio-politiques incorporées au sein de l'entité étatique unitaire. Les pères fondateurs avaient donc pour mission d'établir un équilibre entre cette sensibilité religieuse, si spéciale dans ce monde arabe d'une part, et l'instauration d'institutions politiques et juridiques modernes, régies par les principes de démocratie parlementaire. Cette formule a été établie pour la simple raison qu'au Liban, et face à ce fédéralisme personnel, il fallait trouver une solution médiane pour lier traditions multicommunautaires et progressisme institutionnel.

Ainsi, il a fallu établir un équilibre assez fragile entre la participation des communautés religieuses au pouvoir de manière équitable, et les principes de la démocratie parlementaire en vertu desquels toutes les démocraties occidentales qui se veulent modernes sont régies. Malheureusement, cet amalgame si subtil, et cet cohabitation si antagoniste, a eu pour corolaire la rédaction de dispositions constitutionnelles très floues, incomplète, ou du moins, sur lesquelles il existe une divergence d'interprétation exprimées par les différentes parties concernées, dans un contexte où le régulateur des pouvoirs publics, à savoir le Conseil constitutionnel, se trouve impuissant, puisque il ne s'est finalement vu octroyer que les attributions relatives au contrôle de la constitutionnalité des lois et l'attribution de trancher

---

(1) Les procès-verbaux de la séance plénière de la chambre des députés tenue le 21 Aout 1990 concernant le 9e amendement de la constitution, notamment l'article 19 de la constitution, en témoignent des discussions houleuses qui ont régi la séance parlementaire.

les litiges relatifs aux élections présidentielles et parlementaires, son pouvoir d'interprétation n'étant limité qu' à l'occasion d'un recours en matière de contrôle de constitutionnalité d'une loi.

Ainsi, une première école doctrinale<sup>(1)</sup> à la tête de laquelle figure l'actuel président du Conseil constitutionnel libanais M. Issam Sleiman considère que les prérogatives interprétatives du Conseil constitutionnel doivent lui être restituées, puisque, et à plusieurs reprises, les crises politiques se sont succédées au Liban, et le débat qui émergeait, de nature purement constitutionnelle, servait de moyen pour alimenter les débats politiques et accentuer la tension politique entre les différents protagonistes, les partis politiques et les blocs parlementaires, qui s'acharnaient à interpréter les dispositions constitutionnelles selon leurs propres intérêts, aussi bien au sein de l'hémicycle qu'au niveau des medias.<sup>(2)</sup>

Ceci a créé une ambiance d'instabilité politique et d'insécurité dans les quatre coins du pays, où les avis, et les avis opposés se confrontaient à longueur de journée sans que l'autorité initialement créée à cet effet ne puisse se prononcer afin de mettre un terme à ce dialogue de sourd et de rétablir enfin l'ordre en imposant sa décision à tous les pouvoirs publics en sa qualité d'autorité juridictionnelle indépendante.

Plusieurs dispositions constitutionnelles que nous aurons l'occasion de traiter ont créé des situations de vide constitutionnel au Liban, provoquant ainsi des crises ministérielles ou présidentielles qui ont paralysé le pays pour des mois, voire des années. Nous cotons à titre d'exemple le paragraphe (j) du préambule de la constitution dispose *«qu'aucune légitimité n'est reconnue à un quelconque pouvoir qui contredise le pacte de vie commune»*. Suite au manque de clarté et de

---

(1) Les partisans de cette école : M. Issam Sleiman ( Président du Conseil constitutionnel libanais, M. Jean Fahed, premier président auprès de la cour de cassation, M. Ghaleb Mahmassani, et M. Ghaleb Ghanem.)

(2) Avant les accords de Taëf, en cas de divergence au niveau de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, les autorités libanaises faisaient appel à des juristes et à des professeurs français de droit constitutionnel afin de sortir de l'impasse dans laquelle ils se trouvaient ( Consultation du Doyen Georges Vedel du 31 Octobre 1989 et du Professeur Roland Drago du 12 Novembre 1989 sur l'article 25 de la constitution libanaise , « Le Conseil des ministres de la république du Liban, exerçant à titre intermédiaire le pouvoir exécutif est-il en droit de procéder à la dissolution de la chambre des députés , pouvoir reconnu au président de la république par l'article 55 de la constitution ? »).

l'ambiguïté de cette disposition, les interprétations des politiques et des medias se sont succédé, entraînant ainsi une profonde crise au Liban. Il est actuellement imminent de devoir interpréter<sup>(1)</sup> cette question de pacte de vie commune et ce principe de participation des communautés au pouvoir ainsi que le principe de représentation parlementaire, sachant que la constitution libanaise dispose clairement que la distribution des sièges parlementaires se fait sur base communautaire, malgré le fait que le député représente la nation à part entière.

Une autre question s'est posée, relative à la suppression du confessionnalisme politique et à la création d'un comité national à cet effet, présidé par le président de la république tel que mentionné dans le fameux article 95 de la constitution libanaise. Quel est donc le mécanisme approprié devant être adopté pour la mise en œuvre de cette réforme de fond ? Selon quels critères cette suppression aura-elle lieu ?

Une nouvelle question s'est posée en 1998, et se pose toujours après chaque élection parlementaire au moment de la nomination du président du conseil des ministres. L'article 53 du paragraphe 2 de la constitution dispose : « *Le Président de la République nomme le Chef du gouvernement désigné, après consultation du Président de la Chambre des députés, sur la base de consultations parlementaires impératives dont il l'informe officiellement des résultats* ». La question qui se pose réside donc dans le fait de savoir quelle est donc la teneur de cette obligation ? Le député a-t-il le droit de déléguer ce droit au président de la république ? La notion d'obligation concerne-t-elle la tenue des consultations ou bien concerne-t-elle l'obligation imposée au président de la république de se conformer aux résultats obtenus ? Le Président de la république peut-il pour des raisons d'opportunité politique nommer un président du Conseil des ministres qui n'a pas forcément obtenu la majorité relative des voix lorsque les circonstances politiques le lui imposent ?

---

(1) *Décision du CCL, 5/2002, élections législatives partielles du Metn (siège grec-Orthodoxe), Mirna El Murr / Gabriel El Murr, rendue le 4/11/2002. C'est la première fois que le pacte de vie commune a été interprété très brièvement par le Conseil. Un tel sujet, sur lequel repose tout l'ordonnancement politique, administratif et communautaire libanais, aurait mérité d'être bien interprété par le conseil constitutionnel libanais, mission qu'il aurait accompli s'il en avait les outils juridiques qui lui auraient permis de le faire.*

Ensuite, et après l'expiration de chaque mandat présidentiel, se pose le problème de la majorité requise pour l'élection du président de la république. L'article 49 semble très vague à cet égard puisqu'il dispose : « *Le Président de la République est élu, au premier tour, au scrutin secret à la majorité des deux tiers des suffrages par la Chambre des députés. Aux tours de scrutins suivants, la majorité absolue suffit...* » Quel est donc le quorum nécessaire pour l'ouverture et la tenue régulière de la séance de la chambre des députés, lorsqu'elle appelle à élire le président de la république ? Quelle est la majorité requise après l'ouverture de la séance pour l'élection du président au premier tour puis aux tours suivants ? La condition des deux tiers suppose-t-elle les deux tiers des députés qui participent à la séance au cours de laquelle a lieu le premier tour de scrutin, ou bien les deux tiers des députés réunis ?

Une multitude de questions, qui demeurent sans réponses jusqu'à nos jours, puisque le Conseil constitutionnel n'est actuellement pas habilité à intervenir en la matière sur recours direct des autorités publiques, comme c'est le cas dans une multitude de pays européens et arabes. Dans tous les systèmes fédéraux, le Conseil constitutionnel ou les Cours constitutionnelles jouent un rôle primordial en matière interprétative, il serait donc normal qu'au Liban, face à ce fédéralisme de nature différente, il est vrai, puisque c'est un fédéralisme personnel, (mis en place au sein de cet État unitaire), largement enraciné dans la structure socio-politique, le conseil ait un rôle interprétatif développé. Dans le cas libanais, à chaque fois que le pays tombait dans une crise politique et constitutionnelle, c'est par le biais de l'intervention étrangère que les solutions émergeaient, et l'accord de Doha de 2008 permettant ainsi l'élection du Président Michel Sleiman en est l'exemple le plus frappant.

Cependant, la doctrine semble très divisée concernant l'octroi au conseil constitutionnel des compétences interprétatives sur recours direct des autorités publiques, hors contentieux. Le chef de file de cette doctrine<sup>(1)</sup> n'est autre que l'ancien président de la chambre des députés,

---

(1) Les partisans de cette doctrine sont : Hussein El Hussein, l'ancien ministre de la poste et des télécommunications Georges Saadé, les députés Khatchik Babikian, Nasri Maalouf, Zaher El Khatib, Albert Mansour, Othman El Dana, Jamil Kebbeh, Edmaond Rabbath, et Amin Saliba.

M. Hussein El Husseini qui s'est jadis opposé à cet amendement lors des modifications constitutionnelles en 1990, et qui s'y oppose toujours, considérant que cette fonction ne devrait être que du ressort du pouvoir législatif, étant donné, qu'interpréter la constitution mènerait irrémédiablement à sa modification, ce qui est inconcevable dans un régime parlementaire, où nous verrons se développer au fil des années un gouvernement des juges.

L'interprétation d'une disposition constitutionnelle ambiguë entrainerait ainsi la création d'une disposition constitutionnelle parallèle, ce qui aurait pour corolaire de modifier la disposition initiale, procédure inconcevable hors du pouvoir constituant. Un autre argument, de nature politique, avancé par les partisans de cette doctrine, se rattache au concept du « legicentrisme » qui considère que le parlement est l'autorité suprême en matière législative, et il serait inconcevable de permettre à une autorité juridictionnelle, quel que soit sa nature, de contrôler la volonté du peuple souverain<sup>(1)</sup>.

Sur un autre plan, les partisans de cette école doctrinale considèrent que la société libanaise n'a toujours pas acquit la maturité politique requise pour se faire gouverner par un État de droit, et par des règles et des principes démocratiques importés de l'étranger et transplantés au Liban. Ils déclarent ensuite que lors des discussions ayant conduit à l'abrogation des compétences interprétatives du Conseil constitutionnel libanais au moment de l'adoption des amendements constitutionnels, les forces politiques de l'époque ont lutté pour la non adoption de cette réforme pour des raisons d'opportunité politique.

Enfin, les partisans de cette école ont la conviction, qu'au cas où le Conseil constitutionnel se verrait octroyer cette prérogative, il ne pourrait jamais atteindre un consensus sur l'interprétation exercée, puisque par définition, la disposition objet du recours est le centre d'un conflit politique, ce qui porterait atteinte à la crédibilité du Conseil constitutionnel, qui serait sous l'influence politique des autorités de nomination<sup>(2)</sup>. Nous démontrons au fil de notre étude que ces arguments ne tiennent pas la route, et qu'octroyer au Conseil

---

(1) FAHED Jean, La République Libanaise, Édition du le Conseil Constitutionnel libanais 2017, in *L'extension des attributions du conseil constitutionnel* Konrad Adenauer pp 31- 36.

(2) Amin Saliba, La République Libanaise, Édition du le Conseil Constitutionnel libanais 2017, in *L'extension des attributions du conseil constitutionnel*, Konrad Adenauer pp 177.

constitutionnel libanais les compétences interprétatives sur recours des autorités publiques, (sous deux conditions, à savoir, pas d'interprétation en cas de clarté du texte, et pas de compétence de modification de la constitution octroyé au conseil en cas d'interprétation), n'affecte en rien l'autorité et les prérogatives de la chambre des députés, mais bien au contraire il renforcera cette autorité puisque une interprétation objective et technique aurait pour corolaire de lever les crises politiques qui règnent en maitre depuis des années. Ensuite, ces prérogatives affectent encore moins le principe de souveraineté de cette chambre, puisque, en fin de compte, la chambre des députés est souveraine dans la mesure où elle respecte les normes constitutionnelles uniquement, et qu'en tout état de cause, aucune interprétation ne pourrait avoir lieu sans une demande écrite de la chambre des députés par le biais de 10 députés au moins ou du président de la république ou du président de la chambre ou du président du conseil.

Il restera aux autorités chargées de modifier la constitution (y compris la chambre des députés) le pouvoir discrétionnaire de le faire s'ils le jugent nécessaire à la lecture de l'interprétation des dispositions constitutionnelles exercée par le conseil, qui n'a absolument aucun rôle à jouer en matière de modification. Ainsi c'est à la chambre des députés et aux autres organes concernés de se prononcer sur cette question. Par conséquent, il faudrait différencier entre l'interprétation constitutionnelle et la modification constitutionnelle, qui sont deux procédures distinctes complètement différentes. Le dernier mot revenant au pouvoir constituant en matière de modification constitutionnelle.

La problématique qui se pose essentiellement, réside dans l'identification de l'autorité habilitée à interpréter la constitution. Cette autorité devrait-elle être obligatoirement représentative du peuple ? Cette question dont la portée est générale, s'est posée dans plusieurs pays, et les réponses n'ont jamais été identiques et homogènes. Certains pays, comme la France par exemple, sont restés rattachés à leurs racines legicentristes, d'autres, comme l'Allemagne, ont opté pour une autorité juridictionnelle impartiale. Au Liban, La réponse pourrait en effet émerger de l'alinéa (d) du préambule de la constitution, qui dispose que « *Le peuple est la source des pouvoirs et le détenteur de la souveraineté qu'il exerce à travers les institutions constitutionnelles.* » Par

conséquent, il serait normal pour la chambre des députés qui représente la volonté populaire et la souveraineté nationale de s'octroyer la prérogative d'interpréter la constitution. Le conseil constitutionnel ne serait donc pas habilité à interpréter la constitution, étant donné qu'il n'a aucune fonction représentative, puisqu'il est nommé soit par la chambre des députés, soit pas le conseil des ministres, soit, dans certains pays, par les autorités judiciaires.

Comme c'est le cas pour la chambre des députés, Le conseil constitutionnel détient aussi son pouvoir de l'article 19 de la constitution libanaise et non pas de la loi, ce qui lui donne une notoriété supplémentaire en la matière, surtout qu'il est nommé en partie par le pouvoir constituant, d'où la confusion au niveau de l'identification de l'autorité interprétative compétente qui s'est bien cristallisée au moment de la séance consacrée aux amendements constitutionnels de 1990.

La question de l'interprétation constitutionnelle au Liban a une double importance, étant donné que le régime libanais est basé sur cette corrélation et cette dynamique entre d'une part, la démocratie parlementaire, et d'autre part, la participation des communautés religieuses au pouvoir, ce qui engendre un type de régime assez unique dans ce monde, à savoir, un fédéralisme personnel qui se rapproche du fédéralisme territorial classique américain ou allemand par exemple, mais selon des normes et des fondements communautaires et non pas géographiques.

Dans un régime où le parlementarisme est basé sur la participation des communautés religieuses au pouvoir, il existe forcément un équilibre communautaire sensible. Il est évident que les textes constitutionnels seront interprétés d'une manière discrétionnaire, sélective et partielle par les différents groupuscules communautaires. La question qui se pose alors réside dans le fait de savoir comment cette démocratie consensuelle pourra-t-elle prospérer en l'absence d'une autorité interprétative impartiale ?

Ensuite, Il est bien connu que dans les régimes fédéraux, les Cours constitutionnelles jouent un rôle primordial dans le cadre interprétatif, puisque il leur incombe de trancher tous les litiges entre les États fédérés d'une part et les États fédéraux d'autre part. À titre d'exemple, c'est bien à la cour constitutionnelle de s'assurer de la conformité des

lois fédérées avec les lois fédérales et de s'assurer de la conformité de la constitution des États fédérés avec la constitution fédérale. Au Liban, c'est exactement le même principe qui s'applique, puisque les lois libanaises reconnaissent le droit des communautés de participer au pouvoir. Ce fédéralisme personnel accentue la probabilité interprétative erronée. Ainsi, comme c'est le cas dans les États fédéraux classiques, le régime fédéral personnel libanais devrait être chapoté d'un conseil constitutionnel pour interpréter les dispositions constitutionnelles ambiguës et trancher les litiges non pas entre État fédéral et État fédéré mais interpréter les dispositions constitutionnelles ambiguës qui figurent dans la constitution libanaise entre régime de démocratie parlementaire et régime communautaire, qui très souvent se contredisent énormément.

Cette démocratie consensuelle basée sur le fédéralisme personnel impose donc d'octroyer des compétences interprétatives au conseil constitutionnel libanais, autorité juridictionnelle indépendante dont les décisions bénéficient de l'autorité de la chose jugée et s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Ainsi, l'un des exemples les plus frappants en la matière (parmi tant d'autres) serait cette contradiction entre les articles 24 et 27 de la constitution libanaise qui disposent : art 24 « *les sièges parlementaires sont repartis également entre chrétiens et musulmans,* » et l'article 27 qui dispose que « *Le membre de la Chambre représente toute la Nation. Aucun mandat impératif ne peut lui être donné par ses électeurs.* » Comment se fait-il que le membre du parlement qui représente la nation dans son intégralité et non pas sa communauté religieuse, ne puisse siéger que sur des sièges repartis sur une base communautaire ? Nul ne peut interpréter une telle contradiction, si ce n'est qu'une autorité juridictionnelle indépendante et impartiale.

Dans cet ordre d'idées, et dans le contexte politique actuel, en vertu duquel un projet a été présenté par le Président du Conseil constitutionnel libanais M. Issam Sleiman en 2017 pour élargir ses propres compétences, notamment en matière d'interprétation de la constitution sur recours direct des autorités publiques, et ayant démontré dans l'introduction les motifs de la réforme, nous étudierons en premier lieu les méthodes d'interprétation susceptibles d'être adoptées dans cette réforme (I) , qui, désormais, s'impose plus que



jamais dans la conjoncture socio-politique libanaise, où nous étudierons le contexte libanais actuel et les enjeux d'une telle réforme sur l'ordonnement constitutionnel et législatif libanais (A), pour étudier ensuite les différentes techniques d'interprétation envisageables et adoptées par les différentes cours constitutionnelles (B). Ensuite, dans une seconde partie, nous étudierons la teneur et les mécanismes d'interprétations envisagés (II) en matière processuelle et d'amendements constitutionnels (A) et en matière d'autolimitation des pouvoirs du juge (B), pouvoir qui devrait obligatoirement être limité, afin de permettre au Conseil constitutionnel libanais de remplir pleinement son rôle de véritable régulateur des pouvoirs publics et de garant des droits fondamentaux des citoyens.

*N.B Ce plan a été conçu pour le projet de thèse uniquement et ne serait pas adopté ultérieurement pour la thèse.*

## **1. Méthodes d'interprétations envisagées**

Evoquer l'interprétation de la constitution renvoie à des questions relatives à la logique et à la technique juridique, qu'il convient de résoudre, avant d'envisager les méthodes qui la caractérisent. Dans ces conditions, il serait tout à fait légitime de poser la question de savoir s'il ya des méthodes proprement juridiques d'interprétation de la constitution, ou si l'autorité chargée de l'interpréter, ne fait qu'obéir à une logique tout court, le juge constitutionnel libanais ayant une vocation à interpréter la constitution par voie indirecte, à l'occasion d'un recours d'inconstitutionnalité. Assisterons-nous à la création de méthodes et de techniques qui lui sont propres?<sup>(1)</sup> A cette première difficulté, s'ajoute une autre interrogation, il s'agit de la question de savoir s'il existe une méthode spécifique à la matière constitutionnelle, différente de l'interprétation des autres actes juridiques, ou si toute œuvre d'interprétation de la constitution obéit aux mêmes normes, quel que soit l'identité du juge compétent. De même, nous pouvons nous demander si parler de méthode, revient à traiter les techniques d'interprétation.

Toutes ces questions préalables appellent une approche d'autant plus prudente, dans la mesure où le Liban tente une expérience pour asseoir

---

(1) JM. BANQUER, Les méthodes du juge constitutionnel, Thèse, Paris II, 1993, p 545.

une justice constitutionnelle autonome et crédible, or cette expérience est encore balbutiante. Ainsi, la question centrale au cœur de cette démarche est la suivante : Quels sont les outils et les matériaux que le juge constitutionnel libanais utilise pour donner un sens à la constitution et s'en servir comme normes applicables et imposables à tous les pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ? Cette question se pose en terme très spécifique au Liban, puisque celui-ci tente de bâtir un système juridique inspiré de la France, mais dans un contexte totalement différent et selon un rythme qui lui est propre.

Dans ces conditions, il importe, avant d'analyser les outils conceptuels et méthodologiques utilisés par le juge constitutionnel libanais pour interpréter la constitution, de fixer le contexte et les enjeux de l'interprétation de la constitution au Liban (A). Ce n'est qu'à ce moment-là que nous envisagerons utilement l'étude des méthodes et techniques d'interprétation de la constitution libanaise (B).

#### **A- Contexte et enjeux**

La justice constitutionnelle, telle qu'elle est entendue aujourd'hui en Europe de l'Ouest ou aux États-Unis, est assez différente de celle entendue au Liban. Après le mandat français qui pris fin en 1943, les accords de Taëf de 1989 et les amendements constitutionnels de 1990, le Liban s'est doté d'un modèle politico-judiciaire calqué en partie de la III<sup>e</sup> République française, adoptant ainsi la dualité de juridiction et créant un Conseil constitutionnel, avec une différence de taille qui fait toute la spécificité du pays, à savoir, le fédéralisme personnel, qui fait que toutes les communautés reconnues par la loi cohabitent et participent équitablement au pouvoir. À la participation communautaire au pouvoir se mélange représentation communautaire et nationale. Ainsi, les sièges parlementaires se distribuent sur les communautés religieuses en parité entre chrétiens et musulmans, sachant que le député ne représente pas sa communauté, ni la circonscription électorale dont il est issu, mais la Nation dans son intégralité selon l'article 27 de la constitution. Par conséquent, la représentation parlementaire au Liban

bénéficie de plusieurs dimensions, à savoir, communautaires, nationales, politiques et sociales.<sup>(1)</sup>

Cette participation des communautés au pouvoir se cristallise autour d'une problématique essentielle, notamment, la confusion au niveau de la nature même de cette participation (communautaire ou nationale), confusion qui s'estompe au fur et à mesure que les communautés réalisent que leurs intérêts se rattachent à l'autorité suprême de l'État, et s'accroît au fur et à mesure que les communautés ressentent que leurs intérêts se rattachent plus à la référence religieuse qu'à la référence étatique. Si nous prenons à titre d'exemple le paragraphe (j) du préambule de la constitution qui dispose «*qu'aucune légitimité n'est reconnue à un quelconque pouvoir qui contredise le pacte de vie commune*», nous remarquerons qu'il n'existe pas de consensus national autour de cet alinéa qui fait l'objet de plusieurs interprétations antagonistes, qui ont servi à instrumentaliser le concept de vie commune à des fins d'opportunité politique qui n'ont rien à voir avec les préceptes constitutionnels élaborés par le constituant. Pour conclure, nul ne serait susceptible de donner une définition claire et d'établir des mécanismes souples de l'application de ce pacte, et d'adapter la pratique parlementaire et la participation communautaire à part le conseil constitutionnel.

L'adoption au Liban du recours en interprétation de la constitution par le conseil constitutionnel par voie indirecte, et en l'absence de recours des justiciables à ce même conseil, le rendent impuissant. Même si le recours direct en interprétation n'est pas adopté en France, l'adoption de la QPC et l'ouverture du prétoire constitutionnel aux justiciables, ainsi que la saisine *de facto* du conseil constitutionnel pour contrôler les lois organiques et les règlements intérieurs de l'Assemblée Nationale et du Sénat, ont permis d'accroître l'exercice d'interprétation du juge constitutionnel français, même hors contentieux. La quantité des décisions rendues par le conseil constitutionnel français, a fait que sa force motrice et sa dynamique en matière interprétative a énormément évolué, puisque le conseil rend plus de 150 décisions par an, ce qui est considérable. Le conseil

---

(1) SLEIMAN. ISSAM, *البلوغية في القضاء الدستوري* Annuaire du conseil constitutionnel libanais 2012 pp 11.

constitutionnel a un rôle de régulateur des pouvoirs publics, attribution qu'il ne pratique actuellement que partiellement au Liban.

Afin de permettre au Conseil constitutionnel libanais d'exécuter sa mission sacro-sainte, il va falloir avant tout élargir ses compétences d'attribution au niveau de l'interprétation directe de la constitution sur recours des autorités publiques, et bien entendu, ouvrir le prétoire constitutionnel aux justiciables lors d'un procès en cours. Il va falloir aussi adopter le système français qui classifie les lois entre lois organiques et lois ordinaires, les lois organiques étant d'une importance capitale au maintien d'un État de droit<sup>(1)</sup>, ces lois seraient directement déferées au Conseil constitutionnel pour être contrôlées après leur adoption par la chambre des députés, et avant leur promulgation par le président de la république et leur publication au journal officiel .

Il est temps que les libanais se rendent compte que la chambre des députés est incapable d'interpréter la constitution selon des normes scientifiques et objectives. Si nous prenons à titre d'exemple l'article 49 de la constitution libanaise, qui a trait à l'élection du président de la république<sup>(2)</sup>, nous concluons que plusieurs organes ont intervenu sans jamais donner un avis unanime applicable et opposable à toutes les autorités juridictionnelles et administratives, puisque par définition leur

---

(1) Les lois organiques seraient les suivantes: La loi électorale, la loi sur la décentralisation administrative, la loi du budget, toutes les lois relatives aux finances publiques de l'État...

(2) Les contradictions relatives au quorum font rage entre les différentes autorités et les différents services: Le service du contentieux au ministère de la justice, la commission de la justice, la doctrine libanaise et les différents constitutionnalistes français avant les accords de Taëf, à qui il est souvent fait appel. Il serait plus judicieux à notre avis d'établir un mécanisme en vertu duquel toutes ces autorités seraient mises à l'écart en matière d'interprétation de la constitution, afin d'allouer au conseil, à titre personnel, de statuer sur ces demandes en interprétation. Il en fut de même en 2005, concernant l'interprétation des articles 60 et 70 de la constitution concernant la responsabilité du président de la république, du président du conseil et des ministres, et des modalités réquisitoires à leur encontre. Selon les interprétations données par la chambre des députés, 2 ministres ayant commis les mêmes faits, en l'occurrence M. Chahe Barsoumian et M. Ali Abdallah ont été jugés devant 2 autorités judiciaires complètement différentes. Le premier a été jugé devant la Haute Cour de Justice, et le second devant la

Cour criminelle de Beyrouth. La confusion au niveau de l'interprétation de l'article 70 a provoqué cette dualité impardonnable. « *La Chambre des députés a le droit de mettre le Président du Conseil des ministres et les ministres en accusation pour haute trahison ou pour manquement grave aux devoirs de leur charge...* »

avis ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée, et les motivations de ces avis sont de nature purement politique et opportunistes.

Octroyer au conseil constitutionnel libanais la faculté d'interpréter la constitution sur recours direct des autorités publiques, a une double importance dans un pays où les divergences entachent les concepts les plus élémentaires. Ce sont des concepts, qui, s'ils étaient discutés dans un pays plus homogène communautairement, il serait impossible d'avoir des opinions divergentes. Nous citons à titre d'exemple la notion de souveraineté de l'État, ou bien mieux, l'alinéa (g) de la constitution relatif *au développement équilibré des régions*, qui constitue une assise fondamentale de l'unité de l'État et de la stabilité du régime. Sur un autre plan, Dans toutes les constitutions du monde, lorsque la constitution ne prévoit pas une issue à la crise, le constituant prévoit des mécanismes qui ont pour objectif de relancer l'élan politique en imposant la dissolution de la chambre des députés par exemple, selon des mécanismes réalisables, tout en imposant des élections législatives anticipées comme c'est le cas en Allemagne ou en Grèce.

Au Liban, toute ambiguïté constitutionnelle crée un verrouillage constitutionnel qui paralyse toute la dynamique de l'appareil étatique. Ainsi, en cas de vacance présidentielle, le blocage de l'exécutif a atteint son paroxysme à plusieurs reprises.<sup>(1)</sup> Dans ces cas, lorsque la constitution ne prévoit pas les modalités de résolution du conflit, et lorsque les pouvoirs publics ne peuvent se mettre d'accord sur une interprétation uniforme, et dans le but d'éviter de plonger dans la crise constitutionnelle et institutionnelle, il nous incombe alors d'orienter notre réflexion vers la découverte de l'identité de l'organe qui aurait la compétence interprétative la plus appropriée.

Il est à noter de plus que la création du Conseil constitutionnel libanais n'a eu lieu qu'en 1993 par la loi numéro 250, et que les premières décisions ont été rendues à partir de 1994. Après cette date, c'est bien comme nous l'avons précisé, des interprétations constitutionnelles par voies indirectes, lors d'un recours pour

---

(1) En cas de vacance présidentielle, la question s'est posée de savoir selon quel processus et quel mécanisme les décisions prises par le Conseil des ministres par délégation sont émises, ou bien la question de savoir si les députés et les ministres bénéficiaient du droit de s'abstenir d'assister aux séances parlementaires et ministérielles.

inconstitutionnalité d'une loi que le conseil s'est vu le droit d'interpréter une disposition constitutionnelle, sans plus. Avant cette date, aucune interprétation issue du conseil constitutionnel n'a vu le jour, mais uniquement des opinions et des avis de doctrine, et bien entendu, des avis constitutionnels orientés par le positionnement des politiques qui leur ont fait perdre toute crédibilité.

Lors de l'interprétation d'un texte constitutionnel, le juge différencie entre les valeurs qui émergent d'un consensus national général, et les valeurs sur lesquelles il existe une divergence d'interprétation. Il existe en effet, et notamment au Liban, des principes politiques et moraux qui fondent les bases de notre société et sur lesquelles il existe un consensus général. Lorsque le juge constitutionnel libanais devait interpréter une disposition constitutionnelle sur laquelle il y avait une divergence d'interprétation, il avait recours aux interprétations relatives aux textes sur lequel il y avait un consensus, en ignorant l'interprétation basée sur les valeurs sur lesquelles les libanais sont en désaccord.

Ainsi, le conseil Constitutionnel libanais<sup>(1)</sup>, dans une décision d'une importance capitale, lors d'un recours présenté pour invalider la loi électorale de 1996, s'est basé sur un principe et des valeurs sur lesquels tous les libanais étaient d'accord à l'époque, à savoir, cet accord national largement reflété dans l'article 24 de la constitution, qui a pour corolaire de distribuer les sièges parlementaires en parité entre chrétiens et musulmans et proportionnellement entre les communautés et les régions, dans le but de réaliser une justice équitable entre tous les libanais et de garantir une représentation électorale acceptable, en concluant qu'afin de protéger le pacte de vie commune entre tous les libanais, le législateur devrait lors du découpage des circonscriptions électorales, respecter les dispositions de l'article 24 mentionné, en respectant une seule et unique condition, à savoir l'adoption d'un critère unique lors du découpage de ces circonscriptions afin de garantir l'égalité des électeurs face à la loi électorale.

Cette même décision contient un dispositif assez audacieux. Le conseil considère que le critère démographique adopté pour le découpage des circonscriptions électorales, n'est pas une règle absolue, puisque le législateur pourrait dans l'avenir remplacer ce critère par un

---

(1) *Décision du CCL numéro 4 / 96* datée du 7/8/96, relative à la loi électorale.

autre, à condition de respecter l'intérêt général. Le législateur pourrait même omettre de faire application du principe d'égalité mentionné plus haut, si jamais des conditions exceptionnelles se présentaient.

Au Liban, l'enjeu est tellement important, que nul n'est habilité à interpréter la constitution à part le Conseil constitutionnel, et surtout pas la chambre des députés. Si le Conseil constitutionnel peut aller si loin dans l'interprétation constitutionnelle sur recours indirecte, à l'occasion d'un recours pour inconstitutionnalité, imaginons ce qu'il pourrait réaliser sur le plan interprétatif si le recours direct était adopté. Ensuite, ce conseil est une juridiction indépendante dont les décisions bénéficient de l'autorité de la chose jugée, ce qui n'est pas le cas pour toutes les autres autorités. Il est évident que quel que soit les prérogatives d'une Cour constitutionnelle, elle ne pourrait être efficace que si ses décisions bénéficieraient de cette autorité vis-à-vis de tous les pouvoirs publics et des autorités administratives et juridictionnelles. Au Liban, c'est effectivement le cas en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, et lorsqu'il s'agit de trancher les litiges relatifs aux élections présidentielles et parlementaires.

Ainsi, octroyer des compétences interprétatives au Conseil sans conférer l'autorité de la force jugée à ses décisions, imposables à tous les pouvoirs publics, serait dénué de tout sens. Par conséquent, Si l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel libanais ne s'impose actuellement que dans les limites du texte dont il est saisi, il reste que les interprétations constitutionnelles auxquelles il se livre bénéficient vis-à-vis de l'ensemble des juridictions d'une autorité morale ou, pour reprendre aujourd'hui une notion largement reconnue sur le plan international d'une « autorité persuasive »<sup>(1)</sup>, à défaut d'admettre son autorité de la chose jugée intégralement, puisque ce recours direct n'existe pas.

Octroyer au Conseil constitutionnel libanais le droit d'interpréter la constitution sur recours direct des autorités publiques, permettrait en premier lieu de maintenir une harmonie entre les plus hautes juridictions libanaises, et de sauvegarder l'unité et l'homogénéité de l'ordre juridique interne indispensable dans un État de droit, surtout qu'il n'existe toujours pas au Liban de recours préjudiciel ou de

---

(1) *Arrêt d'Assemblée plénière du 10 Octobre 2001 RFD const. 2002*, numéro 49, pp. 51-78.

question prioritaire de constitutionnalité. Il faut que l'unicité du droit soit assurée, et que les interprétations soient harmonisées et stabilisées. Dans ce processus d'harmonisation, il est normal que le juge constitutionnel soit considéré comme le principal interprète de la constitution. Ainsi, l'autorité persuasive de la décision interprétative du Conseil constitutionnel se justifie par un impératif de sécurité juridique dans l'intérêt même de tout le peuple libanais, et non pas uniquement du justiciable.

### **B- Techniques d'interprétations.**

Si l'on entend par techniques, les types d'arguments employés par les interprètes pour justifier leurs décisions, alors on retrouve évidemment dans l'interprétation constitutionnelle les mêmes techniques que dans n'importe quelle interprétation juridique. Comme pour l'interprétation des lois, puisqu'il n'y a pas de sens véritable, ni d'interprétation juste, la théorie du droit ne peut recommander l'emploi exclusif de telle ou telle méthode. Cependant, il n'est fait aucun doute, nous pouvons arriver à des résultats très différents selon que l'on emploie telle ou telle méthode, mais nous savons aussi qu'il n'existe aucun critère objectif imposant de choisir l'une ou l'autre<sup>(1)</sup>.

Déclarer que le Conseil constitutionnel libanais n'interprète pas la constitution, serait complètement erroné. Actuellement, le juge constitutionnel libanais interprète la constitution à chaque fois que l'occasion se présente à lui<sup>(2)</sup>, lors d'un recours pour inconstitutionnalité d'une loi. Il le fait donc par voie indirecte, mais ceci n'est évidemment pas suffisant. Le débat consiste actuellement à lui élargir ces compétences, et lui octroyer le droit d'interpréter la constitution sur recours direct des autorités publiques lors de l'émergence d'une ambiguïté au niveau de l'application des textes. Lorsque nous abordons le sujet de l'interprétation constitutionnelle, il ne s'agit pas de l'explication du texte au sens stricte du terme, mais plutôt d'une

---

(1) TROPER M. in *l'interprétation constitutionnelle*, sous la direction de Ferdinand Melin-Soucramanien- Dalloz-14-21.

(2) *Décision du CCL, no 4/2001 du 29/9/2001*, recours en annulation de la loi modifiant le nouveau code de procédure pénale libanais adopté par la chambre des députés le 18/8/2001. Le conseil constitutionnel libanais a interprété l'article 38 de la constitution, faute de quoi il lui aurait été impossible de statuer sur ce recours.



interprétation qui va au-delà du texte, dans le but de découvrir son vrai sens, mis dans un contexte bien déterminé, de lever toute ambiguïté et de dégager une norme qui le matérialiserait. À partir de cette idée, il convient de dire que la doctrine est actuellement divisée entre deux écoles. La première qui considère l'interprétation comme une fonction de la connaissance, et une seconde qui la considère comme une fonction de la volonté<sup>(1)</sup>.

Une multitude de méthodes ont été débattues par la doctrine. À chacune d'elles ses propres interprètes, mais surtout sa propre approche et sa propre portée. Le juge constitutionnel libanais a, à plusieurs reprises, interprété la loi lors d'un recours pour inconstitutionnalité, notamment lors du recours en annulation contre la loi sur les taxes<sup>(2)</sup>, *loi numéro 45 du 21/8/2017*, où il a fait interprétation des articles 36 de la constitution concernant la procédure imposée pour le vote des lois au sein de la chambre des députés, l'article 83 concernant le devoir du gouvernement de soumettre à la chambre des députés pour examen et approbation le budget général des recettes et des dépenses de l'État pour l'année suivante et l'obligation de voter le budget article par article. Le conseil constitutionnel a saisi cette occasion pour interpréter aussi l'alinéa (c) de la constitution, qui dispose que *Le Liban est une république démocratique, parlementaire, fondée sur le respect des libertés publiques et en premier lieu la liberté d'opinion et de conscience, sur la justice sociale et l'égalité dans les droits et obligations entre tous les citoyens sans distinction ni préférence*. Le conseil a interprété cette notion d'égalité devant les charges publiques.

Un autre exercice interprétatif substantiel a été effectué par le Conseil constitutionnel libanais lors du recours contre la loi sur le budget 2018<sup>(3)</sup>, *loi numéro 79 du 18/4/2018*, où il a eu l'occasion pour la première fois, d'élucider et d'interpréter une bonne fois pour toute, toutes les règles qui régissent les lois relatives aux finances publiques au Liban. Le Conseil a interprété les articles 87 de la constitution, considérant que « *le compte définitif de l'administration des finances pour l'exercice clos devrait être soumis à la chambre et approuvé avant*

---

(1) TROPER M. Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS,- Lamy PUF pp 840- 847.

(2) *Décision du CCL numéro 5/2017 du 22/9/2017.*

(3) *Décision du CCL numéro 2/2018 du 14/5/2018.*

*la promulgation du budget du deuxième exercice après celui auquel le compte se réfère* ». Le Conseil a ensuite interprété les articles 81 et 82 de la constitution concernant le principe de l'utilité commune des impôts établis et de ses modalités d'imposition.

Selon une conception traditionnelle, l'interprétation est une fonction de la connaissance. À cet égard, l'interprétation juridique ne présente pas de différences importantes avec d'autres interprétations, comme par exemple l'interprétation des textes littéraires et religieux. Cette conception repose sur quelques présupposés. L'interprétation porte sur des énoncés dotés d'une signification qui serait unique en raison d'un rapport nécessaire entre les mots et leurs significations. Ainsi, chaque énoncé aurait sa signification qu'il importerait seulement de formuler, néanmoins cette formulation ne serait pas une véritable interprétation, c'est seulement lorsque la signification est cachée en raison des caractères de certains énoncés vagues et ambigus qu'il faudrait interpréter, l'interprétation ne serait pas nécessaire lorsque l'énoncé est clair en vertu de l'adage (*in claris cessat interpretatio*), et lorsqu'il ne l'est pas, l'interprétation consiste à faire apparaître cette signification cachée.

Selon la conception opposée, quelques fois appelée réaliste, l'interprétation est une fonction de la volonté. Tout énoncé est donc doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences de celui qui l'exprime. C'est donc une décision comme le note Michel Troper. Aussi, le produit de l'interprétation ne peut-il être ni vrai ni faux, et le débat sur la signification d'un texte peut se poursuivre jusqu'à l'infini.

Sur un autre plan, Kelsen distingue entre l'interprétation authentique, et l'interprétation de doctrine dite aussi interprétation scientifique. Le terme « authentique » est employé par Kelsen dans un sens différent de son sens classique. Ainsi, dans le vocabulaire juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même de l'acte, celle qu'il a seul le droit de donner. Cette prérogative exclusive se justifie par deux arguments : D'une part, c'est celui qui a édicté l'acte, le législateur par exemple qui en connaît le mieux la signification.

D'autre part, et surtout, le pouvoir de déterminer la signification de l'acte permet de le refaire, de sorte qu'autoriser un autre que le législateur à interpréter la loi reviendrait à lui transférer le pouvoir législatif. Dans le vocabulaire de Hans Kelsen, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à interpréter, ou encore celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, même si son auteur n'est pas formellement habilité. Ainsi, présente le caractère d'une interprétation authentique, celle qui émane d'une cour suprême, mais aussi celle qui émane d'un parlement lorsqu'il n'existe pas de Cour constitutionnelle.

Il en résulte que l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur et ambigu, mais aussi à l'occasion de toute application. C'est exactement la raison pour laquelle un recours par voie directe des autorités publiques auprès du Conseil constitutionnel devrait être possible. Cette thèse se justifie de deux manières : en premier lieu, pour soutenir qu'un texte est clair, il faut en connaître la signification, autrement dit, il faut l'avoir interprété. D'autre part, si une autorité dispose du pouvoir de donner une interprétation authentique, elle peut en user aussi bien lorsque le texte paraît clair que lorsqu'il paraît obscur.

Quant à l'interprétation de doctrine, Kelsen considère qu'il s'agit d'une activité de connaissance, mais contrairement à la thèse traditionnelle, il n'admet pas qu'elle permette de découvrir une signification cachée unique. Elle vise seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix<sup>(1)</sup>. Ainsi, s'il y a bien entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine une très profonde différence,

---

(1) TROPER M. Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS,- Lamy PUF pp 840- 847. Il existe d'autres méthodes d'interprétation, à savoir l'interprétation sémiotique, qui se fonde sur le langage. Les mots reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et les expressions qui résultent des règles de grammaire. La langue dont il s'agit peut-être la langue naturelle ou une langue technique, celle du droit ou celle d'une discipline spécifique. Il existe ensuite la méthode de l'interprétation génétique, qui repose sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte, telle qu'on peut la reconsidérer par exemple à travers les travaux préparatoires. L'interprétation systémique enfin, qui vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes, et l'interprétation fonctionnelle qui vise à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue.

elle ne tient pas au fait que l'une serait une activité de la connaissance et l'autre une activité de la volonté, mais simplement à ce que l'ordre juridique attribue des effets à l'une et pas à l'autre.

Au Liban, la question se pose donc partiellement concernant les modalités de recours, puisque le Conseil constitutionnel interprète la constitution uniquement à l'occasion d'un recours pour inconstitutionnalité d'une loi, mais il ne le fait pas sur recours direct des autorités publiques. Le problème se pose avec beaucoup plus d'acuité concernant les lois qui n'ont pas fait l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité, surtout que l'article 18 de la loi numéro 250/93 relative à la création du Conseil constitutionnel, a prohibé à toutes les juridictions libanaises de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui démontre que les juridictions libanaises ne peuvent en aucun cas interpréter la constitution lors de l'application d'une loi, et elle ne peuvent non plus saisir le Conseil constitutionnel, puisque la procédure de la question préjudicielle ou de la question prioritaire de constitutionnalité n'est jusqu'à ce jour pas adoptée au Liban.

Ainsi le conseil constitutionnel libanais a en effet rendu des décisions en adoptant des méthodes interprétatives assez intéressantes, faisant preuve de créativité, à savoir, la méthode du raisonnement par analogie tout en adoptant la méthode déductive<sup>(1)</sup>. Cette méthode trouve ses racines chez Charles Black<sup>(2)</sup>. Tout interprète va au-delà de la terminologie lexicale en quête de l'ordonnement constitutionnel pris dans son intégralité. Ainsi, dans les cas de carence constitutionnelle, l'interprète aurait recours à un raisonnement par analogie par le biais d'un texte constitutionnel qui a régi une situation identique. Il incombe donc au juge constitutionnel de dégager et de déduire tout ce qui n'est pas clairement mentionné dans la constitution, en vertu des prérogatives qui sont les siennes, et de dégager par la suite les règles et les principes à valeurs constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel français a adopté aussi cette méthode à plusieurs reprises afin d'interpréter des dispositions constitutionnelles ambiguës.<sup>(3)</sup>

---

(1) *Décision du CCL datée du 25/2/1995.*

(2) Charles L. Black, *Structure and Relations hip in Constitutional law*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, in Yann Aguila, p 28.

(3) *DCC Français* du 9/7/1970, et du 24/6/1959. La première décision concerne essentiellement le principe de l'indépendance des magistrats consacré par l'article 64 de la

Le Conseil considère dans cette décision que conformément à l'article 20 de la constitution, il existe des garanties inhérentes à la protection des magistrats et des justiciables dont le but est de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire et de protéger les droits de la défense. Ainsi, le Conseil considère que le manquement à ces garanties violerait ledit article. Par conséquent, la loi ne peut octroyer au président du Conseil des ministres à titre individuel, le droit de permuter le président du tribunal religieux Jaafari sans l'approbation préalable du Conseil supérieur de la magistrature religieuse. Le conseil constitutionnel français quant à lui, a eu recours à cette méthode lors de sa décision du 30/12/1979, en considérant qu'en cas d'annulation du Conseil constitutionnel d'une loi relative à l'organisation des finances publiques, et dans les cas où il n'est pas mentionné dans la constitution quel devrait être la procédure applicable au Parlement ou du gouvernement, ceux-ci devraient avoir à l'esprit qu'il faudrait éviter à tout prix de tomber dans le blocage constitutionnel .

Pour cela, Le conseil constitutionnel français conclue en considérant qu'il incombera donc au parlement et au gouvernement d'entreprendre toutes les dispositions financières essentielles et obligatoires dans le cadre de leurs compétences respectives pour garantir la continuité de la vie nationale, et ceci en s'inspirant des règles en vigueur relatives au cas de retard du transfert des projets de loi en matière de finance publique, prévus dans la constitution et par les lois organiques de la république. Ainsi le conseil constitutionnel français a couvert une faille constitutionnelle par le biais de son interprétation dans le cadre d'une vision globale.

Après avoir étudié cette spécificité libanaise et l'équilibre sensible entre communautarisme et parlementarisme dans la participation au pouvoir, et déterminer les méthodes d'interprétations actuellement

---

constitution qui ne dispose que de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le conseil ayant déduit que ces deux expressions étaient analogues. Ensuite la seconde décision où le conseil a dégagé une règle de l'article 31 de la constitution en vertu de laquelle l'Assemblée Nationale et le Sénat pouvaient demander aux membres du gouvernement de se présenter à une séance pour présenter leurs commentaires sur des points bien précis. Le Conseil dégage alors de cet article une règle selon laquelle le temps octroyé au ministre concerné lors de la présentation de ses éclaircissements et de ses commentaires ne devait pas être limité à 5 minutes comme le préconisait le règlement intérieur de l'Assemblée Nationale, en consacrant le principe de la liberté temporelle de parole à cet égard.

appliquées aussi bien par le Conseil constitutionnel libanais, que par son homologue français, et après avoir étudié les différents types d'interprétation de la constitution dans le monde, il va falloir à présent s'intéresser aux mécanismes d'interprétations envisagés si jamais la réforme serait un jour adoptée au Liban.

## **2. Mécanismes d'interprétations envisagés**

À l'heure actuelle, il incombe à la chambre des députés d'interpréter la constitution. Il nous importe de démontrer, au moins à travers un seul exemple, l'échec cuisant de l'exercice de cette attribution par la chambre des députés, pour justifier les motifs de notre attachement à l'octroi de cette prérogative au conseil constitutionnel, pour ensuite identifier les amendements constitutionnels nécessaires pour l'adoption de cette réforme et déterminer ensuite les modalités procédurales adéquates. En 1999, et lors d'une divergence d'opinion entre les différentes factions politiques libanaises sur la question de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour engager des poursuites à l'encontre d'un député, un grand nombre de députés avait requis la convocation d'une séance interprétative des articles 39, 40, 66, 70 et 80 de la constitution. Ainsi, cette tragédie s'achève de la façon suivante : deux députés ayant commis les mêmes actes criminels se sont retrouvés déférés devant deux juridictions distinctes pour être jugés.

Après des débats houleux, ce n'est qu'au cours de la séance parlementaire tenue le 12/7/1999, consacrée au vote de la loi sur le budget de l'année 1999 que les parties concernées se sont enfin mises d'accord sur l'octroi de cette attribution à la chambre des députés, ce qui ne faisait même pas partie d'un consensus national puisqu'une décision de l'Assemblée plénière de la cour de cassation libanaise<sup>(1)</sup> avait précédemment statué sur le fait qu'elle aurait le droit d'interpréter la constitution si elle se trouvait dans l'obligation de le faire<sup>(2)</sup>.

Il est vrai que le conseil constitutionnel libanais s'est vu privé de cette attribution d'interprétation par voie contentieuse, puisque c'est à la chambre des députés d'exercer ce droit, mais le problème qui se pose

---

(1) Décision de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 27/10/2000, Fouad Séniora/État libanais, décision publiée aussi dans le quotidien al Nahar en date du 4/4/2002.

(2) عصام اسماعيل، محاكمة الوزراء بين القضاء العدلي والقضاء السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 ص 4.

actuellement, réside dans le fait qu' il n'y a absolument aucune procédure établie permettant à la chambre des députés de faire interprétation des dispositions constitutionnelles, ce qui a mené à une anarchie procédurale en la matière. Selon quels mécanismes cette interprétation serait elle effectuée par la chambre des députés ? Faudrait-il que la chambre des députés exerce le droit d'interprétation par le biais d'un amendement constitutionnel, d'une loi explicative ordinaire ou bien une d'une décision explicative parlementaire? Sous quelle forme cette interprétation serait rendue par la chambre des députés ? Le texte, malgré l'importance du domaine abordé semble silencieux à cet effet, et ouvre pleinement le débat aux protagonistes incompétents en la matière pour trancher la question.

Encore pire, certains députés avaient proposé de mettre en application les dispositions des articles 76 et 77 de la constitution comme palliatif à la carence constitutionnelle concernant le mécanisme interprétatif devant être appliqué par la chambre des députés, ce qui est considéré comme une aberration, étant donné que ces articles ont trait aux mécanismes relatifs aux amendements de la constitution et non pas aux mécanismes de son interprétation. Il est impossible de raisonner par analogie sur ce point.

Dans cet ordre d'idées, et suite à l'échec cuisant de la chambre des députés en matière interprétative, nous envisagerons un mécanisme en vertu duquel le conseil constitutionnel libanais, à l'instar de la Cour constitutionnelle de la fédération allemande par exemple, se verrait restituer le droit de statuer sur un recours direct en interprétation d'une disposition constitutionnelle sur requête des autorités publiques, afin de mettre un terme à cette polémique qui ne cesse de se renouveler à chaque échéance constitutionnelle de poids, et qui ne fait que paralyser le pays pour des mois, voire des années.

#### **A- Amendements constitutionnels et procédure.**

Dans le but d'adopter au Liban le recours direct des autorités publiques<sup>(1)</sup> au Conseil constitutionnel requérant l'interprétation d'une

---

(1) Le système constitutionnel palestinien est assez intéressant en la matière. Contrairement à ce qui est le cas dans tous les systèmes qui ont adopté le recours direct au conseil, selon l'article 30 la loi de 2006 créant la Cour constitutionnelle, à part les autorités publiques, (le ministre de la justice sur demande du chef de l'autorité palestinienne ou du président du

disposition constitutionnelle, il est nécessaire qu'une partie des dispositions législatives et constitutionnelles<sup>(1)</sup> soient modifiées, de sorte à satisfaire à cette réforme de fond. Tout d'abord, il serait essentiel de commencer par l'amendement de l'article 19, alinéa premier de la constitution libanaise où il va falloir prévoir que le conseil constitutionnel libanais est créé pour *« l'interprétation de la constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois et le contentieux de validation des élections présidentielles et parlementaires. »* Ensuite, et par souci d'homogénéité, au niveau du second alinéa, il va falloir modifier l'article 19 de la manière suivante, *« La saisine du Conseil constitutionnel en ce qui concerne l'interprétation de la constitution et le contrôle de la constitutionnalité des lois relève du président de la république, du président de la chambre des députés et du président du conseil des ministres ou de 10 membres de la chambre des députés ou des chefs des communautés religieuses légalement reconnues, en ce qui concerne limitativement le statut personnel, la liberté de croyance exercice des cultes religieux et la liberté de l'enseignement religieux ».*

Sur un autre plan, des amendements législatifs doivent aussi être opérés. Ainsi, la loi portant création du Conseil constitutionnel numéro 250/93, notamment l'article premier devrait prévoir à son tour cette nouvelle prérogative octroyée au Conseil constitutionnel. Ainsi, l'article 1 de cette loi disposerait de ce qui suit : *« En application de l'article 19 de la constitution, un conseil est créé appelé Conseil constitutionnel, dont le rôle est l'interprétation de la constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois et des divers textes ayant valeur de loi, et le contentieux des élections présidentielles et parlementaires. »*

---

conseil des ministres ou du conseil législatif ou du conseil suprême de la magistrature,) les individus peuvent présenter une requête en explication des dispositions constitutionnelles, lorsque leurs droits ont été bafoués. D'habitude, ce recours a pour objectif de régler les conflits entre les autorités publiques de l'État, tandis que dans le cas palestinien, au cas où un litige émerge entre l'État et un individu sur l'interprétation d'une loi, et que l'individu se sent lésé par ladite loi, il peut présenter une requête en interprétation auprès du juge constitutionnel, ce qui n'existe que très rarement.

(1) Projet sur l'extension des attributions du Conseil constitutionnel libanais rédigé par le Président du Conseil constitutionnel libanais M. Issam Sleiman en 2017.



Par souci de cohérence, l'intitulé du chapitre III du règlement intérieur du Conseil constitutionnel, la loi numéro 250/93 devrait être modifiée pour qu'il soit en conformité avec les amendements proposés de l'article 19 de la constitution. Cet intitulé serait alors rédigé comme suit : *« De l'interprétation de la constitution et contrôle de constitutionnalité. »*

Ensuite, la modification de l'article 18 de la loi numéro 250/93 disposerait que : *« Le Conseil constitutionnel assure l'interprétation de la constitution et le contrôle de la constitutionnalité des lois et de tous les textes ayant valeur de lois. »* et d'ajouter au niveau de l'article 19 de cette même loi que *« le président de la république, le président du parlement, le président du conseil des ministres et dix membres au moins du parlement ont le droit de saisir le conseil constitutionnel pour l'interprétation de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois... la saisine en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois est présentée par l'autorité compétente à la présidence du conseil constitutionnel dans un délai de 15 jours à compter de la publication de la loi au journal officiel, tandis que la saisine en ce qui concerne l'interprétation de la constitution est présentée par l'autorité compétente à la présidence du conseil constitutionnel, sous condition pour le conseil de trancher dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement aux greffes ... »* Il serait à notre avis suffisant que le conseil constitutionnel rende sa décision dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement au greffe de la présidence de la requête par les autorités proposées.

Le règlement intérieur du Conseil constitutionnel devrait être modifié, afin de satisfaire à la réforme proposée de l'article 19 de la constitution libanaise. Ainsi, l'article 1 de la loi numéro 243 du 7/8/2000 disposerait de ce qui suit : *« Le Conseil constitutionnel est un organe constitutionnel indépendant à caractère judiciaire chargé de l'interprétation de la constitution, du contrôle de la constitutionnalité des lois et du contentieux des élections présidentielles et parlementaires. »*

Une fois cette réforme adoptée, le Conseil constitutionnel libanais devrait se conformer à une série de réglementations afin d'éviter tout abus de la classe politique, et tout engorgement. Il serait primordial au Conseil de s'assurer tout d'abord des conditions formelles de

recevabilité de la requête telle que mentionné dans les lois numéro 250/93 et 243/2000, et de s'assurer, dans le fond, que la requête objet du recours contient une disposition constitutionnelle qui soulève une question sérieuse qui se matérialise par son ambiguïté qui justifie le recours, tout en ayant à l'esprit que sa décision ne viendrait qu'élucider cette ambiguïté.

Ensuite, la disposition constitutionnelle attaquée devrait être contestée à l'occasion de son application. Dès lors que les divergences émergent, les autorités habilitées à saisir le conseil devraient soumettre une requête selon les normes et la procédure mentionnée ci-haut, afin que le conseil se prononce dans les délais. Pour accepter la requête, et en sa qualité de régulateur des pouvoirs publics, le Conseil devrait aussi s'assurer que la disposition attaquée, dans sa mouture actuelle, crée des conflits entre les différents pouvoirs et que son interprétation est imminente pour lever cette ambiguïté une fois pour toute, puisque comme mentionné plus haut, les décisions du Conseil constitutionnel bénéficient de l'autorité de la chose jugée et sont applicables à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

La mission conférée au Conseil constitutionnel est assez subtile. Cette prérogative interprétative n'a rien à voir avec les attributions de la chambre des députés qui est habilitée à modifier la constitution si elle le juge nécessaire. Ainsi, le Conseil interprète pour clarifier et élucider une disposition ambiguë, mais il ne la modifie pas, sinon le conseil serait instrumentalisé par les politiques, et il perdrait à ce moment toute crédibilité. Il arrive cependant, lors de l'élaboration de l'interprétation du texte ambigu, que le Conseil propose au législateur indirectement, des modifications, afin de lever l'ambiguïté et de le rendre cohérent s'il constate que le texte constitutionnel a été mal rédigé. Cependant, ces propositions ne sont faites qu'à titre purement informatif, ne seront exécutoires que si la chambre des députés le décide.

Toutes les décisions rendues par le conseil constitutionnel libanais en matière interprétatives seraient aussi publiées au journal officiel, comme c'est le cas pour les décisions rendues en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, et toutes les autorités administratives, juridictionnelles et politiques seraient obligées de s'y conformer à partir

de la date de cette publication. Ceci garantirait une stabilité et une sécurité juridique dans les relations entre les pouvoirs publics.

Une autre question à notre sens essentielle en la matière pourrait aussi se poser. Celle-ci consiste dans le fait de savoir si une fois le Conseil constitutionnel saisi, et la décision interprétative rendue, que ce soit sur un recours direct ou indirectement, à l'occasion d'un recours de constitutionnalité d'une loi, le Conseil constitutionnel pourrait-il ultérieurement revenir sur sa décision ? Pourrait-il se désister de l'interprétation précédemment rendue sur requête de l'une des autorités mentionnées ? La doctrine ne semble pas unanime quant à l'acceptation ou au rejet de ce droit au Conseil constitutionnel. Il est évident qu'octroyer le droit au Conseil constitutionnel de se désister de son interprétation précédente, risquerait de créer une instabilité juridique, puisque comme nous l'avons mentionné, les décisions du conseil bénéficient de l'autorité de la chose jugée et sont opposables à tous les individus et à toutes les autorités de l'État.

Il existe en fait deux procédés en vertu desquels la décision interprétative du Conseil constitutionnel pourrait être modifiée, et par conséquent rendue caduque et inapplicable. En premier lieu, s'il s'avère pour le constituant, que la décision interprétée ne reflète pas sa volonté réelle lors de la rédaction du texte, il peut intervenir à ce moment-là pour modifier le texte constitutionnel et éviter de la sorte l'interprétation rendue par le conseil, puisque en fin de compte le dernier mot revient au pouvoir législatif. Il va falloir alors réunir le quorum requis pour l'amendement constitutionnel.

Le second procédé, beaucoup plus rare, et bien plus dangereux à notre avis, consiste à ce que le Conseil émette une nouvelle décision interprétative, revenant expressément sur ses propres dispositifs. Ce fut le cas à trois reprises en Jordanie<sup>(1)</sup> et aux États-Unis, lorsqu'en Jordanie par exemple, le Conseil supérieur pour l'interprétation de la constitution est revenu sur ces propres décisions interprétatives émises quelques années plus tôt. Pour le faire, la cour Constitutionnelle

---

(1) L'article 91 de la constitution jordanienne de 1952 interprétée pour la première fois en 1955, en vertu de la décision numéro 1/1955, une seconde fois en 1975 et une dernière fois en 1999.

U.S Supreme court, Plessy v. Ferguson, 163 U.S 537 (1896), 210, Argued April 18, 1896, Decided May 18, 1896, 163 U.S 537 and Brown v. Board of Education, 1954.

jordanienne avait considéré dans ces décisions que le revirement était en fait justifié pour les raisons suivantes, à savoir, le changement des circonstances et du contexte en vertu duquel la première décision avait été émise, et que l'application de cette ancienne décision dans le contexte actuel ne ferait que poser des problèmes supplémentaires. La cour constitutionnelle Jordanienne a bien motivé ces décisions pour démontrer que ce revirement est en effet celui qui bénéficie désormais de l'autorité de la chose jugée.

Si le législateur libanais déciderait dans l'avenir de permettre de tels revirements interprétatifs du conseil constitutionnel libanais pour des raisons telles que mentionnées, il serait donc primordial de prévoir un mécanisme qui n'affecterait pas l'ordre public, puisque il est normal que les décisions précédemment rendues aient créés des situations de fait et des droits acquis au niveau de l'application des textes entre les différentes autorités publiques. En même temps, le fait de donner une seule et unique interprétation sans jamais pouvoir la remettre en cause malgré le changement des circonstances, créerait une situation de rigidité qui ne ferait que rendre les choses plus compliquées, et la constitution à ce moment-là ne contribuerait plus du tout à faciliter l'organisation des pouvoirs publics. Pour éviter ceci, une solution médiane devrait être adoptée. Nous pourrions nous inspirer par exemple du système turc en raisonnant par analogie.

Il est prévu en Turquie au dernier alinéa de l'article 152 de la constitution<sup>(1)</sup> qu'une question de constitutionnalité déjà tranchée par la Cour et rejetée, ne pourrait être présentée de nouveau qu'après l'expiration de dix années, à compter de la date de la décision, et c'est bien sur cette base que l'article 125 de la constitution, et par analogie a été rédigé. Le constituant turc a donc ouvert la voie aux justiciables de se prévaloir de nouveau de l'inconstitutionnalité d'une loi une seconde fois, dix années plus tard, à la lumière des changements de circonstances que le pays aurait connu.

Il est évident que s'attaquer à la question du revirement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel en matière interprétative,

---

(1) L'Article 152 de la constitution turque dispose: "*No claim of unconstitutionality shall be made with regard to the same legal provision until ten years elapse after publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court dismissing the application on its merits.*"

semble assez dangereux, pour cela, la constitution turque dispose qu'en cas de requête d'une des autorités publiques, ayant pour objectif de requérir du Conseil constitutionnel d'effectuer un revirement interprétatif, la question devrait être présentée au début à un conseil spécialisé et indépendant, qui étudierait les motifs de cette demande de revirement, afin de s'assurer de l'opportunité de la requête, avant de la déférer au juge constitutionnel. Si jamais le conseil spécialisé en matière de revirement interprétatif trouve que la question est sérieuse et justifiée au vu du changement des circonstances, il l'a défère au juge constitutionnel, sinon il la rejette pour éviter tout engorgement inutile du Conseil constitutionnel. En tout état de cause, il va falloir prévoir un délai qui devrait expirer avant lequel la requête de revirement interprétatif ne pourrait pas être présentée au conseil spécialisé sous peine d'irrecevabilité.

Si jamais le constituant libanais décide d'adopter cette réforme, et de prévoir des mécanismes de revirement afin que la constitution puisse se moderniser avec la modernisation de la société, il va falloir prévoir une procédure pour cela, l'exemple turc ne serait qu'un parmi tant d'autres. C'est en effet tout un processus qui se met en place avec l'adoption d'une telle réforme au Liban, à laquelle une série d'amendements devraient être prévus en temps opportun.

### **B- Autolimitation des pouvoirs du juge constitutionnel en matière d'interprétation.**

Cette réforme aura pour conséquence de doubler les compétences du juge constitutionnel, cependant, il lui incombera d'exercer ses prérogatives sans pour autant empiéter sur les compétences de la chambre des députés. Le juge constitutionnel aura donc pour mission, lors de son exercice interprétatif de se contenter d'interpréter, d'élucider et d'éclaircir les zones d'ombres de la disposition constitutionnelle, sans pour autant la modifier, en afin de la rendre applicable. Il est normal au juge constitutionnel de proposer des amendements constitutionnels pour la rendre applicable, mais le dernier mot revient, comme précisé plus haut, à la chambre des députés, qui juge à elle seule de l'opportunité d'un tel amendement. Cet argument suffit pour confirmer le fait qu'octroyer au conseil constitutionnel des attributions interprétatives sur recours direct des autorités publiques,

n'affecte en rien les compétences du pouvoir législatif, puisque en fin de compte, c'est à ce dernier, à qui revient le dernier mot, le conseil ne faisant qu'interpréter, et tout au plus suggérer des amendements pour lever l'ambiguïté qui entache la disposition constitutionnelle, sans plus.

Selon Michel Troper, « *Le juge constitutionnel qui participe à la fonction législative, contribue à l'expression de la volonté générale, une volonté imputée au souverain, il est lui aussi un représentant du peuple souverain* »<sup>(1)</sup>. En effet, nous ne pouvons que souscrire à cette affirmation compte tenu du rôle social évident que joue un juge constitutionnel dans l'État de droit, puisqu'il est aussi un représentant du peuple aux côtés des représentants classiques ou plus visibles. Cette affirmation de TROPER est un soutien intellectuel et théorique sans faille apporté à la justice constitutionnelle et à sa légitimité, mais cela ne suffit pas, le juge constitutionnel doit se montrer vigilant et soucieux de ce que nous pourrions appeler le bien commun tout au long du processus interprétatif afin de s'attirer le moins possible de critiques négatives quant aux résultats finaux de son travail d'interprétation des normes. Pour cela, Le juge constitutionnel libanais devrait, lors du processus interprétatif s'intéresser aux exigences jurisprudentielles, et il devrait motiver ses décisions afin qu'elles apparaissent comme « *la meilleure expression de la raison pratique.* »<sup>(2)</sup>

Les limites à l'intervention normative du juge constitutionnel libanais, une fois que la réforme serait adoptée serait inspirées, dans une large mesure, de celles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schachter*<sup>(3)</sup>. La Cour suprême définit dans cette décision des lignes directrices qui doivent aider les autres juridictions du pays à déterminer si l'action complétive constitue, dans chaque cas d'espèce, une solution appropriée. La "doctrine" de la Cour en la matière s'exprime à travers six principes : *L'action positive du juge sur la loi doit, tout d'abord, être conforme à la Constitution et à ses principes fondamentaux.* Il est particulièrement évident que la production

---

(1) TROPER M. "Démocratie continue et justice constitutionnelle", in Dominique Rousseau (dir) *La démocratie continue*, LGDJ- Bruylant, Coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p 133.

(2) L. PRIETO SANCHIS, "Notas sobre la interpretacion constitucional" *Revista el Centro de Estudios Constitucionales*, 9 1991 (175-198), p 178.

(3) Cour Suprême du Canada, *Schachter vs Canada*, 9 Juillet, 1992, RCS, 1992, 2, p. 679 et s.

normative du juge, à l'instar de celle du législateur, est soumise au respect de la hiérarchie des normes et ne doit méconnaître, en conséquence, aucune prescription constitutionnelle. Par ailleurs, le résultat atteint en matière interprétative, doit interférer le moins possible avec les textes adoptés par le Parlement.

En effet, l'intégration du complément juridictionnel au droit existant peut générer des interactions problématiques, des contradictions de normes législatives. Le respect de la volonté de la chambre des députés, impose donc au juge de veiller à limiter les implications de ses décisions sur des normes qui n'ont pas été soumises à son examen. Cependant, la portée de cette limite se trouve immédiatement atténuée par la considération selon laquelle de nombreuses dispositions du droit positif ont été adoptées par un Parlement alors si peu soucieux de la protection des droits de l'homme par exemple. Dès lors, le principe de l'interférence minimale ne saurait trop faire obstacle à la mission, dévolue aux juges, de transformer l'ordre juridique dans un sens conforme aux nouvelles valeurs constitutionnelles.

Pour que l'opération additive soit possible, le juge doit également être capable de définir avec une précision suffisante comment la loi doit être complétée pour se conformer à la Constitution. Dès lors qu'il n'est pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer précisément la nouvelle configuration de la disposition litigieuse, il revient au seul législateur, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de combler la lacune. En effet, il n'appartient pas au juge constitutionnel de choisir entre plusieurs options normatives dont aucune ne ressort clairement de l'interaction de la loi avec les exigences constitutionnelles.

Une limite incontournable à l'action positive des cours se présente ainsi lorsque la Constitution ouvre une possibilité de choix entre plusieurs normes, correspondant à des options politiques ou techniques différentes, pour remplacer la norme implicite inconstitutionnelle. Le juge constitutionnel se substitue à l'auteur primaire de la loi, sans néanmoins empiéter sur ses prérogatives, uniquement lorsque l'apport normatif prescrit est, sur le plan constitutionnel, sans alternative. Il ne crée pas librement la norme en question mais se limite à individualiser une norme logiquement déductible du droit existant, du contexte normatif dans lequel elle s'insère. Ainsi, la décision additive du juge ne

constitue, selon l'expression du constitutionnaliste italien Vezio Crisafulli, qu'une "législation à rimes obligées" <sup>(1)</sup>. Elle résulte d'une opération mécanique d'extension ou d'application d'une norme dont le contenu est prédéterminé par le système normatif.

La cour doit aussi essayer de donner plein effet aux intentions du législateur dans les limites imposées par la Constitution. Dès lors qu'un choix est ouvert entre plusieurs mesures correctives de l'inconstitutionnalité, le juge doit, dans la mesure du possible, choisir celle qui permet de préserver la volonté légitime du législateur exprimée dans la disposition critiquée. Elle permet également, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, de ménager la sécurité juridique. Cette directive d'action juridictionnelle est en fait la traduction d'un principe général présent dans le *common law* comme dans les droits romano-germaniques, le principe de conservation des actes juridiques. Pour assurer un exercice à la fois effectif et raisonnable du contrôle de constitutionnalité, toutes les juridictions constitutionnelles appliquent ce principe expressément ou implicitement <sup>(2)</sup>. En outre, même lorsque l'action positive est par ailleurs justifiée, cette intervention ne doit pas être réalisée lorsqu'elle va imposer à l'État de supporter des dépenses supplémentaires non prévues. Le juge doit procéder à un examen des répercussions financières de l'action positive.

En effet, un impact important de la décision juridictionnelle sur les charges publiques est de nature à porter atteinte au pouvoir financier du législateur, et plus précisément à la compétence exclusive du Parlement en matière budgétaire. Déjà dans sa décision *Tsotetsi* <sup>(3)</sup>, la Cour constitutionnelle avait jugé qu'elle ne pouvait pas rendre une décision dont les effets financiers seraient démesurés.

Ainsi, l'ensemble des orientations définies permettent d'éviter au juge d'empiéter excessivement sur le domaine du législateur. Dans tous les cas, l'action complétive du juge, si elle implique une cogénération de la disposition législative, ne produit pas une codétermination de la

---

(1) CRISAFULLI V. "La Corte ha vent'anni", in N. Occhiocupo (sous la direction), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologne, 1978, p. 84.

(2) Sur les exemples de l'Italie, et de la France, voir T. Di Manno *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica, PUAM, Paris-Aix en Provence, 1997, p 89 et suivant.

(3) TSOTETSI V. Mutual and federal Insurance Co LTD, 12 Sept 1996.



loi dans la mesure où le contenu de la norme complémentaire ne dépend pas de la libre volonté du juge mais de contraintes constitutionnelles. Au surplus, il va sans dire que le Parlement reste libre, dans les limites posées par la Constitution, de modifier ultérieurement la mesure en réduisant, modifiant, modulant voire en supprimant les avantages ou en prévoyant de nouveaux avantages. La décision additive établit donc un droit transitoire applicable tant que le législateur ne souhaite pas modifier l'ampleur et la nature des avantages.

Le juge dispose inévitablement, malgré les critères posés par la Cour constitutionnelle, d'une marge d'appréciation dans le choix de la réparation appropriée. Le recours éventuel à l'action positive doit donc être examiné, dans chaque cas, au regard du rôle du juge constitutionnel dans un État de droit démocratique.

En réalité, l'action positive du juge constitutionnel n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs si elle repose sur le maintien de la différence existant, du point de vue méthodologique, entre fonction législative et fonction de justice constitutionnelle. En effet, le législateur est le seul constitutionnellement habilité à exercer la fonction d'innovation de l'ordre juridique. Il dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, lui permettant de statuer largement en opportunité. Pour citer le Tribunal constitutionnel espagnol, "la Constitution, comme champ normatif, laisse au législateur des marges plus ou moins importantes au sein desquelles il peut convertir en loi ses préférences idéologiques, ses options politiques et des jugements d'opportunité"<sup>(1)</sup>.

Les règles qui gouverneront les compétences interprétatives sur recours direct des autorités publiques au Liban sont très différentes des principes qui régissent les décisions parlementaires. Le juge constitutionnel serait soumis à des contraintes de nature juridique tenant notamment à l'objet de sa mission, aux conditions de son intervention et à la procédure suivie. Son action se limite à étalonner et interpréter un état d'adéquation des normes légales lorsque celles-ci sont ambiguës et ne peuvent être appliquées comme prévu dans l'esprit du constituant lors de son élaboration.

---

(1) DC11/1981 du 8/4/1981.

En apportant à une disposition législative le substrat normatif nécessaire à son interprétation, le juge constitutionnel ne légifère pas puisqu'il ne dispose pas alors d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Ce "travail législatif complémentaire" du juge constitutionnel ne méconnaît pas le principe de la démocratie représentative dès lors que la nécessité et la détermination de l'apport normatif sont fondées uniquement sur une analyse juridique des impératifs constitutionnels en présence.

Il apparaît finalement que le véritable pouvoir du juge réside moins dans l'action positive elle-même que dans le choix de la réparation appropriée. Le respect du principe de séparation des pouvoirs et la nécessité d'une garantie effective des droits fondamentaux doivent alors le guider pour trouver la "bonne solution" au sens dworkinien. Le choix procédural, conditionné par ces données constitutionnelles, doit apparaître, notamment en termes de motivation, comme le résultat d'un comportement juridictionnel de l'organe de justice constitutionnelle.

La détermination de ces lignes directrices devraient contribuer à l'adoption de cette réforme désormais vitale pour le Liban, afin de réaliser efficacement, dans chaque cas concret, une pondération entre la garantie des valeurs constitutionnelles et le respect des prérogatives de la chambre des députés. Cette appréciation formalisée de la proportionnalité du degré d'ingérence du juge dans la législation offre une légitimité procédurale au pouvoir normatif affirmé par le juge constitutionnel.

Le pouvoir interprétatif par voie directe, une fois octroyé au juge constitutionnel libanais, ne ferait qu'accentuer son degré de créativité, sans qu'il ne se substitue au législateur dans sa fonction d'édiction des normes, et la haute juridiction sud-africaine en est un bon exemple pour démontrer ce fait, à l'aune de l'introduction de cette réforme au Liban.

### • **Conclusion:**

Il serait impossible de citer en quelques lignes l'ampleur et les conséquences que cette réforme aurait sur le Liban, et surtout sur la justice constitutionnelle qui connaîtrait un développement effectif et qui contribuerait à imposer des solutions définitives et radicales à des problèmes qui ne font qu'entacher la vie publique, lors de la survenance d'événements de nature constitutionnelle. Désormais, l'ambiguïté de la

constitution ne serait plus une occasion pour les politiques de créer des situations de vide constitutionnel qui paralyseraient le fonctionnement de l'État et affecteraient la continuité des services publics, si vitaux au peuple libanais. La constitution ne serait plus jamais instrumentalisée pour des fins politiques.

En effet, il ne faut surtout pas hésiter à adopter cette réforme au Liban, sous prétexte qu'elle empièterait sur les prérogatives du pouvoir législatif, ou qu'elle porterait atteinte au principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs. L'affirmation d'un pouvoir normatif juridictionnel limité ne constitue pas un empiètement illégitime sur les compétences du législateur, un élargissement des marges décisionnelles des juges qui risquent de déséquilibrer l'édifice normatif de l'État de droit classique, comme le dirait les détracteurs de l'octroi du recours directe des autorités publiques au Conseil pour l'interprétation d'une norme constitutionnelle. Tout au plus, cette réforme imposerait simplement de concevoir une représentation modifiée de la fonction du juge constitutionnel et de ses rapports avec le législateur.

Nous ne pourrions pas envisager un conseil constitutionnel démuné d'une fonction d'arbitrage entre les pouvoirs publics. Cette fonction d'arbitrage relève, il est vrai, plus généralement de la fonction politique du juge constitutionnel, que de sa fonction juridictionnelle. Par son statut constitutionnel, il est l'un des organes de l'État, et, d'une certaine façon toutes ses compétences participent de cette fonction politique. Au sein de celle-ci, cette fonction d'arbitrage a pour but de garantir une pacification entre ces pouvoirs publics, par le règlement des conflits juridiques nés à l'occasion de l'exercice des compétences constitutionnelles des différents organes de l'État.

Cette prérogative interprétative est d'autant plus importante au Liban qu'ailleurs, au vu des injustices causées par les autorités politiques qui s'approprient un pouvoir interprétatif qui ne leur appartient pas, surtout que l'histoire a bien montré leur incompétence en la matière, d'où le besoin incessant de conférer au conseil constitutionnel, cette autorité juridictionnelle et indépendante, ce pouvoir normatif, dont la décision bénéficierait de l'autorité de la force jugée, opposable à tous les protagonistes, qu'ils soient des citoyens ou des autorités politiques.

En définitive, l'interprétation constitutionnelle par voie directe, au Liban, une fois adoptée, serait marquée par un double défi: tout d'abord,

celui que rencontre le juge constitutionnel à donner un sens précis aux dispositions qu'il applique dans le cadre d'un contentieux qui lui est soumis, et celui, plus original, que rencontre ce même juge à ancrer la constitution dans le paysage juridique constitutionnel récent, puisque le conseil constitutionnel n'a été créé au Liban qu' en 1993. Le juge constitutionnel libanais est depuis la date de la création du Conseil dans ce double défi. Sa mission est loin d'être achevée, mais il a su développer une certaine harmonie au regard de la mission qui lui avait été confiée par les constituants eux-mêmes, même si une partie de ses prérogatives lui ont été amputées lors des amendements constitutionnels.

Il ne fait aucun doute, que le succès du Conseil constitutionnel libanais en matière d'interprétation de la constitution sur recours indirect, donc à l'occasion d'un recours en inconstitutionnalité d'une loi comme c'est actuellement le cas, lui a permis de s'imposer dans la limite du possible. Mais les crises sont tellement aiguës au Liban, que le remède ne pourrait avoir lieu que par le biais de l'adoption du recours direct des autorités publiques comme démontré plus haut.

La tâche était périlleuse, et la première partie du défi a été remplie avec succès. Aujourd'hui, cependant, de nouveaux défis apparaissent et obligent le juge à justifier plus encore ses raisonnements. L'interprétation n'est pas qu'une affaire de conviction ou de développement d'un raisonnement juridique. Elle doit aussi être développée dans le cadre de la rédaction des décisions prises sur recours direct, pour pouvoir à la fois convaincre de son bienfondé, et permettre d'expliquer la direction que le juge constitutionnel prend en développant ses solutions : Autant que le raisonnement, son interprétation est nécessaire pour qu'elle continue à être un élément moteur pour cette justice constitutionnelle libanaise encore naissante.

## Mediation in the MENA Region: Challenges and Opportunities of the New United Nations' International Regime on Mediation

Habib KAZZI<sup>(1)</sup>

### • ABSTRACT

This article analyzes the new UN's international regime on mediation as a tool achieving sustainable development goals, promoting better integration of Arab states in the global trading system, as well as ensuring a more effective trade governance in the MENA region. Such a harmonized legal framework is designed to assist States in modernizing their laws on mediation procedure, and to facilitate the enforcement of mediated settlement agreements in cross-border commercial dispute resolution. But its effectiveness in our region will depend on the degree of commitment and enforcement by Arab states, the scope of reservations expressed by signatories, how judicial apparatus will construe exceptions and vague concepts disseminated in various provisions, as well as on the adoption of domestic tools and policies promoting commercial dispute resolution through mediation.

**Keywords:** Mediation, MENA Region, Arab States, Singapore Convention, UNCITRAL Model Law, Trade Governance, Rule of Law.

### • Introduction

After nearly four years of negotiations within the UNCITRAL working group II, involving representatives from over 85 States and 35 NGOs, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has recently approved a new international regime on

---

(1) Professor of International Trade & Investment Law (Lebanese University), Lawyer at the Paris Bar (France), Senior MENA Legal & Trade Consultant

mediation composed of two aligned and complementary legal instruments: the “Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, Known as the Singapore Convention, accompanied by a corresponding “Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation” (UNCITRAL Model Law), which replaces the existing Model Law on Conciliation of 2002.

Such a framework fills a “missing piece” (WONG, 2019) in the international dispute resolution framework, which currently includes the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, as well as the Hague Convention on Choice of Court Agreements.

The UNCITRAL Model Law is designed to assist States in reforming and modernizing their laws on mediation procedure. It provides uniform rules in respect of the mediation process and aims at encouraging the use of mediation and ensuring greater predictability and certainty in its use. This Model Law can be used as a basis for enactment of legislation on mediation, included, where needed, for implementing the Singapore Convention.

The Singapore Convention is an instrument for the facilitation of international trade and the promotion of mediation as an alternative and effective method of resolving trade disputes. It applies to international settlement agreements resulting from mediation (“settlement agreement”). It establishes a harmonized legal framework for the right to invoke settlement agreements as well as for their enforcement. The Convention will oblige contracting States (except in specified limited circumstances) to recognize international settlement agreements resulting from mediation in commercial disputes, either to enforce the agreement or allow it to be invoked as a defence to a claim (that is, either as a sword or a shield). This will avoid the need for a party to commence proceedings for breach of contract in the appropriate national court and then try to enforce the resulting judgment internationally where required (or to have the agreement recorded as an arbitral award and *enforce* it as such). Being a binding international instrument, it is expected to bring certainty and stability to the

international framework on mediation, thereby contributing to the Sustainable Development Goals (SDG), mainly the SDG 16.

The Singapore Convention is consistent with the UNCITRAL Model Law. This approach is intended to provide States with the flexibility to adopt either the Convention, the Model Law as a standalone text or both the Convention and the Model Law as complementary instruments of a comprehensive legal framework on mediation.

The Singapore Convention is open for signature from 7 August 2019 and will come into force upon ratification by at least three States or regional economic integration organizations (referred to as “Parties”). A total of 46 Parties have signed the Singapore Convention, including the world’s two largest economies, the U.S. and China, and several of the largest economies in Asia. Only three Arab states, namely Saudi Arabia, Jordan and Qatar, have joined this convention to date.

By contrast, various Arab countries are engaged in an active process of upgrading their arbitration laws to be in line with international best practices. This is evidenced by the increasing use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. This Model Law, as amended in 2006, is designed to assist States in reforming and modernizing their laws on arbitral procedure so as to take into account the particular features and needs of international commercial arbitration. Nowadays the vast majority of Arab states have adopted Arbitration laws broadly based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and in consistency with its provisions.

In parallel, the New York Convention is hugely successful. Historically, the rate of adoption of the New York Arbitration Convention in the Arab world has been good. Based on the World Bank’s definition of the MENA region, 16 states out of 19 have ratified the New York Convention, with only Iraq, Libya and Yemen still beating this trend.

If one also considers that Arab arbitration centers are growing in significance, as more parties resort to the use of their services, it appears that these important developments can only serve to facilitate the infrastructure supporting international commercial contracts in the Arab world and, in turn, this will have very positive effects on investment and business growth in our region.

While enforceability is not actually a substantial problem in jurisdictions where mediation is well-established, the Arab world still shows much variability in understanding, experience and willingness to use mediation. There is no specific legislative framework regulating the usage of mediation and other ADR techniques in several Arab states. Even though such legal basis exists, the mediation process as adopted in Arab states is often associated with the arbitration process: if the mediation process does not result in a solution within a fixed period, the parties may resort to arbitration.

Unlike Middle Eastern developments in the field of arbitration, which are for the most part uniform with international practices, mediation in the MENA region remains unique in a number of ways that could possibly serve as the justification for the use of mediation remaining stagnant in the region. Despite the positive historical and cultural background, Arab states have not experienced a surge in the use of mediation institutions and processes. This is most likely because there are very few active and trained mediators in the region and there is a lack of confidence in the mediator's ability to render impartial decisions. That issue is often exasperated by the absence of ethics rules for mediators and standards for their selection and supervision (TITI and FACH GOMEZ, 2019).

This situation may come as something of a surprise to those experienced in commercial dispute resolution since recent Global Pound Conference Series (GPC, 2018) revealed that companies from Asia-Pacific and MENA regions are the most supportive of legislation facilitating the enforcement of mediated settlements.

While supporters suggest the international regime has the potential fundamentally to change cross-border commercial dispute resolution, others are skeptical. In particular, some practitioners and scholars of international commercial mediation question whether the Singapore Convention is necessary (LOVE, 2019). Aspects of this Convention also seem inconsistent with the way commercial mediation is practiced in major jurisdictions such as the UK, the US and various Arab countries. While mediation results from consensus between parties who will not be made to do something they didn't already agree to, the way the Singapore Convention handles enforceability of mediated outcomes may be antithetical to the process of mediation.



To better understand what is at stake, the remaining article is organized as follows. Section I highlights key provisions of the UN's international regime on mediation. Section II discusses the benefits for Arab States of the UN's Legal framework. While Section III stresses obstacles impeding the recourse to such a framework, Section IV analyses obstacles relating to exceptions of enforcement. Section V examines domestic measures supporting the enforcement of the UN's Legal framework on mediation. Finally, Section VI concludes.

• **SECTION I: Key provisions of the UN's legal framework on mediation**

To avoid uncertainty resulting from an absence of statutory provisions, the UNCITRAL Model Law addresses procedural aspects of mediation, including appointment of mediators, commencement and termination of mediation, conduct of the mediation, communication between the mediator and other parties, confidentiality and admissibility of evidence in other proceedings as well as post-mediation issues, such as the mediator acting as arbitrator and enforceability of settlement agreements. The Model Law provides uniform rules on enforcement of settlement agreements and also addresses the right of a party to invoke a settlement agreement in a procedure. It provides an exhaustive list of grounds that a party can invoke in a procedure covered by the UNCITRAL Model Law.

For its part, the Singapore Convention applies to settlement agreements resulting from mediations resolving cross-border commercial disputes. It provides a standardized framework for enforcement within signatory states, much like the New York Convention for arbitral awards. The Singapore Convention seeks to give mediated settlement agreements bite by recognizing the enforceability of the agreements, if they meet the following criteria:

1. The settlement agreement is "international" – meaning either: (i) at least two or more parties to the agreement have their place in business in different countries or (ii) the country with close connection to the performance of the settlement agreement is different to the place of business of the parties (Article 1);
2. The agreement is signed by the parties and "*resulted from mediation*". Mediation is defined broadly as "*a process,*

*irrespective of the expression used or the basis upon which the process was carried out, whereby the parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (the “mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute”;*

3. The agreement does not fall within the excluded category of settlement agreements. The excluded category includes settlement agreements relating to family, inheritance or employment law and consumer disputes. A settlement agreement that is enforceable as a judgment or as an arbitral award is also excluded from the scope of the Convention in order to avoid possible overlap with existing and future conventions, namely the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), the Convention on Choice of Court Agreements (2005) and the convention on judgments, under preparation by The Hague Conference on Private International Law (article 5).
4. None of the listed grounds to refuse enforcement applies (article 5).

If a settlement agreement meets these criteria, each signatory state to the Convention (and its courts) should recognize and enforce the agreement in accordance with its own rules, without substantive review or fresh litigation. This should aid enforcement against assets located in the signatory state and the discharge of other remedies like specific performance or injunctions. Also, if a dispute arises in a signatory state and a party claims it was already resolved by the agreement, the party can invoke the settlement agreement to prove that the matter has already been resolved on those terms.

Further, Article 3 addresses the key obligations of the Parties to the Convention with respect to both enforcement of settlement agreements and the right of a disputing party to invoke a settlement agreement covered by the Convention. Each Party to the Convention may determine the procedural mechanisms that may be followed where the Convention does not prescribe any requirement. Article 4 covers the formalities for relying on a settlement agreement, namely, the disputing party shall supply to the competent authority the settlement agreement signed by them and evidence that the settlement agreement results from mediation. The competent authority may require any necessary

document in order to verify that the requirements of the Convention are complied with.

The Convention therefore provides greater certainty to parties in international transactions who have reached a settlement of their dispute through mediation. With the aim to provide for the application of the most favorable framework for settlement agreements, Article 7 foresees the application of the more favorable law or treaty.

The Convention defines in Article 5 the grounds upon which a court may refuse to grant relief at the request of the disputing party against whom it is invoked. These grounds can be grouped into three main categories, namely in relation to the disputing parties, the settlement agreement and the mediation procedure. Article 5 includes two additional grounds upon which the court may, on its own motion, refuse to grant relief. Those grounds relate to public policy and the fact that the subject matter of the dispute cannot be settled by mediation.

Article 8 includes reservations. A first reservation permits a Party to the Convention to exclude from the application of the Convention settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration. A second reservation permits a Party to the Convention to declare that it will apply the Convention only to the extent that the disputing parties have agreed to its application.

The Convention and any reservations thereto apply prospectively, to settlement agreements which have been concluded after the entry into force of the Convention for the Party concerned, as provided in Article 9.

## **• SECTION II : Benefits for Arab states of the UN's legal framework on mediation**

The UN's legal framework is a need for both States and companies engaged in cross-border transactions. Offering a refined combination between the Singapore Convention, a binding international instrument, and the Model Law as a flexible instrument, such a framework is expected to bring certainty and stability to the international framework on mediation, thereby boosting regional trade and contributing to the

achievement of Sustainable Development Goals (SDG), mainly the SDG 16.

### **1) Promoting business climate and regional trade**

Mediation is widely defined as an informal and confidential process, where a neutral mediator helps the conflicting parties bridge their differences and repair working relationships. An internationally-ratified framework will give businesses greater confidence to mediate cross-border disagreements rather than take them to courts. A priority is to keep commercial disputes out of local courts, where litigation can be costly and there may be bias in favor of local operators. At the same time, mediation preserves business relationships, because ultimately quarreling parties come to agreement through consensus. In arbitration, decisions are imposed by an arbiter, but in mediation the parties involved voluntarily agree (LOVE, 2019).

At the end of the mediation process, the parties should record any settlement in a binding settlement agreement. When a party refuses to comply with the terms of the settlement agreement, the counterparty may sue on the settlement agreement as a contract for breach of contract. In practice, enforcement is not normally an issue as the parties reach a negotiated settlement voluntarily. However, if problems do arise, enforcement can become a procedural headache, particularly in cross-border situations, where a party may have to go to court in the counterparty's jurisdiction and start proceedings to enforce the settlement. The mediated settlement agreement can become another step on an ultimately longer dispute resolution journey (LOVE, 2019).

Where litigation or arbitration is already on foot, mediated settlements may be recorded as part of those proceedings and potentially be enforced as a judgment or arbitral award. Arb-med-arb clauses have even evolved (for example, Singapore's SIMC/SIAC Protocol), to aid enforcement of mediated settlements. These require arbitration to be started before the parties go to mediation and, if the parties settle by mediation, the settlement is enforceable under the New York Convention 1958 as a consent award.

Looking at the overall dispute resolution framework, the Hague Convention on Choice of Court Agreements and the new Hague Judgments Convention are designed to assist enforcement of court

judgments internationally (though with limited uptake to date). The New York Convention has hugely benefited international arbitration, with enforcement regarded as arbitration's trump card.

In many ways, the Singapore Convention is the missing piece in the enforcement. The promotion of mediation as an “alternative and effective method of resolving trade disputes” has a critical impact on trade matters (TITI and FACH GOMEZ, 2019). Mediation can be a powerful tool for investors, lawyers, and government officials to bridge the understanding gap and identify underlying interests. It is also a necessary option in light of the realities and limitations of burdensome judicial procedures before domestic courts. It gives the parties in dispute the opportunity to pursue and achieve the goals they originally intended to reach. Mediation simply helps the parties in dispute recognize either that this relation was intended to work, or it was not. The presence of mediation facilities and mediators in the MENA region will ultimately promote comfort among local and foreign investors, and will provide more reliable expectations with regard to results that may be achieved and the timeframe involved in the dispute resolution process.

Recent international surveys indicate that corporate users “would feel more confident” (GPC, 2018) turning to mediation for cross-border commercial disputes if there was more harmonization between domestic legal frameworks, as well as an internationally-recognized expedited enforcement mechanism for international mediated settlement agreements, something like the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) but for mediation.

The Singapore Convention on mediation addresses this concern and, in many aspects, was inspired by the New York Convention on Arbitration. The new convention elevates the effect of international mediated settlement agreements into a novel type of legal instrument, representing final and conclusive dispute resolution outcomes, which may be recognized and enforced in accordance with international law along with foreign judgments and arbitral awards.

The Singapore Convention thus lends mediation the regulatory legitimacy needed to become a major player in international dispute resolution practice (ALAGOS, 2019). From a users' perspective, the

convention promises a risk management mechanism accessible in terms of its flexibility and affordability to cross-border business players from traditional large multi-national corporations, to sole traders, and also to start-ups. Clearly, the Singapore Convention will make it easier for businesses to enforce mediated settlement agreements with their cross-border counterparts. This is particularly so for high-value, cross-border transactions, such as mega infrastructure projects. The latter are inherently complex with long-term commitments involving multiple parties, jurisdictions, and contracts. It is important to have good dispute resolution mechanisms that can resolve issues when they arise across the lifetime of the project. Litigation or arbitration proceedings, once initiated, are often protracted. In the meantime, the project stalls. The earlier and more swiftly problems can be resolved, the better. Mediation is therefore a good option for such disputes because it focuses on solving the problem rather than on deciding who is right. It seeks to resolve the problem in a way that will preserve relationships and allow the project to go on.

In sum, the rise of mediation should ultimately work to Arab States' interests by creating a more stable and predictable market environment featuring smooth and sustainable business relations, as well as liberalizing and facilitating foreign investment, especially in areas of infrastructure projects, high-tech and innovation.

## **2) Achieving Sustainable Development Goals (SDG), mainly the SDG 16 “Peace, Justice and Strong Institutions”**

Adopted by all United Nations Member States in 2015, the 2030 Agenda for Sustainable Development provides a shared blueprint for peace and prosperity for people and the planet, now and into the future. At its heart are the 17 Sustainable Development Goals (SDGs), which are an urgent call for action by all countries, developed and developing, in a global partnership. The UN Sustainable Development Goal (SDG) 16 promotes peaceful and inclusive societies for sustainable development by providing access to justice for all and building effective, accountable and inclusive institutions at all levels.

As with the rest of the 2030 Agenda, while governments have a leading role to play, the achievement of SDG 16 depends on a whole-of-society approach. The private sector can thus make an important

contribution to efforts toward peacebuilding, inclusion and advancing the rule of law as fundamental to creating an environment conducive to development where business can thrive. As a result, in an increasing number of jurisdictions, the private sector incorporates SDG 16, which focuses on building peaceful, just and inclusive societies, into business planning. An effective legal framework can help the private sector build trust with the public and civil society, and support the role of business in creating conditions that would improve areas such as corporate social responsibility, transparency, accountability and peaceful dispute resolution.

Throughout the world, advances in promoting the rule of law, strengthening institutions, and increasing access to justice are uneven. The development of mediation provides a means of influencing the three dimensions of SDG 16:

- “justice” by ensuring Rule of law and equal access to justice;
- “Strong institutions” by promoting effective, inclusive, participatory and representative decision-making;
- “Peace” by enforcing peaceful dispute resolution mechanisms.

At the same time, the development of mediation and other ADR promotes a new kind of trade governance in the region. While the traditional concept of governance is based on the central role of the state and its regulatory and judiciary apparatus, as well as intergovernmental cooperation mechanisms, the increasing use of mediation puts private sector and businesses at the heart of this process. As a result, a decentralized or a “bottom-up” system of governance is gradually emerging as a matter of fact with a primary emphasis on easing business environment and reducing cost of litigations.

The UN’s international regime shows, at a larger scale, signatories’ support for a rules-based international order (Al JAFALI, 2019). Such a framework, particularly the Singapore Convention on Mediation, is more than just a strengthening of international dispute resolution. It also bears testament to countries’ continued commitment to a rules-based international order, which is particularly crucial now as the system that has underpinned global peace and stability is coming under pressure. A rules-based international world order benefits all countries. It allows for predictability and the management of relations and issues based on agreed principles. This, in turn, assures countries, big and small, that

their interests will be taken into account. In this context, the weak adherence of Arab states to the UN's legal framework is regrettable and harmful. These States are not at the forefront of this challenge. The current situation reflects their lack of keenness to support the international system in all that would uphold the rule of law and provide appropriate environment for security, peace and social justice.

### • **SECTION III: Challenges relating to enforcement**

An in-depth analysis of the UN's international regime reveals that many provisions seem inconsistent with fundamental attributes of commercial mediation as practiced not only in Western jurisdictions, including the United States and the United Kingdom, but also in the MENA region. Moreover, the Singapore Convention's clear reliance on the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) exposes fundamental confusion in the distinction between enforcing a contract and enforcing an award.

#### **1) Concerns of mediator attestation to the settlement agreement**

The Singapore Convention grants "the enforcement" only to "*agreement[s] resulting from mediation.*" The question then arises how to verify that an agreement presented to the court of a country that is a party to the Convention is one that resulted from mediation. Article 4.1(b) sets forth four possible ways that the party seeking enforcement may prove that it is such an agreement. Two of them contemplate that the mediator attests to that fact by signing either the settlement agreement or another document "*indicating that the mediation was carried out.*"

Both contractual and statutory provisions in various Arab states require a mediator to decline any comment on whether a mediation was carried out, and among what parties, in the exercise of their obligation of confidentiality. It is common that mediation agreements, by which parties engage the services of a professional mediator, provide in part: "The mediator will maintain in strict confidence all information arising out of or in connection with this mediation regardless of the form that information might take."



In practice, many Arab mediators conscientiously refuse to sign a settlement agreement. They often incorporate into their mediation agreements that they cannot be compelled to give evidence about anything said or done during and for the purposes of the mediation, including evidence as to whether or not the parties have reached an agreement resolving the matters in dispute in the exercise of their obligation of confidentiality and general practice as mediators.

## **2) Holistic concerns regarding “enforcement” of mediated settlement agreements**

Holistic concerns are about the entire idea that an agreement arising from mediation is “enforceable” (PHILLIPS, 2018). Arbitrations result in awards, drafted by tribunals with authority, imposing obligations on the “losing” party that can certainly be enforced by their terms. By contrast, settlements (whether mediated or not) result in agreements, with mutual obligations whose authority derives from the parties’ consent, and often they are incapable on their face of being merely “enforced.”

As a way of illustration, a cross-border mediated settlement in which one party agrees to supply the counterparty with such quantity of material as the counterparty “may reasonably require,” and to do so in a “commercially reasonable” period of time after notice. The counterparty now complains that it did not receive the material when it was needed, and seeks to “enforce” the agreement. What notice was given, by whom and to whom? Was the amount required reasonable? And was the time period “commercially reasonable”?

Successful mediations are often the product of ‘unusual’ settlements, which require ongoing actions and dealings (DAVIDSON and LO, 2019). For example, upon the conclusion of a successful mediation process, while the parties may have agreed to resolve the primary or core dispute, sometimes it is the case that a range of ancillary matters may only have an ‘agreement in principle’ or alternatively, may be resolved on the basis of an agreement to agree on how a particular future issue will be treated in the future.

In sum, it is not always possible to finalize a settlement agreement immediately or shortly after the conclusion of mediation, particularly if

the dispute is extremely complex. Enforcing a non-standard or 'unusual' mediation outcome may be problematic.

### **3) Concerns about Arab States' cultural and legal specificities**

An effective enforcement of the Singapore Convention will require overcoming Arab States' cultures and legal specificities. The major distinguishing factor of mediation in the Middle East is the role of the mediator. In the Arab/Islamic approach to mediation, the status and reputation of the mediator in addition to the parties' respect for the mediator are crucial to reaching amicable compromise settlements. In the Arab world, the mediator is perceived as someone having all the answers and solutions. Consequently, the mediator plays an active role (i.e., as a fact finder) and takes an evaluative stance as opposed to the Western mediator who is neutral and plays a facilitating role by allowing the disputants to reach a resolution by themselves. Additionally, while the Western mediator is more concerned with having knowledge about the legal procedures and structures, the mediator in the MENA region is required to know more about the history and facts of the conflict.

Apart from the role and approach of the mediator, the goal of the mediator is different in the two contexts. Because it is important to continue the relationship between the parties and preserve social harmony in the group, unlike the Western mediator who is focused on the maximization of personal and group interests, the goal of the Middle Eastern mediator is to restore the broken relationship between the parties and within the community. The Western mediator views mediation as having a win/lose or win/win outcome, while the Middle Eastern mediator recognizes the preservation of social harmony as a superordinate goal.

Another major difference between the two approaches is that while in the West mediation takes place instead of formal legal proceedings, in the MENA region mediation often takes place alongside a related formal legal proceeding. Therefore, although both approaches consider discretion essential to mediation, in our region mediators may be summoned to a formal state court to testify about an agreement they have obtained.

It is important to also note that in some countries in the Middle East the subject matter of the mediation as well as the mediated agreement must conform to Shari'a. This can often be problematic since Shari'a prohibits *riba* (usury), which generally occurs in any commercial transaction in which one or both parties receive interest, and *gharar* (gambling), which has been extended by analogy to ban any commercial transaction in which a party's consideration is uncertain since one party could unexpectedly receive something of greater value than what they gave in exchange. These restrictions can be hard to navigate and serve as a hindrance on the use of mediation as a method for dispute resolution.

#### **4) Confusion between mediation and conciliation**

The UNCITRAL Model Law was initially adopted in 2002. It was known as the "Model Law on International Commercial Conciliation", and it covered the conciliation procedure. The Model Law has been amended in 2018 with the addition of a new section on international settlement agreements and their enforcement. The Model Law has been renamed "Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation". In its previously adopted texts and relevant documents, UNCITRAL used the term "conciliation" with the understanding that the terms "conciliation" and "mediation" were interchangeable. In amending the Model Law, UNCITRAL decided to use the term "mediation" instead in an effort to adapt to the actual and practical use of the terms and with the expectation that this change will facilitate the promotion and heighten the visibility of the Model Law. This change in terminology does not have any substantive or conceptual implications.

For the purposes of the UNCITRAL Model Law, article 1 qualifies "mediation" as a process, whether referred to by the expression mediation, conciliation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons ("the mediator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The mediator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

Similarly, Article 2 of the Singapore Convention adopts a large definition of the concept of “mediation” with the risk of confusion with other concepts such as negotiation or conciliation. It provides that “*Mediation means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (“the mediator”) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute”*”.

This approach holds a number of advantages. It helps bridge differences existing between the Anglo-Saxon model in which both concepts smoothly merge, and the civil law model making a basic distinction in both content and scope of these concepts (TITI and FACH GOMEZ, 2019).

It is also worth noting that mediation and conciliation are widespread among businesses, and offer common genuine advantages compared to litigation: 1) attendance and involvement of stakeholders in the dispute resolution, 2) the speed of dispute resolution, 3) lower costs and known in advance, 4) effective enforcement of final agreements, and 5) confidentiality of the process. Legally speaking, the effects of mediation and conciliation are similar. At the end of the process the parties reach an agreement. If the conciliator shall draw up a record of the settlement, the mediator shall submit a mediation report to the parties, which may lead to a mediated agreement. The record and the mediated agreement have the same legal validity. The conciliation or mediation agreement is a contract having force of law between the parties. To make the agreement effective against third parties, the stakeholders may seek a certification or approval by the relevant jurisdictions making it an enforceable instrument.

Mediation and Conciliation are two methods of conflicts resolutions in which a third-party is involved. However, his role varies from one method to another. Unlike the conciliator who has an active role in the conciliation process (eg he can propose a solution to end the conflict), the mediator assists the parties throughout the mediation process to help them find a solution to their dispute by themselves.

It is true that both have a similar objective: to encourage the parties to come together for an amicable solution to their differences. But the methods and the posture of the third party are not the same

(CARBONE, 2019). The mediator tends to establish or restore the dialogue, the relational quality, whereas the conciliator has a more prescriptive and directive role. The mediator is neutral while the conciliator is not. The mediator helps the parties find their own solution while the conciliator proposes the solution. This difference is due to the fact that the mediator thinks that if we impose or suggest a solution to the parties, the solution may not be sustainable because it has been imposed or strongly suggested and not chosen, because it may trigger a need for rebellion or a search for revenge.

#### • **SECTION IV: Challenges relating to exceptions of enforcement**

While the UN's legal framework makes a positive step toward improving the rule of law and trade governance with promising results in the MENA region, some analysts stress that this framework, in particular the Singapore Convention, clearly raises concerns for businesses and investors as a whole.

##### **1) Concerns of refusal to enforce grounded on mediator conduct**

Article 5 of Singapore convention sets forth grounds upon which a court in a subscribing State may refuse to enforce a settlement agreement arising from mediation. Article 5.1(e) provides that an authority may refuse to grant the relief sought against a party to an agreement if that party furnishes proof that “[t]here was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement.”

In Arab states where judicial institutions have little experience in mediation, this provision can be interpreted as a map for counsel to relieve its client of its obligations under a settlement agreement, by focusing on the conduct of the mediator (LOWE, 2019). Many questions and requests for clarification on its exact scope are raised: What standards are applicable to this mediator and this mediation? What conduct of the mediator constituted violation of those standards? What witness to the alleged conduct is competent to testify as to the alleged violation? Shall the mediator be called to explain why

the contested conduct does not constitute a violation of the applicable standards?

The latest question refers to another essential challenge relating to the deeply entrenched principles, subsisting in statute, court rule and private contract through many Arab states, that no party will subpoena the mediator to testify in any proceeding; that mediation communications are confidential; and that such communications are also privileged and may not be introduced in any proceeding (DAVIDSON and LO, 2019).

## **2) Risk resulting from the interaction between the Singapore Convention and other relevant conventions**

Interestingly, the Singapore Convention excludes settlement agreements which:

- have been concluded or approved in the course of a court proceeding;
- are enforceable as a judgement; or
- are enforceable as an arbitral award.

It is evident that the rationale for excluding such settlement agreements is that there are other widely accepted international mechanisms to cover such circumstances and preclude parties from having two bites at the apple, for example, the Hague Choice of Court Convention (Hague Convention) and the New York Convention.

It is not immediately apparent why an overlap between such regimes would necessarily be problematic given that instruments such as the Singapore Mediation Convention and the Hague Convention operate as floors as opposed to ceilings (DAVIDSON and LO, 2019). However, there is a risk for an international settlement agreement to fall between the cracks and not be captured by any international regime. For example, consider the following circumstances:

- A settlement agreement that is enforceable as an order of a court, but does not derive from an exclusive jurisdiction clause (such an agreement would not engage either the Singapore or the Hague Convention); and
- A settlement agreement that is enforceable as a judgment in the country of origin, but not in the country of the counter party.

Further, in consideration of the limited number of countries which have ratified the Hague Convention to date, it really calls into question whether it is appropriate or necessary to impose such limitations on the scope of the Singapore Convention.

Although the Singapore Convention is yet to come into force, given the possibility that a settlement agreement may fall between the cracks of the different treaties, it may be prudent to incorporate into the dispute resolution clauses of contracts provisions which provide for mediation and the enforcement of mediated settlements through the Singapore Convention regime as a matter of contingency.

### **3) Vague concepts**

Like the New York Convention, the Singapore Convention sets out a limited number of grounds for the competent authority to refuse granting relief. Interestingly, these refusals are permissive rather than mandatory, and a competent authority may choose to grant relief despite a particular exception applying. These grounds for refusing to grant relief are set out in Article 5 to the Singapore Convention and can be considered in two distinct categories of exceptions.

Firstly, two grounds for refusing to grant relief are set out in Article 5(2) and are concerned with public policy considerations and may be raised *sua ponte* by a competent authority.

Secondly, the grounds set forth in Article 5(1) are specifically concerned with the mediation process itself and permits parties to challenge the enforcement of settlement agreements if it can be demonstrated that:

- a party to the settlement agreement was under some form of 'incapacity';
- the settlement agreement relied upon:
  - o is null and void, inoperative or incapable of being performed under the law to which the agreement is subjected; or failing any indication thereof, under the law deemed applicable by the competent authority of the Contracting State where the agreement is sought to be applied;
  - o is not binding or final, is conditional so that the obligations in the settlement agreement of the party against whom the settlement agreement is invoked have not yet arisen;

- has been subsequently modified; or
- is otherwise incapable of being enforced because it is not clear and comprehensible;
- the obligations in the settlement agreement have been performed;
- there was a ‘serious breach’ by the mediator of the standards applicable to the mediator or the mediation, without which breach that party would not have entered into the settlement agreement;
- or
- there was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence, and such failure had a material impact or ‘undue influence’ on a party, without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.

The Singapore Convention does not go on to qualify what may constitute a “*public policy*” consideration, an “*incapacity*” by one party, a “*serious breach*” by the mediator or the meaning of “*undue influence*”. Scholars and Stakeholders, in particular foreign businesses, are already raising deep concerns about the use of broad concepts whose interpretation varies according to the particularities of each legal system and the degree of maturity of domestic legal frameworks for mediation.

Once the Singapore Convention has been ratified and adopted into a country’s domestic law, the meaning of these concepts will likely be informed by the relevant case law applicable in that jurisdiction or be given their natural ordinary meaning. However, for a party resisting relief, these concepts will be fertile grounds for argument during the enforcement process which would be problematic for parties wanting a fast and efficient process.

This implication is exacerbated by the critical fact that a competent authority will only have before it a signed settlement document of the parties and some evidence that mediation had taken place (DAVIDSON and LO, 2019). Distinct from the process for enforcing arbitral awards, there will be no reasoning/judgement attached to the settlement documentation. As such, it calls into question as to how a competent authority will make its determination in the absence of an opportunity to forensically analyze the circumstances surrounding the mediation process, the settlement agreement and the evidence adduced by the parties.



In respect of Article 5(f), there is a noteworthy distinction between the Singapore Convention and the New York Convention. Unlike the New York Convention, Article 5(f) of the Singapore Convention requires not only the mediator's lack of impartiality or independence in the process, but also that this mediator's lack of impartiality or independence had a material effect on the outcome. In contrast, under the New York Convention, a party does not need to demonstrate that the circumstances had a material effect on the award. It is sufficient under Article V(1)(b) of the New York Convention to establish that a party has not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case.

In addition, Article 5(1)(b)(ii) of the Singapore Convention permits a competent authority to refuse relief if the mediated settlement agreement is "*not binding, or is not final, according to its terms*". As mentioned above, parties may conclude mediations with an 'agreement in principle'. Therefore, notwithstanding that a party in this situation is unlikely to have a signed mediated settlement agreement, a party seeking enforcement will also be faced with an additional hurdle of having to establish that the 'agreement in principle' was binding. In such circumstances, parties should ensure that the 'agreement in principle' falls within one of the categories recognized by local courts as being legally binding.

It is also worth noting that the words "*according to its terms*" imply a restriction on the competent authority that it may only look at what is explicitly stated within the four corners of the mediated settlement agreement, and is precluded from considering extrinsic evidence to determine whether the mediated settlement agreement is final or binding.

Similarly to Article V(2) of the New York Convention, Article 5(1)(b)(i) permits a competent authority to deny granting relief if the mediated settlement agreement is "*null and void, inoperative or incapable of being performed*". This language is broad enough to encompass various contract law concepts, including fraud, misrepresentation, duress and undue influence. Again, this represents potential for a party to resist the enforcement of any mediated settlement agreement.

In sum, the challenge is to ensure that the exceptions that would allow a member country to refuse the enforcement of an arbitral award are applied in a strict and narrow manner. The parameters of what a country regards as exceptions can be wide. In some legal systems such as Saudi Arabia, a settlement agreement, like an arbitration agreement or award, is respected provided that it is not contrary to the principles of Shari'a law. Such a limitation falls within the "public policy" exception, but the key lies in the way such an exception is applied. In this respect, it is worth noting that, in the recent past, various Arab countries have upgraded their arbitration laws to be in line with international best practices. This is evidenced by the increasing use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. While in the past "public policy" exceptions have been defined in a wide manner that allowed courts to reject a number of foreign arbitration awards in various Arab countries, there is a discernible trend towards limiting the use of this exception, and applying it only in clear cases of contravention of the country's moral or public policies.

#### **4) Party discretion whether to apply the Singapore Convention**

Perhaps the feature of the Singapore Convention that presents the greatest challenge to it achieving a wide application globally is a reservation provision, allowing States that ratify the Convention to elect to apply it only on an 'opt-in' basis, i.e. only insofar as the parties to a settlement agreement have specifically agreed that the Convention will apply. This reservation was apparently a compromise between working party members who wanted the opt-in approach to apply in all cases and those who objected to it applying at all.

On a practical level, it is not clear at what stage the opt-in from the parties would need to be exercised. Presumably this would need to be at least within the settlement agreement itself (or preferably earlier, such as in the mediation agreement) if it was to provide certainty to the parties as to their likely enforcement options before they commit themselves

The fact that the Singapore Convention may operate on an opt-in basis in some States but not others has the potential to result in an imbalance between parties if an agreement was enforceable against one party because its home jurisdiction (or wherever its relevant assets

were) did not apply the opt-in, but unenforceable against the other because its home jurisdiction did. In cases where there is an imbalance of power between the parties, the stronger party could potentially exercise its bargaining power to compel its opponent to agree to opt-in or the contrary, depending on which scenario would be most beneficial to it in terms of pursuing or resisting enforcement in specific jurisdictions. Neither of those outcomes is conducive to encouraging wider usage of international mediation.

However, the more fundamental objection to the opt-in is its potential to limit the overall extent to which the Singapore Convention will apply globally. Giving parties (in some States) the discretion whether to apply it seems to risk it being applied in a patchy fashion, contrary to the basic objective of establishing a comprehensive regime under which mediated settlements are widely enforceable. There must be some doubt whether the New York Convention would have achieved what it has for the status of international arbitration if it only applied where parties had specifically opted in to the regime.

The arguments put forward in the working group in support of the opt-in reservation were less than convincing. It was suggested that such an option was necessary in the interests of party autonomy and to avoid undermining the amicable and voluntary nature of mediation. That arguably conflates the mediation process (which is of course voluntary, both as to whether to participate and whether to agree any particular settlement) with the resulting settlement agreement. Once parties agree and sign formal settlement terms, it is difficult to see how holding them to their agreement could in any way undermine the voluntary nature of mediation (any more than holding parties to, say, their construction contract undermines the voluntary nature of their negotiations to enter into such a contract).

However, while the opt-in reservation has the potential to restrict the new regime's scope in practical terms, it remains to be seen whether this will in fact limit its success in promoting the status of mediation. Much will depend on how many States ratify this Convention and what proportion of those exercise the reservation. Indeed, if the existence of the opt-in option results in a greater number of States ratifying the Convention than would have been the case without it that may well outweigh any downsides in terms of patchiness in its practical

operation. Ultimately, if the key to increasing the global usage of international mediation is changing perceptions and creating greater confidence in the process, then simply the existence of an international enforcement regime that is widely ratified (even if not comprehensively applicable) may be sufficient to achieve this.

In brief, where enforcement of a mediation outcome may be via the Singapore Convention, it is important that any resolution should be as comprehensively and well documented as is possible.

• **SECTION V: Domestic measures supporting the enforcement of the UN's legal framework on mediation**

The effectiveness of the UN's legal framework will not only require addressing the obstacles related to its provisions, but will also require support and concrete actions of Arab governments. While the use of arbitration is fairly extensive in the MENA region, although mainly in the international arena, the use of mediation is not. Arab culture does not appear to be an obstacle to the use of mediation. The role of the mediator may be compared to that played historically by the *Amin*, and therefore, theoretically, the notion of a third party helping to resolve a dispute should not be an alien notion to the people of the MENA region.

But the lack of trust and expertise in mediation remains a major feature in Arab states and a real obstacle to its development. Arab citizens do not trust this 'private' mode of settling disputes, and there is lack of trust in the independent third-party mediator, as opposed to a judge appointed by the State. People are wary of this 'liberal justice,' which might employ different language and which might not be confined to closed procedures that mean 'security' for some citizens. Generally, this behavior and these perceptions arise from lack of knowledge about what mediation is. In particular, there is a widespread lack of knowledge in such areas as:

- How the mediation process works;
- What a mediator is;
- The advantages and disadvantages of mediation;
- The moment, place, and grounds for recourse to this remedy;
- The rights, obligations, qualities, and competences of the mediator;

- The legal value of the final agreement of mediation; and
- The extent of the parties' roles in settling the dispute.

To achieve a shift in this field, a number of urgent measures and policies should be adopted. Proposals for promoting commercial mediation should revolve around three pillars:

**1) Building domestic legal frameworks for conventional mediation more conducive to the development of mediation.**

Any reform should be inspired from the UNCITRAL Model Law and consistent with the Singapore Convention. Acceptance and support of the UN's International regime will lead to the consolidation and harmonization of legal frameworks on mediation throughout the region. The long-term impact will inevitably be the spread of a common culture and a shift in mentality concerning the use of mediation.

**2) Promoting the professionalization of mediators by improving professional skills and ethics.**

All Arab states should now adopt a "Code of Ethics and Professional Conduct" applicable to mediators, conflicting parties, and public authorities. This Code would reflect the rights and obligations of all concerned, and specify the conditions for the accreditation of mediators and their liability. The professionalization policy will also require that Arab public authorities develop a national roster of practicing mediators, namely lists of qualified mediators must be available and updated regularly. In particular, specialized mediators with skill sets tailored to particular industries must be available and constantly attuned to their corresponding industries.

**3) Awareness-raising policy focused on the usefulness of mediation and other ADR mechanisms as privileged tools offered to businesses.**

To this purpose, a number of steps must be taken. General conferences and workshops on the topic for all public and private sectors must be held on a regular basis. Programs for earning certification credits are highly recommended to encourage attendees and their organizations to participate in and apply mediation and other ADR mechanisms in controlling conflicts and resolving disputes.

Complex industries such as those in the information technology, ecommerce, oil & gas, pharmaceutical, and telecommunication fields must be targeted by mediation conferences and workshops specifically tailored to each industry. Also, private and public mediation centers should be established in major cities with branches in distant areas. Arab governments should develop and spread via Internet, TV and the press an information guide enabling professionals to acquire full knowledge of mediation. This guide could be drafted jointly by the Ministry of Justice, professional associations, and professional chambers. Last but not least, mediation should be included in university courses.

#### • **SECTION VI- Conclusion**

The above discussion suggests, at least, three observations.

First, with the rise of cross-border commercial transactions in the region, more cross-border differences may arise, and parties need fair and efficient ways to resolve disputes in a timely manner. While litigation and arbitration appeal to businesses, with certainty that judgments and arbitral awards can be enforced internationally, mediation has risen in prominence. Mediation is cheaper and faster. Parties keep control over the outcome and preserve harmony and business relationships. Such features are in line with many cultures in the MENA region.

Second, while mediation has real advantages, its utility is limited by divergences in Arab states' approaches, and by the fact that parties are not assured of enforcement. The UNCITRAL Model Law and the Singapore Convention bring certainty to the international framework on mediation and facilitate the promotion of mediation as an alternative and effective method of resolving international trade disputes. The real value of this legal framework therefore lies in its potential to provide reassurance and confidence in the mediation process as a reliable option for commercial parties in international disputes

Third, the UN's international regime on mediation is not only crucial for the adoption of international commercial mediation as a dispute resolution option, but it also constitutes a driving force for sustainable development and effective Trade Governance in the MENA region. Given the obstacles encountered by Arab governments, an international

framework supportive of mediation allows companies to play a key role in achieving these goals. A greater number of Arab states should therefore support this major breakthrough towards good governance and the rule of law. At the same time, the effectiveness of such a regime will require taking into account inherent obstacles impeding the recourse to such a framework, as well as the meaningful engagement by Arab states through the adoption of adequate tools and policies promoting mediation.

#### • REFERENCES

- **AL JAFALI (I.)**, Qatar joins Singapore Convention on Mediation, The Peninsula, August 8, 2019.
- **ALAGOS (P.)**, Qatar Expresses Support for Singapore Convention on Mediation, Gulf Times, July 31, 2019
- **CARBONE (M.P.)**, Mediation Strategies: A Lawyer's Guide for successful Negotiation, 2019, (<https://www.mediate.com/articles/carbone7.cfm>)
- **DAVIDSON (B.) and LO (M.)**, The Singapore Mediation Convention: a way forward for international dispute resolution?, June 5, 2019, (<https://corrs.com.au/insights/>)
- **GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES (GPC)**, Global Data Trends and Regional Differences, 2018, ([www.globalpound.org](http://www.globalpound.org))
- **LOVE (B.)**, New UN Singapore Convention Drives Shift to Mediation of Trade Disputes, Financial Times, August 5, 2019
- **PHILLIPS (F.)**, Concerns on the New Singapore Convention, October 2018, (<https://www.mediate.com/articles/phillips-concerns-singapore.cfm>)
- **TITI (C.) and FACH GOMEZ (K.)**, Mediation in International Commercial and Investment Disputes, Oxford, 2019
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (<https://uncitral.un.org/en/texts/mediation>)
- UNITED NATIONS Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the "Singapore Convention on Mediation"), (<https://uncitral.un.org/en/texts/mediation>)
- **WONG (C.)** The Straits Times, August 7, 2019.

## International Energy law: A coherent and effective category of law?

Marie line Karam

### • Abstract

No one can deny the importance of energy as a “strategic commodity” in 2019. However, the interdependence of the legal systems worldwide after the globalization led the emergence of international norms and rules regulating the energy sector at different levels. The question is know if these international sources of law led to the creation of a coherent and independent category of law; the “International energy law”.

This article will analyse the nature, the sources and the subjects of International energy law. Moreover, the article will appreciate the effectiveness of this discipline and the obstacles facing the enforcement.

Finally the article will describe the alternatives developed by the practice and the future of this category of law.

Can we imagine for one second a world without energy? On the other hand, can we imagine for one second also a world without oxygen, trees, water, animals???....

Energy is considered as a “strategic commodity”<sup>(1)</sup>. Strategic because it affects directly and indirectly every single aspect of human life. Moreover, energy affects the whole state system at all levels.

Energy growth is directly linked to well-being and prosperity across the globe. However, the impact of the energy use on the different aspects of human life and of the nature is very critical.

It is technically recognized that the natural resources are limited and unequally distributed. This reality led to a competition between

---

(1) Ataru, C. *Whole Energy System Dynamics: Theory, Modelling and Policy*; Taylor & Francis: New York, NY, USA, 2017; ISBN 9781317628262



different states and even other subjects of international law. Some ideologies like realism recognized even “ the right” to a competition over natural resources and described the International community as evolving toward a “ chaos “. However, other ideologies like liberalism invited the states and other actors to respect the International law and to trust the International legal system<sup>(1)</sup>.

In reality, the main problem in our day related to energy is the following:

Meeting the growing demand for energy in a safe and environmentally responsible manner is a key challenge. This consideration requires the existence of binding rules enforced on the different subjects of international energy law.

The world of today faces an energy challenge of unprecedented dimensions. This time of global market uncertainty one thing we do know is that the world needs energy -- and in increasing quantities -- to support economic and social progress and build a better quality of life, in particular in developing countries<sup>(2)</sup>. But providing this energy around the globe comes with a responsibility and commitment to developing and using our resources responsibly.

Based on these facts, a category of law defining the rights and obligations of the subjects must exist. This category of law is the International Energy Law.

The question is to know if the International Energy Law is an independent category of law or if IEL is related to another category of law?

Moreover, the question is to know if the International energy law is efficient and in case of violation is there any means of enforcement and accountability?

---

(1) Stephen M. Walt, Foreign Policy, No. 110, Special Edition: Frontiers of Knowledge. (Spring, 1998), p.41: "The end of the Cold War played an important role in legitimizing constructivist t realism and liberalism failed to anticipate this event and had trouble explaining it.

(2) A Bradbrook, 'Energy Law as an Academic Discipline' (1996) 14(2) Journal of Energy & Natural Resources Law 193

## **I- International Energy Law: An independent category of law?**

When we speak about a rule of law, the first idea that we have in our mind is its binding nature and the accountability.

International energy law seeks to locate, synthesize and apply public international law within the context of energy.

The development of international energy law has been hastened by the increasing globalization and harmonization of energy and resources laws, policies, practices, and markets.

Disputes between sovereign nations and investors, in the energy sector, are growing rapidly – both in frequency and magnitude. At the same time, developed and developing countries alike must grapple with the realities of global climate change, water and pollution, a myriad of threats to biodiversity associated with energy production.

In reality, the issue is more complicated than a pure technical definition of International energy law.

Lot of experts consider International Economic law as a branch of public International law. In reality, they focus their statement on the similarities at different levels between International economic law and public International law.

The phrase International Economic law may seem to presupposes the existence of coherent International rules or laws applying to one “ global energy sector “. The reality is extremely different. There is no single body of norms constituting International Energy Law as an independent category of law.

This is due to the inexistence of an easily identifiable global energy market or industry moreover it is difficult to identify precisely the parameters of the energy market or industries which can be seen as the subjects of International economic law. The fragmented or “ specialised “ state of International economic law is a reflection of the historical development of energy law as a discipline is something that is understood by scholars and practitioners through experience and accumulated knowledge rather than has been defined and articulated.

Even at the regional level, it is sometimes difficult to detect the existence of an independent and coherent body of rules regulating the energy sector. In *EU Energy Law and Policy: a Critical Account*, Talus asks the question ‘Is there such a thing as “European Energy Law?” ’

He does not give a comprehensive definition for ‘energy law’ or EU energy law but argues that ‘The answer one might give to this question depends on the specificity of the particular problems experienced by the energy industries in relation to EU law, the level of interest – public, professional, academic and commercial – in these problems, EU law’s response to them, and distinctive, significant features which permit focus on the economic regulation of energy by the EU and in the EU with some degree of insulation from other industries<sup>(1)</sup>.

Based on this fact, International Energy law is considered as a practical discipline driven by real conflicts and issues and affected by several factors like changes in energy technologies<sup>(2)</sup>, political and economic values and social beliefs.

For these reasons, International Energy Law is considered as a multi disciplinary category of law that require a global knowledge in different areas at the national and international level<sup>(3)</sup>.

In reality, the effectiveness of International Energy law cannot be separated from the evolution of public International law and the International legal system in general.

We know that the subjects of public International law, the sources of this category of law and the enforcement of its binding rules were affected by the transformation of the International community and internet revolution. Moreover, we witnessed an evolution in the principle of sovereignty affecting directly the application of International norms.

The principle of permanent sovereignty over natural resources is closely connected with energy resources. The discussion over sovereignty over natural resources, petroleum in particular, emerged after the end of the colonial period. Prior to this, the international oil companies controlled exploration and production of petroleum resources in many of the colonial and post-colonial states and, by default, the government’s revenue by regulating production. This

---

(1) K. Talus, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account*, p.37.

(2) Daintith T and Willoughby G, *Manual of United Kingdom Oil and Gas Law* (Sweet & Maxwell 1984)

(3) A. J. Bradbrook, Energy Law as an Academic Discipline, *Journal of energy and natural resources*, vol. 14, Issue 2, p. 193-217

placed severe constraints of national sovereignty and the wealth these energy resources could mean for a country<sup>(1)</sup>.

The 1962 UN General Assembly resolution recognized the ‘inalienable right of all states freely to dispose of their natural wealth and resources accordance with their national interest was followed by UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX) 1974 providing that:

Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.

The principle of national sovereignty was agreed as a specific principle in the Stockholm and Rio Declarations of 1972 and 1992, respectively.

Today permanent national sovereignty over resources is recognized under international law and its exercise is established under national constitutions.

However, the question is to know: can we speak in our days about absolute sovereignty?

The answer is related to the modern approach that shaped the characteristics of the concept of sovereignty. From the westphalian state system recognizing the absolute sovereignty of the state in its internal and international affairs to the limitation of the concept of sovereignty due to different internal and external factors affecting directly the decision makers; This evolution of the concept of sovereignty affects the effectiveness of the energy law rules and encourage the recourse to conventional sources of international energy law.

Energy law at an International level is best understood with reference to the sources that regulate

---

(1) AJ Bradbrook and RD Wahnschaft, *The Law of Energy for Sustainable Development*, CUP 2005

the allocation of rights and duties concerning the exploitation of all energy resources between individuals, between individuals and the government, between government, and between states.

In this respect, it is crucial to understand that no single international governing body exists to set down a uniform set of energy law that apply in all countries and cover all aspects of energy production, trade, transport, and consumption. There is no single International energy law rather International energy law stems from three broad sources:

First, law refers to the principles enumerated in traditional sources of International law, such as treaties and customary International law. Various treaties on nuclear energy, such as the Convention on nuclear Safety<sup>(1)</sup> entered into force 24 October 1996 are a clear example about the sources of law<sup>(2)</sup>.

Secondly, law refers to the internationalisation or global spread of national laws and regulatory principles relevant to energy law, so that we can see common principles of energy law applied across countries, even though there is no treaty binding the parties apply these principles of law. An example is the global spread of principles of national laws for deregulation national electricity.

Experts consider that there are seven principles related to International Energy law<sup>(3)</sup>:

1. The Principle of National Resource Sovereignty
2. The Principle of Access to Modern Energy Services
3. The Principle of Energy Justice
4. The Principle of Prudent, Rational and Sustainable Use of Natural Resources
5. Principle of the Protection of the Environment, Human Health & Combatting Climate Change
6. Energy Security and Reliability Principle
7. Principle of Resilience

---

(1) Opened for signature 20 September 1994, 1963 UNTS 293

(2) Raphael J Heffron, Anita Rønne, Joseph P Tomain, Adrian Bradbrook, Kim Talus, A treatise for energy law, *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 11, Issue 1, March 2018, Pages 34–48, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwx039>.

(3) K. Talus; R.J. Heffron; "What is "International Energy Law" or "Energy Law"?", OGEL 3 (2018), [www.ogel.org](http://www.ogel.org)

Thirdly, the “soft law” plays a very important role in the development of the international energy law ex: the guidelines, non binding codes, directives....

As a result of our study, we can notice that the sources of international energy law are related to the will of State and have a conventional nature which affects, for lot of experts, the effectiveness of international energy law<sup>(1)</sup>.

### **Subjects of IEL:**

In order to understand any category of law, we need to study the subjects of law concerned. Traditionally, the States were the main and principal if not exclusive actors and subjects of international law in general and International energy law in particular.

However, with the globalization and the emergence of the virtual world other actors appeared and affected directly and indirectly the International energy sector.

A review of the current involvement of non-state entities in international energylaw reveals a paradox: their increasing power is not supported by a recognized legal status, and despite their significant influence on the formulation, implementation and enforcement of international energy norms they have no legal personality under international law.

Throughout the 20th and early 21st century a wide array of international institutions and bodies were set up to deal with energy related questions, including energy security (both from a demand and supply point of view), the promotion of energy efficiency and renewable energy, as well as many other issues<sup>(2)</sup>.

In addition to international institutions, the international community witnessed the emergence of non state actors affecting the field considered sometimes as more “powerful” than the state.

---

(1) A Bradbrook, ‘Energy Law as an Academic Discipline’ (1996) 14(2) Journal of Energy & Natural Resources Law 193.

(2) De Jong, Sijbren and Wouters, Jan, Institutional Actors in International Energy Law (July 31, 2013). Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 115. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2304327> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2304327>.

The role and position of non-state actors in international law is the subject of a long-standing and intensive scholarly debate.

The most important example about the involvement of non-state actors in international energy law is the climate change regime that illustrates the problematic treatment of non-state actors in these institutions. A lot of experts consider the benefits their involvement accrues, from a liberal perspective, and some of the problems their participation in global governance raises. Special attention is given to the involvement of business entities in international environmental institutions, by raising the question of whether they should be treated differently than non-profit NGOs.

In reality, a state-centric view of the international system has led some scholars to rely on a flawed analogy of the international system with national democratic structures, and brought others to imagine a two-level consent for international norms, which leaves the legitimizing effect of individuals on international law at the national level<sup>(1)</sup>.

The issue is very critical since any rule of law regulating the energy sector at the International or national level must include all the influential parties. Moreover, every entity must be accountable for its acts or omission, however, if a legal personality is not recognized which International court will be considered as competent<sup>(2)</sup>?

Many authors propose that international law can be strengthened by incorporating and integrating multinational corporations more fully into the international legal system. The establishment of international norms of corporate responsibility<sup>(3)</sup> will strengthen the efficiency of this category of norms and will constitute a factor of deterrence.

As a conclusion we can notice that the International energy law is still in the process of evolution. This practical discipline is forged by the actors and the needs of the subjects. For this reason, the most important characteristic inherent to the nature of International energy

---

(1) Asher Alkoby, *Non-State Actors and the Legitimacy of International Environmental Law, Non-State Actors and International Law, Vol. 3, No. 1, 2003*, Ryerson University

(2) Bäckstrand, K., 2008. Accountability of networked climate governance: the rise of transnational climate partnerships. *Global Environmental Politics*, 8 (3), 74–102

(3) E. Duruigbo, *Multinational Corporations and International Law: Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*, 7 November 2003, ISBN: 978-15-71-05300-8

law is the flexibility. The question is to know if this flexibility might affect the effectiveness of International energy law.

## **II- Evaluation of the effectiveness of International energy law**

We demonstrated in the first part that the International energy law seeks to locate, synthesize and apply public international law within the context of energy. Traditionally, the regulation of energy sources and energy activities was within the exclusive domestic competence of States. The development of international energy law has been hastened by the increasing globalization and harmonization of energy and resources laws, policies, practices, and markets. Along with energy security concerns, growing evidence of negative environmental and human consequences of some State and private energy activities led to the development of alternative solutions that might satisfy the objectives of the “presupposed” binding rules<sup>(1)</sup>.

For instance, it has been belatedly recognized in recent decades that in order for sustainable development to occur in developing nations it is essential that modern energy services are available to the general community. The importance of this issue was first recognized in 1986 in the Report of the World Commission on Environment and Development (the Brundtland Report)<sup>(2)</sup>. The issue gained momentum in 2000 in a joint report, *World Energy Assessment: Energy and the Challenge of Sustainability*, prepared by the UN Development Programme (UNDP), the UN Department of Economic and Social Affairs (UN DESA), and the World Energy Council<sup>(3)</sup>. The report called

---

(1) Stuart Bruce, International Energy Law, Oxford public International law, Encyclopedia entries, October 2014

(2) In 1987, the World Commission on Environment and Development (WCED), which had been set up in 1983, published a report entitled «Our common future». The document came to be known as the «Brundtland Report» after the Commission's chairwoman, Gro Harlem Brundtland. It developed guiding principles for sustainable development as it is generally understood today.

(3) In 2002 government leaders, heads of industry, civil society and representatives of United Nations organisations met in Johannesburg at the World Summit for Sustainable Development (WSSD). Held ten years after the United Nations Conference on Environment and Development, WSSD brought discussions on energy to the center of global debate. The resulting Johannesburg Plan of Implementation stresses that access to reliable and affordable energy services facilitates the eradication of poverty.



for world action to provide access to energy services for all, and emphasized the strong nexus between energy and poverty. The 2000 Report was strengthened and updated by a further 2004 Report prepared by UNDP<sup>1</sup>. Based on these initiatives, it becomes clear that the “collaboration and the cooperation” between States is the unique solution in the absence of an international authority superior to the state system.

In reality, the appreciation of the effectiveness of international energy law must be based on the concerns related to this field which are the following:

- Does a right of access to energy services exist in human rights law?
- If not, what other international law strategies exist to provide for universal access to energy services?
- What role can domestic law play in promoting and/or guaranteeing universal access to energy services?
- Is there a role for the judiciary to play in this context<sup>2</sup>?

We can add to these questions a very practical question influenced by the practice:

Which authority is competent in case of conflict? What is the alternative remedy compatible with the needs of this field?

In reality, we cannot deny the fact that Energy law and policy plays a vital role in the energy sector in the 21st century. It aims to ensure that societies meet their energy targets whether that is about the provision of increased energy security and/or economic benefits, and/or environmental goals.

---

The importance of producing, distributing and consuming energy services in ways that support sustainable development is also emphasized in relation to changing patterns of production and consumption as well as protecting and managing the natural resource base. Energy is, for the first time in an intergovernmental process, directly linked to the achievement of the Millennium Development Goals, an ambitious set of quantified development targets agreed by the international community during the Millennium Assembly in 2000.

(1) Maxi Scherer, *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Press, Feb 22, 2018 - *Law* - 400 pages

(2) Raphael J Heffron, Anita Rønne, Joseph P Tomain, Adrian Bradbrook, Kim Talus, A treatise for energy law, *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 11, Issue 1, March 2018, Pages 34–48, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwx039>

However, International law confronts several challenges. In particular, states' anxieties about sovereignty over natural resources and energy security policies inhibit the political will required to agree and implement international regulation. The evolution and globalization led to the limitation of the concept of absolute sovereignty. State sovereignty no longer presents a sustainable challenge to international energy cooperation. Rather, modern common concerns demand responsible sovereignty<sup>1</sup>.

Any successful category of law requires an effective legal system characterized by binding rules and fast judicial remedies.

International energy industry frequently gives rise to complex, high-value disputes. As economic and commercial circumstances change, joint venture partners may disagree over operations, sellers and buyers may manoeuvre to amend pricing terms and states may seek to improve their take from investment projects. Any of these outcomes can have significant consequences for the long-term prospects of companies operating in the sector.

The normal way to settle a dispute is by litigation. However, due to the complexity of the cases and to the involvement of different subjects at the local and International level, the traditional legal system, at the national and international level, appeared to be incompatible, sometimes insufficient or ineffective.

If we consider a conflict between two sovereignties, the potential steps that the States can follow to settle the conflict are:

- The national courts: ineffective and complicated since a State will not accept to desist from its sovereignty and to be sued before the courts of another State.
- International Courts: the complexity of the procedure requesting a mutual consent between the parties and the limit of the competence are considered in lot of circumstances as obstacle. Moreover, the long and expensive side of the claims do not encourage the states to recourse to these traditional means of settlement.

---

(1) International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for All?, Melbourne Journal of International Law, Vol. 14, No. 1, June 2013.

- The Alternative dispute resolution: these means are commonly used by the different actors and subjects of International energy law.

The unique nature of energy sector occasions lot of disputes between states, corporations, national governments and consumers. Resolution of these disputes may be by way of machinery contained in International conventions or in domestic legislations passed by national governments. However, on the commercial front line many of the dispute resolution processes in the energy sector are similar to those used in other areas of International trade. Disputes in the energy sector are usually multifaceted and lengthy, and sometimes political in nature. For this reason, the industry which includes mining, gas, electricity and oil is increasingly turning to alternative dispute resolution when disputes arise<sup>(1)</sup>.

Alternative dispute resolution can be defined as an out of court procedure where the objective is to enable parties to resolve a dispute and obtain compensation for the harm suffered as a consequence of a commercial transaction or practice.

Another definition of alternative dispute resolution is the use of a neutral third party, with no stake in the outcome of the dispute to facilitate the resolution of the dispute outside of a formal court of law. The main differentiating features between the various alternative dispute resolution modes is whether the neutral third party has the power to impose a solution of the disputant or merely assists the disputants in arriving at their own solution. Alternative dispute resolution mechanisms, in which solutions are imposed such as arbitration, are called adjudicative procedure and mechanism in which the parties assisted by the neutral third party work out their own solution, as mediation, are called consensual procedures. There are also certain alternative dispute resolution mechanisms which utilise both consensual and adjudicative characteristics in varying combination such as med- arb a combination of mediation and arbitration.

In the Middle East, disputes in the energy and natural resources sector are at the heart of international arbitration. With more arbitrations

---

( 1 ) Michali Zachariou, *Alternative dispute resolution in the energy sector*, [www.academia.edu](http://www.academia.edu)

arising in the international energy sector than in any other sector, it is not surprising that the highest valued awards in the history of arbitration come from energy-related arbitrations. Energy disputes often involve complex and controversial issues relating to security, sovereignty, and public welfare. International Arbitration in the Energy Sector puts international energy disputes into a global context, providing broad coverage of different forms and systems of dispute resolution across both renewable and non-renewable sectors.

### • **Conclusion**

As a conclusion to our study, it becomes clear that the evolution of the International energy law is not in its final phases. The principal characteristic of this branch of law is the flexibility related to its concrete aspect.

The obstacles facing the effectiveness of this category of Law are similar to the obstacles facing the public International law. However, the damages are irreversible and the remedies ineffective.

The violation must be considered in some case as a form of “environmental terrorism<sup>(1)</sup>”.

For these reasons, the subjects of law searched for alternatives satisfying their needs. Will the International community be able to force the States to respect their engagements one day??

---

(1) If the conditions of this criminal violation are satisfied.

---

## القسم الثاني: دراسات في القانون

---

- د. رجاء شريف، مبدأ توازن الموازنة في الدستور وفي قانون المحاسبة العمومية
- د. ثروت الزهر، السرية المصرفية بين الشمولية المطلقة والقيود الاستثنائية
- د. أشرف رمال، الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى
- د. عبدالكريم عبدالله، الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري
- د. فاتن حسين حوى، قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات في ضوء التشريع المقارن
- Sajih RIZK, L'administrateur provisoire des sociétés in bonis
- Tala Zein, La place actuelle de la notion d'affectio societatis au regard de l'expansion du critère économique (Étude comparative)
- Mahmoud Melhem, Sukuk Investment Contracts in Islamic Finance



## مبدأ توازن الموازنة في الدستور وفي قانون المحاسبة العمومية

د. رجاء شريف

يعتبر مبدأ توازن الموازنة المبدأ التقليدي السائد في الموازنات العامة التي اقراها مجلس النواب اللبناني، لأنه يقوم على إحقاق توازن بين واردات الدولة ونفقاتها بحيث لا يزيد إنفاق الحكومة على دخلها.

ويشكل هذا المبدأ نقطة الارتكاز في النظرية التقليدية للمالية العامة. فمجموع النفقات العامة يجب ان يكون مساويا لمجموع الواردات العامة العادية، ولا تدخل في عدادها الواردات الاستثنائية من قروض واصدار نقدي ما، فالفائض ايضا يؤدي الى مخاطر. فالزيادة عن الحاجة في الواردات يؤدي الى التبذير او الانفاق غير اللازم، أي أنه لا يشبع منفعة عامة وإنما يمثل زيادة في الاقتطاع الضريبي من الدخل الوطني القائم. ويؤدي الى حرمان الاقتصاد الوطني من موارد بحجم الفائض، الذي يستتبع تخفيضا في المداخيل لدى المواطنين، وضعف القوة الشرائية وعرقلة الدورة الاقتصادية.<sup>(1)</sup>

غير أن تدخل الدولة لمعالجة اختلالات القطاعات الانتاجية ادى الى تطور مفهوم توازن الموازنة فمن خلال عجز الموازنة يمكن مواجهة حالة الكساد بزيادة الانفاق الحكومي والسيطرة على حجم الطلب الفعلي، كما ان تحقيق فائض في الموازنة يسمح بتخفيض حجم الانفاق الكلي وامتصاص حزم من الطلب والتخفيف من حدة التضخم. وهذا ما دفع الاقتصاديون المعاصرون الى استبعاد مفهوم توازن الموازنة التقليدية لمصلحة نظريتين اثنتين هما:

- نظرية موازنة الدورة الاقتصادية

(1) M Duverger. – finances publiques – p. u. f. Paris 1978- p258.

## - نظرية العجز المتراكم

إلا ان الحكومات اللبنانية إعتمدت مبدأ التوازن عند اعدادها الموازنات العامة بحيث يتم تقدير النفقات بالاولوية على الواردات ومن ثم يعمل على تأمين التوازن من خلال اللجوء الى تدابير حدها قانون المحاسبة العمومية وإن أدى ذلك إلى زيادة عجز الدولة وتنامي الدين العام.

ولا بد من الاشارة إلى ان التوازن الذي يتم إقراره بموجب قانون الموازنة العامة هو بسقف عجز محدد وبتمويل من قروض داخلية وخارجية وفق ما تضمنته قوانين الموازنات العامة المتتابعة

فما هي ماهية هذا المبدأ؟ وما هي النصوص الدستورية والقانونية التي تسمح بإحقاقه هذا من جهة، ومن جهة أخرى تسمح بتخطي سقف عجز الموازنة؟ وما هي الآثار الناجمة عنه؟

### • الفقرة الأولى: مبدأ توازن الموازنة، انواعه، والنظريات الاقتصادية

لا يختلف أحد من الفقهاء على مفهوم مبدأ التوازن وضرورة التقيد به لدرء مخاطر الوقوع في العجز وما يترتب عنه من آثار اقتصادية واجتماعية وحياتية ما لم تكن السياسات المالية التي تترجمها الموازنات العامة تهدف إلى إحقاق نمو اقتصادي قادر على تغطية العجز الحاصل. وهذا ما حاولت النظريات الاقتصادية معالجته ووضع الأسس العلمية للقيام به.

وهناك أنواع عدة من التوازن سواء أكان قبل إعداد الموازنة أو بعد التنفيذ أو لفترة تختلف عن الفترة الزمنية للموازنة العامة.

### النبة الأولى: مبدأ التوازن وأنواعه

يتحقق مبدأ التوازن في عدم لحظ أي إنفاق حكومي من دون تأمين التغطية المالية سواء أكانت إيرادات ذاتية أو الاستعانة باحتياطات من سنوات سابقة.



ويثار لغط كبير بين عجز الموازنة العامة والعجز في المالية العامة، فالأول ينتج عن زيادة النفقات المقدرة للإدارات العامة عن واردات الموازنة العامة في حين أن الثاني ينتج عن زيادة نفقات القطاع العام عن وارداته وذلك إنطلاقاً من أن الأموال العمومية هي أموال الدولة والمؤسسات العامة والبلديات وأشخاص القانون العام ذوي الصفة العمومية. كما أن العجز في الموازنة يختلف عن العجز في المالية العامة من حيث الأهمية، فالأول لا يعكس الصورة الواضحة والكاملة عن العجز النقدي الذي يظهره عجز المالية العامة الذي يضم الى عجز الموازنة العامة عجز موازنات سائر أشخاص القانون العام الذين يتمتعون باستقلال مالي وإداري وبذمة مالية مستقلة بغض النظر عن تمتعهم بالشخصية المعنوية.

#### أولاً: التوازن في التقدير والتوازن في التنفيذ

إن التوازن في التقدير يتحقق في مشروع قانون الموازنة العامة الذي تعدّه الحكومة ويكون تقديرياً "لأنه مبني" على أرقام متوقعة لسنة مقبلة قد يتحقق فنتطابق التوقعات مع الوقائع وقد تختلف لأسباب وظروف لم تكن في الحسبان. أما عدم التوازن في تنفيذ الموازنة فهو بسبب الفرق بين العجز المتوقع والعجز الحقيقي، وغالباً ما يكون التنفيذ مختلفاً عن التقدير، سواء أكان عجز تنفيذ الموازنة يتمثل في مشكلة مالية أو اقتصادية وهي النتيجة التي يجب أخذها بالاعتبار دون سواها<sup>(1)</sup> سيما وأن قانون المحاسبة العمومية قد حدد معايير وأساليب يتوجب الالتزام بها عند تقدير الواردات وينسحب الأمر عند تقدير النفقات.

#### ثانياً: التوازن الحسابي والتوازن الحقيقي

قد تلجأ الدولة الى وسائل غير صحية لاطهار التوازن على المستوى الحسابي، كاستعجال دفع بعض الإيرادات أو استئجار دفع بعض النفقات الى السنة التالية في حين أن التوازن الحقيقي يوجب على الحكومة أن تسجل الإنفاق عند ترتيبه أو عند صرفه وأن

---

(1) J. la Ferriere et M. traite elementaire de saience et de legistation Financiers L.G.D. 1952 P. 93

لا تتخذ أية أساليب تتيح تأخير الإنفاق لتخفيض العجز الوارد في البيانات والذي لا يتطابق والواقع المالي والحقيقي للإدارات العامة

### ثالثاً: التوازن في إطار الموازنات الدورية

ان التوازن في اطار الموازنة العامة لا يكون في اطار كل موازنة سنوية على حدة وانما ينبغي ان يتم في اطار الدورة الاقتصادية<sup>(1)</sup> بهدف الإضاءة على الجدوى من العجز وما يمكن أن يحققه من إنماء اقتصادي واجتماعي يؤدي بدوره إلى سد العجز الحاصل في الموازنات التالية من خلال زيادة الواردات التي تحققت في ضل الإستثمارات العامة الناتجة عن العجز.

### النبذة الثانية: النظريات الاقتصادية

اعتمد الاقتصاديون نظريتين لمعالجة الاوضاع الاقتصادية من خلال الموازنات العامة وهما:

#### أولاً: موازنة الدورة الاقتصادية

تهدف هذه النظرية الى استخدام الفائض الناتج عن الازدهار في فترة الكساد. وهذا ما يجعل الدورة الاقتصادية متوازنة على المدى الطويل حتى ولو كانت عديمة التوازن في المدى القصير لكن هذه النظرية لم تلق قبولا" عاما".

#### ثانياً: نظرية العجز المنتظم

هي نظرية الاقتصادي البريطاني جون كينز التي صاغها في كتابه "النظرية العامة في العمالة والفائدة والنقد" حيث انصب على دراسة البطالة وتأثيرها في احداث الاختلال في التوازن الاساسي للمجتمع<sup>(2)</sup>.

(1) Philip. Finances publiques. 5e. edit. Cujas.paris 1995. P. 209

(2) عبد اللطيف قطيش، الموازنة العامة للدولة، منشورات الحلبي، بيروت 2005، ص. 116.

فالعجز بالنسبة الى القائلين بهذه النظرية ليس شرا" مطلقا" وانما يمكن ان تتولد عنه بعض الفوائد، فهو يحتم تمويله من مصادر داخلية مما يشكل عاملا" في تحريك الدورة الاقتصادية وامتصاص البطالة.

وتلزم هذه النظرية الدولة بالتدخل كلما ظهرت بوادر الانكماش في الاقتصاد حتى ولو ادى الامر الى عجز في موازنتها، الذي يؤدي الى توازن مالي في الموازنة عبر تقليص الانكماش الاقتصادي غير ان هذا الامر يتطلب ظروفًا اقتصادية مستقرة.

ساد احترام هذا المبدأ طويلا" ثم خرق في بدايات القرن الماضي وقد تناولت معاهدات Maastricht هذه المسألة، حيث حظرت ان يتجاوز العجز في موازنات الدول المشاركة فيها حدودا" معينة وأولت المادة 104 من المعاهدة، لجنة بروكسل مهمة التحقق من التزام الدول الاعضاء بموجب التوازن في الموازنة وفق ما هو متفق عليه<sup>(1)</sup>.

### النبذة الثالثة: أساس المبدأ في لبنان

أورد الدستور اللبناني هذا المبدأ في المادة الثالثة والثمانون منه بان أوجب على الحكومة، كل سنة في بدء عقد تشريع الاول، أن تقدم لمجلس النواب موازنة شاملة نفقات الدولة ودخلها عن السنة القادمة.

ويكون المشترع الدستوري قد أرسى هذا المبدأ دون أن يحدد أطر تطبيقه تاركا ذلك لقانون المحاسبة العمومية الذي رسم الاصول الواجب إتباعها من قبل وزير المالية لاحقاق التوازن.

فلقد نصت المادة السادسة عشرة من قانون المحاسبة العمومية على ان يجمع وزير المالية تقديرات النفقات ويقابلها بتقدير الواردات ويضع مشروع الموازنة بعد ان يؤمن التوازن بين قسميها وإذا جاوزت الاعتمادات المطلوبة الواردات المقدره كان على وزير المالية ان يؤمن التوازن بإقتراح ما يراه ضروريا من التدابير التالية:

---

(1) عبد اللطيف قطيش، الموازنة العامة للدولة- مرجع سابق- ص. 118.

- تخفيض النفقات
- تغطية الفرق بمأخوذات من مال الاحتياط إذا كان ذلك ممكناً
- إيجاد موارد جديدة.

إن أي تدبير من تلك التدابير التي أوردها قانون المحاسبة العمومية يستوجب توفر بنية وأرضية محددة سواء أكانت بنية اقتصادية قادرة على إستيعاب زيادة في معدلات الضرائب أو إستحداث ضرائب جديدة، أو تركيبة أو هيكلية للنفقات في الموازنة العامة لا تساهم في العجز وهذا لا ينطبق على الواقع الحالي في لبنان، ففي الموازنة العامة للعام 2019 استحوذت الرواتب والاجور والتعويضات حوالي نسبة 35% منها و يتمثل الأمر بنسبة مماثلة تلحظ لخدمة الدين العام ونسبة 11% لتغطية عجز الكهرباء<sup>(1)</sup> أي شراء الطاقة والمحروقات وهي لم تختلف عن النسبة التي أوردها البنك الدولي في تقريره للعام 2016 و19% للمساهمات للقطاع العام ولغير القطاع العام منها 10% للخدمات الاستهلاكية ونسبة 9% للانفاق الاستثماري ولإعتمادات في بند احتياطي الموازنة والاحتياطيات الأخرى. وبالتالي فإن الحكومة تعمل بشروط صعبة لتحقيق التوازن إن لجهة صعوبة تخفيض الإنفاق التشغيلي في الموازنة العامة ومحدودية الخطوات الممكنة اتخاذها في مجال زيادة الواردات سيما وأن اللبنانيين لم يعودوا يحتملون أي عبء إضافي لا يقابله خطوات إصلاحية جدية خاصة أن الطبقات الوسطى وقليلة الدخل هي التي تتحمل جزءاً كبيراً من العبء<sup>(2)</sup> وصعوبة إحداث ضرائب جديدة أو زيادة المعدلات الضريبية، وإن لجهة عدم توفر مال الاحتياط، ويبقى التدبير الأقصى أمامها وهو اللجوء إلى الاقتراض.

---

(1) التقرير الصادر عن البنك الدولي لعام 2016

(2) جريدة اللواء، اللواء تنشر تقرير خليل لموازنة 2019 مع أرقام الإيرادات والنفقات بنسبة عجز 5.95%، 26/نيسان

2019

## النبذة الرابعة: الإنفاق الحكومي والعجز

إعتمدت الحكومة اللبنانية مبدأ التوازن بين قسيمي الواردات والنفقات عند اعداد الموازنة العامة وفق ما اوجبه احكام قانون المحاسبة العمومية بحيث يتم احقاق التوازن بين قسيمي الموازنة من خلال اللجوء الى الاقتراض.

وقد درجت العادة بان تعطي الحكومة بموجب قانون الموازنة العامة الإجازة بإصدار سندات خزينة لبنانية لأجال طويلة ومتوسطة وقصيرة لتغطية العجز الفعلي المحقق في تنفيذ الموازنة ومجموع الاعتمادات المدورة والاعتمادات الإضافية. مما يعني إن العجز المجاز تغطيته بموجب قانون الموازنة هو الذي سيتحقق فعليا وليس العجز المقدر.

وتكون الموازنة العامة التي جرى إقرارها تضمنت تغطية لعجز سيتحقق وأعطي بذلك مبدأ التوازن مساحة أوسع ليطال حكما العجز الحقيقي، هذا بالإضافة إلى أن إجازة الاقتراض لم تكن محددة بأي سقف في حين أن الدستور اللبناني أوجب بأن لا يتم اي تعهد او قرض عمومي الا بموجب قانون خاص يحدد سقف الإقتراض والغاية منه والأسباب الموجبة.

فاذا اتى عجز الموازنة الفعلي اعلى من العجز المقدر تمت تغطيته بإصدار سندات الخزينة لتغطية العجز بالاستناد إلى النص القانوني الوارد في قانون الموازنة العامة مما يزيد من حجم الدين العام.

غير ان مجلس النواب غير مساره في موازنتي العامين 2017 و2018 بحيث حصر الاجازة للحكومة بالاقتراض لتغطية عجز الموازنة العامة المقدر، إذ نصت المادة الخامسة من قانون الموازنة العامة للعام 2018 بأنه يجاز للحكومة في إطار تمويل استحقاقات أصل الدين وضمن حدود العجز المقدر في تنفيذ الموازنة نقديا وفي إنفاق الاعتمادات المدورة إلى العام 2017 والاعتمادات الإضافية إصدار سندات خزينة بالعملة اللبنانية لأجال طويلة ومتوسطة وقصيرة لتغطية هذا العجز وذلك بقرارات تصدر عن وزير المالية ومن ثم في موازنة العام 2019 عاد وحدد الاجازة للحكومة بحدود العجز المقدر في

الموازنة العامة والبالغ 4395 مليار ليرة لبنانية وبتغطية عجز شراء المحروقات لمؤسسة كهرباء لبنان والذي حدد بـ 2500 مليار ليرة لبنانية.

### أولاً: العجز التقديري في موازنات الاعوام 2017.2018.2019

قدرت نفقات الموازنة العامة للدولة للعام 2019 بقيمة 23.339.548.317.000 ل.ل، اما الواردات فقدرت بقيمة 19.015.666.000.000 ليرة لبنانية وبعجز 4395 مليار ليرة لبنانية ما نسبته الى الناتج المحلي 4.89% فيما كانت هذه النسبة 6.08% في العام 2018. وبتخفيض 2800 مليار ليرة لبنانية عن العجز المقدر في العام 2017. وبلغ تقدير الانفاق العام في الموازنة العامة للعام 2017 بقيمة 23.906.048.924.000 ل.ل. في حين قدرت النفقات في الموازنة العامة للعام 2018 بقيمة 23.891.224.853.000 ل.ل. وقد قدرت الواردات في الموازنة للعام 2017 بقيمة 16.416.072.000.000 ل.ل. في حين قدرت الواردات للعام 2018 بقيمة 18.686.869.000.000 ل.ل. في حين زاد تقدير الواردات للعام 2019 بقيمة 233 مليار ليرة لبنانية عن تقدير إيرادات العام 2018. وبلغ العجز التقديري للموازنة العامة في العام 2017 ما قيمته 7.510.024.876.000 ل.ل. في حين بلغ العجز المقدر الموازنة العامة للعام 2018 5204 مليار ليرة بتخفيض قدره 2306 مليار ليرة لبنانية عن العجز في موازنة السنة السابقة. وقد اتخذت اجراءات لتخفيض عجز الكهرباء في قانون الموازنة العامة للعام 2019 الى 2500 مليار ليرة لبنانية اي بنسبة 2.78% من الناتج المحلي وبتخفيض قدره 242 مليار ليرة عن عام 2018. ويقدر تخفيض العجز تدريجيا وفق الخطة التي اقرها مجلس الوزراء بقراره رقم 1 تاريخ 2019/4/8 تمهيدا لانتهائه ووصولاً لتحقيق فائض وخفض الهدر الى نسبة 12% في العام 2021، وزيادة الانتاج ورفع التعرفة بالتوازي مع زيادة ساعات التغذية وربطها بسعر المشتقات النفطية وتشطيرها وفق ما تعمل عليه وزارة الطاقة والمياه بالتعاون مع البنك الدولي بهدف تصفير العجز.

وانخفضت بذلك نسبة العجز التقديري للموازنة العامة للعام 2019 مع عجز كهرباء لبنان لشراء المحروقات وتسديد فوائد واقساط القروض الى الناتج المحلي 7.56% فيما كانت 11.7% في موازنة العام 2018 بتخفيض نسبته 4.14%، مما يتناسب مع توصيات البنك الدولي، ومؤتمر سيدر لجهة تخفيض الانفاق بنسبة 1% وصولاً الى نسبة 5% خلال فترة خمس سنوات.

### ثانياً: تغطية العجز بالإقتراض

لا يتوافق تغطية العجز بالإقتراض ومبدأ التوازن الذي يفرض ان يتم بين الإيرادات والنفقات، لأن القروض لا تعتبر إيرادا وانما هي تمويل لتمكين الحكومة من الانفاق، كما أن الموازنات العامة لا تتضمن المبالغ التي يتوجب على الدولة دفعها تسديداً لإستحقاقات القروض وإنما تقديرات للفوائد المتوجبة على القروض.

وقد لجأت الحكومات لتغطية العجز الحاصل في المالية العامة بإصدار سندات الخزينة الداخلية او الخارجية لتغطية بالاستناد الى النص القانوني الوارد في قوانين الموازنات العامة مما أدى إلى تنامي الدين العام كما ازداد حجمه بوتيرة عالية بارتفاع المديونية العامة وارتفاع كلفة فوائد الدين العام.

ولقد بلغ العجز وفق الارقام التي نشرتها وزارة المالية عن الاشهر العشرة الاولى من العام 2019 6000 مليار ليرة لبنانية من ضمنها الانفاق خارج الموازنة إلا أن العجز سيزيد ليصبح 6,46 مليار دولار اميركي اي ما يوازي 11,9% من الناتج المحلي الاجمالي من ضمنها استحقاقات دين عام تم دفعها في شهر تشرين الثاني الماضي بقيمة 1,58 مليار دولار اميركي وان هذا الرقم قد بني على ان النفقات بقيت على نفس المعدل وهناك تراجع في الإيرادات بنسبة 40% في الشهرين الاخيرين من العام 2019<sup>(1)</sup>.

---

(1) جاسم عجاقة، ارقام العجز ترجح وصول عجز 2019 الى 6.5 مليار دولار اميركي وخيار طلب المساعدة من صندوق النقد الدولي بدأ يفرض نفسه، مقالة منشورة، جريدة الديار، عدد 1011، الاثنان 2020/1/6.

ارتفع الدين العام 3.9 مليار دولار اميركي في العام 2017 ثم عاد وارتفع بوتيرة عالية في العام 2018 ليبلغ 6.6 مليار دولار اميركي واحتل لبنان المرتبة الخامسة من حيث البلدان الاكثر مديونية في العام 2019 بنسبة دين وصلت الى 86 مليار دولار اميركي بتاريخ 6 شباط 2019 وفقا للدولية للمعلومات، وارتفع 0.9 مليار دولار اميركي ليبلغ الدين العام الاجمالي 130.972 مليار ليرة لبنانية اي 86.9 مليار دولار اميركي<sup>(1)</sup>. ولا يسعنا إعتبار التوازن حاصلًا وإنما هو نوع من تأمين توازن نقدي عبر الاجازة بالاقتراض، والسؤال الذي يطرح هل ان التوازن ثابتًا وإن اقر بعجز بعد إقرار الموازنة أم يتم تخطيه، سيما وأن قانون المحاسبة العمومية يجيز تعديل الموازنة العامة بعد إقرارها.

#### • الفقرة الثانية: التوازن خلال تنفيذ الموازنة العامة

تتضمن الموازنة العامة اعتمادات ملحوظة لسنة الموازنة وقوانين برامج تظهر ابرز سياسات الحكومة المالية والاقتصادية والاجتماعية للسنة المعنية بالموازنة ولل سنوات القادمة، وخطتها لإدارة المال العام خلال سنة فتظهر الموازنة العامة على شكل جدول بسيط يتضمن مجموع الواردات في جانب ومجموع النفقات في جانب آخر ومن ثم توزع الاعتمادات في الجداول التفصيلية على أساس الوزارات والإدارات ووفق أغراض الصرف على السلع والوظائف والخدمات والأشغال التي تحتاجها الوحدات المختلفة أي وفق التصنيف الوظيفي. ويتوجب على الحكومة الالتزام بتقديرات الاعتمادات والايادات التي اقرها مجلس النواب مع السماح للحكومة بتخطي تقديرات الايرادات دون الرجوع الى ممثلي الشعب هادفاً بذلك الى عدم تخطي العجز وإنما إنقاصه وحتى إذا سمحت الظروف الاقتصادية والمالية بتحقيق فائض، وبالمقابل لم يسمح للحكومة بتخطي إجازة الانفاق ووجب عليها الرجوع إلى مجلس النواب.

---

(1) جاسم عجاقة، ارقام العجز ترجح وصول عجز 2019 الى 6.5 مليار دولار اميركي وخيار طلب المساعدة من صندوق النقد الدولي بدأ يفرض نفسه، مقالة منشورة، جريدة الديار، عدد 1011، الاثنين 2020/1/6.



## أولاً: الالتزام بسقف الاعتمادات

إن الموازنة العامة صك بموجبه أجاز للحكومة ان تجبي إيرادات الموازنة سواء أكانت إيرادات ضريبية أو غير ضريبية وان تتفق ضمن حدود الاعتمادات الملحوظة في الموازنة العامة وفي ضوء تخصيص الاعتمادات لإنفاق محدد<sup>(1)</sup>.

وهذه الاجازة تعطى من قبل مجلس النواب في معرض رقابته المسبقة على عمل الحكومة، بإقراره الموازنة العامة للدولة عبر الاقتراع عليها بندا بندا<sup>(2)</sup>.

فمجلس النواب يصوت على الموازنة على اسس البند ولا يحق له خفض او نقل الاعتمادات من بند الى بند او من فصل الى فصل او من باب الى باب، ولا يجوز تقرير نفقة او عبء على موازنة الدولة او زيادة اعباء او نفقات الا بقرار من مجلس النواب<sup>(3)</sup>، غير انه يمكن زيادة النفقات قبل اقرار الموازنة العامة وذلك باخذ موافقة مجلس الوزراء في معرض مناقشة مشروع الموازنة العامة لانها بالاساس هي خطة الحكومة.

إن اقرار المجلس النيابي هو بمثابة المصادقة على الخطة المرسومة والاجازة بتحقيق الإيرادات والتحصيل الملزم للحكومة لما قدرته من واردات على أنها تستطيع تجاوز السقف التقديري للواردات وامكانية الانفاق للحكومة ضمن سقوف الاعتمادات التي اقرها المجلس النيابي وانما دون تجاوز هذه السقوف أي أنه يتوجب عليها الالتزام بسقف العجز.

وتكون السلطة التشريعية قد اقرت بذلك تقدير سقوف الاعتمادات وأوجه تخصيصها مما لا يسمح للحكومة بان تقوم بأي إنفاق يفوق هذا السقف. إلا أن إقرار السلطة التشريعية لمشروع الموازنة هو اساسي وعضوي في اضاء الصفة التشريعية على المشروع الذي سيصدر بقانون يحتوي تقدير النفقات والواردات واجازة الجباية وفتح الاعتمادات للإنفاق<sup>(4)</sup>.

---

(1) عرفت المادة الثانية من قانون المحاسبة العمومية الموازنة بأنها صك تشريعي تقدر فيه نفقات الدولة ووارداتها عن

سنة مقبلة ويجاز بموجبه الجباية والإنفاق

(2) المادة 87 من الدستور اللبناني

(3) المادة 96 من النظام الداخلي لمجلس النواب

(4) المادة الخامسة من مشروع القانون المنفذ بالمرسوم رقم 14969 تاريخ 1963/12/30 (قانون المحاسبة العمومية)

فهذا المشروع يتضمن الاعتمادات المتاحة للإنفاق والتي قد لا تكون كافية لما سيطرأمن مستجدات داخلية او خارجية كما قد يفتر لاعتمادات لتغطية نفقات لم تلحظها الموازنة العامة وطرأت بعد إقرارها وأثناء التنفيذ.

ولهذا يلحظ اعتماد في بند احتياطي الموازنة لتغذية البنود التي نفذت اعتماداتها او البند الذي لم يلحظ اعتماد فيه وإنما تم إيراده للذكر.

كما قد يتم فتح اعتماد إضافي خلال تنفيذ الموازنة في قسم النفقات وتتم تغطيته بزيادة قسم الواردات وذلك بإحداث موارد جديدة، او الاستعانة بمأخوذات من مال الاحتياط.

ويتوجب على السلطة التنفيذية بحال حاجتها إلى إنفاق يتجاوز سقف الاعتمادات المقررة أصلاً" أن تعود إلى مجلس النواب في حالتين نص عليهما الدستور اللبناني:

- مشاريع قوانين فتح اعتمادات إضافية سواء أكانت تكميلية أو استثنائية
- عرض التدبير الذي يتخذه مجلس الوزراء بناء على طلب رئيس الجمهورية لفتح اعتمادات استثنائية او نقل اعتمادات الإضافية من ضمن بنود الموازنة العامة وفق سقف يحدد في الموازنة العامة.

#### ثانياً: نقل الاعتمادات او فتح الاعتمادات بموجب قانون المحاسبة العمومية

نص قانون المحاسبة العمومية في المادة 26 منه بفتح اعتمادات اضافية سواء اكانت تكميلية او استثنائية وتغذيتها من بند احتياطي للنفقات الطارئة الذي يرصد في باب احتياطي الموازنة ولا يجب ان يقل عن واحد بالمئة من مجموع اعتمادات الجزيئين الاول والثاني من الموازنة وان يتم فتح هذه الاعتمادات بطريقة النقل بمرسوم يصدر بناء على اقتراح الوزير المختص ووزير المالية.

كما اجاز فتح اعتمادات تكميلية بطريقة النقل من باب احتياطي الموازنة اعتمادات احتياطية للنفقات المشتركة بين عدة وزارات كمساعدات المرض والوفاة والاحكام النقدية والمصالحات بقرار من وزير المالية بناء على اقتراح الادارة المختصة وبعد تأشير المراقب المركزي لعقد النفقات وفي حال نفاذ الاعتمادات المرصدة للاحكام النقدية والمصالحات.

بحيث اجاز للحكومة، بان تفتح بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، الاعتمادات التكميلية اللازمة وان تغطي هذه الاعتمادات بمأخوذات من مال الاحتياط تصدق بقانون قطع الحساب كما اجاز لها بان تفتح بمرسوم الاعتمادات التكميلية اللازمة لتغطية نفقات معاشات التقاعد وتعويضات الصرف من الخدمة حال نفاذ الاعتمادات المرصدة لها. وبالتالي فان المشرع اللبناني قد اجاز التغطية اللازمة لهذه الاعتمادات من خارج الموازنة العامة المقدره من قبل مجلس النواب،اي من الوفر النقدي الذي تحقق من السنوات السابقة وقيده في حساب مال الاحتياط وهو يكون بذلك قد سمح بزيادة الانفاق وانما بتغطيتها من وفر السنوات السابقة وهذا ما يتنافى والواقع الحالي للدولة في ضوء عجز الموازنة ووضعية حساب مال الاحتياط التي لا تسمح بالاستعانة بها مما يؤدي إلى زيادة العجز. كما تتضمن الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون المحاسبة العمومية الإجازة بإجراء نقل الإعتمادات من فقرة إلى أخرى ضمن البند الواحد في موازنة سنة معينة. بقرار من الوزير المختص بعد تأشير المراقب المركزي لعقد النفقات، ويجوز النقل بالطريقة نفسها إلى فقرة جديدة إذا كانت هذه الفقرة هي من نوع النفقات التي يختص بها البند. وذلك لغاية تاريخ 31 كانون الثاني من السنة اللاحقة.

كما تنقل الاعتمادات المرصودة في بابي الديون المتوجبة الأداء أو احتياطي الموازنة من فقرة الى فقرة ضمن البند الواحد بقرار من وزير المالية، بناء على اقتراح الإدارة المختصة وبعد تأشير المراقب المركزي لعقد النفقات، وذلك لغاية الفترة المذكورة آنفاً.

فهذه المادة تجيز النقل في بند احتياطي الموازنة او في بابي الديون المتوجبة الاداء لما بعد انتهاء السنة المالية بشهر مما لا يتوافق ومبدأ سنوية الموازنة وينتج عنه عدم الغاء الاعتمادات التي لم تعقد.

ويستفاد مما تقدم بان الإجازة بنقل الاعتمادات الواردة في المادة 28 المذكورة قد منحت وزير المالية والوزير المختص صلاحية إجراء تعديلات على الموازنة العامة.

### ثالثاً: فتح الاعتمادات الاضافية ونقل الاعتمادات وفق الدستور اللبناني

ان ما اوجبه المادة 83 من الدستور اللبناني على الحكومة بايداع المجلس النيابي موازنة شاملة لانفاق الدولة ودخلها، وما كرسه النظام الداخلي لمجلس النواب من اليات لاقرار الموازنة، يفرض على الحكومة الرجوع اليه عند النقل من اي بند من بنود الموازنة العامة، غير ان الدستور اللبناني اورد الاستثناء على هذا المبدأ في المادة 85 منه بشكل واضح و محدد، فاكد بداية بشكل صريح على عدم جواز فتح اعتماد استثنائي إلا بقانون ثم عاد فاجاز فتح الاعتمادات الاضافية ونقل الاعتمادات ضمن بنود الموازنة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء وانما على ان تعرض على موافقة المجلس النيابي في اول عقد يلتئم فيه.

وقد انت هذه الاجازة الدستورية كحالة استثنائية واحدة وهو ما يستدل من مضمون المادة 85 من الدستور اللبناني التي نصت بأنه لا يجوز أن يفتح اعتماد استثنائي إلا بقانون خاص.

أما إذا دعت ظروف طارئة لنفقات مستعجلة فيتخذ رئيس الجمهورية مرسوماً بناء على قرار صادر عن مجلس الوزراء بفتح اعتمادات استثنائية او إضافية او بنقل اعتمادات في الموازنة على ان لا تتجاوز هذه الاعتمادات حداً أقصى يحدد في قانون الموازنة. ويجب ان تعرض هذه التدابير على موافقة المجلس النيابي في أول عقد يلتئم فيه بعد ذلك. وبالفعل كانت الموازنات العامة التي يتم إقرارها تتضمن تحديداً " للحد الأقصى فعلى سبيل المثال تضمنت الموازنات العامة التي أقرت للأعوام 2017 و2018 و2019 في المادة الثامنة من كل منها (فتح الاعتمادات الاستثنائية ) الاجازة لرئيس الجمهورية ضمن حد أقصى بمئة مليار ليرة لبنانية.

لم تحدد المادة الثامنة الية تغطية فتح الاعتمادات بموجب مرسوم وفق ما ورد انفاً " مما يخل " بمبدأ التوازن هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يتوافق واحكام المادة 26 من قانون المحاسبة العمومية التي حددت اليات النقل بان تتم من باب احتياطي الموازنة الذي يتضمن اعتماداً يستعمل لتغذية البنود التي نفذت اعتماداتها.

## • في الاقتراحات

إن تحقيق مبدأ التوازن الذي فرضه قانون المحاسبة العمومية يتطلب من الحكومة ان تحدد سقف الإنفاق للدولة اللبنانية إستناداً إلى أرقام الواردات التي تحققها وفي ضوء الخطة المرحلية التي تضعها وتؤمن الاستدامة والواردات المتوقعة، وفي ضوء الظروف الاقتصادية ووضع المالية العامة.

- تحديد سقف العجز الذي يتوجب الالتزام به وعدم تخطيه ضمن فترة زمنية لا تقل عن خمس سنوات على انه يمكن للحكومة زيادته حال توفر معطيات إقتصادية أو إجتماعية تفرض هذه الزيادة.

- ضرورة وضع استراتيجية إقتصادية من قبل الدولة اللبنانية تحدد بموجبها الموقف من مبدأ التوازن وفيما إذا كانت ستواكب الدول الأخرى باعتماد نظرية العجز المتراكم ومدى القدرة على المعالجة في ضوء الواقع الاقتصادي الحالي.

- تعديل المادة 26 من مشروع القانون الموضوع موضع التنفيذ بموجب المرسوم رقم 14969 تاريخ 1963/12/30 (قانون المحاسبة العمومية) بحيث تحدد قيمة الاعتماد لاحتياطي النفقات الطارئة، الذي يُستعمل لتغذية بنود الموازنة التي نفذت اعتماداتها، أو لفتح اعتمادات استثنائية بنسبة لا تتجاوز 2% من مجموع الموازنة.

- وضع الية لتغطية الاعتمادات التي يجاز لرئيس الجمهورية، إذادعت ظروف طارئة، لنفقات مستعجلة بأن يتخذ مرسوماً بناءً على قرار صادر عن مجلس الوزراء، بفتح اعتمادات استثنائية أو إضافية وينقل اعتمادات الموازنة على أن لا تتجاوز هذه الاعتمادات حداً أقصى يحدّد في قانون الموازنة وعلى ان تغطي هذه الاعتمادات بطريقة النقل من بنود أخرى، أو من باب احتياطي الموازنة، أو بمراد جديدة. ولا تنقل الاعتمادات من بند إلى آخر إلا بقانون خاص.

- إلغاء الفقرة الثالثة من المادة الثامنة والعشرون من مشروع القانون الموضوع موضع التنفيذ بموجب المرسوم رقم 14969 تاريخ 1963/12/30 (قانون المحاسبة العمومية).

وأخيرا إن اعتماد الابقاء على مبدأ التوازن التقليدي بشكل يتوافق والمقصود منه، أو اعتماد ايا من النظريات الاقتصادية يساهم في تحديد الاستراتيجيات والقواعد التي ستعتمد في ضوء الواقع الاقتصادي والمالي ومتطلبات التركيز على تحفيز النمو الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات في القطاعات المنتجة،، وضبط الإنفاق العام للدولة.

ومن المؤكد أن بداية الحل تكون من خلال الموازنة العامة التي تكون ترجمة للسياسة المالية التي ستتبعها الحكومة ومن شأنها تحفيز القطاعات الانتاجية مما يرفع من النمو الاقتصادي ووضع المالية العامة، و لكي تتمكن الحكومة من تحقيق الاهداف المنشودة والخطط المرسومة من قبلها بفعالية، يجب ان تكون الموازنة العامة موازنة برامج مع مراعاة المبدأ الذي سيعتمد، الا ان واقع موازنة الدولة كموازنة تقليدية اي كموازنة اعتمادات لا يحول دون ذلك اذا ما اتخذت الاجراءات او الخطوات اللازمة لذلك.

## السرية المصرفية بين الشمولية المطلقة والقيود الاستثنائية

## د. ثروت الزهر

لطالما حظي لبنان "بلقب سويسرا الشرق" بسبب إزدهار القطاع المصرفي وتميّزه بقوانين حفظ السرية الشبيهة بتلك المطبقة في سويسرا. حيث استوحى المشرع اللبناني من قانون السرية المصرفية السويسري الصادر عام ١٩٣٤ قانوناً أكثر شمولية وصلابة سمّي بقانون السرية المصرفية. ويعتبر قانون السرية المصرفية الصادر في ٣ أيلول ١٩٥٦ من أهم القوانين المصرفية اللبنانية التي ساهمت بشكل كبير بجذب رؤوس الأموال الخارجية، وقد شكل هذا القانون إنجازاً كبيراً أدى إلى زيادة الثقة في القطاع المصرفي وساهم في تشجيع رؤوس الأموال الخارجية على اختيار لبنان ملجأً لتوظيف الأموال وادخارها. بذلك يكون المشرع اللبناني قد أعطى القطاع المصرفي "خصوصية تامة" مقارنةً مع البلدان المجاورة مما انعكس إيجاباً على تطور هذا القطاع حيث زادت الودائع في المصارف اللبنانية بنسبة ٤٦٧٪ بين الأعوام ١٩٥٠-١٩٦١ كما زاد عدد المصارف من ٣١-٧٢ بين الأعوام ١٩٥٥-١٩٦٨، مما وضع لبنان في قائمة أفضل ١٠ دول على مستوى العالم بالنسبة للاقتصادات المالية القائمة على السرية<sup>(١)</sup>.

ولعل من أبرز خصائص قانون السرية المصرفية، أنه من جهة، لم يعتبر السرية إمتيازاً تتمتع به المصارف اللبنانية إنما واجب قانوني يلقي على عاتقها وأي خرق له يشكل جريمة يعاقب عليها بالحبس، ومن جهة أخرى أعطى هذا القانون استقلالية تامة للسرية المصرفية،

(1) Carlos Martinez « Still a secret»

<https://www.thebusinessyear.com/lebanon-2017/globalization-could-change-once-attractive-banking-secrecy-laws-in-lebanon/focus>.

حيث لم يتم دمجها مع السر المهني المنصوص عنه في المادة ٥٧٩ من قانون العقوبات<sup>(1)</sup> كما الوضع في فرنسا، حيث اعتُبرت السرية المصرفية جزء لا يتجزأ من السر المهني<sup>(2)</sup>. بهذا يكون قانون السرية المصرفية اللبناني أكثر شمولية وصلابة من القانون الفرنسي الذي جعل من السر المهني الإطار القانوني للسرية المصرفية، مما ضيق مجال عملها وجعلها تحمل إستثناءات كثيرة أفقدتها مميزات قانون السرية اللبناني، والتي من أهمها منع أي مصرف من إعطاء معلومات عن الزبائن لأي جهة حتى لو كانت قضائية، مما جعل القانون اللبناني أكثر شمولية وصلابة، فتفوق بسريته على قانون السرية السويسري الذي يسمح للسلطة القضائية بطلب رفع السرية المصرفية.

ولكن وإن كان الغرض من السرية المصرفية جذب رؤوس الأموال وتطوير القطاع المصرفي فلا يمكن إعتبار السرية المصرفية غطاءً للأموال أو الأعمال غير المشروعة، خاصةً في ظل التطور والعولمة الإقتصادية التي جعلت الشفافية من المستلزمات القانونية العالمية لمكافحة التهرب وعدم الإمتثال الضريبي.

فكان من الواجب إقامة التوازن بين أحكام السرية المصرفية كنظام قانوني شامل ومطلق وبين متطلبات مكافحة الجرائم والفساد. مما أخرج قانون السرية المصرفية إلى الضوء مجدداً، فطالب البعض بتعديله عبر اقتراح مشروع قانون طرح في مجلس النواب في عام 2019 وجوبه بالرفض، كون السرية المصرفية جوهر النظام المصرفي اللبناني وأساس ازدهاره فتعديلها يؤثر سلباً عليه.

وقد شكل هذا المنطق تناقضاً على الصعيد العملي، فكيف يمكن للسلطة التشريعية رفض تعديل السرية المصرفية من أجل مكافحة الفساد، بينما هي نفسها قد أقرت تعديلات

---

(1) "من كان بحكم وضعه، او وظيفته، او مهنته او فنه، على علم بسر وافشاه دون سبب شرعي او استعمله لمنفعته الخاصة او لمنفعة آخر عوقب بالحبس سنة على الأكثر وبغرامة لا تجاوز الاربعمائة الف ليرة اذا كان الفعل من شأنه ان يسبب ضرراً ولو معنوياً"

(2) L511-33 dispose: « Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel. »



جوهرية وإن كانت غير مباشرة عبر قوانين مختلفة لأحكام السرية المصرفية، وتغاضت عن بعض التعاميم الصادرة عن جمعية المصارف والتي تخالف أحكام القانون بل تشكل خرقاً واضحاً لقانون ١٩٥٦.

فلماذا هذه الإستتسابية في تعديل قانون السرية المصرفية، حيث توضع القيود في كل مرة نكون أمام تنفيذ قانون أجنبي (كقانون الإمتثال الضريبي الأمريكي) ويرفض التعديل في كل مرة يكون الهدف منه داخلي لتعزيز الشفافية ومكافحة الفساد. وهذا ما جعل البعض يلجأ إلى بدعة لا مفاعيل قانونية لها لجهة الإبراء من الفساد ألا وهي التنازل الطوعي عن السرية المصرفية.

مما طرح إشكاليات عديدة، لجهة أهمية قانون السرية المصرفية، فإلى أي مدى ممكن إعتبار السرية المصرفية في القانون اللبناني شاملة ومطلقة وما هي القيود المفروضة على أحكام السرية ومدى جواز الاستتسابية في وضعها. وإلى أي مدى ممكن الإبقاء على السرية المصرفية مطلقة، خاصة في ظل إزدیاد طلب المنظمات العالمية بضمان الشفافية ومكافحة الجرائم المالية؟ وما تأثير التعديلات القانونية الأخيرة على التطبيقات العملية للسرية المصرفية؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سنقسم دراستنا إلى قسمين نتناول في القسم الأول أهمية السرية المصرفية كونها جوهر القطاع المصرفي اللبناني وفي القسم الثاني قيود السرية الاستتسابية والمحدودة بمكافحة الفساد والمتطلبات الدولية.

### • القسم الأول: السرية المصرفية جوهر النظام المصرفي اللبناني

بموجب قانون السرية المصرفية اللبناني تلتزم المصارف بالسرية المطلقة حماية لخصوصية حسابات الزبائن المودعين لديها، فتمتتع عن إعطاء أي معلومة لأي شخص تتعلق بالعمليات المصرفية للزبون. من هنا اعتُبر قانون السرية مطلق (الفصل الثاني) ذو تطبيق شامل (الفصل الأول) يتخطى قوانين بلاد كثيرة من حيث نطاق تطبيقه وشموليته.

## الفصل الأول: السرية المصرفية: نظام ذو تطبيق شامل

يتألف قانونا السرية المصرفية من ١٠ مواد أرسيت أسساً جديدة لنظام مصرفي قائم على الخصوصية والسرية الشاملة والمطلقة، حيث منع القانون كشف أي معلومة عن الزبائن أو الأمور المتعلقة بهم لأي شخص فرداً كان أم سلطة عامة إدارية أو عسكرية أو قضائية، وتمتد شمولية تطبيق هذا القانون، لتطال فئة كبيرة من الأشخاص الملزمين وكثير من المستفيدين، بكل ما يتعلق بالعمليات المصرفية مهما كانت أهميتها.

### أ- شمولية الأشخاص الملزمين بالسرية

نظراً لكون قانون السرية ذو تطبيق شامل، فإنه يمتد في تطبيقه ليشمل جميع المصارف المؤسسة في لبنان والمصارف التي هي فروع لشركات أجنبية باعتبارها أشخاص معنوية<sup>(1)</sup>. إضافة إلى مديري ومستخدمي المصارف وكل من له إطلاع بحكم صفاته أو وظيفته بأي طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية<sup>(2)</sup>.

تكريساً لتطبيق الشامل لقانون السرية المصرفية وإضافةً إلى الأشخاص الملزمين بالسرية والمذكورين سابقاً في في المادتين ١ و ٢ منه، نصت المادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف على: " كل شخص ينتمي أو كان انتمى الى المصرف المركزي، بأية صفة كانت، أن يكتم السر المنشأ بقانون 3 ايلول سنة 1956.

ويشمل هذا الموجب جميع المعلومات وجميع الوقائع التي تتعلق ليس فقط بزبائن المصرف المركزي والمصارف والمؤسسات المالية وإنما ايضا" بجميع المؤسسات المذكورة نفسها والتي يكون اطلع عليها بانتمائه الى المصرف المركزي."

---

(1) نصت المادة 1 من قانون السرية المصرفية اللبناني على: " تخضع لسر المهنة المصارف المؤسسة العاملة في لبنان على شكل شركات مغلقة والمصارف التي هي فروع لشركة أجنبية شرط أن تحصل هذه المصارف اللبنانية والأجنبية على موافقة خطية يعطيها وزير المال لهذه الغاية. يستثنى من أحكام هذا القانون مصرف التسليف الزراعي والصناعي والعقاري."

(2) نصت المادة الثانية من قانون السرية المصرفية اللبناني على: " ان مديري ومستخدمي المصارف المشار اليها في المادة الاولى وكل من له اطلاع بحكم صفته او وظيفة بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية يلزمون بكتمان السر اطلاقاً لمصلحة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم افشاء ما يعرفونه عن اسماء الزبائن واموالهم والامور المتعلقة بهم...."

يلزم أيضاً مفوضو المراقبة بكتمان السر المصرفي على غرار الاشخاص المشار اليهم بالمادة الثانية من قانون 3 أيلول سنة 1956<sup>(1)</sup>.

كما يلزم جميع موظفي دائرة الرقابة على المصارف، لصالح المصارف وزبائنها، بكتمان السر المفروض بالمادة الثانية من قانون 3 ايلول 1956، حتى اتجاه الاشخاص المنتمين الى دوائر المصرف الاخرى، باستثناء الحاكم.<sup>(2)</sup>

إضافة الى الأشخاص السابق ذكرهم في قانون السرية المصرفية وقانون النقد والتسليف، هنالك آخرين ملزمين بالسرية بموجب قوانين مهنتهم ككتاب العدل مثلا، فقد قضت محكمة التمييز الجزائرية<sup>(3)</sup>، أنه وبناءً لاحكام المادتين 2 و 8 من قانون السرية المصرفية، اضافة الى المادة 37 من نظام كتاب العدل" ان كاتب العدل هو من الأشخاص الملزمين بالسرا المهني، ما يخرجهم من دائرة الأشخاص الذين يشكل اطلعاعهم على الحسابات المصرفية، افشاء للسر". بالاضافة الى ذلك اعتبرت محكمة التمييز، أن اذار الزبون بواسطة كاتب العدل، بوثيقة تظهر تفاصيل حساباته مع أرقامها، لايمثل القصد الجرمي، الرامي إلى افشاء السر المصرفي، بالرغم من وجود اتفاق عقدي ينص على الابلاغ بواسطة كتاب مضمون."

يتبين مما تقدم أن كل شخص تسمح له وظيفته بالإطلاع على معاملات مصرفية سواء كان مصرفياً أو لا يكون ملزم بشكل تام بأحكام قانون السرية المصرفي تحت طائلة العقوبات الجزائية.

---

(1) المادة 190 من قانون النقد والتسليف.

(2) بحسب المادة 148 من قانون النقد والتسليف: " يعهد بالرقابة على المصارف الى دائرة في المصرف المركزي منفصلة ومستقلة تماما عن بقية دوائره ومرتبطة مباشرة بالحاكم. يحلف جميع موظفي هذه الدائرة ويلزمون، لصالح المصارف وزبائنها، بكتمان السر المفروض بالمادة الثانية من قانون 3 ايلول 1956، حتى تجاه الاشخاص المنتمين الى دوائر المصرف الاخرى، باستثناء الحاكم، على ان لا يحول ذلك دون تطبيق المادة 151"

(3) تمييز جزائي حكم رقم 101 الصادر بتاريخ 2006/03/23 منشور على موقع [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)

## ب- المستفيدين من قانون السرية المصرفية

مما لا شك فيه أن المودعين من الزبائن هم المستفيدين من أحكام السرية وهذا ما ورد في المادة ٢ من قانون السرية التي نصت: " أن مديري ومستخدمي المصارف.... يلزمون بكتمان السر اطلاقاً لمصلحة زبائن هذه المصارف....".

ولكن نظرية الزبون طرحت الاشكالية التالية: من هم الأشخاص الذين من الممكن اعتبارهم زبائن مشمولين بأحكام المادة ٢ السابق ذكرها، هل هم فقط الأشخاص الذين لديهم حساب في مصرف محدد أو هم الأشخاص الذين يقومون بأي معاملة مصرفية حتى لو لم يكن لديهم حساب أو علاقة سابقة مع المصرف؟

للجواب عن هذا السؤال لا بد لنا من العودة إلى بعض الاجتهادات التي حددت مفهوم الزبون.

فقد اعتبر القاضي المنفرد الجزائري في بيروت " أن العلم والاجتهاد في لبنان إعتبراً أن كل من يتصل بالمصرف إتصلاً مباشراً ولو لعملية واحدة ولو لم يختار هو المصرف بالذات، زبوناً يقتضي كتمان العمليات المصرفية التي يقوم بها ويكتسب بالتالي صفة الزبون منذ أول عملية يجريها مع المصرف، وهكذا يعتبر زبوناً من يتقدم من المصرف لقبض تحويل أو مبلغ مودع في المصرف أو لقبض شك يمثل مبلغاً مودعاً في هذا المصرف." (1)

وتأكيداً على تطبيق نظرية الزبون بشكل واسع فقد جاء في حكم لشورى الدولة ما يلي "...وبما أن المادة الثانية المار ذكرها من قانون سرية المصارف جاءت تفرض على المصارف ومستخدميها، من أي رتبة كانوا، السر المطلق فيما يتعلق بعلاقة المصرف بزبائنه وبجميع المعاملات والاعمال التي تخصهم وقد شملت هذه المادة جميع زبائن المصارف أكانوا زبائن عاديين ودائمين أم زبائن عرضيين...." (2)

(1) حكم القاضي المنفرد الجزائري في بيروت حكم رقم 501 تاريخ 1971/11/23، مالك عبلا، "النظام القانوني للمصارف وللمهين التابعة للمهن المصرفية في لبنان" 1997. ص.345.

(2) منشور على موقع شورى حكم رقم: 100 / 1983 تاريخ الجلسة 1983/02/23 www.legiliban.ul.edu.lb

بناءً على ما تقدم نلاحظ أنه ومن أجل تطبيق أوسع وحماية شاملة متجانسة مع روحية السرية المصرفية، إعتد الإجتهد نظرية لا تعتمد تكرار العمليات أو الاتصال المتكرر مع المصرف كمعيار من أجل إسباغ صفة الزبون<sup>(1)</sup>، انما إعتبر كل من يتصل بالمصرف عرضياً ولو بعملية واحدة زبوناً يستفيد من أحكام السرية المصرفية. بناءً عليه، فإن الزبون هو الشخص الذي يتصل بالمصرف إتصلاً مباشراً أو عرضياً ولو بعملية واحدة وحتى لو لم يكن لديه حساب مصرفي لدى المصرف مكان العملية.

### ج- العمليات المصرفية المشمولة بالسرية

إن شمولية تطبيق قانون السرية المصرفية اللبناني على الأشخاص المستفيدين كما الأشخاص الملتزمين به، تمتد أيضاً على جميع أموال والمعلومات والمعاملات والمراسلات المصرفية، وكل الأمور المتعلقة بالزبون وذلك تطبيقاً للمادة الثانية من قانون السرية التي نصت على أنه: "... لا يجوز إفشاء ما يعرفونه (مديري ومستخدمي المصارف) عن أسماء الزبائن وأموالهم والأمور المتعلقة بهم لأي شخص...."

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قصد تطبيق السرية بشكلٍ شامل، حيث أنه حظر إفشاء أي معلومة مهما كان نوعها تحت طائلة العقوبة. فعكس ما يفكر البعض فإن السرية لا تتعلق فقط بقيمة الأموال الموجودة لدى المصرف إنما تشمل أي معلومة أو معاملة أو مراسلة مصرفية أو حساب مصرفي مهما كان نوعه.

تطبيقاً لذلك فقد إعتبرت محكمة التمييز الجزئية<sup>(2)</sup> أن "الموظف في بنك بيروت الرياض قد اقدم على مخالفة قانون سرية المصارف بالاستحصال على رقم ورصيد حساب الزبون أ.م بالدولارات واعطائه الى ر. ن وانه قبض من هذا الاخير بواسطة والدته لقاء هذه الخدمة

---

(1) v. Fady Nammour, Droit Bancaire (Réglementation, Comptes, opérations, services), 2010, p.146

(2) تمييز جزائي حكم رقم 79 الصادر بتاريخ 1973/02/22 منشور على موقع [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)

مبلغ عشرين الف ليرة لبنانية. وحيث أنه يقتضي وصف هذه الافعال التي قام بها المدعى عليه بافشاء سرية المصارف ينطبق على المادة 8 من قانون سرية المصارف".  
وتأكيداً على تطبيق النظرية الشاملة للمعلومات المشمولة بالسرية، فقد جاء في حكم لشورى الدولة<sup>(1)</sup> ما يلي: "وبما أن المادة الثانية المار ذكرها من قانون سرية المصارف جاءت تفرض على المصارف ومستخدميها، من أي رتبة كانوا، السر المطلق فيما يتعلق بعلاقة المصرف بزبائنه وبجميع المعاملات والاعمال التي تخصهم وقد شملت هذه المادة جميع زبائن المصارف أكانوا زبائن عاديين ودائمين أم زبائن عرضيين كما أن هذه المادة لم تحصر السرية بأصحاب الودائع والحسابات الدائنة بل أنها شملت جميع المعاملات المصرفية من أي نوع كانت ولم تفرق اطلاقاً بين الحسابات الدائنة والحسابات المدينة...".  
و مما يدل على أن المشتري اللبناني أراد اعطاء قانون سرية المصارف مدى واسعاً وشاملاً أنه طبق السرية على جميع الحسابات لدى المصارف أكان حساباً جارياً أو مالياً مودعاً، إذ أنه أعطى الزبائن امكانية استئجار خزائن حديدية<sup>(2)</sup> في المصارف، لايحق لاحد الاطلاع على محتوياتها حتى المصرف ذاته. وقد شمل القانون هذه الخزائن بالسرية المطلقة كما الحسابات المرقمة<sup>(3)</sup> تماماً، فقد نصت المادة 3 من قانون السرية على أنه: "...يحق أيضاً لهذه المصارف أن توجر خزائن حديدية تحت أرقام بالشروط ذاتها". أي بالشروط ذاتها الخاصة بفتح حسابات ودائع مرقمة الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة. وبالتالي فإن المشتري اللبناني قد حرص ولا يزال يحرص على إدخال عقد إجارة الصناديق في المصارف، ضمن نطاق سرية المصارف فيمنع على المصرف البوح لأي كان وحتى الدوائر المالية المختصة باسم او برقم مستأجر الصندوق الحديدي لديه.<sup>(4)</sup>  
بناءً على ما تقدم، لا يسعنا القول إلا أنه ومن الواضح أن المشرع اللبناني قصد إحاطة قانون السرية بالكثير من الخصوصية، فجاءت مواده القانونية واسعة لتشمل كل أنواع

(1) حكم لمجلس الشورى، منشور سابقاً ص.5

(2) سيتم دراسة النظام القانوني للخزائن الحديدية في القسم الثاني.

(3) أنظر لاحقاً، ص.16

(4) حكم لمجلس الشورى، منشور سابقاً ص.5

المعلومات والمعاملات المصرفية للزبون سواء كانت على شكل حسابات نقدية أو مالياً مودعاً وحتى مقتنيات خاصة مودعة في خزائن حديدية. إن أحكام السرية المصرفية بصفتها جوهر القطاع المصرفي اللبناني لم تأت شاملة فقط كما بينا سابقاً، إنما تميزت أيضاً بكونها أحكاماً مطلقة.

### الفصل الثاني: السرية المصرفية نظام خاص ومطلق

يكتسب قانون السرية المصرفية صفة الخصوصية بسبب استقلاله التامة عن بعض القوانين والأنظمة المشابهة له مثل السر المهني، لذلك أعطى المشرع السرية المصرفية خاصية مميزة، فجعل منها نظاماً مطلقاً ينافس القوانين الأجنبية لا سيما القانون السويسري الأشهر في هذا المجال.

وقد برزت الصفة المطلقة للسرية المصرفية من عدة جوانب: أولاً، عبر إعطاء الزبون حق فتح حسابات مرقمة والتي تعتبر الخاصة الأساسية للسرية المصرفية في القانون السويسري، ثانياً، عبر منع القاء الحجز على أموال المودع ثالثاً، عبر منع إفشاء السرية إلى أي سلطة كانت، رابعاً، إعتبار إفشاء السرية جرم جزائي يعاقب عليه بالحبس.

#### أ- الحسابات المرقمة ركيزة قانون السرية المصرفية اللبناني

تتخطى ميزات قانون السرية المصرفية اللبناني صفات الشمولية لتصبح إلى حد كبير مطلقة. إذ أعطى القانون الزبون إمكانية فتح حسابات ودائع مرقمة، فنصت المادة ٣ على أنه: "يحقّ للمصارف أن تفتح لزيائنها حسابات ودائع مرقمة لا يعرف أصحابها إلا المدير القائم على المصرف أو وكيله، ولا تعلن هوية صاحب العلاقة إلا بإذنه الخطي...". ومن ميزات هذا النوع من الحسابات ليس فقط سريته إتجاه الغير كما ورد في المادة ٢، بل عدم معرفة هوية صاحب هذا النوع من الحسابات إلا من قبل المدير القائم على إدارة المصرف أو وكيله تطبيقاً للمادة (٣) فلا تعلن هوية صاحب الحساب المرقم إلا بإذنه الخطي أو إذن ورثته.

فالحساب المرقم على عكس الحساب العادي لا يكون مرتبطاً باسم صاحبه إنما برقم أو رمز محدد، (من هنا تسميته بالحساب المرقم) لا يعرفه إلا مدير المصرف. مما يعني أن هذا الحساب يبقى سرياً حتى من موظفي المصرف الذين لا يعرفون بوجود هكذا حسابات ولا هوية أصحابها.

وقد أعطى وجود الحسابات المرقمة في النظام المصرفي اللبناني طابع مطلق لسرية هوية الزبائن وساهم جدياً بجذب رؤوس الأموال من الداخل والخارج.

#### ب- منع إفشاء السرية المطلق لأي سلطة

هنا يكمن الفرق الأساسي بين القانون اللبناني والقوانين الأجنبية خاصة القانون السويسري الأكثر شهرة في مجال السرية المصرفية، إذ أن المادة ٢<sup>(1)</sup> من قانون السرية لمصرفية اللبناني منعت المصرف من إفشاء أي معلومة لأي شخص فرداً كان أم سلطة عامة إدارية أو عسكرية أو قضائية. بالتالي فالسلطة القضائية لا تستطيع طلب رفع السرية المصرفية إلا في حالة وحيدة نصت عليها المادة ٧ وهي حالة الاثراء غير المشروع التي سيتم التطرق إليها في القسم الثاني.

وبالتالي لا يحق لأي سلطة عامة الطلب من المصرف افشاء أي معلومة تعود إلى أحد الزبائن، بل بالعكس على المصارف التذرع بالسرية المصرفية في كل مرة يتم طلب رفعها من أية سلطة كانت وإن كانت سلطة قضائية<sup>(2)</sup> تحت طائلة المساءلة القانونية. تطبيقاً لهذا المبدأ وبحسب المادة الرابعة من قانون السرية<sup>(3)</sup>، لا يجوز إلقاء أي حجز على الأموال والموجودات المودعة لدى المصارف إلا بإذن خطي من أصحابها.

---

(1) المادة 2: "...ولا يجوز لهم افشاء ما يعرفونه من اسماء الزبائن واموالهم والامور المتعلقة بهم لاي شخص فردا كان ام سلطة عامة ادارية أو عسكرية أو قضائية..."

(2) إلا في حالة استثنائية وخاصة منصوص عليها قانوناً وسيتم التطرق لها في القسم الثاني من هذه الدراسة.

(3) مع الأخذ بعين الاعتبار المادة 887 أ.م.م التي تنص "مع مراعاة احكام قانون سرية المصارف لا يجوز حجز احد عناصر الحساب الجاري على وجه الاستقلال وانما يجوز حجز الرصيد، ويكون من شأن ابلاغ الحجز الى المحجوز لديه وقف الحساب وتصفيته، لغاية تنفيذ الحجز، على اساس المعاملات السابقة ولو لم تكن قد تقيدت فيه"



كما وبحسب المادة 11 من المرسوم رقم 2002/7339 المتعلق بتحديد دقائق تطبيق احكام القانون رقم 379 تاريخ 2001/12/14 (الضريبة على القيمة المضافة) "لا يجوز لأي كان بمن فيه الادارات الرسمية التذرع بسر المهنة للحؤول دون تمكين الموظف المختص من مراجعة الدفاتر والفواتير وغيرها من المستندات التي تسمح بالتحقق من صحة استيفاء الضريبة، وذلك مع مراعاة احكام القانون الصادر بتاريخ 3 ايلول 1956 والمتعلق بالسرية المصرفية."

وقد جاء هذا المبدأ تكريساً لما نصت عليه المادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف، لجهة أنه يحظر تحظيراً باتاً على مراقبي المصرف المركزي، بمناسبة ممارستهم رقابتهم أن يستطلعوا أي أمر من الامور ذات الصفة الضرائبية او أن يتدخلوا فيها أو أن يخبروا عنها أي شخص كان.

بالتالي في كل مرة تتعلق المعلومات بحسابات مصرفية يتم تضيق صلاحية الموظف بمراجعتها على عكس السر المهني الذي يتم تعليق العمل به لأسباب ضريبية. يتبين مما تقدم أن أحكام السرية المصرفية جاءت شاملة ومطلقة وتم تكريسها حتى في قوانين متفرقة كما ذكرنا أعلاه، حيث يتم أخذ قانون السرية المصرفية بعين الاعتبار في كل مرة يتم طلب السلطات الإدارية مراجعة معلومات تتعلق بالمكلفين.

### ج- إفشاء السرية: جرم جزائي

وبما أنه لا يكون لأي من القوانين مفاعيل رادعة إلا عند فرض عقوبات على الإخلال بها، فقد اعتُبر كل إفشاء لأحكام قانون السرية المصرفية عن قصد جريمة جزائية، يعاقب مرتكبها بالحبس. وقد حدد المشرع مدة العقوبة بحسب الشخص المرتكب فجاءت المادة ٨ من قانون السرية المصرفية تحدد مدة الحبس من ثلاثة أشهر حتى سنة.

أما المادة ٢٠٣<sup>(1)</sup> من قانون النقد والتسليف فقد فرضت عقوبة أقصى على كل من يفشي السرية من مفوض المراقبة وجميع موظفي دائرة المصرف المركزي وكل شخص ينتمي أو كان ينتمي إلى المصرف المركزي بأية صفة، بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين. ولعل السبب وراء قساوة العقوبة المفروضة في قانون النقد والتسليف هي صفات الأشخاص المولجين بكنم السرية، باعتبارهم من ضمن الهيئات الإدارية في المصرف المركزي والمولجين مباشرةً بتطبيق القوانين المصرفية خاصةً ضمن عملهم الرقابي على المصارف التجارية.

ولم يكتف المشرع بمعاقبة الفعل إنما الشروع بالجريمة أيضاً، فنصت المادة ٨ على أن: "الشروع بالجريمة معاقب عليها بنفس العقوبة".

إضافة إلى عقوبة الحبس يبرز نوع آخر من العقوبات فرضته المادة ٢٧ من قانون النقد والتسليف، حيث يمنع على أي شخص أن ينشئ أو أن يدير أو يكون مستخدماً لدى مصرف، إذا حكم عليه لمخالفته أحكام قانون 3 ايلول سنة 1956 المتعلق بسرية المصارف. على أن تطبق أحكام هذه المادة على المصرف المركزي أيضاً.

يتبين مما تقدم أن السرية المصرفية في القانون اللبناني تتميز بكونها شاملة ومطلقة، يستفيد منها كل الزبائن لدى مصرف لبناني أو مصرف أجنبي في لبنان حيث يمنع على المولجين معرفة السر إفشائه إلى أية سلطة كانت.

فصحيح أن الهدف الأساسي من وضع هذا القانون هو حماية الزبون وتشجيع المدخرين على إيداع أموالهم في المصارف اللبنانية، لكن هذه الحماية تبقى خاصة ولمصلحة الزبائن ولا تتعلق بالنظام العام، إذ أنه ومن جهة، فإن النيابة العامة لا تتحرك إلا بناءً على شكوى المتضرر، ومن جهة ثانية للمستفيد من أحكام السرية التخلي عنها بإذن خطي. وكون أحكام السرية المصرفية لا تتعلق بالنظام العام يجعل من قانون ١٩٥٦ خاضع لبعض

---

(1) المادة 203 يعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين كل من يفشي سرية المصارف من الأشخاص المشار إليهم في المواد 148 و151 و155 و190 ولا يحول ذلك دون تطبيق المادتين 127 و 185

القيود التي تزداد يوماً بعد يوم، بهدف تعزيز الشفافية ومكافحة الجرائم. مما يطرح تساؤلات كثيرة لجهة الاسباب وراء اقرار بعض القيود دون الاخرى.

### • القسم الثاني: السرية المصرفية: قيود إستثنائية محدودة بمكافحة الفساد والمتطلبات الدولية

بما أن الهدف الأساسي للسرية المصرفية تشجيع المدخرين على الإستثمار وتعزيز دور القطاع المصرفي اللبناني على الصعيد الإقليمي والدولي، ونتيجة تزايد الأعمال غير المشروعة وانعدام الشفافية، وضع القانون إستثناءات محدودة على مبدأ السرية المصرفية المطلق حتى لا تؤخذ السرية ذريعة لغطاء أعمال غير مشروعة تتعلق بالفساد وتخرج عن الهدف الذي من أجله وجدت. لذلك تم وضع قيوداً محدودة في قانون السرية المصرفية الصادر عام ١٩٥٦ من جهة (الفصل الأول) وفي قوانين أخرى متفرقة من جهة ثانية (الفصل الثاني)

### الفصل الأول: السرية المصرفية ذات قيود محدودة بموجب قانون ١٩٥٦

تطبيقاً لنص المادة ٢ من قانون سرية المصارف ممكن رفع السرية المصرفية بحالات قانونية حكمية (أ) أو طوعاً (ب) طالما أن هذا القانون موضوع لمصلحة العملاء ولا يتعلق بالنظام العام كما بيّنا سابقاً.

#### أ- رفع السرية الحكمي

نص قانون السرية المصرفية اللبناني على حالاتٍ محدودة ممكن من خلالها للمصرف أن يرفع السرية المصرفية عن الزبون حمايةً لحقوق الغير من الدائنين (كحالة الإفلاس مثلاً) أو حمايةً لحقوق المصرف، إضافةً إلى دعوى الاثراء غير المشروع، وسنقوم بدراسة هذه الحالات تباعاً.

## - إفلاس العميل

تطبيقاً لأحكام المادتين ٢ و3 يجوز رفع السرية المصرفية من المصرف في حالة إفلاس العميل<sup>(1)</sup> لما يترتب عن هذه الحالة من نتائج ممكن أن تلحق الضرر بجماعة الدائنين، لذلك يتم غلّ يد المفلّس عن أمواله وتعيين وكيل تفليسة يطلع على العمليات المصرفية والحسابات المصرفية والأموال المودعة لدى المصارف ويقوم مقام الشخص المفلّس من أجل سداد الديون المتوجبة بذمته لمصلحة الدائنين. والهدف من هذا الإستثناء، منع المفلّس الذي لم يعد له الأهلية اللازمة لإدارة أمواله من تهريبها وحرمان الدائنين من التنفيذ عليها<sup>(2)</sup>.

المبدأ ذاته تم تكريسه في المادة ١٥ من القانون رقم ٦٧/٢ المتعلق بإخضاع المصارف التي تتوقف عن الدفع لأحكام خاصة، حيث نصت على إعتبار مديري المصرف وأعضاء مجلس الإدارة ومفوضي المراقبة وبمجرد قبولهم الوظائف المسندة اليهم أنهم تنازلوا عن أحكام السرية المصرفية فور توقف المصرف عن الدفع.

ولنفس السبب يتم رفع السرية المصرفية عن الحسابات المدينة لدى المصرف الذي وضع قيد التصفية الذاتية لصالح مصرف لبنان من دون إمكان التذرع بالسرية المصرفية، وذلك تسهيلاً لمصرف لبنان من مراقبة التصفية وللتحقق من التوازن بين المطلوبات والموجودات، حفاظاً على حقوق المودعين وتطبيقاً للمادة ٢ البند الثاني من القانون رقم ٩١/١١٠<sup>(3)</sup> وبهذه الحالة لا يقيد حاكم مصرف لبنان بالمادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف لجهة المعلومات المتعلقة بالمصرف.

بناء عليه حكمت محكمة الإستئناف المدنية<sup>(4)</sup> بإلزام لجنة تصفية مصرف متوقّف عن الدفع بإعطاء صورة طبق الاصل عن تقريرها لذي المصلحة، سنداً للمادة 203 من قانون

(1) مالك عبلا، "النظام القانوني للمصارف وللمهن التابعة للمهن المصرفية في لبنان" 1997. ص.258.

(2) Gavalda et Stoufflet, Droit bancaire( Institutions-Comptes-Opérations-Services), Litec,2009, p.138

(3) كما أصبحت بموجب المادة الأولى من القانون رقم ٥٨ تاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٨

(4) إستئناف مدني حكم رقم ٣٤٤/١٩٩٩، منشور على موقع

اصول المحاكمات المدنية، لأن تقريرها لا يتّصف بالسرية المصرفية، لأنه لا يتضمّن أسماء الزبائن بل يتناول الوضع المالي للمصرف وأسباب توقّفه عن الدفع، وهو لم يصدر في مرحلة تمهيدية بل بعد أن أصبح المصرف متوقّفاً عن الدفع.

#### - تبادل المعلومات بين المصارف

إن تبادل المصارف للمعلومات الخاصة بالعملاء فيما بينها والمتعلقة بحسابات الزبائن المدينة حصراً، جائز وتم تكريسه في المادة ٦ من قانون السرية المصرفية التي نصت على أنه: "يجوز للمصارف المشار إليها في المادة الأولى صيانة لتوظيف أموالها أن تتبادل فيما بينها فقط وتحت طابع السرية المعلومات المتعلقة بحسابات زبائنها المدينة." لا بد من التوضيح هنا أن هذه الحالة تفرضها طبيعة العمل المصرفي والهدف منها معرفة مدى ملاءة الزبون عند درس الطلبات الخاصة بالقروض وذلك عبر تبادل المعلومات التي تتعلق بالحسابات المدينة للعميل. لذلك أناط مصرف لبنان مهمة جمع المعلومات بالمصلحة المركزية للمخاطر المصرفية<sup>(1)</sup> الذي يتمحور عملها حول جمع المعلومات عن الزبائن المدينين لدى مختلف المصارف والمؤسسات المالية ومنحها للمصرف أو المؤسسة المالية، وذلك من أجل تسهيل عملية مراقبة وإدارة ملفات القروض من قبل المقرضين، إضافة إلى مصلحة العملاء المتخلفين عن الإيفاء<sup>(2)</sup> والتي غايتها إظهار أسماء العملاء المتخلفين عن الإيفاء وتوزيعها على جميع المصارف بهدف منعهم من الحصول على دفاتر شيكات وذلك لتقليص ظاهرة الشيكات المرتجعة.

مع العلم أنه عند تداول هذه المعلومات يبقى كل من المصرف المركزي والمصارف المستفيدة منها، ملزمين بالسرية المصرفية، فلا يجوز تبادل هذه المعلومات مع أي شخص ثالث وكل مصرف عند تلقيه معلومات عن أحد الزبائن يحفظها لتسيير العمل المصرفي

---

(1) أنشئت المصلحة المركزية للمخاطر المصرفية بموجب المرسوم رقم / 9860 / تاريخ 25 حزيران 1962  
(2) أنشئت مصلحة العملاء المتخلفين عن الإيفاء بموجب التعميم للمصارف رقم 20 المرفق بالقرار 6060 تاريخ 95/11/25.

الداخلي ولا يحق له إفشأها للغير وذلك تطبيقاً للمواد (1)148 - (2)151 و - (3)190 من قانون النقد والتسليف.

### - زوال موجب السر المصرفي في الدعاوى بين المصرف والعميل

نصت المادة 2 من قانون السرية المصرفية: "إن مديري ومستخدمي المصارف المشار إليها في المادة الأولى وكل من له اطلاع بحكم صفته أو وظيفة بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية يلزمون بكتمان السر اطلاقاً، لمصلحة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم افشاء ما يعرفونه... إلا إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها."

فكي لا يصبح السر المصرفي عائناً في تحصيل المصارف لحقوقها من العميل عند نشوء نزاع قضائي بينهما، أعفى القانون المصرف من موجب حفظ السر المصرفي بالنسبة للعملية المصرفية موضوع النزاع والعمليات المتلازمة معها وأمام المحاكم الباتة فيها حصراً. فقد إعتبرت محكمة الاستئناف الجزائرية<sup>(4)</sup> في بيروت أن: "إبراز المصرف ما يفيد انه دفع مستحقات الموظف المصروف من العمل تعسفا في إطار نزاع قضائي امام مجلس

---

(1) نصت المادة 148: "يعهد بالرقابة على المصارف الى دائرة في المصرف المركزي منفصلة ومستقلة تماما عن بقية دوائره ومرتبطة مباشرة بالحاكم.

يحلف جميع موظفي هذه الدائرة ويلزمون، لصالح المصارف وزبائنهم، بكتمان السر المفروض بالمادة الثانية من قانون 3 ايلول 1956، حتى تجاه الاشخاص المنتمين الى دوائر المصرف الاخرى، باستثناء الحاكم، على ان لا يحول ذلك دون تطبيق المادة 151.

(2) نصت المادة 151 على "كل شخص ينتمي او كان انتمى الى المصرف المركزي، بأية صفة كانت، ان يكتم السر المنشأ بقانون 3 ايلول سنة 1956 ويشمل هذا الموجب جميع المعلومات وجميع الوقائع التي تتعلق ليس فقط بزبائن المصرف المركزي والمصارف والمؤسسات المالية وانما ايضا بجميع المؤسسات المذكورة نفسها والتي يكون اطلع عليها بانتمائه الى المصرف المركزي".

(3) نصت المادة 190: "يلزم مفوضو المراقبة بكتمان السر المصرفي على غرار الاشخاص المشار اليهم بالمادة الثانية من قانون 3 ايلول سنة 1956."

(4) محكمة الاستئناف الجزائرية في بيروت الغرفة الثامنة تاريخ 2013/4/24 منشور على موقع

العمل التحكيمي لا يدخل ضمن افشاء السرية المصرفية انما يأتي في معرض الدفاع لاحتساب تعويض الصرف التعسفي والبت بالدعوى".

#### - دعاوى الإثراء غير المشروع

لطالما كان قانون السرية المصرفية عرضةً للكثير من الانتقادات، لكون البعض يعتبره سبب في تفشي الفساد وانعدام الشفافية من جهة وغطاءً يمنع ملاحقة الفاسدين كون القضاء لا يستطيع طلب رفع السرية المصرفية من جهة أخرى. ولعل الدليل على أنه ليس من هدف قانون السرية تغطية أعمال مشبوهة وغير قانونية هو ما ورد في نص المادة 7 من قانون 1956 حيث جاء فيها: "لا يمكن للمصارف المشار إليها في المادة الأولى أن تنتزع بسر المهنة المنصوص عليه في هذا القانون بشأن الطلبات التي توجهها السلطات القضائية في دعاوى الإثراء غير المشروع المقامة بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 38 تاريخ 18 شباط سنة 1953 وقانون 14 نيسان سنة 1954".

تشكل دعاوى الإثراء غير المشروع إذاً الإستثناء الحقيقي على موجب السرية المطلق، مع العلم أن قانون الإثراء غير المشروع يعود للقانون الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 38 تاريخ 18 شباط سنة 1953 وقانون 14 نيسان سنة المتعلق بالتصريح المطلوب تقديمها والذي تم دمجها نظراً لتلازمهما وتكاملهما بقانون رقم 154 تاريخ 1999/12/27.

فالهدف الأساسي من هذا القانون كما ورد في الأسباب الموجبة له، ترسيخ دولة القانون والشفافية في العمل العام ومكافحة الفساد. وتماشياً مع ما تقدم نصت المادة 8 من قانون الإثراء غير المشروع أنه: "في دعاوى الإثراء غير المشروع وخلافاً لكل نص لا تحول دون الملاحقة الجزائية الأذونات او التراخيص المسبقة الملحوظة في القوانين مع مراعاة احكام الدستور".

وبالتالي يحق للقضاء عند البت في دعوى الإثراء غير المشروع الطلب من المصارف رفع السرية المصرفية عن حسابات المدعى عليه تطبيقاً للمادة 7 من قانون السرية والمادة 8 من قانون الإثراء غير المشروع.

تجدر الإشارة أنه عملياً لم يتم حتى الآن طلب رفع السرية المصرفية إستناداً إلى دعاوى الإثراء غير المشروع بسبب فقدان قانون الإثراء غير المشروع لآلية عملية تسمح بتطبيقه.

### - قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب رقم 2001/318

بعد وضع لبنان على لائحة البلاد غير المتعاونة في مكافحة تبييض الأموال عام 2000 وبناءً على توصيات مجموعة العمل المالي<sup>(1)</sup> المتعلقة بمكافحة تبييض الأموال، أصدر لبنان قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب رقم 2001/318. وقد شكل هذا القانون نقلة نوعية نحو تطوير القوانين الوضعية اللبنانية من أجل مكافحة جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، من خلال وضع آليات مراقبة على العمليات المصرفية ساهمت على قطع الإمدادات المادية عن شبكات دولية تسعى إلى اسباغ صفة الشرعية على أموالها الناتجة عن جرائم خطيرة. وقد حددت المادة الأولى من هذا القانون مفهوم الأموال غير المشروعة<sup>(2)</sup> كما عرفت المادة 2 جرم تبييض الأموال:

(1) GAFI

(2) زراعة أو تصنيع أو الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وفقاً للقوانين اللبنانية. - المشاركة في جمعيات غير مشروعة بقصد ارتكاب الجنايات والجنح. - الإرهاب وفقاً لأحكام القوانين اللبنانية. - تمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية والأعمال المرتبطة بها (السفر - التنظيم - التدريب - التجنيد...) أو تمويل الأفراد والمنظمات الإرهابية وفقاً لأحكام القوانين اللبنانية - الاتجار غير المشروع بالأسلحة - الخطف بقوة السلاح أو بأي وسيلة آخر - استغلال المعلومات المميزة وإفشاء الأسرار وعرقلة حرية البيوع بالمزايدة والمضاربات غير المشروعة - الحض على الفجور والتعرض للأخلاق والآداب العامة عن طريق عصابات منظمة - الفساد بما في ذلك الرشوة وصرف النفوذ والاختلاس واستثمار الوظيفة وإساءة استعمال السلطة والإثراء غير المشروع - السرقة وإساءة الائتمان والاختلاس - الاحتيال بما فيها جرائم الافلاس الاحتيالي. - تزوير المستندات والأسناد العامة والخاصة بما فيها الشيكات وبطاقات الائتمان على أنواعها وتزييف العملة والطوابع وأوراق التمغة. - التهريب وفقاً لأحكام قانون الجمارك. - تقليد السلع والغش في الاتجار بها. - القرصنة الواقعة على



يعتبر تبييض أموال كل فعل يُقصد منه:

- 1- إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر، بأي وسيلة كانت، مع العلم بأن الأموال موضوع الفعل غير مشروعة.
- 2- تحويل الأموال أو نقلها، أو استبدالها أو توظيفها لشراء أموال منقولة أو غير منقولة أو للقيام بعمليات مالية بغرض إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع أو بقصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عنها في المادة الأولى على الإفلات من الملاحقة مع العلم بأن الأموال موضوع الفعل غير مشروعة. إن جريمة تبييض الأموال هي جريمة مستقلة ولا تستلزم الإدانة بجرم أصلي، كما أن إدانة الفاعل بالجرم الأصلي لا يحول دون ملاحقته بجرم تبييض الأموال في حال وجود اختلاف بالعناصر الجرمية."

وتكمن أهمية هذا القانون بإنشاء هيئة التحقيق الخاصة لدى مصرف لبنان وهي هيئة مستقلة، ذات طابع قضائي، تتمتع بالشخصية المعنوية، غير خاضعة في ممارسة أعمالها لسلطة المصرف. والتي من مهامها تلقي البلاغات وطلبات المساعدة وإجراء التحقيقات في العمليات التي يشتبه بأنها تشكل تبييض أموال أو جرائم تمويل إرهاب وتقرير مدى جدية الأدلة والقرائن على ارتكاب هذه الجرائم أو إحداها واتخاذ القرار المناسب بشأنها سيما التجميد الاحترازي المؤقت. (المادة 2)

على ان يُحصر "بالهيئة"، بعد إجراء التدقيق والتحليل اللازمين، حق تقرير: - التجميد النهائي للحسابات و/أو العمليات المعنية و/أو رفع السرية المصرفية لصالح المراجع القضائية المختصة ولصالح الهيئة المصرفية العليا بشخص رئيسها عن الحسابات أو العمليات التي يشتبه بأنها تتعلق بتبييض أموال أو بتمويل إرهاب. -إبقاء الحسابات المشتبه بها قيد المتابعة، ل"الهيئة" الرجوع، بشكل جزئي أو كلي، عن أي قرار تتخذه وذلك في حال توفرت لديها معطيات جديدة بهذا الخصوص. (المادة 6 ف3)

---

الملاحة الجوية والبحرية - الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين - الاستغلال الجنسي بما في ذلك الاستغلال الجنسي للأطفال - جرائم البيئة. - الابتزاز - القتل.

من خلال إنشاء هيئة التحقيق الخاصة يكون القانون قد حصر رفع السرية بهيئة قضائية مستقلة وغير خاضعة في ممارسة أعمالها لسلطة مصرف لبنان، بالرغم من ما يطرحه ترؤس الحاكم لهذه الهيئة من اشكالية خاصة لجهة تأثير سلطته عليها. وقد تم تكريس دور هيئة التحقيق الخاصة في عدة قرارات قضائية؛ فاعتبرت محكمة الاستئناف المدنية في بيروت<sup>(1)</sup>.

أن قرارات هيئة التحقيق الخاصة لدى مصرف لبنان (جرم تبييض اموال) غير خاضعة لأي طريق من طرق المراجعة العادية وغير العادية، الادارية او القضائية بما في ذلك المراجعة لتجاوز حد السلطة، فليس من اختصاص القضاء المستعجل مناقشة أي قرار تتخذه هيئة التحقيق أو التدقيق في اسبابه. كما لا يجوز مخاصمة هيئة التحقيق الخاصة كمدعى عليها او مطلوب ادخالها امام القضاء لمعرفة موقفها في قرار اتخذته.

بناءً عليه فقد شكل هذا القانون استثناء على عدم رفع السرية المصرفية من قبل أي سلطة، إذ حصر رفع السرية بهيئة التحقيق الخاصة، التي لها الحق بأن ترفعها لصالح السلطة القضائية أو لصالح الهيئة المصرفية العليا مع أخذ الاجراءت المناسبة من أجل الحجز على الحسابات أو العمليات التي يشتبه بأنها تتعلق بتبييض أموال أو بتمويل إرهاب.

#### ب- رفع السرية المصرفية الطوعي تنازل حقيقي أم بدعة قانونية

كما بيّنا سابقاً، فإن قانون السرية المصرفية وجد لحفظ مصالح وحقوق العملاء فهو لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي ممكن التنازل عنه بإذن خطي واضح وصريح، بناءً عليه لا يتحرك الحق العام إلا بناءً على شكوى المتضرر.

وقد تم تكريس هذه القاعدة في المادة 2 من قانون السرية المصرفية حيث جاء فيها: "ان مديري ومستخدمي المصارف.... يلزمون بكتمان السر اطلاقاً لمصلحة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم افشاء ما يعرفونه عن اسماء الزبائن واموالهم والامور المتعلقة بهم

---

(1) قرار رقم 1701 تاريخ 2003/12/04 منشور على موقع [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)

لاي شخص فردا كان ام سلطة عامة ادارية او عسكرية اوقضائية، الا اذا اذن لهم بذلك خطيا صاحب الشأن او ورثته او الموصى لهم...".

هذا التنازل عن السرية المصرفية وإن كان لا يطرح اشكالية كبيرة إذ أنه الطريقة الطبيعية لكشف السرية بالإرادة الطوعية، لكنه يطرح العديد من التساؤلات القانونية حول مدى فعالية هكذا إجراء لإبراء ذمة الزبون قانوناً.

فبعد الأحداث الأخيرة في لبنان، بادر الكثير من الأشخاص إلى رفع السرية المصرفية عن جميع حساباتهم المصرفية في لبنان والخارج، موضحين أن هذا التنازل يشكل إثبات وإبراء إتجاه المجتمع بتملك الشخص ما يظهره كشف الحسابات المصرفية فقط. لا بد من التوضيح أن هنالك فرق كبير بين رفع السرية المصرفية الطوعي المنصوص عنه في المادة الثانية من قانون السرية ورفع السرية القانوني الملزم والذي يتم عبر القضاء في دعاوى الاثراء غير المشروع وعبر هيئة التحقيق الخاصة في دعاوى تبييض الأموال وتمويل الارهاب.

إذ أن رفع السرية الطوعي أو التنازل عن السرية يشكل بدعة حقيقية إذا كان الهدف منه إبراء الذمة والشفافية. ويعود ذلك لأسباب عدة:

#### أولاً: عدم شمول الحسابات المشتركة بهذا التنازل

فقد أجاز القانون الصادر بتاريخ 1961/12/19 للمصارف الخاضعة لقانون السرية المصرفية أن تفتح لزيائنها حساباً مشتركاً يستعمل بتوقيع أحد أصحاب هذا الحساب منفرداً (المادة 1).

وقد أعطى القانون خصوصية لهذا النوع من الحسابات حيث أخرج موجودات الحساب المشترك من ذمة ورثة الشريك المتوفى عملاً بالمادة 3 التي تنص على أنه: "عند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك يتصرف الشريك أو الشركاء بكامل الحساب مطلق التصرف. وبهذه الحالة ليس على المصرف إعطاء أية معلومات لورثة الشريك المتوفى ولا يشذ عن هذه القاعدة إلا إذا تضمن عقد فتح الحساب نصاً صريحاً بهذا المعنى.

ويجب أن تدرج أحكام هذه المادة بحرفيتها في عقد فتح الحساب المشترك." من ثم جاءت المادة 7 تبين بكل صراحة عدم شمول الحسابات المشتركة بالتنازل عن أحكام السرية، حيث نصت على أن: "لا تكون المأذونيات المنصوص عنها بقانون سرية المصارف صالحة إلا إذا صدرت عن جميع أصحاب الحساب المشترك" فإضافة إلى أن الشخص طالب رفع السرية طوعاً يستطيع إخفاء أمواله المصرفية من خلال وضعها بأسماء الزوج الأصول أو الفروع، فهو يستطيع إخفاءها بطريقة أسهل ومن خلال الحسابات المشتركة، إذ أوجب القانون جميع شركاء الحساب المشترك إعطاء الإذن من أجل رفع السرية المصرفية. فطالما أن الشريك لم يستحصل من الشريك أو الشركاء الآخرين على هذا الإذن، يبقى المصرف ملتزم بسرية هذا الحساب بالكامل ولا يستطيع تبين المعلومات العائدة له.

بناءً عليه عندما يقوم شخص بالتنازل عن السرية المصرفية لا يمكن للمصرف أن يبين الحسابات المشتركة لهذا الشخص، إلا بعد الحصول على إذن من الشريك الآخر في الحساب، وعملياً هذا الأمر يشكل غطاءً سهلاً لحجب أموال الشخص الذي تنازل طوعاً عن السرية. بينما عندما يكون رفع السرية قضائي أو عبر هيئة التحقيق الخاصة لدى مصرف لبنان، فالآلية تختلف حيث يتم الاطلاع على كل الحسابات التي تعود للشخص المشتبه به طالما أن الهيئة المولجة بالكشف خاضعة هي أيضاً لأحكام السرية وبالتالي يمكن لها طلب تجميد جميع حسابات المشتبه به، إضافةً إلى كل حساب له علاقة به إن كان يعود لأحد فروع أو أصوله أو حتى الزوج.

#### ثانياً: حسابات الودائع المرقمة

إن التنازل الطوعي عن السرية المصرفية يشكل بدعة تامة إذا لم يشمل صراحةً "حسابات الودائع المرقمة" التي لا يعرف أصحابها غير المدير القائم على إدارة المصرف. فلا يمكن معرفة هوية صاحب الحساب المرقم إلا بعد الحصول على إذن صاحبه الخطي.

مع العلم أنه وخروجاً عن القواعد التي تم ذكرها في هذه الدراسة<sup>(1)</sup>، لا يجوز تبادل المعلومات بين المصارف فيما يتعلق بالحسابات المرقمة، لأن المشرع أراد أن يحافظ على سرّيتها بشكلٍ خاص، هذا فضلاً على أن الحساب المرقم يكون بطبيعة الحال حساباً دائماً وليس مديناً (تطبيقاً للمادة 6).

وتشكل هذه الحسابات دليلاً آخر على أن التنازل الطوعي لا يشكل إبراء لذمة صاحبه، الذي يستطيع إخفاء أمواله في حسابات مرقمة لا يمكن للمصرف أن يكشف عنها.

### ثالثاً الخزائن الحديدية:

وصف القانون اللبناني في المادة 309 من قانون التجارة، العقد الجاري مع المصرف بخصوص الصندوق الحديدي بأنه عقد اجارة بشروط خاصة منها، كون المصرف مسؤولاً عن سلامة الصناديق.

ومن الملاحظ أن الخزائن الحديدية قد نص عليها المشرع في المادة 3 الخاصة بالحسابات المرقمة والتي جاء فيها أنه: "يحق للمصارف أن تؤجر خزائن حديدية لزبائنها تحت أرقام بالشروط ذاتها العائدة للحسابات المرقمة." وبالتالي اخضع القانون الخزائن الحديدية لنفس الشروط الخاصة بالحسابات المرقمة، مما يضيف عليها سرية تامة لا يمكن بأي شكل الكشف عنها في حالة التنازل الطوعي عن السرية المصرفية.

تجدر الإشارة أنه عملياً حتى المصرف ليس لديه الحق في معرفة محتويات الخزائن الحديدية التي ممكن أن تكون أموال نقدية أو أسهم أو سندات أو ذهب وأحجار كريمة أو حتى أشياء ذات قيمة معنوية بالنسبة للعميل. فتبقى هذه المحتويات سرية لحين وفاة مالك الصندوق الحديدي، إذ أنه وعكس النظام القانوني العائد للحسابات المشتركة التي تنتقل ملكيتها إلى الشريك الآخر، تخضع الخزائن الحديدية لنظام الإرث في حالة الوفاة وتطبق المادة 28 من ذات المرسوم الاشتراعي رقم 146 المذكور سابقاً بحالتها التي كانت عليها في 12/06/1959 إذ تضمنت هذه المادة ما يلي: "على الذين يؤجرون عادة خزائن او

---

(1) فيما خص تبادل المعلومات بين المصارف لحسابات أصحابها المدينة ص. 11

صناديق حديد وكان لديهم خزائن مؤجرة كلها او بعضها الى شخص توفي ان يحيطوا الدوائر المالية علما بالامر خلال ثلاثة ايام من تاريخ علمهم بالوفاة. ولا يحق للمصارف الخاضعة لقانون 03 ايلول سنة 1956 المتعلق بسرية المصارف التذرع بهذه السرية." بناءً عليه فإن الخزائن الحديدية تشكل أيضاً دليلاً آخر على بدعة الرفع الطوعي للسرية إذ لا يسري عليها مثل هذا التنازل.

بعد دراستنا للحالات الخاصة لرفع السرية المصرفية وفعاليتها، نلاحظ أن هنالك اتجاه نحو رفع السرية في كل مرة ممكن للسرية أن تمس الأمن الإقتصادي وتخرج عن السبب الأساسي لوجودها، والذي يكمن في تطوير القطاع المصرفي وحمايته. لذلك لا بد من دراسة القيود التي تم فرضها على السرية المصرفية بموجب قوانين متفرقة خارجة عن قانون 1956 والتي تشكل إستثناءات حقيقية على السرية.

### **الفصل الثاني: السرية المصرفية قيود متشعبة بموجب قوانين متفرقة**

أعطى المشرع اللبناني السرية المصرفية هالة قل نظيرها نسبة للقوانين التي لا تتعلق بالنظام العام. فجاء تطبيقها شامل ومطلق لا يقبل الخروقات إلا في بعض الحالات المحدودة والتي تشكل إستثناءات بكل ما للكلمة من معنى. وقد حرص المشرع منذ صدور قانون السرية عام 1956 على عدم تعديل أي مادة منه، فبقي قانون السرية كما هو منذ تاريخ صدوره عام 1956.

ولكن وبالرغم من عدم المساس بقانون 1956 إلا أنه وبسبب التغييرات الحاصلة في الخمس سنوات الماضية ونتيجة الضغوطات الخارجية وتحت راية الشفافية ومكافحة التهريب الضريبي في العالم، تم إصدار عدة قوانين انفاذاً لقوانين خارجية (أ) (كقانون الإمتثال الضريبي) أو تنفيذاً لإتفاقات خارجية (ب).

بوضعه هذه القوانين حيز التنفيذ يكون المشرع اللبناني قد بادر إلى تعديل قانون السرية المصرفية بشكل غير مباشر ومن دون المساس بالنص الأصلي لقانون 1956.

مما يطرح علامات إستفهام كثيرة لجهة استتسابية القيود المفروضة على السرية ومدى قانونيتها خاصةً أن أسبابها خارجية، إذ أن المشرع رفض مشروع قانون تعديل أحكام السرية المصرفية لعام 2019، لما قد ينتج عن هذا التعديل من نتائج سلبية على القطاع المصرفي اللبناني، الذي إزدهر وتنامى بفضل قانون السرية ولكنه بالمقابل سارع الى فرض قيود على السرية، عبر قوانين متفرقة يشكل تطبيقها إستثناء على أحكام قانون السرية المصرفية.

#### أ- القيود المفروضة على السرية المصرفية تنفيذاً لقوانين أجنبية

طرحت القوانين الأجنبية المطبقة على الأراضي اللبنانية اشكالات عديدة، منها ما يتعلق بتعارض القوانين والآخر يتعلق بمدى احترام السيادة الوطنية عند تطبيق قوانين أجنبية في غياب مبدأ المعاملة بالمثل من جانب الدولة مصدرة القانون. بناءً عليه سنقوم بدراسة قانون الامتثال الضريبي الأمريكي وأثره على قانون السرية المصرفية اللبناني وما استتبعه من تعديل لبعض القوانين الداخلية بغية وضعه حيز التنفيذ على الأراضي اللبنانية.

#### 1- قانون الامتثال الضريبي FATCA

يهدف قانون الإمتثال الضريبي الأمريكي الصادر في 2010/3/18 والذي دخل حيز التنفيذ في عام 2014 إلى مكافحة التهرب الضريبي للأشخاص الأميركيين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين، وذلك عبر الكشف عن الحسابات المصرفية العائدة لهم خارج الأراضي الأمريكية.

شكل هذا القانون تحدٍ كبير للدولة اللبنانية، خاصةً لجهة كيفية تطبيق قانون أجنبي ذو مفاعيل خارجية ودولية على القطاع المصرفي اللبناني المتميز بسرية شاملة ومطلقة يستفيد منها جميع المودعين سواء أكانوا من اللبنانيين أو من الأجانب، خاصة في غياب مبدأ المعاملة بالمثل من الجانب الأمريكي.

فمنظراً للعقوبات الأميركية التي من الممكن أن يتعرض لها القطاع المصرفي اللبناني، لا سيما تلك الخاصة بعدم إمكانية استعمال وتحويل العملات على أساس الدولار الأمريكي وما يستتبعه من نتائج سلبية على إقتصاد لبنان المدولر، اضطر المشرع اللبناني على إتخاذ اجراءات تشريعية عديدة من أجل وضع قانون الإمتثال الضريبي حيز التنفيذ. وقد سبقت الاجراءات القانونية المتخذة من قبل الدولة، اجراءات خاصة اتخذتها المصارف خوفاً من العقوبات الأميركية.

فمنذ مطلع 2014 اعتمدت المصارف تدابير احتياطية تمكنها من تطبيق القانون الاميركي في ظل وجود قانون السرية اللبناني، وذلك عبر الطلب من زبائنها إمضاء تنازل طوعي عن السرية المصرفية من جهة ومن جهة ثانية إمضاء تعهد بصحة المعلومات التي يقدمونها للمصارف بعدم حيازتهم الجنسية الأميركية، تحت طائلة اقفال حساباتهم المصرفية.

أما المشرع اللبناني فقد أصدر عدة قوانين تُمكنه من إدخال قانون الإمتثال الضريبي حيز التنفيذ وتشكل قيوداً على السرية.

## **2- قانون رقم 44 تاريخ 2015/11/24 المعدل لقانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الارهاب رقم 2001/318**

لا بد هنا من التوضيح، أن التعديل الأساسي الذي أتى به قانون 2015 هو إضافة التهرب الضريبي على الفقرة 21 من المادة الأولى من قانون 2001/318، بحيث أصبح التهرب الضريبي ضمن الجرائم التي تعتبر الأموال الناتجة عنها أموال غير مشروعة خاضعة للتجريم المنصوص عنه في قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الارهاب. بناءً على ما تقدم، فإنه وإعتباراً من 2015/11/24 يخضع التهرب الضريبي لإختصاص هيئة التحقيق الخاصة مما يخولها رفع السرية المصرفية عن حسابات المتهم بالتهرب الضريبي عملاً بالمادة 6 فقرة 2 و-3.



فإضافة التهرب الضريبي على المادة الأولى من قانون 2001/318 كانت الطريقة الأسهل لتمكين هيئة التحقيق الخاصة لدى مصرف لبنان من رفع السرية المصرفية في حالة التهرب الضريبي أي تطبيقاً لقانون الإمتثال الضريبي الأميركي دون تعديل قانون 1956.

**3- قانون رقم 75 تاريخ 2016/10/27 المتعلق بإلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر** صحيح أن الإستثمارات تتم عادةً من قبل أشخاص معنوية كالمصارف والشركات، ولكن هنالك الكثير من الأشخاص يفضلون إستثمار أموالهم وزيادة أرباحهم عبر شراء أسهم في شركات تجارية بدلاً من وضعها كودائع في المصارف وحصر أرباحهم في فوائد محددة. وتنقسم الأسهم إلى ثلاثة أنواع أسهم إسمية، لأمر أو لحامله<sup>(1)</sup>. ومن مزايا السهم لحامله أنه لا يحمل إسم الملك إنما رقماً متسلسلاً<sup>(2)</sup> ويتم تداوله بالتسليم، لذلك يعتبر حامل هذا السهم هو المالك اتجاه الشركة، أما السهم لأمر فيتم تداوله بالتظهير، على عكس السهم الاسمي الذي يصدر بإسم شخص معين يدون إسمه في دفاتر الشركة حيث يبقى معروف الهوية.

وقد ألغى المشرع اللبناني بموجب القانون 75 الأسهم لأمر والأسهم لحامله إذ نص على أنه و "خلافاً لأي نص آخر، يحظر على الشركات المساهمة (بما فيها شركات التوصية بالأسهم) إصدار أسهم لحامله وأسهم لأمر بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ. كما يتوجب على الشركات، التي تشمل أسهمها على أسهم لحامله أو لأمر، استبدال الأسهم لحامله والأسهم لأمر الصادرة قبل تاريخ صدور هذا القانون بأسهم إسمية، وفقاً لأحكام البند ثالثاً، خلال مهلة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون. ويتوجب عليها تعديل نظامها الأساسي وفقاً للأحكام الواردة أعلاه في مهلة أقصاها تاريخ انعقاد أول اجتماع للجمعية العمومية للمساهمين."

(1) وقد حصر المشرع إصدار هذه الاسهم القابلة للتداول بالشركات المساهمة وشركات التوصية المساهمة، الهولدنغ والأوفشور.

(2) صفاء مغربل، القانون التجاري اللبناني (الشركات التجارية)، 2017، ص.254.

على أن تنقل ملكية الأسهم لحامله أو الأسهم لأمر التي لم يتم استبدالها بأسمهم إسمية، بعد مرور سنتين من تاريخ نفاذ هذا القانون، إلى اسم الدولة اللبنانية. كما تفرض على الشركات التي لا تلتزم بالموجب المتعلق بإعلام أصحاب الأسهم لحامله أو الأسهم لأمر، المذكور في الفقرة الأولى، غرامة تعادل 50 % من قيمة رأسمالها<sup>(1)</sup>. وتكمن العلة من هذا المنع في الخصائص العائدة للسهم لحامله، إذ أن هوية صاحبه تبقى مجهولة، مما يسهل عملية إخفاء الأموال والأرباح الناتجة عن التهرب الضريبي. كذلك الأمر بالنسبة للسهم لأمر، إذ أن تداوله يتم بالتظهير مما يسهل عملية التهرب الضريبي، عبر شراء أسهم في شركات متعددة تخفي هوية صاحب الأموال المستثمرة بأسمهم لحامله أو أسهم لأمر. فيكون الهدف من إقرار القانون رقم 75 وضع قانون الإمتثال الضريبي حيّز التنفيذ، وذلك من خلال إغلاق أبواب التهرب الضريبي، عبر منع كل إخفاء للأموال سواء داخل القطاع المصرفي أو خارجه على شكل أسهم في شركات تجارية.

#### 4-تعميم جمعية المصارف رقم 2019/208 المتعلق بالتوقف عن فتح الحسابات المرقمة

اصدرت جمعية مصارف لبنان تعميماً يحمل رقم 2019/208 أصدرت فيه توصيات للمصارف الاعضاء بالتوقف عن فتح الحسابات المرقمة المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون 2 ايلول 1956. وتمنت الجمعية في تعميمها أن تبادل المصارف إلى اقفال مثل هذه الحسابات إذا وجدت لديها في أقرب وقت. يطرح هذا التعميم اشكالية كبيرة لجهة قانونيته، فكيف يمكن لجمعية المصارف أن تصدر توصيات على شكل تعاميم تخالف فيها القوانين المرعية الاجراء، لاسيما إذا تعلق الأمر بقانون مصرفي بالغ الأهمية ويشكل ركيزة القطاع المصرفي ألا وهو قانون السرية المصرفية 1956.

(1) المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون رقم 75.

مع العلم أن هذا التعميم جاء تلبية لطلب أميركي بمنع الحسابات المرقمة، تحت طائلة وقف التبادل المالي مع المصارف اللبنانية.

#### ب- قيود السرية المصرفية تنفيذاً لاتفاقيات خارجية

لعل الفرق الرئيسي والأهم بين القيود الواردة على السرية المصرفية تنفيذاً لاتفاقيات خارجية عن تلك المتعلقة بتنفيذ قوانين أجنبية، هو مبدأ المعاملة بالمثل، فالاتفاقيات تكون متبادلة بين الدول ولا يكون هنالك اشكالية تطبيق قانون أجنبي كما في حالة قانون الامتثال الضريبي.

فالاتفاقيات المبرمة أصولاً تهدف إلى تنفيذ مصالح دولية مشتركة قائمة على التبادل، بذلك عندما توافق الدولة على إعطاء معلومات لدولة أخرى تقوم الدولة الأخرى بالمقابل على تبادل معلومات معها وفقاً لأحكام الإتفاقية.

بناءً على ما تقدم وبهدف تعزيز الشفافية ومكافحة التهرب الضريب تم إقرار القانون رقم 55 تاريخ 2016/10/2 والذي يهدف الى تطبيق وتنفيذ أحكام أي اتفاقية تتعلق بتبادل المعلومات لغايات ضريبية، الموقعة والمبرمة وفقاً للأصول. والإلزام بإعطاء المعلومات المطلوبة تنفيذاً لأحكام تلك الإتفاقية.

وقد شكل هذا القانون إستثناء على السرية المصرفية إذ نصت المادة الأولى (خامساً): "عندما تكون المعلومات المطلوبة مشمولة بقانون السرية المصرفية أو بالمادة ١٥١ من قانون النقد والتسليف، وفي حال تبين للسلطة ٣ المختصة، ان الطلب متوافق مع أحكام الاتفاقية الموقعة مع هذه الدولة، المنصوص عليها بموجب القانون رقم ٤٤ المتعلق بمكافحة تبييض الأموال وتمويل الارهاب يتوجب على « هيئة التحقيق الخاصة » تأمين المعلومات وتزويدها الى السلطة المختصة."

يتبين لنا وللوهلة الأولى، أن هذا القانون قد راعى أحكام السرية المصرفية، إذ أوكل مهمات تأمين المعلومات إلى هيئة التحقيق الخاصة لدى مصرف لبنان ومنع تزويد الدولة مقدمة الطلب بالمعلومات المنصوص عليها في الفقرة (٢) دون أن يتم ابلاغ المستعلم عنه

بذلك، والذي يعود له، خلال مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ قرار السلطة المختصة وفقاً لأحكام التبليغ الواردة في قانون الاجراءات الضريبية، الاعتراض على هذا القرار أمام مجلس شورى الدولة.

ولكن هذا المبدأ يليه مباشرة استثناء في الفقرة الخامسة (4) التي نصت "على الرغم من الأحكام السابقة، وفي ما خص الطلبات العاجلة بطبيعتها او تلك التي يمكن ان يؤثر إبلاغ المستعلم عنه على فرص نجاح التحقيقات التي تقوم بها الدولة مقدمة الطلب، يجب أن يتم تزويد هذه الأخيرة بالمعلومات من دون الإخطار المسبق المذكور أعلاه وفقاً لمعايير وإجراءات يتفق عليها بين الدولتين تحفظ حقوق جميع الأطراف."

إضافة إلى ما ورد في الفقرة التاسعة بحيث تدخل أحكام هذا القانون حيز التنفيذ بالرغم من أي التزام متعلق بالسرية أو أي قيود أخرى مفروضة، بموجب أي قانون آخر، على عملية الإفصاح عن المعلومات.

ففي قرار لمجلس شورى الدولة رقم 2017/233<sup>(1)</sup> تم رد الاعتراض المقدم من الجهة المستدعية لجهة ابلاغ الادارة الضريبية الفرنسية معلومات مشمولة بقانون السرية المصرفية او بالمادة 151 من قانون النقد والتسليف، على اعتبار ان المعترض مقيم في لبنان ضرائبياً على الرغم من انه يحمل الجنسية الفرنسية، وانه يسدد الضرائب المتوجبة عن جميع شركاته العاملة بلبنان،" بعد أن تبين للمجلس أن القانون رقم 2016/55 المتعلق بتبادل المعلومات لغايات ضريبية والذي يطبق على جميع اتفاقيات تقادي الازدواج الضريبي النافذة، ارسى من خلاله المشتري اللبناني مبدأ الإفصاح عن المعلومات لغايات ضريبية على الصعيد الدولي، شرط وجود اتفاقية بين لبنان والدولة مقدمة الطلب. وبما انه ثابت من ملف المراجعة ان الادارة الضريبية الفرنسية طلبت معلومات من الادارة الضريبية اللبنانية والذي صدر في شأنه القرار موضوع الاعتراض، وقد تناول الطلب الحساب المصرفي العائد للجهة المعترضة. وبما ان اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي الموقعة بين لبنان وفرنسا سارية

---

(1) مجلس شورى الدولة قرار رقم 2017/233 تاريخ 12/11/ منشور على موقع <http://www.legiliban.ul.edu.lb/ViewRulePage.aspx?ID=128151>

المفعول، والطلب المقدم من الادارة الضريبية الفرنسية مستوف للشروط المبينة في القانون رقم 2016/55 وفي المرسوم التطبيقي رقم 2017/1550، واستطرادا وطالما ان اجابة طلب الادارة الضريبية الفرنسية لن يؤدي الى الحاق اي ضرر بالجهة المعترضة طالما لن ينجم عنه اي تكليف ضريبي غير متوجب، فيقتضي رد الاعتراض في الاساس."

بناءً على ما تقدم، يعلّق العمل بأحكام السرية المصرفية ويتم تبادل المعلومات المصرفية بشأن العميل مع دولة أجنبية في كل مرة يكون هنالك إتفاقية بين لبنان ودولة أجنبية، على أن يحق بالمقابل للدولة اللبنانية مطالبة الدولة الأجنبية إعطاءها معلومات عن أشخاص لبنانيين مقيمين لديها لغاية ضريبية.

في ظل هذه القوانين المتشعبة والإتفاقات الخارجية المتعددة ووضع المشرع لإستثناءات وقيود هامة على السرية المصرفية، يطرح سؤال جوهري حول مصير السرية خاصة في ظل ابرام لبنان لأكثر من 54 إتفاقية دولية تتعلق بتبادل المعلومات لغايات ضريبية.

#### • الخاتمة

إذا كان الهدف الأساسي من وجود قانون يحفظ السرية وخصوصية الأشخاص في أموالها المصرفية، تعزيز المنافسة المصرفية مع الخارج، فيكون المشرع قد حقق الهدف المرجو من قانون 1956.

ولكن مع وجوب حماية القطاع المصرفي من عمليات غير مشروعة تهدف إلى اسباغ طابع شرعي على أموال مشبوهة المصدر، كان لا بد من رقابة على عمليات المودعين. وقد بدأت هذه الرقابة فعلياً منذ عام 2001 عبر إصدار قانون مكافحة تبييض الأموال واستمرت حتى يومنا هذا. وكان أهمها قانون الامتثال الضريبي وما استتبعه من قوانين كان لها تأثير مباشر على أحكام السرية، مما ترك الكثير من التساؤلات خاصة لجهة استنسابية القيود المفروضة وخاصة الأجنبية منها ومدى قانونية بعض القيود المفروضة بمراسيم وتعاميم تخالف مضمون القوانين المرعية الاجراء ومبدأ تسلسل القواعد القانونية.

ففي ظل القوانين المتشعبة والاتفاقات الخارجية المتعددة وضع المشرع إستثناءات وقيود هامة على السرية المصرفية، بالمقابل رفض أي تعديل على قانون 1956 بالذات، مما يثبت نية المشرع بتبني كل تعديل خارجي للسرية من خلال وضع قوانين أجنبية حيز التنفيذ ورفض كل تعديل على قانون 1956، باعتبار السرية المصرفية جوهر النظام المصرفي اللبناني فلا يمكن العبث بها.

وقد شكل هذا الأمر تناقضاً واضحاً انعكس على سياسات المشرع، فتعديل قوانيننا يتم على قياس القوانين الاجنبية حتى لو كانت تتعارض مع نصوص قانونية داخلية أمرّة وملزمة، ما أدى الى تهاون بالقوانين من جمعية المصارف عبر استسهال إصدار تعاميم مخالفة لقانون السرية المصرفية كالغاء الحسابات المرقمة، وبذلك تكون جمعية المصارف قد أعطت نفسها حقاً يعود في الأساس إلى مجلس النواب.

مما يجعلنا نتساءل عن مصير السرية وكيفية الحفاظ عليها في ظل الضغوطات الداخلية والخارجية.

فصحيح أن السرية المصرفية موجب قانوني شامل ومطلق بدأ يلين مع بروز قوانين خارجية تفرض الإلتزام بها،

ولكن قانون السرية لم ينكسر تماماً ومازال يشكل حداً أدنى من الضمانات الخاصة للزبائن في المصارف اللبنانية مقارنة مع دول كثيرة خاصة الدول المجاورة.

الطبيحة القانونية للعقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى: عقد عمل أو  
عقد إجارة صناعة (عقد مقاوله)؟

د. أشرف رمال

تعرف الفقرة الثالثة من المادة 624 من قانون الموجبات والعقود عقد المقاوله أو عقد إجارة الصناعة بأنه العقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته للذين يتعاقدون معه. ومن نتائج إعتبار عقد الطبيب عقد مقاوله عدم خضوعه لأحكام قانون العمل بل يخضع لأحكام قانون الموجبات والعقود ولحرية التعاقد الواردة في هذا القانون<sup>(1)</sup>.

بالمقابل فإن عقد العمل بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة 624 موجبات وعقود المذكورة هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يجعل عمله رهينة الفريق الآخر وتحت إدارته مقابل أجر يلتزم هذا الفريق اداءه له. وأن من نتائج إعتبار عقد الطبيب عقد عمل هو خضوعه لأحكام قانون العمل. فعناصره هي الأجر والعمل ورابطة التبعية القانونية<sup>(2)</sup>. وتطبيقاً لهذه المادة إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(3)</sup> في قرار لها بتاريخ

(1) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة المدنية الخامسة، قرار رقم 173 بتاريخ 1998/2/12، الدكتور نجيب ط. / مستشفى أ. د.، مجلة العدل، عدد 1-3 سنة 2000، ص. 264.

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، غنوي / جمعية العناية بالطفل والأم، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مجموعة باز سنة 2008، ص. 776. محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 9 تاريخ 2000/12/13، الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)

(3) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 60 تاريخ 2008/4/15، مجلة العدل عدد 2 / 2008، ص. 1155.

2008/4/15 بإن ممارسة المدعية لمهنة الطب لا تحول دون إعتبار العقد الشفهي بينها وبين شركة الضمان عقد عمل إذا توافرت في تلك العلاقة العناصر الواجب تضافرها لقيام ذلك العقد وهي العمل، الأجر، والتبعية القانونية<sup>(1)</sup>.

وعلى خلاف عنصر التبعية القانونية الذي يثير العديد من الإشكاليات، فإن عنصري العمل والأجر واضحان. إن العنصر الأول المتمثل بالعمل لا يثير أي إشكالية. فدوام العمل قد يكون كاملاً أو جزئياً<sup>(2)</sup>. وكذلك العنصر الثاني المتمثل بالأجر الذي هو دخل الأجير الناتج عن عمله وقد يكون الأجر مبلغاً ثابتاً محدداً سلفاً في عقد العمل أو أجراً بالقطعة. وأنه من الرجوع الى قانون العمل اللبناني يتبين أنه أشار في مادته السابعة والأربعين الى إمكانية أن يكون الأجر على أساس القطعة وفي مادته الأولى أوضح أن الأجر يمكن أن يكون عيناً أو نصيباً من الأرباح، وأيضاً فالمادة التاسعة فقرة أولى من قانون الضمان الإجتماعي تنص على أن الأجر يمكن ان يكون على شكل عمولة أو حصة من الأرباح<sup>(3)</sup>. مع العلم أن القانون لم يشترط أبداً تقاضي أجور بالمقدار ذاته شهرياً للقول بتوفر عنصر الأجر<sup>(4)</sup>.

- 
- (1) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 103 تاريخ 2006/10/31، مستشفى ق. ج. / الطبية كوكا ج.، الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)
- إعتبرت محكمة التمييز المدنية بأن العلاقة التعاقدية الممتدة من 1979 الى 1983 هي علاقة عمل بعد التثبيت من توافر عناصر العقد: عمل، اجر، رابطة تبعية. اما بالنسبة للمرحلة الثانية التي تبدأ من 1983/1/1 فان العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية بين صاحبة مهنة حرة - طبية بنج - والمستشفى التي تقدم المعدات والاجهزة لتنفيذ الاعمال المطلوبة من الطبية، لا تتصف بعلاقة عمل وفقاً لمفهوم المادة 624 من قانون الموجبات والعقود. وقضت بعدم صلاحية مجلس العمل التحكيمي للبت في النزاع المتعلق بتعويضات الطبيبة عن المرحلة الثانية من التعاقد
- (2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مذكور.
- (3) مجلس العمل التحكيمي في لبنان الشمالي قرار رقم 124 تاريخ 2012/11/14، مجلة العدل، عدد 3 / 2013، ص. 2023.
- (4) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مذكور.



بالمقابل فإن عنصر التبعية القانونية بين الطبيب والمستشفى يثير العديد من التساؤلات وأبرزها أن الطبيب بما يتمتع به من إستقلالية فنية في ممارسة عمله<sup>(1)</sup>، هل يمكن أن يكون هناك تبعية قانونية بينه وبين المستشفى؟ فالتبعية القانونية تعني وجود الأجير بمركز تابع لرب العمل، فيخضع عند تأديته العمل لسلطة وإدارة وإشراف رب العمل، سواء من الناحية الفنية، أو من الناحية الإدارية<sup>(2)</sup> أو التنظيمية، فلا يكون مستقلا في عمله<sup>(3)</sup>. وتكتفي التبعية القانونية - التي تعتبر أبرز المعايير التي إعتدها الفقه والإجتihad - بتوفر التبعية التنظيمية حيثما يكون لأحد المتعاقدين الحق في تنظيم العمل، مكانه، زمانه، مدته، في حين يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ العمل بالنظر لكفاءته الفنية، حاصرا خضوعه لرب العمل فيما يعود لاوضاع العمل الخارجية ليس إلا<sup>(4)</sup>.

وكذلك فإن تقديم صاحب الحرفة أو المهنة الحرة عمله الحرفي أو الفني لصاحب عمل، لقاء بدل، مع تبعيته لهذا الأخير أثناء تأدية العمل، تنطبق عليه أحكام عقد العمل المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 624 موجبات وعقود، إنما إذا بقي مستقلا في تأدية عمله، دون تبعية للفريق الذي تعاقد معه من أجل تقديم خدماته له، فيبقى العقد إجارة صناعة محكومة بالفقرة الثالثة من المادة 624 المذكورة<sup>(5)</sup>.

---

(1) Cass. 1re civ. 30 avr. 2014, n°13-14.288, D. n°18 du 15 mai 2014, p. 1039. Et Cass. 1re civ. 13 mars 2001, Bull. n°72, in VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème éd., 2014, LGDJ, p. 569.

(2) مجلس العمل التحكيمي في بيروت، حكم رقم 815 تاريخ 1965/7/22 الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legilban.ul.edu.lb](http://www.legilban.ul.edu.lb).

(3) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920.

(4) مجلس العمل التحكيمي في لبنان الشمالي قرار رقم 124 تاريخ 2012/11/14، مجلة العدل، عدد 3 / 2013، ص. 2023. مذكور.

(5) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920.

ومن مراجعة قرارات وأحكام القضاء اللبناني يتبين لنا بأن وصف العقد الذي يرتبط به الطبيب مع طرف آخر بأنه عقد عمل (أولاً) أو عقد مقاوله (إجارة صناعة) يخضع لمضمون العقد والموجبات المترتبة على عاتق الطبيب تجاه الطرف الآخر (ثانياً).

#### • أولاً: العقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى عقد عمل

إستقر الإجتهاد<sup>(1)</sup> في لبنان على إعتبار أن ممارسة الأجير حرفة أو مهنة حرة لا تتعارض مع التبعية القانونية. كما أنه ليس هنالك أي نص قانوني يحظر، تحت طائلة البطلان المطلق، أن يكون موضوع العمل المؤدى بموجب عقد عمل هو تأدية حرفة أو مهنة حرة. فما يحظره القانون هو فقط القيام بالأعمال المنصوص عنها في المادة 628 موجبات وعقود<sup>(2)</sup>. وعلى غرار القانون الفرنسي<sup>(3)</sup>، الذي يعتبر أن الإستقلالية المهنية

---

(1) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920 ؛ محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 32 تاريخ 2011/4/12، المرجع كساندر رقم 4 لعام 2011، ص. 787؛ مجموعة باز سنة 2011 القسم الثاني، ص. 1088 ؛ محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مجموعة باز سنة 2008، ص. 776؛ مجلس العمل التحكيمي في لبنان الشمالي قرار رقم 124 تاريخ 2012/11/14، الدكتور منذر ر. / شركة مركز ي. الطبي، مجلة العدل، عدد 3 / 2013، ص. 2023.

(2) المادة 628 موجبات وعقود...ويكون باطلا على وجه مطلق ايضاً، كل اتفاق موضوعه: اولاً) الامور المستحيلة مادياً، ثانياً) تعليم الاعمال السحرية الخفية والاعمال المخالفة للقانون او الآداب او النظام العام او إجراء الاعمال المذكورة. Article R. 4127-95 du code de la santé publique: Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à un autre médecin, une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions. En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part du médecin, de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie

للطبيب هي مبدا قانوني عام<sup>(1)</sup>، فقد إعتد الإجتهاد في لبنان<sup>(2)</sup> التبعية التنظيمية لتأكيد قيام عقد العمل في علاقة رب العمل مع أصحاب المهن الحرة، لأن تبني هذا النوع من التبعية لا يتعارض من وجه مبدئي مع ما يجب أن يتوافر لهؤلاء الأشخاص من حرية وإستقلال في أداء عملهم من الناحية الفنية<sup>(3)</sup>، ذلك أن عدم توافر الإشراف الفني لصاحب العمل، لا ينفى عن العلاقة كونها علاقة عمل، طالما تحقق خضوع من يؤدي العمل الى رقابة من يؤدي العمل له من الزاوية الإدارية أو التنظيمية<sup>(4)</sup>.

وتطبيقا لهذا المنحى، فقد إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(5)</sup> في قرار لها بتاريخ 2013/7/9 أنه إذا كان صاحب المهنة الحرة لا يخضع لرب العمل من الناحية الفنية، بل يبقى حرا وصاحب السلطة الوحيد في ما يتعلق بهذه الناحية من عمله، فإنه وبالرغم من ذلك، تبقى التبعية القانونية متوافرة، إذا كان خاضعا لرب العمل من الناحية الإدارية أو التنظيمية، أي الناحية المتعلقة بالظروف الخارجية التي ينفذ في ظلها العمل<sup>(6)</sup>. وأن عدم توجيه رب العمل تعليمات أو توجيهات مباشرة للأجير، صاحب المهنة الحرة، تتعلق بتأدية عمله، هو أمر تفرضه طبيعة عمل الطبيب الفنية، إلا أن هذا لا ينفى بحد ذاته تبعية الأخير له، إذ قد تتوافر عناصر أخرى تؤكد وجود التبعية القانونية بالرغم من إنتفاء التعليمات المتصلة بموضوع العمل. وبالتالي، وإن كانت المستشفى لا تملك سلطة الرقابة

---

(1) Tribunal de conflit 14 fév. 2000, Ratinet, *Bull. trib. confl.* n°2, p. 2, D. 2000, IR p. 138, RFDA 2000, p. 1232, note D. Pouyaud.

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مجموعة باز سنة 2008، ص. 776؛ محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 6 تاريخ 2008/01/17، المرجع كساندر رقم 1 لعام 2008، ص. 97، الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)؛

(3) Cass. crim., 5 mars 1992, *Bull. crim.* n°101, JCP 1992, II, 22013, note F, Chabas, in LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, LEH 2008, p. 397.

(4) VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème éd., 2014, LGDJ, p. 569.

(5) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920.

(6) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 77 تاريخ 2012/12/4، د. زياد ب. / شركة مستشفى خ.

على أعمال الطبيب أثناء تقديم خدماته الطبية، أي على الناحية الفنية لعمله<sup>(1)</sup>، فإن ذلك ليس سببا واقعيا كافيا للقول بانتفاء عنصر التبعية القانونية حكما، سيما وأن التبعية المقصودة في المادة 1/ 624 موجبات وعقود ليست محصورة بالتبعية الفنية. وأضافت المحكمة العليا أن حق رب العمل بتوقيع عقوبات وجزاء بحق الأجير، وكذلك حق الأجير بالإجازات، هما من آثار عقد العمل الخاضع لقانون العمل، وليس من الشروط القانونية المفروضة بموجب المادة 1/ 624 موجبات وعقود لقيام عقد عمل، وإذا كان العمل « وفق دوام محدد » هو من المعايير المعتمدة للإستدلال على توافر التبعية القانونية<sup>(2)</sup>، إلا أنه لا عبرة لها إذا كان هذا الدوام قد فرض على الأجير فرضا، دون أخذ رضاه مسبقا، أو أنه جرى تحديده بالإتفاق معه، إذ يكفي إلترام الأجير بالعمل وفق دوام ما، بصرف النظر عن الظروف أو الأسباب التي أوجبت تحديده، وبالتالي، وإن كان الدوام الذي عمل بموجبه الطبيب قد جرى تنظيمه وتوزيعه بالإتفاق مع الأطباء ليتناسب مع عملهم خارج المركز<sup>(3)</sup>، فإن ذلك ليس مبررا للقول بتخلف التبعية القانونية المقصودة في المادة 1/624 موجبات وعقود، إذ أن هذا النص لم يجعل من « الدوام المفروض » عنصرا من عناصره القانونية<sup>(4)</sup>.

ويمكن إيراد معايير أخرى طبقتها الإجتهد لوصف العقد بين الطبيب والمستشفى بأنه عقد عمل. فقد إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(5)</sup> في قرار لها بتاريخ 2011/4/12 أن

---

(1) CE 1re et 6e s.-s. réunies 2 oct. 2009, n°309247 « Le principe de l'indépendance professionnelle des médecins fait obstacle à ce que les décisions prises par un praticien dans l'exercice de son art médical soient soumises à l'approbation d'un autre médecin ».

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 6 تاريخ 2008/01/17، المرجع كساندر رقم 1 لعام 2008، ص. 97.

(3) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 127 تاريخ 2006/12/19، المرجع كساندر رقم 12 لعام 2006، ص. 2216.

(4) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920.

(5) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 32 تاريخ 2011/4/12، جمعية ن. ش. اللبنانية / الطبية عبود، المرجع كساندر رقم 4 لعام 2011، ص. 787؛ مجموعة باز سنة 2011 القسم الثاني، ص. 1088.

إدارة المستشفى هي من يحدد دوام العمل وأن رئيس لجنة الأطباء هو الذي يشرف على عمل الطبيب وهي تعتبر عاملة في المستشفى وهي كطبيبة بنج تخضع لإشراف المستشفى التي تحدد دوام عملها حتى عند عدم وجود مرضى. وأن الطبيبة كانت ملزمة بالبقاء في المستشفى حتى في حال عدم وجود مرضى فيها وكان لها غرفة في المستشفى مخصصة لنومها فيها.

وأضافت المحكمة العليا، أن في مسألة علاقة تبعية تنظيمية، وجود عقد عمل بين الفريقين تتأكد بحضور الطبيبة في ساعات عمل محددة من إدارة المستشفى وفي أوقات منتظمة ومعينة ووضع عملها في خدمة المستشفى وتحت إشرافه وكانت الطبيبة تنام في المستشفى خلال العمل. وتبين هذا النوع من التبعية لدى الأطباء خاصة وأصحاب المهن الحرة عامة لا يتعارض من وجه مبدئي مع ما يجب أن يتوافر لهؤلاء الأشخاص من حرية وإستقلال في أداء عملهم من الناحية الفنية. وأن الأجر كما يكون أجرا ثابتا ومقطوعا كذلك قد يكون نسبة من إنتاج المؤسسة التي يعمل لديها الأجير، فهذا التعاقد ليس من شأنه أن يغير من صفته القانونية طالما أن العمل كان يؤدي تحت إدارة ورقابة صاحب المؤسسة أو من ينيط به أمر المراقبة، وفي الأوقات المحددة.

ومن جهة أخرى، يوصف عقد الطبيب بعقد عمل في حال توفر عنصر الأجر في العلاقة التعاقدية ووجود تبعية تنظيمية ووجود دوام عمل محدد. في هذا الإطار إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(1)</sup> في قرار لها بتاريخ 2008/6/5 أن الطبيب عمل لدى الجمعية كطبيب ما بين 1994/1/1 وتاريخ صرفه من الخدمة في 1996/10/1. وأنه ثابت من الإفادة الموقعة من قبل مدير المستشفى التابعة للجمعية أن الطبيب كان يتقاضى بدل المناوبة الواحدة 20 000 ل.ل. وتصل عدد المناوبات الى عشرين مناوبة شهريا. وأن الأجير الطبيب تقاضى مبلغ 711 798 ل.ل. عن شهر أيلول 1996، مما يثبت أن

---

(1) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 7 تاريخ 2008/6/5، غنوي / جمعية العناية بالطفل والأم، المرجع كساندر رقم 6 لعام 2008، ص. 1292. مجموعة باز سنة 2008، ص. 776.

عمله لدى الجمعية لم يكن مجانا وأن عنصر الأجر كان متوفرا في العلاقة التعاقدية التي كانت تربطهما.

وأضاف قضاة المحكمة العليا أن المعيار الأساسي للقول بتوفر عنصر التبعية التنظيمية في علاقة طبيب مع مستشفى يعمل فيها هو خضوعه الى قواعد تنظم عمله محددة بصورة منفردة من قبل إدارة هذه المستشفى ومنها خضوعه لدوام محدد وتحديد مواعيد المناوبة<sup>(1)</sup>. وكذلك وبصورة خاصة وجوب تأدية العمل بنفسه دون أن يكون له الحق بتكليف غيره للقيام بما تعهد به من عمل معين حدد طبيعته ونطاق تنفيذه ومواعيده في مقر عمله. وأن دوام العمل قد يكون جزئيا أو كاملا كما أنه يعود للأجير العمل خارج أوقات دوامه المحدد من قبل رب عمله، لحسابه الخاص، دون أن يؤثر ذلك على طبيعة العقد الذي يربطه برب عمله. وأن جداول دوام العمل الموضوعة من قبل المستشفى وبطاقة مراقبة دخول وخروج الطبيب من العمل تثبت وجود دوام عمل محدد من قبل رب عمل بالإضافة الى الرقابة التي كانت تمارس على الطبيب أثناء تأدية عمله.

ومن العناصر التي يعتمدها القضاء<sup>(2)</sup> لوصف العقد بين طبيب التخدير والمستشفى على انه عقد عمل وهي فضلا عن التسمية الواردة فيه، الراتب الشهري المحدد، والالتزام بانظمة المستشفى وبدوام كامل فيه يقدم خلاله لمرضى المستشفى بإستقلالية الخدمات الطبية والاستشفائية اللازمة التي تشمل كل ما يحتاجه المريض في حقل التخدير. كل ذلك لا يشكل دليلا على ممارسته مهنة حرة وكذلك هو الامر بالنسبة لخلو العقد من بند يمنع الطبيب من العمل لدى مؤسسة استشفائية اخرى.

---

(1) Cass. 1re civ., 9 nov. 2004, n°01-17168 et 01-17908, Bull. civ. I, n°260 et 262 « Le médecin salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient ».

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 9 تاريخ 2000/12/13، الموقع الالكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)

وفي ذات السياق، إن ما ينطبق على الطبيب ينطبق أيضا على الصيدلي، ففي قرار له بتاريخ 2012/11/14 إعتبر مجلس العمل التحكيمي في لبنان الشمالي<sup>(1)</sup> أنه من الرجوع الى المبادئ القانونية العامة ولإجتهد هذا المجلس المستمر، فلكي يكون هذا الشخص مرتبطا دائما برب العمل وأن يكون تحت سلطته ورقابته بصورة مستمرة ومتواصلة وكي يكون هناك عقد استخدام وفقا لنص المادة 624 موجبات وعقود، يجب أن يتوافر في هذا العقد شروط أساسية، منها الإرتباط المستمر لمدة معينة أو غير معينة وسلطة الخضوع ووجوب إنفاذ العقد حسب الشروط المتفق عليها من حيث نوع التنفيذ وشروط هذا التنفيذ. وأن الصيدلي كان يتقاضى من المستشفى أجرا شهريا ثابتا بمبلغ محدد كما كان يقبض دفعات شهرية. كما أنه لا يرد على ذلك أيضا، بان عمل الصيدلي بخدمة المستشفى كان بدوام غير كامل، طالما أنه ليس ما يمنع قانونا على الأجير التعاقد مع عدة أرباب عمل، طالما أن عدم تخصيصه نشاطه بكامله لخدمة رب عمل واحد لا ينفي عنه صفته كأجير<sup>(2)</sup>. وأخيرا، فالصيدلي كان يقوم بعمله ضمن نطاق المستشفى ويستخدم في اداء مهامه الوسائل والأدوات والآلات الطبية العائدة للمستشفى نفسه ويقوم بتأدية عمله شخصيا دون أن يستعين بغيره للقيام بالمهام المطلوبة منه وضمن دوام العمل المحدد من قبل المستشفى وأن تعاقد الصيدلي مع عيادة طبيب في أوقات لا تتعارض مع أوقات عمله لدى المستشفى، لا يمنع من وجود عقد عمل، فالعلاقة المتنازع بشأنها هي علاقة عمل وإستخدام بين المستشفى والدكتور الصيدلي.

#### • ثانيا: العقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى عقد مقاولة أو إجارة صناعة

عقد المقاول أو عقد إجارة الصناعة هو العقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته للذين يتعاقدون معه. ومن نتائج إعتبر عقد الطبيب عقد مقاولة

---

(1) مجلس العمل التحكيمي في لبنان الشمالي قرار رقم 124 تاريخ 2012/11/14، مجلة العدل، عدد 3 / 2013، ص. 2023.

(2) مجلس العمل التحكيمي في طرابلس قرار تاريخ 1973/3/27، غانم وأبو ناضر، مهن حرة رقم 219، ص. 203.

عدم خضوعه لأحكام قانون العمل بل يخضع لأحكام قانون الموجبات والعقود ولحرية التعاقد الواردة في هذا القانون<sup>(1)</sup>.

وكما رأينا، إن تقديم صاحب الحرفة أو المهنة الحرة عمله الحرفي أو الفني لصاحب عمل، لقاء بدل، مع تبعيته لهذا الأخير أثناء تأدية العمل، تنطبق عليه أحكام عقد العمل المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 624 موجبات وعقود.. بالمقابل، إذا بقي مستقلا في تأدية عمله، دون تبعية للفريق الذي تعاقد معه من أجل تقديم خدماته له، فيبقى العقد إجارة صناعة محكومة بالفقرة الثالثة من المادة 624 المذكورة<sup>(2)</sup>.

ويجب العودة الى قرارات المحاكم من أجل تبيان معايير إعتبار عقد الطبيب عقد إجارة صناعة أو مقاوله. فقد إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(3)</sup> في قرار لها بتاريخ 2008/1/17 أنه وفقا لإجتهد هذه المحكمة المستقر، المعيار الأساسي للقول بتوافر التبعية التنظيمية في علاقة طبيب بنج مع مستشفى يعمل فيها هو خضوعه الى قواعد تنظم عمله محددة بصورة منفردة من قبل هذا المستشفى<sup>(4)</sup>. ومنها خضوعه لدوام عمل محدد وتحديد مواعيد إجازته السنوية من قبل إدارة المستشفى وكذلك تحديد مواعيد المناوبة وأخيرا، وبصورة خاصة، وجوب تأديته العمل بنفسه من دون أن يكون له الحق بتكليف غيره للقيام بما تعهد به من عمل معين حدد نطاق تنفيذه وطبيعته ومواعيده في عقد عمله. وأن العقد الموقع بين الطبيب والمستشفى أجاز للطبيب إستنابة زميل له من ذات الإختصاص في حال غيابه، ولا سيما بسبب المرض أو السفر بعد إستشارة وموافقة الإدارة على أن يكون هو مسؤولا عن أعمال الطبيب البديل كما كان بإمكان الطبيب إستبدال دوام الطوارئ الذي كان

---

(1) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة المدنية الخامسة، قرار رقم 173 بتاريخ 1998/2/12، الدكتور نجيب ط. / مستشفى أ. د.، مجلة العدل، عدد 1-3 سنة 2000، ص. 264.

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 5 تاريخ 2013/07/09، مجلة العدل، عدد 3 / 2013 ص. 1920.

(3) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 6 تاريخ 2008/01/17، المرجع كساندر رقم 1 لعام 2008، ص. 97.

(4) GENICOT G., *Droit médical et biomédical*, collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2ème édition (éd.), Larcier 2016,, p. 461.



يقوم به وذلك بناء على طلبه شرط أن يعمل بدل هذا اليوم المبدل معتبرا أن ذلك يدل على أنه كان يتمتع بحرية معينة لهذه الجهة لا يتمتع بها الأجير الخاضع لقانون العمل عادة. وبالنتيجة فإن العقد الذي يربط الطبيب بالمستشفى ليس عقد عمل لإنتفاء رابطة التبعية بل هو عقد مقاول.

وإن إنتفاء عنصر التبعية القانونية في العلاقة القائمة بين الطبيب والمستشفى، يمكن الإستدلال عليه من خلال إنتفاء عنصر الدوام. في هذا الإطار إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(1)</sup> في قرار لها بتاريخ 2006/12/19 بأن إنتفاء عنصر الدوام وفقا للمفهوم المقصود في قانون العمل، حيث كان للطبيب الحرية في التوافق مع زملاء له على تنظيم أوقات الحضور الى المستشفى، وتوزيعها فيما بينهم. وإتصاف المستحقات التي كان يتقاضاها الطبيب بصفة الأتعاب، وليس بصفة الأجر وفقا للمفهوم المقصود في قانون العمل، بحيث أن ما كان يتقاضاه الطبيب لم يكن ثابتا، إذ كان مرتبطا بنسبة ما يساهم به خلال العمليات الى حد أنه قد لا يتقاضى أي شيء إذا لم تتم أي عملية جراحية يساهم فيها، إضافة الى ذلك أن ما كان يتقاضاه كان يحتسب وفقا لجدول تحدده وزارة الصحة، وهو أمر يبعد عن العقد سمة عقد العمل. وكذلك حرية الطبيب للتعاقد مع مستشفيات أخرى خلال فترة تعاطيه مع المستشفى، ومزاولته مهنته في إطارها.

وكما هي الحال في فرنسا<sup>(2)</sup>، إن إحتفاظ الطبيب بحرية تنظيم عمله ووضع بنود في العقد تمنع من التأثير على إستقلالية وحرية الطبيب يؤدي الى عدم وصف العقد بأنه عقد

---

(1) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 127 تاريخ 2006/12/19، المرجع كساندر رقم 12 لعام 2006، ص. 2216.

(2) Cass. crim 5 mars 1992, *Bull. crim.* n°101, p. 255, *RTDciv.* 1993, p. 137, obs. P. Jourdain. Malgré le principe contenant à l'article R. 4127-5 du CSP qui dispose que « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit », le praticien pouvait, et ce, sans aliéner son indépendance professionnelle, conclure un contrat de travail avec un établissement de santé privé.

عمل<sup>(1)</sup>. فقد إعتبرت محكمة التمييز المدنية<sup>(2)</sup> في قرار لها بتاريخ 2006/4/25 بأنه ثبت من العقد الذي وقعه الطبيب، مع المستشفى، أن الطبيب إحتفظ بموجبه بحرية تنظيم عمله، وبحرية تحديد أوقات المعاينات في عيادته عن طريق إخضاع هذه المعاينات للدوام الذي تفتح فيه عيادته، من جهة، وبحرية تحديد توقيت تواجده لمدة ساعتين في الأسبوع في مركز المستشفى حيث تركت مسألة تعيين هاتين الساعتين لمزاجه، ولما يراه مناسباً، من جهة أخرى، فقد ترك للطبيب أيضاً حرية التفاوض مع المستشفى لأجل التوصل الى توافق حول ترتيب طرق وأساليب إجراء فحص الكفاءة الصحية لمرة واحدة سنوياً، كما هو ثابت من العقد. وأن المسائل الأنف نكرها تنفي كلياً عنصر التبعية وخضوع الطبيب لرقابة وإشراف المستشفى، وأن الفريقين توافقاً، إثباتاً لذلك، على تكريس هذا الأمر بشكل واضح وصریح في العقد، حيث إعتبروا أن هذا العقد لا يمكن أن يؤثر على إستقلالية وحرية الطبيب، وأنه يستبعد أي فكرة لوجود تبعية وخضوع من قبل هذا الأخير لمشيئة المستشفى، وأنه تبعاً لذلك لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يعتبر بمثابة عقد عمل<sup>(3)</sup>.

وفي حال كان عقد الطبيب لمدة قصيرة فلا يطبق عليه مبدأ التجديد لعدم حاجة الطبيب لهذه الحماية. فقد إعتبرت محكمة الدرجة الأولى في بيروت<sup>(4)</sup> في حكم بتاريخ 1998/2/12 أن المدعي تعاقد مع المستشفى بصفته طبيباً. وأن المشتري في قانون العمل أراد حماية الأجير الذي إعتبره فريقاً ضعيفاً بحاجة لحماية فإعتبر في المادة 58<sup>(5)</sup> من

---

(1) VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème éd., 2014, LGDJ, p. 726.

(2) محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثامنة، قرار رقم 47 تاريخ 2006/04/25، المرجع كساندر رقم 4 لعام 2006، ص. 858.

(3) LECA A., *Droit de l'exercice médical en clientèle privée*, LEH 2008, p. 397.

(4) محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة المدنية الخامسة، حكم رقم 173 بتاريخ 1998/2/12، الدكتور نجيب ط. / مستشفى أ. د. د. مجلة العدل، عدد 1-3 سنة 2000، ص. 264.

(5) المادة 58: ان اجار الخدمة الحاصلة لمدة معينة بعقد او بنوع العمل لا تخضع لاحكام هذا الفصل المتعلقة بالعلم السابق وبتعويض الصرف. والاجراء الذين استفادوا من عقود لمدة معينة جددت بعقد او بالاستمرار على العمل بدون انقطاع خلال مدة سنين على الاقل يصبح حكمهم، بما يتعلق بتعويضات الصرف. كحكم الاجراء الذين يستفيدون من عقود لمدة غير معينة.

قانون العمل أن تجديد العقد المحدد بمدة معينة لسنتين على الأقل بدون إنقطاع يصبح بمثابة العقد غير المحدد المدة. وأن هذا الوضع لا ينطبق على عقد المقاولة. فمن جهة أولى أن عقد المقاولة يخضع لأحكام قانون الموجبات والعقود ولحرية التعاقد الواردة في هذا القانون. ومن جهة أخرى إن صاحب الحرفة أو المهنة في عقد المقاولة ليس قريبا ضعيفا بحاجة الى حماية كالأجير تجاه رب العمل ويستطيع أن يفرض شروطه على الفريق الآخر ولا يمكن بالتالي تطبيق الأحكام المتعلقة بعقد العمل على عقد الطبيب.

وأخيرا في قرار له بتاريخ 1995/6/27 إعتبر مجلس العمل التحكيمي<sup>(1)</sup> أنه ليس مختصا للنظر بالنزاع غير الناشئ عن عقد عمل بمفهوم المادة 624 من قانون الموجبات والعقود، وذلك لانتهاء التبعية القانونية وغياب إشراف وسلطة ورقابة رب العمل كون المتعاقد مع رب العمل ذو مهنة حرة، وهو طبيب اختصاصي بالاشعة ويمارس عمله باستقلالية وحرية تامتين، ولو تقاضى اجرا مقطوعا، فهو ليس بأجير، ولا يطبق على الطبيب هنا احكام قانون العمل، اذ ان عقده سندا للمادة 624 فقرتها الثالثة من قانون الموجبات والعقود، يعتبر اجارة صناعة وتطبق عليه أحكام قانون الموجبات والعقود<sup>(2)</sup>. وفي ذات السياق، في قرار قديم<sup>(3)</sup>، يتعلق طبيعة العقد الذي يلتزم طبيب بموجبه بتقديم خدماته الى مؤسسة تجارية، إعتبرت ذات المحكمة ان العقد الذي بموجبه يتعهد الطبيب بتقديم خدماته لقاء بدل ولو مقطوعا لا يعتبر عقد عمل ما لم يتوفر فيه عنصر الخضوع. وحيث استقر اجتهاد هذا المجلس على اعتبار ان هذا العنصر يتوفر عندما يكون الطبيب ملزما بتقديم خدماته في اوقات محددة ومكان معين موضوع تحت الاشراف الاداري للشخص المتعاقد معه<sup>(4)</sup>.

---

(1) مجالس العمل التحكيمية، حكم رقم 147 تاريخ 1995/6/27 الموقع الالكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb).

(2) خليل جريج، الخطأ المهني، النشرة القضائية اللبنانية لعام 1976، ص. 78.

(3) مجلس العمل التحكيمي في بيروت، حكم رقم 1022 تاريخ 1965/11/26 الموقع الالكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb).

(4) مجلس العمل التحكيمي في بيروت، حكم رقم 815 تاريخ 1965/7/22 الموقع الالكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية. [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb).

## الضمانات القانونية لحماية الدائن في القانون المدني القطري تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام<sup>(1)</sup>

د. عبدالله عبدالكريم عبدالله<sup>(2)</sup>

تعتبر فكرة الائتمان ركيزة من الركائز الأساسية التي يقوم عليها قطاع الأعمال، لما لهذه الفكرة بالغ الأهمية في الحياة الاقتصادية عموماً وفي المعاملات المدنية أيضاً<sup>(3)</sup>، فحاجات الأفراد في المجتمع ما فتأت تتزايد بتطور مظاهر الحياة وكذا أوجه النشاط الاقتصادي الذي تحرص الدول على رعاية كافة جوانبه<sup>(4)</sup>.

(1) انجز هذا البحث ضمن إطار مشروع بحثي ممول من الصندوق القطري لرعاية البحث العلمي - برنامج الأولويات الوطنية للبحث العلمي - الدورة 11 - التابع لمؤسسة قطر Qatar Foundation، والمشروع البحثي بعنوان "نحو تطوير الأدوات التشريعية الاقتصادية لتحقيق الأمن القانوني في ضوء السياسات الوطنية لدولة قطر" رقم : NPRP11S-0101-180160

"Toward Reforming the Economic Legislative Mechanisms for Achieving Legal Security in light of the National Policies of the State of Qatar"

ويعد البحث المائل ضمن الأوراق البحثية المرتبطة بمخرجات المشروع البحثي المشار إليه والممتد لثلاث سنوات (2019-2022).

(2) أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون بجامعة قطر

(3) انظر في أهمية الائتمان وتطور فكرته نحو ما يسمى بالمصالح الضمانية: الأمم المتحدة، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن المعاملات المضمونة (2016)، متاح الكترونياً على الموقع الإلكتروني

[https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/ar/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions)

انظر أيضاً الأمم المتحدة، دليل الاشتراع الخاص بهذا القانون، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2017

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml_st_a_ebook.pdf)

[documents/uncitral/ar/ml\\_st\\_a\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml_st_a_ebook.pdf)

(4) تنص المادة 28 من الدستور القطري على أن "تكفل الدولة حرية النشاط الاقتصادي على أساس العدالة الاجتماعية والتعاون المتوازن بين النشاط العام والخاص، لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وزيادة الإنتاج، وتحقيق الرخاء للمواطنين، ورفع مستوى معيشتهم وتوفير فرص العمل لهم، وفقاً لأحكام القانون".

ويرتبط الائتمان بحق الملكية ارتباطا وثيق الاواصر، بحيث يستطيع الشخص عن طريق رهن ملكه الحصول على ائتمان يوظفه في نشاطه الاقتصادي ومتطلبات حياته المتزايدة،<sup>(1)</sup> فيلجا حينها الى الاقتراض من شخص آخر او بنك، وقد يطلب هذا الأخير ضمانات للوفاء بقرضه، وذلك كله ضمن إطار دورة الحياة الاقتصادية المرتبطة بفكرة الائتمان.<sup>(2)</sup>

وقد عرض المشرع القطري لمجموعة من الضمانات التي تحمي الائتمان،<sup>(3)</sup> وبالتالي تعزز فرص تداول الأموال السلع والخدمات مما ينشط دورة الحياة الاقتصادية في المجتمع،<sup>(4)</sup> وكذلك التنمية الاقتصادية الشاملة في الدولة.<sup>(5)</sup> حيث كرس المشرع هذه الضمانات عبر منح العديد من التأمينات لحماية الدائن من خطر عدم قدرة المدين على الوفاء بالتزامه او تقاعسه عن تنفيذه، ففي ظل وجود فكرة الضمان العام للدائنين، اوجد المشرع الضمان الخاص تبعا للحاجة الى هذا الضمان وتقوية للضمانات الحمائية الممنوحة للدائن.<sup>(6)</sup>

وتثور الإشكالية حوى مدى كفاية الحماية التي كرسها المشرع القطري للدائن في مواجهة

---

(1) انظر في أهمية الائتمان بالنسبة للنظام الاقتصادي في الدولة وكذا تعزيز سهولة ممارسة الأنشطة الاقتصادية: البنك الدولي، قياس أنظمة أنشطة الاعمال لسنة 2019:

<https://arabic.doingbusiness.org/ar/rankings?region=middle-east-and-north-africa>

(2) انظر في علاقة ممارسة أنشطة الأعمال بالائتمان: البنك الدولي، تقرير ممارسة أنشطة الاعمال، 2019  
<https://arabic.doingbusiness.org/ar/methodology/getting-credit>

(3) انظر في الاطار القانوني المنظم للمعلومات الائتمانية: قانون رقم (13) لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، المواد 151 - 159

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=14741&lawId=4782&language=ar>

(4) انظر: البنك الدولي، تقرير سهولة الاعمال في دولة قطر لعام 2019:  
<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/q/qatar/QAT.pdf>

(5) انظر رؤية قطر الوطنية 2030:  
<https://www.diwan.gov.qa/about-qatar/qatar-national-vision-2030>

(6) في فكرة ضمانات حماية الدائن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص4.

مدينه من وسائل للضمان، في ظل وجود ضمان عام يشار اليه عادة بانه ضمان غير كاف، ووجود ضمان خاص يشار اليه في العديد من الأحيان بان دونه تحديات وإجراءات لإعماله.

ويهدف البحث الى رصد مظاهر قصور الضمان العام عن تأمين الحماية الكافية للدائن والحاجة المتزايدة للحصول على ضمان خاص، وكيفية تطور صور الضمان الخاص شخصيا كان هذا الضمان او عينيا، وصولا الى أهمية تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لتعزيز الضمان الخاص للدائن في ظل قصور الضمان العام، وذلك ضمن منهج استقرائي تحليلي لأحكام القواعد القانونية الحاكمة لهذه المسائل في القانون القطري.

وقد قسمنا بحثنا هذا الى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: قصور حماية الدائن في ظل فكرة الضمان العام والحاجة الى ضمان خاص

المطلب الثاني: مدى كفاية الرهن العقاري كتأمين عيني لضمان حق الدائن

## • المطلب الأول: قصور حماية الدائن في ظل فكرة الضمان العام والحاجة الى

### ضمان خاص

نتناول في هذا الإطار مظاهر عدم كفاية الضمان العام لحماية الدائن ومن ثم الحاجة الى ضمان خاص وصور هذا الضمان الخاص.

### أولا: عدم كفاية حماية الدائن العادي بالضمان العام على كافة أموال المدين

كرس المشرع القطري في المادة 269 من القانون المدني القطري حماية الدائن العادي عبر منحه ضمانا عاما على كافة أموال المدين، حيث جعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. وفي هذا الإطار نصت المادة المشار اليها على أن " 1-أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2-وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون". وهذا يعني أنه في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه اختيارا

فإن للدائن اللجوء الى جبر المدين على التنفيذ عن طريق القضاء، بحجز أموال المدين كاملة او حجز جزء منها، تمهيدا لبيعها تحت اشراف القضاء بالمزاد العلني وفق الإجراءات المحددة قانونا، بغية استيفاء حقه من الثمن الناتج عن حسيلة البيع بالمزاد<sup>(1)</sup>. كما يعني ذلك ان ما يترتب على الضمان العام من نتائج يتمثل في وروده على جميع أموال المدين المملوكة له وقت نشوء الالتزام إضافة الى الأموال التي يملكها المدين بعد ذلك وحتى وقت التنفيذ على أمواله، بحيث يتمكن الدائن من الحجز على أي مال يكون مملوكا للمدين وقت الحجز. بيد أن هذا الامر دونه خطر خروج بعض الأموال او كلها من ملكية المدين وبالتالي من نطاق الضمان العام، ولو كان هذا المال مملوكا للمدين وقت نشوء الالتزام، حيث الضمان العام لا يمنع المدين من التصرف في أمواله ولا يجعل للدائن مكنة تتبع أموال المدين لدى من تنتقل إليهم ملكية هذه الاموال قبل الحجز، فحق الدائن المتمثل بضمانه العام يقتصر فقط على جميع أموال المدين الموجودة وقت توقيع الحجز. يضاف الى ذلك خطر مشاركة دائنين آخرين في الضمان العام، حيث أن هذا الضمان لا يتقرر لدائن بعينه أو لدائنين معينين، بل يشترك فيه جميع الدائنين على قدم المساواة، وهو الامر الذي يحمل خطر عدم كفاية الأموال لسداد حقوق جميع الدائنين المشتركين في هذا الضمان،<sup>(2)</sup> حيث أن قيام أحد دائني المدين بالحجز على مال من أموال هذا المدين لا يمنع باقي الدائنين من الحجز على المال ذاته فلا أولوية لدائن على آخر، ولا يتقدم دائن على غيره، بل يشترك جميع الدائنين في اقتسام الثمن الناتج عن بيع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني بنسبة حقوقهم، بغض النظر عن تاريخ نشوء هذه الحقوق او تاريخ الحجز الموقع من الدائن، حيث يتم توزيع الثمن على الدائنين قسمة غرماء دون إعطاء أولوية لأي دائن على آخر مع الاخذ بعين الاعتبار نسبة حق كل دائن،<sup>(3)</sup> الا في حالة كان لأحد الدائنين تأمينات عينية - كرهن مثلا- على أموال المدين ضمائنا لاستيفاء حقوقه حيث

(1) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، منشورات كلية القانون بجامعة قطر، الدوحة - قطر، 2016، ص101.

(2) همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص15.

(3) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص4.

يكون له سلطة الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقوقه من أموال المدين المحملة بالتأمينات العينية، علاوة على حقه الأساسي في الضمان العام كما هو الحال بالنسبة للدائن العادي، بحيث يستطيع إذا لم يكف ثمن المال المحمل بالتأمين العيني للوفاء بكامل حقه، أن يحصل على ما بقي له من حق من الضمان العام لمدينه بالمساواة مع بقية الدائنين في هذه الحالة.<sup>(1)</sup>

وعلى الرغم من أن المشرع وضع العديد من الوسائل القانونية للمحافظة على الضمان العام، إلا أن هذه الوسائل تبقى غير كافية لتحقيق الحماية الكاملة لحقوق الدائن. وتتمثل وسائل حماية الضمان العام بالدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات إضافة إلى دعوى الصورية والحق في الحبس. ويشترط في كل وسيلة من هذه الوسائل الكثير من الشروط التي وفي حال توفرها فإن كل هذه الوسائل تبقى قاصرة في مواجهة المخاطر التي عرضنا لها بشأن مدى كفاية الضمان العام للدائنين.

فالدعوى غير المباشرة وهي التي يستعمل الدائن من خلالها حقوق مدينه تجاه مدين المدين في حال تقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه تجاه مدينه، يشترط المشرع لاستعمالها شروطاً متعددة تتمثل بعدم استعمال المدين لحقه إضافة إلى أن يؤدي عدم استعمال المدين لحقوقه إلى إعساره أو زيادة هذا الإعسار، كما يشترط أن يكون حق الدائن موجوداً بأن يكون لهذا الدائن حق ثابت ومحقق تجاه المدين بغض النظر عن كونه مستحق الأداء من عدمه وقت رفع الدعوى<sup>(2)</sup> مع تطلب عدم تعلق الحق بشخص المدين أو أن يكون الحق غير قابل للحجز. فالحقوق المتصلة بشخص المدين لا يجوز للدائن أن يطالب بها باسم مدينه، كحق المضرور في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه، كما لا يجوز للدائن أن يطالب باسم مدينه بالحقوق التي لا يجوز الحجز عليها، كالحق في النفقة مثلاً.<sup>(3)</sup>

---

(1) مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى - مصر، 2006، ص5.

(2) جابر محبوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الأحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 105  
(3) انظر في القيود التي ترد على الدعوى غير المباشرة: عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، منشورات مطبعة نهضة مصر، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص132.



ودعوى عدم نفاذ التصرفات" الدعوى البوليصية" منح المشرع القطري بموجب نص المادة 272 من القانون المدني القطري "لكل دائن حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إفسار المدين أو زيادة إفساره..." واشترط المشرع أن يكون العمل الذي قام به المدين تصرفاً قانونياً، وأن يكون هذا التصرف قد أدى الى افقار المدين، كذلك إلى إفساره أو زيادة إفساره، وأن يكون ضاراً بالدائن، كما يشترط لكي يستطيع الدائن أن يطعن في تصرفات مدينه طالباً عدم نفاذها في حقه أن يكون حقه مستحق الأداء وأن يكون حقه كذلك سابقاً على التصرف المطعون فيه، يضاف الى ذلك ما نصت عليه لمادة 273 من القانون المدني القطري من أنه " 1- إذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش. ويفترض غش المدين إذا أثبت الدائن علمه وقت التصرف بأنه معسر، كما يفترض علم المتصرف إليه بغش المدين إذا أثبت الدائن أن المتصرف إليه كان يعلم وقت التصرف بأن المدين معسر. 2- وإذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإنه لا يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين ولا حسن نية المتصرف إليه".<sup>(1)</sup>

اما بشأن دعوى الصورية، فقد منح المشرع للدائن ان يطعن بصورية تصرفات مدينه مع الغير في حال لجوء المدين الى ابرام تصرفات صورية الهدف منها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته، كأن يبيع بعض أمواله ببيعاً صورياً بغرض إخراج هذه الأموال من الضمان العام للدائنين، أو يقترض من الغير قرضاً صورياً فيدخل المقترض مع الدائنين في اقتسام أمواله بما يؤدي إلى إنقاص ما يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ على أموال المدين. وقد بينت المادة 174 من القانون المدني القطري حكم الصورية في هذه الحالة بالنسبة للغير بنصها على أنه " 1- لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص لكل منهما، أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. كما أن لهم، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري..."، بما يعنيه ذلك من حق الدائن في كشف صورية

(1) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 116

تصرفات مدينه التي ابتغى من خلالها نقل ملكية هذه الأموال إلى غيره في الظاهر، في حين أن إرادته وإرادة المتعاقد معه لم تتجه إلى إبرام أي تصرف، وبالتالي لم تتجه إلى نقل الملكية إلى المتصرف إليه. ولذلك يجوز للدائن إذا أراد الحجز على المال موضوع العقد الصوري أن يثبت هذه الصورية، أي أن يثبت أن العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أو أن العقد الحقيقي مخالف للعقد الظاهر. ويستفيد من الحكم الصادر بصورية التصرف جميع دائني المتصرف، وليس فقط الدائن الذي رفع الدعوى. وعلى ذلك إذا حكم بصورية عقد بيع صورية مطلقة، فإن المبيع يعتبر أنه لا يزال مملوكاً للبائع، ومن ثم يستطيع جميع دائني البائع الحجز على هذا المبيع وبيعه بالمزاد العلني استيفاء لحقوقهم، فلا يكون حق التنفيذ على المبيع مقصوراً على الدائن الذي رفع دعوى الصورية<sup>(1)</sup>.

اما بشأن الحق في الحبس، فهو يتمثل في السلطة التي تثبت لمدين تقوم به في الوقت ذاته صفة الدائن قبل دائنه وتخوله أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتبط به أو لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بهذا الالتزام، فالحق في الحبس يفترض وجود شخصين كل منهما دائن و مدين للآخر في نفس الوقت، ويجوز لكل منهما أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بالوفاء بالتزامه أو لم يقدم تأميناً يضمن هذا الوفاء، والحق في الحبس إحدى الوسائل التي تضمن الوفاء بالالتزام، ذلك أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه من شأنه أن يحمل دائنه على الوفاء بالتزامه المرتبط بالتزام المدين وذلك حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه. ويشترط لإعمال هذا الحق مجموعة من الشروط عرضت لها المادة 280 من القانون المدني القطري التي نصت على انه " 1- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء ومرتبب بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. 2- ومع ذلك يجوز لحائز الشيء أو محرزه أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة يكون قد أنفقها على الشيء، إلا إذا كان التزامه بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع". حيث يشترط وجود التزام على عاتق الحابس، وكذلك وجود حق

(1) جابر محبوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 137

للحاسب قبل الدائن في الالتزام الأول، مع وجود ارتباط بين التزام الحاسب وحقه<sup>(1)</sup>. ومثال ذلك عقد البيع فهو ينشئ على البائع الالتزام بتسليم المبيع، ويقرر له حقاً في تسلم الثمن، فيكون بين كل من الالتزام بتسليم المبيع والحق في تسلم الثمن ارتباط، يستطيع من خلاله حبس المبيع الى ان يتقاضى الثمن.<sup>(2)</sup>

ولعل الوسائل الأربعة سالفة الذكر وفي حال توفر شروطها المتعددة بضوابطها المختلفة تعد ناجعة في الحفاظ على الضمان العام للدائنين، بيد انها قاصرة على الحماية الفاعلة للدائن للحصول على حقه كاملاً،<sup>(3)</sup> وذلك في ظل أخطار عدم توفر شروط هذه الوسائل لاستعمالها وصعوبة اثبات توفر تلك الشروط وكذلك مخاطر قيام المدين بإضعاف الضمان العام خاصة ان هذا الضمان العام يعتبر مشتركاً بين كافة الدائنين العاديين ويقتسمون فيه قسمة الغرماء.<sup>(4)</sup>

من هنا كان الحل وللحفاظ على حق الدائن كاملاً البحث عن ضمان خاص يجعل من الدائن يتميز عن بقية الدائنين، ويرتقي به من مرتبة الدائن العادي الى الدائن ذي الضمان الخاص.

---

(1) في تطبيق ذلك وفي حكم صادر عن القضاء القطري رأيت المحكمة أنه "لما كان الحق في الحبس المقرر بمقتضى المادة (280) من القانون المدني يبيح للطاعن الامتناع عن رد الشيء "المبلغ مثار الاتهام" حتى يستوفي ما هو مستحق له طرف الشاكي طبقاً للاتفاق وعقد الشراكة المحرر بينه وبين المدعى المدني، وهو من شأنه -إن صح وحسنت نيته- انعدام مسؤوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة (47) من قانون العقوبات" بما يعني ان استخدام مكنة الحق في الحبس تجعل من الحاسب غير مرتكب لجريمة من منظور القانون الجنائي . انظر : محكمة التمييز القطرية - تمييز جنائي- جلسة 18 من أكتوبر سنة 2010 - الطعن رقم: 156 لسنة 2010 ، منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الأعلى للقضاء بدولة قطر :

[http://eservices.sjc.gov.qa/Portal\\_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=1411&Artcode=572](http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=1411&Artcode=572)

(2) جابر محجوب، النظرية العامة للالتزام، ج2، الاحكام العامة للالتزام في القانون القطري، مرجع سابق، ص 159  
(3) لاشين الغياتي ورضا وهدان، الوجيز في محاضرات التأمينات العينية والشخصية، دون ذكر للناسر، القاهرة، 1995، ص6.

(4) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، دون ذكر للناسر، القاهرة، 1979، ص18.

## ثانياً: الحاجة الى ضمان خاص يحمي الدائن

تعني الحاجة الى ضمان خاص يحمي الدائن أن هنالك حاجة الى تأمينات خاصة شخصية وعينية، وقد عرضنا فيما سبق لمسألة عدم كفاية الضمان العام للدائنين لحماية حق الدائن تجاه مدينه والمخاطر التي تكتنف الركون الى وسائل حماية هذا الضمان، مما يفتح المجال للبحث عن ضمان خاص يلجأ له الدائن لحماية حقوقه بصورة أكثر فعالية. ويتمثل هذا الضمان الخاص بتأمين يحصل عليه الدائن سواء ارتبط هذا التأمين بشخص يكفل للدائن حماية حقه تجاه المدين او ان التأمين يرتبط بعين معينة مملوكة للمدين او لغيره يتعلق بها حق الدائن في حال عدم سداد المدين لدينه<sup>(1)</sup>. والتأمين المرتكز على ضمان شخص اخر لحق الدائن تجاه المدين في حال عدم وفاء هذا الأخير هو تأمين شخصي يتمثل بالكفالة التي يؤمنها هذا الكفيل لحق الدائن في حال عدم وفاء المدين لالتزامه،<sup>(2)</sup> بينما في حال ارتكز التأمين على تخصيص مال مملوك للمدين او لغيره لضمان الوفاء بدين الدائن في حال عدم قيام المدين بالوفاء ولجوء الدائن للتنفيذ على هذا المال المملوك للدائن او لغيره كي يستوفي حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين فإن التأمين حينها يكون تأميناً عينياً.<sup>(3)</sup> ولعل هذه التأمينات شخصية كانت ام عينية تمنح الدائن حماية متميزة عن غيره من الدائنين العاديين باعتباره صاحب ضمان خاص، وحماية متميزة تجعله ذا أولوية عن بقية الدائنين في اقتضاء حقه فبلهم ومن الضمان الخاص الذي يحق له استخدامه لتحصيل حقوقه قبل المدين.

وتتمثل التأمينات الشخصية بالكفالة اما التأمينات العينية فتتمثل بالرهن والامتياز. وقد خص المشرع القطري الكفالة بأحكام خاصة منصوص عنها في الباب الخامس من القانون المدني، معرفاً إياها بأنها "عقد يكفل شخص بمقتضاه تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" وذلك وفق نص المادة 808 من القانون المدني القطري. بيد انه هذه الآلية تعد أيضاً قاصرة عن توفير الحماية الكافية للدائن،

(1) سمير تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص 8.

(2) لاشين الغياتي و رضا وهدان، مرجع سابق، ص 76.

(3) سمير تتاغو، مرجع سابق، ص 8.

لاحتمال أن يكون الكفيل معسرا إضافة الى المدين، فيتعذر على الدائن الحصول على حقه. أما التأمينات العينية أي الحقوق العينية التبعية فقد كرس لها القانون المدني القطري المواد 1058-1174، وسوف نبحت فيما يلي الرهن الرسمي للعقار كضمان عيني يلعب دور الوسيلة الحمائية للدائن في مواجهة عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

### • المطلب الثاني: مدى كفاية الرهن العقاري كتأمين عيني لضمان حق الدائن

وضع المشرع القطري في القانون المدني تنظيماً قانونياً للرهن الرسمي للعقار كضمانة يقدمها المدين او شخص آخر للدائن لضمان حقه في ذمة المدين وسنعرض فيما يلي لضوابط الرهن الرسمي العقاري ثم لأهمية تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لحماية الدائن المرتهن.

### أولاً: ضوابط الرهن الرسمي العقاري

يعرف الرهن الرسمي بأنه عقد به يكسب بموجبه الدائن حقاً عينياً على عقار مخصص لوفاء دينه، وهذا الحق العيني يخوله التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له مرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار ويتبعه في أي يد يكون<sup>(1)</sup>. وقد اشترط القانون شكلية معينة في هذا العقد لانعقاده،<sup>(2)</sup> حيث تطلب أن يتم موثقة وفقاً للقانون<sup>(3)</sup>. وجعل القانون

(1) المادة 1058 من القانون المدني القطري

(2) انظر في الكتابة المتطلبة كشكل في العقد: على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتب الأول - مصادر الالتزام، طار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص12. وانظر أيضاً: فتحي عبد الرحيم عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتب الأول - مصادر الالتزام، ط4، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص39.

(3) وفي ذلك قضت محكمة التمييز القطرية بأن "... مؤدى النص في المادتين (1058)، (1059) من القانون المدني أن المشرع فرض شكلاً معيناً لعقد الرهن الرسمي بأن يتم إفراغه في ورقة رسمية وإلا كان باطلاً" وأضافت المحكمة "... لما كان القانون رقم (14) لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري قد نص في المادة الرابعة منه على أن "يجب تسجيل جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك. ..." كما نظمت اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه الأحكام الخاصة بطريقة التسجيل وإجراءاته فنصت المادة الثانية منها على أن " يتولى مدير إدارة التسجيل العقاري والتوثيق : أ- استلام طلبات التسجيل ب- تنظيم معاملات

نفقات عقد الرهن على الراهن سواء كان مديناً او شخصاً آخر قدم عقاره على سبيل الرهن،<sup>(1)</sup> ويستطيع الأطراف الاتفاق على ان تكون نفقات الرهن على الدائن المرتهن.<sup>(2)</sup> وقد وضعت المادة 1061 من القانون المدني القطري حكماً خاصاً برهن ملك الغير، حيث اعتبر عقد الرهن في هذه الحالة صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون. اما في حال لم يصدر هذا الإقرار من المالك الحقيقي فان حق الرهن لا يترتب على العقار إلا في حالة اصبح العقار مملوكاً للراهن. وحماية للدائن المرتهن حسن النية فإن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن إذا كان حسن النية عند إبرام عقد الرهن<sup>(3)</sup>.

كما حدد القانون مشتملات هذا الرهن بحيث يشمل ملحقات العقار المرهون وبخاصة الأبنية والأشجار، وحقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، سواء ما كان من هذه الملحقات قائماً وقت الرهن أو استحدثت

---

البيع والشراء والرهن وغيرها الواجب تسجيلها في السجل العقاري...." والمادة (23) من ذات اللائحة على أن "تقدم طلبات البيع والشراء والرهن والقسمة وغيرها..... إلى إدارة التسجيل العقاري والتوثيق... يدل على أن هدف الشارع من هذه الأحكام التي تناولها القانونان المدني والتسجيل العقاري هو شهر التصرفات العقارية حمايةً للانتماء العقاري ومن ثم فهي أحكام متعلقة بالنظام العام وبالتالي واجبة التطبيق ولا يسوغ مخالفتها".  
محكمة التمييز القطرية - الدائرة المدنية والتجارية - الطعن رقم: 167 / 2016 - تاريخ الجلسة: 2016/06/14 ، منشور على الموقع الإلكتروني للبوابة القانونية القطرية - الميزان - :

<http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?id=1506&language=ar&selection=>

(1) المادة 1060 من القانون المدني القطري تنص على أنه "1- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، أو كفيلاً عينياً يقدم الرهن لمصلحة المدين. 2- وفي كلتا الحالتين، يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون، وأهلاً للتصرف فيه".

(2) المادة 1059 من القانون المدني القطري

(3) المادة 1062 من القانون المدني القطري، وفي التطبيق القضائي لهذه المادة انظر حكمة محكمة التمييز القطرية: تمييز مدني - جلسة 19 يونيو سنة 2007 - الطعانان رقما 19 و33 لسنة 2007 ، متاح على الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للقضاء بدولة قطر:

[http://eservices.sjc.gov.qa/Portal\\_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=223&Artcode=1](http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_2/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=223&Artcode=1)

بعده، وذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك.<sup>(1)</sup> اما من حيث مدى تبعية الرهن للدين، فقد جعل المشرع الرهن تابعاً للدين المضمون في صحته وانقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.<sup>(2)</sup>

ويترتب على عقد الرهن مجموعة من الاثار القانونية بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، فبالنسبة للمتعاقدين،<sup>(3)</sup> أجاز القانون للراهن التصرف في العقار المرهون، من دون ان يؤثر هذا التصرف على حق الدائن المرتهن، فإن تم بيع العقار المرهون، فإن الملكية تنتقل محملة بالرهن، ويستطيع الدائن المرتهن عند حلول اجل الدين وعدم استيفاء دينه اللجوء الى القضاء والتنفيذ على العقار المرهون. كما سمح القانون للراهن بالحق في إدارة العقار المرهون طيلة مدة الرهن كون الحيازة لم تنتقل الى الدائن المرتهن، ووضع ضوابط لنفاذ الايجار الصادر من الراهن في حق الدائن المرتهن.

والزم المشرع الراهن بضمان سلامة الرهن، وعدم اضعاف الرهن، ومنح المشرع في سبيل ذلك للدائن المرتهن حق الاعتراض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً، كما له في حالة الاستعجال اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، والرجوع على الراهن بما أنفق في سبيل حماية الضمان. وإذا حصل أي اضعاف للرهن، يفرق القانون بين حالتين، فإن كان الراهن بخطئه قد تسبب في هلاك العقار المرهون أو تلفه فإن القانون يعطي الخيار للدائن المرتهن بين أن يطلب من الراهن تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه المتمثل بالدين فوراً، اما في حال كان الهلاك أو التلف الذي أصاب العقار قد نشأ عن سبب أجنبي، فإن الخيار للمدين في أن يقدم تأميناً كافياً للدائن أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وذلك ما لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين.

وفي ذلك فإن للدائن المرتهن استيفاء حقه من العقار المرهون وفقاً للإجراءات القضائية المقررة لذلك في حال عدم وفاء الدين في الاجل المحدد لذلك، وفي حالة لم يستوف الدائن دينه كاملاً من ثمن العقار بعد بيعه، فإن الدائن يحق له الرجوع بباقي الدين على أموال

(1) المادة 1064 من القانون المدني القطري

(2) المادة 1070 من القانون المدني القطري

(3) السنهوري، مرجع سابق، ص414.

المدين ولكن بصفته دائناً عادياً<sup>(1)</sup>. وحماية للمدين من استغلال الدائن لحاجته للمال، أبطل القانون كل شرط يجعل للدائن المرتهن الحق في أن يمتلك العقار المرهون مباشرة مقابل الدين أو بأي ثمن كان، أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات القانونية، ولو كان هذا الشرط قد أبرم بعد الرهن، طالما تم إيراد هذا الشرط قبل حلول أجل الدين.<sup>(2)</sup> أما من حيث أثر الرهن بالنسبة إلى الغير فقد اعتبر القانون الرهن نافذا بالنسبة للغير إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار. ويتم التمسك بذلك عبر التأشير بوجود رهن في هامش القيد الأصلي في السجل العقاري.<sup>(3)</sup> ويترتب على ذلك ان للدائن المرتهن حق التقدم، بحيث يستوفي الدائن المرتهن حقه قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار<sup>(4)</sup>.

كما ان للدائن المرتهن حق التتبع بالنسبة للعقار المرهون بحيث يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين التنفيذ على العقار المرهون في يد أي حائز لهذا العقار، على انه يستطيع الحائز توقي إجراءات التنفيذ على العقار في حال قيامه بدفع الدين، أو تطهير العقار من الرهن أو التخلي عن العقار محل الرهن<sup>(5)</sup>.

وقد أشار المشرع في المادة 1113 الى كيفية انقضاء لرهن الرسمي،<sup>(6)</sup> محددًا ذلك بانقضاء الدين المضمون، مع عدم الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته مشيراً الى أنه في حالة بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني تنقضي حقوق الرهن على هذا العقار بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.<sup>(7)</sup>

---

(1) المواد 1071-1079 من القانون المدني القطري.

(2) المادة 1080 من القانون المدني القطري

(3) المادة 1081 من القانون المدني القطري.

(4) المادة 1088 من القانون المدني القطري

(5) المادة 1092 من القانون المدني القطري

(6) السنهوري، مرجع سابق، ص 614

(7) المادة 1115 من القانون المدني القطري.



## ثانياً: تجديد قيد الرهن العقاري كآلية لحماية الدائن المرتهن

عرضنا فيما سبق الى حماية الدائن عبر الية الرهن العقاري كتأمين عيني للدائن في مواجهة مخاطر عدم سداد المدين لدينه، بيد أن الرهن العقاري بحد ذاته يكتفه خطر عدم تجديد قيده، والمرتبب بسقوط القيد في حال عدم تجديده خلال عشر سنوات من اجرائه. فالمادة 1081 من القانون المدني القطري تنص على أنه "1- لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار. وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس". كما ان المادة 1083 تنص على أن: "يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه، على أن للدائن أن يجري قيده جديداً إن أمكن ذلك قانوناً، تكون مرتبته من وقت إجرائه. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أُجري فيه".

ومؤدى ذلك أن المشرع لم يكتف بإجراء قيد الرهن الوارد على عقار مرة واحدة، بل تطلب تجديده خلال عشر سنوات والا ترتب سقوط القيد في حال عدم تجديده.<sup>(1)</sup> كما ان معنى ذلك أنه ليس من المحتم أن ينتظر الدائن المرتهن انتهاء مدة العشر السنوات المنصوص عليها حتى يجري التجديد للقيد، بل إنه يستطيع خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد تجديده.

وحال تجديد القيد يحسب ميعاد التجديد عشر سنوات من وقت التجديد، لا من وقت القيد الأصلي. وإذا كان هناك قيد أجري منذ أكثر من عشر سنوات ولم يجدد فإنه يكون معدوم الأثر.

ولما كانت حكمة المشرع من التجديد حماية الملكية العقارية وما يتعلق بها من حقوق، فقد يحدث أن ينقضي الدين المضمون بالرهن، ويهمل صاحب الشأن شطب القيد، لذا نص

---

(1) ويبدو أن اشتراط تجديد القيد مرده التأثير بما كان سائداً في معظم الدول العربية من نظام للشهر الشخصي، ولعل الأنسب في ظل اتباع نظام الشهر العيني هو حذف هذا الشرط لما فيه من ارهاق بين بالنسبة للدائنين المرتهنين، خاصة ان الجزاء المترتب على عدم القيام بهذا المتطلب يعتبر كبير الأثر يتمثل في خطر فقدان مرتبة الرهن: مقابلة شخصية مع الأستاذ عامر الغافري مساعد مدير إدارة التسجيل العقاري بوزارة العدل القطرية حول المشكلات العملية في الرهن العقاري، بتاريخ 2019/10/6.

المشروع على أنه إذا انقضى على هذا القيد عشر سنوات ولم يجدد، فإن القيد يسقط وبالتالي يستطيع الدائن المرتهن ألا يشطب القيد، معتمداً على سقوطه بعد عشر سنوات.

وإذا أجري قيد، وجدد في خلال العشر سنوات من وقت إجرائه، فإن القيد يبقى محافظاً على آثاره عن طريق التجديد، وتكون مرتبة التجديد، وكل تجديد آخر يتلوه في الميعاد القانوني، هي مرتبة القيد الأصلي ذاتها، وبذلك يستطيع الدائن المرتهن، عن طريق التجديد، أن يحتفظ بمرتبه الأصلية، وهو بذلك يستطيع، إذا كان أجل استحقاق حقه طويلاً كما في الديون طويلة الأجل التي تلجأ بعض البنوك إلى التعامل بها، أن يحتفظ بمرتبه الأصلية مدة عشرين أو ثلاثين سنة أو أكثر.

وإذا لم يجدد القيد خلال العشر سنوات المحددة قانوناً من وقت إجرائه، ترتب على ذلك سقوط القيد وانعدام أثره، فتضيع مرتبة الدين التي يكون القيد قد حفظها. ولكن الرهن يبقى صحيحاً حيث يجوز للدائن المرتهن أن يجري به قيداً جديداً يأخذ مرتبة من وقت إجرائه، وذلك إذا كان هذا ممكناً ولم يحل دونه مانع يمنع إجراء القيد كإفلاس الرهن مثلاً.

ويترتب على سقوط القيد لعدم تجديده ان يعود مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل إجراء القيد. فإذا رهن شخص عقاره لدائن مرتين أول، ثم رهنه مرة ثانية لدائن مرتين ثان في خلال العشر السنوات الأولى لقيد الرهن الأول، وتأخر الدائن المرتهن الأول في تجديد قيده عن عشر سنوات، ولم يتأخر الدائن المرتهن الثاني عن تجديد رهنه، فإن الدائن المرتهن الثاني يصبح دائناً مرتين أولاً، ويتقدم على الدائن المرتهن الأول، ولو كان يعلم بوجود هذا الرهن عند ما ارتهن العقار.

أما بالنسبة لإجراءات التجديد فلم يذكر القانون رقم (14) لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري والقوانين المعدلة). واللائحة التنفيذية للقانون رقم 14 لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري شيئاً عن إجراءات التجديد، ولكن يمكن استخلاصها من إجراءات القيد ذاتها؛ حيث يتم التجديد بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه سواء كان الخلف عامماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير. فيجوز للمحال له، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير، أن يطلب تجديد القيد، سواء

باسمه أو باسم المحيل، ولمن توجب مصلحته إجراء التجديد في ميعاده. ويحصل التجديد في مواجهة الراهن، فإذا كان العقار المرهون قد انتقل وقت التجديد إلى ورثة الراهن أو إلى غيرهم من الخلف، جاز عند تجديد القيد في مواجهة الراهن تجديده أيضاً في مواجهة هذا الخلف.

وتتوافق هذه الاجراءات مع ما تنص عليه المادة 23 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 14 لسنة 1964 بنظام التسجيل العقاري والتي ورد فيها " تقدم طلبات البيع والشراء والرهن والقسمة وغيرها شفاهاً أو كتابة بشكل محررات إلى مدير إدارة التسجيل العقاري والتوثيق ويرفق بها دوماً سند التمليك.

يشار هنا الى أهمية التأشير على هامش القيد، وذلك لتمكين ذي المصلحة من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيير، قد يصل إلى حد أن يصيبه في بقائه، أو يمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذي تقرر القيد أصلاً لمصلحته.

وتنص المادة 1081/2 من القانون المدني القطري على أنه " ولا يصح التمسك قبلاً الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي" فإجراء التأشير في هامش القيد قد لا يقل أهمية عن إجراء القيد الأصلي، لأن إغفاله يترتب عليه آثار هامة مثل الآثار التي طالعناها في النص المتقدم الذكر.

ومن هذه الآثار نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق، فالحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات كالرهن الرسمي، فلا يجوز التمسك بالرهن في مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة. ويسري الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين، فيجب على الدائن المحال له أن يؤشر بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي.

وإذا حل شخص حلوياً قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلي، امتد هذه الحلول إلى التأمينات ومنها الرهن الرسمي. فيتعين على الحال أن يؤشر على هامش القيد الأصلي بما

يفيد حوله محل الدائن المرتهن. وللدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. فالتنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير، إلا إذا أشر بذلك على هامش القيد الأصلي الذي أجرى لمصلحة الدائن المرتهن المتنازل عن مرتبته.

ويقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانوني لإجراء هذا التأشير، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق، أو يبرز الدائن الموفي مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل الدائن. وإذا كان التأشير خاصاً بالتنازل عن مرتبة، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل.

ويقدم الطلب إلى إدارة التسجيل العقاري، ويدرج في دفتر معد لهذه الطلبات، ويأخذ رقماً متتابعاً تقيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأنه الطلب وإذا تحققت الإدارة من استيفاء الطلب للشروط القانونية، أثبتت التأشير في هامش قيد الرهن الرسمي أو في ورقة تلحق به. ويشتمل التأشير على جميع البيانات التي سيق ذكرها، وعلى بيان تاريخه والساعة التي تم فيها.

ويبرز في هذا الإطار الفرق بين الآثار القانونية المترتبة عن كل من القيد الأصلي للرهن وتجديد القيد، حيث يمنح القيد الأصلي للدائن المرتهن مرتبته، أما التجديد فيقتصر على المحافظة على هذه المرتبة إذا أجرى في الميعاد فإذا أجرى بعد الميعاد كان قيداً جديداً له مرتبته من وقت إجرائه. فالتجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للقيد القديم، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمراراً للقيد القديم ومن ثم يأخذ مرتبته من وقت حصوله.

## • خاتمة

يعد الضمان العام الية لحماية حقوق الدائن في مواجهة المدين، بيد ان هنالك مخاطر تجعل من الضمان العام قاصراً عن توفير الحماية الكافية للدائن في حقوقه تجاه المدين،

لذلك فقد اوجد المشرع نوعا من الضمان الخاص الذي يقدم للدائن كي يجعله في مرتبة متميزة عن غيره من الدائنين، حيث يقدم المدين تأمينا شخصيا او عينيا للدائن يكفل له حماية أكثر فعالية لحقوقه. وقد خلصنا في ختام ورقتنا هذه الى ما يلي:

### أولاً: النتائج

1. قصور الضمان العام عن حماية الدائن حماية فاعلة، حيث الاكتفاء بالضمان العام دونه مخاطر قسمة الغرماء بين دائني المدين، واحتمالية عدم كفاية ما يملكه المدين من اموال لسداد الدين.
2. الفعالية النسبية للتأمين الشخصي كالكفالة حيث أنه أفضل من الضمان العام ولكن تكتفه بعض المخاطر كعدم توفر أموال لدى الكفيل تعجزه عن سداد ما تعهد به في حال عدم وفاء المدين بالتزامه.
3. فعالية التأمين العيني كضمان خاص، حيث يستطيع الدائن التنفيذ عن طريق القضاء على أموال المدين في حال حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين بالتزامه، والاثار المترتبة على التأمين العيني خاصة ان كان عبارة عن رهن رسمي عقاري مما يخول الدائن مرتبة متميزة عن غيره من الدائنين المرتهنين التاليين له باعتباره دائنا مرتها اول، ومتميزة عن الدائنين العاديين باعتباره دائنا مرتها اول.
4. أهمية المحافظة على مرتبة قيد الرهن خوفا من سقوط المرتبة بمضي عشر سنوات دون تجديد قيد الرهن مما يتيح المجال للتالي مرتبة والذي يجدد قيده من الإفادة من سقوط مرتبة الدائن المرتهن الأول، فيصبح من قام بالتجديد أولا هو الأعلى مرتبة والأولى قانونا في اقتضاء دينه.

### ثانياً: التوصيات

1. التأكيد على أهمية الضمانات الممنوحة للدائنين باعتبارها أداة من أدوات تطوير النشاط الاقتصادي، مع ضرورة تعزيز هذه الضمانات وحمايتها.

2. ضرورة التنبه الى أهمية مسألة تجديد قيد الرهن للمحافظة على المرتبة المتميزة للدائن المرتهن، خاصة إذا كان الدائن المرتهن شخصاً معنوياً.

3. أهمية وضع قواعد تشريعية واضحة في القانون المدني وكذا في قانون التسجيل العقاري القطري تحدد كيفية التجديد بحيث يتم مراعاة القواعد الآتية:

(1) الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب التجديد:

- يقدم تجديد قيد الرهن بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير. فيجوز للمحال له، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير، أن يطلب تجديد القيد، سواء باسمه أو باسم المحيل.

(2) إجراءات التجديد:

- يتم تقديم طلب التجديد إلى مدير إدارة التسجيل العقاري ويرفق بها دوماً سند التمليك.

- بعد الموافقة على طلب التجديد يتم التأشير على هامش القيد، وذلك لتمكين ذوي المصلحة من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيير.

4. من الأهمية بمكان دراسة جدوى حذف اشتراط تجديد قيد الرهن ابتداء خاصة في ظل اتباع نطل السجل العيني، ورفعاً لأي ارهاق على عاتق الدائن المرتهن الذي قد يفقد حقه في مرتبة الرهن في حال عدم تجديد القيد، ولعل في هذا الاقتراح ما يتواءم مع توجه الدولة من تعزيز لفكرة الائتمان العقاري مما ينعكس إيجاباً على تسهيل عمل قطاع الاعمال في الدولة، وبالتالي تحسين مرتبة الدولة عالمياً على مؤشرات سهولة الاعمال.

المستجدات القانونية في التشريع التجاري اللبناني  
قراءة في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والإفلاس  
والشركات في ضوء التشريع المقارن (القانون القطري نموذجاً)

الدكتورة فاتن حسين حوى<sup>(1)</sup>

• المقدمة

دخل النشاط التجاري في لبنان مرحلة جديدة اعتباراً من أول شهر تموز/يوليو 2019،<sup>(2)</sup> حيث بدأ نفاذ التعديلات الأبرز والأوسع على قانون التجارة اللبناني،<sup>(3)</sup> منذ صدوره عام 1942، وقد صدرت هذه التعديلات بموجب القانون رقم 126 الصادر بتاريخ 2019/03/29 بتعديل قانون التجارة البرية في لبنان.

وقد انصبت التعديلات الجديدة على تطوير النظام القانوني لبعض التزامات التجار في ممارستهم للأعمال التجارية كمسك الدفاتر التجارية وكذلك تطوير القواعد المنظمة للإفلاس وكذلك النظام الحاكم للشركات التجارية وغيرها من الأحكام ذات الصلة. وتأتي هذه التعديلات مترافقة مع اطر قانونية جديدة تحكم النشاط التجاري وتطور منظومته القانونية، وتمثل ذلك بصدور قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع

(1) أستاذ القانون التجاري المشارك - كلية القانون بجامعة قطر

(2) وذلك بموجب القانون رقم 126 الصادر بتاريخ 2019/03/29 بتعديل قانون التجارة البرية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 304 تاريخ 1942/12/4 وتعديلاته، وإضافة أحكام جديدة عليه، وتعديل المادة 844 من قانون الموجبات والعقود، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية اللبنانية رقم 18، تاريخ النشر 2019/04/1، الصفحة: 1282-1338.  
(3) حيث تنص المادة 127 من القانون المشار اليه على أن " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره".

الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10،<sup>(1)</sup> وقانون تعديل نظام الشركات المحصور نشاطها خارج لبنان - أوف شور رقم 85 الصادر بتاريخ 2018/10/10،<sup>(2)</sup> وقانون الوساطة القضائية في لبنان رقم 82 الصادر بتاريخ 2018/10/10،<sup>(3)</sup> وقانون الغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر رقم 75 الصادر بتاريخ 2016/10/27،<sup>(4)</sup> وغيرها من التطورات التشريعية.

تركز هذه الدراسة على مناقشة المستجدات القانونية في التشريعات التجارية اللبنانية ضمن دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريع المقارن، على ان تكون المقارنة مع القانون القطري كنموذج لتطوير البيئة التشريعية في الميدان الاقتصادي عموماً والتجاري بشكل خاص، وذلك لبيان مدى كفاية التعديلات الجديدة في القانون اللبناني في ميزان التطوير المنشود في التشريعات التجارية.

#### هدف البحث:

يهدف البحث الى دراسة بعض المستجدات التشريعية في التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس في التشريع اللبناني مقارنة بالتشريع القطري من خلال المواءمة بين

---

(1) قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18. وبحسب مادة الإصدار فإن هذا القانون يعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي 2019/1/18.

(2) قانون تعديل نظام الشركات المحصور نشاطها خارج لبنان - أوفشور رقم 85 الصادر بتاريخ 2018/10/10، بتعديل بعض أحكام المرسوم الاشتراعي رقم 46 الصادر في 24 حزيران 1983 بشأن شركات الافشور. ولعل الأبرز في هذا التعديل هو ما ورد في المادة الأولى منه من حيث إجازة تأسيس هذا النوع من الشركات من شخص واحد. يذكر أنه بمراجعة التطبيق العملي لهذا القانون نجد أن شركة وورلد ادفايزورز سجلت لدى السجل التجاري في بيروت تحت اسم (وورلد ادفايزورز ش م ل (أوف شور) شركة شخص واحد) تحت رقم 1809809 تاريخ التسجيل: 2019/22/2، وهذه البيانات مستقاة من الموقع الالكتروني للسجل التجاري في بيروت

<http://cr.justice.gov.lb/search/result.aspx?id=1000127616>

(3) قانون الوساطة القضائية في لبنان رقم 82 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18.

(4) قانون الغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر رقم 75 الصادر بتاريخ 2016/10/27، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 52، تاريخ النشر: 2016/11/3.



ضرورات التطوير التشريعي في الميدان الاقتصادي عموماً ومبررات مصلحة أطراف العمليات التجارية وذلك بدراسة ماهية هذه المستجدات ومضمونها.

#### **إشكالية البحث:**

تتركز إشكالية البحث في مدى كفاية القواعد التي أتى بها المشرع اللبناني في مجال المعاملات التجارية في ظل حاجات المجتمع وفي ضوء التجربة المقارنة، وذلك من خلال البحث في مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية والافلاس والشركات وبخاصة شركة المساهمة وشركة الشخص الواحد .

#### **أهمية البحث:**

ترجع أهمية البحث الى كون التعديلات التشريعية الجديدة لقانون التجارة اللبناني وكذلك التشريعات الجديدة التي أصدرها المشرع اللبناني في هذا المجال تعد تطويراً شاملاً للنظام القانوني الحاكم للمعاملات التجارية عموماً، فمن الأهمية بمكان رصد هذه المستجدات القانونية وقياس مدى كفايتها ومقارنتها مع الأطر القانونية المقارنة.

#### **منهج البحث:**

تم التركيز على اعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن في تناول مستجدات التنظيم القانوني للمعاملات التجارية، وذلك لأهمية تحليل الأحكام القانونية الجديدة في القانون اللبناني ودراسة مدى كفايتها وذلك عبر نقد بعض النصوص واقتراح تطويرها وذلك في ضوء التجربة المقارنة وأفضل الممارسات في هذا الإطار.

#### **خطة البحث:**

يقسم البحث ضمن هذا الإطار على النحو التالي:  
المطلب الأول: مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية

المطلب الثاني: مستجدات التنظيم القانوني للإفلاس  
المطلب الثالث: مستجدات التنظيم القانوني للشركات التجارية

### • المطلب الأول: مستجدات التنظيم القانوني للأعمال التجارية

نعرض في هذا الإطار للمستجدات في مجال الدفاتر التجارية الإلزامية ومدى تطلب استخدام الوسائل الرقمية في مسكها والموجبات المرتبطة بمسك الدفاتر.

#### الفرع الأول: التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية باستخدام الوسائل الرقمية

لزم المشرع اللبناني التاجر بمسك مجموعة من المستندات المرتبطة بشكل مباشر بنشاطه التجاري، وتعتبر ذات أهمية في اثباتها ورقابتها. وتتمثل هذه المستندات بدفتر اليومية والأستاذ، ويعبر دفتر اليومية عن الدفتر الذي يتم فيه تسجيل العمليات المالية التي يقوم بها التاجر يوميا او شهريا بحسب طبيعة العمل، اما دفتر الأستاذ فهو الدفتر الخاص بفتح ومتابعة الحسابات المتعلقة بالنشاط التجاري، ويقع هذا الالتزام سواء كان التاجر شخصا طبيعيا او معنويا، مع الاخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون التجارة البرية اللبناني من اعفاء " الافراد الذين يتعاطون تجارة صغيرة او حرفة بسيطة ذات نفقات عامة زهيدة كالبائع الطواف او البائع بالمياومة او الذين يقومون بنقلات صغيرة على البر أو سطح الماء" من هذا الالتزام.<sup>(1)</sup>

والجديد الذي اتى به المشرع في هذا الإطار يتمثل في إعطاء الخيار للتاجر في الطريقة التي ينفذ فيها التزامه، بحيث يستطيع التاجر مسك الدفاتر المشار إليها يدويا او عبر تطبيق رقمي تتوفر فيه شروط التحصين من أي مخاطر تقنية او غيرها إضافة الى تطابق هذا التطبيق مع المعايير المحددة قانونا.

---

(1) انظر في الفئات المعفاة من الالتزام بمسك الدفاتر التجارية: أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري - ج 1 - الاعمال التجارية-التجار - المؤسسة التجارية- الملكية الصناعية، ط1، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2007، ص114.

بيد ان المشرع اللبناني لم يفتح الباب امام التاجر على مصراعيه في الاختيار، حيث الزم المشرع كل تاجر بمسك الدفاتر التجارية المشار اليها عبر التطبيق الرقمي بعد مرور مدة زمنية حددها بسنتين تبدأ من تاريخ صدور قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني.(1) ولعل المشرع في هذا الإطار حاول المواءمة مع تطور المعاملات التجارية على الصعيد المحلية والدولية باستخدام التكنولوجيا والتقنيات الرقمية، كما أتى المشرع متوائماً مع نفسه بعد ان أصدر قانوناً متخصصاً بالمعاملات الالكترونية عام 2018.

ولكن المشرع بإلزامه التاجر بعد مضي سنتين على صدور هذا القانون بمسك الدفاتر التجارية الكترونياً يكون قد كلف بعض فئاتهم بما لا يطيقون، فالمشرع افترض ان كافة التاجر سيستخدمون التطبيق الرقمي لمسك دفاترهم التجارية، كما افترض ان المعايير المتطلبة في مسك الدفاتر التجارية الكترونياً والتي تصدر بمرسوم بناء على اقتراح وزير العدل والمالية قد تم تحديدها وتعميمها، ولم يتم الاخذ بالحسبان عدم صدور مثل هذه المعايير، حيث ان المشرع ربط الاطار الزمني للتطبيق الالزامي لمسك الدفاتر التجارية الكترونياً بصدور قانون تعديل قانون التجارة وليس بصدور المرسوم التطبيقي المحدد لمعايير المسك الالكتروني للدفاتر.(2)

ومن منظور مقارنة مع القانون القطري نجد أن قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة في دولة قطر ألزم التاجر بمسك مجموعة من الدفاتر التجارية بحسب النشاط التجاري، ولم يحدد المشرع الية معينة لطريقة مسك هذه الدفاتر، فقد ترك للتاجر حرية اختيار الطريقة المناسبة لمسك هذه الدفاتر بنصه بأن مسك الدفاتر التجارية يتم " بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بدقة"،(3) ولعل هذا النص يشمل الطريقة اليدوية والطريقة الالكترونية، وسمح للتاجر حرية اختيار الطريقة التي اشترط فيها ان تكون مبينة بدقة للمركز المالي للتاجر. ولعل في مسلك المشرع القطري نوع من الحرية التي ينشدها التاجر

---

(1) صدر هذا القانون بتاريخ 2019/3/29 ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 2019/4/1.

(2) المادة 1 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية اللبناني والتي الغت م 16 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(3) المادة 21 من قانون رقم (27) لسنة 2006 بإصدار قانون التجارة في دولة قطر

في عمله بعيداً عن المتطلبات الشكلية مع عدم الاخلال بقواعد الرقابة على عملياته التجارية، مع الاخذ بعين الاعتبار اعفاء بعض الفئات من هذا الالتزام،<sup>(1)</sup> وهم " الأفراد الذين يزولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة يعتمدون فيها على عملهم بصفة أساسية للالتزام بمسك الدفاتر التجارية".<sup>(2)</sup> ومن ضمن هذه الحرف مثلاً الصياغة اليدوية للذهب والمجوهرات الثمينة والفضة وغيرها مما تم تضمينه قرار الوزير المختص المحدد لهذه الحرف. كما يعفى أيضاً من هذا الالتزام التاجر الذي لا يتجاوز رأس ماله مبلغ المائة ألف ريال.<sup>(3)</sup> ولم يغفل المشرع القطري عن ذكر دور التقنية وربطها بالدفاتر التجارية حيث استثنى بموجب المادة 35 من قانون التجارة القطري "التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة" من مسك الدفاتر التجارية الإلزامية والضوابط المقررة لذلك معتبراً كافة البيانات المستخرجة من الحاسب الآلي أو أي من الأجهزة الحديثة الأخرى بمثابة دفاتر تجارية. مع الإشارة الى ان عملية استخدام هذه الأجهزة تنظم بضوابط عامة توضع بقرار من وزير التجارة والصناعة.

## الفرع الثاني: التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية الإلزامية وبعض الموجبات الإضافية

### أولاً: التزام التاجر بمسك دفتر اليومية والاستاذ

بموجب القانون التعديلي الجديد أصبح الالتزام بمسك دفتر الأستاذ إلزامياً بالنسبة للتجار الملزمين بمسك الدفاتر التجارية، على اعتبار انه من الدفاتر التجارية الاجبارية علاوة على دفتر اليومية، وهو الامر الذي لم يكن متوجبا قبل التعديل، حيث كان التزامه منصبا على دفتر اليومية ودفتر الجرد.<sup>(4)</sup> كما لزم المشرع بموجب التعديل الجديد التاجر بإجراء جردة

(1) المادة 16 من قانون التجارة القطري

(2) قرار وزير الأعمال والتجارة بدولة قطر رقم (210) لسنة 2010 بتحديد الحرف البسيطة والتجارة الصغيرة.

(3) المادة 22 من قانون التجارة القطري

(4) محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري: الاعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 193.

حساب سنوية لجميع عناصر مؤسسته يتم خلالها وقف جميع الحسابات بهدف وضع الميزانية وكذلك "حساب النتيجة"، واشترط المشرع لتمام تنفيذ هذا الالتزام حفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات.<sup>(1)</sup>

اما من المنظور المقارن فإن قانون التجارة القطري يلزم التاجر بمسك عدة دفاتر تجارية، وأول هذه الدفاتر دفتر اليومية الأصلي وهو الذي تقيد فيه بصفة يومية وتفصيلية كافة العمليات المتعلقة بالنشاط التجاري للتاجر إضافة الى المصروفات والمسحوبات الشخصية الشهرية والاجمالية. اما ثاني الدفاتر التجارية التي يلتزم التاجر بمسكها فهو " دفتر الأستاذ العام " والذي تنقل اليه كافة العمليات المدونة في دفتر اليومية الأصلي، ويتم مراعاة تصنيف العمليات التجارية بحسب نوعها وقيد العمليات المتجانسة تبعا لذلك والإشارة إلى صفحة القيد في دفتر اليومية الأصلي. اما ثالث هذه الدفاتر فيتمثل في دفتر الجرد والذي تقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة عند التاجر في آخر السنة المالية الخاصة به، أو بيانها الإجمالي المستند الى دفاتر وقوائم وبما يجعلها جزءاً متمماً للدفتر المذكور، إضافة الى تقييد صورة من الميزانية العامة للتاجر عن كل سنة مالية في دفتر الجرد ما لم يخصص للميزانية دفتر خاص بها. كما يعفى من هذا الالتزام التاجر الذي لا يتجاوز رأس ماله مبلغ المائة ألف ريال.<sup>(2)</sup> واشترط المشرع لتمام تنفيذ هذا الالتزام حفظ الدفاتر "دفتر اليومية الأصلي ودفتر الأستاذ العام ودفتر الجرد" بعد اقفالها مدة عشر سنوات.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: التزام التاجر الذي يمك الدفاتر التجارية اليدوية ببعض الموجبات الإضافية

وضع المشرع اللبناني بعض الموجبات الإضافية على التاجر الذي يمك دفاتره التجارية يدويا بغية إعمال الرقابة الفاعلة على هذه الدفاتر ومنعا لأي تلاعب فيها، وجعل القضاء مشرفاً على هذه العملية. حيث اوجب المشرع ترقيم الدفاتر المذكورة كما اوجب ان توقع

---

(1) المادة 1 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية والتي الغت م16 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 22 من قانون التجارة القطري

(3) المادة 28 من قانون التجارة القطري

من قبل رئيس المحكمة الابتدائية المختصة وذلك لإضفاء نوع من الضمانة على مفاعيل هذه الدفاتر. (1)

اما في التشريع المقارن فإن القانون القطري أشار في المادة 22 من قانون التجارة الى ان تنظيم إجراءات القيد في الدفاتر المشار إليها ونماذجها والتفتيش عليها يكون طبقا لقرار من الوزير المختص.

### • المطلب الثاني: مستجدات التنظيم القانوني للإفلاس

عدل القانون اللبناني الجديد العديد من احكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة البرية والتي كانت تمثل تمييزا ضد المرأة، وبما يتواءم مع المعايير الدولية الخاصة برفع أي مظهر من مظاهر التمييز ضد المرأة ومن ذلك التمييز القانوني.

ومن ضمن المظاهر التمييزية التي كانت تشوب قانون التجارة البرية اللبناني ما كان واردا في أحكام الإفلاس. وجوهر الإفلاس طبقا للمادة 489 من هذا القانون هو توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية فيعتبر حينها في حالة افلاس، وهذا يفترض ان تتوفر في المدين صفة التاجر وان يتوقف هذا المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية ثم يكون اعلان الافلاس بموجب حكم قضائي. (2) وهذا يعني ان نظام الافلاس هو نظام خاص بالتجار دون غيرهم، بحيث انه متى تم شهر الافلاس بتوفر شروطه الموضوعية المتمثلة بصفة التاجر والتوقف عن دفع دين تجاري، والشروط الشكلية المتمثلة بصدور حكم شهر الافلاس ترتبت مجموعة من الاثار القانونية، ولعل الجديد فيها تعديل المواد 616 و 625 و 626 و 627 و 628 و 629، وذلك على النحو التالي بيانه فيما يلي.

---

(1) المادة 2 من قانون رقم 126 لعام 2019 بتعديل قانون التجارة البرية والتي الغت م 18 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة بدلا منها.

(2) د. عفيف شمس الدين، الاسناد التجارية والافلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص16.

## الفرع الأول: القواعد الخاصة بتحديد نطاق موجودات الإفلاس

أولاً: تم تعديل عنوان الجزء الخامس من قانون التجارة البرية والذي كان "حقوق زوجة المفلس" الى "حقوق زوج المفلس" على اعتبار مصطلح "زوج" يمثل مساواة بين الرجل والمرأة ورفعاً للتمييز الذي كان حاصلًا قبل ذلك.<sup>(1)</sup> كما تم تعديل الإشارة الى حقوق الاسترداد والتي كانت محصورة بزوجة المفلس وفقاً لنص المادة 615 لتصبح حقوق الاسترداد الخاصة بالزوج غير المفلس وبما يشمل الرجل والمرأة وبما يحقق المساواة بينهما في الاحكام الخاصة بحقوق الاسترداد.<sup>(2)</sup>

ثانياً: أخرج المشرع من نطاق موجودات التفليسة الأموال المنقولة وغير المنقولة الخاصة بالزوج غير المفلس،<sup>(3)</sup> حيث كان الوضع السابق في المادة 625 من قانون التجارة اللبناني يشير الى انه "اذا افلس الزوج فتسترجع الزوجة عينا العقارات والمنقولات التي ثبت انها كانت مالكة لها قبل الزواج، والاموال التي آلت اليها بطريقة مجانية في اثناء مدة الزواج". كذلك كان يحق لها ان "تسترجع الاملاك التي اشترتها في اثناء مدة زواجها باستعمال نقود آلت اليها على الوجه المتقدم بشرط ان ينص عقد الشراء بصراحة على بيان استعمال النقود وان تثبت الزوجة مصدرها". وكان الظاهر من النص انه يخص المرأة بقواعد وحقوق باعتبارها زوجة للمفلس. بيد ان هذه القواعد كانت في حقيقتها تتضمن نوعاً من التمييز

(1) المادة 120 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

(2) انظر تفصيلاً في مقترحات تعديلات قانون التجارة اللبناني والخاصة بمواد الإفلاس دراستنا المقدمة الى الأمم المتحدة: فاتن حوى، نحو تحديث القواعد القانونية للإفلاس استناداً لمعايير القانون التجاري الدولي "دراسة تحليلية مقارنة في لبنان ومصر، بحث منشور في عدد خاص من منشورات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأمم المتحدة، ، فيينا، 2017،

[http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Congress/125-HAWWA-Towards\\_modernizing\\_the\\_legal\\_rules\\_for\\_bankruptcy.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/125-HAWWA-Towards_modernizing_the_legal_rules_for_bankruptcy.pdf)

وانظر أيضاً المراجع المشار إليها في الدراسة والتي تم الرجوع إليها في هذه الدراسة، والتوصيات التي خلصت إليها ص . 15

(3) المادة 122 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 625 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة بدلاً منها.

ضد المرأة المتزوجة من التاجر المفلس حيث كان النص يعتبرها غير حرة في التصرف بأموالها واضعا القيود على أي تصرف تقوم به على اعتبار ان الرجل هو المالك للأموال كقاعدة عامة وعليها ان تثبت ملكية أموالها ان ارادت توقي النتائج المترتبة على ملكية زوجها للأموال ودخول هذه الأموال في تقليسته. وفي ذلك المعنى كانت محكمة التمييز اللبنانية قد ذهبت الى وجوب ان تقوم الزوجة بإثبات شرائها العقار من اموالها الخاصة وذكر مصدر النقود في عقد الشراء.<sup>(1)</sup> الامر الذي يعد متطلباً من قبل المرأة دون الرجل فيما لو كانت هي التي افلست، مما حدا بالمشرع اللبناني لإزالة هذا التمييز في التعديل الجديد بأن وضع قاعدة عامة حينما اخرج من موجودات التفليسة الأموال المنقولة وغير المنقولة الخاصة بالزوج غير المفلس سواء كان هذا الزوج رجلاً او امرأة.

وفي المنظور المقارن فإن المشرع القطري أجاز لأي من الزوجين استرداد أمواله المنقولة والعقارية من تفليسة الزوج الآخر شريطة ان يقوم الزوج غير المفلس بإثبات ملكيته لهذه الأموال، وحينها يسترد الأموال دون اضرار بحقوق الغير حسن النية حيث تبقى الأموال المستردة محملة بحقوق الغير حسن نية والمستتدة الى سند قانوني، والمشرع بذلك كفل حماية لحقوق الزوج غير المفلس ان توفرت شروط هذه الحماية وكذلك كفل حماية التفليسة من أي تواطؤ قد يتم بين الزوجين اضراراً بدائني الزوج المفلس بأن تطلب اثبات ملكية الزوج غير المفلس للأموال المراد استردادها من التفليسة.<sup>(2)</sup>

**ثالثاً:** حدد المشرع اللبناني ماهية أموال الزوج غير المفلس والتي تدخل ضمن نطاق موجوداتها، حيث تشمل اموال الزوج غير المفلس التي يتم اثبات شرائها بنقود المفلس، على ان تكون عملية الشراء قد تمت خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ اعلان الإفلاس. إضافة الى اعتبار أموال الزوج غير المفلس التي يثبت أنه تم شراؤها بنقود الزوج المفلس خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ إعلان الإفلاس من ضمن موجودات التفليسة، مع

---

(1) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 30 صادر بتاريخ 15 فبراير 1967، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الإفلاس"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2010، ص384.

(2) المادة 673 من قانون التجارة القطري.



إمكانية إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية بما في ذلك إقامة الدليل على أنه لم يكن للزوج غير المفلس أية موارد شخصية بتاريخ تملك تلك الأموال، ما لم يقدم الزوج غير المفلس دليلاً على العكس.<sup>(1)</sup> ويأتي هذا التعديل الجديد لسد ما اعتري النص القديم من مثالب، حيث كانت المادة 626 من قانون التجارة اللبناني تنص على أنه "..... تحسب الاموال التي احرزتها الزوجة مقابل بدل في اثناء مدة الزواج مشتراة بنقود زوجها. ويجب ان تضم الى موجودات التفليسة، الا اذا قدمت الزوجة برهاناً على العكس" حيث كانت هذه المادة تمثل انتقاصاً من حقوق المرأة حيث كان المشرع يلقي عبء الإثبات على عاتق الزوجة حيث تطلب منها ان تثبت ان الاموال الخاصة بها لم يتم شراؤها بأموال زوجها فإن عجزت عن اثبات هذا الامر فتعتبر هذه الاموال قد تم شراؤها بأموال الزوج وهي بالتالي من ضمن التفليسة.<sup>(2)</sup>

وفي هذا المعنى كان القضاء اللبناني قد عرض لهذه المسألة والبحث في طلب كان قد قدم من زوجة المفلس لإخراج أموال تدعي ملكيتها كانت قد أدخلت في التفليسة أثناء الجردة التي قام بها وكيل التفليسة، وبالتالي وبحسب طلب الزوجة فإن الامر متعلق بدعوى استرجاع الزوجة لعقاراتها و منقولاتها من التفليسة وهو أعمال ما نصت عليه المادة 625 وما يليها من قانون التجارة اللبناني، وبتمحيص وقائع الدعوى ثبت للمحكمة قيام الزوجة بالطلب من وكيل التفليسة رفع الأختام وتسليمها المستندات الموجودة داخل المحل وقيامها بإبراز إفادة تثبت ملكيتها للمؤسسة التجارية، وقد خلصت المحكمة الى عدم اعتبار طلب رفع الاختام المقدم من زوجة المفلس الى وكيل التفليسة بمثابة طلب استرداد العقارات والمنقولات التي تملكها هذه الزوجة لعدم التزام الزوجة في تقديمها لطلب الاسترداد للشروط والضوابط المفروضة قانوناً لكي تثبت زوجة المفلس ملكيتها لأموالها كي تخرجها من تفليسة زوجها، وهو الامر الذي كان في مرحلة ما قبل تعديل المادة يعد جائراً بحق المرأة وتمييزاً ضدها.<sup>(3)</sup>

(1) المادة 123 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 626 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(2) نزيه شلالا، المركز في دعاوى الافلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص55.

(3) حكم محكمة الاستئناف المدنية في الشمال - الغرفة الرابعة، قرار رقم 185 تاريخ 22 مارس 2007، منشور في مجلة العدل، نقابة المحامين في بيروت؛ العدد رقم 2، 2008، منشورات نقابة المحامين، بيروت، 2008، ص 753.

اما المشرع القطري فلم يحصر النطاق الزمني لحماية التفليسة في السنوات الخمسة السابقة لتاريخ اعلان الإفلاس كما هو الحال في القانون اللبناني، ولكنه - وبما ان الأصل في الانسان براءة ذمته - اعتبر ان الأموال المشتراة للزوج غير المفلس او لحسابه او لحساب القصر الشمولين بولاية الزوج المفلس لا تدخل في أصول التفليسة الا إذا تم اثبات شراء هذه الأموال من مال الزوج المفلس.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني: القواعد الخاصة بحدود حماية الزوج غير المفلس في مواجهة الدائنين

**أولاً:** كرس المشرع حماية للزوج غير المفلس الموفي لديون زوجه المفلس ولحساب هذا الأخير، وقرر المشرع اعتباره كبقية الدائنين معطياً له الحق في الاشتراك في التفليسة، بيد ان هذا الحق مقيد بعدم اثبات ان الوفاء قد تم من أموال الزوج المفلس حينها لا يحق للزوج غير المفلس الاشتراك في التفليسة<sup>(2)</sup> وقد وفق المشرع في هذا التوجه بعد ان أزال ما انتهجه في ظل المادة 627 من قواعد تمييزية ضد المرأة حيث كانت المادة المشار إليها تنص على انه "إذا أوفت الزوجة ديونا لحساب زوجها كانت هناك قرينة قانونية على انها أوفت هذه الديون من مال زوجها فلا يمكنها ان تقيم اية دعوى على التفليسة، الا اذا قام البرهان على العكس". فأتى التعديل الجديد كي يعمم الخطاب كي يشمل الرجل والمرأة وازال الإشارة الى قرينة ان الوفاء من زوجة لديون زوجها هو وفاء بمال من أموال الزوج المفلس وعلى الزوجة التي تدعي العكس اثبات ذلك.<sup>(3)</sup>

---

(1) المادة 674 من قانون التجارة القطري

(2) المادة 124 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 627 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(3) فادي كرم، ميرنا عازار، غادة حمدان، حقوق المرأة في التشريع اللبناني - وضع النصوص التعديلية المقترحة بين عامي 2000-2013، منشورات الهيئة الوطنية لشؤون المرأة اللبنانية، بيروت- لبنان، 2013، ص 257.

<http://e-portal.nclw.org.lb/getattachment/bfc56361-71c6-47b8-abf6-f342a330bc58/legal-study-final-PDF.pdf.aspx>

اما المشرع القطري فقد اعتبر قيام أحد الزوجين بالوفاء بديون زوجه المفلس سببا لجعل الزوج الموفي دائنا عاديا في التفليسة، شريطة عدم اثبات أن الوفاء قد تم من مال الزوج المفلس<sup>(1)</sup>.

**ثانيا:** اعتبر المشرع العقارات المملوكة للزوج الذي يصبح تاجرا أو التي آلت اليه عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية هي وحدها خاضعة للتأمين الإجباري المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 131 من قانون الملكية العقارية اللبناني لضمان حقوق وديون المرأة المتزوجة،<sup>(2)</sup> فالتأمين الاجباري يعقد على عقارات الزوج المشار اليها لضمان البائنة والحقوق الزوجية والتعويض عن الموجبات المترتبة على الزوج والتي تكون بعهدتها.<sup>(3)</sup> ومظهر الجدة في هذا التعديل هو ان المشرع استبدل التأمين الاجباري بالرهن.

**ثالثا:** منع المشرع الزوج غير المفلس في حال كان زوجه المفلس تاجرا في وقت عقد الزواج او كان حينها من دون حرفة أخرى ثم صار تاجرا خلال السنة التالية لعقد الزواج، من إقامة اي دعوى على التفليسة وذلك لتحصيل أي حقوق منصوص عليها في عقد الزواج. كما منع المشرع في الحين ذاته الدائنين من التذرع بالمنافع التي منحها الزوج غير المفلس للزوج المفلس في عقد الزواج على اعتبار خروج هذه المنافع من التفليسة. وأبطل المشرع كل الهبات الممنوحة من الزوج المفلس لزوجه غير المفلس التي تمت خلال السنوات الخمسة السابقة لتاريخ إعلان الافلاس<sup>(4)</sup>. وقد كانت المادة 629 قبل تعديلها تضع حكما خاصا بزوجة المفلس أي حكما خاصا بالمرأة دون الرجل عبر حرمانها من الاموال التي

---

(1) المادة 674 من قانون التجارة القطري

(2) الصادر بالقرار رقم 3339 والمتعلق بالملكية العقارية في لبنان

(3) المادة 125 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م628 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

(4) المادة 126 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م629 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة جديدة أخرى بدلا منها.

تبرع بها زوجها المفلس التاجر او الذي اكتسب هذه الصفة خلال السنة التالية للزواج عند ابرام عقد الزواج او اثناء هذا الزواج، الامر الذي من شأنه ان يمتنع على زوجة المفلس استرداد هذه الاموال من التقلية<sup>(1)</sup> ولم يساوِ النص زوجة المفلس بزوجة المفلسة مثلاً إعمالاً للمساواة بين المرأة والرجل، بحيث ان قانون التجارة لم يُدخِل ضمن التقلية - في حال افلاس الزوجة - الاموال التي تبرعت لزوجها بها الزوجة التي لها صفة التاجر او اكتسبت هذه الصفة خلال السنة التالية للزواج<sup>(2)</sup> وهو الامر الذي تلافاه في النص بعد التعديل والذي اتى موجهاً بصفة العموم الى الرجل والمرأة.

بينما لم يُجزِ المشرع القطري لأي من الزوجين مطالبة تقلية الزوج الآخر بالتبرعات التي يقررها له زوجه أثناء الزواج سواء كان ذلك من قبيل الهبة او الوصي، وبالمقابل لم يجرِ المشرع لجماعة الدائنين مطالبة أي من الزوجين بالتبرعات التي يقررها لزوجه أثناء فترة الزواج<sup>(3)</sup>.

### • المطلب الثالث: مستجدات التنظيم القانوني للشركات التجارية

نبحث فيما يلي لمستجدات الاحكام العامة للشركات وكذلك لمستجدات الاحكام الخاصة ببعض أنواع الشركات.

### الفرع الأول: مستجدات الاحكام العامة للشركات

#### أولاً: تعديلات الشروط الشكلية للشركة:

اشترط المشرع على الشركات التي يقع مركزها الرئيسي في لبنان وجوب تسجيلها في سجل التجارة وفقاً للاختصاص المكاني، على ان يقدم طلب التسجيل من الممثل القانوني للشركة الى قلم المحكمة التي يتبع لها سجل التجارة خلال مدة شهر من تاريخ تأسيس

(1) سيبيل جول، نظام الافلاس وخصائصه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص192.

(2) هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص897.

(3) المادة 675 من قانون التجارة القطري

الشركة. وتطلب القانون تقديم نسخة عن صك تأسيس الشركة وخلصته مكتوبة على نسختين ومشملة على الطابع وموقعة منه ومنتضمنة مجموعة من البيانات أبرزها أسماء الشركاء والمساهمين، وجنسياتهم وبياناتهم، واسم الشركة التجارية وموضوعها وفروعها في لبنان او الخارج والأشخاص المرخص لهم بالإدارة او التوقيع ورأسمالها وتقديرات الشركاء وتاريخ بدء وانتهاء الشركة ونوعها والحد الأدنى لها في حال كانت ذات رأسمال قابل للتغيير. كما تطلب المشرع تقديم عقد ايجار مكان ممارسة اعمال الشركة او المستند الذي يدل على ملكيتها له، او أي مستند آخر يفيد اتخاذها محل اقامة لدى ممثلها القانوني، او اي سند قانوني تجيزه القوانين النافذة يبرر اشغال مركز الشركة. كما تطلب القانون بيان هوية صاحب او اصحاب الحق الاقتصادي في الشركة<sup>(1)</sup>. ويضاف الى ذلك بعض الشروط الشكلية التي نصت عليها المادة 27 من قانون التجارة اللبناني بعد تعديلها.<sup>(2)</sup>

ولعل البارز في هذه الاشتراطات هو جعل سلطة تسجيل الشركة للممثل القانوني لها وذلك تسهيلا لعملية التأسيس بدلا مما كان عليه الوضع سابقا حيث كانت هذه السلطة لمديري اشغال الشركة او اعضاء مجلس ادارتها مما كان يعتبر من العوائق التي تقف امام تسهيل بدء عملية التسجيل. كما ان المشرع ومنعا لممارسة شركات وهمية للأعمال التجارية تطلب ان يكون هنالك مستند يؤكد وجود مقر للشركة ويتمثل هذا المستند بسند ملكية المكان الذي ستمارس فيه الشركة اعمالها او عقد ايجار لهذا المكان او ما شابه ذلك. كما تطلب القانون بيان صاحب الحق الاقتصادي في الشركة، أي المستفيد الحقيقي من الأسهم او من الشراكة في هذه الشركة وذلك للتحقق من سلامة النشاط التجاري وصاحب الحق في عوائده المالية. ولعل هذه المتطلبات الجديدة من شأنها تسهيل بدء المشروع التجاري لعمله والتأكد من مشروعية نشاطاته وجديتها.

---

(1) المادة 3 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 26 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 4 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 27 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

ويؤخذ على هذا النص عدم تضمنه استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الاشتراطات على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية. بيد ان المشرع اللبناني أشار الى هذا الامر في مادة أخرى بمناسبة عرض قواعد الاثبات،<sup>(1)</sup> حيث اشترط الكتابة لإثبات عقد الشركة مستثنيا من هذا المقتضى شركة المحاصة، ومجيزا للغير اثبات وجود الشركة بكافة الوسائل.<sup>(2)</sup> كما أوجب المشرع على الشركات المؤسسة في لبنان ان تتخذ مركزا رئيسيا لها فيه ومنحها الجنسية اللبنانية تبعا لذلك.

اما من المنظور المقارن فإن المشرع القطري اعتبر كل شركة تؤسس في دولة قطر قطرية الجنسية موجبا عليها ان يكون مركزها الرئيسي في قطر،<sup>(3)</sup> ووجب كتابة عقد الشركة باللغة العربية وتوثيقه وكذلك بالنسبة لأي تعديل على العقد تحت طائلة بطلان العقد او تعديله في حال عدم الكتابة او التوثيق.<sup>(4)</sup> وقد استثنى المشرع القطري شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الشروط الشكلية،<sup>(5)</sup> وذلك للاعتبارات التي ذكرناها سابقا والمتمثلة بأن هذه الشركة مستترة لا شخصية معنوية لها.<sup>(6)</sup>

---

(1) المادة 6 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م43 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) راجع في القيمة القانونية للكتابة: فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية للنشر، بيروت، دون ذكر لسنة النشر، ص 283.

(3) المادة 3 من قانون رقم (11) لسنة 2015 بإصدار قانون الشركات التجارية بدولة قطر

(4) المادة 6 من قانون الشركات القطري

(5) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لماهية " شركة المحاصة": محكمة التمييز القطرية، الطعان رقما 54 و55 لسنة 2010، جلسة 2010/5/11، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص380.

(6) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة " الشخصية المعنوية للشركة": محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 16 لسنة 2006، جلسة 2006/5/2، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص359.

## ثانياً: تعديلات الشروط الموضوعية الخاصة بالشركات

قرر المشرع اللبناني وجوب حل الشركة في حال فقدت الشرط الموضوعي الخاص بها من حيث العدد الأدنى من الشركاء والمقرر قانوناً بحسب نوع الشركة.<sup>(1)</sup> وقد وضع المشرع سلطة حل الشركة بيد الشركاء او بيد المحكمة، ففي حال قل عدد الشركاء في الشركة عن العدد المفروض قانوناً بحسب نوع الشركة فإن حل الشركة يكون بيد من تبقى من الشركاء وبقرار منهم شريطة ان يصدر قرار الحل منهم خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ فقدان الشركاء للحد الأدنى من العدد المطلوب للشركاء، الا إذا تم تصويب هذا الوضع باستيفاء الحد الأدنى المقرر لعدد الشركاء فتبقى حينها الشركة قائمة، مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية. اما في حال لم يتقيد بقية الشركاء بحل الشركة خلال الثلاثة أشهر او تصويب وضعها، فإن المشرع منح لكل ذي مصلحة حق الطلب من المحكمة اعلان حل الشركة وعلى المحكمة اجابته الى هذا الطلب ان توفرت شروط صحته.

اما المشرع القطري فقد قرر الحق لكل ذي مصلحة مطالبة المحكمة المختصة بحل الشركة في حال نقص عدد المساهمين في شركة المساهمة عن الحد الأدنى المطلوب وانقضاء سنة على هذا الأمر. كما أجاز تحول شركة المساهمة إلى شركة ذات مسؤولية محدودة على ان يكون المساهمون المتبقون مسؤولين عن ديون الشركة في حدود موجوداتها<sup>(2)</sup>.

## ثالثاً: تعديلات الأثر القانوني لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية

كرس المشرع اللبناني قاعدة تمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية مستثنياً شركة المحاصة للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها لجهة استئثارها وعدم نشر قيامها، ولعل الجديد الذي اتي به تعديل قانون التجارة اللبناني هو استمرار الشخصية المعنوية للشركة في حال

(1) المادة 5 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م42 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 296 من قانون الشركات التجارية القطري

تعديل الشكل القانوني الذي تتخذه هذه الشركة، وذلك حماية لمصالح الشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة إضافة الى حماية المشروع الاقتصادي ككل بما في ذلك عمال الشركة وغيرهم. كما ان المشرع لم يرتب اثارا على تعديل شكل الشركة بالنسبة للغير الا في حال تم تسجيل هذا التعديل في السجل التجاري ومروور مدة شهر من الإعلان عن هذا التعديل في الجريدة الرسمية وكذا في جريدة يومية محلية يعينها القاضي المشرف على السجل التجاري. وحماية أيضا لمصلحة المتعاملين مع الشركة قيد التأسيس اعتبر المشرع ان المسؤولية عن أي اعمال منفذة تقع على عاتق الأشخاص الذين عملوا باسمها بالتزامن، وذلك قبل اكتسابها الشخصية المعنوية، اما في مرحلة ما بعد التأسيس وفي حال اخذت الشركة على عاتقها تلك الاعمال فإن المسؤولية تنتقل لتصبح على عاتق هذه الشركة<sup>(1)</sup>. وفي ذلك نص المشرع القطري على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية منذ شهرها وفقا للإجراءات والشروط القانونية المنصوص عنها في قانون الشركات، على انه في حال عدم الشهر فإن المشرع رتب مسؤولية تضامنية على مديري الشركة او أعضاء مجلس ادارتها بحسب نوع الشركة وذلك بشأن الاضرار التي تلحق بالغير نتيجة لعدم شهر الشركة، مع استثناء شركة المحاصة من هذا الحكم نظرا لطبيعتها<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: مستجدات الاحكام الخاصة بأنواع الشركات

### أولاً: الشركات المغفلة (شركات المساهمة)

#### (1) من حيث المفهوم والخصائص المميزة للشركة المغفلة:

عدل المشرع اللبناني مفهوم الشركة المغفلة المنصوص عنه في المادة 77 من قانون التجارة اللبناني<sup>(3)</sup>، وبموجب التعديل الجديد فإن هذه الشركة هي شركة مساهمة ذات اسم

---

(1) المادة 7 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م45 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) المادة 8 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 8 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م77 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.



تجاري، تؤسس من عدد لا يقل عن ثلاثة مؤسسين يكتتبون بأسهم، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته. وقد كان النص السابق يشير الى كون هذه الشركة " عارية من العنوان"، وهو الامر الذي كان يسبب اللبس في خصائص هذه الشركة، والواقع انه لا بد ان يكون للشركة اسم يميزها عن غيرها،<sup>(1)</sup> ولكن غاية النص القديم كانت تتجه الى عدم الإشارة الى أي من أسماء الشركاء في عنوان الشركة.<sup>(2)</sup> كما ان الجديد الذي اتى به المشرع في هذا السياق هو الإشارة الى الحد الأدنى من المؤسسين حيث حددهم بثلاثة مؤسسين، وهو الامر الذي كان منصوصاً عليه في قانون التجارة اللبناني في المادة 79 منه، والتي لم تمسها التعديلات الجديدة، الامر الذي كان لزاماً فيه على المشرع ان يتدخل ويحذف الإشارة الى الحد الأدنى لمؤسسي الشركة من هذا الموضوع تنزيهاً للنص القانوني عن التكرار وحسناً للصياغة التشريعية.

ومن الأهمية بمكان الإشارة الى ان قابلية أسهم الشركة المساهمة للتداول يجب تفسيره في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحاملها والأسهم لأمر لسنة 2016،<sup>(3)</sup> والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار ان تسليم هذه الأسهم يعد من طرق التداول التجارية، وبموجب القانون المشار اليه يتوجب على الشركات والتي تشتمل أسهمها على أسهم لحاملها أو لأمر استبدال هذه الأسهم الصادرة قبل تاريخ صدور قانون الغائها الى أسهم إسمية خلال مهلة سنة من تاريخ نفاذ هذا القانون، على ان يتم اعمال الجزاءات المنصوص عنها قانوناً في حال مخالفة هذه الضوابط والتي من ابرزها ان تنقل ملكية الأسهم لحاملها أو الأسهم لأمر التي لم يتم استبدالها الى أسهم إسمية، بعد

---

(1) انظر في التطبيق القضائي للعناصر المميزة لعقد شركة المساهمة ومفهومها: محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 47 صادر بتاريخ 25 ابريل 1968 منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات التجارية"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص94.

(2) أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري ج2، الشركات التجارية، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2009، ص235.

(3) قانون إلغاء الأسهم لحاملها والأسهم لأمر الصادر بالقانون رقم 75 تاريخ 2016/10/27 والمنشور في الجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 52 بتاريخ 2016/11/03، الصفحة: 3468-3469.

مرور سنتين من تاريخ نفاذ هذا القانون، الى اسم الدولة اللبنانية، وذلك وفق ضوابط مذكورة في القانون المشار اليه.<sup>(1)</sup>

كما ان المادة 104 من قانون التجارة اللبناني بنصها الجديد أكدت هذا المعنى بنصها على ان "الاسهم هي اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق للتداول تكون اسمية"، وهو بذلك يكون قد ألغى الإشارة الى الأسهم لحاملها او الأسهم لأمر مواعمة مع القانون الصادر عام 2016 والمشار اليه سابقا.

يذكر بأن المادة 83 من قانون التجارة اللبناني السارية المفعول تحدد الحد الأدنى لرأس مال الشركة المغفلة بثلاثين مليون ليرة لبنانية، يوجب القانون الاكتتاب بهذا المبلغ كاملاً. أما المشرع القطري فيعرف شركة المساهمة العامة بأنها الشركة التي تؤسس من عدد لا يقل عن خمسة مؤسسين،<sup>(2)</sup> ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بحيث لا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته في رأس المال. وقد اشترط المشرع القطري وجود اسم لكل شركة مساهمة عامة، على ان يشير هذا الاسم إلى غرض الشركة، ولم يسمح المشرع اتخاذ اسم الشخص الطبيعي اسماً لشركة المساهمة العامة الا في حالة كون غرض الشركة يتمثل في استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص الطبيعي او في حالة تملك شركة المساهمة منشأة تجارية باسم شخص طبيعي، واتخذت اسمها اسماً لها، وذلك للاستفادة من الميزات التي يتمتع بها هذا الاسم لجهة ارتباطه بعنصر الزبائن مثلاً. كما اشترط المشرع القطري إضافة عبارة "شركة مساهمة عامة قطرية" الى جانب اسم الشركة وذلك لبيان طبيعتها للكافة. اما بالنسبة لرأسمال شركة المساهمة العامة فقد اشترط المشرع القطري كفاية رأس المال بالنسبة للغرض من تأسيس الشركة، ووضع حداً أدنى لا يجوز لشركة المساهمة العامة ان يقل رأس مالها عنه وهو عشرة ملايين ريال<sup>(3)</sup>. كما ان المشرع القطري لديه نوع آخر من شركات المساهمة هو شركة المساهمة الخاصة

(1) انظر تعليمات وزير المالية اللبناني رقم 3585/ص1 الصادرة بتاريخ 2017/9/6 بشأن الية استبدال الأسهم لحامله والأسهم لأمر بأسهم إسمية المنصوص عليه في القانون رقم 75 لسنة 2016 :

<http://www.finance.gov.lb/en-us/Taxation/LRT/TP/Documents/3585.pdf>

(2) المادة 67 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 62-65 من قانون الشركات التجارية القطري

وهي الشركة التي يجوز فيها لعدد من المؤسسين لا يقلون عن خمسة أشخاص تأسيس شركة مساهمة خاصة لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام وأن يكتتبوا بجميع الأسهم، ويجب ألا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال. ويطبق على هذه الشركة احكام شركة المساهمة العامة باستثناء احكام الاكتتاب العام والتداول.<sup>(1)</sup> وفي هذا الإطار فإن القانون القطري اشترط قيام شركة المساهمة العامة بطرح أسهمها للاكتتاب العام خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيسها، تحت طائلة انقضائها بقوة القانون في حال مخالفة ذلك، ما لم يتم مؤسسو الشركة خلال فترة ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء تاريخ طرح الأسهم للاكتتاب العام بتعديل عقد الشركة ونظامها الأساسي والتحول إلى أي شكل آخر من أشكال الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات القطري، مع تحمل المؤسسين المسؤولية عن التزامات الشركة خلال تلك المدة، حيث يكونون مسؤولين في جميع أموالهم. كما ان المشرع القطري - واستثناء من شرط الحد الأدنى لعدد المؤسسين في شركة المساهمة العامة - أجاز تأسيس شركة مساهمة عامة من شخص واحد، وهي شركات المساهمة العامة التي تؤسسها الحكومة وغيرها من الهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تساهم فيها الدولة بنسبة لا تقل عن 51%، أو بنسبة تقل عن ذلك بشرط موافقة مجلس الوزراء، وذلك بمفردها أو بالاشتراك مع مؤسس آخر أو أكثر سواء كان هذا المؤسس الآخر وطنياً أو أجنبياً وسواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً عاماً أو خاصاً.<sup>(2)</sup>

## (2) من حيث توثيق نظام الشركة:<sup>(3)</sup>

قام المشرع اللبناني بتسيير عملية توثيق نظام هذه الشركة او تعديله طبقاً لنص المادة 80 من قانون التجارة اللبناني،<sup>(4)</sup> فبعد أن كان النص يوجب إيداع وتسجيل نظام أي شركة

---

(1) المادة 205 و206 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 68 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) انظر في الحكمة من كتابة وتوثيق عقد الشركة: احمد الملحم، قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، منشورات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، 2009، ص 173

(4) المادة 10 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 80 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

مغفلة وكل تعديل عليه لدى كاتب العدل الذي يتبع له المركز الرئيسي للشركة، سهل المشرع اللبناني الاجراء وسمح بأن يتم هذا الاجراء لدى أي كاتب عدل في لبنان دون حصره بالنطاق الجغرافي الذي يقع فيه المركز الرئيسي للشركة. إضافة الى ما كان النص القديم ومثله الجديد ينص عليه بشأن عدم تطلب ترخيص مسبق لتأسيس هذا النوع من الشركات ما عدا ما تنص عليه احكام القوانين والانظمة التي تخضع ممارسة بعض النشاطات لترخيص مسبق.

وفي القانون القطري يشترط لتأسيس شركة المساهمة العامة صدور قرار من وزير التجارة والصناعة بعد التأكد من توفر الشروط المتطلبة قانوناً،<sup>(1)</sup> وذلك بعد أن يحرر المؤسسون فيما بينهم عقد الشركة ونظامها الأساسي وفقاً للنموذجين اللذين يصدر بهما قرار من الوزير،<sup>(2)</sup> على ان يتضمن كل من العقد والنظام الخاصين بالشركة البيانات التالية: 1 -اسم الشركة ومركزها الرئيسي. 2 -الغرض الذي أسست من أجله الشركة. 3 -أسماء المؤسسين وجنسياتهم ومحال إقامتهم ومهنتهم وعدد الأسهم التي تم الاكتتاب بها من قبل كل منهم. 4 -مقدار رأس مال الشركة المُصرح به إن وجد. 5 -مقدار رأس مال الشركة المُصدر وعدد الأسهم التي ينقسم إليها ونوعها وقيمتها الاسمية والمقدار المدفوع من قيمة كل سهم. 6 -مدة الشركة. 7 -بيان عن كل حصة غير نقدية واسم مقدمها، وجميع الشروط الخاصة بتقديمها، والحقوق العينية المترتبة على هذه الحصة. 8 -بيان تقريبي لمقدار المصروفات والأجور والتكاليف التي تؤديها الشركة أو تلتزم بأدائها بسبب تأسيسها. ومن ثم يُقدم طلب التأسيس إلى الإدارة المختصة بوزارة التجارة والصناعة مرفقاً به صورة من مشروع عقد الشركة، ونظامها الأساسي، وتوثيقهما لدى الجهة المختصة قانوناً بالتوثيق وهي إدارة التوثيق بوزارة العدل، ليصدر الوزير قراره في شأن تأسيس الشركة خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تقديمهما<sup>(3)</sup>. ويوجب القانون القطري نشر قرار تأسيس الشركة في الجريدة الرسمية مرفقاً به عقد الشركة ونظامها الأساسي، بحيث لا

(1) المادة 66 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 69 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 71 من قانون الشركات التجارية القطري.

تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد شهرها، ويتم الشهر بالقيود في السجل التجاري والنشر في الجريدة الرسمية معاً<sup>(1)</sup>.

### (3): من حيث المطالبة ببطان الشركة في حال تأسيسها بوجه غير قانوني:

تطلب المشرع اللبناني في التعديل الجديد الصفة والمصلحة كشرطين للمطالبة ببطان الشركة في حال تم تأسيسها بطريقة مخالفة لما تطلبه القانون، كما ان المشرع حدد التاريخ الذي تحسب منه مدة الخمس سنوات التي يستطيع خلالها صاحب الصفة والمصلحة إنذار الشركة بوجوب تصحيح الإجراءات غير القانونية، بحيث ان هذا التاريخ هو تاريخ حصول العيب في الاجراء غير القانوني في تأسيس الشركة،<sup>(2)</sup> فإن تم انذار الشركة بذلك ولم تقم خلال شهر بالتصحيح ، فإنه يجوز لمن تتوفر فيه الصفة والمصلحة المطالبة ببطان الشركة، مع الاخذ بعين الاعتبار عدم السماح للمساهمين فيها بالإدلاء في مواجهة الغير ببطان الشركة.<sup>(3)</sup>

حيث ان النص القديم كان يذكر مدة خمس سنوات دون تحديد تاريخ بدء احتساب هذه المدة، علاوة على انه لم يكن يحدد شرط الصفة والمصلحة المشار اليهما بل كان يكتفي بأن يكون الشخص المطالب ببطان الشركة "ذا علاقة" بالشركة.<sup>(4)</sup> اما موقف القانون القطري من هذه المسألة فقد أجاز لكل ذي شأن وخلال مدة ستة أشهر من تاريخ تأسيسها أن يندرها كتابة بوجوب إجراء التصحيح خلال شهر من تاريخ الإنذار، وفي حال عدم قيام الشركة بإجراء التصحيح اللازم خلال هذه المدة، جاز له خلال

(1) المادة 75 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 17 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 94 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(3) انظر في التطبيق القضائي لأثر تأسيس الشركة المغفلة بطريقة لا تراعي الإجراءات المنصوص عنها قانوناً: محكمة البداية، الغرفة المدنية، تاريخ 1 اب/أغسطس 1962، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 130.

(4) انظر في التطبيق القضائي لمفهوم " ذي العلاقة": محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 54 تاريخ 8 نيسان/ابريل 1967، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 131.

الستة أشهر التالية، أن يطلب الحكم ببطلان الشركة، وتصفيتها باعتبارها شركة فعلية. كما ان المشرع القطري يجيز للمساهم ولكل ذي شأن في حال تأسيس الشركة على وجه غير قانوني، وخلال المدة التي يجوز فيها رفع دعوى البطلان، أن يقوم برفع دعوى المسؤولية التضامنية على المؤسسين وأعضاء مجلس الإدارة ومراقبي الحسابات<sup>(1)</sup>.

ولعل تقصير مدة استقرار الأوضاع القانونية السليمة بالنسبة لشركة المساهمة العامة اقتضت وضع هذه المدة الملائمة في القانون القطري، بحيث ان إطالة المدة الى سنوات طويلة كما ذكر في التشريع اللبناني يجعل من الشركة مهددة طيلة مدة الخمس سنوات المذكورة.<sup>(2)</sup>

#### **(4) من حيث السماح للمؤسسين بسحب الأموال المودعة في حساب مصرفي لغايات**

##### **الاكتتاب برأسمال الشركة:**

الزم المشرع اللبناني مؤسسي الشركة إيداع المبالغ المدفوعة من المكتتبين قبل تأسيس الشركة بشكل نهائي وذلك في أحد المصارف العاملة في لبنان، عبر فتح حساب مفتوح باسم الشركة قيد التأسيس مع جدول المكتتبين والمبلغ المدفوع من كل منهم. بيد أن المشرع منح للمؤسسين الحق في سحب الأموال المودعة في حال عدم تأسيس الشركة في مدة ستة اشهر من تاريخ توقيع النظام لدى الكاتب العدل، بحيث يحق لكل مكتب مراجعة قاضي الامور المستعجلة لتعيين مدير مؤقت يعهد اليه سحب المبالغ وإعادتها الى المكتتبين بعد حسم نفقات التوزيع عند الاقتضاء، كما انه في حال توافق المؤسسين، وحتى قبل انقضاء مدة الستة أشهر المذكورة في الفقرة السابقة، على عدم السير فُدماً في عملية تأسيس الشركة وقبل أي اكتتاب من قبل مساهمين، يُمكنهم بالإجماع اتخاذ القرار بسحب المبالغ المودعة لدى المصرف، شرط إبراز كتاب مصدق أصولاً لدى الكاتب العدل الذي أودع النظام لديه يُفيد بإلغاء نظام الشركة المودع لدى الكاتب العدل إضافةً إلى إبراز ما يثبت تسديد الرسوم والضرائب المترتبة على نظام الشركة عند الاقتضاء<sup>(3)</sup>.

(1) المادة 92 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) انظر في جزاء تخلف الإجراءات المتطلبة لتأسيس الشركة: احمد الملحم ، مرجع سابق، ص198.

(3) المادة 14 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 85 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

أما الوضع في القانون القطري فمختلف، فالمشرع يلزم المؤسسين الاكتتاب بأسهم لا تقل عن عشرين بالمائة من رأس مال الشركة ولا تزيد عن الستين بالمائة منه،<sup>(1)</sup> على ان يجري الاكتتاب في بنك أو أكثر من البنوك المعتمدة في الدولة أو عن طريق الشركات المرخص لها لهذا الغرض، بحيث تُسدّد الأقساط الواجب سدادها عند الاكتتاب، ويتم إيداع المبالغ المدفوعة في حساب بنكي خاص يفتح باسم الشركة تحت التأسيس<sup>(2)</sup>. وفي حال عدم تأسيس الشركة يتوجب على المؤسسين رد المبالغ المدفوعة من المكتبتين إليهم كاملة مع ما قد يكون قد تحقق عنها من عوائد، خلال مدة لا تتجاوز أسبوعاً من الموعد المحدد لانتهاء الاكتتاب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن رد المبالغ والمصروفات التي أنفقت في تأسيس الشركة، كما يكونون مسؤولين بالتضامن تجاه الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس<sup>(3)</sup>.

**(5) من حيث وجوب إتمام معاملات الإيداع والتسجيل لدى امانة السجل التجاري عبر الوسائل الالكترونية، وكذلك استخدام هذه الوسائل في اجتماعات مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين.**

كرس المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية كآلية لإتمام معاملات الإيداع والتسجيل المتعلقة بالشركة المغفلة لدى امانة السجل التجاري، فقد نص في المادة 98 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة على وجوب قيام اعضاء مجلس إدارة الشركة المغفلة بعد تأسيسها الشركة بإجراء المعاملات الاولية المتعلقة بالنشر عن طريق الايداع والتسجيل لدى امانة السجل التجاري المختصة، على ان يتم ذلك خلال الشهر التالي لعملية التأسيس، وكرس المشرع في حال مخالفة هذا الامر غرامة تفرض على الشركة وتتراوح بين خمسمئة الف ومليون ليرة لبنانية، وتقرر الغرامة من القاضي المشرف على السجل التجاري. وتسهيلا للقيام بهذه المتطلبات أجاز القانون امكانية اتمام هذه المعاملات عبر الوسائل الالكترونية

(1) المادة 76 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 78 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 83 من قانون الشركات التجارية القطري

التي يحددها وزير العدل. بيد ان القانون ذاته يوجب استعمال الوسائل الالكترونية على سبيل الحصر فيما يتعلق بالإيداع والتسجيل، وذلك بعد سنتين على نفاذ هذا القانون، بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحا لاطلاع الجمهور، مما يعني ان وجوب استعمال الوسائل الالكترونية سيكون في حدود تاريخ شهر تموز/يوليو من سنة 2021م.<sup>(1)</sup> يذكر ان هذا التعديل المهم أتى في اطار ما قام به المشرع اللبناني من اصدار لقانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10.<sup>(2)</sup> وقد كانت المادة 98 من قانون التجارة اللبناني توجب فقط على اعضاء مجلس الادارة اجراء المعاملات المختصة بالنشر والايدياع لدى قلم المحكمة والتسجيل في سجل التجارة المفروضة على جميع الشركات.

من جهة أخرى فإن المادة 101 من قانون التجارة اللبناني بنصها الجديد أوجب على اعضاء مجلس الادارة إيداع مجموعة من التقارير الرقابية وتلك الصادرة عن مجلس الإدارة ومحاضر اجتماعات الجمعية العمومية وبعض المستندات المحددة قانونا لدى امانة السجل التجاري المختصة كل عام، وأجاز اتمام هذه الاجراءات عبر الوسائل الالكترونية المحددة من وزير العدل على ان يكون النشر على موقع السجل التجاري بعد سنتين على نفاذ هذا القانون إلزاميا ومتاحا للجمهور أي بحلول شهر يوليو 2021 كما أشرنا.

ومن جهة ثالثة فقد عزز المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية وبخاصة تقنية الاتصال المرئي والمسموع في احتساب نصاب حضور اجتماعات مجلس الإدارة وكذلك الجمعية العمومية للمساهمين.

فقد أجاز المشرع وتبعاً لنظام الشركة إمكانية اعتبار الأعضاء الذين يشاركون في اجتماعات مجلس الإدارة عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية

---

(1) المادة 20 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 98 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(2) قانون المعاملات الالكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي رقم 81 الصادر بتاريخ 2018/10/10، والمنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية عدد رقم 45، تاريخ النشر: 2018/10/18. وبحسب مادة الإصدار فإن هذا القانون يعمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي 2019/1/18.



أخرى حاضرين الاجتماع، وذلك لغايات احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات المجلس، مشترطاً لقبول ذلك التقيد بشروط تقنية الاتصال الصادرة بقرار صادر عن وزير العدل، وكذلك ضمان التأكد من هوية العضو المتصل وضمان سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، مع وجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات مجلس الإدارة كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الاجتماع وتحفظ معه، علاوة على ضرورة أن يكون نظام الشركة قد لحظ هذه الآلية التقنية الواجب اعتمادها. وقد قيد المشرع استخدام هذه الآلية بأن حظر اللجوء إلى استخدام أي من هذه التقنيات في حال اعداد الحسابات السنوية والبيانات المالية السنوية واعتمادها والتقارير عن العام السابق.<sup>(1)</sup> كما أجاز المشرع المكنة ذاتها أي استخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بُعد أو وسائل تقنية أخرى في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين بحيث أجاز احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين في حال مشاركة بعض المساهمين عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية أخرى، شريطة توافق هذه الوسائل مع الشروط المحددة بقرار صادر عن وزير العدل وضمان التأكد من هوية العضو المتصل وضمان سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، ووجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات الجمعية العمومية كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الجمعية وتحفظ معه، علاوة على توفر الشرط المبدئي في هذا الإطار وهو أن يكون نظام الشركة قد نص فيه على الآلية التقنية الواجب اعتمادها في هذا الشأن.<sup>(2)</sup> ويعد هذا الأمر موقفاً إيجابياً من المشرع اللبناني نحو اعتماد استخدام التكنولوجيا في عمليات اتخاذ القرار في مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية ضمن ضوابط محددة، مما يسهم في تيسير ممارسة الأعمال ودعم بيئة النشاط الاقتصادي ككل.

---

(1) المادة 48 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 156 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 70 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 181 من قانون التجارة البرية.

اما المشرع القطري فلم يتخذ موقفاً متشدداً تجاه الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات. فـقانون الشركات القطري أجاز دعوة الجمهور إلى الاككتاب بنشر بيان الدعوة في صحيفتين يوميتين محليتين، إحداهما على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.<sup>(1)</sup> إضافة الى انه وفي حال توفر موقع إلكتروني للشركة فإنه يتوجب نشر بيانات الاككتاب على الموقع وإدراج عنوان الموقع في الإعلان عن الاككتاب.<sup>(2)</sup> كما يجب في حال وجود موقع إلكتروني للشركة نشر نسخة من عقد الشركة ونظامها الأساسي على هذا الموقع.<sup>(3)</sup> كما ان قانون الشركات القطري يشير الى الإعلان عن دعوة مجلس الإدارة لجميع المساهمين لحضور اجتماع الجمعية العامة في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداهما على الأقل باللغة العربية، وكذلك على الموقع الإلكتروني للسوق المالي، والموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.<sup>(4)</sup> إضافة الى نشر دعوة الجمهور للاككتاب على الموقع الإلكتروني للشركة في حال وجوده.<sup>(5)</sup> كما يتوجب على رئيس مجلس الإدارة نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وملخصاً وافياً عن تقرير مجلس الإدارة والنص الكامل لتقرير مراقبي الحسابات في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداهما على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.<sup>(6)</sup> وكذلك تنشر الشركة تقاريرها المالية نصف السنوية في الصحف وعلى الموقع الإلكتروني للشركة ان وجد.<sup>(7)</sup> كما ينشر مجلس الإدارة قرار تخفيض رأس مال الشركة في الصحف وكذلك على الموقع الإلكتروني للشركة ان وجد.<sup>(8)</sup> وكذلك

---

(1) المادة 76 من قانون الشركات التجارية القطري.

(2) المادة 77 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 80 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 121 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) المادة 173 من قانون الشركات التجارية القطري

(6) المادة 126 من قانون الشركات التجارية القطري

(7) المادة 184 من قانون الشركات التجارية القطري

(8) المادة 203 من قانون الشركات التجارية القطري

يتم نشر قرار الاندماج في الصحف وكذلك على الموقع الإلكتروني للشركتين ان وجد.<sup>(1)</sup> يضاف الى ذلك نشر قرار الجمعية العامة غير العادية بالموافقة على الاستحواذ في الصحف وعلى الموقع الإلكتروني للشركتين المستحوذة والمستحوذ عليها.<sup>(2)</sup> علاوة على ذلك فانه يجب على مجلس الإدارة نشر الحكم ببطلان كل قرار يصدر بالمخالفة لأحكام قانون الشركات التجارية القطري أو للنظام الأساسي للشركة في حال صدوره في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداها على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركة إن وجد.<sup>(3)</sup>

#### (6) من حيث إدارة الشركة المغفلة

وضع المشرع اللبناني العديد من الاحكام التفصيلية الخاصة بإدارة الشركة المغفلة ومن ضمن ابرز ما تضمنته هذه التعديلات تعديل نسبة الأعضاء اللبنانيين في مجلس الإدارة الى غير اللبنانيين، فبعد ان كان النص القديم للمادة 144 من قانون التجارة اللبناني يتطلب ان يتألف مجلس إدارة الشركة المغفلة من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن يكون اكثريةهم لبنانيون،<sup>(4)</sup> أتى النص الجديد بعد تعديله ليصبح مجلس إدارة الشركة المغفلة مؤلفا من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن لا يقل عدد أعضائه من اللبنانيين عن الثلث.<sup>(5)</sup> ولعل هذا الامر من شأنه تعزيز الاستثمار الأجنبي في هكذا نوع من أنواع الشركات ويعبر عن نظرة انفتاح اقتصادي نحو جذب الاستثمارات الاجنبية.

---

(1) المادة 280 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 289 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 136 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) انظر في التطبيق القضائي لمفهوم "أعضاء مجلس الإدارة" : محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الاولى، حكم رقم 13 تاريخ 27 أيار/مايو 1974 ، منشور في سلسلة صادر بين التشريع والاجتهاد، الجزء الخاص بموضوعات "الشركات"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2006، ص 200.

(5) المادة 38 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 144 من قانون التجارة البرية.

اما الوضع في القانون القطري فإن مجلس إدارة شركة المساهمة العامة مجلس منتخب يحدد النظام الأساسي للشركة بطريقة انتخابه وعدد أعضائه ومدة العضوية فيه، على ألا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد على أحد عشر عضوا.<sup>(1)</sup>

كما ان من المستجدات في القانون اللبناني في إطار تفعيل فكرة حوكمة الشركات،<sup>(2)</sup> من خلال الخضوع للترخيص المسبق من مجلس الإدارة، بشأن كل عقد او اتفاق او التزام منوي اجراؤه مع الشركة، اكان العقد او الاتفاق او الالتزام المذكور جاريا بصورة مباشرة او غير مباشرة او تحت ستار شخص ثالث، ويخضع لهذا الترخيص اعضاء ورئيس مجلس إدارة الشركة المغفلة والمدير العام المساعد، وكل مساهم يملك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في رأسمال الشركة. كما يمنع القانون هؤلاء الاشخاص من المشاركة في التصويت على قرار منح او رفض الترخيص المتعلق به، كما لا يتم احتساب اصوات الأشخاص المشار إليهم ضمن نصاب الحضور او التصويت عند مناقشة الترخيص المذكور. وقد استنتى المشرع العقود والاتفاقيات والالتزامات التي يكون موضوعها عمليات عادية بين الشركة وزبائنها من نطاق أعمال الترخيص المسبق من مجلس الإدارة. كما واخضع المشرع للترخيص المسبق من مجلس الادارة كل اتفاق بين الشركة وشركة اخرى، اذا كان اي من الاشخاص المذكورين أنفا شريكا يملك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في رأسمال تلك الشركة، او كان شريكا متضامنا او شريكا مفوضا في تلك الشركة مهما كانت نسبة حصصه في رأسمالها في حال كانت شركة تضامن او شركة توصية، او كان مديرا لتلك الشركة او عضوا في مجلس ادارتها، كما لا يحق لهذا الشخص ان يشارك بالتصويت على قرار منح او رفض الترخيص المتعلق بتلك الشركة، ولا يحتسب صوته ضمن نصاب الحضور او التصويت عند مناقشة الترخيص. كما حظر على كل من اعضاء ورئيس مجلس الادارة والمدير العام والمدير العام المساعد ومفوضي المراقبة لديها واي مساهم يمتلك بصورة مباشرة او غير

---

(1) المادة 95 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) انظر في مفهوم وأدوات حوكمة الشركات: احمد الملحم، مرجع سابق، ص318.

مباشرة حقوق تصويت تزيد عما نسبته الخمسة بالمائة في رأسمالها ان يستحصلوا من الشركة باي طريقة كانت على قرض او على تسهيلات او على كفالة او اية ضمانات تجاه الغير.<sup>(1)</sup>

وفي الإطار ذاته وتعزيزاً للرقابة اعتبر القانون اعضاء مجلس الادارة والمدير العام مسؤولين عن جميع اعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون ولنظام الشركة.<sup>(2)</sup> اما الدعوى التي يحق للمتضرر ان يقيمها فهي دعوى فردية فلا يجوز ايقافها باقتراع من الجمعية العمومية وبراء ذمة اعضاء مجلس الادارة والمدير العام. كما ان الأشخاص المشار إليهم مسؤولون ايضا تجاه المساهمين عن خطئهم الإداري، على انه لا يكون اعضاء مجلس الادارة والمدير العام مسؤولين عن خطئهم الإداري تجاه الغير. ويقرر المشرع اللبناني انه في حالة افلاس الشركة وظهور عجز في الموجودات يحق للمحكمة بناء على طلب وكيل التفليسة او النيابة العامة او عفوا من تلقاء نفسها ان تقرر ان ديون الشركة يتحملها اعضاء مجلس الادارة او المدير العام او كليهما معا او كل شخص آخر موكل بإدارة اعمال الشركة او مراقبتها، بما في ذلك مفوضي المراقبة. وتعين المحكمة المبالغ التي يكونون مسؤولين عنها وما إذا كانوا متضامنين في التبعة ام لا. وللخلص من هذه التبعة يجب عليهم اقامة الدليل على بذلهم العناية بإدارة اعمال الشركة ومراقبتها بمعيار المهني الحريص والفاعل. وفي حال الفصل بين وظيفة رئيس مجلس الادارة والمدير العام من قبل مجلس الادارة لا يكون رئيس مجلس الادارة مسؤولاً إلا عند مخالفة القانون أو نظام الشركة.<sup>(3)</sup> وقد اناط القانون إدارة الشركة الى رئيس مجلس الإدارة باعتباره المدير العام بحيث ينتخبه مجلس الإدارة من بين الاشخاص الطبيعيين الذين يتألف منهم المجلس، على ان القانون لحظ إمكانية ان يتضمن نظام الشركة إمكانية الفصل بين رئاسة مجلس الإدارة من جهة وإدارة

---

(1) المادة 50 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 158 من قانون التجارة البرية.

(2) انظر في مسؤولية أعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة: أدوار عيد وكريستيان عيد، مرجع سابق، ص 423.

(3) المواد 58 و 59 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 بتعديل المواد 166 و 167 من قانون التجارة البرية.

الشركة من جهةٍ أُخرى<sup>(1)</sup>. اما أعضاء مجلس الإدارة فإن الجديد الذي اتى به المشرع اللبناني هو ان الجمعية العمومية العادية تنتخب هؤلاء الاعضاء من المساهمين او من غير المساهمين.<sup>(2)</sup> حيث كان النص القديم يحصر عضوية مجلس الإدارة بالمساهمين الذين يملكون من عددا معيناً من الأسهم يعينه نظام الشركة. ومن شأن هذا التعديل منح مجلس الإدارة مزيداً من الكفاءات من خارج المساهمين من أصحاب الكفاءات التي تساعد على اتخاذ القرارات السليمة.

وفي الإطار ذاته فإن موقف القانون القطري مختلف الى حد ما بحيث انه اشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون مساهماً، ومالكاً لعدد من أسهم الشركة يحدده النظام الأساسي للشركة، بيد انه أجاز أن يكون ثلث أعضاء مجلس الإدارة من الأعضاء المستقلين ذوي الخبرة من غير المساهمين.<sup>(3)</sup>

#### (7) من حيث مفهوم وقيمة السهم وعدم قابليته للتجزئة:

أشار المشرع الى مفهوم الأسهم في المادة 104 من قانون التجارة اللبناني بانها "اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق للتداول تكون اسمية " وألغى بذلك الإشارة الى الأسهم لحاملها او الأسهم لأمر، وذلك موافقة مع القانون الصادر عام 2016 والمشار اليه سابقاً، كما حدد المشرع الحد الأدنى لثمن السهم الواحد بمقدار ألف ليرة لبنانية، وأوجب على كل مكتب تسجيل دفع مبلغ الربع على الأقل من القيمة الاسمية لكل سهم يكتتب به<sup>(4)</sup>، ولعل الجديد في هذا النص حذف الإشارة الى الجزء من السهم حيث كان النص القديم يشير الى "الثلث الأدنى للسهم او لجزء منه"، على اعتبار ان المادة

(1) المادة 45 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 153 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 41 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 147 من قانون التجارة البرية.

(3) المادة 97 من قانون الشركات التجارية القطري.

(4) المادة 13 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت م 84 من قانون التجارة البرية ووضعت

مادة أخرى بدلا منها.

104 من قانون التجارة تعرف الاسهم بأنها اقسام متساوية من رأسمال الشركة غير قابلة للتجزئة.

ومن منظور القانون القطري فإن رأس مال الشركة المساهمة يقسم الى أسهم متساوية لا تقل القيمة الاسمية لكل منها عن ريال واحد ولا تزيد على مائة ريال. (1) وأوجب المشرع القطري ان تكون أسهم الشركة التي يتم تأسيسها بدولة قطر اسمية (2). كما قرر المشرع عدم قابلية السهم في شركة المساهمة العامة للتجزئة في مواجهة الشركة، وفي حال تملك السهم من أشخاص متعددين، فإنه يتوجب اختيار أحدهم كي ينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم (3).

#### (8) من حيث سلطات صاحب حق الانتفاع على الاسهم:

تتناول المادة 116 من قانون التجارة اللبناني حقوق المساهم في حضور كافة الجمعيات التي تتعد لغايات تأسيس وتسيير عمل الشركة المغفلة وحقه باستخدام عدد من الاصوات يساوي عدد اسهمه وذلك عند التصويت، وهي الحقوق التي كانت تنص عليها المادة ذاتها قبل التعديل، ولعل الجديد في هذه المادة ما كرسته لجهة الاحكام الخاصة بحق الانتفاع الوارد على الاسهم في حال وجود مثل هذا الحق على هذه الأسهم. حيث يتمتع صاحب حق الانتفاع الوارد على أسهم معينة في مواجهة الشركة المغفلة بإبلاغه بكل الدعوات والمسائل كافة بما في ذلك قرارات توزيع اية منافع اقتصادية، وذلك في حال ابلاغ الشركة عن وجود هذا الحق حيث تكون الشركة حينها ملزمة بتبليغ صاحب هذا الحق بما سلف بيانه.

فصاحب حق الانتفاع من السهم وحده الحق في حضور الجمعيات العمومية العادية والتصويت فيها، على اعتبار انه المعني بالانتفاع من السهم دون غيره، بينما يقتصر حق

(1) المادة 152 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 153 من قانون الشركات التجارية القطري.

(3) المادة 154 من قانون الشركات التجارية القطري

صاحب حق الرقبة على تبلغ كافة الدعوات والاوراق والمسائل كافة دون استثناء، بما في ذلك تبلغ قرارات توزيع اية منافع اقتصادية. وفي السياق ذاته أجاز المشرع لصاحب حق الانتفاع ولصاحب حق الرقبة الاتفاق على مخالفة ذلك، وحينها يوجب المشرع توقيع اتفاقهما على ذلك وإبلاغ الشركة به ونشره ما اتفقا عليه في هذا الشأن في السجل التجاري<sup>(1)</sup>.

ولا يوجد نص مماثل في التشريع القطري يفصل حقوق صاحب حق الانتفاع الواردة على السهم.

### (9) من حيث ملكية الأسهم على الشيوخ

يقرر المشرع حكما خاصا بملكية الأسهم على الشيوخ لجهة الشخص المخول بحضور الجمعيات العمومية والتصويت وتمثيل مجموع مالكي الأسهم، حيث نص المشرع في المادة 116 بصيغتها المعدلة على حكمين، الأول في حال اتفاق جميع مالكي الاسهم بالشيوخ على اختيار شخص واحد من بينهم او شخص آخر ثالث لحضور الجمعيات العمومية العادية وغير العادية والتصويت فيها. اما الحكم الآخر فمتعلق بحال عدم اتفاق الشركاء على الشيوخ في ملكية الاسهم على تعيين شخص معين، حيث قرر القانون بأن لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة الواقع ضمن نطاقها مركز الشركة - وبموجب قرار معجل التنفيذ ووفقا للأصول المستعجلة - تعيين ممثل عن المالكين بالشيوخ، وذلك بناء لطلب اي من المالكين، حيث يصدر القاضي قراره بعد سماع سائر المالكين، على أن يستمر الممثل المعين بالقيام بمهامه لحين انعقاد الجمعية العمومية السنوية للمصادقة على الحسابات ولرئيس المحكمة سلطة تجديد التعيين وفق الاجراءات ذاتها المتبعة عند تعيينه.<sup>(2)</sup>

(1) المادة 30 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 116 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 30 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 116 من قانون التجارة البرية.



اما الوضع في القانون القطري فإنه وتبعاً لكون السهم في شركة المساهمة العامة غير قابل للتجزئة في مواجهة الشركة، فإنه في حال تملك السهم من أشخاص متعددين فيجب عليهم اختيار أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم<sup>(1)</sup>.

### (10) من حيث مدى السماح بالتصويت المزدوج من قبل أصحاب الأسهم

منع المشرع اللبناني في التعديل الجديد لقانون التجارة ما يسمى بالأسهم مزدوجة الأصوات،<sup>(2)</sup> وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ التعديلات الجديدة لقانون التجارة اللبناني ، وهذه الأسهم هي التي تمنح صاحبها صوتين في الجمعيات العمومية لشركة المساهمة،<sup>(3)</sup> وقرر المشرع في ذلك حكماً تفصيلياً؛ فبالنسبة للشركات المؤسسة قبل نفاذ هذا القانون فقد منح القانون للأسهم التي قام المساهم بالوفاء بقيمتها كاملة ولم يوجد عليها أي قيود ويعبر عنها المشرع ب (الأسهم المحررة تماماً) واستمر المساهم في تملكه لها مدة سنتين على الأقل قبل دعوة كل جمعية فيكون لكل سهم منها صوتان. واعتبر المشرع الأسهم كأنها لنفس المالك عندما تكون مكتسبة بطريق الإرث أو الهبة أو الوصية، وذلك عند احتساب مدة السنتين المشار إليها، ويمكن للجمعيات غير العادية للشركات المساهمة وإجماع المساهمين، أن تقرر إلغاء الصوت المزدوج المشار إليه. أما بالنسبة للشركات المؤسسة بعد صدور هذا القانون فإنه يتمتع عليها استعمال الأسهم مزدوجة الأصوات لان لكل سهم صوت واحد طبقاً لنص المادتين 116 و 117 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة حيث أن لكل مساهم عند التصويت عدد من الأصوات يساوي عدد أسهمه دون ان يكون للسهم أكثر من صوت واحد.

(1) المادة 154 من قانون الشركات التجارية القطري.

(2) انظر في مفهوم الأسهم ذات الصوت المتعدد: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1994، ص 443.

(3) أدوار عيد وكريستيان عيد، الوسيط في القانون التجاري - ج2- الشركات، مرجع سابق، ص 308.

وفي ذلك فإن موقف المشرع القطري أتى بمنع الصوت المزدوج بحيث اوجب أن يكون للسهم الواحد صوت واحد يمنحه المساهم لمن يختاره من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة اثناء انتخاب الجمعية العامة لمجلس الإدارة، واجاز القانون للمساهم توزيع تصويت أسهمه بين أكثر من مرشح، مع منع أن يصوت السهم الواحد لأكثر من مرشح.(1)

### (11) من حيث ضوابط بيع أسهم الشركة المغفلة:

يمنح نص المادة 118 من قانون التجارة اللبناني لكل مساهم في الشركة المغفلة حرية التفرغ عن أسهمه لأي شخص آخر كي يحل هذا الأخير محل المساهم الأصلي في الحقوق والواجبات بصفة مساهم. والتفرغ بهذا المعنى يشمل التنازل بمقابل او من دون مقابل حيث من الممكن ان يكون التفرغ بيعا او هبة. بيد ان المشرع أجاز ايراد نص في نظام الشركة المغفلة تعطى بموجبه الأولوية في الشراء للمساهمين او لأحدهم او للشركة نفسها شريطة استعمال هذه الأولوية وفقا للمهلة والثلث المنصوص عنهما في نظام الشركة وفي حدود عدم التعسف في استعمال هذا الحق بجعل السهم غير قابل للتداول او إيقاع ضرر فاحش على المساهم المتفرغ عن أسهمه. وفي حال كان السهم الواحد عليه حق انتفاع فإن لصاحب حق الرقبة وحده ممارسة حق الأولوية عند الاقتضاء، دون ان يكون لصاحب حق الانتفاع مثل هذا الحق. وفي حال كانت الشركة المغفلة هي التي ستمارس حق الأولوية بشراء الأسهم فإن مكنة ممارسة هذا الحق مقيدة بان تمارس الاولوية فقط بما لديها من المال الاحتياطي الحر، على انه في حالة كانت الشركة من الشركات المدرجة أسهمها في الأسواق المالية فإنه يجوز لها شراء أسهم صادرة عنها مستخدمة المال الاحتياطي الحر المتوفر لديها مع التقيد بالنسبة المئوية من مجموع أسهمها والمحددة طبقا للأنظمة والقوانين مرعية الاجراء في الأسواق المالية.(2)

(1) المادة 96 من قانون الشركات التجارية القطري.

(2) المادة 32 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 118 من قانون التجارة البرية.

اما في القانون القطري فإن المشرع اعطى الشركة الحق في بيع السهم في المزاد العلني او في السوق المالي في حال تخلف المساهم عن الوفاء بالقسط المستحق من قيمة السهم في ميعاد الاستحقاق، بحيث يجوز لمجلس الإدارة التنفيذ على السهم وذلك عبر التنبيه على المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل أو بأي وسيلة تفيد العلم ، وفي حال عد قيام المساهم بالوفاء خلال ثلاثين يوماً يجوز للشركة جينها بيع السهم بالمزاد العلني أو في السوق المالي<sup>(1)</sup>. كما ان المشرع وضع ضوابط لانتقال ملكية الأسهم بحيث يكون انتقال ملكية أسهم الشركة المدرجة في السوق المالي وفقاً للضوابط المعمول بها لدى هذا السوق المدرجة به تلك الأسهم، اما في حال كانت الشركة غير مدرجة في السوق المالي فتنتقل ملكية أسهمها بالقيود في سجل المساهمين، ويؤشر بهذا القيد على السهم، ولا يجوز الاحتجاج بالتصرف على الشركة أو على الغير إلا من تاريخ قيده في السجل، وفي جميع الأحوال يمتنع على الشركة قيد التصرف في الأسهم في حالة كان التصرف مخالفاً لأحكام هذا القانون أو للنظام الأساسي للشركة او اذا كانت الأسهم مرهونة أو محجوزاً عليها بأمر من المحكمة، او اذا كانت الأسهم مفقودة ولم يستخرج بدل فاقد لها.<sup>(2)</sup> ويورد المشرع قيوداً على التصرف بالأسهم، بحيث لا يجوز للمؤسسين أن يتصرفوا في أسهمهم إلا بعد مضي سنتين على تأسيس الشركة نهائياً<sup>(3)</sup>. على انه يجوز خلال فترة الحظر رهن هذه الأسهم أو نقل ملكيتها بالبيع من أحد المؤسسين إلى مؤسس آخر أو إلى الحكومة، أو من ورثة أحد المؤسسين في حالة وفاته إلى الغير أو من تقليسة المؤسس إلى الغير أو بموجب حكم قضائي نهائي. ويجيز القانون القطري للشركة شراء أسهمها بقصد البيع، وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها هيئة قطر للأسواق المالية.<sup>(4)</sup>

---

(1) المادة 157 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 161 من قانون الشركات التجارية القطري.

(3) المادة 165 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 168 من قانون الشركات التجارية القطري

## (12) من حيث ضمانات دفع كامل ثمن السهم:

حماية لحقوق الشركة ألزمت المادة 119 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها المعدلة صاحب السهم الذي لم يسدد ثمنه كاملاً بتسديد الثمن المتبقي او جزء منه بناء على طلب مجلس إدارة الشركة المغفلة ووفقاً لما تضمنه قرار المجلس المتضمن دعوة صاحب السهم للتسديد، ويكون جميع من أحرز السهم خلال مدة العامين السابقين على تاريخ التفرغ الأخير عن السهم مسؤولين بالتضامن عن المبلغ الذي لم يتم سداه، وقد ابطلت المادة المشار إليها أي نص مخالف في نظام الشركة او أي قرار آخر.<sup>(1)</sup> وفي الإطار ذاته كفل المشرع وفق المادة 120 من قانون التجارة للمساهم السابق والذي تم اجباره على الوفاء بالباقي من ثمن السهم او جزء منه حق الحلول محل الشركة في حقوقها تجاه المساهم الحالي المتخلف عن الوفاء بكامل ثمن السهم وكذلك في الادعاء على جميع الأشخاص محرزى السهم بعده ضماناً لحقوقه، كما ان له حق الرجوع على المساهم الذي أحرز السهم بعده بما وفاه من ثمن السهم.<sup>(2)</sup> كما اعطى المشرع بموجب المادة 121 من القانون ذاته للشركة في حال عدم سداد القيمة المطالب بها من ثمن السهم وانذار المساهم المتأخر بالدفع الحق في بيع السهم مع إلزام المساهم المتأخر عن تنفيذ التزامه على النحو السابق بيانه بالنفقات والخسائر التي تتجم عن عملية البيع، على انه في حال كان الثمن الذي يباع به السهم اقل من المبلغ المطلوب بقي المساهم ملزماً بتسديد الفرق، وذلك بالتكافل والتضامن مع المساهمين الذين أحرزوا السهم قبله مدة سنتين من تاريخ التفرغ عن السهم. وتقرر المادة ذاتها انه في حال وجود صاحب حق انتفاع وصاحب حق رقبة للسهم الواحد، فإن صاحب حق الرقبة يكون ملزماً بالتسديد مالم يوجد اتفاق مخالف بينهما مبلغاً اصولاً لمجلس ادارة الشركة<sup>(3)</sup>.

اما في القانون القطري فقد اوجب المشرع دفع قيمة الأسهم نقداً، سواء تمثل ذلك بدفعة واحدة أو عبر الاقساط، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يقل القسط الواجب سداه عند الاكتتاب

(1) المادة 33 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 119 من قانون التجارة البرية.

(2) المادة 34 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 120 من قانون التجارة البرية.

(3) المادة 35 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 121 من قانون التجارة البرية.

عن (25%) من قيمة السهم، على ان المشرع اشترط سداد كل القيمة خلال خمس سنوات من تاريخ نشر قرار التأسيس في الجريدة الرسمية، بحيث انه في حال عدم تسديد الأقساط المتبقية وجب تخفيض رأس المال. وقد بين المشرع جزاء تخلف المساهم عن الوفاء بالقسط المستحق من قيمة السهم عند حلول اجل الاستحقاق، حيث أجاز لمجلس الإدارة التنفيذ على السهم وذلك بالتبنيه على المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل أو بأي وسيلة تفيد العلم توافق عليها الإدارة وفي حال عدم السداد خلال ثلاثين يوماً يجوز للشركة بيع السهم بالمزاد العلني أو في السوق المالي، ثم تستوفي الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من الأقساط المتأخرة والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم، وإذا لم تكف حصيلة البيع للوفاء بهذه المبالغ، جاز للشركة أن ترجع بالباقي على المساهم في أمواله الخاصة وتلغي الشركة السهم الذي حصل التنفيذ عليه وتعطي المشتري سهماً جديداً يحمل رقم السهم الملغى وتؤشر في سجل الأسهم بوقوع البيع مع بيان اسم المالك الجديد، ومع ذلك يجوز للمساهم المتخلف حتى يوم البيع أن يدفع القيمة المستحقة عليه مضافاً إليها المصروفات التي أنفقتها الشركة<sup>(1)</sup>.

### (13) من حيث الأسهم التفضيلية" الأسهم الممتازة":

كرس المشرع اللبناني لموضوع الأسهم التفضيلية مجموعة من المواد عرض فيها تفصيلاً للأحكام الناظمة لها، وذلك في المادة 110 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها المعدلة،<sup>(2)</sup> وكذلك في المواد 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12،<sup>(3)</sup> ونعتقد من جانبنا انه ما كان يجب وضع هذه المواد ضمن ما اسماه المشرع المادة 121 مكرر، حيث ان المادة 121 الأساسية تعرض لموضوع مختلف منبت الصلة عن الموضوعات التي تناولها المشرع

(1) المواد 155-157 من قانون الشركات التجارية القطري

(2) المادة 28 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي الغت المادة 110 من قانون التجارة البرية ووضعت مادة أخرى بدلا منها.

(3) المادة 36 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي اضافت الى الجزء الاول من الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون التجارة البرية المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12.

في المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12، فموضوع المادة 121 الأساسي هو بيع الأسهم وضمانات دفع ثمن السهم، بينما المواد 121 مكرر 1-12 مخصصة لموضوع آخر هو الأسهم التفضيلية، فكان الاصول - من وجهة نظرنا- تخصيص مواد مستقلة وليس وضع مواد مكررة، وإعادة ترقيم مواد القانون كاملة مرة أخرى.

اما من الناحية الموضوعية فقد تناول المشرع موضوع الأسهم التفضيلية تفصيلا من حيث مفهومها وأثار منحها وغيرها من الاحكام؛

فقد وضع المشرع في المادة 110 من قانون التجارة اللبناني بصيغتها الجديدة مبدا المساواة في الحقوق والمنافع بين المساهمين في الشركة المغفلة.<sup>(1)</sup> بيد انه أجاز انشاء ما يسمى بالأسهم ذات الأفضلية او التفضيلية التي تمنح اصحابها حق الاولوية في استيفاء بعض انصبة من الارباح او في استعادة رأس المال او كل من الميزتين او اية منفعة مادية أخرى، واشترط المشرع لجواز انشاء هذا النوع من الأسهم عدم وجود منع صريح لهذه الأسهم في نظام الشركة وكذلك صدور قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه ضمن ضوابط قانونية نص عليها في هذا القانون. كما وضع المشرع في المادة 121 مكرر 1 تفصيلا لمفهوم الأسهم التفضيلية والحقوق التي تمنحها، حيث أجاز المشرع للشركة المغفلة حق انشاء أسهم يطلق عليها (الأسهم التفضيلية) وهي أسهم اسمية تتمتع بامتيازات او حقوق تفضيلية او منافع مادية معينة او اولويات معينة عن الأسهم العادية، بحيث ان صاحب السهم التفضيلي له الحق في الأولوية في انصبة الارباح والأفضلية في الاكتتاب عند زيادة رأس المال والحق في استرداد قيمة السهم الاسمية والتفرغ عن سهمه، إضافة الى حقوق اصحاب الأسهم التفضيلية بالاطلاع على المعلومات والمستندات المعدة لاطلاع سائر المساهمين حيث اوجب القانون على ادارة الشركة اطلاعهم على ذلك. بينما لا يحق لصاحب السهم التفضيلي تولي عضوية مجلس الادارة واقتسام موجودات الشركة والمشاركة في النقاش والتصويت في الجمعيات العمومية.

---

(1) انظر في فكرة عدم اعتبار الأسهم الممتازة اخلايا بمبدأ المساواة بين المساهمين: مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص 441.

على ان المشرع أورد استثناءات على منع صاحب السهم التفضيلي من حقه بالتصويت في حالات معينة بحيث يكتسب اصحاب الاسهم التفضيلية حقا بالتصويت مساويا لحق سائر المساهمين على نسبة ما تمثله الاسهم التي يملكونها في رأسمال الشركة في حال تم تحديد نصيب ربح اولوي تراكمي او غير تراكمي عائد للاسهم التفضيلية ولم يتم دفعه كاملا او جزئيا، وفقا للحالة، عن سنة مالية واحدة بالرغم من توافر ارباح لدى الشركة عن هذه السنة، وكذلك في حال تخلف الشركة عن تأمين افادة الاسهم التفضيلية من سائر الامتيازات او الاولويات او الحقوق المقررة لها، إضافة الى حق صاحب السهم التفضيلي بالتصويت في الجمعيات العمومية المتعلقة بتغيير موضوع الشركة او شكلها او بتحرير زيادة رأسمالها عينا او بجلها قبل الاجل او بعمليات الضم او الدمج او الانشطار التي تكون فريقا بها<sup>(1)</sup>. وأشار القانون الى ان الاسهم التفضيلية تنشأ اما لدى تأسيس الشركة او لدى اي زيادة لرأسمالها، بحيث يكون للشركة منح حق افضلية لمساهميها للاكتتاب بالأسهم التفضيلية المصدرة شرط تحديد شروط ممارسة هذا الحق في النظام الاساسي للشركة او بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية للمساهمين التي تنشئ الاسهم التفضيلية.

وقد قيّد المشرع نسبة الأسهم التفضيلية بالنسبة لرأس مال الشركة، حيث حظر ان تتجاوز نسبة الاسهم التفضيلية الثلاثين بالمئة من الاسهم الاسمية التي تمثل رأسمال الشركة بتاريخ اصدار هذه الاسهم.

ويحدد نظام الشركة او قرار الجمعية العمومية غير العادية التي تقرر اصدار الاسهم التفضيلية الامتيازات والاولويات والحقوق او المنافع المادية الاخرى التي تتمتع بها هذه الاسهم، على الا يمس اصدار أسهم تفضيلية جديدة باي من الحقوق العائدة للأسهم التفضيلية او للسندات القابلة للتحويل الى اسهم التي تم اصدار اي منها بتاريخ سابق لإصدار الاسهم التفضيلية الجديدة، الا بعد الاستحصال على موافقة الجمعية الخاصة المؤلفة لكل من حملة هذه الاسهم او السندات. وقد عرض المشرع للجمعية الخاصة التي تنشأ لأصحاب الأسهم التفضيلية، وهي تتكون من اصحاب الاسهم التفضيلية لدى كل

---

(1) المادة 121 مكرر 5 من قانون التجارة البرية اللبناني في تعديله لسنة 2019

اصدار، ويُمكن لهذه الجمعية الخاصة اصدار الآراء الاستشارية في الموضوعات المعروضة على الجمعيات العمومية لمساهمي الشركة او في اي موضوع يرى اصحاب الاسهم التفضيلية أن من مصلحتهم ابداء الرأي فيه، على ان تقوم هذه الجمعية الخاصة بإبلاغ آرائها الى الشركة لاطلاع الجمعية العمومية عليه وادراجه في محضر اجتماعها ويحق للجمعية الخاصة بأصحاب الأسهم التفضيلية تعيين ممثل عن اصحاب هذه الاسهم لحضور جمعيات المساهمين العمومية ويكون له الحق بإبداء رأي الجمعية التي يمثلها قبل اجراء التصويت، مع عدم احقيته بالاشتراك في هذا التصويت، على ان يدون رأي هذا الممثل في محضر الجمعية العمومية للشركة<sup>(1)</sup>.

وقد حظر المشرع على رئيس واعضاء مجلس الادارة وعلى المدراء العاميين والمدراء العاميين المساعدين وعلى ازواجهم واولادهم القاصرين ان يملكوا أسهما تفضيلية او ان يترتب لهم اي نوع من الحقوق على هذه الاسهم بصورة مباشرة او غير مباشرة او تحت ستار شخص طبيعي او معنوي او باي شكل من الاشكال. كما حظر المشرع على مالكي الأسهم التفضيلية الاكتتاب بالأسهم الجديدة في حال زيادة رأسمال الشركة بإنشاء أسهم جديدة يكتتب بها نقدا، بحيث لا يكون لمالكي الاسهم التفضيلية حق الافضالية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة، بيد انه يجوز للشركة منح حق افضلية لمالكي الاسهم التفضيلية للاكتتاب بالأسهم الجديدة المصدرة وتحديد شروط ممارسة هذا الحق في النظام الاساسي او بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية للمساهمين.

ولم يُجْز المشرع لأصحاب الأسهم التفضيلية الاستفادة من المنافع المترتبة على قيام الشركة بزيادة رأس المال عبر ضم اموال احتياطية مهما كان نوعها او ارباح مدورة او توزيع أسهم عادية مجانية جديدة او زيادة القيمة الاسمية للسهم، حيث لا يستفيد اصحاب الاسهم التفضيلية من هذا التوزيع او من هذه الزيادة الا في حالة وجود ما يسمح لهم ذلك في النظام الاساسي للشركة او في القرارات التي تصدر عن الجمعية العمومية غير العادية

---

(1) انظر في تشكيل الجمعية الخاصة للمساهمين حاملي الأسهم الممتازة: شارل فابيا وبار صفا، الوجيز في قانون التجارة اللبناني: شرح قانون التجارة، ج1، الجامعة اليسوعية، بيروت، 1964، ص235.



التي انشأت الاسهم التفضيلية. كما حظر المشرع على الشركة المغفلة القيام بأي استرداد لرأس مالها ابتداء من تاريخ اصدار الاسهم التفضيلية وطيلة مدة وجود مثل هذه الأسهم. وقد أتاح المشرع للشركة حق شراء الاسهم التفضيلية شريطة وجود نص صريح في النظام الاساسي للشركة او في قرار الجمعية العمومية غير العادية التي سبق ان قررت اصدار الاسهم المطلوب شراؤها، على ان ينصرف النص الى هذا الحق واسس وشروط ممارسته وبخاصة توقيت وثمان الشراء، علاوة على ان يتم هذا الشراء بعد ان يكون قد تم تسديد كامل انصبة الربح ذي الاولوية، المستحقة وغير المدفوعة العائدة لأي اصدار أسهم تفضيلية قامت به الشركة وذلك ما لم ينص قرار اصدار الاسهم التفضيلية على خلاف ذلك.

وفي حالة حل الشركة وتصفيتها، اوجب القانون ان تسدد القيمة الاسمية للأسهم التفضيلية ونصيب الربح ذي الاولوية غير المدفوع بكامله العائد لتلك الاسهم قبل اي تسديد قيمة الاسهم العادية. كما يمكن ان يسدد ما يعود للأسهم التفضيلية من ناتج التصفية في حال نص النظام الاساسي للشركة او قررت الجمعية العمومية غير العادية التي انشأت الاسهم التفضيلية على حقهم بالاستفادة من الناتج المذكور. وفي حال عدم الاستفادة من ناتج التصفية وخلافا لأي نص آخر يستحق حكما لأصحاب هذه الاسهم قيمة علاوة الاصدار المدفوعة من قبلهم عند الاكتتاب بالأسهم المذكورة. كما أتاح المشرع إمكانية تحويل الاسهم التفضيلية الى أسهم عادية وذلك بموجب قرار من الجمعية العمومية غير العادية يصدر بناء على تقرير خاص من مفوضي المراقبة وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في النظام الاساسي للشركة او التي تكون قررتها الجمعية العمومية غير العادية التي انشأت الاسهم التفضيلية<sup>(1)</sup>.

اما في دولة قطر فإن الموقف بالنسبة للأسهم التفضيلية التي يطلق عليها تسمية "الأسهم الممتازة" Preferred Stocks هو انها تعرف بأنها "أسهم ذات افضلية عن الأسهم العادية يمنح مالكوها حق الأولوية في قبض توزيعات الأرباح قبل مالكي الأسهم العادية، ولهم حق الأولوية في الحصول على حقوقهم اذا ما تم تصفية الشركة كما توزع

---

(1) انظر في تقسيم الأسهم الى عادية وممتازة: أدوار عيد وكريستيان عيد، مرجع سابق، ص 306.

عليهم الأرباح بمعدل ثابت غير مرتبط بالأداء المالي للشركة، وعادة لا يتمتع مالك الأسهم الممتازة بحق التصويت كما هو الحال بالنسبة لمالك السهم العادي".<sup>(1)</sup> كما وردت الإشارة الى الأسهم الممتازة في نص المادة 7 فقرة 6-7-1 من قواعد التعامل في بورصة قطر الصادرة عام 2015.<sup>(2)</sup>

وفي التطبيق العملي نجد ان قرار وزير الاقتصاد والتجارة بدولة قطر رقم (306) لسنة 2018 بتأسيس شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو" شركة مساهمة عامة قطرية، والمرفق به عقد التأسيس والنظام الأساسي لهذه الشركة قد تمت الإشارة فيه الى السهم الممتاز والحقوق المرتبطة به.<sup>(3)</sup> وبمراجعة عقد التأسيس والنظام الأساسي لهذه الشركة نجد ان المادة 5 من عقد التأسيس تنص على ان راس مال الشركة المصدر (خمسة مليار وخمسمائة وثمانون مليون ومائة وعشرون الف) ريال قطري، مقسم إلى عدد (خمسمائة وثمانية وخمسون مليون واثنان عشر الف) سهم منها سهم ممتاز واحد (1) بقيمة إسمية قدرها عشرة (10) ريالات قطرية وله حقوق استثنائية ("السهم الممتاز") و(خمسمائة وثمانية وخمسون مليون وأحدى عشر الف وتسعمائة وتسعة وتسعون) سهم عادي كل سهم بقيمة عشرة ريالات قطرية ("أسهم عادية"). وأشارت المادة 6 من عقد التأسيس الى اكتتاب المؤسس وهي "قطر للبترول" في راس مال الشركة المصدر باسهم عينيها عددها (....) منها (....) سهماً عادياً وسهم واحد (1) ممتاز. وأشارت المادة 1 فقرة 1 - 1 من النظام

---

(1) سوق الدوحة للأوراق المالية ، قاموس المستثمر؛ مصطلحات استثمارية ، منشورات السوق، الدوحة ، دون ذكر لسنة النشر، ص4، لتحميل نسخة الكترونية :

[https://www.qe.com.qa/documents/20181/510724/DSM\\_Book/5d308dbf-9e49-9fbf-9cdc-0f1152dd7078](https://www.qe.com.qa/documents/20181/510724/DSM_Book/5d308dbf-9e49-9fbf-9cdc-0f1152dd7078)

(2) قواعد التعامل في بورصة قدر لعام 2015 والصادرة بتاريخ 2015/05/21 والمنشورة في الجريدة الرسمية القطرية، العدد: 10 بتاريخ 2015/05/21 ، ص 164 :

<http://www.almeezan.qa/LawPage.aspx?id=6624&language=ar>

(3) انظر قرار وزير الاقتصاد والتجارة القطري رقم (306) لسنة 2018 بتأسيس شركة قطر لصناعة الألمنيوم "قامكو" شركة مساهمة عامة قطرية، الصادر بتاريخ 2018/10/15 والمنشور في الجريدة الرسمية القطرية عدد رقم 4 ، تاريخ النشر: 2019/02/14 ، ص14 :

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16960&language=ar>

الأساسي للشركة ان "الأسهم" تعني أسهم رأس مال الشركة ... والتي تتضمن السهم الممتاز والأسهم العادية، ثم عرفت المادة ذاتها المقصود ب"المساهم الخاص" وهو "الشخص الذي يكون اسمه مدرجاً بصفة مالك السهم الممتاز في سجل المساهمين". وأضافت المادة 9 من النظام الأساسي للشركة وتحديداً في الفقرة 5 الى ان السهم الممتاز يبقى دائماً مملوكاً لقطر للبترو، ويجوز نقله فقط إلى الحكومة القطرية أو أي جهة حكومية قطرية أو أي شركة تابعه لقطر للبترو، كما نصت المادة ذاتها على عدم جواز الغاء أو استرداد أو نقل السهم الممتاز بدون موافقة كتابية مسبقة من المساهم الخاص وهو هنا "قطر للبترو"، كما منحت المادة ذاتها لمالك السهم الممتاز وعلاوة على الحقوق الممنوحة لحاملي الأسهم العادية، الحق في الاعتراض على ونقض أي قرار يتم اتخاذه من قبل الشركة، سواء من قبل الجمعية العامة العادية أو غير العادية أو مجلس الإدارة، إضافة الى ان أي تعديل للحقوق المرتبطة بالسهم الممتاز والممنوحة لمالكه (المساهم الخاص) لا تسري إلا اذا وافق عليها المساهم الخاص بموجب موافقة كتابية مسبقة، ويشمل ذلك ضرورة موافقة المساهم الخاص مالك السهم الممتاز على أي عرض لدمج أي من أنشطة الشركة مع شركة أخرى أو كيان آخر أو الدخول في أي اتفاقية أو ترتيب بشأن تأسيس أو الاستحواذ على أو التخلص من أي شركة تابعة للشركة أو أعمال الشركة؛ وكذلك تطلب موافقة المساهم الخاص على أي اقتراح لتقوم الشركة بتعديل أو إضافة أو تغيير أو إنهاء أي من أحكام عقد التأسيس والنظام الأساسي،<sup>(1)</sup> واتفاقية المشروع المشترك لأي من شركاتها التابعة، وكذا ضرورة موافقة المساهم الخاص على أي عرض يتم بموجبه التصفية الطوعية أو حل الشركة أو أي شركة تابعة للشركة وكذلك إلغاء أو زيادة أو خفض أو استرداد أو تقسيم بشكل فرعي أو دمج أو تغيير في رأس المال الشركة. يضاف الى ذلك تطلب موافقة المساهم الخاص على أي مسألة تعتبر من وجهة نظر المساهم الخاص تمس الصالح العام

---

(1) انظر على سبيل المثال في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة "زيادة رأس مال الشركة المساهمة": محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 3 لسنة 2008، جلسة 2008/3/18، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص379.

أو الأمن القومي لدولة قطر، كما منح مالك السهم الممتاز في هذه الحالة ضماناً بحيث ان رأيه يعتبر حاسماً ونهائياً وملزماً لجميع الأطراف، ولا يجوز نقضه أو الطعن فيه بأي طريق إداري أو قضائي. ومنع النظام الأساسي أي تغيير في الحقوق المرتبطة بالسهم الممتاز، مع ضمان حق المساهم الخاص باستلام اخطار بدعوى الجمعية العامة أو أي اجتماع، أيأ كانت فئة المساهمين في الشركة المدعوة، وللمساهم الخاص الحق بالحضور والمناقشة في هذه الاجتماعات<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الشركة المحدودة المسؤولية

يعتبر من أبرز التعديلات التي اتى بها المشرع اللبناني ما يسمى بشركة الشخص الواحد، حيث استلزم ذلك تعديل الاحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذا تعديل قانون الموجبات والعقود اللبناني فيما خص تعريف الشركة. فبحسب التعديل الجديد لقانون التجارة اللبناني فإن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة تجارية تؤلف من شريك وحيد او أكثر لا يتحملون الخسائر الا بقدر ما قدموه من حصص، على ان لا يتجاوز عدد الشركاء العشرين الا في حالة انتقال الحصص بالإرث. وارتباطاً بذلك تم تعديل نص المادة 844 من قانون الموجبات والعقود<sup>(2)</sup>، حيث عرفت الشركة بأنها "عقد متبادل بمقتضاه يشترك شخصان او عدة اشخاص في شيء بقصد ان يفتسموا ما ينتج عنه من الربح" و"يمكن في الحالات المنصوص عليها قانوناً تأسيسها بعمل صادر عن ارادة شخص واحد". ويطلق على الشركة المؤسسة من شخص واحد "شركة الشخص الواحد"، كما يسمى

(1) انظر نسخة من عقد تأسيس الشركة المشار اليها "شركة قطر لصناعة الألمنيوم قامكو":

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16967&language=ar>

انظر النظام الأساسي للشركة المشار اليها "شركة قطر لصناعة الألمنيوم قامكو":

<http://almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=16971&language=ar>

(2) المادة 92 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019 والتي عدلت المادة 844 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الشخص المؤسس "الشريك الوحيد"، بحيث يمارس الصلاحيات المعطاة لجمعية الشركاء في حال تعددهم. ويقرر المشرع حكماً خاصاً بزيادة عدد الشركاء عن ثلاثين حيث يجب خلال مدة سنتين تحويل الشركة من محدودة المسؤولية إلى شركة مساهمة، تحت طائلة حل الشركة. كذلك لم يجز المشرع للشركة المحدودة المسؤولية المؤلفة من شريك وحيد أن تكون الشريك الوحيد في شركة أخرى محدودة المسؤولية<sup>(1)</sup>.

وقد حدد المشرع الحد الأدنى لرأس مال الشركة المحدودة المسؤولية عن خمسة ملايين ليرة لبنانية على أن يوزع رأس المال مهما كان مقداره إلى حصص متساوية. وأجاز المشرع أن تكون الحصص المقدمة من الشركاء نقدية أو عينية، بينما منع المشرع أن تكون الحصص عبارة عن عمل معين تتمثل بإجارة الخدمة أو الصناعة. كما سهل المشرع من إجراءات تسجيل هذا النوع من الشركات، فعدا الالتزام بتسجيل الشركات المحدودة المسؤولية في السجل المختص، لا تخضع هذه الشركة عند التأسيس لأية قواعد نشر أخرى.

ولم يرتب المشرع على إفلاس الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد أو أحد الشركاء في حال تعددهم، أو حتى الحجر عليه، حل الشركة، بحيث يحل محل المفلس أو المحجور عليه ممثله القانوني.

واشترط المشرع لجواز التنازل عن حصص في الشركة إلى شخص من غير الشركاء، موافقة شركاء يمثلون ثلاثة أرباع رأس المال على الأقل. وقد منح المشرع للشركة حق الأفضلية في شراء كامل الحصص المراد التفرغ عنها لشخص من خارج الشركاء، واشترط لإعمال هذا الحق ابداء الشركة لرغبتها بالشراء خلال مدة أقصاها مهلة خمسة عشر يوماً من تبلغها بواسطة أي من مديريها مشروع التفرغ عن الحصص، والذي يجب أن يتضمن اسم المشتري المحتمل وشروط البيع والثمن، بحيث يجب على الشركة حينها ممارسة حقها بالشراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبداء رغبتها، على أنه في حال عدم ممارسة الشركة هذا الحق خلال المهلة المذكورة، فإنه يجوز لأي من الشركاء أن يشتري كامل الحصص في مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه رفض الشركة ممارسة الحق، على أن يزود

---

(1) المادة 93 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

مدير الشركة كافة الشركاء بنسخة عن مشروع التفزغ عن الحصص. وفي حال ممارسة أكثر من شريك هذا الحق، توزع الحصص فيما بينهم كل بنسبة مشاركته في رأسمال الشركة.

أما في القانون القطري فإن مفهوم الشركة ذات المسؤولية المحدودة ينصرف الى الشركة التي تتألف من شخص واحد أو أكثر على الا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شخصاً،<sup>(1)</sup> ولا يسأل أي شريك إلا بقدر حصته في رأس المال، ولا تكون حصص الشركاء فيها أوراقاً مالية قابلة للتداول.<sup>(2)</sup>

ولعل الاختلاف الأبرز بين القانونين اللبناني والقطري هو في الحد الأقصى من عدد الشركاء في هذه الشركة فالأول يجعله عشرين شخصاً بينما الثاني خمسين شخصاً.

### ثالثاً: اندماج الشركات وانشطارها

وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة باندماج وانشطار الشركات،<sup>(3)</sup> حيث عرف المشرع اندماج الشركات بأنه "تحويل الذمة المالية لشركة أو أكثر الى شركة قائمة أو الى شركة جديدة مستحدثة لهذا الغرض"، بينما يعني انشطار الشركات "تحويل شركة ذمتها المالية الى عدة شركات قائمة أو مستحدثة". وأجاز المشرع للشركات قيد التصفية الاشتراك في عمليات الاندماج والانشطار شريطة الا يكون قد بدأ تنفيذ مرحلة قسمة الموجودات بين الشركاء. وفي السياق ذاته عرف المشرع "الشركة الزائلة" بأنها الشركة التي تفقد وجودها نتيجة الاندماج أو الانشطار، بينما عرف "الشركة المستفيدة" بأنها الشركة التي ينقل اليها كل أو بعض أو صافي الاصول نتيجة الاندماج أو الانشطار. ويترتب على الاندماج أو الانشطار حل الشركات الزائلة بدون تصفيتهما والى انتقال ذمتها المالية الى الشركات

---

(1) انظر تفصيلاً في مفهوم وخصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تتألف من شخص واحد : باسم ملحم ويسام الطراونة ، شرح قانون الشركات التجارية القطري الجديد، رقم 11 لسنة 2015 ، دون ذكر لدار النشر، الدوحة، 2016، ص349.

(2) المادة 228 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المواد 210 - 213 من قانون تعديل قانون التجارة البرية اللبناني 2019

المستفيدة بالحالة التي تكون فيها عند انجاز العملية نهائيا بما في ذلك حق الايجار، بحيث يكتسب الشركاء في الشركات الزائلة صفة شركاء في الشركات المستفيدة ضمن الشروط المحددة في عقد الاندماج او الانشطار وتستبدل الاسهم والحصص القديمة بأسهم او حصص في الشركات المستفيدة. ويمكن ان ينال هؤلاء الشركاء علاوة نقدية على الا تتجاوز نسبتها 10% من القيمة الاسمية للحصص او الاسهم المعطاة لهم.

اما في القانون القطري فقد أجاز للشركة أن تندمج في شركة أخرى من نوعها أو حتى لو كانت من نوع آخر،<sup>(1)</sup> كما أجاز الاندماج حتى لو كانت شركة المساهمة في مرحلة التصفية.<sup>(2)</sup> ويتم الاندماج بطريقتين الأولى هي ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة وهو الاندماج بطريق الضم، اما الطريقة الثانية فهي مزج شركتين أو أكثر في شركة جديدة تحت التأسيس، وهذا هو الاندماج بطريق المزج، على أن يحدد عقد الاندماج شروطه خاصة تقويم ذمة الشركة المندمجة وعدد الأسهم أو الحصص التي تخصها في رأس مال الشركة التي تم الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج<sup>(3)</sup>. ويشترط لصحة الاندماج صدور قرار به من كل شركة طرف فيه، وفقاً للأوضاع المقررة لتعديل عقد الشركة أو نظامها الأساسي، على ان يتم شهر هذا القرار بالطرق المقررة لإشهار ما يطرأ على عقد الشركة المندمجة أو نظامها الأساسي من تعديلات،<sup>(4)</sup> وينشر قرار الاندماج في صحيفتين يوميتين محليتين تكون إحداها على الأقل باللغة العربية، وعلى الموقع الإلكتروني للشركتين إن وجد<sup>(5)</sup>. ويترتب على الاندماج مجموعة من الاثار القانونية تتمثل في انتقال جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة التي تم الاندماج فيها أو الشركة الناشئة عن

---

(1) انظر في التطبيق القضائي بدولة قطر لفكرة "دمج الشركات": محكمة التمييز القطرية، الطعان رقم 223 و 235 لسنة 2011، جلسة 2012/3/20، منشور في المجموعة العشرية المدنية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية من اول يناير 2005 وحتى نهاية ديسمبر 2014، ج3، منشورات المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، الدوحة - قطر، ص370.

(2) المادة 276 من قانون الشركات التجارية القطري.

(3) احمد الملحم، مرجع سابق، ص484 و493.

(4) المادة 277 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) المادة 280 من قانون الشركات التجارية القطري

الاندماج حكماً بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقاً لأحكام هذا القانون، وتعتبر الشركة التي تم الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج خلفاً قانونياً للشركات المندمجة، وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها<sup>(1)</sup>.

كما عرض المشرع القطري لتقسيم الشركات،<sup>(2)</sup> بحيث أجاز تقسيم الشركة إلى شركتين أو أكثر، وذلك مع انقضاء الشركة محل التقسيم أو مع بقائها، على أن يتم اتباع إجراءات وأوضاع الاندماج بالنسبة لتقييم رأس المال، بحيث يكون لكل شركة من الشركات الناشئة عن التقسيم شخصية معنوية مستقلة مع ما يترتب على ذلك من آثار. كما يتعين أن يحدد القرار الصادر بالتقسيم عدد المساهمين أو الشركاء وأسماءهم، ونصيب كل منهم في الشركات الناشئة عن التقسيم، وحقوق كل من هذه الشركات والتزاماتها وكيفية توزيع الأصول والخصوم بينها. واشترط المشرع لذلك صدور قرار بالتقسيم من الجمعية العامة غير العادية للشركة أو من الشركاء، بحسب الأحوال، وذلك بأغلبية أصوات الحائزين على ثلاثة أرباع رأس المال، وتكون الشركات الناشئة عن التقسيم خلفاً للشركة محل التقسيم وتحل محلها حلولاً قانونياً، وذلك في حدود ما آل إليها من الشركة محل التقسيم، وفقاً لما تضمنه قرار التقسيم، مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين<sup>(3)</sup>. أما بشأن الشركاء أو المساهمين أو أصحاب الحصص الذين اعترضوا على قرار التقسيم فقد أجاز المشرع لهم طلب التخارج من الشركة.<sup>(4)</sup>

كما أجاز المشرع القطري للشركات الناشئة عن التقسيم اتخاذ أي شكل من الأشكال القانونية للشركات،<sup>(5)</sup> مع مراعاة استكمال تلك الأشكال وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً،<sup>(6)</sup> علاوة على جواز تداول أسهم الشركات الناشئة عن التقسيم بمجرد إصدارها، إذا كانت أسهم الشركة محل التقسيم قابلة للتداول عند صدور قرار التقسيم<sup>(7)</sup>.

(1) المادة 281 من قانون الشركات التجارية القطري.

(2) المادة 282 من قانون الشركات التجارية القطري

(3) المادة 284 من قانون الشركات التجارية القطري

(4) المادة 286 من قانون الشركات التجارية القطري

(5) انظر تفصيلاً في أحكام اندماج الشركات في القانون القطري: باسم ملحم وبسام الطراونة، مرجع سابق، ص 412.

(6) المادة 283 من قانون الشركات التجارية القطرية.

(7) المادة 285 من قانون الشركات التجارية القطري.



## • الخاتمة

تناول هذا البحث عرض ومناقشة وتحليل التعديلات الجديدة على قانون التجارة اللبناني والتي صدرت عام 2019 في اهم تعديل لهذا القانون وبما انعكس تطورا للنظام القانوني لبعض التزامات التجار في ممارستهم للأعمال التجارية وكذلك تطوير القواعد المنظمة للإفلاس وكذلك النظام الحاكم للشركات التجارية وغيرها من الاحكام ذات الصلة، بحيث تم اجراء البحث في ضوء التجربة المقارنة وتحديد القانون القطري كقانون ناشئ ونموذجي ساع الى تطوير بيئة الاعمال.

وقد خلصنا في ختام بحثنا هذا الى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الاتي بيانه.

## أولا: النتائج

1. ان المشرع اللبناني اعطى للتاجر مكنة الاختيار في طريقة مسك الدفاتر التجارية يدويا او عبر تطبيق رقمي على ان يكون هذا الخيار مقيدا بمدة سنتين من صدور القانون الجديد في ابريل 2019، حيث انه بعد مرور هذه المدة الزمنية الزم التجار بمسك الدفاتر التجارية الكترونيا، وهذا الامر قد يكون فيه من الإرهاق على بعض الفئات المكلفة بهذا الالتزام، على عكس المشرع القطري الذي ترك للتاجر حرية اختيار الطريقة المناسبة لمسك هذه الدفاتر وبما يشمل الطريقة اليدوية والطريقة الالكترونية شريطة التبيان الدقيق للمركز المالي للتاجر.
2. ان المشرع اللبناني الزم التاجر بمسك دفتر الأستاذ إلزاميا على اعتبار انه من الدفاتر التجارية الاجبارية الى جانب دفتر اليومية، وهو الامر الذي يأخذ به أيضا المشرع القطري، وذلك لدقة العمليات التي يجريها التاجر وشفافيتها وخضوعها للرقابة.
3. ان المشرع اللبناني عدل الكثير من احكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة البرية والتي كانت تمثل تمييزا ضد المرأة، وبما يتواءم مع المعايير الدولية الخاصة برفع أي مظهر من مظاهر التمييز ضد المرأة ومن ذلك التمييز القانوني، وبخاصة القواعد

الخاصة بتحديد نطاق موجودات الإفلاس وكذلك القواعد الخاصة بحدود حماية الزوج غير المفلس في مواجهة الدائنين، وهو الامر الذي تأخذ به التشريعات الحديثة كالقانون القطري.

4. ان المشرع اللبناني جعل سلطة تسجيل الشركة للممثل القانوني لها وذلك تسهيلا لعملية التأسيس، كما ان المشرع تطلب ان يكون هنالك مستند يؤكد وجود مقر للشركة منعا لممارسة شركات وهمية للأعمال التجارية إضافة الى بيان صاحب الحق الاقتصادي في الشركة، أي المستفيد الحقيقي من الأسهم او من الشراكة في هذه الشركة وذلك للتحقق من سلامة النشاط التجاري وصاحب الحق في عوائده المالية. ولعل هذه المتطلبات الجديدة من شأنها تسهيل بدء المشروع التجاري لعمله والتأكد من مشروعية نشاطاته وجديتها، بيد ان هذا الحكم لم يتضمن استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الاشتراطات، اما من المنظور المقارن فإن المشرع القطري استثنى شركة المحاصة من نطاق تطبيق هذه الشروط الشكلية، وذلك على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية.

5. كرس المشرع اللبناني قاعدة تمتع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية مستثنيا شركة المحاصة للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها لجهة استئثارها وعدم نشر قيامها، ولعل الجديد الذي اتى به تعديل قانون التجارة اللبناني هو استمرار الشخصية المعنوية للشركة في حال تعديل الشكل القانوني الذي تتخذه هذه الشركة، وذلك حماية لمصالح الشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة إضافة الى حماية المشروع الاقتصادي ككل بما في ذلك عمال الشركة وغيرهم. اما القانون القطري فقد أشار الى اكتساب الشركة للشخصية المعنوية منذ شهرها وفقا للإجراءات والشروط القانونية المنصوص عنها في قانون الشركات، على انه في حال عدم الشهر فإن المشرع رتب مسؤولية تضامنية على مديري الشركة او أعضاء مجلس ادارتها بحسب نوع الشركة وذلك بشأن الاضرار

التي تلحق بالغير نتيجة لعدم شهر الشركة، مع استثناء شركة المحاصة من هذا الحكم نظراً لطبيعتها.

6. عدل المشرع اللبناني مفهوم الشركة المغفلة بحيث اعتبر انها شركة مساهمة ذات اسم تجاري، تؤسس من عدد لا يقل عن ثلاثة مؤسسين يكتبون بأسمهم، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته. وفي الاطار ذاته يجب تفسير ذلك في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر لسنة 2016، والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار تسليم هذه الأسهم من طرق التداول التجارية، أما القانون القطري فيعرف شركة المساهمة العامة بأنها الشركة التي تؤسس من عدد لا يقل عن خمسة مؤسسين، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بحيث لا يسأل المساهم فيها إلا بقدر مساهمته في رأس المال.

7. يسن المشرع اللبناني اجراءات توثيق نظام هذه الشركة او تعديله حيث سمح بأن يتم هذا الاجراء لدى أي كاتب عدل في لبنان دون حصره بالنطاق الجغرافي الذي يقع فيه المركز الرئيسي للشركة. اما في القانون القطري فيشترط لتأسيس شركة المساهمة العامة صدور قرار من وزير التجارة والصناعة بعد التأكد من توفر الشروط المتطلبة قانوناً، وذلك بعد أن يحرر المؤسسون فيما بينهم عقد الشركة ونظامها الأساسي وفقاً للنموذجين اللذين يصدر بهما قرار من الوزير، على ان يتضمن كل من العقد والنظام الخاصين بالشركة البيانات المتطلبة قانوناً. ويوجب القانون القطري ينشر قرار تأسيس الشركة في الجريدة الرسمية مرفقاً به عقد الشركة ونظامها الأساسي، بحيث لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد شهرها، ويتم الشهر بالقيد في السجل التجاري والنشر في الجريدة الرسمية معاً .

8. منح المشرع اللبناني لمؤسسي الشركة المغفلة (المساهمة) الحق في سحب الأموال المودعة في حال عدم تأسيس الشركة في مدة ستة اشهر من تاريخ توقيع النظام لدى الكاتب العدل، أما القانون القطري وفي حال عدم تأسيس الشركة فيتوجب على

المؤسسين رد المبالغ المدفوعة من المكتبتين إليهم كاملة مع ما قد يكون قد تحقق عنها من عوائد، خلال مدة لا تجاوز أسبوعاً من الموعد المحدد لانتهاء الاكتتاب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن رد المبالغ والمصروفات التي أنفقت في تأسيس الشركة، كما يكونون مسؤولين بالتضامن تجاه الغير عن الأعمال والتصرفات التي صدرت منهم خلال فترة التأسيس .

9. كرس المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية كآلية لإتمام معاملات الإيداع والتسجيل المتعلقة بالشركة المغفلة لدى امانة السجل التجاري، ووجب القانون ذاته استعمال الوسائل الالكترونية على سبيل الحصر فيما يتعلق بالإيداع والتسجيل، وذلك بعد سنتين على نفاذ القانون الجديد بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحاً لاطلاع الجمهور، مما يعني ان وجوب استعمال الوسائل الالكترونية سيكون في حدود تاريخ شهر تموز/يوليو من سنة 2021م. كما عزز المشرع اللبناني استخدام الوسائل الالكترونية وبخاصة تقنية الاتصال المرئي والمسموع في احتساب نصاب حضور اجتماعات مجلس الإدارة وكذلك الجمعية العمومية للمساهمين، وقد قيد المشرع استخدام هذه الآلية بأن حظر اللجوء الى استخدام اي من هذه التقنيات في حال اعداد الحسابات السنوية والبيانات المالية السنوية واعتمادها والتقارير عن العام السابق. كما أجاز المشرع المكنة ذاتها أي استخدام تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بُعد او وسائل تقنية أخرى في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين بحيث أجاز احتساب الأكثرية والنصاب في اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين في حال مشاركة بعض المساهمين عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد أو وسائل تقنية أخرى، شريطة توافق هذه الوسائل مع الشروط المحددة بقرار صادر عن وزير العدل وضمان التأكد من هوية العضو المتصل وضمان سلامة الاتصال واستمراريته وموثوقيته ومشاركة العضو المتصل فعلياً في النقاشات، ووجوب تسجيل مضمون الاتصال عن بعد في جلسات الجمعية العمومية كافة، بحيث تعتبر التسجيلات جزءاً لا يتجزأ من محضر الجمعية وتحفظ معه، علاوة على توفر الشرط

المبدئي في هذا الاطار وهو ان يكون نظام الشركة قد نص فيه على الآلية التقنية الواجب اعتمادها في هذا الشأن. ويعد هذا الامر موقفا إيجابيا من المشرع اللبناني نحو اعتماد استخدام التكنولوجيا في عمليات اتخاذ القرار في مجلس الإدارة او الجمعية العمومية ضمن ضوابط محددة، مما يسهم في تيسير ممارسة الاعمال ودعم بيئة النشاط الاقتصادي ككل. اما المشرع القطري فلم يتخذ موقفا متشددا تجاه الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات.

10. وضع المشرع اللبناني في القانون الجديد العديد من الاحكام التفصيلية الخاصة بإدارة الشركة المغفلة ومن ضمن ابرز ما تضمنته هذه التعديلات تعديل نسبة الأعضاء اللبنانيين في مجلس الإدارة الى غير اللبنانيين ليصبح مجلس إدارة الشركة المغفلة مؤلفا من ثلاثة اعضاء كحد ادنى واثنى عشر عضوا كحد أقصى على أن لا يقل عدد أعضائه من اللبنانيين عن الثلث. ولعل هذا الامر من شأنه تعزيز الاستثمار الأجنبي في هكذا نوع من أنواع الشركات ويعبر عن نظرة انفتاح اقتصادي نحو جذب الاستثمارات الاجنبية. اما الوضع في القانون القطري فإن مجلس إدارة شركة المساهمة العامة مجلس منتخب يحدد النظام الأساسي للشركة طريقة انتخابه وعدد أعضائه ومدة العضوية فيه، على ألا يقل عدد أعضائه عن خمسة ولا يزيد على أحد عشر عضوا .

11. قام المشرع اللبناني بتفعيل فكرة حوكمة الشركات، من خلال الخضوع للترخيص المسبق من مجلس الإدارة، بشأن كل عقد او اتفاق او التزام منوي اجراه مع الشركة، ويخضع لهذا الترخيص اعضاء ورئيس مجلس إدارة الشركة المغفلة والمدير العام المساعد، وكل مساهم يملك بصورة مباشرة او غير مباشرة حقوق تصويت تزيد عن خمسة بالمائة في رأسمال الشركة. كما يمنع القانون هؤلاء الاشخاص من المشاركة في التصويت على قرار منح او رفض الترخيص المتعلق به، كما لا يتم احتساب اصوات الأشخاص المشار إليهم ضمن نصاب الحضور او التصويت عند مناقشة

الترخيص المذكور. وفي الإطار ذاته وتعزيزاً للرقابة اعتبر القانون أعضاء مجلس الإدارة والمدير العام مسؤولين عن جميع أعمال الغش وعن كل مخالفة للقانون ولنظام الشركة.

12. انط القانون اللبناني إدارة الشركة الى رئيس مجلس الإدارة باعتباره المدير العام بحيث ينتخبه مجلس الإدارة من بين الأشخاص الطبيعيين الذين يتألف منهم المجلس، على ان القانون لحظ إمكانية ان يتضمن نظام الشركة إمكانية الفصل بين رئاسة مجلس الإدارة من جهة وإدارة الشركة من جهة أخرى. اما أعضاء مجلس الإدارة فإن الجديد الذي اتى به المشرع اللبناني هو ان الجمعية العمومية العادية تنتخب هؤلاء الاعضاء من المساهمين او من غير المساهمين. ومن شأن هذا التعديل منح مجلس الإدارة مزيداً من الكفاءات من خارج المساهمين مما يسهم في تعزيز اتخاذ القرارات السليمة. اما موقف القانون القطري فمختلف الى حد ما بحيث انه اشترط في عضو مجلس الإدارة أن يكون مساهماً، وماكاً لعدد من أسهم الشركة يحدده النظام الأساسي للشركة، بيد انه أجاز أن يكون ثلث أعضاء مجلس الإدارة من الأعضاء المستقلين ذوي الخبرة من غير المساهمين .

13. وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة بحق الانتفاع الوارد على الاسهم في حال وجود مثل هذا الحق على هذه الأسهم. حيث يتمتع صاحب حق الانتفاع الوارد على أسهم معينة في مواجهة الشركة المغفلة بإبلاغه بكل الدعوات والمسائل كافة بما في ذلك قرارات توزيع اية منافع اقتصادية، وذلك في حال ابلاغ الشركة عن وجود هذا الحق حيث تكون الشركة حينها ملزمة بتبليغ صاحب هذا الحق بما سلف بيانه. ولصاحب حق الانتفاع من السهم وحده الحق في حضور الجمعيات العمومية العادية والتصويت فيها، على اعتبار انه المعني بالانتفاع من السهم دون غيره، بينما يقتصر حق صاحب حق الرقبة على تبليغ كافة الدعوات والاوراق والمسائل كافة دون استثناء، بما في ذلك تبليغ قرارات توزيع اية منافع اقتصادية. وفي السياق ذاته أجاز المشرع لصاحب حق الانتفاع ولصاحب حق الرقبة الاتفاق على مخالفة ذلك، وحينها يوجب المشرع توقيع

اتفاقهما على ذلك وإبلاغ الشركة به ونشر ما اتفقا عليه في هذا الشأن في السجل التجاري . ولا يوجد نص مماثل في التشريع القطري يفصل حقوق صاحب حق الانتفاع الواردة على السهم .

14. قرر المشرع اللبناني حكما خاصا بملكية الأسهم على الشيوع لجهة الشخص المخول بحضور الجمعيات العمومية والتصويت وتمثيل مجموع مالكي الأسهم، اما الوضع في القانون القطري فإنه وتبعاً لكون السهم في شركة المساهمة العامة غير قابل للتجزئة في مواجهة الشركة، فإنه في حال تملك السهم من أشخاص متعددين فيجب عليهم اختيار أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، مع اعتبار هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم .

15. منع المشرع اللبناني في التعديل الجديد لقانون التجارة ما يسمى بالأسهم مزدوجة الأصوات، وذلك اعتباراً من تاريخ نفاذ التعديلات الجديدة لقانون التجارة اللبناني، وفي ذلك فإن موقف المشرع القطري أتى بمنع الصوت المزدوج بحيث اوجب أن يكون للسهم الواحد صوت واحد يمنحه المساهم لمن يختاره من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة اثناء انتخاب الجمعية العامة لمجلس الإدارة، واجاز القانون للمساهم توزيع تصويت أسهمه بين أكثر من مرشح، مع منع أن يصوت السهم الواحد لأكثر من مرشح .

16. وضع المشرع اللبناني ضوابط جديدة محكمة في حال بيع أسهم الشركة المغفلة وكذلك ضمانات دفع كامل ثمن السهم.

17. كرس المشرع اللبناني لموضوع الأسهم التفضيلية مجموعة من المواد عرض فيها تفصيلاً للأحكام الناظمة لها، حيث أجاز انشاء ما يسمى بالأسهم ذات الأفضلية او التفضيلية التي تمنح اصحابها حق الاولوية في استيفاء بعض انصبة من الارباح او في استعادة رأس المال او كل من الميزتين او اية منفعة مادية أخرى، واشترط المشرع لجواز انشاء هذا النوع من الأسهم عدم وجود منع صريح لهذه الأسهم في نظام الشركة وكذلك صدور قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه ضمن ضوابط قانونية نص

عليها في هذا القانون. ، بحيث ان صاحب السهم التفضيلي له الحق في الأولوية في انصبه الارباح والافضلية في الاكتتاب عند زيادة راس المال والحق في استرداد قيمة السهم الاسمية والتفرغ عن سهمه، إضافة الى حقوق اصحاب الأسهم التفضيلية بالاطلاع على المعلومات والمستندات المعدة لاطلاع سائر المساهمين حيث اوجب القانون على ادارة الشركة اطلاعهم على ذلك. بينما لا يحق لصاحب السهم التفضيلي تولي عضوية مجلس الادارة واقتسام موجودات الشركة والمشاركة في النقاش والتصويت في الجمعيات العمومية. اما في دولة قطر فإن الموقف بالنسبة للأسهم التفضيلية " الأسهم الممتازة Preferred Stocks " هو انها الأسهم يمنح مالكوها حق الأولوية في قبض توزيعات الأرباح قبل مالكي الأسهم العادية، ولهم حق الأولوية في الحصول على حقوقهم اذا ما تم تصفية الشركة كما توزع عليهم الأرباح بمعدل ثابت غير مرتبط بالأداء المالي للشركة، وعادة لا يتمتع مالك الأسهم الممتازة بحق التصويت كما هو الحال بالنسبة لمالك السهم العادي

18. يعتبر من أبرز التعديلات التي اتى بها المشرع اللبناني ما يسمى بشركة الشخص الواحد، حيث استلزم ذلك تعديل الاحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكذا تعديل قانون الموجبات والعقود اللبناني فيما خص تعريف الشركة. ويطلق على الشركة المؤسسة من شخص واحد - بحسب القانون الجديد - " شركة الشخص الواحد"، كما يسمى الشخص المؤسس "الشريك الوحيد"، بحيث يمارس الصلاحيات المعطاة لجمعية الشركاء في حال تعددهم. وقد حدد المشرع الحد الأدنى لرأس مال الشركة المحدودة المسؤولية عن خمسة ملايين ليرة لبنانية على ان يوزع رأس المال مهما كان مقداره الى حصص متساوية. أما في القانون القطري فإن مفهوم الشركة ذات المسؤولية المحدودة ينصرف الى الشركة التي تتألف من شخص واحد أو أكثر على الا 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 .



ولعل الاختلاف الأبرز بين القانونين اللبناني والقطري هو في الحد الأقصى من عدد الشركاء في هذه الشركة فالأول يجعله عشرين شخصاً بينما الثاني خمسين شخصاً.

19. وضع المشرع اللبناني قواعد خاصة باندماج وانشطار الشركات، حيث عرف المشرع اندماج الشركات بأنه "تحويل الذمة المالية لشركة أو أكثر إلى شركة قائمة أو إلى شركة جديدة مستحدثة لهذا الغرض"، بينما يعني انشطار الشركات "تحويل شركة ذمتها المالية إلى عدة شركات قائمة أو مستحدثة". وأجاز المشرع للشركات قيد التصفية الاشتراك في عمليات الاندماج والانشطار شريطة الا يكون قد بدأ تنفيذ مرحلة قسمة الموجودات بين الشركاء. اما في القانون القطري فقد أجاز للشركة أن تندمج في شركة أخرى من نوعها أو حتى لو كانت من نوع آخر، كما أجاز الاندماج حتى لو كانت شركة المساهمة في مرحلة التصفية. ويتم الاندماج بطريقتين الأولى هي ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة وهو الاندماج بطريق الضم، كما أجاز المشرع القطري للشركات الناشئة عن التقسيم اتخاذ أي شكل من الأشكال القانونية للشركات، مع مراعاة استكمال تلك الأشكال وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، علاوة على جواز تداول أسهم الشركات الناشئة عن التقسيم بمجرد إصدارها، إذا كانت أسهم الشركة محل التقسيم قابلة للتداول عند صدور قرار التقسيم.

20. اتى القانون الجديد بصيغة تعديلات جذرية على القانون القديم عبر الغاء العديد من المواد أو التعديل فيها بخاصة فيما يتعلق بالأحكام القانونية للشركات التجارية، بينما المشرع القطري كرس للشركات التجارية قانوناً مستقلاً عن قانون التجارة.

#### ثانياً: التوصيات

1. اصدار قانون شركات جديد ومستقل عن قانون التجارة البرية، ومن شأن هذه الخطوة تعزيز الاطار القانوني الحاكم والدقيق للشركات التجارية في لبنان واما ينعكس ايجاباً على تطوير بيئة الاعمال، نظراً لأهمية هذا القطاع في الاقتصاد الوطني، وذلك بالنظر للتجارب المقارنة الناجحة العربية والأجنبية.

2. اصدار قانون تجاري جديد يتضمن كافة الاحكام القانونية النازمة للأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والعقود التجارية والأوراق التجارية والافلاس، على ان يتم الغاء كافة القوانين والمراسيم الأخرى المتناثرة بين دفات الكثير من الأدوات التشريعية، وذلك تسهيلا لمعرفة الإطار القانوني الدقيق لتنظيم الأنشطة التجارية في لبنان، على ان يتم ترقيم مواده دون الإشارة الى مواد في مراسيم اشتراعية أخرى ضمنه.
3. ورد في المادة 28 من القانون التعديلي الجديد ما يلي " يلغى نص المادة 110 من قانون التجارة ويستعاض عنه بالنص الآتي: المادة 110 الجديدة: يجب في الاساس ان يكون لجميع المساهمين في الشركة الواحدة نفس الحقوق وان يشتركوا في نفس المنافع. على انه في جميع الاحوال التي لا ينص فيها نظام الشركة على منع صريح يجوز ان تنشأ أسهم ذات افضلية بمقتضى قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه على الوجه الآتي بيانه. وهذه الاسهم تمنح اصحابها حق الاولوية اما في استيفاء بعض انصبة من الارباح واما في استعادة رأس المال واما في هاتين الميزتين معا او اية منفعة مادية أخرى". ويشار هنا الى ان النص القديم لنص المادة 110 كان على النحو التالي: " المادة 110 القديمة: يجب في الاساس ان يكون لجميع المساهمين في الشركة الواحدة نفس الحقوق وان يشتركوا في نفس المنافع. على انه في جميع الاحوال التي لا ينص فيها نظام الشركة على منع صريح يجوز ان تنشأ أسهم ذات افضلية بمقتضى قرار من جمعية غير عادية تتناقش فيه على الوجه الآتي بيانه. وهذه الاسهم تمنح اصحابها حق الاولوية اما في استيفاء بعض انصبة من الارباح واما في استعادة رأس المال واما في هاتين الميزتين معا او اية منفعة مادية أخرى".
- ولا يتبين ما هو الجديد الذي تضمنه هذا القانون في هذه المادة، حيث ان نص المادة الجديدة هو ذاته النص القديم بحرفيته وحروفه دون أي تعديل او تغيير، والمشرع برأينا منزه عن هذا الامر، فنوصي بحذف هذه المادة او مراجعتها.
4. التوصية بجعل استخدام الوسائل الرقمية في مسك الدفاتر التجارية من قبل التاجر امرا جوازيا لا وجوبيا ودون ربطه بمدة زمنية، ونوصي في هذا الإطار تعديل نص

- المادة 16 من قانون التجارة الصادرة بموجب نص المادة 1 من القانون التعديلي لقانون التجارة لسنة 2019 بحيث تحذف الفقرة التالية من نص المادة (يصبح مسك الدفاتر التجارية بواسطة التطبيق الرقمي المقررة في هذه المادة الزامياً بعد سنتين من تاريخ صدور هذا القانون).
5. التوصية بسرعة اصدار المرسوم التطبيقي المحدد لمعايير المسك الالكتروني للدفاتر التجارية.
6. التوصية بتعديل نص المادة 26 من قانون التجارة اللبناني بحيث يتم استثناء شركة المحاصة من نطاق تطبيق الاشتراطات الشكلية المتطلبة على اعتبار انها شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تتواءم طبيعتها مع هذه الاشتراطات الشكلية.
7. الإشارة الى في المادة 77 من قانون التجارة الى ما يفيد بأن قابلية أسهم الشركة المساهمة للتداول يجب تفسيره في حدود ما نص عليه قانون إلغاء الأسهم لحامله والأسهم لأمر لسنة 2016، والذي يحظر على الشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها وأسهم لأمر باعتبار تسليم هذه الأسهم من طرق التداول التجارية.
8. التوصية بإعادة النظر بمدى الزامية استعمال الوسائل الالكترونية في عمليات النشر وإجراءات الإيداع والتسجيل وغيرها من الإجراءات.
9. لغايات حسن الصياغة التشريعية يوصى بتوحيد نصوص المواد التعديلية، حيث يرد في المواد من 1-14 من القانون اللبناني الجديد ومواد أخرى في القانون العبارة التالية (يلغى نص المادة ... من قانون التجارة ويستعاض عنه بالنص الآتي:...) اما في المواد من 15 - 19 ومواد أخرى في القانون فترد عبارة ( تعدل المادة .. وتصبح كما يأتي:.. ) ، حيث يقترح اعتماد إحدى الصيغتين .
10. يوصى بتحديد معنى مصطلح (يعلم عليها) الوارد في نص المادة 2 من القانون التعديلي والتي تنص على ان "المادة 18 الجديدة : يجب ان توضع للدفاتر المسوكة بطريقة يدوية ارقام وان يعلم عليها ويوقعها رئيس المحكمة الابتدائية في المدن التي تتعقد فيها هذه المحكمة".

11. يوصى بحذف المصطلح الفرنسي الوارد في المادة 4 من القانون التعديلي والوارد فيها نص المادة 27 الجديدة: ..... -شهادات الاختراع المستثمرة والطابع المصنعية (Marque de fabrique) والتجارة التي تستعملها الشركة..، وسبب ذلك ان المشرع لم يعتمد هذا المنوال في الكثير من المصطلحات الأخرى، فيقتضي ذلك توحيد الموقف من ذكر المصطلح الفرنسي من عدمه بالنسبة لكافة المفاهيم القانونية الواردة في قانون التجارة البرية اللبناني. وكذلك الحال بالنسبة المادة 109 الجديدة المتضمنة مصطلح "الفوائد المحددة (Interets fixes)" وغيرها من المواطن الأخرى في القانون الجديد.

12. التوصية بتصويب منطوق نص المادة 17 بتعديل المادة 94 من قانون التجارة اللبناني كي تصبح على النحو التالي: " اذا اسست شركة مغفلة على وجه غير قانوني، جاز لكل ذي صفة ومصلحة، خلال مهلة خمس سنوات تسري من تاريخ حصول العيب، ان ينذرها بوجوب اتمام المعاملة المعيبة.. " بدلا من ( اذا اسست شركة مغفلة على وجه غير قانوني، جاز لكل ذي صفة ومصلحة، خلال مهلة خمس سنوات تسري من تاريخ حصول العيب، ان ينذرها بوجوب اتمام المعاملة المهمة).

13. التوصية بسرعة اصدار قرار الوزير المتضمن الوسائل الالكترونية التي يحددها وزير العدل والمشار اليها بشأن إتمام معاملات التسجيل والنشر، حيث ان مقتضى القانون الجديد يفرض استخدام الوسائل الالكترونية حصرا بعد سنتين على نفاذ هذا القانون بحيث يكون النشر الالكتروني على موقع السجل التجاري متاحا لاطلاع الجمهور.

14. التوصية بتعديل نص المادة 21 من القانون التعديلي المتضمنة نص المادة 100 الجديدة كي تصبح " .. فيجب نشر نظام الشركة في لوحة الإعلانات في مكاتبها او على مدخلها" بدلا من عبارة " فيجب تعليق نظام الشركة في مكاتبها".

15. التوصية بتعديل صياغة نص المادة 27 المتضمنة نص المادة 109 الجديدة: "..... على ان هذا النص لا يكون قانونيا"، وبما يتضمن توضيحا للمقصود بكون النص غير قانوني.

16. التوصية بتوضيح المقصود بمصطلح "الأسهم المحررة تماما" الوارد في المادة 31 من القانون التعديلي المتضمنة نص المادة 117 الجديدة: " على ان الاسهم المحررة تماما .....".

17. التوصية بإعادة النظر في مضمون المواد 121 مكرر حيث انه يختلف عن مضمون المادة 121 ، حيث نعتقد من جانبنا انه ما كان يجب وضع هذه المواد ضمن ما اسماه المشرع المادة 121 مكرر، حيث ان المادة 121 الأساسية تعرض لموضوع مختلف منبث الصلة عن الموضوعات التي تناولها المشرع في المادة 121 مكرر 1 ولغاية المادة 121 مكرر 12، فموضوع المادة 121 الأساسي هو بيع الأسهم وضمانات دفع ثمن السهم، بينما المواد 121 مكرر 1-12 مخصصة لموضوع آخر هو الأسهم التفضيلية، فكان الاصوب - من وجهة نظرنا- تخصيص مواد مستقلة وليس مواد مكررة ، مع التوصية بإعادة ترقيم مواد القانون كاملة مرة أخرى.

18. تحديد حالات عدم اعتبار رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها العام تاجرين بدقة وإعادة صياغة نص المادة 47 المتضمن نص المادة 155 الجديدة من قانون التجارة اللبناني.

19. تحديد مقتضيات اعمال المادة 48 المتضمنة نص المادة 156 الجديدة من قانون التجارة والخاصة بسرعة اصدار وزير العدل للقرار المتعلق بشروط اعتماد تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد او وسائل تقنية اخرى، وذلك لغايات احتساب الاكثرية والنصاب في اجتماعات المجلس التي يشارك فيها أعضاء عبر تقنية الاتصال المرئي والمسموع عن بعد او وسائل تقنية اخرى

20. توضيح منطوق نص المادة 54 المتضمن المادة 162 الجديدة والخاص بوجوب ان تكون البيانات المالية "جلية"، ويقترح توضيح معايير ذلك.

21. التوصية بتعديل نص المادة 105 المتضمنة المادة 18 الجديدة من المرسوم الاشتراعي رقم 35 الصادر بتاريخ 1967/8/5 بحيث يتضمن الامر منع المدير والمديرين في حال تعددهم وعلى الشريك الوحيد او على الشركاء، تحت طائلة

البطلان، ان حصلوا من الشركة على قروض او كفالات.. ليس لأنفسهم او لأزواجهم  
او أصولهم او فروعهم وحسب بل ولأقاربهم حتى الدرجة الرابعة.  
22. توضيح المقصود بمضمون ما قررته المادة 108 المتضمنة المادة 21 الجديدة من  
المرسوم الاشتراعي رقم 35 الصادر بتاريخ 1967/8/5 وتحديدا عبارة " كل بند  
مخالف لهذه المادة يعتبر بحكم غير المكتوب" فالمقترح تحديد ماهية حكم غير  
المكتوب!؟

## L'administrateur provisoire des sociétés in bonis

Par **Sajih RIZK**

Docteur en droit

Conférencier à l'Université Libanaise

### • Introduction:

-1- Les administrateurs judiciaires<sup>(1)</sup> tels qu'ils ont été créés par la loi n°85-99 du 25 janvier 1985 n'ont pas pour unique fonction d'assurer, assister ou surveiller la gestion d'une entreprise dans le cadre d'une procédure collective. Cette profession a été plus largement conçue et définie par la loi de 1985, remaniée par la loi n°2003-7 du 3 janvier 2003<sup>(2)</sup>. En effet, il résulte de l'article L.811-1 du Code de commerce que «les administrateurs judiciaires sont des mandataires, personnes physiques ou morales, chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens»<sup>(3)</sup>. On peut légitimement voir dans ses dispositions une reconnaissance légale non seulement des fonctions d'administrateur judiciaire du droit des procédures collectives, mais aussi de leurs diminutifs, administrateur provisoire d'une entreprise *in bonis*<sup>(4)</sup> et mandataire *ad hoc*<sup>(5)</sup>. Au reste, le chapitre I du titre I du livre VIII du Code de commerce vise «les administrateurs

(1) F. LEMEUNIER, Société anonyme, création, gestion, évolution, 18ème éd., Delmas, 2001, n°1405, p.245 et s.; F. LEFEBVRE, Mémento pratique. Sociétés commerciales, 45ème éd., 2014, n°9790, p.189 et s.

(2) Code de commerce, 110e éd., Dalloz, 2015, p.1562 et s.; Code des procédures collectives, 11ème éd., Dalloz, 2013, p.1349 et s.

(3) J. MESTRE, D. VELARDOCCIO et Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. 2004, n°725, p.327 et s.

(4) Situation positive du patrimoine d'une société, situation inverse: in mali. – D. VIDAL, Droit des sociétés, 4ème éd., L.G.D.J., 2003, p.364; P. DIDIER et Ph. DIDIER, Droit commercial. Les sociétés commerciales, Tome II, Economica, 2011, n°469, p.380.

(5) G. BOLARD, Administration provisoire et mandat *ad hoc*: du fait au droit, La semaine juridique, 1995, éd. G, n°46, p.445 et s.; Y. GUYON, Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés, Tome I, 12ème éd., Economica, 2003, n°450, p.494; G. COUTURIER, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, Tome II, L.G.D.J., 2013, p.116 et s.

judiciaires» en général, alors que le chapitre II est relatif aux seuls «mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises»<sup>(6)</sup>.

-2- Le terme administrateur provisoire<sup>(7)</sup> est celui qui est le plus fréquemment utilisé pour désigner le tiers nommé par décision de justice et chargé pour un temps de se substituer aux organes légaux de la société en assurant la gestion des affaires sociales afin de permettre le dénouement d'une crise interne venue troubler le cours normal de la vie sociale. Il arrive qu'on utilise aussi le terme d'administrateur judiciaire<sup>(8)</sup>, ce qui peut se justifier.

-3- En droit des sociétés et, plus généralement dans le droit des groupements *in bonis*<sup>(9)</sup>, personnalisés (les sociétés civiles, les sociétés d'exercice libéral, les associations) ou non (les sociétés en participation, l'entreprise individuelle, le fonds commun de placement), le terme «administrateur provisoire» paraît le plus adéquat. Il permet de différencier la mission de cet auxiliaire de justice des autres missions susceptibles d'être confiées à un administrateur judiciaire professionnel<sup>(10)</sup>. La différence n'est qu'une question de degré, la nomination d'un administrateur provisoire traduit bien une immixtion du juge dans la vie du groupement et un dessaisissement<sup>(11)</sup> de ses dirigeants, mais la situation juridique de la société elle-même, sa

---

(6) A. LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté. Le nouveau droit des procédures collectives, 1re éd., Delmas, 2006, p.117 et s.

(7) B. BOCCARA, L'administration provisoire des sociétés commerciales, Thèse, Paris, 1948; A. CHASSAGNON, L'administrateur provisoire de société commis par justice, Thèse, Paris, 1954; Ch. DE BUTTET, L'administrateur provisoire, Thèse dactylographiée, Lyon, 1970; G. SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, Thèse, Lyon, 1974; M. AZENCOT, L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales, Thèse dact., Paris, 1979; Y. CHASSAGNON, Administrateur provisoire, Rép. Dalloz, Sociétés, avr. 1991, n°1; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, 27ème éd., Lexis Nexis, 2014, n°423. – V. en ce sens: B. LYONNET, L'administrateur judiciaire, R.J. com., 1991, p.241.

(8) Cass. com., 7 nov. 2006, Bull. Joly, 2007, p.255, note F.-X. LUCAS.

(9) J. MESTRE, Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés, R.J. com., 1985, p.81; M. JEANTIN, Le rôle du juge en droit des sociétés, *in* nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p.149.

(10) G. RIPERT, R. ROBLOT, Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, Tome II, 16ème éd., L.G.D.J., 2000, n°2942, p.898 et s.

(11) C. RUELLAN, Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire, Dr. soc., oct. 2000, chron., n°1, p.4; X. DELPECH, Société à responsabilité limitée, S.A.R.L., création, gestion, évolution, 27ème éd., Delmas, 2012, n°133.11, p.703.



situation patrimoniale surtout, n'en est pas modifiée comme elle l'est dans le cadre d'une procédure collective et son sort ne dépend pas de l'issue d'une procédure judiciaire. C'est pourquoi le choix de la personne du mandataire provisoire et l'étendue de sa mission sont d'ailleurs définis d'une manière beaucoup plus imprécise. Le terme «administrateur provisoire» met l'accent sur le caractère temporaire des fonctions d'administration du groupement confiées à un mandataire de justice hors toute procédure collective<sup>(12)</sup>.

-4- L'administrateur provisoire est parfois confondu avec le mandataire *ad hoc*<sup>(13)</sup>. Ces deux mandataires de justice se distinguent, en principe, par la nature et l'étendue de leurs missions respectives. Le mandataire *ad hoc*<sup>(14)</sup> est chargé d'une mission très ponctuelle. Le terme «mandat» ne doit pas induire en erreur. Il désigne ici une simple mission qui n'emporte pas normalement de pouvoir de représentation. Comme l'a précisé très justement un auteur, la dénomination d'administration provisoire devrait être réservée aux missions qui emportent dessaisissement, total ou partiel, d'un ou plusieurs organes sociaux<sup>(15)</sup>, et la dénomination de mandat *ad hoc* aux missions ponctuelles, sans dessaisissement<sup>(16)</sup>.

-5- Enfin, divers autres mandataires de justice peuvent être appelés à intervenir dans le cours de la vie sociale, avec des missions plus limitées encore que celles du mandataire *ad hoc*, comme les contrôleurs de gestion, séquestre, observateur de gestion, contrôleur-conciliateur,

---

(12) Y. GUYON, Droit des affaires. Entreprises en difficultés, redressement judiciaire-faillite, Tome II, 9ème éd., Economica, 2003, p.70.

(13) B. JADAUD, Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire «*ad hoc*», Mélanges Jeantin, 1999, p.411. – En ce sens: Cahier pratique rédigé par inforeg, Distinctions entre l'administrateur provisoire et le mandataire *ad hoc*, Cah. dr. entr., nov.-déc. 2009, p.53.

(14) Un mandataire *ad hoc* est notamment visé par les articles 57, 158 et 366 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales; Par l'article 90 de la loi n°85-99 du 25 janv. 1985 et l'article 90 du décret n°85-1389 du 27 déc. 1985 relatifs au redressement et à la liquidation judiciaires; Par l'article 491-5 du Code civil; Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art.2; Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014, art.3. – Adde: C. com., art. L.611-3.

(15) Cass. 2ème civ., 12 juill. 1976, Bull. civ., II, n°251; Cass. com., 15 mai 1990, Bull. civ., IV, n°148.

(16) C.A. Paris, 13 nov. 2002, R.J.D.A., 2003, n°571; Cass. com., 22 févr. 2005, R.J.D.A., 2005, n°815.

voire médiateur...selon une terminologie très incertaine<sup>(17)</sup>. Cette étude est consacrée à l'administration provisoire du droit des entreprises et des groupements *in bonis* et plus spécialement à celle du droit des sociétés<sup>(18)</sup>. Le droit des entreprises en difficulté est exclu du champ de cette étude qui n'abordera ni l'administration judiciaire des procédures de sauvegarde et de redressement, ni l'administration *ad hoc* prévue dans le cadre des procédures de prévention et de conciliation<sup>(19)</sup>.

-6- Plusieurs points méritent un approfondissement au travers des deux axes suivants: la désignation de l'administrateur provisoire et les fonctions de l'administrateur provisoire.

### • **Paragraphe I: La désignation de l'administrateur provisoire:**

-7- Puisque la désignation d'un administrateur constitue le moyen classique de résoudre une difficulté de caractère exceptionnel, elle obéit à des règles particulières qui ont trait aux causes de désignation, à la qualité du demandeur et à la procédure.

#### **-A- Les causes de la désignation:**

-8- Le caractère exceptionnel de la mesure justifie les deux conditions posées par la jurisprudence, à savoir l'atteinte au fonctionnement normal des organes sociaux et le fait que l'intérêt social soit exposé à un péril imminent.

#### **-1- L'atteinte au fonctionnement normal de la société:**

-9- Il convient de dénoncer les différentes solutions susceptibles de se présenter. Plusieurs situations doivent être envisagées: l'absence ou

---

(17) Cass. com., 10 janv. 1972, J.C.P., éd. G., 1972, II, 17134, note Y. GUYON; R.T.D. com., 1972, p.644, obs. R. HOUIN; C.A. Lyon, 30 mars 1978, Rev. soc., 1979, p.320, note Ph. MERLE; T.C. Paris, Ord. réf., 14 févr. 1990, J.C.P., éd. G., 1990, II, 21561, note A. VIANDIER; R.T.D. com., 1990, n°6, p.585, obs. Cl. CHAMPAUD; C.A. Paris, 7 mars 1990, Rev. soc., 1990, p.256, note J.-J. DAIGRE; C.A. Paris, 7 juin 1990, Rev. soc., 1990, p.478, obs. Y. GUYON; Bull. Joly soc., 1990, §222, p.760, note P. LE CANNU; C.A. Paris, 27 oct. 1999, Bull. Joly soc. 2000, §65, p.336, note B. SAINTOURENS; C.A. Paris, 15 mars 2000, J.C.P., éd. E., 2000, p.1046, note A. VIANDIER.

(18) B. LECOURT, Encyclopédie Dalloz, Sociétés I, Administrateur provisoire, oct. 2010, n°10, p.4.

(19) Loi n°2005-845, 26 juill. 2005. – Adde: C. com., art. L.611-3 à L.611-15.

la défaillance des organes sociaux; la disparition de l'«affectio societatis» et les conflits sociaux; le droit de regard des associés.

**-a- L'absence ou la défaillance des organes sociaux:**

-10- Manifestement, il y a carence<sup>(20)</sup> justifiant la nomination d'un administrateur provisoire en cas d'absence des organes de représentation, ou lorsqu'à la suite de la révocation valablement intervenue du gérant, la société est privée d'organe de gestion. Lorsque le gérant est dans l'incapacité de rendre compte de sa gestion, de justifier de l'encaissement des loyers et de présenter tant des comptes approuvés que des procès-verbaux de l'assemblée générale, la gérance est défaillante<sup>(21)</sup>, le fonctionnement de la société anormal<sup>(22)</sup>, ce qui justifie la désignation d'un administrateur provisoire.

-11- La paralysie du conseil d'administration justifie, bien entendu, la désignation d'un administrateur provisoire<sup>(23)</sup>. Cette paralysie résulte le plus souvent de désaccords, rarement d'un nombre insuffisant d'administrateurs au sein du conseil. En effet, si des administrateurs peuvent suppléer la vacance d'un siège de telle sorte que le fonctionnement de la société n'est pas affecté, il n'y a pas lieu de désigner un administrateur provisoire<sup>(24)</sup>. Dès lors, un simple conflit entre administrateurs ne peut justifier la nomination d'un administrateur provisoire.

-12- La désignation de l'administrateur peut résulter du fait que la société est en proie à un blocage qui peut résulter d'une perte de

---

(20) Cass. com., 26 nov. 1985, n°84-13.206, Bull. civ., IV, n°279, p.236; C.A. Paris, 12 févr. 1991, Bull. Joly, 1991, p.410, note P. LE CANNU; C.A. Paris, 14 mai 1999, R.T.D. com., 1999, p.680, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

(21) C.A. Pau, 28 avr. 1994, Juris-Data, n°1994-042887; Dr. soc., 1995, comm. 3, obs. Th. BONNEAU; Cass. com., 10 déc. 1996, Bull. Joly, 1997, p.334, note P. SCHOLER; Dr. soc., 1997, n°43 et 80, obs. Y. CHAPUT; C.A. Nîmes, 7 juin 2005, Juris-Data, n°2005-284037.

(22) C.A. Paris, 22 nov. 1996, Dr. soc., 1997, comm. 47, obs. D. VIDAL; T. C. Paris, 30 avr. 2002, Gaz. Pal., 2003, p.27.

(23) T. com. Saint-Lô, 8 sept. 1989, R.T.D. com., 1989, n°7, p.683, obs. Y. REINHARD; C.A. Paris, 22 juill. 2005, Juris-Data, n°2005-280505.

(24) T.G.I. Carpentras, Ord. réf., 12 janv. 2000, R.T.D. com., 2001, p.155, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD; C. A. Paris, 20 mars 2002, Bull. Joly, 2002, p.795, obs. P. SCHOLER; Dr. soc., 2003, n°1, note F.-G. TREBULLE.

confiance entre l'équipe dirigeante et l'assemblée<sup>(25)</sup>. Le blocage peut également se produire dans l'hypothèse de deux blocs égaux paralysant tout processus décisionnel<sup>(26)</sup>.

-13- Selon le professeur «Vidal», l'objet social demeurant un élément important du champ contractuel de la société, sa violation pourrait justifier la nomination d'un administrateur provisoire<sup>(27)</sup>. Dans le même ordre d'idées, les dirigeants sociaux peuvent demander la désignation d'un administrateur provisoire dès lors que la société connaît des difficultés financières<sup>(28)</sup>. Il s'agit alors de gérer une crise sociale de nature financière, cela afin d'éviter que la société soit en état de cessation de paiements. La jurisprudence se montre, toutefois, assez stricte<sup>(29)</sup>. Le simple fait de connaître des difficultés financières ne suffit pas. Il faut, en fait, et cette condition demeure toujours essentielle, que l'intérêt social soit compromis par «des initiatives manifestement excessives». Un administrateur provisoire sera également désigné si l'assemblée se trouve dans l'impossibilité de prendre une décision<sup>(30)</sup>, ce qui résultera en particulier de l'absence de «quorum», de la répartition des actions entre deux groupes antagonistes, d'une contestation concernant la propriété d'une part importante des actions, ou de la présence d'actions indivises ou litigieuses.

---

(25) Cass. com., 17 oct. 1989, Bull. civ., IV, n°250; Rev. soc., 1989, p.30, note Y. CHARTIER.

(26) C.A. Versailles, 15 mars 1990, J.C.P., E., 1990, I, 20438; C.A. Paris, 6 juill. 1990, J.C.P., E., 1990, I, 20207; B.R.D.A., 1990, n°22, p.17; C.A. Paris, 15 sept. 1992, Dr. soc., 1993, n°98, obs. H. LE NABASQUE.

(27) C.A. d'Aix-en-Provence, 10 mai 1988, Gaz. Pal., 1989, n°1, p.3, note P. DE FONTBRESSIN; C.A. Toulouse, 13 sept. 1999, Dr. soc., 2000, n°44, p.16, obs. D. VIDAL; Cass. com., 25 janv. 2005, Juris-Data, n°2005-026796; Rev. soc., 2005, p.828, note B. LECOURT; R.J.D.A., 2005, n°1364.

(28) C.A. Paris, 22 mai 1965, J.C.P., 1965, II, 14274, concl. NEPVEU; D., 1968, jurispr., p.147, note R. CONTIN; R.T.D. com., 1965, p.631, note R. RODIERE; Rev. soc., 1965, p.288; C.A. Basse-Terre, 10 avr. 2000, Juris-Data, n°2000-121705; R.J.D.A., 2001, n°694; Cass. 3ème civ., 27 févr. 2001, Dr. et patrimoine, 2001, p.113, note D. PORACHIA. – V. R. CONTIN, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D., 1968, chron., p.45.

(29) T. com. Chambéry, 21 déc. 1992, Bull. Joly, 1993, p.879, note J.-P. ARRIGHI; Cass. com., 29 sept. 2009, Bull. Joly, 2009, §4, p.23, note G. GIL; R.J. com., 2010, p.180, note S. MESSAI-BAHRI; L.P.A., 13 janv. 2010, p.9, note H. MOUBSIT.

(30) Rapp., Cass. com., 9 juill. 1962, Bull. civ., III, n°348, rejetant le pourvoi formé contre une décision ayant nommé un administrateur provisoire dans une société familiale dans laquelle aucune assemblée ne pouvait être tenue avec sérénité. – C.A. Paris, 26 janv. 2010, Bull. Joly, 2010, p.542, note G. GIL.

**-b- La disparition de l' «affectio societatis» et les conflits entre associés:**

-14- La disparition de l' «affectio societatis»<sup>(31)</sup> entre les associés d'une société peut justifier la désignation d'un administrateur provisoire. Si cette disparition est définitive, il y aura lieu de prononcer la dissolution de la société<sup>(32)</sup>.

-15- Les minoritaires<sup>(33)</sup> demandent souvent la nomination d'un administrateur provisoire lorsqu'ils sont en désaccord avec la politique suivie par les dirigeants majoritaires. Ils pourraient certes invoquer l'abus de majorité, et cela semble plus logique, mais le droit de désigner un administrateur provisoire, dans cette hypothèse, est désormais consacré par les tribunaux. En effet, depuis la célèbre décision «Fruehauf»<sup>(34)</sup> de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1965, les juges reconnaissent la possibilité de désigner un administrateur provisoire, à la demande des minoritaires.

-16- Le simple dissentiment entre les associés ne peut donner lieu à la nomination d'un administrateur provisoire. Ce cas classique de conflit social doit se dénouer selon les règles du droit des sociétés, entre autres, par la loi de la majorité<sup>(35)</sup>. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence exige que cette mésentente grave fasse obstacle au fonctionnement normal de la société ou la mette en péril<sup>(36)</sup>. L'existence de relations personnelles conflictuelles entre certains associés n'est pas de nature à elle seule à démontrer que la gestion de la société met en péril son existence ou compromet son fonctionnement, et à justifier la nomination d'un administrateur provisoire.

---

(31) T. com. Paris, 25 nov. 1993, R.J. com., 1994, p.161, note X. VINCENT; C.A. Paris, 17 mars 1999, Bull. Joly, 1999, p.809, note P. S.

(32) Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, Bull. Joly, 2005, p.525, note J.-J. DAIGRE.

(33) C.A. Rouen, 25 sept. 1969, Rev. Soc., 1970, p.295; C.A. Douai, 18 janv. 1980, D., 1980, I.R., p.440; C.A. Aix-en-Provence, 8ème ch. B, 8 déc. 1995, Quilici c/Kadji, J.C.P., éd. E., 1996, pan., n°335; C.A. Versailles, 12ème ch., 2e sect., 1er oct. 1998, Mehio c/S.A.R.L. Trans Act, B.R.D.A., 1998, n°21, p.5.

(34) Grands arrêts du droit des affaires, 1995, Dalloz, n°44, p.487.

(35) C.A. Paris, 2 juin 2006, Juris-Data, n°2006-309193; Rev. soc., 2006, p.663, obs. I. URBAIN-PARLEANI; Cass. com., 6 févr. 2007, Juris-Data, n°2007-037244; Dr. soc., 2007, comm. 4, H. HOVASSE; R.J.D.A., 2007, n°732; J.C.P., G., 2007, IV, 1540; J.C.P., E., 2007, 1392.

(36) C.A. Aix-en-Provence, 23 nov. 2007, Dr. soc., juin 2008, comm. 117, obs. M.-L. COQUELET; C.A. Paris, 5 mai 2009, R.T.D. com., 2009, p.765, obs. B. DONDERO et P. LE CANNU; Cass. soc., 23 oct. 2012, n°11-24.609, R.J.D.A., 1/13, n°36.

-17- Les dirigeants d'une société peuvent également demander la désignation d'un administrateur provisoire en raison, uniquement, de la modification de l'actionnariat<sup>(37)</sup>. Certaines décisions ont même nommé un administrateur provisoire afin de faire obstacle à des cessions de parts ou d'actions contraires à l'intérêt social dans le but d'éviter que la société passe sous le contrôle d'un concurrent, ou encore, pour éviter qu'un dirigeant échappe à ses responsabilités en organisant son insolvabilité par la vente de ses droits d'associé à un tiers<sup>(38)</sup>.

### **-c- Le droit de regard des associés:**

-18- La désignation d'un administrateur provisoire, aux fins de mettre un terme à la carence des organes sociaux dans l'exécution de leur devoir et obligation d'information à l'égard des associés, peut paraître discutable<sup>(39)</sup>. En effet, une telle désignation implique une interprétation particulièrement large de la condition tenant à une impossibilité ou une paralysie du fonctionnement normal de la société, ainsi que de celle relative à l'existence d'un péril imminent pour la société<sup>(40)</sup>. On remarquera d'ailleurs que, dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 novembre 2007, la mission dévolue à l'administrateur provisoire était limitée au recueil d'informations sur la gestion et à la rédaction d'un rapport. Or, une telle mission ressort normalement de la compétence de l'expertise de gestion<sup>(41)</sup>. Par ailleurs, la dénomination «administrateur provisoire» ne convenait pas car les dirigeants n'étaient pas dessaisis de leurs pouvoirs.

### **-2- L'intérêt social exposé à un péril imminent:**

-19- Plus précisément la jurisprudence exige de façon constante soit un péril menaçant l'existence même de la société ou bien, ce qui est

---

(37) C.A. Paris, 10 juin 1986, J.C.P., 1986, II, 20678, note A. VIANDIER et B. TEYSSIE; Rev. soc., 1986, p.253, note B. SAINT-GIRONS.

(38) T. com. Toulouse, 24 mai 1972, D., 1973, p.196, note D. SCHMIDT; C.A. Paris, 27 févr. 1980, Rev. soc., 1981, p.109, note J.-Cl. BOUSQUET.

(39) C.A. Paris, 20 mars 2002, R.J.D.A., 7/02, n°767, 2e espèce; C.A. Versailles, 8 oct. 2008, n°08-5065, R.J.D.A., 3/09, n°223; Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.838, R.J.D.A., 10/10, n°959; Cass. com., 21 févr. 2012, n°11-18.608, R.J.D.A., 6/12, n°594.

(40) Cass. 3e civ., 21 nov. 2000, R.J.D.A., 3/01, n°321; Cass. com., 6 févr. 2007, n°05-19.008, R.J.D.A., 7/07, n°732; Cass. soc., 23 oct. 2012, n°11-24.609, R.J.D.A., 1/13, n°36.

(41) C.A. Aix-en-Provence, préc., obs. M.-L. COQUELET.

plus difficile à apprécier, un péril menaçant gravement l'intérêt social. Il reste à mesurer l'étendue du contrôle de la Cour de cassation.

**-a- Le péril menaçant la société dans son existence:**

-20- Certaines décisions précisent<sup>(42)</sup>, pour admettre ou, au contraire, pour refuser une mesure d'administration provisoire, que la «survie», «l'existence» ou la «pérennité» de la société était, ou n'était pas, en jeu.

-21- Dans certains cas la menace pesant sur la survie de la société peut résulter de la gravité des difficultés économiques qu'elle rencontre<sup>(43)</sup>. Le risque d'un dépôt de bilan est parfois relevé pour justifier la nomination d'un administrateur provisoire. Des décisions du même type ont été rendues quelques années plus tard. La Cour d'appel de Versailles<sup>(44)</sup>, par exemple, a relevé que des anomalies comptables, mises en lumière par un rapport d'alerte du commissaire aux comptes et par un rapport d'expertise, susceptibles d'avoir causé une perte de douze millions de francs, étaient de nature à compromettre l'existence de la société qui se pouvait se trouver vidée de sa substance. La Cour d'appel de Basse-Terre<sup>(45)</sup> a considéré que la persistance de la dégradation financière d'une société permettait de caractériser l'urgence et qu'il convenait de nommer un administrateur provisoire «la survie de l'entreprise étant en jeu». La Cour de cassation<sup>(46)</sup> elle-même a pu exceptionnellement admettre, en s'en remettant implicitement au pouvoir souverain des juges du fond, que la mesure conservatoire était justifiée dès lors que la société «connaissait d'incontestables difficultés financières et que l'associé minoritaire pouvait nourrir de légitimes inquiétudes quant à sa survie». Il convient cependant de ne pas exagérer la portée de ces décisions. Comme cela a déjà été précisé, la gravité de la situation économique de l'entreprise et le risque de dépôt de bilan ne suffisent pas à justifier la nomination d'un administrateur provisoire. La nomination d'un administrateur provisoire ne se justifie que si la dégradation de la situation économique est due aux fautes ou carences des organes sociaux qu'il convient alors de dessaisir provisoirement<sup>(47)</sup>.

---

(42) Cass. req., 12 janv. 1927, D.H., 1927, p.83.

(43) C.A. Paris, 15 mars 1968, J.C.P., 1969, II, 15814.

(44) C.A. Versailles, 1er oct. 1998, préc., n°21.

(45) C.A. Basse-Terre, 10 avr. 2000, préc., n°694.

(46) Cass. 3e civ., 15 nov. 1995, pourvoi n°93-13451, inédit.

(47) C.A. Amiens, 14 mars 1977, J.C.P., éd. G., 1978, II, n°18955.

-22- Lorsque la survie de la société paraît menacée à court terme, c'est qu'un risque de dissolution pèse sur elle<sup>(48)</sup>. C'est ainsi que lorsqu'une paralysie du fonctionnement de la société est invoquée, la nomination d'un administrateur provisoire est souvent une ultime tentative de sauvetage de l'entreprise avant sa dissolution judiciaire pour justes motifs. La paralysie de fonctionnement, due à la mésentente entre associés, est à la fois une cause de dissolution judiciaire<sup>(49)</sup> et un cas de nomination possible d'un administrateur provisoire. En principe, pour que l'administration provisoire soit préférée à la dissolution, il faut que la crise paraisse temporaire et susceptible d'être surmontée<sup>(50)</sup>.

**-b- Le péril menaçant les intérêts sociaux:**

-23- La conception du péril imminent que la jurisprudence retient suppose nécessairement qu'un risque de dommage – disparition de la société ou atteinte à son intérêt – soit caractérisé<sup>(51)</sup>. Certains arrêts relèvent le risque d'un préjudice «irréparable». Cette précision est destinée à mettre en lumière l'urgence de prendre une mesure conservatoire et l'utilité de cette mesure<sup>(52)</sup>.

-24- Les juges prennent souvent soin de préciser que l'administration provisoire n'est pas faite pour protéger l'intérêt des associés, mais le seul intérêt social<sup>(53)</sup>. Il est certain que ce n'est pas une mesure destinée à permettre aux minoritaires de défendre leurs intérêts, quelle que soit l'importance des intérêts en conflit. C'est «l'intérêt collectif de la société» qui doit être menacé, «distinct des intérêts personnels de

---

(48) Cass. com., 26 avr. 1982, Rev. soc., 1984, p.93, note J.-L. SIBON.

(49) C. civ., art.1844-7-5.

(50) Cass. 3ème civ., 8 juill. 1998, Juris-Data, n°1998-003367; J.C.P., E., 1999, n°1, p.29, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

(51) C.A. Paris, 5 nov. 1993, Bull. Joly, 1994, p.59, note M. GERMAIN; Cass. com., 15 févr. 1994, Bull. Joly, 1994, p.493, note P.L.C.; Cass. com., 26 nov. 1996, R.J.D.A., 1997, n°210; Cass. com., 10 févr. 1998, n°96-111.65. – V. aussi: D. SCHMIDT, De l'intérêt social, J.C.P., E., 1995, I, 488; A. COURET, L'intérêt social, Cah. dr. entr., oct. 1996, n°4, p.1; A. PLROVANO, La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?, D., 1997, chron. 189.

(52) G. BOLARD, Administration provisoire et mandat *ad hoc*: du fait au droit, préc., n°13, p.441 et s.

(53) C.A. Paris, 15 mars 1968, J.C.P., G., 1969, II, 15814, note N. BERNARD; Cass. com., 3 juill. 1984, Juris-Data, n°1984-701207; Bull. Joly, 1984, p.881; Bull. civ., 1984, IV, n°210; Rev. soc., 1985, p.628; note P. DIDIER; C.A. Paris, 5 mai 2004, R.T.D. com., 2004, p.755, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.



certains associés fussent-ils majoritaires». S'agissant d'un groupement non personnalisé, c'est l'intérêt commun de ses membres qui doit être pris en considération<sup>(54)</sup>.

**-c- L'étendue du contrôle de la Cour de cassation:**

-25- En principe l'urgence ou le péril imminent, tout comme l'existence d'un préjudice, relèvent de l'appréciation souveraine du juge du fond, d'où le nombre très important des décisions de rejet rendues en la matière par la Cour de cassation<sup>(55)</sup>. Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond paraît-il parfois un peu théorique. Il n'empêche pas la Cour de cassation d'exercer un contrôle assez strict, afin de s'assurer que les constatations des juges du fond permettent bien de caractériser le fonctionnement anormal et le dommage imminent et que le caractère exceptionnel de la mesure a bien été respecté. On est ici à la limite d'un contrôle de la qualification<sup>(56)</sup>. À l'inverse, cependant, même si l'hypothèse paraît rare, la Cour de cassation peut censurer une décision qui rejeterait une demande de nomination d'un administrateur provisoire en adoptant une conception exagérément restrictive des cas de recours<sup>(57)</sup>.

-26- Enfin, la seule mise en péril des intérêts sociaux ne saurait suffire. La jurisprudence récente va dans ce sens<sup>(58)</sup>. En effet, dans les dernières décisions, les juges exigent, en plus de la preuve de l'existence d'une mise en péril de l'intérêt social, celle du caractère anormal du fonctionnement de la société.

**-B- La qualité du demandeur:**

-27- Toute personne demandant la désignation d'un administrateur provisoire doit avoir un intérêt à agir et c'est la jurisprudence qui, au fil des décisions, a déterminé les personnes habilitées à le saisir.

---

(54) Rapp., Cass. 1re civ., 8 janv. 1991, Bull. civ., 1991, I, n°11, arrêt selon lequel la demande de nomination d'un administrateur provisoire d'une indivision doit être justifiée par l'intérêt commun des indivisaires.

(55) Cass. 1re civ., 1er janv. 2005, Aff. Cidunati, pourvoi n°01-13936, inédit.

(56) Y. GUYON, Droit des affaires, Tome I, 8e éd., Economica, 1994, n°449.

(57) Cass. 1re civ., 9 janv. 1996, Rev. soc., 1996, p.582, note Y. GUYON.

(58) Cass. com., 25 juin 2002, n°00-17.497, inédit; Cass. com., 7 janv. 2004, n°01-10.034, inédit; Cass. com., 9 juin 2004, n°02-19.858, inédit.

### **-1- L'intérêt pour agir:**

-28- L'intérêt de l'associé à demander la nomination d'un administrateur provisoire doit être apprécié «au jour de l'introduction de la demande et ne peut dépendre de circonstances postérieures qui le rendraient sans objet»<sup>(59)</sup>. Il convient ici d'être particulièrement vigilant, dans la mesure où l'accroissement du nombre des demandes pose le problème de l'immixtion des juges dans la vie des sociétés<sup>(60)</sup>.

-29- La jurisprudence exige que le demandeur ait un lien de droit avec la société<sup>(61)</sup>. Ont un intérêt à agir toutes les personnes qui possèdent un intérêt dans la société: directeur général, président du conseil d'administration ou gérant et membres du conseil d'administration. Seul le dirigeant en fonction peut agir. Ont également un intérêt dans la société et sont, par suite, recevables<sup>(62)</sup>, les porteurs de parts ou actionnaires, même si le requérant ne possède qu'un seul titre, à la condition que sa demande ne soit pas le résultat d'une entente dolosive et qu'il n'ait pas cédé son ou ses titres depuis l'introduction de l'instance. Peu importe que les associés soient minoritaires. Toutefois, un arrêt du 24 mai 1974 de la Cour d'appel de Paris exige que les titres soient libérés<sup>(63)</sup>.

-30- Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007 de la Cour d'appel de Paris<sup>(64)</sup>, la question s'est posée de savoir si une société mère avait qualité pour demander la désignation d'un administrateur provisoire dans une sous-filiale. Les juges ont considéré que la société mère n'était pas associée de la sous-filiale et qu'elle n'avait donc pas de lien de droit direct avec celle-ci. Cette décision est fondée sur l'indépendance juridique de chaque société du groupe; pourtant, on aurait pu aussi affirmer que toute personne, même non-associée, dès lors qu'elle se prévaut d'un intérêt

---

(59) Cass. 2e civ., 9 nov. 2006, n°05-13.484, Bull. civ., II, n°307.

(60) R. VATINET, Administrateur provisoire, Juris-Classeur, Sociétés III, Fasc. 43-10, 1er sept. 2007, n°32, p.13 et s.

(61) Cass. com., 16 févr. 1988, Bull. Joly, 1988, p.270, note P.L.C.

(62) C.A. Paris, 24 nov. 1884, S., 1885, p.184; Req., 16 déc. 1942, J.C.P., 1942, II, 1861, note D. BASTIAN; Cass. com., 15 juin 1973, Bull. civ., IV, n°205; C.A. Versailles, 1er oct. 1998, Juris-Data, n°213342.

(63) C.A. Paris, 24 mai 1974, Rev. soc., 1974, p.101, note J.-H.

(64) C.A. Paris, 1er juin 2007, Bull. Joly, 2007, p.1069, note F. MARTIN-LAPRADE; Rev. soc., 2008, p.96, note L. GODON.

légitime conformément à l'article 31 du Code de procédure civile, peut demander cette nomination<sup>(65)</sup>.

## **-2- La détermination de la qualité du demandeur:**

-31- Le comité d'entreprise ne peut demander la désignation d'un administrateur provisoire, sauf en se présentant comme un créancier, car il aurait été privé de toute subvention ou que ses droits légaux auraient été violés<sup>(66)</sup>. Si les salariés ont un intérêt légitime et s'ils établissent que les conditions de la désignation d'un administrateur sont réunies, leur demande devrait être recevable. Il en serait ainsi si leurs salaires n'étaient plus payés en raison de la paralysie de la société et de l'intérêt social exposé à un péril imminent<sup>(67)</sup>. Le syndicat, en revanche, ne peut demander la désignation d'un administrateur provisoire dans une entreprise employeur dans laquelle il ne détient pas de créance; en effet, l'intérêt collectif de la profession qu'il a vocation à défendre n'est pas ici en cause<sup>(68)</sup>.

-32- D'une manière générale, la recevabilité de la demande d'un créancier n'est admise que de manière très exceptionnelle. Mais lorsque les conditions requises pour la désignation d'un administrateur provisoire sont réunies, il n'y a pas non plus d'obstacle à ce que les créanciers interviennent, notamment lorsque la société n'a plus d'organes sociaux ou que ceux-ci sont paralysés<sup>(69)</sup>. Il convient cependant d'insister sur le fait que les créanciers ne peuvent se faire juges des intérêts de la société: telle est d'ailleurs la position de la chambre commerciale de la Cour de la cassation dans l'arrêt du 14 février 1989<sup>(70)</sup>. Leur intervention doit alors être encadrée par des conditions très strictes. Il faut que l'opération entraîne des obligations

---

(65) Cass. com., 5 févr. 1985, Bull. civ., IV, n°44; J.C.P., 1985, n°20492, note A. VIANDIER. – En ce sens, L. GODON, note préc., 2008.

(66) St. BEAL et M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, Action en justice du comité d'entreprise, J.C.P., E., 2006, II, 2636. – V. aussi, R. VATINET, Le droit d'action du comité d'entreprise devant les juridictions administratives, J.C.P., S., 2006, 1490.

(67) Cass. 2e civ., 6 avr. 1987, Bull. civ., 1987, II, n°85; Rev. soc., 1988, p.103, obs. Y. GUYON.

(68) T. com. Paris, 5 mars 1986, Rev. soc., 1986, p.253, note B. SAINT-GIRONS.

(69) I. BON-GARCIN, Les créanciers face aux crises politiques des sociétés, Rev. soc., 1994, p.649.

(70) Cass. com., 14 févr. 1989, Bull. Joly, 1989, p.323, note Y. STREIFF; Rev. soc., 1989, p.633, note D. RANDOUX.

à la charge de la société, susceptibles d'être aggravées et de mettre ses intérêts en péril et ce, au-delà du seul intérêt personnel du créancier à préserver ses droits.

-33- Les personnes qui sont absolument étrangères à la société n'ont en principe aucune qualité pour intervenir dans le fonctionnement de celle-ci et sont irrecevables à solliciter la désignation d'un administrateur provisoire<sup>(71)</sup>. Il en est autrement lorsque le président-directeur général et principal actionnaire de la société a été placé sous sauvegarde de justice; ainsi, la demande en désignation d'un administrateur provisoire d'une société, dont le président-directeur général, majeur protégé, possède la plus grande partie des titres, constitue un acte conservatoire au sens de la loi, et l'épouse et la sœur de cet actionnaire ont qualité pour agir comme le protégé aurait pu le faire lui-même, dans la mesure où les intérêts sociaux sont compromis<sup>(72)</sup>.

-34- Un époux a-t-il qualité pour demander la nomination d'un administrateur provisoire lorsque le capital social de la société appartient pour partie à la communauté ? Aux termes de l'article 1421, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, «chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre». Par conséquent, en sa qualité d'administrateur de la communauté, tout époux a le droit d'intervenir seul dans une action en justice tendant à la désignation d'un administrateur provisoire en vue de la gestion d'une société dont le capital social appartient pour partie à la communauté<sup>(73)</sup>. Bien entendu, la seule existence d'un conflit entre les époux n'est pas suffisante pour justifier la mesure sollicitée, dès lors que la société est pourvue d'organes réguliers fonctionnant normalement.

-35- On peut aisément admettre la recevabilité de l'action des commissaires aux comptes<sup>(74)</sup>. En effet, le commissaire aux comptes a

---

(71) Cass. com., 16 févr. 1988, Bull. Joly, 1988, p.270, note P. LE CANNU.

(72) C.A. Lyon, 1<sup>er</sup> avr. 1971, D., 1971, somm. 169.

(73) C.A. Paris, 14<sup>e</sup> ch., B., 24 févr. 1989, Bull. Joly, 1989, p.414.

(74) Ph. MERLE, Droit commercial. Sociétés commerciales, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, spéc., n°513. – V. C. com., art. L.823-12, al.2.

vocation, dans le cadre du contrôle censorial, à relever la carence de l'organe social, voire la mise en péril des intérêts sociaux.

-36- L'autorité qui a reçu pouvoir de donner ou de retirer son agrément et de contrôler certaines sociétés, est également recevable à demander la nomination d'un administrateur provisoire dans ces sociétés<sup>(75)</sup>. La nomination d'un administrateur provisoire est dès lors un élément de dispositif du contrôle administratif. Ainsi, selon l'article L.612-34 du Code monétaire et financier, l'autorité de contrôle prudentiel peut désigner un administrateur provisoire auprès d'une personne morale qu'elle contrôle, auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale<sup>(76)</sup>.

-37- Le ministère public ne peut demander la désignation d'un administrateur provisoire dans la mesure où une autorité publique ne doit pas s'intéresser aux affaires privées. Une seule exception, qui devrait être rare, est concevable: celle où l'absence d'organes privés menacerait l'ordre public<sup>(77)</sup>. Seraient surtout visées les sociétés cotées. On rappellera, en outre, que les seuls cas où le ministère public est habilité à agir, en droit des sociétés, sont visés par un texte. Ainsi, l'article L.225-231 du Code de commerce autorise expressément le ministère public à demander la désignation d'un expert de gestion.

### **-C- La procédure de nomination:**

-38- L'étude de la procédure en matière de nomination d'un administrateur provisoire soulève des questions en matière de compétence juridictionnelle. En outre, il convient de préciser les phases de la procédure.

#### **-1- La compétence juridictionnelle:**

-39- Dans un premier temps, nous élaborons le choix de la procédure suivi de la compétence matérielle et territoriale.

---

(75) R. VATINET, Administrateur provisoire, J.-CL., préc., n°48, p.18.

(76) Code monétaire et financier, 4e éd., Dalloz, 2014, p.1445. – V. aussi: Ord. n°2010-76 du 21 janv. 2010.

(77) B. LECOURT, Administrateur provisoire, Rép. sociétés, préc., n°75.

**-a- Le choix de la procédure:**

-40- C'est le président du tribunal de commerce qui est compétent pour désigner l'administrateur provisoire, même si la société a une activité civile<sup>(78)</sup>. Toutefois, en présence d'une SELARL, la demande doit être portée devant le président du tribunal de grande instance. Le plus souvent, la demande de désignation d'un administrateur provisoire s'opère par la voie d'une assignation en référé<sup>(79)</sup>. Le caractère contradictoire de la procédure doit être respecté, en raison de l'existence d'une contestation. La demande de désignation peut également être faite sur requête. Il s'agit d'une procédure gracieuse, qui n'est pas soumise au respect du contradictoire<sup>(80)</sup>. Il n'y a pas non plus lieu à assignation, faute d'opposant à la mesure de désignation. En pratique, cette procédure est utilisée lorsqu'il n'y a plus de gérant ou lorsque le gérant accepte de se laisser remplacer par un administrateur provisoire, un tel remplacement ne donnant lieu à aucune contestation. Il peut ainsi arriver que le gérant donne sa démission et présente lui-même une requête afin que la société soit représentée par un administrateur judiciaire désigné en qualité d'administrateur provisoire<sup>(81)</sup>.

**-b- La compétence matérielle et territoriale:**

-41- Les règles de compétence matérielle sont celles du droit commun de la procédure civile. Le choix entre la juridiction de droit commun ou la juridiction commerciale obéit aux règles habituelles et la demande pourra être présentée devant le tribunal de grande instance s'agissant d'une association, d'une société civile ou de toute autre entreprise ou groupement ayant une activité civile, alors que la juridiction consulaire sera compétente pour les sociétés commerciales par la forme et les autres groupements ayant une activité commerciale<sup>(82)</sup>.

---

(78) Code des sociétés et des marchés financiers, 25e éd., Dalloz, 2009, p.1265 et s. – V. aussi: Cass. com., 16 nov. 2004, n°01-03.304, Rev. soc., 2005, p.389, note J.-P. SORTAIS.

(79) P. GRANDJEAN, L'évolution du référé commercial, R.J. com., 1993, p.177; J. CAVALLINI, Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis*, Rev. soc., 1998, p.247. – V. en ce sens: L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 4ème éd., Litec, 2004, n°815; Le mémento de la S.A., régime juridique, fiscal et social, Groupe revue fiduciaire, 2005, n°645, p.279.

(80) C. pr. civ., art.493. – Cass. 2e civ., 13 mai 1987, Bull. civ., II, n°112.

(81) Rapp., Cass. com., 26 janv. 1999, Bull. civ., 1999, IV, n°28; R.T.D. civ., 1999, p.463, obs. R. PERROT.

(82) Cass. com., 16 nov. 2004, Rev. soc., op.cit., note J.-P. SORTAIS.

-42- En ce qui concerne la compétence territoriale, il s'agit bien entendu de celle du lieu du siège social. Mais en vertu de la jurisprudence dite des «gares principales», la société peut être assignée en référé devant le tribunal dans le ressort duquel une de ses succursales est installée<sup>(83)</sup>. Lorsqu'on est en présence d'un groupement non personnalisé, c'est le domicile du défendeur, ou de l'un des défendeurs assignés, qu'il faudra prendre en compte, selon le droit commun.

## **-2- Les phases de la procédure:**

-43- D'un côté, on vise dans cet intitulé les parties à l'instance et le choix de la personne désignée et de l'autre la publicité de la nomination et les voies de recours.

### **-a- Les parties à l'instance et le choix de la personne désignée:**

-44- Sauf dans la procédure sur requête, qui déroge à la règle du contradictoire et où il n'y a pas de défendeur, la demande de désignation d'un administrateur provisoire suppose que la personne morale soit mise en cause<sup>(84)</sup>. La décision de prorogation de la mission d'un administrateur provisoire suppose, de la même manière, que la société ait été mise en cause. Comme la demande initiale, la prorogation ne peut être décidée par voie de requête adressée par l'administrateur provisoire qu'à la condition que les juges aient recherché si la mesure sollicitée exigeait bien une dérogation au principe du contradictoire<sup>(85)</sup>.

-45- Il n'existe pas de statut de l'administrateur provisoire. Celui-ci est le plus souvent choisi sur la liste des administrateurs judiciaires prévue à l'article L.811-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce. L'administrateur judiciaire est soumis à des conditions d'incompatibilité. En particulier, cette qualité est incompatible avec l'exercice de toute autre profession, à l'exception de celle d'avocat<sup>(86)</sup>. En revanche, un commissaire aux comptes ne peut être valablement

---

(83) C.A. Paris, 16 févr. 1994, Bull. Joly, 1994, p.503, note J.-J. DAIGRE.

(84) Cass. com., 3 nov. 2004, Rev. soc., 2005, p.418, note J.-F. BARBIERI; R.J.D.A., 2005, n°811.

(85) Cass. com., 10 déc. 1996, Juris-Data, n°1996-004912; Rev. soc., 1997, p.343, note Y. GUYON.

(86) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 1989, Juris-Data, n°1989-703532; J.C.P., G., 1989, IV, p.412; Bull. civ., 1989, I, n°332.

désigné comme administrateur provisoire<sup>(87)</sup>. Un administrateur provisoire ne saurait, par ailleurs, être dirigeant d'une société, quelle qu'elle soit<sup>(88)</sup>. Toutefois, conformément, à l'article L.811-2, alinéa 2, du Code de commerce le juge peut désigner comme administrateur provisoire une personne non inscrite sur la liste des administrateurs judiciaires, si celle-ci dispose d'une compétence et d'une expérience particulière pour gérer l'entreprise en cause. Tel est par exemple le cas d'un ancien dirigeant de la société qui a accompli bénévolement ces fonctions et qui accepte de le faire à nouveau dans ces conditions, alors que la société n'a pas de fonds propres<sup>(89)</sup>. Il a également été jugé que le directeur commercial d'une société a pu être désigné comme administrateur provisoire de celle-ci<sup>(90)</sup>.

#### **-b- La publicité de la nomination et les voies de recours:**

-46- Afin que les tiers en aient connaissance, et qu'ils aient connaissance, par là même, du dessaisissement des organes sociaux, la désignation d'un administrateur provisoire doit faire l'objet d'une publication au registre du commerce et des sociétés, dans un journal d'annonces légales, ainsi qu'au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales<sup>(91)</sup>. Cette désignation ne sera opposable aux tiers et l'administrateur provisoire ne pourra engager la société qu'après l'accomplissement de ces formalités de publicité. Pour les groupements non personnalisés, il convient sans doute de définir les obligations éventuelles de publicité par référence aux règles normalement applicables à la gestion du groupement particulier dont il s'agit et, partant, à la modification même temporaire, de sa gestion.

-47- Des voies de recours sont ouvertes contre la décision de désignation ou de refus de désignation de l'administrateur provisoire. L'ordonnance de référé<sup>(92)</sup> ou de requête<sup>(93)</sup> peut être modifiée ou rétractée; ainsi le juge pourra-t-il modifier la mission de

---

(87) Bull. C.N.C.C., 1993, n°90, p.279.

(88) C. com., art. L.811-10.

(89) C.A. Bordeaux, 1re ch., 5 juill. 2001, R.T.D. com., 2001, p.919.

(90) Cass. soc., 13 nov. 1986, Bull. civ., 1986, V, n°523.

(91) Rép. min., n°8881, J.O., Sénat Q, 3 déc. 1969, p.1169.

(92) C. pr. civ., art.488, al.2 et 490.

(93) C. pr. civ., art.496, al.1er et 497.



l'administrateur<sup>(94)</sup>. L'ordonnance peut également être contestée par la voie de l'appel,<sup>(95)</sup> voire de l'opposition. Le gérant a le pouvoir d'exercer les voies de recours ouvertes à l'encontre de la décision de désignation<sup>(96)</sup>.

## • **Paragraphe II: Les fonctions de l'administrateur provisoire:**

-48- Les fonctions de l'administrateur provisoire soulèvent un certain nombre de questions intéressantes telles que les pouvoirs et la dualité des pouvoirs; l'exercice de la mission et les responsabilités; la durée et la rémunération.

### **-A- Les pouvoirs et la dualité des pouvoirs de l'administrateur provisoire:**

-49- L'administrateur provisoire doit accepter sa mission, comme tout mandataire de justice. Il prend matériellement possession de ses fonctions en se rendant au siège social de la société afin d'avoir accès au maximum d'informations. Cette visite fait souvent l'objet d'un procès-verbal. Deux points méritent une analyse: les pouvoirs de l'administrateur et la dualité des pouvoirs de l'administrateur.

#### **-1- Les pouvoirs de l'administrateur provisoire:**

-50- L'administrateur provisoire est désigné pour résoudre la crise affectant la société. En général, sa mission est déterminée, au moins dans ses grands traits, par l'ordonnance de nomination. Elle peut varier, allant de la simple mission de convoquer l'assemblée générale<sup>(97)</sup> et de veiller à la régularité de sa tenue à celle de gérer ou administrer provisoirement la société<sup>(98)</sup>. Parfois, un simple contrôle de gestion est ordonné ou même une mesure d'information<sup>(99)</sup>.

---

(94) Cass. 1re civ., 4 mai 1994, Bull. civ., I, n°161.

(95) B. LECOURT, Encyclopédie Dalloz, préc., n°92, p.20.

(96) Cass. com., 7 janv. 2004, préc., R.J.D.A., 2004, n°559.

(97) T. com. Nantes, 20 nov. 1972, Gaz. Pal., II, jur., 1973, p.780.

(98) Cass. 3ème civ., 3 mai 2007, Juris-Data, n°2007-038657; Dr. soc., 2007, comm. 127, H. LECUYER; J.C.P., G., 2007, IV, 2142; D., 2007, p.1435; Bull. Joly, 2007, §290, p.1057, note B. SAINTOURENS.

(99) Cass. 2ème civ., 27 mai 1974, n°73-13.275, Gaz. Pal., II, jur., 1974, p.790; Cass. com., 7 juin 1988, n°86-18.955, L. P. A., 27 juin 1988, p.14.

-51- La nomination de l'administrateur provisoire entraîne corrélativement le dessaisissement des organes sociaux jusque-là en place, et dont l'administrateur recueille, par autorité judiciaire, les pouvoirs légaux<sup>(100)</sup>. En conséquence, ces organes sociaux n'ont plus qualité pour engager la société et, par exemple, pour conduire un procès en son nom ou encore exercer des voies de recours<sup>(101)</sup>.

-52- Toutefois, il a été décidé que le cautionnement consenti par une banque à une SARL représentée par son gérant était valable même si, à l'époque du contrat, un administrateur provisoire avait été nommé avec mission de gérer la société, dès lors que les juges du fond ont relevé que «N...était encore le gérant de la société lorsqu'il a demandé la garantie de la banque, et que la garantie accordée portait sur les actes engageant la société quelle que soit la personne qui contractait au nom de celle-ci»<sup>(102)</sup>. En outre, la nomination en première instance d'un administrateur provisoire n'a pas pour effet, en l'absence de dispositions particulières, d'empêcher les organes légaux d'interjeter appel de cette décision sans l'assistance de cet administrateur, ni de les priver de leur droit de percevoir leur rémunération prévue par les statuts<sup>(103)</sup>.

-53- Les dirigeants perdent le pouvoir de gérer la société pendant la durée des fonctions de l'administrateur provisoire, qui peut d'ailleurs avoir recours à leurs services, mais qui engage personnellement sa responsabilité pour les actes accomplis par les dirigeants dessaisis. Dans les SA, les conseils d'administration n'ont pas à se tenir<sup>(104)</sup>. Cependant, ce dessaisissement des dirigeants ne saurait équivaloir à une révocation. La Cour de cassation l'a expressément dit, en indiquant que «la nomination d'un administrateur provisoire n'entraînait pas la révocation du gérant et pouvait en conséquence être prise sans qu'il y ait lieu de suivre la procédure prévue pour cette révocation»<sup>(105)</sup>. Dès

---

(100) Cass. com., 6 mai 1986, n°84-14.430, Bull. civ., IV, n°77, p.67.

(101) Cass. com., 13 janv. 1975, n°73-13.095, D., 1975, I.R., p.61; C.A. Colmar, 26 févr. 1974, J.C.P., éd. G., 1975, IV, p.37.

(102) Cass. com., 2 févr. 1988, n°86-15.935, Bull. Joly, 1988, p.280.

(103) Cass. com., 21 avr. 1992, n°90-19.860, Bull. civ., IV, n°175, p.122; Bull. Joly, 1992, p.661, note P. LE CANNU; Dr. soc., 1992, n°167, obs. H. LE NABASQUE.

(104) Bull. C.N.C.C., 1985, n°60, p.507. – V. en ce sens: C.A. Paris, 1re ch., A, 17 nov. 1986, Dr. soc., 1986, n°337.

(105) Cass. 1re civ., 9 juill. 1974, n°73-12.282, Bull. civ., I, n°222, p.191.

lors, le dirigeant conserve sa qualité, et la chambre sociale en a justement déduit que cette nomination ne fait pas obstacle à l'assujettissement du gérant à un régime de retraite, quelle que soit son activité réelle pendant la durée de la mission de l'administrateur<sup>(106)</sup>.

-54- Lorsque la désignation d'un commissaire aux comptes suppléant doit être effectuée, l'administrateur provisoire doit pourvoir à cette désignation puisque les représentants légaux de la société se trouvent dessaisis<sup>(107)</sup>. En cas d'indivision successorale comportant des parts sociales, l'administration provisoire doit consister à prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt même de l'indivision<sup>(108)</sup>. Il entre bien dans la mission de l'administrateur provisoire d'une SARL de convoquer les associés en AGE afin d'adopter les mesures destinées à redresser la société ou, à défaut, de prononcer la dissolution anticipée de celle-ci en raison de la perte de la moitié du capital social<sup>(109)</sup>.

-55- En cas d'opposition d'intérêts existant entre le gérant et certains associés, la mission de l'administrateur provisoire peut être limitée à toutes dispositions utiles pour la conduite du procès dont la société est l'objet. Ainsi, cet administrateur pourra, notamment, constituer avoué et prendre toutes conclusions nécessaires, sans disposer pour autant du pouvoir de conclure une transaction<sup>(110)</sup>. D'après le Conseil d'Etat, l'administrateur provisoire commis pour gérer la société, a, de par ses fonctions, qualité pour représenter en justice sans mandat la société, même si le P-DG n'a pas été dessaisi de ses fonctions<sup>(111)</sup>. Si un administrateur provisoire a été désigné pour gérer une société, un associé ne peut demander seul au nom de celle-ci le remboursement d'un crédit de TVA. Pour être recevable, sa réclamation doit avoir été ratifiée par l'administrateur provisoire<sup>(112)</sup>. Un administrateur judiciaire chargé de représenter une indivision successorale dans une société, à la suite du décès d'un associé, peut valablement exercer au nom de

---

(106) Cass. crim., 19 juin 1997, Juris-Data, n°1997-004705; Bull. crim., 1997, n°250.

(107) Bull. C.N.C.C., op.cit., 1985.

(108) Cass. com., 5 janv. 1976, n°74-14.630, Gaz. Pal., 1976, I, pan., p.95.

(109) C.A. Paris, 23e ch., B, 3 déc. 1993, Serfati c/Chriqui ès qual., B.R.D.A., 1994, n°3, p.5; Bull. Joly, 1994, p.299, B. SAINTOURENS; Dr. soc., 1994, n°58; R.J.D.A., 1994, n°295, p.246.

(110) Cass. com., 12 avr. 1956, Bull. civ., III, p.105.

(111) C.E., 24 juill. 1981, n°17.904, B.O.D.G.I., 130-5-82.

(112) C.E., 10 nov. 1980, n°18.426, Dr. fisc., 1981, n°714.

l'indivision une action en justice contre la société, en l'espèce une action en abus de majorité<sup>(113)</sup>.

## **-2- La dualité des pouvoirs de l'administrateur provisoire:**

-56- A propos de certains actes, il est permis de se demander si l'on reste toujours dans le cadre d'une administration par nature provisoire, c'est-à-dire ayant vocation à s'effacer une fois la crise résolue, ou si l'on n'est pas plutôt dans celui d'actes engageant exagérément l'avenir de la personne morale, et donc excédant la compétence de l'administrateur. La jurisprudence fournit quelques solutions.

-57- L'administrateur a le pouvoir d'accomplir les actes conservatoires, qui préservent l'intégrité du patrimoine social, et les actes d'administration courante<sup>(114)</sup>. S'il ne peut mettre fin à une exploitation bénéficiaire, il peut, en revanche, mettre fin à un marché conclu par la société et qui lui est défavorable, contracter un emprunt pour assurer l'achèvement de travaux en cours, régulariser les compromis de vente précédemment signés<sup>(115)</sup>. D'après la Cour de cassation, l'administrateur provisoire d'une société peut avoir pour mission, non seulement d'assurer le fonctionnement de celle-ci, mais encore de réaliser un élément de son actif social lorsqu'il s'agit d'une société civile, constituée en vue de la vente d'immeubles ou de fractions d'immeubles, dont le fonctionnement suppose la cession au fur et à mesure de leur achèvement<sup>(116)</sup>. Cette solution nous paraît transposable à une société commerciale poursuivant le même objet. Dans le cadre d'une société en nom collectif, il a été décidé qu'un administrateur provisoire pouvait demander en référé que l'accès de l'établissement soit interdit à un associé, dont les immixtions malencontreuses se révélaient préjudiciables à la société<sup>(117)</sup>. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé qu'un administrateur provisoire avait pu mettre en location-gérance le fonds de commerce de la société, dès lors qu'il est établi que cette solution, loin d'aggraver le passif, avait au contraire

---

(113) C.A. Rouen, 23 janv. 1986, B.R.D.A., 1986, n°20, p.15.

(114) C.A. Aix-en-Provence, 14 nov. 1957, J.C.P., éd. G., 1957, II, n°10304, note J.R.; Cass. com., 15 janv. 1964, n°62-13.111, Bull. civ., III, n°29, p.24.

(115) Cass. com., 18 avr. 1961, n°2.093, Bull. civ., III, n°168, p.149; Cass. com., 15 janv. 1964, op.cit., p.24; Cass. com., 22 juin 1970, n°68-11.936, Bull. civ., IV, n°214, p.186.

(116) Cass. 3ème civ., 11 mai 1982, n°80-17.295.

(117) Cass. com., 23 juill. 1968, n°67-12.646, Bull. Joly, 1969, p.46.

permis à la société de faire face à ses échéances. Cependant, l'administrateur aurait été mieux inspiré, devant la gravité de l'acte de location-gérance, de demander au préalable une autorisation aux associés ou, à défaut, au tribunal<sup>(118)</sup>. De façon générale, d'ailleurs, dès lors que l'administrateur a des doutes sur l'étendue de ses pouvoirs, il est souhaitable qu'il s'en remette au tribunal pour lui demander des précisions, et se mettre à l'abri de toutes contestations ultérieures.

-58- Certains actes, en effet, échappent à sa compétence et, notamment, les actes de disposition particulièrement graves<sup>(119)</sup>. En outre, l'administrateur provisoire d'une SA ne peut être autorisé en référé à acquérir le droit à un bail commercial, s'il ne démontre pas l'urgence d'une telle opération<sup>(120)</sup>. L'administrateur provisoire dont la mission a été limitée à la gestion tant active que passive d'une société anonyme et à la convocation aussi rapide que possible d'une assemblée générale pour procéder à la nomination des administrateurs, n'a pas l'obligation d'agréer ou de refuser de son propre chef le cessionnaire présenté par l'actionnaire cédant ses actions, ni, en cas de refus d'agrément, de choisir à la place du conseil d'administration l'acquéreur devant être substitué au cessionnaire écarté<sup>(121)</sup>. N'étant pas un tiers au sens de l'article L.621-57 du Code de commerce, l'administrateur provisoire d'une société ne saurait, lorsque celle-ci est mise en redressement judiciaire, présenter une offre de reprise<sup>(122)</sup>.

-59- On précisera, si l'administrateur outrepassé les missions qui lui sont imparties, toutes les résolutions qu'il aura prises seront annulées<sup>(123)</sup>. On pourrait cependant faire appel à la théorie du mandat apparent dès lors que la croyance du tiers dans les pouvoirs de l'administrateur était légitime<sup>(124)</sup>.

---

(118) C.A. Aix-en-Provence, 2 juill. 1982, R.J. com., 1983, p.369, note Ph. DELEBECQUE.

(119) C. civ., 114e éd., Dalloz, 2015, art.1988, p.2493. – Cass. com., 5 nov. 1971, Bull. civ., 1971, IV, n°261; Cass. 3ème civ., 11 mai 1982, R.T.D. com., 1982, p.566, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

(120) Cass. com., 30 janv. 1980, n°78-13.334, Bull. civ., IV, n°51, p.39.

(121) Cass. com., 27 oct. 1969, n°67-11.996, Bull. Joly, 1970, p.22.

(122) Cass. com., 13 nov. 2002, D., 2003, p.269, note F. DERRIDA, rejetant le pourvoi formé contre C.A. Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, D., 1999, jur., p.78.

(123) C.A. Aix-en-Provence, 12 juin 1997, Juris-Data, n°045405. – V. aussi: Lamy sociétés commerciales, 1997, n°707.

(124) J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, Lamy sociétés commerciales, 2010, n°785.

## **-B- L'exercice de la mission et les responsabilités de l'administrateur provisoire:**

-60- L'administrateur provisoire est normalement tenu d'accomplir personnellement sa mission. Cependant, il peut bénéficier d'une assistance ou accorder des délégations spéciales. Il est tenu de respecter les obligations d'un administrateur judiciaire et de tout mandataire. L'administrateur provisoire pourrait être responsable d'un point de vue tant civil que pénal. La responsabilité professionnelle des administrateurs judiciaires doit être couverte par une assurance souscrite par l'intermédiaire de la caisse de garantie de la profession.

### **-1- L'exercice de la mission:**

-61- Il est admis que l'administrateur provisoire puisse se faire assister. Pour certaines activités professionnelles spécialement réglementées, la présence auprès de l'administrateur provisoire d'un technicien appartenant à la profession peut être obligatoire. Il a été jugé<sup>(125)</sup> que lorsque l'ordonnance nommant l'administrateur provisoire l'a autorisé à se faire assister de toute personne compétente de son choix, la désignation par l'administrateur d'un associé pour assurer l'exploitation du fonds n'est pas subordonnée à l'accord préalable des associés. Il semble que l'administrateur provisoire puisse décider lui-même de faire appel à un assistant, étant entendu que le collaborateur ne saurait alors demander le paiement de ses honoraires à la société. Comme cela a été jugé, un tel recrutement oblige personnellement l'administrateur envers le collaborateur<sup>(126)</sup>. La société peut en revanche être tenue au paiement des honoraires d'un technicien chargé de réaliser un audit, dès lors que l'administrateur provisoire l'avait chargé de cette mission dans le cadre de ses fonctions, au nom de la société qui se trouvait ainsi engagée<sup>(127)</sup>.

-62- Que les administrateurs provisoires aient été choisis sur la liste prévue à cet effet ou, exceptionnellement, hors de cette liste au vu d'une expérience ou d'une qualification particulière, les dispositions légales leur sont en toute hypothèse applicables, qui précisent que «les tâches

---

(125) Cass. com., 5 juin 1973, Bull. civ., préc., n°201; D., 1973, somm. p.133.

(126) Cass. 3ème civ., 24 févr. 1988, Bull. civ., 1988, III, n°39; J.C.P., G., 1988, IV, p.163.

(127) Cass. com., 11 janv. 2005, pourvoi n°02-12176, Soc. Carrières de Flines, inédit.

que comporte l'exécution de leur mandat leur incombent personnellement. Ils peuvent toutefois, lorsque le bon déroulement de la procédure le requiert et sur autorisation motivée du président du tribunal, confier sous leur responsabilité à des tiers une partie de ces tâches»<sup>(128)</sup>. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'administrateur provisoire d'une indivision pouvait, sous sa responsabilité, se substituer un tiers dans l'exécution du mandat reçu et qu'il ne pouvait lui être fait grief de n'avoir pas personnellement géré les comptes de l'indivision dès lors qu'il avait régulièrement contrôlé ces comptes sans qu'on puisse lui imputer une quelconque négligence dans ce contrôle<sup>(129)</sup>. Cependant, une délégation, par l'administrateur provisoire, de l'intégrité de ses pouvoirs de gestion serait nulle, comme serait nulle la délégation consentie à un ancien syndic dont le mandat avait cessé de plein droit à compter de la nomination de l'administrateur provisoire, hypothèse à laquelle il faut sans doute assimiler celle du mandat qui serait donné à un dirigeant dessaisi<sup>(130)</sup>. La délégation de pouvoirs, qui peut être consentie à un salarié, peut avoir un effet exonératoire de responsabilité pénale, au même titre que toute délégation de pouvoirs consentie par un chef d'entreprise<sup>(131)</sup>.

-63- Comme administrateur judiciaire, l'administrateur provisoire est soumis au régime disciplinaire de sa profession<sup>(132)</sup>. La décision qui le nomme peut parfois le charger d'en rendre compte et de remettre un rapport à l'issue de sa mission. Comme tout mandataire chargé de l'administration des biens d'autrui, il est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence et pourrait engager sa responsabilité en cas de faute de gestion<sup>(133)</sup>. L'administrateur provisoire n'est pas tenu au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal<sup>(134)</sup>.

-64- L'administrateur provisoire n'a pas d'obligations particulières de rendre des comptes aux associés. Ces derniers peuvent parfois

---

(128) C. com., art. L.811-1, al.1; C. com., art. L.811-2.

(129) Cass. 1re civ., 28 mars 2006, pourvoi n°03-18901, inédit.

(130) Cass. com., 11 juin 1965, Bull. civ., 1965, IV, n°361; Cass. 3e civ., 22 juin 2005, Juris-Data, n°2005-029065.

(131) Cass. crim., 7 avr. 1999, Dr. pén., 1999, comm. 131, note J.-H. ROBERT.

(132) C. com., art. L.811-11 et s.

(133) Cass. com., 26 janv. 1981, Rev. soc., 1981, p.606, note J.-L. SIBON.

(134) Ancien art.378. – Cass. crim., 9 oct. 1978, Bull. crim., 1978, n°263; D., 1978, jurispr., p.185, note C. CHAMBON; Rev. sc. crim., 1979, p.560, note G. LEVASSEUR.

engager sa responsabilité personnelle et saisir le juge qui l'a nommé d'une contestation relative à la mission de l'administrateur provisoire, ou demander son remplacement. La Cour de cassation<sup>(135)</sup> a paru admettre que les associés minoritaires puissent solliciter une expertise judiciaire portant sur une ou plusieurs opérations de gestion décidée par l'administrateur provisoire substitué à l'organe de gestion.

## **-2- Les responsabilités de l'administrateur provisoire:**

-65- Les administrateurs provisoires tiennent leur pouvoir de la loi et sont désignés par une décision de justice, mais leur responsabilité peut être engagée selon le droit commun des articles 1382 et 1383 devant le tribunal de grande instance, pour leurs faits personnels<sup>(136)</sup>.

-66- Même si les termes utilisés sont particulièrement alambiqués, l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 mai 1986 ne dit pas autre chose dès lors que pour rejeter le pourvoi, il affirme «que la Cour d'appel, après avoir relevé que M.B. avait été investi judiciairement des pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social, n'a pas retenu la responsabilité de M.B. comme administrateur provisoire de la société, mais, au contraire, a décidé qu'il devait être tenu responsable, non de fautes commises par la société dans l'exécution du contrat, mais d'agissements fautifs qui lui étaient personnels»<sup>(137)</sup>. Il n'encourt donc pas à proprement parler les mêmes responsabilités qu'un dirigeant social. Surtout, il répond de ses fautes vis-à-vis des tiers dans les termes du droit commun de la responsabilité délictuelle dès lors que, même s'il a un pouvoir de représentation de la personne morale, il n'en est pas pour autant un organe. Ainsi la responsabilité personnelle quasi délictuelle d'un administrateur provisoire a-t-elle pu être retenue vis-à-vis d'un créancier nanti, en raison d'une faute personnelle de négligence qu'il avait commise en omettant d'assurer les biens objets du nantissement<sup>(138)</sup>. En revanche,

---

(135) Cass. com., 10 janv. 1977, Bull. civ., 1977, IV, n°8; Rev. soc., 1977, p.504.

(136) Y. GUYON, Le nouveau régime de responsabilité des administrateurs judiciaires, R.J. com., 1988, p.159. – V. not. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Action, 2006, n°5083. – P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, Action, 2007, n°35191.

(137) Cass. com., 6 mai 1986, op.cit.; Rév. soc., 1988, p.286, note Y. GUYON.

(138) Cass. com., 8 déc. 1992, Juris-Data, n°1992-003162, J.C.P., E., 1993, pan., n°531, p.168; Dr. soc., 1993, n°64, note Th. BONNEAU.



un créancier impayé ne pourrait pas engager sa responsabilité, même si l'administrateur provisoire avait lui-même passé les commandes impayées, dès lors que celles-ci «portaient sur des matières premières indispensables à la marche de l'entreprise, qu'elles avaient été passées à des dates proches de sa désignation et que l'administrateur provisoire avait procédé à toutes les diligences nécessaires pour connaître la situation de la société»<sup>(139)</sup>. Par une interprétation *a contrario*, il faut considérer que sa responsabilité pourrait être engagée s'il avait eu un comportement imprudent vis-à-vis d'un créancier en lui donnant de faux espoirs ou ne s'assurant pas, avant de passer une commande, qu'il aurait des chances d'être payé<sup>(140)</sup>. Il convient sans doute à cet égard de distinguer entre le cocontractant avec lequel l'administrateur a lui-même négocié dans le cadre de sa mission, ou auquel il a fait des promesses précises de paiement et le cocontractant antérieur, que l'administrateur a laissé exécuter sa tâche sans prendre d'engagement particulier vis-à-vis de lui<sup>(141)</sup>.

-67- L'administrateur provisoire peut engager sa responsabilité personnelle vis-à-vis de la société et des associés en cas de faute de gestion ou d'irrégularités commises à son détriment. Cependant, il faut établir pour cela une faute caractérisée et il ne paraîtrait pas pertinent de lui reprocher une poursuite d'activité déficitaire dès lors que, par hypothèse, sa mission lui a été impartie par le tribunal qui la jugeait utile. On ne peut donc lui reprocher ni d'avoir retardé la cessation des paiements<sup>(142)</sup>, ni d'avoir retardé la dissolution<sup>(143)</sup>. Par ailleurs, l'action sociale ou l'action personnelle des associés devrait être d'autant plus difficile à admettre que ceux-ci peuvent contester en justice la désignation de l'administrateur provisoire ainsi que la définition de ses

---

(139) Cass. com., 26 janv. 1981, op.cit., note J.-L. SIBON.

(140) Rapp., Cass. com., 11 oct. 1988, Juris-Data, n°1988-001815; Bull. civ., 1988, IV, n°270.

(141) C.A. Nîmes, 11 mai 1989, Juris-Data, n°1989-000463; C.A. Paris, 12 sept. 1989, R.T.D. com., 1990, p.112, note J.-Ph. HAEHL; R.T.D. civ., 1990, p.275, note J. MESTRE; Cass. com., 22 juin 1993, R.J. com., 1994, p.406, note F. PASQUALINI.

(142) Rapp., Cass. com., 3 déc. 1996, Juris-Data, n°1996-005118.

(143) C.A. Paris, 14 nov. 2003, R.T.D. com., 2004, p.330, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

missions, comme ils peuvent demander la cessation ou modification de ses fonctions ou son remplacement<sup>(144)</sup>.

-68- Il n'y a pas d'incrimination spéciale visant les administrateurs provisoires et les incriminations propres au droit pénal des sociétés qui visent des dirigeants de droit spécialement énumérés ne peuvent s'appliquer à eux. En revanche, certains de leurs actes peuvent tomber sous le coup d'une incrimination plus générale comme la complicité d'abus de biens sociaux<sup>(145)</sup>, ou l'escroquerie<sup>(146)</sup>. Par ailleurs, l'administrateur provisoire ayant, dans le cadre de son mandat général d'administration courante, les obligations et les responsabilités d'un chef d'entreprise, peut être condamné pénalement du chef d'entrave aux fonctions des représentants du personnel<sup>(147)</sup> ou pour méconnaissance des règles de sécurité, à la suite d'un accident du travail, en l'absence de délégation de pouvoirs<sup>(148)</sup>. Enfin, bien que cela n'ait pas encore été jugé, l'administrateur provisoire fait probablement partie des «représentants» dont les actes sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale<sup>(149)</sup>.

### **-C- La durée et la rémunération de l'administrateur provisoire:**

-69- On envisagera successivement deux sujets: la durée du mandat et la rémunération de l'administrateur provisoire.

#### **-1- La durée du mandat de l'administrateur provisoire:**

-70- La durée de la mission est déterminée dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement commettant l'administrateur. La durée peut être limitée. Le plus souvent, elle est indéterminée. La mission se terminera lorsqu'elle aura été exécutée, c'est-à-dire lorsque le fonctionnement normal de la société sera rétabli<sup>(150)</sup>. Si la durée de la

---

(144) B. LECOURT, Encyclopédie Dalloz, préc., n°130, p.27.

(145) Cass. crim., 19 juin 1997, préc., n°71.

(146) Cass. crim., 5 mars 2003, Rev. soc., 2003, p.924, note B. BOULOC.

(147) Cass. crim., 2 déc. 1998, Juris-Data, n°1998-005085.

(148) Cass. crim., 28 nov. 1995, Dr. pén., 1996, comm. 164, note J.-H. ROBERT; Cass. crim., 7 avr. 1999, op.cit., note J.-H. ROBERT.

(149) C. RUELLAN, La responsabilité pénale des administrateurs provisoires et judiciaires du fait de leur administration, Dr. pén., 2000, chron. 25 et 28.

(150) C.A. Rennes, 9 juill. 1974, Gaz. Pal., 1976, I, somm. 172; C.A. Paris, 7 juill. 1981, Dr. soc., 1981, n°211.

mission de l'administration a été fixée au moment de sa désignation, il revient alors au juge de mettre fin aux fonctions de l'administrateur, ce dernier ne pouvant le faire lui-même<sup>(151)</sup>. De plus, l'administrateur peut être relevé de ses fonctions en cas de faute ou d'empêchement si, bien entendu, le demandeur fait valoir des reproches précis à l'administrateur<sup>(152)</sup>. En cas d'ouverture d'une procédure collective, la mission de l'administrateur prend fin au jour de l'ouverture de celle-ci. Par conséquent, les dirigeants sociaux peuvent interjeter appel de la décision pour contester la date de cessation des paiements<sup>(153)</sup>. La mission de l'administrateur peut faire l'objet d'une prorogation par le tribunal<sup>(154)</sup>. Cette mesure doit toutefois intervenir dans le respect du principe du contradictoire à l'égard des représentants légaux de la société, sauf si les conditions de la procédure sur requête sont réunies.

-71- Si l'administrateur continue d'exercer ses fonctions alors que la crise est résolue, il sera possible de le considérer comme un gérant d'affaires au sens de l'article 1372 du Code civil<sup>(155)</sup>.

-72- Pour être opposable aux tiers, la cessation des fonctions de l'administrateur provisoire doit être publiée dans les mêmes conditions que sa désignation. Les dirigeants sociaux retrouvent leurs fonctions. Si la tentative de rétablissement de la société a échoué, l'administrateur peut demander à être déchargé de sa mission et inviter le tribunal à se saisir d'office pour prononcer éventuellement l'ouverture d'une procédure collective. Dans ce cas, le tribunal qui ouvre la procédure peut en même temps nommer l'administrateur provisoire démissionnaire aux fonctions d'administrateur judiciaire<sup>(156)</sup>.

## **-2- La rémunération de l'administrateur provisoire:**

-73- Le décret n°85-1390 du 27 décembre 1985, reprenant pour partie les dispositions du décret n°59-708 du 29 mai 1959 a tarifé les honoraires de l'administrateur provisoire<sup>(157)</sup>. Il n'en demeure pas moins que ceux-ci peuvent également être fixés, par les parties, de

---

(151) Cass. 1re civ., 10 juin 1986, Bull. civ., I, n°161.

(152) Cass. com., 10 janv. 1997, op.cit., note Y. GUYON.

(153) C.A. Paris, 14 juin 1994, Juris-Data, n°600581.

(154) T.G.I. Paris, 4 juill. 1995, Juris-Data, n°043213.

(155) C.A. Paris, 29 mars 1966, Juris-Data, n°020801.

(156) Cass. com., 5 déc. 1995, Bull. Joly, 1996, p.213.

(157) D., n°86-109; D., n°59-513, rect. 528 et 608.

manière forfaitaire. Les honoraires de l'administrateur provisoire et tous les frais de l'administration provisoire peuvent être mis à la charge personnelle des associés dont les agissements sont à l'origine des difficultés qui ont conduit à la nomination de l'administrateur provisoire<sup>(158)</sup>. De plus, les honoraires peuvent aussi être mis à la charge des actionnaires ayant sollicité la mesure alors qu'il n'y avait pas lieu à désignation bien qu'elle ait été ordonnée. Enfin, les honoraires de l'administrateur provisoire peuvent être mis à la charge du gérant responsable de la situation sociale ayant motivé la désignation de ce mandataire<sup>(159)</sup>. Les émoluments de l'administrateur sont la plupart du temps à la charge de la société lorsqu'il s'agit de missions de gestion.

-74- Il résulte de ce mouvement jurisprudentiel que les motifs de désignation d'un administrateur provisoire peuvent valablement trouver leur source dans toute crise sociale. Cette évolution n'est acceptable qu'autant qu'elle se fait dans le strict respect des mécanismes sociétaires. En effet, les magistrats n'ont pas à se substituer aux organes sociaux, même s'ils estiment que la décision majoritaire n'est pas la meilleure au regard de l'intérêt social. Cette réserve est d'autant plus nécessaire lorsque l'intervention judiciaire se fait en dehors de tout fondement légal. Elle doit par conséquent demeurer exceptionnelle<sup>(160)</sup>. La société doit trouver dans son fonctionnement interne les moyens de résoudre les conflits inhérents à toute entreprise composée d'une pluralité d'individus. Parmi ces différents mécanismes figure au premier chef la loi de la majorité<sup>(161)</sup>. Dès lors, aussi longtemps que la loi de la majorité est en mesure d'assurer le fonctionnement normal de la société, et par conséquent, les mécanismes de décision ordinaires peuvent jouer, il nous semble que la nomination d'un administrateur provisoire doit être écartée.

---

(158) Cass. com., 12 janv. 1970, Bull. civ., IV, n°11; Quot. jur., 1970, n°32, p.4; R.T.D. com., 1970, n°7, p.415, obs. Cl. CHAMPAUD; C.A. Orléans, 12 déc. 1990, inédit. – V. égal. C.A. Nancy, 8 mars 2007, J.C.P., E., 2007, p.1988; R.J.D.A., 2007, n°1238.

(159) Cass. com., 12 janv. 1970, n°67-11.816, Bull. Joly, 1970, p.177.

(160) G. GIL, Le mandataire de justice, Thèse, P.U.A.M., 2003, n°421, p.192.

(161) C.A. Paris, 14e ch., B., 3 avr. 1998, Juris-Data, n°020715.

## La place actuelle de la notion d'*affectio societatis* au regard de l'expansion du critère économique (Étude comparative)

Par Dr. Tala Zein<sup>(1)</sup>

1. La société, par son existence même, traduit une volonté spécifique, commune aux associés qui la composent. La notion d'*affectio societatis* – formule d'origine latine, absente des textes législatifs, a été choisie par la doctrine et la jurisprudence pour désigner cette caractéristique propre à la société, et bientôt élevée au rang de condition de validité de celle-ci<sup>(2)</sup>. En effet, les articles 1832 du Code civil français et 844 du Code des obligations et des contrats (COC) définissent le contrat de société par deux éléments constitutifs: la mise en commun d'apports et la contribution aux bénéfices et aux pertes.

2. Soulignons, à cet égard, que l'*affectio societatis* doit être distinguée de notions voisines. Bien qu'elle s'en rapproche, l'*affectio societatis* diffère du *jus fraternitatis*, concept davantage moral que juridique invitant les associés à se comporter entre eux comme des frères<sup>(3)</sup>. Ensuite, une partie de la doctrine a présenté l'*affectio societatis* comme une application pratique de l'obligation de bonne foi énoncée aux articles 1104 C. civ. fr. (ancien article 1134) et 221 COC aux relations entre associés<sup>(4)</sup>. Cette analyse est pertinente, dès lors qu'on peut difficilement envisager les conséquences de l'obligation de bonne foi entre associés en dehors du cadre de l'*affectio societatis*. En cela,

---

(1) Chargée de cours à l'Université Arabe de Beyrouth, avocate à la Cour et Secrétaire générale de la Commission nationale pour l'UNESCO.

(2) E. Nassif, Les sociétés commerciales, étude comparative, t.1, Halabi, bey., 2017, p.46 ; CA. Bey., 1ère ch. Civ., arrêt n°1393, 8 Juill. 1958, Rec. Hatem, t.35, p. 30 ; CA Paris, 25 avr.1984, Bull. Joly 1984, p. 1004.

(3) A. Viandier, La notion d'associé, LGDJ, 1978 p.76

(4) I. Khawli, Droit commercial libanais comparé, Sociétés commerciales, T.2, Dar al nahda al arabiya, 1968, p. 49 ; A. Viandier, op.cit, p. 76.

cette dernière peut être perçue comme une obligation spéciale de bonne foi, limitée aux associés.

3. La notion d'*affectio societatis* a également été assimilée par certains auteurs au consentement des associés lors de la conclusion du contrat de société<sup>(1)</sup>. Une telle comparaison est bancale, l'*affectio societatis* ayant vocation à se perpétuer tout au long de la vie de la société. De même, elle ne saurait être confondue avec le mobile, c'est-à-dire le sentiment ou l'intérêt déterminant la volonté de s'associer: que l'associé entre dans la société pour réaliser un bénéfice ou pour des raisons fiscales, son *affectio societatis* demeure intact. Enfin, une distinction doit être faite entre l'*affectio societatis* et l'intention de participer aux bénéfices: si la première englobe la seconde, elle se caractérise également par une participation à la gestion de la société.

4. L'*affectio societatis* est donc un concept juridique à part entière, dépassant le simple sentiment. Pour autant, les auteurs comme les juges ont peiné à s'entendre quant à son contenu exact. Dès le III<sup>e</sup> siècle, Ulpien érigeait l'*animus contrahendae societatis* – l'intention de contracter une société – comme condition d'existence de celle-ci, par opposition à la communauté dépourvue d'intention de s'associer<sup>(2)</sup>. Au Moyen-Âge, néanmoins, cette exigence disparaissait au profit d'une confusion, au sein du régime des compagnies, entre des situations juridiques diverses (dont, notamment, la société et l'indivision). La notion réapparaissait, plus récemment, à la faveur de l'expansion d'une conception contractuelle de la société.

5. En France<sup>(3)</sup> comme au Liban<sup>(4)</sup>, la doctrine contemporaine s'est largement accordée sur l'exigence d'un élément psychologique, l'*affectio societatis*, comme condition de validité de la société. Par ailleurs, la doctrine française a pu voir dans « l'intérêt commun des associés » énoncé à l'article 1833 C. civ. fr<sup>(5)</sup> une reconnaissance tacite

---

(1) P. Didier, Droit commercial, Introduction. Les entreprises, t. 1, PUF, 1970, p.311.

(2) V. Le cas pratique D'Ulpian, Digeste, XVII, 2, *prosocio*, 44.

(3) C. Champaud et D. Danet, *L'affectio societatis n'est pas une vieille lune juridique*, RTD. Civ 1993, p. 516.

(4) M-K.Taha, Principes de droit commercial, Halabi, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p.286, no309.

(5) L'article 1833 du Code civil modifié par l'article 169 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 est devenu: « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». La rédaction de cet

de l'*affectio societatis*, de même qu'au Liban, au sujet de l'article 844 du COC. Dans le même ordre d'idée, les clauses léonines, permettant à un associé d'échapper à la contribution aux pertes (sanctionnées en France par la nullité de la clause et au Liban par celle du contrat de société) constituent une grave rupture d'égalité entre associés; leur prohibition doit être entendue comme une exigence de respect de l'*affectio societatis*.

6. Cependant, si la doctrine libanaise s'est montrée unanime quant à l'exigence de cet élément, certains auteurs français l'ont rejetée<sup>(1)</sup>, estimant d'abord que les deux conditions énoncées à l'article 1832 C. civ.fr devaient être perçues comme limitatives. En outre, pour une partie de ces auteurs, la dimension psychologique de la notion d'*affectio societatis* la rendait non pertinente en matière de sociétés de capitaux. Mieux, certains auteurs actuels estiment que l'*affectio societatis*, de même que l'égalité entre associés, constituent des fictions largement remises en cause par l'émergence d'un critère économique<sup>(2)</sup>.

7. En tout état de cause, la jurisprudence française a également consacré cette notion. En 1975, la Cour de cassation française énonçait par exemple que « *la nullité d'une société pour défaut d'affectio societatis entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés* »<sup>(3)</sup>. La Cour de cassation libanaise énonçait dès 1962 la nécessité « *d'une intention de s'associer et de collaborer à travers la prise en charge des pertes et le partage des bénéfices* », pour admettre plus tard que « *la société créée de fait n'existe qu'autant que tous les éléments constitutifs de la société se trouvent réunis: apport, affectio societatis, participation aux frais et aux pertes* »<sup>(4)</sup>.

8. A la lecture des termes employés par les juges libanais et français depuis plusieurs décennies, il apparaît que la notion d'*affectio societatis* est éminemment souple et malléable.

Cette approche témoigne du rejet d'une conception unitaire de la notion, défendue par certains auteurs et en vertu de laquelle l'*affectio*

---

article a fait l'objet de critiques en raison des références distinctes à l'intérêt commun et à l'intérêt social comme semblant distinguer les deux notions.

(1) P. Didier, op. cit, p. 54 et s.

(2) G. Farjat, *Entre les personnes et les choses*, RTD. civ, 2002, n°2, spécialement p.241.

(3) Cass.civ.3ech., 8 janv 1975, Rev. Soc 1976, note Balensi, p.301.

(4) Cass. civ, arrêt n°35, 25 mai 1962, Rec. Hatem, t. 49, p. 68.

*societatis* devrait être entendue, limitativement, tantôt comme traduisant une collaboration volontaire, active, intéressée et égalitaire<sup>(1)</sup> (conception objective), tantôt comme la juxtaposition d'une volonté d'union intéressée et d'une volonté d'accepter les risques encourus suite à la conclusion du contrat de société<sup>(2)</sup> (conception subjective).

9. Une conception pluraliste de l'*affectio societatis* a prévalu: au gré des décisions rendues, les tribunaux ont donné à la notion une dimension protéiforme, puisant dans les différentes conceptions unitaires pour en adapter la définition à des situations diverses. En 1986, la Cour de cassation française affirmait que l'*affectio societatis* supposait que les associés « collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes »<sup>(3)</sup>: cette définition *a minima*, loin d'arrêter un cadre strict, invite au contraire à adapter les contours du concept aux circonstances propres à chaque espèce, laissant ainsi au juge une marge d'appréciation considérable. A cet égard, l'*affectio societatis* appartient donc à la catégorie des « notions à contenu variable ». Selon le rôle qui lui est attribué, elle prend des formes différentes; une telle conception fonctionnelle est mieux adaptée à la réalité des sociétés qu'une approche purement conceptuelle, forcément lacunaire. L'*affectio societatis* a une fonction double: distinguer la société, comme ensemble, d'autres contrats qui lui ressemblent de prime abord, et distinguer, en son sein, les associés d'autres individus qui interagissent avec elle.

10. Spécifique à la société, l'*affectio societatis* présente diverses composantes permettant de distinguer celle-ci de situations similaires ou de contrats voisins. Ces composantes et les conséquences qu'il convient d'en tirer seront analysées plus en détail dans le corps du présent article; il importe néanmoins d'en fournir dès maintenant un aperçu. Ainsi, selon les circonstances propres à chaque société, l'*affectio societatis* peut se traduire par une collaboration volontaire

---

(1) N. Reboul, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: affectio societatis*, Rev. Soc. 2000, p. 430 et 431 ; E. Nassif, *Sociétés commerciales*, t.1, 1994, p. 145 ; S. Mougharbel, *Droit commercial libanais, sociétés commerciales*, t.2, 2013, p. 23.

(2) J. Hamel, *L'affectio societatis*, RTD. civ. 1925, p.761 et s.

(3) Cass.com, 9 avril 1996, Rev. Soc 1997, note F. Bénac-Schmidt, p. 81 ; Cass. civ, arrêt n°35, 25/5/1962, Rec. Hatem, t.49, p. 68.



entre associés, leur participation à la gestion de la société, une convergence de leurs intérêts et le caractère intéressé du but poursuivi. De même que le consentement est une condition de validité du contrat, la collaboration entre associés est volontaire (comme en témoigne la rédaction des articles 844 du COC et 1832 C. civ. fr), quels que soient le type de société et le degré de participation de l'associé: qu'il appose sa signature sur un bulletin de souscription, sur l'acte constitutif de la société voire, dans le cas d'une société créée de fait, qu'il ne l'appose sur aucun acte, l'associé doit manifester sa volonté de participer.

**11.** Cette participation, dès lors qu'elle sert l'orientation des affaires sociales dans un sens déterminé, comprend la prise de décisions importantes ainsi que le contrôle, la surveillance et la critique de la gestion quotidienne de la société. Elle se manifeste à des degrés divers selon le type de société: manifeste dans les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles, elle tend à s'effacer dans les sociétés de capitaux, en particulier celles cotées en bourse.

Ensuite, l'*affectio societatis* se traduit par une convergence d'intérêts entre associés, les intérêts individuels se réalisant à travers la satisfaction de l'intérêt collectif. Cette convergence trouve un écho dans la mise en commun d'apports (évoquée aux articles 1832 C. civ. fr. et 844 du COC) et l'intérêt commun (mentionné à l'article 1833 C. civ. fr.)<sup>(1)</sup>. Cependant, la primauté accordée à l'intérêt social dans de nombreux cas où celui-ci entrerait en conflit avec celui des associés met en évidence les limites d'une telle réflexion<sup>(2)</sup>. De même, l'intérêt de la société en tant que personne morale se confond-il nécessairement avec l'intérêt, même commun, des associés personnes physiques<sup>(3)</sup>? Pour que la société prospère, une partie des bénéfices doit être affectée aux réserves; parallèlement, les associés entendent pouvoir encaisser les bénéfices réalisés. La question des intérêts respectifs de la société et des associés porte donc en germe une contradiction, appelant un certain équilibre. On peut également souligner qu'en vertu de la théorie de

---

(1) F. Atwi, Sociétés Commerciales, Halabi, bey, 2005, p. 41 ; C. Champaud et D. Danet, art. préc., p. 516.

(2) Cass.com, 12 mars 1996, Rev.Soc.1996, note. D. Bureau, p.554.

(3) A. Couret, *La réforme de l'entreprise passe-t-elle par une réécriture du code civil?*, Rev. Soc. 2018, p. 639 ; D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. Joly, 2004, p. 3 et 4; La distinction entre intérêt commun et intérêt social est apparu dans les modifications apportées par la loi PACTE à l'article 1833 C.civ. fr.

l'abus de droit, l'associé agissant dans son intérêt exclusif méconnaît l'intérêt commun et rompt, en même temps que l'égalité entre associés, l'*affectio societatis*. Enfin, en s'associant, les parties poursuivent un but lucratif; ce caractère intéressé du contrat de société est propre à le distinguer de situations voisines.

12. En tout état de cause, ces composantes, si importantes soient-elles, ne sauraient suffire à identifier la société et les associés. Aux critiques classiques de la notion d'*affectio societatis* viennent actuellement s'adjoindre des doutes quant à sa pertinence, dans un contexte de prééminence croissante de critères économiques dans la vie des affaires. Ainsi, comme nous l'évoquerons tout au long de ce papier, l'existence même de cette exigence tend à s'effacer en matière de sociétés par actions, à mesure que le législateur introduit des règles destinées à faire primer des considérations d'ordre économique. Traditionnellement conçu comme un élément distinctif de la société et de l'associé, l'*affectio societatis* conserve-t-il cette fonction dans un tel contexte? Les mutations actuelles, par leur ampleur, invitent le juriste à s'interroger sur leur impact: la notion d'*affectio societatis* est-elle vouée à disparaître, ou plutôt à prendre un nouveau visage?

En dépit de ces changements, l'*affectio societatis* demeure la pierre angulaire de la société (I). Pour autant, on assiste à un recul progressif de cette notion au profit de considérations économiques (II).

## **I. L'*affectio societatis*, pierre angulaire de la société**

13. Comme évoqué précédemment, l'*affectio societatis* peut prendre diverses formes selon les types de sociétés et les circonstances, allant de la collaboration volontaire à la participation à la gestion, jusqu'à la convergence des intérêts justifiant l'absence de subordination, à la réalisation des bénéfices, la société poursuivant un but lucratif.

### **A. De la société et de l'associé**

14. Les différents critères constitutifs de l'*affectio societatis* sont, traditionnellement, utilisés ensemble ou séparément afin de déterminer l'existence d'une société ou la qualité d'associé.

## 1. *Affectio societatis* et société: un critère distinctif des notions juridiques voisines

15. L'*affectio societatis* permet de distinguer la société de contrats voisins ou d'autres groupements ayant des caractéristiques en commun.

### a- Société et contrats voisins

16. Critère tiré de la participation à la gestion. La distinction entre *société et contrat de prêt*<sup>(1)</sup> peut s'avérer délicate lorsque le prêteur est intéressé aux bénéfices réalisés par l'emprunteur: ni la remise de fonds, qui peut constituer un prêt comme un apport, ni la participation du prêteur aux bénéfices ou aux pertes de l'emprunteur ne suffisent à exclure la qualification de contrat de prêt<sup>(2)</sup>.

Sous l'angle de l'*affectio societatis*, il apparaît à l'inverse que le partage du risque d'entreprise et la participation à la vie sociale constituent des critères de distinction utiles<sup>(3)</sup>. Ainsi, le prêteur ne court d'autre risque que l'insolvabilité de son cocontractant (à cet égard, l'existence d'une sûreté ou d'un avantage en contrepartie de la participation aux pertes peut fournir un indice). Il n'exerce par ailleurs aucun contrôle sur l'activité sociale, ni ne participe effectivement à la marche de l'entreprise: il peut, tout au plus, surveiller l'emploi des fonds.

L'associé se distinguerait du prêteur et du bailleur de fonds par sa « collaboration active à la marche de l'affaire »<sup>(4)</sup>. Le degré d'ingérence dans les affaires sociales (signature des bulletins de salaires, vérification des comptes...) conditionne la reconnaissance de la qualité d'associé, et cette implication doit s'accompagner d'une « acceptation du risque commercial »<sup>(5)</sup>.

Dans le même sens, le juge libanais a considéré qu'un prêteur se réservant contractuellement le droit de s'immiscer personnellement

---

(1) Articles 728 et s COC et 1874 et s. C.civ.fr.

(2) V. Y. Guyon, L'*affectio societatis*, refondu par N. Reboul, J-Cl. Sociétés 2005, fasc. 20-10, n°44 ; H. Douweidar, Droit commercial libanais, T.1, Dar al nahda al alrabiya, 1995, p. 356.

(3) J-J. Daigre, *Société fictive. Fictivité portant sur la nature du contrat*, Rep° soc. Oct. 1999, n°42; I. Al. Khawli, op. cit, p. 50.

(4) Cass.com, 8 fév.1972, Rev. Soc. 1973, note J. Honora, p. 145.

(5) D. Vidal, *affectio societatis et partage du risque d'entreprise*, Rev. Des huissiers de justice 1993, p. 5.

dans les affaires de l'emprunteur, de le conseiller, de le critiquer et de mettre à sa disposition les moyens nécessaires à l'exécution de son projet doit être considéré comme un associé<sup>(1)</sup>.

17. *Critère tiré de la convergence d'intérêts.* La société, dans sa conception d'origine, se caractérise par la convergence des intérêts des parties<sup>(2)</sup>. *Société et contrat de vente.* La distinction entre *vente et société* ne semble pas poser de difficulté: les parties au contrat de vente, instantané, ont des intérêts opposés, tandis que les associés, caractérisés par une convergence d'intérêts, souhaitent faire durer leur entreprise commune.

Quid, néanmoins, du contrat prévoyant que le paiement prendra la forme d'une participation aux bénéfices tirés du bien cédé (par exemple sous forme de reversement d'un pourcentage suite à la cession d'un fonds de commerce)? Là encore, l'intention de s'associer et la convergence d'intérêts doit s'apprécier au regard du degré d'immixtion dans la gestion de la société et dans la participation aux pertes<sup>(3)</sup>. En effet, l'apport d'un immeuble immédiatement suivi de la cession des parts obtenues en contrepartie doit s'analyser en un contrat de vente<sup>(4)</sup>.

*Société et bail à métayage.* Aux termes de l'article L.417-1 du Code rural et de la pêche maritime français, le bail à métayage – soumis au statut des baux ruraux – « est le contrat par lequel un bien rural est donné à bail à un preneur qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur ». On le comprend aisément, la frontière avec la société est poreuse, d'autant que ni la répartition en espèces des bénéfices, ni le paiement en nature ne sauraient être réservés exclusivement à l'un ou l'autre de ces contrats.

Là encore, c'est l'*affectio societatis*, absent du métayage, qui permet d'établir la distinction.

D'abord, le métayer exploite le bien à son gré, avec la même indépendance qu'un fermier, tandis que l'apporteur en industrie est

---

(1) Juge unique, bey., (Ch. Faillite), 7 oct. 1957, Rec. Hatem, t. 32, p. 20, n°1.

(2) A. Couret, *La réforme de l'entreprise passe-t-elle par une réécriture du code civil?*, art. préc.

(3) M-K. Taha, op. cit, p. 287.

(4) E. Thaller, *Traité général théorique et pratique de droit commercial: des sociétés commerciales*, par P. Pic, t.1, Rousseau, 1908, p.80, n°75 ; N. Reboul, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis*, Rev. Soc. 1990, p. 437.

placé sous le contrôle de la société<sup>(1)</sup>. Ensuite, les intérêts des parties au contrat de métayage, bien que proches, ne convergent pas complètement (le métayer peut souhaiter privilégier un rendement maximum à court terme, et le bailleur préférer rentabiliser son bien sur le long terme)<sup>(2)</sup>.

**Société et bail à cheptel.** Proche du métayage, le bail à cheptel « est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles » (art. 1800 C. civ. fr.). Le cheptel à moitié, en revanche, « est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte » (art. 1818 C. civ. fr.). Un tel contrat est en réalité hybride: il s'exécute comme un louage car l'exploitation est menée par le cheptelier seul, tandis que des règles de partage des sociétés s'appliquent lorsque l'activité cesse<sup>(3)</sup>.

**18. Absence de lien de subordination.** L'existence ou non d'un lien de subordination permet de distinguer **le contrat de travail du contrat de société**, dès lors que, d'une part, la participation aux bénéfices (dont l'article 845 du COC prévoit qu'elle ne suffit pas à conférer la qualité d'associé) peut parfaitement être une modalité de rémunération du salarié, et, d'autre part, que la fourniture d'un service peut prendre la forme d'un apport en industrie<sup>(4)</sup>. Dans ce dernier cas, la qualification devient litigieuse si l'apporteur reçoit des directives de la société.

Les avantages fiscaux ou sociaux propres au contrat de travail (affiliation à la sécurité sociale...) ou au contrat de société (absence de charges sociales, contournement des règles impératives du droit du travail...) peuvent pousser les parties à opter, en apparence, pour l'un ou l'autre<sup>(5)</sup>.

Délicate, la caractérisation du lien de subordination est laissée à l'appréciation des tribunaux, qui jugent en fonction du degré d'indépendance: le simple exécutant n'exerçant aucun contrôle est un

---

(1) Cass. civ., 3e ch., 6 nov. 1974, Bull. Civ. 1974, III, n°405.

(2) V. I. Tchotourian, Vers une définition de l'*affectio societatis* lors de la constitution de la société, p. 591, n°954 et s ; J. Hamel, *L'affectio societatis*, RTD. civ., 1025, p. 770.

(3) Ibid, p. 599, n°967 et s.

(4) I. Khawli, op. cit, p. 51.

(5) CA Paris, 13 Oct. 1960, RTD. com. 1961, note R. Rodière, p. 92.

salarié<sup>(1)</sup>, tandis que le droit de contrôler la marche de l'entreprise et sa comptabilité en ayant un droit sur les bénéfices, la participation aux assemblées générales<sup>(2)</sup> ou encore l'indépendance dans la gestion économique et commerciale ont pu être considérés comme exclusifs de lien de subordination. Les tribunaux français en ont parfois adopté une conception extensive, considérant par exemple comme un salarié un chef de chantier supportant personnellement certains risques de malfaçon et percevant une somme globale pour sa rémunération et celle des ouvriers mis à disposition par l'entreprise.

La qualification ne pose pas de difficulté réelle si un élément essentiel du contrat de société fait défaut (par exemple, lorsque la rémunération est calculée d'après le chiffre d'affaires et non sur les bénéfices).

Néanmoins, les choses peuvent se compliquer. Une même personne peut cumuler les qualités d'associé et de salarié de la société, rendant plus ardue la distinction entre celles-ci. En France, un tel cumul est désormais fréquent en raison du développement de l'actionnariat du personnel. Davantage, un développement de l'actionnariat salarié a été placé au cœur du projet de loi PACTE, publiée au Journal officiel le 23 mai 2019. La loi PACTE vise ainsi à développer l'actionnariat salarié avec un objectif de 10% du capital des entreprises françaises détenues par les salariés<sup>(3)</sup>. Au Liban, l'article 845 COC a tranché la question et précisé que « *la participation aux bénéfices accordée aux employés (...) à titre de rétribution totale ou partielle de leurs services ne suffit pas à leur conférer la qualité d'associés* ».

L'*affectio societatis* permet en outre de distinguer la société de groupements voisins (b).

#### **b- Société et groupements voisins**

**19. Le caractère volontaire et intéressé de la société.** La société peut être distinguée de groupements voisins tels que l'indivision, l'association ou le groupement d'intérêt économique (GIE) par son caractère volontaire et lucratif.

---

(1) CA Paris, 20 févr. 1996, RTD. com 1996, note C. Champaud et D. Danet, P. 466.

(2) Cass. com., 13 Janv. 1994, RJDA mai 1994, n°476 et 521.

(3) A. Couret et B. Dondero, Loi Pacte et Droit des affaires, Dossier pratique, éd. Francis Lefebvre, 2019, n°650, p. 107.

**20. Société et indivision.** Longtemps subie et inorganisée, l'indivision s'accompagne aujourd'hui fréquemment d'une volonté de collaborer, a fortiori lorsqu'elle est conventionnelle<sup>(1)</sup>. Une telle volonté ne constitue donc pas un critère suffisant pour la distinguer de la société<sup>(2)</sup>.

Les parties peuvent décider, lors de sa conclusion puis au cours de son exécution, de maintenir l'indivision: ils désignent un gérant qui devra rendre compte de sa gestion, prennent ensemble des décisions importantes, et supportent ensemble, au prorata de leurs quotes-parts, la conservation du bien. De même, dans une indivision légale telle que l'indivision successorale, les indivisaires peuvent choisir de collaborer (dans un souci de conservation du patrimoine familial par exemple).

La soumission à la loi de la majorité ne saurait pas davantage constituer un critère de distinction systématique entre les deux groupements: les indivisaires peuvent substituer la règle de la majorité à celle de l'unanimité, notamment si l'un d'entre eux est incapable, ou à l'occasion d'une convention entre usufruitiers et nus-proprétaires<sup>(3)</sup>. Réciproquement, sauf stipulation statutaire contraire, certaines décisions sont prises à l'unanimité dans les sociétés de personnes<sup>(4)</sup>.

Tous les associés, mêmes s'ils sont dans des situations différentes, jouissent de droits rigoureusement identiques dans la participation aux affaires sociales: ils gèrent la société et participent aux bénéfices et aux pertes. Cette égalité suffit-elle à distinguer la société de l'indivision? Que l'indivision soit légale ou conventionnelle, les indivisaires ont également vocation à participer à sa gestion: ils peuvent révoquer le mandataire (dans le cadre d'une indivision légale) ou le gérant (si l'indivision est conventionnelle).

Par ailleurs, les intérêts des indivisaires ne sont pas nécessairement concurrents: ils peuvent aussi converger. Ainsi, ni l'égalité entre

---

(1) Articles 824 du COC et 1873-2 du C. civ. français.

(2) C. Saint-Alary-Houin, *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision*, RTD. civ, 1979, p.645 ; F. Deboissy, *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, RTD. civ 2000, p. 225 ; M-S. Fekki et M-F. Arini, *Droit maritime et aérien*, halabi, Bey., 2011, p. 137: La propriété d'un navire partagée par plusieurs personnes est considérée comme une indivision en raison de l'absence d'intention chez les copropriétaires d'instituer une société.

(3) Articles 835 du COC et 1873-18 du C. civ. français.

(4) Art. L. 221-6 du Code de commerce français.

membres du groupe ni la convergence de leurs intérêts ne suffit à distinguer la société de l'indivision. Le critère de distinction doit être recherché dans la dimension subjective de l'*affectio societatis*: l'objectif poursuivi par les parties ou, en d'autres termes, le but lucratif de la société.

Si la recherche du profit constitue un élément essentiel du contrat de société, elle n'est pas nécessairement étrangère à l'indivision et ne constitue pas, dès lors, un critère de distinction suffisant<sup>(1)</sup>. L'article 815-10 du Code civil prévoit d'ailleurs que « *chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis* »: l'exploitation des biens indivis peut aboutir à un enrichissement des indivisaires. L'indivision n'est donc pas un groupement désintéressé.

De même, bien que l'acceptation des risques apparaisse davantage comme un élément essentiel de la société, chaque indivisaire supporte les pertes (art. 815-10 C. civ.fr et 833 COC) au prorata de ses droits.

Analysées conjointement, la volonté d'affecter les biens à une entreprise commune et l'acceptation des risques liés à l'activité pourraient permettre de distinguer les deux notions. Certains auteurs, surtout au Liban<sup>(2)</sup>, continuent de considérer l'indivision comme un état subi, temporaire, passif et inorganisé. D'autres considèrent que c'est la volonté d'affecter des biens à une entreprise commune qui caractérise la société et la distingue de l'indivision<sup>(3)</sup>.

La jurisprudence française insiste depuis de nombreuses années sur le caractère indispensable de l'apport comme indice concret de l'*affectio societatis*. En 1997, dans un arrêt de Rothschild, la Cour de cassation a ainsi considéré que l'affectation volontaire de biens indivis à une exploitation commune s'analysait en une société en participation<sup>(4)</sup>, retenant ainsi l'*affectio societatis* comme critère de distinction entre les deux notions.

La notion d'affectation est centrale: elle caractérise la société, union de personnes et de biens. L'indivision, même volontaire, n'est pas un

---

(1) C. Saint-Alary-Houin, *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision*, art. préc., p.684.

(2) S. Mougharbel, op.cit., p. 24; M-K-Taha, op.cit., p. 289.

(3) V. I. Khawli, op. cit, p. 50, H. Dweydar, op.cit, p. 357.

(4) Cass.com., 18 nov. 1997, arrêt n°96-10.999, inédit: <https://www.legifrance.gouv.fr>; F. Deukeuwer- Défossez, *L'indivision dans les sociétés en participation*, JCP éd. G 1970, I, n°4.



mode d'affectation de biens dans un but déterminé. En vertu l'article 1873-2 du Code civil français, les indivisaires « *peuvent convenir* » d'y demeurer. Les indivisaires maintiennent, administrent et conservent les biens indivis<sup>(1)</sup>, tandis que les associés tendent vers la création d'une œuvre ou d'une activité nouvelle et commune en affectant des biens à une fonction déterminée. C'est cet aspect dynamique, contenu dans l'*affectio societatis*, qui permet au juge de retenir la qualification de société.

La frontière entre société et indivision est ténue: la société, groupement dynamique, se distingue par l'affectation de biens à une entreprise commune, tandis que l'indivision, plus statique, se caractérise par la jouissance de biens en vue d'en conserver la valeur. La seconde est donc d'abord un mode de propriété collective, non d'exploitation collective<sup>(2)</sup>.

En cas d'ambiguïté, le juge doit examiner l'intention réelle des parties, les critères objectifs ne suffisant pas, on l'a vu, à distinguer les deux notions. S'il déduit la volonté sociétaire de l'affectation et de l'exploitation en commun de biens indivis, il requalifiera le groupement en société créée de fait.

Il est regrettable que la réforme de l'indivision en droit français ait échoué à éclaircir la distinction entre société et indivision<sup>(3)</sup> (en s'abstenant, notamment, de permettre la superposition des deux ou de transposer aux indivisions des solutions admises pour les sociétés).

Au Liban, la *summa divisio* fondée sur la personnalité juridique de la première et l'absence de personnalité juridique de la seconde manque de nuance: la frontière est d'autant plus imperméable qu'il existe, en pratique, des sociétés dépourvues de personnalité juridique mais dont les biens sont indivis ou objet de propriété privative, de même que des indivisions dans lesquels les droits réels des indivisaires sont exclusivement pécuniaires.

La société doit encore être distinguée de l'association, dont elle diffère par son caractère intéressé.

---

(1) Art. 831 du code des obligations et des contrats.

(2) S. Mougharbel, op.cit., p. 24; M-K-Taha, op.cit., p. 289.

(3) La loi n°2006-728 du 23 juin 2006-art. 2 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

La distinction entre société et association ou groupement d'intérêt économique (GIE) peut soulever certaines difficultés. Cette question doit être étudiée à la lumière de l'évolution de l'article 1832 al. 1<sup>er</sup> du Code civil français et de la loi PACTE, qui a introduit le concept d'*entreprise à mission*, permettant de questionner davantage le caractère intéressé comme élément de caractérisation de la société.

21. *Société et association*. Si la société et l'association traduisent toutes deux une volonté d'œuvrer sur un pied d'égalité, c'est d'abord la recherche d'un bénéfice, en vue de le partager, qui permet de les distinguer.

Dans sa version initiale, l'article 1832 du Code civil français définissait la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* », tandis que la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 – toujours en vigueur – définit l'association comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leur connaissance ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices...* ».

Au Liban, en vertu du premier alinéa de l'article 844 du COC, la société s'entend d'un contrat synallagmatique conclu en vue de partager les bénéfices en résultant, tandis que l'association, aux termes de l'article premier de la loi du 3 août 1909, a pour but de réaliser des affaires sociales, éducatives et politiques, et peut tendre vers un intérêt matériel et, par-là, vers la réalisation de bénéfices, afin de conserver les intérêts de ses membres, et non en vue d'un partage entre ces derniers, y compris lors de la liquidation.

En l'absence de définition textuelle, la Cour de cassation française a considéré dès 1914 que le bénéfice devait s'entendre d'un gain pécuniaire ou matériel qui ajouterait à la fortune des associés, excluant ainsi la simple recherche d'économies<sup>(1)</sup>.

Restrictive et contestée, cette définition a finalement été remise en cause par la loi du 4 janvier 1978 qui, modifiant l'article 1832 al. 1 du Code civil, dispose désormais que la société peut avoir pour finalité de partager des bénéfices (pouvant prendre la forme de gains pécuniaires,

---

(1) C. Cass., chambre réunies, 14 mars 1914, DP. 1914, I, note L. Sarrut, R. Houin et B. Bouloc, n°44.

comme la distribution de dividendes, ou matériels, telle la distribution d'actions aux associés) ou de profiter de l'économie résultant de la mise en commun des apports affectés à l'entreprise commune.

Cet élargissement du concept de bénéfice n'a pas d'équivalent au Liban même après que le législateur a modifié, en 2019, l'article 844 COC en consacrant la possibilité d'instituer une société par la volonté d'une seule personne.

Cet élargissement, en France, tend à brouiller les frontières entre société, association et GIE en permettant à la première d'empiéter sur des domaines jusqu'alors réservés aux autres. En effet, la réalisation d'une économie peut se traduire par l'achat de matériel à moindre coût ou la mise en place de services à moindre frais, voire par l'atténuation d'une perte (par exemple dans le cas d'une société de secours mutuel).

Le cas échéant, il appartient au juge de procéder à la requalification du groupement.

**22. Société et groupement d'intérêt économique.** Instauré en France en 1967<sup>(1)</sup>, le GIE est défini par l'article L. 251-1 du Code de commerce comme ayant pour but « *de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même* ».

Au regard de rédaction actuelle de l'article 1832 du Code civil, la société et le GIE peuvent tous deux tendre vers la réalisation d'économies.

Néanmoins, aux termes de l'article L. 251-1 du Code de commerce, le GIE doit avoir un caractère auxiliaire à l'activité économique de ses membres, à laquelle il se rattache nécessairement, tandis que l'*affectio societatis* (absent du GIE), outre son aspect subjectif, se caractérise par l'objet du contrat de société: il représente une entreprise commune, un risque patrimonial pris ensemble et partagé, indépendant de l'activité et de la situation patrimoniale des associés. Le choix n'est donc pas entièrement libre.

Cependant, lorsqu'un tel choix existe, le GIE, bien qu'il risque d'engager solidairement et indéfiniment la responsabilité de ses membres, présente des avantages par rapport à la société: il obéit à des

---

(1) Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967.

règles de fonctionnement plus souples et est soumis au même régime fiscal que les sociétés de personnes (et permet donc de faire remonter d'éventuelles pertes dans les résultats des entreprises participantes).

En tout état de cause, la confusion résultant de la définition élargie de la société, telle qu'introduite en 1978, est vivement dénoncée par une partie de la doctrine<sup>(1)</sup>. En réalité, l'association mériterait d'être redéfinie. Le GIE, quant à lui, ne pourrait-il pas être considéré comme une forme particulière de société sans *affectio societatis*<sup>(2)</sup>?

**23. La société à mission.** L'article L. 210-10 du Code de commerce, issu de la loi PACTE<sup>(3)</sup>, consacre l'existence des « sociétés à mission », brouillant ainsi davantage la frontière résultant du caractère intéressé de la société, dès lors que les activités entreprises par les dirigeants de celle-ci ne poursuivront plus nécessairement exclusivement un but lucratif<sup>(4)</sup>.

Le législateur français a perçu une nécessité, pour les entreprises, de se définir à long terme au-delà de la recherche de profit. Ainsi, en vertu des nouvelles dispositions introduites par la loi PACTE, les associés auront la faculté de décider – dès la constitution de la société ou en cours de vie sociale – d'introduire dans les statuts une « raison d'être » que les dirigeants seront, le cas échéant, tenus d'observer. L'article 1835 du Code civil (modifié par l'article 169 de la loi PACTE) en précise la teneur: cette raison d'être est ainsi « *constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* »<sup>(5)</sup>.

De nombreux commentateurs ont vu dans l'introduction des nouvelles dispositions une opportunité, offerte aux entreprises, d'empiéter sur le domaine des associations<sup>(6)</sup>. La qualité de « société à mission » procédera ainsi de l'introduction, dans les statuts, d'« *un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne*

---

(1) Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 2015, 18e éd., p. 797 ; D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2001, 3e éd., p. 83, n°148.

(2) I. Tchotourian, *op. cit.*, p. 535, n°856.

(3) Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 176.

(4) A. Couret et B. Dondero, *op. cit.*, p. 19 et s.

(5) A. Viandier, *La raison d'être d'une société*, BRDA 10/19 inf. 30, n°51 ; A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi Pacte*, D. 2018, p. 1765.

(6) *Idem.*

*pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité* » (art. L. 210-10, 2° C. com. fr.). Un « comité de mission » devra en outre assurer le suivi de l'exécution de cette mission L. 210-10, 3°).

Le présent exposé met en lumière l'évolution de la perception traditionnelle du rôle de l'*affectio societatis* dans l'identification de la société. Il importe à présent d'évoquer l'évolution de son rôle dans l'identification des associés et actionnaires de celle-ci.

## **2. *Affectio societatis* et qualité d'associé**

**24.** Le rôle traditionnellement joué par l'*affectio societatis* ne se limite pas à l'identification d'un groupement ou d'un contrat d'une société, mais s'étend à celle de la qualité d'associé **(a)** et sert, implicitement, de fondement aux droits et obligations de celui-ci **(b)**.

### **a- L'*affectio societatis*, révélateur de la qualité d'associé**

**25.** L'*affectio societatis* est retenu comme élément constitutif de la qualité d'associé; pour autant, l'étude de cas divers tend à démontrer que tous les associés n'auraient pas l'intention de s'associer - ou *affectio societatis*.

### **i) L'*affectio societatis*, instrument d'identification et de classification des associés**

**26.** Des éléments objectifs comme la participation aux bénéfices ou le pouvoir de décision ne suffisent pas à caractériser l'associé. L'*affectio societatis* permet d'identifier l'associé fictif ou la personne qui, apparemment étrangère à la société, se comporte en fait comme un associé.

Ainsi, faute d'*affectio societatis*, l'héritière d'une associée ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire et demandé en justice la nullité de la société peut se voir refuser la qualité d'associée<sup>(1)</sup>. Réciproquement, les juges français ont pu caractériser la qualité d'associé du prêteur s'étant comporté comme un associé<sup>(2)</sup> ou, plus

---

(1) Cass.com., 21 juin 1994, RJDA 1994, n°493.

(2) CA de Rennes, 10 mai 1961, RTD com. 1962, note R. Rodière, p. 420: le prêteur considéré comme associé dès lors qu'il participait à l'exploitation du cocontractant.

subjectivement, ayant exprimé son intention non équivoque d'être associé<sup>(1)</sup>.

**27.** A cet égard, la situation du banquier est délicate. Lorsqu'il n'est qu'un «*bailleur de fonds passif*<sup>(2)</sup>», l'exigence, par souci de rentrer dans ses fonds, que le client présente des comptes fiables et le contrôle de ses actifs ne suffit pas à caractériser une société créée de fait. La jurisprudence française a, à plusieurs reprises<sup>(3)</sup>, précisé qu'il importait d'évaluer l'intervention du prêteur dans l'activité de l'entreprise et de tenter d'identifier son intention de participer activement à la gestion de la société et à l'activité commerciale. La volonté de contrôler l'emploi des fonds et l'activité en résultant peut révéler l'*affectio societatis* du prétendu prêteur.

Les juges français se sont en outre employés à distinguer prêt et apport. A cet égard, un établissement bancaire ne spécule pas lorsqu'il prête à une société: il n'entend guère en supporter l'aléa, et le versement des sommes est rémunéré non par une participation aux bénéfices mais par un intérêt. Des sommes prêtées ayant, par définition, vocation à être intégralement remboursées, leur montant ne saurait emporter aucune conséquence quant à la qualification. Une éventuelle immixtion du prêteur dans les affaires de la société débitrice s'explique par un souci de sauvegarder ses intérêts, et non comme une manifestation de la volonté de participer activement à la gestion de la société, propre à l'associé<sup>(4)</sup>.

**28.** Par ailleurs, on l'a vu, la volonté de s'associer peut être déduite, dans le cas d'une confusion entre salarié et associé, de l'indépendance de cette personne<sup>(5)</sup>.

**29.** Quant à l'exigence d'*affectio societatis*, si certains auteurs ont proposé une distinction, peu pertinente, selon le type de société (de personnes ou de capitaux), d'autres ont préféré différencier les associés politiques, participant activement à l'œuvre commune, des associés

---

(1) G. Kassler, *L'objectivisation de l'affectio societatis*, D. 2004, p. 1305.

(2) F. Pasqualini et G. Marain, *Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise*, Rep° de droit commercial, fév. 2019, n°37.

(3) CA Aix-en-Provence, 19 avr. 1990, RTD com. 1990, note M. Cabrillac et B. Teyssié, p. 441; CA Paris, 28 sept. 1999, RTD com. 2000, note C. Champaud et D. Danet, p. 103 ; CA Paris, 30 juin 2000, RD bancaire et financier 2001, note F. Crédot et Y. Gérard, p. 5.

(4) Ibid, n°38.

(5) V. supra, n°18.

investisseurs, qui cherchent exclusivement réaliser des bénéfices, sans intervenir dans la vie de la société<sup>(1)</sup>.

Concernant les premiers, l'idée selon laquelle l'*affectio societatis* ne serait présent que chez l'associé majoritaire est inopérante, a fortiori dès lors que depuis l'adoption, en France, des lois du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et du 15 mai 2011 (NRE) leur permettant d'intervenir dans la vie sociale<sup>(2)</sup> et, au Liban, de la récente réforme de 2019<sup>(3)</sup>. Les associés minoritaires disposent également de prérogatives légales leur permettant d'anticiper les abus de majorité<sup>(4)</sup>. Il importe de noter que la loi PACTE a modifié les articles 1833 et 1844-10 du Code civil en restreignant le recours à la contrariété à l'intérêt social et aux intérêts sociaux et environnementaux comme fondements de la nullité des décisions sociales entachées d'abus; L'article 1844-10<sup>(5)</sup> n'est en effet plus applicable au dernier alinéa de l'article 1833 qui énonce que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Cela revient à restreindre le champ d'application des dispositions relatives à l'abus de la majorité, qui nécessitait antérieurement la

---

(1) G. Damy, *La remise en cause de la notion classique d'associé: vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA, 26 juillet 2007, n°149, p. 3.

(2) L. 225-105 C.Com.fr: « *L'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution...* »

(3) Nouvel article 147 CCL: « *les membres du conseil d'administration sont élus par l'assemblée générale, parmi les actionnaires ou non actionnaires* ». La qualité d'actionnaire et le seuil minimum d'actions détenues ne sont plus requis par le législateur.

(4) D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970, n°12 ; C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris, 1997, n°352, p. 208 ; S. Mougharbel, op. cit, p. 360 et s ; I. Khawli, op. cit, p. 330.

(5) Article 1844-10 C.civ.fr: « *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.*

*Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.*

*La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ».

conjonction de deux éléments la contrariété à l'intérêt social et la **rupture intentionnelle d'égalité** entre associés<sup>(1)</sup>.

**30.** La notion d'associé investisseur<sup>(2)</sup>, en second lieu, recouvre notamment le créancier obligataire, qui prête des fonds à une société sans intention de collaborer aux affaires sociales ou de courir un risque. L'obligataire reste extérieur à la société, sauf conversion des obligations en actions, ou échange entre celles-ci. En tout état de cause, dès lors que pareille situation ne peut intervenir qu'à l'initiative de l'obligataire, elle laisse nécessairement apparaître de sa part la volonté de devenir associé, son *affectio societatis*.

**31.** Il importe également d'aborder la condition de certains associés, chez lesquels la présence de l'*affectio societatis* est discutable.

#### **ii) Tous les associés n'auraient pas l'*affectio societatis***

**32.** L'hypothèse de la présence, au sein d'une même société, d'associés animés par des intentions de s'associer différentes se rencontre dans plusieurs types de sociétés. La société en commandite l'illustre parfaitement.

**33.** La société en commandite (simple ou par actions) unit deux types d'associés. Si les commanditaires ne sont responsables des dettes qu'à concurrence de leur apport, les associés commandités, qui se voient reconnaître la qualité de commerçants, ont une responsabilité illimitée.

**34.** En vertu de l'article L.222-6 al. 1 du C.com.fr et de l'article 230 du CCL, les commanditaires ne peuvent s'immiscer dans la gestion externe de la société afin d'éviter aux tiers d'être induits en erreur quant à sa qualité. En effet, les actes de gestion externe, tels l'achat de matériel, la vente de marchandises, l'emprunt ou la signature d'une lettre de changes mettent le gérant en rapport avec les tiers, qui le voient agir pour la société. A titre habituel, la gestion externe est confiée aux commandités, qui peuvent néanmoins désigner un gérant extérieur à la société.

L'associé commanditaire a le droit de surveiller la gestion de la société, de révoquer son directeur pour juste motif, et contribue aux

---

(1) B. Dondero, *La loi Pacte du 22 mai 2019 empêche t-elle de sanctionner les abus de majorité?*, D. 2019, p. 1349.

(2) S. Mougharbel et Gh. Kobeissi, *Le cadre juridique de la participation au capital social*, Rev. Al-Adl, 2019, 1, p. 53.



bénéfices et aux pertes<sup>(1)</sup>. Ces prérogatives manifestent sa volonté de s'associer. Pour autant, la différence entre les risques encourus par les uns et par les autres traduit différents degrés d'*affectio societatis*.

**35.** Les associés d'une même société peuvent être animés par des intentions diverses: certains investissent en espérant se voir distribuer des bénéfices considérables en fin d'exercice, alors que d'autres privilégient le titre à la société elle-même, dans l'espoir d'obtenir une plus-value immédiate (c'est notamment le cas dans les sociétés anonymes)<sup>(2)</sup>.

**36.** Pour autant, l'*affectio societatis* doit se poursuivre tout au long de la vie de la société, et ne saurait se limiter à sa phase de création<sup>(3)</sup>. Dans leurs rapports à la société comme dans leurs rapports entre eux, les associés doivent se montrer diligents, et voient peser sur eux un devoir de loyauté consacré, au Liban, par l'article 867 du COC et en France par la jurisprudence<sup>(4)</sup>, qui s'est référée aux premier et troisième alinéas de l'ancien article 1134 du Code civil (nouvel article 1104<sup>(5)</sup>).

A cet égard, certains auteurs ont pu considérer la notion d'*affectio societatis* comme dépourvue d'intérêt, en ce qu'elle empièterait inutilement sur les obligations de bonne foi et de loyauté, dont elle constituerait une simple application<sup>(6)</sup>.

**37.** Admettre l'*affectio societatis* comme critère d'identification de la qualité d'associé, à laquelle sont attachés des droits et des obligations spécifiques, revient à considérer qu'il constitue le fondement de ces derniers.

#### **b- L'*affectio societatis*, fondement implicite des droits et obligations des associés**

**38.** Les droits, pécuniaires ou non **(i)** et les obligations **(ii)** des associés sont implicitement fondés sur l'*affectio societatis*.

---

(1) E. Nassif, op. cit, p. 147 ; H. Douweidar, op.cit, p. 460 ; Ph. Merle, op. cit, p. 199 ; D. Gibrilla, *Commandite simple, gérance de la société en commandite simple*, Rép°. Soc. Mars 2016, n°47 et 48.

(2) V. Infra, n°81.

(3) P. Le Canu, *Droit des sociétés*, LGDJ, Montchrestien, 2e éd., 2003, p. 139.

(4) Cass.com., 18 juillet 2018, n° 16-27.868 (F-D), *SARL Pléiade*, note L. Godon, *Rev. Soc.* 2019, p. 249.

(5) Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, article 2.

(6) A. Viandier, *La notion d'associé*, op. cit, p. 79.

**i) L'*affectio societatis*, cause des obligations des associés**

**39.** L'*affectio societatis* constitue l'un des fondements de l'obligation, pour l'associé, d'accepter les décisions votées par la majorité. D'abord, l'intérêt social prime sur ses intérêts personnels, et l'exigence d'*affectio societatis* interdit à l'associé de remettre systématiquement en cause les décisions qu'il ressent comme lui étant défavorables<sup>(1)</sup>.

Ensuite, l'*affectio societatis* tend à la réalisation de l'objet social; en cela, il constitue une limite au pouvoir majoritaire, puisqu'il distingue l'intérêt de la majorité de celui de la société. Tout associé doit, à ce titre, être parfaitement conscient de la primauté accordée à l'intérêt social<sup>(2)</sup>. Cette affirmation est reprise par l'article 61 de la loi PACTE, qui énonce que « *La société est gérée dans son intérêt social....*<sup>(3)</sup>».

**40.** Dérogeant au principe de libre concurrence, une provision de non-concurrence peut toutefois faire l'objet d'une clause statutaire ou extra statutaire si elle a un motif légitime, un objet précis et qu'elle est limitée dans le temps (elle doit cesser lorsque l'associé n'est plus titulaire de ses droits sociaux ou à la liquidation de la société) et l'espace. En cours de vie sociale, elle nécessite, pour être adoptée, un accord unanime des associés (art. 1836 al. 2 C. civ.fr).

Peut-on néanmoins déduire une obligation de non-concurrence de la convergence d'intérêts résultant de l'*affectio societatis*?

**41.** En France, cette obligation peut résulter d'un cumul de qualités ou de la nature de l'apport. Ainsi, l'associé salarié, de même que l'apporteur en industrie (art. 1843-3 C. civ.fr) est soumis à une telle obligation. L'apporteur en fonds de commerce doit s'abstenir de toute concurrence de nature à détourner la clientèle du fonds. Cette obligation pèse, de plein droit, sur les dirigeants sociaux en tant que représentants de la société. Dès lors, cette obligation de non-concurrence ne puiserait pas sa source dans l'*affectio societatis*<sup>(4)</sup>.

---

(1) Th. Hassler, *L'intérêt commun*, RTD com. 1984, p. 585.

(2) Ph. Bissara, *L'intérêt social*, Rev. Soc. 1999, p. 9-31.

(3) D. Schmidt, *La Loi Pacte et l'intérêt social*, D. 2019, p. 633 ; Sur la question de l'abus de majorité: V. supra, n°29.

(4) Y. Guyon, *L'affectio societatis*, fasc. préc., p. 21.

Certains auteurs estiment qu'elle résulte du devoir de loyauté pesant sur le cocontractant<sup>(1)</sup>, ou sur l'esprit de communauté entre associés. Ainsi, dans les sociétés en nom collectif, où l'esprit de communauté et l'*intuitu personae* sont forts, la doctrine comme la jurisprudence ont consacré une obligation de non-concurrence<sup>(2)</sup>. Pour la majeure partie de la doctrine, cette obligation reste exceptionnelle lorsqu'elle n'est explicitement prévue par aucun texte. Tel est le cas dans les SARL – où l'esprit de communauté est moindre – où elle n'incomberait qu'aux associés majoritaires ou exerçant des fonctions de direction, dans certains cas<sup>(3)</sup>. Dans les sociétés par actions, elle ne pèserait que sur les dirigeants (la situation des administrateurs faisant l'objet de nuances) et non sur les associés, sauf circonstances particulières. Néanmoins, dans le cadre des sociétés civiles professionnelles, cette obligation de non-concurrence est expressément prévue par la loi.

**42.** Au Liban, les articles 865 du COC et 60 du Code de commerce ont consacré l'obligation de non-concurrence de l'associé: celui-ci ne peut effectuer pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers des opérations analogues à celles de la société et de nature à nuire aux intérêts de celle-ci, sauf à s'exposer à des sanctions pécuniaires (dommages-intérêts ou versement des bénéfices réalisés à la société), voire à l'exclusion. Sont exclues de telles activités initiées, au su des autres associés, avant l'entrée de l'associé concerné dans la société, sauf stipulation exigeant qu'elles cessent.

**43.** En tout état de cause, s'engager dans une entreprise concurrente constituée, de la part de l'associé, une attitude contraire à l'*affectio societatis* et à l'obligation de bonne foi qui pèse sur lui; un tel comportement est fautif, qu'on la qualifie ou non de concurrence déloyale<sup>(4)</sup>.

---

(1) H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273 et s.

(2) A. Brès, *L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé*, RTD. com, 2011, p. 463.

(3) D. Gibirila, *Société à responsabilité limitée, Droits et obligations individuels des associés*, Rép. Soc. Juin 2019, n°516.

(4) H. Douweidar, op. cit, p. 254 ets.

## ii) L'*affectio societatis*, fondement des droits des associés

44. L'associé jouit de **droits extra-pécuniaires et pécuniaires** trouvant leur source dans l'*affectio societatis*.

45. En France comme au Liban, l'associé jouit d'un ensemble de droits extra pécuniaires tels que, en premier lieu, le **droit de participer à la vie sociale** en prenant part aux décisions collectives; c'est ce que, Selon Paul Didier, « *exprime l'affectio societatis assez mal en latin* »<sup>(1)</sup>. Sa participation est davantage facilitée par les nouvelles technologies de la communication, par exemple via Skype<sup>(2)</sup>.

Dès lors, si l'associé est tenu d'accepter les décisions de la majorité, il ne lui est pas demandé d'abdiquer pour autant. Ainsi, a pu être annulée une convention de vote permettant aux associés majoritaires d'une société civile d'imposer le remplacement des gérants au bénéfice des seules personnes choisies par eux<sup>(3)</sup>.

La limite du droit de participer se trouve dans la réalisation de l'intérêt social ou l'intérêt commun des associés; les abus de majorité et de minorité (consistant en général à refuser de voter une décision indispensable à l'intérêt social) sont sanctionnés à ce titre<sup>(4)</sup>.

46. L'article 1844 du Code civil français et le nouvel article 116 CCL impliquent le **droit de vote**<sup>(5)</sup>. Les lois françaises et libanaises sur les sociétés commerciales voient dans le droit de vote, à juste titre, la prérogative essentielle de l'actionnaire<sup>(6)</sup>. En principe, au Liban comme en France, chaque action donne un droit de vote égal. Néanmoins, une des exceptions à cette règle a été mise en place par le biais des actions de préférence sans droit de vote, qui représentent une atteinte de front aux droits politiques de l'associé.

Dans un souci d'amélioration du droit de participer à la vie sociale, l'article 100 de la loi française PACTE du 22 mai 2019 a exclu les sociétés non cotées de l'application des articles L. 225-122 à L. 225-

---

(1) P. Didier, op.cit, p.49.

(2) V. à titre d'exemple: le nouvel article 156 CCL et article L. 225-107, II C.com.fr ; M. Thouch, *Le vote électronique dans les A. G. d'actionnaires*, Bull. Joly 2008, p. 734, n°158.

(3) CA Paris, 2e ch., 27 fév. 1997, D. 1997, IR, p. 140.

(4) V. supra n°29.

(5) Ph. Merle, op. cit, p. 375; S. Mougharbel, op. cit, p. 267.

(6) Cass.com., 24 Oct. 2018, n°17-26.402, note Jacques Moury, RTD.com 2018, p. 964: nullité de la clause visant à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition.

125 C.Com.fr, les autorisant ainsi à émettre des actions attachées à des droits de vote doubles ou multiples. La règle de proportionnalité et les exceptions strictes qui y sont attachées sont désormais inapplicables. Cela revient à admettre la possibilité, pour les sociétés non cotées, d'émettre des actions de préférence avec droit de vote double ou multiple<sup>(1)</sup>.

Enfin, dans le même esprit du droit de faire partie de la société, l'assemblée générale extraordinaire ne peut augmenter les engagements des associés<sup>(2)</sup>.

**47.** Autre modalité d'exercice du droit de participation fondée sur l'*affectio societatis*, le **droit à l'information** doit permettre à l'associé de se prononcer sur la marche des affaires sociales en connaissance de cause et à mettre en lumière d'éventuelles irrégularités, eu égard à la tendance de certains dirigeants à retenir les informations utiles<sup>(3)</sup>.

En tout état de cause, une information comptable interne est exigée en droits français et libanais<sup>(4)</sup>. Certaines sociétés sont en outre soumises à une obligation d'information comptable à l'égard des tiers en France comme au Liban. L'information par voie électronique a été également mise en place pour simplifier la procédure, afin que les tiers et les parties prenantes soient informés plus rapidement.

**48.** Le droit à l'information et le devoir de transparence, pierres angulaires de la théorie du gouvernement d'entreprise (Corporate Governance), ont été renforcés par l'introduction d'un devoir d'information du directoire envers le conseil de surveillance, organe de contrôle. C'est la raison pour laquelle d'aucuns estiment que la philosophie de la « corporate governance » comporte une consécration de la notion d'*affectio societatis*<sup>(5)</sup>.

**49.** Les **droits pécuniaires** de l'associé résultent également de l'*affectio societatis*, dès lors que celui-ci postule le droit au partage des bénéfices, à la reprise des apports, et à l'attribution d'une éventuelle fraction du boni de liquidation. Ceci étant, la mise en réserve des

---

(1) R. Arakélyian, *Loi PACTE: aspects de droit des sociétés*, AJ contrat 2019, p.272.

(2) Articles 201 CCL et L.225-96 C.Com.fr.

(3) En France, dans les sociétés par actions simplifiées (SAS), les associés mettent eux-mêmes en place les outils qu'ils jugent pertinents.

(4) V. à titre d'exemple articles 50, 98 et s du CCL et Article L232-2 et s du C.Com.fr.

(5) V. I. Tchotourian, Vers une définition de l'*affectio societatis* lors de la création d'une société, L.G.D.J, 2011.

bénéfices peut être décidée à la majorité, à condition de ne pas léser la minorité des associés<sup>(1)</sup>.

Par ailleurs, les statuts peuvent moduler la vocation des associés à participer aux résultats, par exemple en accordant un bonus à certains associés dans les bénéfices ou en faisant peser sur eux une charge plus lourde dans les pertes. Sont en revanche prohibées les clauses léonines<sup>(2)</sup>.

**50.** Fondée sur deux sources mouvantes (la jurisprudence et la doctrine<sup>(3)</sup>), la notion d'*affectio societatis* donne lieu à de vifs débats, notamment quant à la fonction explicative qui lui est habituellement attribuée dans l'analyse des droits des associés, qu'il s'agisse de leur contenu ou de leurs modalités d'exercice. Certaines critiques doivent être ainsi adressées à l'affirmation que les prérogatives des associés découleraient également de l'*affectio societatis*.

D'abord, l'exercice de certains droits peut dépendre de la part de capital détenue par l'associé.

Ensuite, la règle de la majorité (dont certains auteurs ont pu considérer qu'elle résultait de l'*affectio societatis*<sup>(4)</sup>) existe dans d'autres types de groupements, comme l'association; à l'inverse, dans les sociétés, la règle de la majorité cède parfois sa place à celle de l'unanimité, de principe dans les sociétés de personnes par exemple. Dès lors, majorité et *affectio societatis* ne sauraient être liés; l'*affectio societatis* ne peut être déduite de la soumission de l'associé aux décisions majoritaires.

**51.** L'égalité entre associés (qui s'exprime notamment par l'absence de lien de subordination), recoupe la notion d'*affectio societatis* sans pour autant se confondre avec elle. Ainsi, si cette égalité est relative, l'*affectio societatis* n'a, au contraire, pas vocation à être une notion ou un concept relatif quant à son contenu. Néanmoins, l'intensité de cette notion doit être étudiée, pratiquement, à la lumière des différents types de sociétés reconnues en droits français et libanais. L'analyse de la notion d'*affectio societatis* exige alors également de se pencher,

---

(1) Cass.com, 22 avr 1976, Rev.Soc.1976, note D.Schmidt, p.479

(2) Articles 1844-1C.civ.fr et 895 COC.

(3) V. supra, p. (introduction)

(4) J-M. Bermond de Vaulx, *À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, Dr. Soc. 2003, Chron. 4.

successivement, sur les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

## **B. Un critère inégalement efficace selon le type de société**

**52.** L'importance de l'*affectio societatis* varie selon le type de sociétés. Il en résulte une instabilité qui, combinée à une certaine ambiguïté propre à la notion, invite à interroger son utilité au sein des sociétés, technique d'organisation des entreprises légalement consacrée.

### **1. Un critère essentiel dans les sociétés de personnes**

**53.** L'*affectio societatis* revêt une intensité particulière dans les sociétés de personnes, dès lors qu'une complète entente entre associés y est nécessaire. Il importe cependant de distinguer, parmi ces sociétés, celles qui sont dotées de la personnalité morale (**a**) de celles qui ne le sont pas (**b**).

#### **a- L'*affectio societatis* dans les sociétés de personnes dotées de la personnalité morale**

**54.** La participation active des associés à la gestion des affaires sociales et l'importance de l'*intuitu personae* confèrent à l'*affectio societatis* une force particulière dans les sociétés de personnes dotées de la personnalité morale<sup>(1)</sup>, qu'il s'agisse des sociétés en nom collectif (i) ou des sociétés civiles (ii).

#### **i) L'*intuitu personae*, élément central de la société en nom collectif**

**55.** Essentiellement formée en considération de la personne de l'associé, la société en nom collectif (SNC) constitue le « temple » de la notion d'*affectio societatis*, qui entretient dès lors des liens étroits avec celle d'*intuitu personae* (**α**) et les résultats qui en découlent (**β**).

#### **α- affectio societatis et Intuitu personae**

**56.** L'*intuitu personae* (« en fonction de la personne ») caractérise les situations dans lesquelles les caractéristiques personnelles d'une

---

(1) J et E. Escarra et J. Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, sociétés commerciales, t.2 Sirey, 1951, n°132 ; S. Mougharbel, op. cit, p. 96 et s.

partie (aptitudes, nature du service attendu, etc.) sont essentielles à la conduite d'une opération. Dans les SNC tout particulièrement, c'est avant tout la personnalité de l'associé qui déterminera son entrée dans la société ou son retrait de celle-ci: l'engagement des uns conditionne celui des autres. Lors d'une cession de part, cela permet d'exercer un contrôle sur l'identité des détenteurs.

Par ailleurs, l'*intuitu personae* vise à protéger les intérêts de la SNC, en permettant un contrôle sur l'exercice du pouvoir en son sein. En outre, les lois libanaises et françaises ont retenu, outre les causes de dissolution commune à toutes les sociétés, des cas de dissolution propre à la société en nom collectif pour des causes liées à des événements touchant personnellement les associés tel que sa faillite, son décès et son retrait. Pour autant, ces circonstances n'emportent pas des conséquences identiques en droit français et libanais<sup>(1)</sup>.

57. Dès 1996, la jurisprudence française a consacré la mésentente sérieuse entre associés comme motif de dissolution d'une SNC<sup>(2)</sup>. Or, une telle dissolution n'est autre que la sanction de la disparition de l'*affectio societatis*. Le droit libanais est allé encore plus loin: Le comportement provoquant la dissolution de la société ou une mésentente entre associés de nature à mettre en danger une entreprise économiquement viable est analysé comme traduisant une absence d'intention de s'associer. L'associé en cause s'expose au risque d'être exclu par décision judiciaire sur demande des associés souhaitant poursuivre leur activité<sup>(3)</sup>.

Ainsi, la vie de la SNC varie au gré des sentiments que les associés nourrissent, d'une part, envers la société, et d'autre part les uns à l'égard des autres. L'esprit de communauté résultant, conjointement, de l'*intuitu personae* (avec qui s'associer?) et de l'*affectio societatis* (avec quelle intention s'associer?) s'en trouve renforcé: l'associé de la SNC accepte de courir des risques donnés avec des personnes choisies, et exclusivement avec elles.

L'*intuitu personae* peut donc être perçu comme le corollaire de l'*affectio societatis*: la volonté de collaborer repose sur la confiance

---

(1) I. Khawli, op. cit, 120 et s ; Ph. Merle, op. cit, p. 171.

(2) Cass. Com, 12 mars 1996, Rev. Soc. 1996, note D. Bureau, p. 556.

(3) T. Zein, op. cit, p. 99 et s.



accordée aux personnes qui contrôlent la société. En résulte, un lien extrêmement étroit entre l'associé et la société.

**58.** En France et au Liban, les lois sur les sociétés commerciales sont toutefois venues tempérer ce principe. En effet, l'article L. 221-15 C.com.fr a facilité la transmission de parts en cas de décès ou d'incapacité de l'un des associés d'une SNC au moyen, notamment, de clauses de continuation de la société avec les associés survivants, avec tous les héritiers de l'associé prédécédé ou avec un bénéficiaire déterminé ou à déterminer. De telles clauses permettent, in fine, de faire primer le maintien de la vie sociale – lorsqu'il profite à tous – sur l'*intuitu personae*, conférant à celui-ci une fonction régulatrice<sup>(1)</sup>. Au Liban, on trouve ce même tempérament en cas d'incapacité d'un associé. Une solution différente a cependant été adoptée en cas de décès: la société continue avec les associés survivants en cas d'absence des héritiers; en présence d'héritiers, l'activité se poursuit entre survivants et héritiers, ces derniers devenant des associés commanditaires, sauf clause contraire qui prévoyant la dissolution de la société en cas de décès d'un associé<sup>(2)</sup>.

### **β– Les manifestations des liens entre *affectio societatis* et *intuitu personae* dans les sociétés en nom collectif**

**59.** Les associés en nom collectif ont la qualité de commerçants et leur sort est, à ce titre, intimement lié à celui de la SNC. Ainsi, l'incapacité et l'interdiction d'exercer une activité commerciale frappant l'un des associés entraînent en principe la dissolution de la SNC, de même que sa faillite, sauf stipulation statutaire contraire. Par ailleurs, liquidation judiciaire et faillite d'une SNC entraînent de plein droit la faillite de ses associés.

Tenus indéfiniment du passif social, les associés en nom collectif sont aussi légalement solidaires entre eux et avec la société, personne

---

(1) J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Droit commercial, t.1, vol. 2, Dalloz 1980, p. 161 et s.

(2) Article 66 CCL: « En l'absence de clause contraire dans les statuts, la société en nom collectif, en cas de décès d'un des associés, continue avec les associés survivants à moins que le défunt n'ait transmis ses droits à son conjoint ou ses descendants, qui deviennent le cas échéant des associés commanditaires »

morale<sup>(1)</sup>. A cet égard, une simple mise en demeure de la société, si elle n'est pas suivie d'effet, peut ouvrir la voie à la poursuite d'un associé.

**60.** En principe, celui qui acquiert la qualité d'associé en nom collectif est tenu de tout le passif social existant lors de son adhésion, tandis que celui qui se retire de la société avec l'accord des autres associés ne reste tenu que du passif existant lors de son retrait, à condition que celui-ci ait été publié et qu'il ne s'immisce pas dans le fonctionnement de la société par la suite. De même, les associés restent tenus solidairement envers les tiers lorsque la société est dissoute.

Cette solidarité constitue l'un des aspects les plus notables de l'intensité de l'*affectio societatis* dans les SNC, de l'*intuitu personae* qui y prévaut et de la confiance entre associés qui l'accompagne.

**61.** En contrepartie, les associés possèdent des pouvoirs étendus. D'abord, tous les associés ont le pouvoir de gérer la société; s'ils désignent un gérant, associé ou non (articles 56 CCL et L. 221-3 C.com.fr), ils conservent néanmoins un pouvoir de contrôle considérable sur ses activités, qui se traduit notamment par un droit d'information accru (articles 889 COC et L. 221-8 C.com.fr) et le droit d'agir en responsabilité civile contre le gérant fautif si la société a subi un préjudice<sup>(2)</sup>. Cette action est en principe intentée par l'intermédiaire d'un autre gérant ou d'un liquidateur si la société a été dissoute. Les associés, à condition d'agir tous ensemble, peuvent également assigner le gérant fautif en cas d'inaction des représentants légaux de la société.

**62.** Ensuite, la SNC est régie, en principe, par la loi de l'unanimité. Chaque associé dispose donc d'un droit de veto ou d'opposition; cette règle consacre le principe d'égalité entre associés et leur communauté d'intérêts. Si les statuts peuvent prévoir de soumettre certaines décisions à la majorité, ils ne peuvent, en revanche, déroger à la règle de l'unanimité dans certaines matières, notamment- en France - la cession de parts sociales, en raison, précisément, du lien de solidarité étroit qui unit les associés en nom collectif. Le législateur libanais a accordé aux associés la possibilité de renoncer à cette unanimité par le biais des statuts. À défaut, la règle de l'unanimité s'impose dans le cadre de la cession des parts sociales.<sup>(3)</sup>

---

(1) E. Nassif, Les sociétés commerciales, étude comparative, v. 1, Halabi, bey., 2017, p. 87.

(2) Tb. 1ère instance, Mont-Liban, 2e ch., 20 décembre 2000; Rev. Al. Adl, 4, 2000, p. 536.

(3) S. Mougharbel, op. cit, p. 121.

**63.** Ainsi, c'est dans la SNC que l'*affectio societatis*, renforcé par l'*intuitu personae*, est le plus intense: les associés, sur un pied d'égalité, participent activement à la conduite des affaires sociales et jouissent d'un pouvoir de contrôle étendu. Le lien entre ces deux concepts est également présent, bien que plus distendu, dans une autre catégorie de sociétés de personnes: les sociétés civiles<sup>(1)</sup>.

**ii) L'*intuitu personae*, élément secondaire dans les sociétés civiles**

**64.** Les sociétés civiles sont gouvernées par les règles générales applicables aux sociétés<sup>(2)</sup>. L'apport, la contribution aux pertes et aux bénéfices et l'*affectio societatis* en sont les éléments constitutifs.

Au Liban, la société est considérée civile ou commerciale eu égard la nature de son objet. En tout état de cause les sociétés civiles, à objet civil, sont considérées comme des sociétés commerciales dès lors qu'elles revêtent la forme (SA, SARL et SCA)<sup>(3)</sup>. Les articles 844 à 949 du COC prévoient des dispositions communes aux sociétés commerciales et aux sociétés civiles. La doctrine reste assez silencieuse en la matière.

À l'inverse, en France, la société civile, doit être définie négativement comme la société qui ne peut être qualifiée autrement en raison de sa forme, de sa nature ou de son objet. Son statut a été rapproché de celui des sociétés commerciales dès 1978: une protection accrue a été accordée aux tiers, le rôle des associés a été amélioré. En contrepartie, la société civile a été dotée d'un système plus rigide. Bien que l'*intuitu personae* y ait été atténué, que la solidarité n'y soit pas admise et que ses associés ne soient tenus des dettes qu'à hauteur de leurs parts dans le capital, la société civile continue de ressembler à la SNC à plusieurs égards. L'existence de l'*affectio societatis* y repose sur les mêmes fondements que dans la société en nom collectif<sup>(4)</sup>.

**65.** En outre, en France, les sociétés civiles professionnelles permettent à des personnes physiques exerçant une profession libérale réglementée d'exercer leurs activités en commun. Elles sont régies par

---

(1) A. Ghosn, Les sociétés civiles en droit libanais, étude comparative, bey., 2010, p. 60 et s.

(2) Les articles 844 COC et 1832 C.civ.fr.

(3) E. Nassif, Les sociétés commerciales, Des types spéciaux des sociétés, t. 16, halabi, bey. 2013, p. 10 ; Les sociétés commerciales, étude comparative, op. cit, p. 66 et s.

(4) A. Ghosn, op. cit, p. 66.

la loi cadre du 29 novembre 1966, et un décret en Conseil d'Etat énonce les mesures d'application propres à chaque profession. Le(s) gérant(s) d'une SCP doi(ven)t nécessairement être désigné(s) parmi les associés.

En tout état de cause, l'*affectio societatis* s'y exprime comme au sein d'une SNC. Bien que la loi du 28 mars 2011, en son article 30, ait supprimé la solidarité entre associés d'une SCP, ceux-ci demeurent néanmoins tenus indéfiniment des dettes sociales<sup>(1)</sup>.

**66.** Contrairement à la SCP, la société civile de moyens n'a pas pour objet l'exercice d'une profession, mais la prestation de services ou la fourniture de moyens matériels, et, en conséquence, la réalisation d'une économie<sup>(2)</sup> en facilitant l'exercice de l'activité de chaque membre. Les associés contribuent aux frais commun; la société n'a pas de ressources propres<sup>(3)</sup>.

En France, elle est régie par les articles 1845 et suivants du Code civil. Au Liban, la loi, la jurisprudence et la doctrine sont silencieuses à son sujet, ce qui peut s'expliquer par le fait que la société, en droit libanais, doit tendre vers le partage d'un bénéfice (art. 844 COC).

**67.** Outre l'absence de solidarité, une différence importante entre la société civile et la SNC tient dans la possibilité, pour l'associé de la première, de se retirer totalement ou partiellement de la société, avec l'autorisation des associés ou sur décision de justice (articles 872 COC et 1869 C. civ. fr.) et d'obtenir le remboursement de ses droits sociaux pour un montant fixé soit à l'amiable, soit par un expert (art. 1843-4 C. civ. fr.). Mieux, l'associé d'une SCP peut se retirer à tout moment, sans condition, sous réserve d'abus<sup>(4)</sup>. Un tel droit de retrait pourrait refléter un *affectio societatis* particulièrement intense dans la société civile, permettant à l'associé ayant perdu la volonté de rester au sein de la société de s'en retirer- une solution préférable, tant pour l'associé que pour la continuation du contrat de société. D'ailleurs, dans une espèce où deux associés d'une SCP avaient successivement manifesté leur volonté de se retirer et où une conciliation avait échoué, la disparition

---

(1) L'article 30 de la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 a modifié les articles 8, 10, 15 de la loi n°66-879 du 29 Nov. 1966.

(2) A. Viandier, La notion d'associé, op. cit, n°45.

(3) Y. Guyon, *Les dispositions générales de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés*, Rev. Soc. 1979, p. 3.

(4) L'art. 18 al. 1 de la Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

de l'*affectio societatis*, élément constitutif de la société, a pu être sanctionnée par la dissolution de celle-ci<sup>(1)</sup>.

**68.** Il est vrai, que l'*intuitu personae* est modulable dans les sociétés civiles<sup>(2)</sup>. Celles-ci demeurent toutefois des sociétés de personnes dans lesquelles l'*affectio societatis* trouve toujours sa place. Outre les sociétés dotées de la personnalité morale, la question des sociétés créées de fait doit à présent être abordée, dès lors que la notion d'*affectio societatis* y tient une place importante.

**b- Au-delà du sentiment: l'*affectio societatis*, condition d'existence de la société créée de fait**

**69.** Une société créée de fait existe lorsque deux ou plusieurs personnes, sans être liées par un contrat de société, se comportent entre elles comme des associées. Cette qualification implique notamment le partage d'un résultat et l'existence de l'*affectio societatis*; par une approche fonctionnelle, le juge apprécie les faits portés à sa connaissance. Une telle société résulte du comportement de personnes ayant participé ensemble à une œuvre économique commune dont elles ont partagé les profits et supporté les pertes, et s'étant en définitive conduites à la manière d'associés sans en avoir pleinement conscience et, par conséquent, sans avoir entrepris les démarches nécessaires à la constitution d'une société. L'identification de l'intention de s'associer est indispensable à la qualification de la société créée de fait, en présence des autres éléments constitutifs<sup>(3)</sup>.

**70.** D'origine jurisprudentielle, en France, la société créée de fait a d'abord eu pour fonction d'instituer un « régime matrimonial hors mariage » afin de protéger les créanciers des concubins, dès lors que l'un participait aux affaires de l'autre. En 1949, la Cour de cassation cessait de faire produire ces effets, largement contestés, au concubinage-même prolongé. Selon cette position, les éléments constitutifs de la société doivent être réunis, et l'*affectio societatis* se déduit d'une série de comportements traduisant la mise en commun

---

(1) Cass. civ., 14 décembre 2004, Bull. Joly 2005, note J-J. Daigre, p. 525.

(2) I. Pascual, *La considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTD com. 1998, p. 276.

(3) Cass. Com., 9 Octobre 2001, Bull. civ. 2001/4/, n°165, p. 156 ; Cass. Com, 23 juin 2004, Bull. Joly 2005, n°49, p. 295.

d'intérêts inhérents à la vie maritale. Les éléments objectifs de la société, une simple volonté d'association ou une cohabitation entre concubins ne suffisent pas: la participation active sur un pied d'égalité doit être établie<sup>(1)</sup>. Les juges, en consacrant ainsi une approche fonctionnelle de l'*affectio societatis*, encadrent le sentiment en reconnaissant l'existence d'un contrat de société.

**71.** Soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond, des situations ont donné lieu à des décisions variées, tantôt retenant la qualification de société créée de fait, tantôt l'écartant. Il importe de préciser que le constat de l'*affectio societatis* n'aboutit à la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait que dans les cas où est apportée la preuve de chacun des éléments constitutifs d'une société<sup>(2)</sup>. À titre d'exemple, le tribunal de première instance du Liban-Nord a qualifié de société créée de fait le comportement d'époux propriétaires égalitaires d'un terrain sur lequel le mari, en l'absence d'un contrat écrit ou oral organisant les étapes de collaboration, avait construit et aménagé un immeuble. Une grave mésentente s'était installée au sein du couple et avait abouti à un divorce; l'épouse avait alors saisi le juge afin de faire reconnaître ses droits aux bénéfices issus de l'exploitation du projet mis en œuvre sur leur terrain commun et à la restitution de sa part du capital. Le juge a fait droit à sa demande: le terrain étant commun, le projet financé au moyen d'un compte bancaire conjoint et un mandat accordant au mari le droit de gérer le projet, l'existence de d'une société était caractérisée. Ces circonstances ont poussé le tribunal conclure à l'existence d'un accord entre les deux par le biais duquel l'épouse avait délégué à son époux la direction de l'entreprise; dès lors qu'il ne la tenait pas informée de l'état du projet et eu égard à leur mésentente, elle souhaitait en sortir et se voir restituer sa part au capital et aux bénéfices<sup>(3)</sup>.

Par contre, le juge libanais a rejeté la qualification d'une société créée de fait et, par suite, la qualité d'associé à un enseignant d'école privée quasi-gratuite à laquelle l'Etat accordait des subventions afin

---

(1) Cass. Com., 25 juillet 1949, RTD com. 1950, note P. Lagarde, p. 47.

(2) Cass. Com., 9 et 16 novembre 1981, Rev. Soc. 1983, note Y. Chartier, p. 91 ; RTD com. 1992, note R. Libchaber, p. 812.

(3) Tb 1ère instance, Nord, décision n°381, 2 avril 2008, inédit « annexe jurisprudence » n°44: P. Toubiya, La société créée de fait, Halabi, Bey. 2009, p. 137 et s.

d'assurer aux étudiants un bon niveau d'éducation. Cet enseignant accomplissait un travail administratif et quasi-comptable dans l'école et prenait, en contrepartie, une fraction du reste des subventions. Le juge n'y a pas vu un partage de bénéfices issus de l'activité sociale et a estimé que les faits ne laissaient apparaître ni contribution aux dépenses sociales et aux dettes, ni apport, ses droits à la retraite devant en conséquence être déterminés comme ceux d'un enseignant et non d'un associé de société créée de fait<sup>(1)</sup>.

**72.** La société créée de fait doit être distinguée de la société de fait. Si la dernière permet la prise en compte d'une société dotée de la personnalité morale dissoute ou annulée, la première est qualifiée comme telle par le juge en l'absence de contrat, et néanmoins soumise aux conditions de validité du contrat de société<sup>(2)</sup>.

**73.** Par ailleurs, il importe de souligner que la frontière entre société créée de fait et société en participation est particulièrement ténue, notamment parce que la seconde n'exige ni le choix d'une forme de société, ni l'existence d'un écrit<sup>(3)</sup>. Quoi qu'il en soit, en consacrant séparément, dans le Code civil, ces deux types de société (articles 1871 s. pour la société en participation, 1873 pour la société créée de fait), le législateur a affiché sa volonté de les distinguer. Au Liban, cependant, la société en participation fait l'objet des articles 247 à 253 du Code de commerce, alors que la société créée de fait n'a été consacrée que par la jurisprudence et la doctrine<sup>(4)</sup>.

**74.** Les juges choisissent la qualification de société créée de fait lorsque l'intention des associés ne peut être présumée qu'à partir des faits de l'espèce<sup>(5)</sup>, tandis que la société en participation impose une manifestation expresse de volonté (écrite ou orale). En l'absence d'un écrit, la preuve de l'*affectio societatis* s'impose avec une acuité particulière. Ainsi, le tribunal du Mont-Liban a qualifié de société en participation un contrat conclu entre deux personnes, l'une ayant

---

(1) Tb 1ère instance du Sud, n°1070/2017, 12 février 2019, inédit.

(2) F-X. Lucas, La société créée de fait, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 749 et S. Mougharbel, op. cit, p. 166.

(3) Cass. Com., 12 Octobre 1993, Rev. Soc. 1994, note F-B. Schmidt, p. 285 ; Tb 1ère instance, Mont-Liban, décision n°99, 23 mai 2001, Rev. Al. Adl 2002, 2-3, note. Abdo Lahhoud, p. 427.

(4) E. Eid, op. cit, p. 103; S. Mougharbel, op. cit, p. 163 et P. Tobiya, op. cit, p.13.

(5) M. Gaudemaris, LA théorie de l'apparence et sociétés, Rev. Soc. 1991, p. 465-498.

apporté un terrain, l'autre ayant effectué un travail de construction et fourni des autorisations administratives nécessaires, en vue de se partager à parts égales les appartements aménagés. Les parties souhaitaient conserver la possibilité de bénéfices ou pertes au moment de la vente, comme dans une société en participation, bien qu'elles ne l'aient pas désignée comme telle et sans lui accorder la personnalité juridique<sup>(1)</sup>.

À l'inverse, la qualification de société en participation a pu être refusée dans le cas d'un accord entre les propriétaires d'un terrain et l'ingénieur chargé de la construction d'appartements, faute d'intention de créer une société ou une personne morale juridiquement autonome. Cette absence d'intention a notamment été déduite de l'absence d'apport effectué par les parties et de compte commun visant à financer l'opération<sup>(2)</sup>.

**75.** L'*affectio societatis*, élément crucial dans les sociétés de personnes dotées de personnalité morale, se révèle d'autant plus important en tant que condition d'existence des sociétés créées de fait. Cette importance s'efface dans les sociétés de capitaux, en particulier les sociétés anonymes.

## **2. Un critère amoindri dans les sociétés anonymes**

**76.** Certes, l'*affectio societatis* est plus intense dans les sociétés de taille modeste; il est absent chez la plupart des actionnaires de sociétés cotées. Néanmoins, même dans celles-ci, la volonté de s'associer et de collaborer sur un pied d'égalité doit être présente. Si l'exigence d'*affectio societatis* y est plus restreinte, l'*intuitu personae* peut jouer un rôle déterminant dans l'introduction de cette notion.

La question de l'*affectio societatis* dans les sociétés de capitaux a donné lieu à une controverse doctrinale dont il importe de restituer les enjeux **(a)**. La théorie de l'unité d'actionnaires a par ailleurs été mise en échec **(b)**. Pourtant, l'*affectio societatis* trouve à nouveau sa place dans ce type de société dès lors qu'il importe la personne des actionnaires-*l'intuitu personae* **(c)**.

---

(1) Juge unique, Sidon, 13 décembre 2016, Rev. AL Adl. 2017, 3, p. 1549.

(2) Tb 1ère instance, Mont-Liban, décision n° 108, 6 Avril 2017, Rev. Al Adl 2017, 3, p. 1447.



#### a- Une existence contestée

77. Chez le gérant et les administrateurs, toutes les caractéristiques classiques de l'*affectio societatis* sont réunies<sup>(1)</sup>.

78. Ceci étant, chez des actionnaires simples bailleurs de fonds, l'*affectio societatis* est réduit à son plus petit dénominateur: la réalisation d'apports et les délibérations communes en vue d'assurer le fonctionnement de la personne morale. Néanmoins, il existe bel et bien. D'ailleurs, en vertu des articles 1844 du C.Civ.fr et 876 COC, la participation aux décisions collectives est un droit de l'associé, non une obligation. En fait, l'*affectio societatis* des actionnaires se traduit par leur participation aux délibérations en assemblée générale, la désignation des membres du conseil d'administration et l'approbation des actes des directeurs et des commissaires aux comptes<sup>(2)</sup>.

Mieux, l'existence de l'*affectio societatis* au sein d'une société anonyme (soumise à la règle de la majorité) ne serait pas affectée par l'absentéisme d'actionnaires lors de ces délibérations. L'obligation d'agir avec prudence et diligence dans l'intérêt de la société, qui pèse sur les administrateurs, de même que la mission de prévention des conflits d'intérêts du conseil d'administration, l'illustrerait. Selon une opinion plus marginale, en renonçant à leurs prérogatives individuelles et en se soumettant à la loi de la majorité, les associés d'une société anonyme feraient preuve d'un *affectio societatis* supérieur à celui des associés d'une société de personnes<sup>(3)</sup>.

79. Un autre courant estime, au contraire, que l'importance accordée au conflit d'intérêts au sein de la société anonyme la rendrait incompatible avec la notion d'*affectio societatis*, qui implique une convergence d'intérêts<sup>(4)</sup>. Davantage, les tenants de la doctrine « objectiviste » considèrent le critère de l'*affectio societatis* comme inopérant face aux actionnaires dormants dans les sociétés par actions cotées en bourse, allant parfois jusqu'à faire état de « contrats d'investissement » entre la société émettrice d'actions et les personnes qui les acquièrent. En outre, dans les sociétés par actions, l'intervention dans les affaires sociales est fréquemment limitée (certificats

---

(1) J. et E. Escarra et R. Rault, op. cit, p. 155.

(2) E. Eid, Les sociétés commerciales, op. cit, p. 73 ; E. Nassif, op. cit, p. 145.

(3) Th. Hassler, *L'intérêt commun*, art. Préc., p. 633.

(4) D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. Joly, 2004, n°17, p. 33.

d'investissement, actions sans droit de vote...). Certains auteurs ont pu mettre en avant le déclin de l'*affectio societatis* dans les sociétés de capitaux, voire sa disparition<sup>(1)</sup>.

**80.** En réalité, l'intensité de l'*affectio societatis* dépend davantage du degré de communauté d'intérêts entre associés que de la forme sociale choisie. Ainsi, un absentéisme n'affectant pas le cours normal de l'activité sociale peut parfaitement expliquer l'existence, au sein d'un même type de société, de plusieurs catégories d'actionnaires animés par *affectio societatis* d'intensité variable.

### **b- Une diversité d'actionnaires**

**81.** L'absence d'une partie des actionnaires aux assemblées générales peut s'expliquer, en partie, par des causes matérielles (éloignement géographique, coût du déplacement...) ou psychologiques (sentiment d'infériorité de l'actionnaire minoritaire, manque de compétences techniques...). Cependant, la participation aux affaires sociales peut aujourd'hui s'effectuer à distance grâce aux nouvelles technologies de la communication (Skype, à titre d'exemple)<sup>(2)</sup>. C'est pourquoi l'intention de s'associer doit avant tout être recherchée-ou évaluée- dans les raisons de la participation des associés aux affaires sociales<sup>(3)</sup>.

**82.** En la matière, la doctrine a longtemps distingué les actionnaires selon qu'ils appartiennent ou non au conseil d'administration. Or, c'est lors de l'acquisition des actions que s'opère la distinction, fondamentale, entre « actionnaires bailleurs de fonds » (qui entendent exclusivement placer leurs capitaux) et « actionnaires de contrôle » (qui souhaitent devenir administrateurs ou faire désigner une personne interposée)<sup>(4)</sup>.

L'actionnaire bailleur de fonds n'a aucune intention de participer à la gestion de la société: il voit l'achat d'actions comme un moyen de rentabiliser ses capitaux, au même titre que la spéculation immobilière

---

(1) J. Bussy, Droit des sociétés, 2è.éd. Dalloz, 2004, p. 149.

(2) V. supra n°45 et n°46.

(3) J. Paillusseau, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967, p. 48 et s.

(4) C. Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962, p. 29 et s.

par exemple. D'ailleurs, c'est souvent un intermédiaire (comme une banque) qui décide comment ses capitaux seront placés, en fonction du contexte économique et monétaire. L'*affectio societatis* est absent de sa démarche.

**83.** Dans les sociétés anonymes, la distinction entre actionnaire majoritaire, actionnaire de contrôle, actionnaire principal, actionnaire de référence, actionnaire significatif et actionnaire minoritaire s'explique par un aspect propre à ce type de sociétés<sup>(1)</sup>. La société anonyme est un mode de gouvernement d'entreprises; en détenant le contrôle, l'actionnaire peut gouverner. L'exercice du pouvoir économique est alors conditionné par l'achat d'actions dans le but de participer activement à cette gestion. Cette intention peut alors aisément être constatée.

La société anonyme n'est donc pas un terreau fertile pour l'*affectio societatis*.

**84.** La taille de la société déterminera également la nature de la participation de l'associé. Dans une société cotée en bourse, il participera à la vie sociale en assistant aux assemblées générales. A cet égard, la société anonyme comprend souvent des actionnaires nombreux se connaissant mal. Cette situation favorise les conflits d'intérêts, dans lesquels un actionnaire exerce ses droits et pouvoirs pour son propre intérêt, pour un intérêt extérieur à la société, ou pour s'octroyer un avantage au préjudice des autres, en violation de l'intérêt de la société. De tels comportements sont sanctionnés.

**85.** Les actionnaires peuvent néanmoins décider d'accentuer l'*intuitu personae* dans les sociétés anonymes, renforçant par suite l'existence de l'intention de s'associer.

### **c- Une introduction de l'*affectio societatis* dans les sociétés anonymes à travers- l'*intuitu personae***

**86.** On l'a vu, l'*affectio societatis* est moindre dans les sociétés anonymes. Pour autant, il n'en est pas totalement absent. Il peut transparaître, ici encore, à travers l'*intuitu personae* introduit dans les

---

(1) G. Damy, *La remise en cause de la notion classique d'associé: vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA 26 juillet 2007, p.7 et s.

sociétés anonymes non cotées en bourse (ne faisant pas d'appel public à l'épargne) et dans les sociétés cotées<sup>(1)</sup>.

En principe, les actions d'une société anonyme sont librement négociables: l'actionnaire peut vendre ses titres, y compris à des tiers, sans autorisation de la société. Mieux, la société peut ignorer l'identité d'un nouveau porteur jusqu'à l'assemblée générale ou la distribution de dividendes.

L'*affectio societatis* est évidemment affecté par le principe de libre négociabilité: les actionnaires perçoivent souvent leurs liens avec la société comme distendus et fragiles car librement révocables. Cependant, en dépit de l'anonymat souvent caractéristique des sociétés de ce type (en particulier des sociétés cotées), l'*intuitu personae* peut y être introduit, dans une certaine mesure, en contrôlant l'entrée de nouveaux actionnaires, par le biais par exemple de clauses d'agrément. Eu égard aux liens étroits entre *intuitu personae* et *affectio societatis*, l'introduction du premier dans de telles sociétés permettrait d'y renforcer l'existence du second.

**87.** En incluant une clause d'agrément dans les statuts, les actionnaires peuvent contrôler les négociations de titres. En droit français, les articles L. 228-23 et suivants du Code de commerce précisent, qu'à condition que la société ne fasse pas d'appel public à l'épargne, de telles clauses soumettent la vente d'actions à l'accord de l'assemblée générale ordinaire ou du conseil d'administration, selon le cas. En cas de refus, la société doit s'engager à désigner un acquéreur. La clause d'agrément s'accompagne en outre d'un engagement de préemption, pour éviter à l'actionnaire de se retrouver prisonnier de son titre. Enfin, une telle clause suppose que les titres soient nominatifs<sup>(2)</sup>.

**88.** Ces clauses ont, au Liban, un fondement davantage jurisprudentiel et doctrinal<sup>(3)</sup>. En l'absence de dispositions expresses, il n'existe pas de véritable obstacle à l'insertion de telles clauses dans les statuts, que la société soit cotée ou non<sup>(4)</sup>: la liberté contractuelle

---

(1) A. Morin, *Intuitu personae et sociétés cotées*, RTD. com 2000, p. 302 et s.

(2) Ph. Merle, op. cit, p. 392.

(3) Gh. Issa, *Les accords entre actionnaires dans les sociétés anonymes*, Al. Haditha, 2008, 48 et s.

(4)

suppose que de telles questions puissent être réglementées, sans heurter le principe de libre négociabilité des actions, d'ordre public.

L'existence de telles clauses permet de conclure à l'existence de l'*affectio societatis* au sein de sociétés de capitaux<sup>(1)</sup>.

**89.** La négociabilité de l'action est renforcée dans les sociétés cotées en bourse (faisant appel public à l'épargne). L'*intuitu personae* – intrinsèquement lié, comme on l'a vu, à l'*affectio societatis* – n'en est pas pour autant absent, comme en témoigne un certain recul de l'anonymat- tantôt imposé, tantôt simplement encouragé.

En droit français, l'action en numéraire partiellement libérée, de même que les titres détenus par toute personne disposant d'informations privilégiées sur le fonctionnement de la société doivent être nominatifs<sup>(2)</sup>. En outre, la loi de 1981 sur la dématérialisation<sup>(3)</sup> a imposé l'inscription en compte de toutes les valeurs mobilières, ouvrant la voie à l'identifiabilité des titres au porteur, ceux-ci devant dès lors être enregistrés. Le titre au porteur identifiable était créé, six ans plus tard, par la loi sur l'épargne de 1987<sup>(4)</sup>.

Au Liban, le législateur a promulgué la loi n° 75/2016<sup>(5)</sup> interdisant aux sociétés anonymes libanaises, cotées ou non, d'émettre des actions au porteur et des actions à ordre à partir de son entrée en vigueur. Ces sociétés peuvent ainsi émettre des actions nominatives permettant d'identifier le cédant et le cessionnaire. Cette loi fait partie intégrante de la nouvelle réforme du Code de Commerce libanais intervenu en Avril 2019<sup>(6)</sup>.

**90.** L'identifiabilité des actionnaires est également encouragée dans un souci de transparence. L'épargnant, soucieux de savoir si la société dans laquelle il envisage de placer des capitaux est suffisamment

---

(1) TGI Paris, 14 mars 1973, Gaz. Pal. 1973, II, note M. Peisse, p. 913 ; RTD com. 1974, note R. Houin, p. 104.

(2) Article L. 228-9 C.com.fr: « *L'action de numéraire est nominative jusqu'à son entière libération...* » ; A. Morin, *Intuitu personae et sociétés cotées en bourse*, art. préc., p. 305 et s.

(3) La loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le conseil des communautés européennes.

(4) La loi n°87-416 du 17 juin 1987.

(5) La loi n° 75 du 27 octobre 2016.

(6) La loi n°126 du 29 mars 2019 (article 104CCCL)

dynamique, aura tendance à se renseigner sur l'identité de ses dirigeants et principaux actionnaires.

En droit des sociétés comme en droit boursier, l'obligation d'information pesant sur les actionnaires ayant atteint un certain seuil de participation au capital ou de votes fait l'objet d'une réglementation de plus en plus contraignante.

La sélection d'un actionnaire ou l'octroi d'avantages particuliers peut dépendre d'une de ses qualités. Cet *intuitu personae*, qualifié de positif, témoigne de la volonté, déjà évoquée, de faire reculer l'anonymat. À cet égard, le double droit de vote accordé aux actions nominatives entièrement libérées et détenues par un même actionnaire depuis plus de deux ans dans les entreprises de diversification des valeurs mobilières<sup>(1)</sup> s'analyse également comme un moyen de stimuler l'*affectio societatis* de l'actionnaire. Un *intuitu personae* « négatif » justifierait la sortie volontaire de la société à l'occasion de l'entrée d'un tiers ou de la montée en puissance d'un actionnaire, ou la sortie forcée de l'actionnaire devenu indésirable<sup>(2)</sup>. Or, la sortie ou le maintien d'un actionnaire doit, dans pareilles hypothèses, s'analyser comme la disparition ou le maintien de l'*affectio societatis*.

**91.** La conclusion de pactes extrastatutaires, dont la validité est contestable et controversée, entre certains actionnaires permet, en droit boursier, le contrôle de l'aliénation de titres (droits de préférence ou de préemption) <sup>( 3 )</sup>. Par ailleurs, l'action de concert, consacrée juridiquement, traduit une volonté d'agir ensemble ou une identité de comportement; elle limite les cessions aux membres du pacte ou à des tiers agréés. Là encore, l'*intuitu personae* est évident.

L'importance croissante accordée à l'*intuitu personae* dans les sociétés cotées doit s'interpréter comme une tentative de réintroduction – ou du moins de renforcement – de l'*affectio societatis*.

**92.** La pratique des affaires a, pourtant, montré que le recul de l'anonymat n'est pas au aujourd'hui mis au service de l'introduction de

---

(1) Article 117 CCL et L. 225-123 C.com.fr.

(2) V. *Infra*, n°110 et s.

(3) D. Velardocchio-Flores, Les accords extrastatutaires entre associés, PUMA, 1993, p. 18 ; Y. Guyon, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002, p. 303 ; J-P. Storck, *La validité des conventions extrastatutaires*, D. 1989, chr., p. 267 ; Gh. Issa, *op. cit.*, p.132 et 133.

*l'intuitu personae*, mais répond davantage à des impératifs de transparence ou à des exigences d'ordre international ayant trait à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, en particulier au Liban.

93. Le déclin de la notion d'*affectio societatis* et du rôle d'identificateur de la société et de l'associé, qui lui était traditionnellement attribué par les jurisprudences et les doctrines françaises et libanaises nous pousse à nous demander si cette notion latine, négligée par les législateurs, saura subsister tandis que les considérations d'ordre économique occupent une place croissante dans le monde des affaires. Une réponse affirmative supposerait de se pencher sur deux autres questions D'une part, comment pourrait-on justifier la survie de cet élément morale face à l'expansion du critère économique? D'autre part, cet élément moral (*l'affectio societatis*) et le critère économique se contredisent-ils ou, au contraire, se complètent-ils?

## **II. Le recul de l'*affectio societatis* au profit des considérations économiques**

94. Récemment, la France et le Liban ont vu émerger une tendance législative consistant à désigner la technique sociétaire comme technique privilégiée d'organisation de l'entreprise et d'éliminer ou d'assouplir des modalités de constitution, d'administration et de dissolution jugées trop complexes. En mettant à la disposition des investisseurs nationaux et internationaux - une variété d'outils propres à optimiser l'exploitation de leurs entreprises, les législateurs espèrent favoriser l'investissement. Ces nouvelles dispositions visant à attirer les investisseurs et la prospérité économique ont emporté des conséquences sur les notions classiques de société et d'associé et, par suite, sur *l'affectio societatis* traditionnellement reconnu comme identificateur des sociétés (A) et de la qualité d'associé (B)

### **A. Les effets sur la notion classique de société**

95. Dans ce paragraphe seront évoqués deux facteurs ayant fortement amoindri la notion d'*affectio societatis*: la légalisation de la société unipersonnelle (1) et le refus du législateur d'admettre l'absence

d'*affectio societatis* comme cause de nullité de la société, de dissolution ou d'exclusion de l'associé (2).

### **1. L'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle: une notion obsolète**

**96.** Rompant avec une longue tradition juridique en vertu de laquelle seul un contrat pouvait permettre la création d'une société, la loi du 1<sup>er</sup> avril 2019 a modifié l'article 844 du Code des obligations et des contrats, afin de permettre la constitution d'une société par un acte unilatéral dans des cas prévus par la loi<sup>(1)</sup>. Modifiant le décret-loi n°35 du 5 août 1987 réglementant la société à responsabilité limitée, l'article 93 du nouveau texte prévoit expressément la possibilité d'instituer une société unipersonnelle à responsabilité limitée: « *La société à responsabilité limitée est une société commerciale composée d'un ou de plusieurs associés dont la contribution aux pertes est limitée au montant des apports* ».

**97.** Par ailleurs, la loi n° 85 du 10 octobre 2018 a modifié et ajouté des articles au décret-loi n°46 du 24 juin 1983 instituant et organisant l'activité des sociétés offshore. L'article premier du décret a été modifié afin de permettre la création de sociétés offshore unipersonnelles. Faute de précision dans les textes en vigueur jusqu'alors<sup>(2)</sup>, le minimum de trois associés prévu par le Code de commerce en matière de sociétés anonymes libanaises trouvait également à s'appliquer aux sociétés offshore. Désormais, en vertu de la loi précitée du 10 octobre 2018, un alinéa de l'article 3 du décret a été ajouté pour permettre à une personne physique ou morale de créer, seule, une telle société et de jouir des prérogatives réservées aux associés (conseil d'administration, assemblée générale et signature des décisions prises dans ce cadre).

---

(1) Nouvel article 844 COC: « *La société est un contrat synallagmatique par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun en vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter.*

*Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté unilatéral, d'une seule personne »*

En France, la loi de 11 juillet 1985 a modifié l'article 1832 du Code civil, afin de permettre la constitution d'une société par acte unilatéral.

(2) Le décret-loi n°46 voté le 24 juin 1983 et modifié par les lois n°409/95, n° 253/2000 et n°19/2008.



La consécration de cette forme sociale permettra, d'un côté, d'éviter le recours à des prête-noms et, partant, la création des sociétés fictives, établissant ainsi une certaine transparence. D'un autre côté, ce mouvement législatif devrait renforcer l'attractivité du Liban en matière d'investissement offshore.

**98.** Le législateur libanais s'est néanmoins abstenu d'intégrer à cet arsenal législatif l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)<sup>(1)</sup>, qui présente pourtant, pour les investisseurs, de nombreux avantages, sans porter atteinte à la notion d'*affectio societatis*, dès lors que celui-ci n'est pas requis dans ce type de structure. Par contre, le législateur français, par le biais de la loi PACTE, a rendu plus attractif le régime de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée en facilitant, à titre d'exemple, la partition caractéristique de ce type d'entreprise et en réaménageant le régime des sanctions; l'entrepreneur ne peut plus faire l'objet de faillite personnelle s'il dispose des biens du patrimoine affecté comme s'ils étaient compris dans un autre patrimoine<sup>(2)</sup>.

**99.** En effet, la société unipersonnelle, indéniablement intéressante d'un point de vue économique et attractive pour les investisseurs, heurte de front plusieurs concepts du droit des sociétés libanais, dont celui d'*affectio societatis*. Ainsi, l'idée de collaboration, clé de voûte de la notion d'*affectio societatis*, paraît exclue par la technique de la société unipersonnelle; la collaboration suppose une pluralité d'associés, un associé unique n'ayant, à première vue, personne avec qui collaborer.

Lorsque la société est unipersonnelle, l'intention de s'associer ne peut que se confondre avec celle de créer une société: l'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société et de se comporter comme le membre d'une personne morale. Il doit donc avoir le souci de respecter l'objet social dans la gestion quotidienne et d'éviter toute confusion entre les biens sociaux et ses biens personnels.

Par conséquent, dans une société unipersonnelle, la volonté de se comporter en associé et non en entrepreneur individuel doit exister chez l'associé unique tant au moment de la création de la société

---

(1) E. Dubuisson, *Entreprise. Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)-constitution et modification du patrimoine affecté*, J-CL Ent-ind. 2011, fasc.952-1, n°77, p. 15 ; S. Mougharbel, *EIRL-Etude Comparative*, Rev. Al. Adl., 2, 2012, p. 1234.

(2) Article L. 653-3 modifié du Code de commerce français.

qu'ultérieurement, sous peine de voir la société tenue pour fictive en raison de la confusion entre le patrimoine social et celui de l'associé.

**100.** Il est dès lors indispensable d'avoir une conception assez large de l'intention de s'associer, de sorte qu'elle corresponde à toutes les hypothèses, tout en conservant son intérêt pratique. Et si le contenu ainsi donné à l'*affectio societatis* peut paraître réducteur, la notion n'en conserve pas moins tout son intérêt. Bien sûr, contrairement aux sociétés pluripersonnelles, il n'est pas question de reconnaître à l'intention de s'associer un rôle qualificateur. On ne peut, en effet, imaginer une société unipersonnelle créée de fait. Cependant, l'*affectio societatis* conserve pleinement son utilité pour permettre la distinction entre associé unique et entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne requérant pas l'intention de s'associer<sup>(1)</sup>.

**101.** Certains auteurs<sup>(2)</sup> estiment que l'*affectio societatis* conserve son utilité en matière de société unipersonnelle à condition de lui accorder un sens précis: celui de l'intention de créer une société. Néanmoins, la majorité de la doctrine<sup>(3)</sup> refuse d'accorder plusieurs définitions à une notion à l'origine instable et ambiguë, et se fondent sur le caractère unipersonnel de la société pour prouver l'inutilité de la notion d'*affectio societatis*.

D'autres facteurs atténuent le rôle de l'*affectio societatis* dans le monde des sociétés en tant que technique d'organisation d'entreprise, en particulier l'absence de sanction en cas d'absence d'*affectio societatis* lors de la constitution de la société ou en en cours de vie sociale.

---

(1) En France, l'article L. 526-6 du Code de commerce dispose désormais que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale* ».

(2) Ch. Cutajar, *L'affectio societatis réside dans l'acceptation des risques nés de la création de la société*, in de l'EURL à la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de la société par l'uni personnalité, LPA, 15 sept. 2000, n°185, p.48 ; S. Mansour, *La société unipersonnelle en droit libanais*, Rev. Al-Adl 1996, p. 121 et s.

(3) P. Serlooten, *L'affectio societatis est une notion à réviser*, Mél.Y.Guyon, Dalloz, 2003, p.1017.

## 2. La sanction de l'absence d'*affectio societatis* lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale

**102.** Il importe de noter que l'indifférence abusive de l'actionnaire n'engage pas sa responsabilité, et la loi, au Liban comme en France, ne retient pas explicitement le défaut d'*affectio societatis* comme une cause de nullité ou de dissolution de la société.

### a- Nullité des sociétés

**103.** Il est vrai que le défaut d'*affectio societatis* ne figure pas parmi les causes de nullité de la société. Cependant, dans la mesure où elle est considérée par la jurisprudence et la doctrine comme un élément constitutif de la société sur la base des articles 844 COC, et 1832 et 1833 C. civ.fr, son absence lors de la création de la société ne saurait être dépourvue d'effets; doit-elle conduire à la nullité de la société ou à son inexistence?

**104.** La jurisprudence française a souvent eu recours à la notion d'inexistence pour contourner les restrictions imposées par le Code de commerce et le Code civil en matière de nullité de sociétés. En effet, la Cour de cassation a d'abord considéré que le défaut d'*affectio societatis* devait entraîner l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés, et excluait que leurs apports puissent intégrer un patrimoine commun<sup>(1)</sup>. De nombreuses décisions prononçant l'inexistence de sociétés pour défaut d'*affectio societatis* ont été rendues au fil des ans<sup>(2)</sup>.

L'hésitation entre nullité et inexistence révèle un enjeu important, puisque la seconde, rétroactive, échappe à tout délai de prescription et ne peut être régularisée.

**105.** L'*affectio societatis* est bien une condition de validité de la société dès lors qu'il permet de sanctionner une société fictive, c'est-à-dire une apparence de société, manipulée par un seul personnage, ne visant pas dès le début la constitution d'une société unipersonnelle, maître de l'affaire entouré de prête-noms dont la fonction consiste essentiellement à signer à l'avance des cessions de parts en blanc. Une telle société est nulle faute de pluralité d'associés et d'*affectio societatis*.

---

(1) Civ, 3e ch, 8 janv 1975, *Bull. Civ.* III 1975, p.2.

(2) Com, 19 déc.1983, *RTD. Com* 1984, note E. Alfandari et M. Jeantin, p.477.

Elle ne constitue en réalité qu'un fantôme de société, une société inexistante<sup>(1)</sup>.

**106.** En France, un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 juin 1992 a finalement écarté la théorie de l'inexistence, jugeant « *qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante* »<sup>(2)</sup>. Il en résulte, d'une part, que le délai de prescription de l'action est de trois ans, et, d'autre part, une absence de rétroactivité.

A cet égard, la nullité en matière de société s'éloigne du régime général des nullités par son absence de rétroactivité: elle n'est qu'un cas de dissolution. La société n'est nulle que pour l'avenir, et existait antérieurement en tant que société de fait. Création jurisprudentielle et doctrinale, la notion de société de fait vise à tempérer les effets de l'annulation de la société, telles la perturbation des relations économiques et commerciales et la dissipation des droits des tiers<sup>(3)</sup>.

Prononcer l'inexistence d'une société pour défaut d'*affectio societatis* reviendrait à considérer que le contrat de société n'a jamais existé. Par suite, qu'en serait-il du sort des relations établies antérieurement au jugement? Cette inexistence serait-elle compatible avec la nature et le but de la société?

**107.** En droit libanais, la théorie générale des contrats a reconnu l'inexistence pour sanctionner le défaut d'objet ou de cause dans les contrats, sans pour autant mettre en place les critères d'application de cette inexistence, et sans la distinguer clairement de la nullité absolue<sup>(4)</sup>. La question de la sanction du défaut d'*affectio societatis* reste néanmoins en suspens.

**108.** Une analyse en matière de nullité de la société pour défaut d'*affectio societatis* mérite une attention particulière. Lorsque le contrat de société a donné lieu à une immatriculation, l'*affectio societatis* a pratiquement perdu sa qualité d'élément constitutif de la société, car son absence au moment de la conclusion du contrat ou sa disparition après

---

(1) S. Mougharbel, op. cit, p. 177.

(2) Com, 16 juin 1992, D.1993, note L. Collet, p.508.

(3) E. Nassif, Les sociétés commerciales, étude comparative, Halabi, Bey., 2017, p. 58 et s.

(4) F.H-Chahine, *La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques*, POEJ, 1994, p.69. et Ch. Laroumet, Droit civil, in Les obligations, tome III, 1ère partie, 3eéd. Economica, 1986, no532: sur l'inutilité de la distinction entre l'inexistence et la nullité absolue quant à la nécessité de l'action en justice.

l'immatriculation n'entraîne pas l'annulation de la société immatriculée, comme ce devrait être le cas lorsqu'il est constaté que l'un des éléments constitutifs de la société fait défaut.

**109.** L'examen des jurisprudences française et libanaise ne révèle aucune décision ayant prononcé la nullité d'une société immatriculée pour défaut d'*affectio societatis*. Chaque fois qu'est prononcée la nullité d'une société fictive, ce n'est pas en raison d'un défaut d'*affectio societatis*, mais parce qu'un faisceau d'indices distincts de l'*affectio societatis* prouve qu'elle ne constitue qu'une façade.

Par conséquent, L'absence d'*affectio societatis* durant la constitution de la société, surtout si elle est immatriculée, n'est pas retenue, en elle-même, comme une cause de nullité par les textes et la jurisprudence<sup>(1)</sup>. Quelle est, dès lors, la conséquence de la disparition de l'*affectio societatis* en cours de vie sociale?

#### **b- Dissolution de la société et exclusion de l'associé**

**110.** La mésentente entre associés constitue l'un des aspects de la disparition de l'*affectio societatis*. L'action en dissolution prévue aux articles 1844-7 al. 5 C. civ. fr et 914 COC a souvent été considérée comme la sanction d'un *affectio societatis* malade, voire disparu: la dissolution de la société pour mésentente entre associés ou inexécution des obligations.

**111.** Un des justes motifs de dissolution les plus couramment invoqués est la mésentente entre associés, qui trouve sa cause dans la défaillance de l'*affectio societatis*<sup>(2)</sup>. Il ressort de l'examen systématique des jurisprudences libanaise et française que la mésentente est en elle-même insuffisante pour provoquer la dissolution encore faut-il que la société se trouve menacée de ruine ou, à tout le moins, paralysée. La mésentente n'est donc pas retenue comme motif de dissolution de la société tant que celle-ci est économiquement viable, prospère et que ses organes fonctionnent normalement<sup>(3)</sup>.

---

(1) CA. Aix-en-Provence, 7 avr.1970, Rev.Soc.1971, note D.Schmidt, p.576 ; Cass. Civ., 3e ch., 25 janvier 2018, Bull. Joly. Soc. 2018, note R. Dalmau, p. 210.

(2) H. Matsopoulou, *La dissolution pour mésentente entre associés*, Rev.Soc.1998, p.21 ; T. Zein, *L'exclusion de l'associé: étude comparée du droit français et du droit libanais*, LGDJ, Bey., 2013, 109 et s.

(3) Idem.

Une telle solution réduit l'importance de la notion d'*affectio societatis* et revient, de fait, à affirmer qu'un associé peut être dépourvu de toute volonté de collaboration active, sans que la société soit dissoute, ni qu'il perde sa qualité d'associé. L'*affectio societatis* impose ainsi à l'associé mécontent d'oublier ses griefs dès lors que le maintien de la vie sociale profite à tous. De nouveau, le critère économique prime ici sur l'*affectio societatis*, élément moral.

Ainsi, un cas de mésentente illustre la disparition de l'intention de collaborer entre associés. La carence de cet élément moral n'entraîne pas la dissolution de ce groupement, à moins qu'elle ne paralyse le fonctionnement de la société. La disparition de l'*affectio societatis* ne suffit pas à elle seule à motiver sa dissolution. Dans le contexte de la société économiquement viable, une dissolution ne constituant pas une solution opportune, l'exclusion de l'associé ayant perdu son *affectio societatis* pourrait-elle être une solution envisageable?

**112.** En France, certains auteurs ont proposé de fonder l'exclusion judiciaire de l'associé ayant agi en dissolution directement sur un manque d'*affectio societatis*.

En droit libanais, l'exclusion judiciaire d'un associé peut être envisagée comme alternative à la dissolution dans deux cas, résultant d'une lecture combinée des articles 64 du Code de commerce<sup>(1)</sup> et 914 et 918 du Code des obligations et des contrats<sup>(2)</sup>: d'une part, en cas d'inexécution des obligations, lorsque l'apport n'est pas délivré à la date convenue, et d'autre part lorsque l'associé à l'origine de la

---

(1) Article 64 du Code de commerce: « *les causes de dissolution communes à toutes les sociétés commerciales sont: 1- l'expiration du temps pour lequel la société avait été constituée ; 2- la fin normale de l'entreprise envisagée ; 3-La disparition de l'objet même de l'entreprise.*

*En outre le tribunal peut toujours, à la requête d'associés, soit prononcer la dissolution de la société pour de justes motifs dont il apprécie la portée, soit prononcer l'exclusion de tel associé qui ne remplit pas ses obligations sociales* ».

(2) Article 914 COC: « *tout associé peut poursuivre la dissolution de la société, même avant le terme établi, s'il y a de justes motifs, tels qu'une mésintelligence grave survenue entre les associés, le manquement d'un ou de plusieurs d'entre eux aux obligations résultant du contrat, l'impossibilité où ils se trouvent de les accomplir....* », et Article 918 al.1: « *Dans le cas prévu à l'article 914 COC et dans tous les cas où la société est dissoute par la mort, l'absence, l'interdiction ou l'insolvabilité déclarée de l'un des associés, ou par la minorité des héritiers, les autres associés peuvent continuer la société entre eux, en faisant déclarer par le tribunal l'exclusion de l'associé qui donne lieu à la dissolution* ».

mésentente entre associés perturbe l'activité de la société économiquement viable. Plusieurs arrêts ont prononcé l'exclusion d'un tel associé afin d'assurer la survie de cette entité économique, en particulier si les autres associés la souhaitent<sup>(1)</sup>.

**113.** Cette vente forcée est également réalisable lorsque l'actionnaire ne s'est pas acquitté de la totalité du montant de ses actions, après notification. Le nouvel article 121 du Code de commerce libanais en a étendu l'application à toutes les sociétés anonymes, cotées ou non. Une telle vente est justifiée par l'absence d'intention de s'associer déduite de l'absence de paiement; en réalité, cette hypothèse est erronée, dès lors que l'actionnaire peut faire face à des circonstances imprévues l'empêchant de payer tout en conservant son intention de s'associer.

Le législateur français, à l'inverse, est resté muet quant à l'exclusion judiciaire d'un associé exprimant explicitement ou implicitement son désir d'abandonner cette qualité. La jurisprudence, en l'absence de texte accordant un tel pouvoir au juge, n'a pas hésité à écarter l'exclusion de l'associé indifférent au sort de la société comme réponse à une action en dissolution, sur demande des autres associés<sup>(2)</sup>.

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a intégré la résiliation et la résolution unilatérale permettant au créancier, à ses risques et périls, de mettre fin au contrat par voie de notification. Sauf urgence, le créancier doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution; ce dernier tranche la justesse de l'acte de créancier.

---

(1) Tb 1ère instance bey., 3e ch.com, 3/7/2014, Gras Savoye S.A/ Christian Nassif, n°163/280-201, inédit; Juge unique Beyrouth, 25 fév.1955, *RJL* 1955, p.185 ; *Rec. Hatem*, t.24, p.40: « *En application du dernier alinéa de l'article 64, il faut exclure l'associé contre lequel ont été intentées les actions suivantes: manœuvres frauduleuses, abus de confiance, abus de biens sociaux et chèque sans provision* ».

(2) Com., 12 mars 1996, *Rev. Soc.* 1996, note D. Bureau, p. 554 ; Y. Guyon, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5e éd., 2002, n°49 ; Sur la question de l'exclusion judiciaire, v. T. Zein, *L'exclusion de l'associé: étude comparée du droit français et du droit libanais*, thèse préc., p. 111 et s.

Le législateur reste silencieux sur la question en droit des sociétés; en consacrant cette possibilité de résolution unilatérale par le créancier, avait-il l'intention de l'étendre aux associés créanciers de la part sociale non couverte par l'associé-débiteur?

Une telle hypothèse est loin d'être approuvée, ces nouvelles dispositions étant contraires à l'esprit des textes et de la jurisprudence en la matière, qui écartent la possibilité de mettre fin au contrat de l'associé défaillant en l'absence d'une clause statutaire le permettant.

Si le droit commun des contrats s'applique aux sociétés en l'absence de dispositions spéciales, encore faut-il qu'il soit conforme à l'esprit des textes spéciaux et qu'il ne les contredise pas. Or, ces derniers n'admettent pas l'exclusion judiciaire; *a fortiori*, l'exclusion volontaire d'un associé en l'absence d'un accord préalable de sa part paraît difficilement envisageable.

**114.** Le droit français admet désormais, comme un moyen de sauver l'entreprise en difficulté, l'éviction de l'actionnaire refusant de coopérer à l'exécution du plan de redressement, sans qu'il ait nécessairement perdu sa volonté de s'associer<sup>(1)</sup>. Pour autant, l'exclusion n'est-elle pas également une sanction exigée par des considérations d'ordre économique, et non exclusivement le résultat de la perte de l'intention de s'associer?

Le législateur français, souhaitant par la réforme de 2016 étendre le rôle du juge en droit des contrats, n'avait-t-il pas l'opportunité d'intégrer l'exclusion judiciaire comme sanction de la carence de l'*affectio societatis* chez un associé? Son silence ne trahit-il pas sa perte d'intérêt pour la notion d'*affectio societatis* comme élément déterminant de la qualité d'associé, et son attachement grandissant à la préservation de l'entité économique, que ses membres soient animés ou non par l'intention de s'associer?

D'autres attitudes des législateurs français et libanais ont amené à une remise en cause de l'utilité de la notion d'*affectio societatis* dans la révélation de la qualité d'actionnaire ou d'associé.

---

(1) V. Infra, n°138.



## **B. Actionnaire et investisseur: vers une notion plurielle?**

**115.** Les exemples énoncés ici témoignent d'un détachement de la qualité d'actionnaire vis-à-vis de l'existence de l'intention de s'associer supposée animer les actionnaires au moment de la constitution de la société comme en cours de vie sociale.

### **1. La participation de non-actionnaires à la vie de la société (la *corporate governance*)**

**116.** Le nouvel article 147 du Code de commerce libanais précise que l'assemblée générale peut nommer les administrateurs parmi les actionnaires ou les non-actionnaires<sup>(1)</sup>. Par suite, des personnes ne participant pas à la constitution du capital social peuvent néanmoins contribuer à la direction ou à l'administration de la société. En effet, la distinction entre titulaires de fonds et membres du conseil d'administration constitue le noyau dur de la bonne gouvernance, que la société soit ou non cotée en bourse.

En outre, le nouvel article 153 permet de distinguer les fonctions du président du conseil d'administration de celles liées à la gestion de la société, et de nommer un directeur général en séparant ses fonctions de celles du président, le président du conseil d'administration pouvant toutefois cumuler cette qualité et celle de directeur général.

Selon une lecture combinée des articles 144 et 153, le président et le directeur, nommés par les membres du conseil d'administration, peuvent être actionnaires ou non, libanais ou étrangers.

**117.** Les dispositions précitées traduisent la volonté du législateur d'étendre la philosophie de la « *corporate governance* » aux sociétés anonymes libanaises (cotées ou non), sans pour autant l'intégrer de manière autonome et générale à tous les types de société, mais en lui offrant un caractère optionnel<sup>(2)</sup>.

---

(1) L'article 44 de la nouvelle loi a modifié l'article 47 et l'article 45 a modifié l'article 153. Nouvel art. 147: « *L'assemblée générale nomme les membres du conseil d'administration par les actionnaires ou les non actionnaires* ».

Nouvel art. 153 al. 3: « (...) *Le conseil d'administration nomme un directeur général parmi les actionnaires ou les non actionnaires à condition qu'il soit une personne physique* ».

(2) Cette réforme fut également l'occasion, pour le législateur libanais d'intégrer dans la définition de la société ses responsabilités sociétaux et environnementaux. Ce dilemme n'est également pas résolu en France, l'article 61 du projet de la loi PACTE suggérant l'ajout à l'article 1833 un alinéa édictant « *...la société est gérée dans son intérêt social et en prenant*

Jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2019, la circulaire intermédiaire de la BDL n°10708/201 modifiant la circulaire n°9382/2006 avait introduit l'idée de bonne gouvernance dans les banques libanaises. L'article 2 de la circulaire de 2011 incitait les banques à mettre en place un « *corporate governance guide* » contenant des informations sur ses organes administratifs. Ceci s'inscrit dans les efforts déployés depuis un certain temps par la BDL pour encourager les établissements bancaires à adopter des pratiques de gouvernance saines et à gérer les affaires de manière transparente.

En France, la *corporate governance* a pris plus favorablement la traduction de « gouvernement d'entreprise ». Particulièrement en droit des sociétés, la loi NRE du 15 mai 2001 a transposé en droit français les règles de la *corporate governance*<sup>(1)</sup>.

**118.** Outre la possibilité accordée à l'assemblée de distinguer les détenteurs de capitaux des personnes exerçant le pouvoir de direction, les nouvelles dispositions ont renforcé l'obligation, pour le conseil d'administration, de délivrer une information détaillée, claire et juste avant la tenue de l'assemblée générale, introduisant ainsi davantage de transparence dans ce type de sociétés – qui constituent les structures les plus attractives pour les investisseurs – et rétablissant une certaine confiance envers les membres du conseil d'administration, à l'égard desquels des doutes, voire une certaine défiance, avaient pu s'installer<sup>(2)</sup>.

**119.** Abstraction faite des critiques pouvant être adressées à la modification des règles relatives au conseil d'administration par la nouvelle réforme, il y a lieu de s'interroger sur la possibilité, pour une personne ne détenant aucune action et, en conséquence, dépourvue de la qualité d'actionnaire, de participer à la direction de la société. Ce nouveau modèle d'administration de la société admet donc que participent à la vie sociale des personnes dépourvues de la qualité d'actionnaire, ne faisant pas d'apport et ne détenant pas de titres du

---

*en considération les enjeux sociaux et environnementaux* », n'a pas été adopté jusqu'en ce moment.

(1) Cette loi a consacré officiellement la réception des règles du gouvernement d'entreprise en France.

(2) C'est la raison pour laquelle il apparaît que la philosophie de la « *corporate governance* » emporte une consécration de la notion d'*affectio societatis*.

capital; celui-ci n'affaiblit-il pas davantage le rôle de l'*affectio societatis* en tant que critère déterminant de la qualité d'associé ou d'actionnaire? Ne complique-t-il pas la distinction entre actionnaire et investisseur?

**120.** Le législateur avait d'abord l'intention d'introduire davantage de transparence, de rétablir une certaine confiance, et d'attirer ainsi les investisseurs étrangers. Cette dernière tâche s'avère plus importante que la sauvegarde des notions traditionnellement liées à la qualité d'actionnaire.

## **2. L'actionnaire dépourvu d'intention ou de moyens de collaborer**

### **a- Actions de préférence sans droit de vote**

**121.** Au Liban, la réforme de 2019 est allée plus loin encore: les sociétés anonymes (cotées ou non) peuvent désormais émettre des actions de préférence sans droit de vote<sup>(1)</sup>. Le législateur libanais a introduit, dans le Code de commerce, une série d'articles en encadrant l'émission<sup>(2)</sup>. L'objectif principal est d'assurer des sources de financement supplémentaires à ces sociétés, cet outil s'étant révélé fructueux en matière bancaire après l'entrée en vigueur de la loi n°308/2001.

Ces actions<sup>(3)</sup> avaient été introduites en droit français par l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>(4)</sup> dans un souci d'unification et de mise

---

(1) Article L. 228-11 (1) C.Com.fr: « Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent (...).

(2) Article 36 de la nouvelle loi a ajouté au Code de commerce libanais, Livre II, Titre II, chapitre 2, 1ère partie, les articles 121-2/12.

(3) Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005793147>

(consulté le 01/06/2019)

(4) FRECHETTE-KERBRAT et BOULIN, *Nouveau régime du rachat d'actions: quelles opportunités au regard du régime des actions de préférence rachetables?*, Option Finance 25 mars 2013, p. 28 ; GERMAIN, *Les actions de préférence: le nouveau régime de création et de suppression*, in *Le nouveau droit des valeurs mobilières après la réforme du 24 juin 2004*, Dr. et patr. 2004, no 130 ; *La création et la disparition des actions de préférence*, RD bancaire, fin. sept.-oct. 2004, p. 367 ; A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. DEVENDEUIL et la collaboration de LE PAVEC, *Actions de préférence: questions de praticiens*, JCP E 2005, p.1045 et 1086 ; R. KADDOUCH, *LBO: actions de préférence ou pactes d'actionnaires*, JCP E juin 2006, no 1953, p. 1072 ; P. LE CANNU, *Sur les actions de*

en conformité avec la pratique internationale, et en particulier avec la pratique américaine des « *preferred shares*<sup>(1)</sup> ». Suivant la même logique, quinze ans plus tard, le législateur libanais ne pouvait conserver des règles impropres à répondre aux exigences économiques actuelles.

En tout état de cause, les actionnaires acquérant de telles actions sont-ils de véritables actionnaires? En particulier, selon la théorie objectiviste, la qualité d'actionnaire est octroyée à celui qui fait un apport et jouit de droits politiques.

**122.** Ces actions accordent en principe à leurs titulaires des droits de nature pécuniaire: priorité ou privilège sur les bénéfices ou dividendes, et accès à des avantages particuliers. En contrepartie, en vertu du nouvel article 121(1- 12) du Code de commerce libanais, les détenteurs de ces actions sont, en principe, privés du droit de discuter, de participer et de

---

*préférence dans les SAS*, Bull. Joly 2006. 1311 ; P. LEDOUX, *La nature de la préférence*, Bull. Joly 2006.1219 ; H. LE NABASQUE, *Réforme du rachat des actions de préférence*, RD bancaire. fin. nov. 2014. Comm. 217 -*Sort des actions de préférence émises au profit d'actionnaires nommément désignés*, RD bancaire fin. 2005. 31 -*Sort des actions de préférence en cas de fusion ou de scission de la société émettrice*, RD bancaire fin. 2005, p. 30, A. LIENHARD, *Présentation de l'ordonnance réformant les valeurs mobilières*, D. 2004. 1956 ; C. MALECKI, *Attribution d'actions de préférence aux dirigeants*, Bull. Joly 2006, p.1276, D. MARCHETEAU, *Capital-risque et émission d'actions de préférence: contraintes et défauts de l'ordonnance du 24 juin 2004*, Actes pratiques no 6, nov.-déc. 2008, p. 35 ; D. MARTIN, O. SABA et C. FALLET, *Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence*, JCP E 2010, p. 1821 ; Th. MASSART, *Les actions de préférence et la question du droit de vote*, in *Le nouveau droit des valeurs mobilières après la réforme du 24 juin 2004*, Dr. et patr. 2004, no 130 ; J. MESTRE, *La réforme des valeurs mobilières*, Lamy sociétés commerciales 2004, no 174 ; F. MONOD, *Actions de préférence*, Juridictionnaire Joly, 2005, no 5 ; MORTIER, *Dispositions relatives au rachat des actions de préférence*, Rev. Soc 2014. 627 ; J-M. MOULIN, *Les actions de préférences*, LPA 2005, no 189 ; PICHARD, *Quels droits pour les actions dites de préférence?*, LPA 2005, no 15, p. 7 ; A. REYGROBELLET, *Les actions de préférence sous les feux de l'actualité*, RTDF 2008, no 1, p. 48 ; S. SCHILLER, *L'évaluation de la préférence*, Rev. Soc 2006. 703.

(1) V. T. Zein et S. Zein, *L'implantation des pratiques financières américaines sur le marché libanais*, Rev. Al. Adl, 3, 2019, p. 1269 ; L'article 100 de la loi française Pacte du 22 mai 2019 a davantage modernisé le régime juridique de l'émission des actions de préférence, attribuant à titre d'exemple aux sociétés non cotées le droit d'émettre des actions de préférence avec droit de vote double ou multiple, sans avoir à respecter les conditions prévues par l'article L. 225-123, voire la libération des actions et inscription aux nominatifs 1- une condition requise jusqu'alors pour attribuer un droit de vote double. (Actions à vote plural signifie aujourd'hui les actions de préférences, des incitations ont été ajoutées aux droits pécuniaires pour attirer davantage les investisseurs, les droits politiques)

voter à l'assemblée générale. De même, ils ne peuvent ni siéger au conseil d'administration – tandis que la nouvelle loi permet au non actionnaire de le faire – ni partager le patrimoine de la société liquidée<sup>(1)</sup>. Ils récupèrent néanmoins leurs droits de vote proportionnellement à leur apport, dans des cas limitativement énumérés par la loi. En effet, en cas de non-paiement total ou partiel des dividendes prioritaires (cumulatifs ou non) durant le cours annuel de l'activité enregistrant des bénéfices, les détenteurs des actions récupèrent leurs droits de vote comme les autres actionnaires et proportionnellement à leur contribution au capital social. Ils les recouvrent également s'ils ne reçoivent pas les privilèges, avantages particuliers ou tous autres droits convenus. Les détenteurs ont le droit de voter dans les assemblées extraordinaires les décisions suivantes: modification de l'objet de la société, de la forme de la société, augmentation du capital souscrite par des apports en nature, dissolution avant l'arrivée du terme, opérations de fusion et scission auxquelles ils sont partis<sup>(2)</sup>.

En dehors des cas précités, le détenteur des actions de préférences n'a pas le droit de voter; il est pourtant considéré comme un actionnaire. On peut, toutefois, s'interroger quant à la possibilité d'exprimer son intention de s'associer ou de collaborer à la vie de la société, dès lors que ces nouvelles dispositions l'en empêchent expressément.

**123.** Par le passé, le droit de vote était inhérent à la détention d'actions et toute clause en privant l'actionnaire était réputée non écrite. Un titre de capital irrémédiablement privé du droit de vote était écarté de la catégorie des actions. En France, le certificat d'investissement, titre de capital sans droit de vote, en est un exemple. Ne créant pas de droit d'associé, la qualification d'action lui a été refusée<sup>(3)</sup>.

Jusqu'à l'adoption de l'ordonnance de 2004, il n'existait pas d'actions sans droit de vote: en dépit de leur appellation, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote conféraient bien un droit de vote virtuel, qui restait en sommeil si tout allait bien, mais était automatiquement activé si les dividendes prioritaires faisaient défaut pendant trois exercices.

---

(1) V. supra Corporate Governance

(2) Article L. 228-11 (2), un droit de vote aménagé.

(3) Daniel Ohl, *Valeurs mobilières*, Rep° soc., sept. 2005, n°107.

La privation du droit de vote de l'action de préférence constituait donc en France, et constitue aujourd'hui au Liban, une véritable révolution en matière d'actions.

**124.** La faculté d'émettre des actions « non votantes » bouleverse le concept d'action et la qualité d'actionnaire; la définition même de l'action s'en trouve changée. Outre une remise en question de la notion d'apport, le droit de vote n'apparaît pas comme une composante essentielle de l'action, puisque celle-ci peut exister sans lui. Le droit de vote n'est plus une condition nécessaire, mais une simple modalité de l'action.

La faculté accordée à la société d'émettre des actions sans droit de vote, au moment de la constitution de la société ou durant la vie sociale, par une décision d'augmentation du capital prise par l'assemblée générale extraordinaire, affecte également la définition de la qualité d'associé, puisque le droit de vote ne lui est plus inhérent. Cela rend caduque la règle selon laquelle le droit de voter à l'assemblée générale, attribut essentiel de l'action, ne saurait être supprimé – les statuts ne pouvant déroger à la règle autorisant tout associé à participer aux décisions collectives et à voter<sup>(1)</sup>.

**125.** L'*affectio societatis*, impliquant un devoir de coopération entre associés, semble absent chez les détenteurs d'actions de préférence sans droit de vote. En effet, cette volonté de collaborer s'exprime avant tout par la participation de l'associé à la vie de la société. Cette coopération, qui peut prendre plusieurs formes, se manifeste a priori par la participation de l'associé aux bénéfices et aux pertes, par sa possibilité de contrôler la gestion de la société et par le droit de vote. Or, comme énoncé précédemment, les associés peuvent désormais être privés du droit de vote. Corrélativement, il est donc possible de considérer que ces derniers n'ont pas l'*affectio societatis* requis par le droit des sociétés.

**126.** La récente réforme a privilégié les besoins financiers des sociétés, indépendamment de l'impact produit sur les notions classiques de société ou d'associé. Au prix d'un recul du droit de vote, prérogative politique de l'associé, et de la remise en cause d'un attribut classique

---

(1) Grégory Damy, *La remise en cause de la notion classique d'associé: vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA 26 juill. 2007, n° 149, p. 3.

de la qualité d'associé, le législateur libanais a entendu se conformer aux exigences d'ordre économique international et national, et éviter ainsi un effondrement général de l'économie.

Est-il, dès lors, toujours possible de parler d'un élément moral au sein des entités économiques? Ces nouvelles dispositions ne constituent-elles pas un aveu de ce que les détenteurs d'actions, au sein de sociétés anonymes, sont avant tout des investisseurs recherchant à titre principal les bénéfices et avantages pécuniaires pouvant résulter de l'achat d'actions? Une révision des notions classiques de société et d'associé n'est-elle pas cruciale, eu égard à la tendance actuelle de mettre les sociétés au service du rétablissement de l'économie nationale?

Rien n'a empêché de qualifier d'actionnaires les détenteurs d'actions n'attribuant pas de droits politiques; qu'en est-il des détenteurs d'actions qui cèdent leurs droits pécuniaires à un tiers? Conservent-ils néanmoins leur qualité?

#### **b- Convention de croupier et convention de portage**

**127.** Dans le même ordre d'idées, il importe de faire également référence à la *convention de croupier*. Dans le cadre de l'évolution des techniques contractuelles ayant cours durant la vie de la société, les associés ou actionnaires peuvent, par exemple, recourir à la convention de croupier pour éviter d'être prisonniers de leurs parts ou actions, aménageant la rigidité des règles légales et octroyant une certaine attractivité aux techniques d'organisations des entreprises strictement encadrées par le législateur.

**128.** En effet, les parts sociales des sociétés de personnes – comme les SNC – ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Au Liban, contrairement au droit français, cette règle n'est pas d'ordre public; une clause statutaire peut attribuer à la majorité des associés le pouvoir de consentir la cession à un tiers. En dehors de cette hypothèse, un associé « cavalier » ne souhaitant pas rester prisonnier de ses parts sociales peut conclure un contrat avec un tiers, le « croupier », lui permettant d'obtenir tout ou partie des bénéfices et des pertes liés à

sa qualité d'associé<sup>(1)</sup>. Les droits « politiques » de l'associé n'entrent pas, en revanche, dans le champ de cette convention.

**129.** Les effets de cet accord se limitent aux cocontractants, conformément au principe de l'effet relatif des conventions légalement formées consacré en droits libanais et français<sup>(2)</sup>. En effet, la société n'a aucune obligation envers le croupier, et vice versa. Le croupier n'est lié qu'au seul associé cocontractant, et ses droits sont exclusivement de nature pécuniaire, ce qui exclut les droits politiques. L'utilisation de cette technique juridique trouve également un sens dans une société anonyme, si une clause d'agrément est stipulée dans les statuts.

**130.** Ces conventions ont un fondement légal et jurisprudentiel dans les sociétés de personnes et de capitaux<sup>(3)</sup>. Les articles 871 et 55 COC (sociétés de personnes) et la combinaison des articles 871 et 118 (sociétés de capitaux) consacrent le principe de la libre négociabilité des actions, sauf clause contraire. En droit français, l'ancien article 1861 du Code civil autorisait expressément chaque associé à « s'associer », sans le consentement de ses coassociés, à « *une tierce personne relativement à la part qu'il [avait] dans la société* » en spécifiant que, sans ce consentement, il ne pouvait l'associer à la société quand bien même en aurait-il l'administration. Les auteurs de la loi de 1978 ont considéré que cette convention avait perdu toute utilité grâce aux assouplissements apportés au régime des parts et n'ont, en conséquence, pas inclus d'équivalent dans la rédaction nouvelle de l'article. Pour autant, il reste possible de conclure une convention de croupier en vertu du principe de liberté contractuelle. Le croupier, n'étant pour la société qu'un tiers dépourvu de la qualité d'associé, ne peut ni participer à la gestion de la société, ni aux assemblées générales en cette seule qualité. Ses droits ne peuvent être renforcés que s'il constitue avec l'associé concerné une société en participation<sup>(4)</sup> par le

---

(1) D. Gibirilla, *Société en nom collectif. Refus d'agrément d'une cession*, Rép. Soc°, juin 2016, n°302 et s.

(2) Article 1165 CCF et 227 COC.

(3) Tb.1ère instance Bey., 3e ch., décision n°161, 19/5/2016, Rev. Al. Adel, 1, 2017, p.351 ; E. Eid, *Les sociétés commerciales- principes généraux, sociétés de personnes*, 1960, p. 196 ; W. Fahdawi, *Les actes portants sur les parts sociales d'une société en nom collectif, étude comparative*, éd. zein, beyrouth, 2018, p. 50 et s.

(4) F-X. Testu, *Convention de croupier: étendue de la société en participation qui en est issue, charge du passif et obligation d'information*, D. 1999, 21 Oct. 1999, p. 516.



truchement de laquelle son lien avec la première société se trouve matérialisé et lui confère des droits déterminés vis-à-vis de son coassocié.

**131.** L'associé ou actionnaire partie à la convention de croupier (le « cavalier ») conserve cette qualité, quand bien même il aurait volontairement renoncé aux droits pécuniaires normalement attachés à celle-ci, alors même que cette renonciation affecte un aspect de sa collaboration au sein de la société: l'intention de s'y associer. Cette cession de droits pécuniaires a poussé la doctrine à qualifier cette convention de société en participation, dès lors que le cavalier et le croupier partagent les droits et obligations rattachés aux parts sociales ou actions.

**132.** Allant plus loin dans l'effet dilutif des pactes d'actionnaires sur la notion d'*affectio societatis*, **la convention de portage**<sup>(1)</sup> permet à une personne, le porteur, d'accepter, sur demande d'un donneur d'ordre, de devenir associé par acquisition ou souscription de droits sociaux, étant expressément convenu qu'à l'issue d'un certain délai, ces droits sociaux seront transférés à une personne désignée, le bénéficiaire, et à un prix fixé dès l'origine. Cette opération peut avoir pour objet des parts sociales, même si elle porte plus fréquemment sur des actions<sup>(2)</sup>.

**133.** En règle générale, ces conventions contiennent des aménagements relatifs à l'exercice du droit de vote, et peuvent comporter des clauses visant à protéger le porteur de risques de l'entreprise. Le plus souvent, la rémunération du porteur est calculée à partir d'un intérêt portant sur le montant des droits sociaux, et ce porteur échappe aux pertes par l'effet de l'engagement de rachat à un prix fixé dès la conclusion du contrat<sup>(3)</sup>. En application du principe de la liberté contractuelle, ces pactes statutaires paraissent valides. Néanmoins, la validité de ces clauses, en France et au Liban, suppose que le porteur-actionnaire ne soit que partiellement privé de son droit de vote, pour une période limitée et sans contrevenir à l'intérêt social. Elles ne

---

(1) A. Sassine, L'actionnariat de contrôle, mémoire dans le cadre de l'obtention d'un DEA, Université Libanaise, Filière Francophone de droit, 2017, n°140 et s.

(2) B. Bakang, *Reflexions sur les conventions de portage*, LPA 19/01/2001, n°14, p. 4.

(3) P. Soumrani, *Le portage d'actions*, Rev. Al Adel, 2004, p. 214 ; M. Awkar, Les prises de participation dans les sociétés non cotées, thèse en droit privé, Aix-Marseille III en cotutelle avec l'Université Libanaise, Faculté de Droit, 2017, p. 102.

doivent pas non plus comporter de clause léonine, réputée non écrite en France et cause de nullité de la société au Liban.

L'admissibilité de ces conventions ne paraît-elle pas plus aisée au regard de la nouvelle réforme du Code de commerce libanais intégrant la philosophie des actions sans droit de vote?

**134.** En effet, la convention de portage, en ce qu'elle autorise le donneur d'ordre à ne pas être actionnaire de la société émettrice pendant une certaine période, ne doit pas être utilisée pour contourner l'application d'une règle impérative; elle encourrait alors l'annulation, conformément à l'adage *fraus omnia corrumpit*. Par ailleurs, peut-on réellement considérer que le porteur, qui ne poursuit aucun intérêt personnel dans la société et exige d'être prémuni contre les risques de pertes, remplisse les conditions d'*affectio societatis* et de participation aux risques sociaux requises de la part de tout associé?

Le détenteur des actions promettant de les revendre dans un délai déterminé est, en effet, gardien des actions; il est néanmoins considéré comme un actionnaire.

### **c- Le capitalisme collectif**

**135.** Dans le même sens, l'intégration du concept du capitalisme collectif au Liban par le biais de la loi n°706/2005<sup>(1)</sup>, bien qu'exigée par la nécessité d'introduire de nouveaux outils pour attirer les capitaux et l'épargne nécessaires à l'économie libanaise, a contribué à faire voler en éclats la conception classique de l'actionnaire.

En effet, les petits porteurs d'actions ne se contentent plus d'une attitude absentéiste, et la plupart d'entre eux ont totalement déserté la société. Les produits d'épargne sont devenus trop compliqués pour eux, et le fonctionnement du marché leur est devenu incompréhensible. En conséquence, ils préfèrent confier leurs fonds à des gestionnaires en épargne collective (fonds communs de placement, sociétés d'investissement à capital variable...)<sup>(2)</sup>.

---

(1) Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières et autres instruments financiers sont désormais réglementés par la loi n°706 du 9/12/2005 ; V. F. Nammour, « Collectif: Regards sur le modèle libanais », *Revue Juridique de l'Usek*, 2009, p. 265.

(2) B. Assaad, Le régime juridique des fonds communs de placement en droit libanais, Mémoire, DEA, USJ, 2005, p. 40 et s ; V.T.Bonneau, les fonds communs de placement, Les fonds communs de créances, et le droit civil, RTD civ. 1991, p.1et s.

**136.** Ces entités, que l'on peut appeler de façon générique des fonds d'investissement<sup>(1)</sup>, investissent à la place et pour le compte de leurs adhérents, en prenant une participation techniquement minoritaire dans le capital. Ces fonds ont ainsi progressivement investi les sociétés cotées du monde entier pour se substituer, littéralement, aux porteurs individuels<sup>(2)</sup>.

Les détenteurs des capitaux – ou les bénéficiaires effectifs de leurs revenus et plus-values – ont ainsi délégué la gestion de leurs placements à des professionnels qui prennent les décisions d'investissement ou de désinvestissement.

Ces professionnels sont en charge de l'exercice éventuel des droits politiques attachés aux actions qu'ils gèrent.

Cette dissociation entre propriété du capital et gestion professionnelle du capital brouille les schémas classiques du capitalisme et de la société de capitaux.

Les propriétaires des capitaux ignorent dans quels titres leur épargne a été investie, tandis que le gestionnaire de capitaux, dont la notoriété et la rémunération dépendent du rendement global de l'ensemble des placements qu'il effectue avec les capitaux d'autrui, ne s'intéresse à une société que parce que le cours de son titre se trouve compris dans un indice dont il s'est engagé à surperformer l'évolution.

*Dans les conditions évoquées ci-dessus, la notion d'affectio societatis conserve-t-elle encore un sens?*

### **3. Des incertitudes croissantes autour de la notion d'*affectio societatis***

**137.** Il importe de mettre l'accent sur deux cas qui, en droit français, ont complètement négligé la notion d'*affectio societatis* dans le cadre de l'acquisition ou de la perte de la qualité d'actionnaire (principalement), ou d'associé (occasionnellement).

---

(1) I. Parachkévova, *Les obligations des fonds d'investissement au sein des sociétés cotées*, Rev. Soc. 2015, p. 75.

(2) En France, par la loi PACTE de 2019, le législateur a ratifié l'ordonnance n°2017-1432 du 4 octobre 2017 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette, notamment dans son article 206.

### **a- L'éviction pour redressement de l'entreprise en difficulté**

**138.** En France, jusque récemment, les opérations de « *coup d'accordéon* » pouvaient avoir pour effet d'évincer un actionnaire si l'intérêt supérieur de la société le justifiait<sup>(1)</sup>. La loi Macron du 6 août 2015 est allée plus loin en introduisant, en matière de redressement judiciaire, des procédures de dilution et de cession forcées de parts dont les détenteurs ont refusé la modification du capital prévue par le plan de redressement des entreprises.

Ces nouveaux dispositifs ne peuvent être mis en oeuvre que si des conditions strictes et cumulatives sont réunies: l'entreprise en redressement judiciaire doit compter au moins cent cinquante salariés ou constituer une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises comptant au total au moins cent cinquante salariés; sa cessation d'activité doit être de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin de l'emploi; enfin, la modification du capital doit être la seule solution envisageable pour poursuivre l'activité et éviter ce trouble, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise.

**139.** Ainsi, d'abord, l'article L. 631-19-2, 1° du Code de commerce autorise le mandataire désigné, le cas échéant, par le tribunal, à « *convoquer l'assemblée compétente et voter l'augmentation du capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan* »<sup>(2)</sup>. Cet article, en limitant les pouvoirs du mandataire à l'augmentation de capital, paraît plus restrictif que l'article L. 631-9-1 (issu de l'ordonnance du 12 mars 2014<sup>(3)</sup>), qui permet plus largement audit mandataire de faire voter une modification du capital si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués, sans imposer qu'il s'agisse d'une augmentation.

---

(1) Au Liban, Une seule décision rendue par le tribunal de première instance du Mont Liban, 4e Ch., en 16/3/2011 qui a fait accès au concept du coup d'accordéon comme mécanisme privilégiant l'intérêt social sur l'intérêt personnel des associés.

(2) Selon Hélène Bourbouloux, *L'éviction des actionnaires d'une société en redressement judiciaire*, Bull. Joly Ent., 1/7/2016, n°4, p. 287, selon cet auteur le fait d'accorder par le tribunal à un tiers le mandat de voter une modification de capital inclut l'opération du coup d'accordéon et donc l'éviction d'actionnaire.

(3) France, ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

Ensuite, peut désormais être ordonnée par le juge (et à la demande du ministère public ou de l'administrateur judiciaire) la cession forcée de parts dont les détenteurs jouissent d'une majorité des droits de vote ou d'une minorité de blocage dans les assemblées générales de la société, ou disposent seuls de la majorité des droits de vote « *en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société* », dès lors, toujours, qu'ils ont refusé la modification de capital prévue par le projet de plan de redressement (L. 631-19-2, 2° du Code de commerce). Les autres associés ne peuvent être contraints de rester dans la société avec les cessionnaires imposés par le juge: ils ont également le droit de se retirer et de demander simultanément le rachat de leurs droits par ces derniers<sup>(1)</sup>.

**140.** Il est vrai que cette éviction devrait permettre à la procédure collective d'assurer à l'entreprise en difficulté une nouvelle gouvernance, et accroître ainsi les chances de sauvetage de celle-ci; néanmoins, les associés ou actionnaires récalcitrants face à l'entrée de nouveaux investisseurs perdront forcément cette qualité, quand bien même leur intention de s'associer ou de rester associé demeurerait intacte. Ce scénario illustre parfaitement la primauté accordée à des considérations d'ordre économique (ici, au sauvetage de l'entreprise en tant qu'entité économique) sur l'élément moral que constitue l'*affectio societatis*. En cela, les nouvelles dispositions introduites par la loi Macron portent considérablement atteinte aux principes fondamentaux du droit des sociétés.

**141.** Saisi en 2015, le Conseil constitutionnel a considéré qu'eu égard aux conditions imposées par la loi et précédemment énumérées, ces mécanismes de dilution et de cession forcée ne portaient pas d'atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires, et a donc validé ces dispositions<sup>(2)</sup>.

Il n'en demeure pas moins qu'un tel mécanisme, nécessaire à la survie d'entités économiques, en dépit de son impact positif sur l'économie nationale et de sa mise en œuvre strictement encadrée, a

---

(1) Hélène Bourbouloux, art. préc. P. 288 et s.

(2) Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, n° 141 à 145 ; S. Vermeille et J. Martinez, *La constitutionnalité du projet de loi Macron et l'éviction des actionnaires: la révolution n'a pas eu lieu*, Banque Mars 2015.

contribué à jeter le doute sur le rôle traditionnel de la notion d'*affectio societatis* dans la détermination de la qualité d'actionnaire et à entériner l'idée de la faible intensité de cet élément dans les sociétés de capitaux.

**b- Le cessionnaire d'actions: actionnaire *ipso facto***

**142.** Le rôle de l'*affectio societatis* comme critère d'identification de l'actionnaire a encore été amoindri par la Cour de cassation française. Dans un arrêt du 11 juin 2013, la chambre commerciale a considéré que l'*affectio societatis* n'était pas requis de la part du cessionnaire de titres sociaux intégrant la société en cours de vie sociale<sup>(1)</sup>. Une promesse synallagmatique de vente d'actions d'une SAS avait été conclue entre M. X, actionnaire majoritaire de ladite société (cédant), et deux cessionnaires. Refusant d'accomplir les opérations nécessaires au transfert de la propriété des titres suite à la levée des conditions suspensives, M. X était assigné en paiement de dommages-intérêts par ses cocontractants. Le 14 février 2012, la Cour d'appel de Paris faisait droit à leur demande.

A l'appui de son pourvoi en cassation, M. X invoquait un défaut d'*affectio societatis* chez les cessionnaires, alors même que, d'une part, l'existence de celui-ci était exigée de la part du cédant et du cessionnaire lors d'une cession partielle de titres et que, d'autre part, le cédant devait être autorisé à revenir sur sa promesse s'il apparaissait postérieurement à celle-ci que l'*affectio societatis* faisait défaut. Ainsi, pour M. X, le défaut d'*affectio societatis* de ses cocontractants faisait obstacle à la formation du contrat.

À cet argument, la Cour de cassation rejetait le pourvoi aux motifs, catégoriques, que: « *l'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux* » et que « *les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ou pour les causes que la loi autorise* », conformément au droit commun des contrats.

**143.** L'*affectio societatis* n'est donc pas exigé de la part de cessionnaires de titres sociaux intégrant la société postérieurement à sa création. Il a pourtant vocation à exister non seulement lors de cette

---

(1) Cass. com., 11 juin 2013, n°12-22296, *LPA* 5 novembre 2013, n°221, p. 9 ; Bull. Joly soc. 2013, n°10 ; Gaz. Pal. 2013, n°267.

création, mais encore tout au long de la vie sociale; cela devrait conduire, en conséquence, à l'exiger également de la part de toute personne intégrant la société en cours de vie sociale, y compris à l'occasion d'une cession de titres.

Cet arrêt s'inscrit peut être dans un processus d'abandon progressif de la notion d'*affectio societatis*, notion d'origine jurisprudentielle, absente des textes législatifs relatifs à la définition des sociétés (en France comme au Liban) et fréquemment critiquée. Pour autant, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle position, dès lors qu'elle pourrait ouvrir la voie à l'entrée dans la société de tiers aux intentions douteuses.

L'attitude de la Cour de cassation aurait-elle été identique, eût-elle été invitée à juger cette même affaire après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats de 2016, qui a intégré un aménagement du principe de la force obligatoire des contrats en consacrant la résolution unilatérale?

**144.** Avant de conclure, il importe de mettre l'accent sur *l'exercice du droit de gage*<sup>(1)</sup> et le *nantissement* établis sur les droits sociaux, pouvant aboutir à la vente des parts sociales aux enchères publiques ou en bourse, pour les sociétés cotées<sup>(2)</sup>. Dès lors que les droits sociaux

---

(1) Selon l'article 268 du Code des contrats et des obligations, l'article 2284 du Code civil français, le patrimoine du débiteur constituant le gage commun des créanciers, et les droits sociaux représentent parfois des valeurs considérables, leur saisie apparaît comme une voie judiciaire pour qui entend recouvrer sa créance. **L'article L 231-1 du CPCE était claire en la matière et expresse et a précisé** « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire.* », quant au droit libanais, par le biais de l'article 909 du code des contrats et des obligations, précise que « *les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent durant la durée de la société, exercer leurs droits que sur la part des bénéfices appartenant à cet associé d'après les bilans, et non sur sa part du capital et, après la fin ou la dissolution de la société sur la part afférente à leur débiteur, dans l'actif de la société, après déduction des dettes ; ils peuvent cependant opérer une saisie conservatoire sur cette part avant toute liquidation* ». On n'a pas une disposition expresse équivalente à celle de l'article L. 231-1 du CPCE, d'où la question qui se pose en l'existence de l'article 909 COC de la possibilité de l'exercice de ce gage sur les droits sociaux avant toute liquidation sociétaire.

(2) E. Nassif, op. cit, p.85 et s ; R. Laher, *La vente forcée sur saisie de droits sociaux: propositions de réforme des procédures d'agrément, de préemption et de substitution*, Rev. Soc. 2019, p. 299.

représentent parfois des valeurs considérables, leur saisie apparaît comme une voie judiciaire pour qui entend recouvrer sa créance.

La conséquence de cette vente forcée serait l'arrivée d'un nouvel associé ou actionnaire dont on peut se demander s'il est animé par l'intention de s'associer. L'entrée de l'acquéreur n'est-elle pas conditionnée par l'existence de l'intention?

**145.** Cette entrée dans les sociétés de personnes dites « fermées » où l'*intuitu personae* est intense s'avère difficile: l'entrée d'un nouvel associé suppose, en principe, l'autorisation expresse et collective des coassociés dans les sociétés en nom collectif. Le refus des associés pourra bloquer ce mécanisme d'entrée. Les créanciers ne peuvent exercer leurs droits que sur la part des bénéfices appartenant à cet associé d'après les bilans; sur sa part du capital, ils ne le peuvent qu'après la fin ou la dissolution de la société sur la part afférente à leur débiteur, dans l'actif de la société, après déduction des dettes; ils peuvent cependant opérer une saisie conservatoire sur cette part avant toute liquidation.

Inversement, dans les sociétés de capitaux, dites « ouvertes », la libre circulation des actions est de principe et seule une clause d'agrément peut limiter leur cessibilité. L'arrivée d'un nouvel actionnaire est normale dans ce type de société, et l'entrée d'un nouvel actionnaire suite à la vente forcée ne nécessite pas l'existence de l'*affectio societatis*. En outre, le cédant risque de perdre sa qualité sans que son intention ait disparue pour autant, le non-paiement pouvant résulter d'une circonstance imprévisible l'ayant empêché de payer. Ce cas constitue encore un autre exemple de nature à renforcer les doutes quant au rôle de la notion d'*affectio societatis* dans la détermination de la qualité d'actionnaire.

### • Conclusion:

**146.** Nous sommes actuellement devant une évolution conceptuelle et fonctionnelle des notions d'associé et de société, un des critères déterminant étant dilué sous l'effet de la survenance d'un critère économique. De nouveaux visages de l'associé et de la société sont alors inéluctablement imposés. Tous les principes traditionnels doivent subir des mutations, voire à des déformations, afin de se conformer aux exigences d'ordre économique.



**147.** La distinction s'est incontestablement accentuée entre sociétés non cotées ou fermées, et sociétés cotées en bourse (faisant ou non appel public à l'épargne). Ces dernières sont ouvertes en direction des marchés financiers et leur pérennité suppose qu'elles se soumettent aux règles spécifiques et aux régulations des marchés. Le bon fonctionnement du marché prime désormais sur la régulation du pouvoir et du contrôle de l'actionnariat au sein de la société. Il s'agit alors principalement de garantir la liquidité des instruments financiers. Ensuite, l'investisseur dans les sociétés cotées n'attend que la contrepartie pécuniaire de son investissement. De plus, le marché boursier, par son importance dans les techniques de financement des sociétés cotées, transforme la société de l'intérieur.

**148.** Dans cette perspective, le droit applicable aux sociétés cotées (faisant appel au public) n'a cessé de se spécialiser, relevant à titre principal des techniques d'attraction des capitaux; on ne peut, dès lors, s'attacher à des principes ou notions traditionnels ne servant pas les objectifs précités, résidant dans l'idée de l'attractivité du marché financier. Cela explique la tendance, chez les législateurs français et libanais, dans le cadre des sociétés cotées en bourse, à mettre de côté la notion *d'affectio societatis* qui ne présente pas d'intérêt pour attirer les capitaux et les investisseurs et conserver un indice boursier satisfaisant.

**149.** A fortiori, le marché financier libanais, quasi-insignifiant à l'échelle de l'économie mondiale du fait de son volume et de son activité modestes, s'imprègne de pratiques internationales négligeant tout élément moral chez les acteurs de ce marché (actionnaires, associés ou investisseurs): l'intérêt économique voué à résulter et à affecter positivement le marché financier, prime tout le reste. Cette attitude s'explique par la crainte d'un « *isolement économique*<sup>(1)</sup> ».

**150.** On peut ajouter que l'admission large de la contractualisation dans le cadre des sociétés anonymes a également contribué à la dilution de cet élément moral. Ces pactes d'actionnaires, surtout statutaires, impactent la régulation du pouvoir et du contrôle de l'actionnariat au sein de la société, nonobstant l'élément de l'intention de s'associer,

---

(1) T. Zein et S. Zein, art. préc., p. 1269 ets.

comme cette étude s'emploie à le démontrer, essentiellement dans le cadre de la convention de portage.

**151.** A mesure que ces considérations d'ordre économique gagnent en importance en droit des sociétés, la fonction de l'*affectio societatis* doit être constamment interrogée. S'il demeure intact en matière de sociétés de personnes et propre à caractériser la société créée de fait, son rôle dans les sociétés de capitaux (*a fortiori* dans les sociétés cotées) doit être appréhendé à la lumière des mutations actuelles.

L'*affectio societatis* n'est pas voué à disparaître pour autant. En effet, la notion d'*affectio societatis* est née avec le concept de la société. Cette notion est aujourd'hui utilisée par les tribunaux pour justifier l'existence de sociétés et permettre d'en tirer les conséquences pertinentes, et dans les textes doctrinaux en tant qu'un élément constitutif de la société. Mieux, cette notion pourrait à présent trouver sa place dans le cadre de la moralisation du monde des affaires. En effet, les principes de loyauté et de transparence revêtent une importance croissante dans la vie des affaires; d'aucuns estiment que la *corporate governance*, en elle-même, implique l'existence d'un *affectio societatis* incorporant cet esprit de collaboration entre associés ou /actionnaires pour faire primer l'intérêt social.

Au-delà des paramètres, évoqués qui remettent en cause l'existence de l'*affectio societatis* en tant que notion autonome, un nouveau visage de cette notion pourrait lui permettre de coexister avec les principes d'ordre moral, et ainsi neutraliser certains effets négatifs de la prééminence des considérations économiques dans le monde des affaires.

Face au risque de disparition de la notion d'*affectio societatis*, n'est-il pas nécessaire que la doctrine en propose une définition nouvelle, incluant davantage de considérations.

## Sukuk Investment Contracts in Islamic Finance

**Mahmoud Melhem,**  
Kuwait International Law School

### Introduction

The Islamic economic system is an Utopian economic system. It is an ethical system with distinction that emphasizes a set of ethics in dealing with man. The Islamic economic system is a realistic system that recognizes man's own desires to own property, as well as the capabilities of mankind. The Islamic economic system is distinguished from other economic systems in the world as it is the only system that includes most of the ideas of positive economic systems with the sifting of the bad ones and rejecting them. The Islamic economy has to conform to the dictates of Islamic Shari'ah. "The principles of Islamic banking follow Sharia law, which is based on the Quran and the Hadith"<sup>(1)</sup>.

**How Do Islamic Banks Make a Profit?** To earn money without the use of charging interest, Islamic banks use equity participation systems. Equity participation means if a bank loans money to a business, the business will pay back the loan without interest, but instead gives the bank a share in its profits." Two fundamental principles of Islamic banking are the sharing of profit and loss, and the prohibition of the collection and payment of interest by lenders and investors. Islamic law prohibits collecting interest or "*Riba*"<sup>(2)</sup>. "Islamic jurisprudence stressed that it is a legitimate necessity to find alternatives that put an end to *Haram* and pave the way for *Halal*. This was intended to

---

(1) Islamic Banking BY SANDRA LIM.

(2) Islamic Banking BY SANDRA LIM.

operate for the stagnant Islamic capital, in which people stopped dealing bonds forbidden to know their sanctity Islam has created alternatives that are sufficient for this purpose. One of these alternatives is the Investment *Sukuk*. The Investment *Sukuk* is defined by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions(AAOIFI) as: “Equivalent documents representing common shares in the ownership of objects, benefits, services, or assets of a particular project or private investment activity. After collecting the value of the *Sukuk*, and closing the subscription door, and starting to use them for which it was issued”<sup>(1)</sup>. The alternative that benefits both ends by sharing in profit and loss, included quite a few in the global financial markets. Islamic finance, also known as, the non-interest system, that is on the principles of Islamic or Shariah law and guided by Islamic economics. Islamic Finance makes a profit through equity participation which requires a borrower to give the bank a share in their profits rather than paying interest in view of the clear prohibition of interest in Islam. The financial system of an Islamic economy has to be organized on a basis which steers clear of interest. Thus, instead of traditional accounts with given interest rates, Islamic banks provide accounts which offer profit/loss. The bank in turn purchases assets with your money, which generate returns for the bank. Islamic banking is grounded in Shariah (Islamic, principles), and all bank undertakings follow those Islamic morals. During the financial crises the Islamic banks remained stable as opposed to the conventional banks. Islamic banks were relatively unaffected during the recent financial meltdown. This has raised the possibility that financial institutions, operating on Islamic principles are more stable compared to their conventional counterparts.

### ***The first topic:***

---

(1) Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, Shariah Standards, Standard No. 17, Investment Sukuk, p. 288, i. 2007.

## **The Contemporary Importance of *Sukuk* Investment Policy in Islamic Finance**

This importance appears as follows:

1. Finance in the form of investment instruments (*Sukuk*) as a legitimate financing policy that responds to the medium and long term, and thus meets the needs of projects of this type. These instruments are not limited to the private sector of public companies and institutions, but they extended to their governmental institutions in financing their projects as well. This means that these Shariah-compliant investment instruments finance projects in all their terms and forms. They also have the capacity to accommodate their short, medium, or even long term investments. This type of flexibility and versatility is required by the entrepreneurs to meet their needs and ambitious plans.

2. Shariah-compliant investment instruments (*Sukuk*) have many economic and financial added values. These investment instruments finance outgrowth projects help in creating job opportunities for many members of the society. This will help to spin the wheel of the economy and finance in the country. In other words, these Shariah compliant investment instruments are one of the most important ways to lead to economic prosperity in any country. Shariah-compliant *Sukuk* is the best way to agitate the slowness of working capital in the business cycle in productive institutions and companies due to low funding.

3. Investment instruments are one of the most important alternatives to usurious interest bearing loans, which are under unanimous prohibition, alongside interest-bearing bonds. **Why Investment *Sukuk* and not bonds?** A Muslim investor is more comfortable dealing with Shariah compliant *Sukuk* because they carry “*Halal*” (permissible) logos, as they do not have specific usurious interest as in bonds. The income of the *Sukuk* is the profit from the income of the assets. Therefore, it is not usurious interest bearing, whereas the bond is defined, so it is considered usury, i.e. “*Haram*” (forbidden). Accordingly, Shariah-compliant *Sukuk* are considered as legitimate solutions and

alternatives in case of shortage in financing. Since these Shariah-compliant investment instruments are based on the idea of investment, so their owners do not have a lump sum, but have a percentage of the profit, the project, and assets. The owner here is a partner in assets, or/and project. Unlike the usury bonds that determine a defined interest without any ownership, or right to participate in the project, or even own any of the assets project or assets.

4. The value of Shariah-compliant *Sukuk* is more than \$40 billion in the Middle East and Asia. Its largest market now is Malaysia, which has possessed three quarters of global instruments. Malaysia is the capital of Islamic finance in the world where it has an authenticated investment agenda based on a comprehensive and diversified range of sustainable investment instruments. Shariah-compliant *Sukuk* instruments become the corner stone in the Malaysian capital and economy. By 2009, there were over 300 banks and 250 mutual funds around the world complying with Islamic principles. And, as of 2014, a total assets of around \$2 trillion were Shariah-compliant<sup>(1)</sup>. Shariah-compliant *Sukuk* market is an active and promising market that meets and fulfill the needs of the global economy of expansion. This has encouraged so many non-Muslim countries to take part in, and to replace or to add to their traditional issuance with instruments similar to Shariah-compliant instruments(*Sukuk*) , such as India, Russia, and Britain.

5. We have recommend the establishment of a company specialized in the issuance of Shariah-compliant instruments and working to find a secondary market for this type of instruments, as well as the development of the asset management industry. The management and exchange of Shariah-compliant instruments are permissible by law and through financial intermediaries, or other institutions and companies authorized by law. This type of specialized companies create a secondary

---

(1) Wikipedia : Islamic banking and finance.

market that helps *Sukuk* holders to transfer their ownership or mortgage or financial transactions.

6. The investment instruments policy succeeded in attracting small savings and initiating large projects, especially infrastructure projects. The system of Shariah *Sukuk* is a safe system, and it can be sold directly if the investor senses the risk. This type of safety has helped to attract small and medium-sized capitals to the labor market, providing huge capital capable of managing development projects that benefit the society.

7. In general, Shariah-compliant investment instruments (*Sukuk*) have become the most important tools for investing surplus resources in society and to achieve many purposes. These instruments provide a fast and diversified cash through the credit management of individuals, institutions, and governments profitably. Then credits are redirected to the constructing and achieving many projects that have benefited on all society.

8. The diversity by which Islamic investment instruments are issued in according to the form, value, and duration provide alternative opportunities and broad jurisprudence resilience that meets many needs. Shariah-complaint investment instruments (*Sukuk*) finance any project, and to respond to both medium and long terms in an investment process. These are submitted to a vast group of resilient regulations, and the most important of which is "*Al-Ghunm Be Al-Ghurm*"<sup>(1)</sup>, meaning "sharing in profit and loss." In other words, "No claim bonus on renewal".

9. Due to the importance of contemporary investment instruments, related legal provisions have been issued defining its system as a kind of securities issued by companies and governments. A good example for such case is the French law issued in this regard. In addition, a decision by the Minister of Commerce and Industry on 17/6/2007 in Kuwait was issued to regulate investment instruments. These investment instruments

---

( 1 ) AlqawaeidAlfhiatWatatbiqatuha fi AlmadhahibAlarbe: Rule [97] By Dr. MuhamadMustafaaAlzahili.

are managed on the basis of a legitimate contract with legal controls regulating the relationship between the parties and the mechanism of issuance and circulation as well as their income. The *Sukuk* will be traded in accordance with the Shariah-complaint "regulations and conditions prescribed in the trading of the assets, benefits, and services they provide"<sup>(1)</sup>.

*The second topic:*

### **Misconceptions to be Avoided in Investment Instruments:**

#### **First:**

"*Eenah*" (a kind of transactions): What is meant by "*Eenah*" transactions? '*Eenah* transaction means to sell something for a price to be paid at a later date, then to buy it back for a lower price to be paid immediately. There are several definitions of the "*Eenah*" that are forbidden, and the most well known of which is the sale of an item for a certain price to be paid at a later date, and then that same item is bought back for cash for a lower price. Then, at the end of the specified period, the buyer pays the first price. The difference between the two prices is "*Riba*" (usury) for the first seller, and the whole transaction boils down to lending ten and getting back fifteen, so the sale is a means to engage in "*Riba*" (usury)<sup>(2)</sup>. This is a trick used to circumvent the prohibition on lending with interest. When the seller purchases for himself and at a lower price what he sold for a higher price. The Messenger of Allah, Mohammad, (peace and blessings of Allah be upon him) says: "When you enter into '*Eenah* transactions, take hold of the tails of cattle and are content with farming, and you forsake jihad, Allah will cause

---

(1) Al-Qbas newspaper : 9May2017

(2) Al-Mawsoo'ah al-Fiqhiyyah (9/96)



humiliation to prevail over you and will not withdraw it until you return to your religion.”<sup>(1)</sup>

### **Second:**

"*Soriah*"(a kind of transaction) What is meant by ‘"*Soriah*" transactions? It is a mockery transaction. It means a form that conceals the true intent and purpose. There is no real ownership of the *Sukuk* holders, which entitles them to the rights and effects of ownership. "*Soriah*" is based on the discrepancy between two important elements: First, is manifested will and the second, is the intention. It is a fictitious transfer of the ownership of the asset to the *Sukuk* holders which is against the principles of *Shariah*. *Umar ibn al-Khattab* narrated: "I heard Allah's Messenger (peace and blessings be upon him)saying, "The (reward of) deeds, depend upon the intentions and every person will get the reward according to what he has intended. So whoever emigrated for the sake of Allah and His Apostle, then his emigration will be considered to be for Allah and His Apostle, and whoever emigrated for the sake of worldly gain or for a woman to marry, then his emigration will be considered to be for what he emigrated for."<sup>(2)</sup>

### **Third:**

Undertaking to secure full coverage of capital in the *Sukuk* with a commission as the pledge is a guarantee and no commission may be charged. In *Shariah*, it is forbidden to pay for securing *Sukuk* holders' capital. That is because it is a duty on the second part since the second part takes an unlawful commission it will be considered as a kind of corruption.

"And do not consume one another's wealth by unjust means, nor deliberately offer it as bribes to authorities in order to

---

(1) Narrated by SunanAbiDawud: (1301)Chapter: Regarding The Prohibition Of Al-'Eenah

(2) Sahih al-Bukhari 6689: Chapter: The intention in taking oaths.

illicitly consume part of people's wealth"<sup>(1)</sup>. "O you who have believed, do not consume one another's wealth unjustly, but only {in lawful} business by mutual consent. And do not kill yourselves, Allah is to you ever Merciful"<sup>(2)</sup>.

#### **Fourth:**

Guaranteeing constant incomes – whatever they may be called – regardless of actual profit and loss. As well as, guaranteeing a lump sum or immutable profit. If the text expressly stipulates or guarantees this the condition of the guarantee is canceled and the speculator is entitled to a speculative profit. Incomes whether operating or capital resulting from the project shall be distributed at a rate to be agreed upon. These incomes may not be determined at a specified rate or a flat profit. This will contradict with the bases on which the Shariah-compliant investment instruments are established for, and they convert the process into a bond form of usury. Most Muslims believe that all forms of interest on loans (also on bonds, bank deposits etc.) are "*Riba*" and hence prohibited by Islam. (Such loans — or banks that make them — are sometimes referred to as *Ribawi(Riba)*, i.e. carrying *Riba( usury)* . " That is because they say, "Commerce is like usury." But, Allah has permitted commerce, and He has forbidden usury"<sup>(3)</sup>.

#### **Fifth:**

Guaranteeing the capital of *Sukuk*, which is managed by an agency or speculator because the speculator and the agent are both trustworthy, and they are not obliged what is under their management except by infringement, default, and violation of conditions. In case of loss, the participants( the *Sukuks'* holders), and the issuer of the *Sukuk*, shall be liable unless there is a

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Baqarah (188)

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah an-Nisa (29)

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Baqarah (275)

negligence from the entity that manages the project. Then the *Sukuks'* holders will remain within the guarantee against loss . The issuer does not bear the loss and does not guarantee the capital of the holder of the instrument, as this would convert the process into a form of usury which contradict with Shariah-complaint principles.

**Sixth:**

It is permissible for the speculator to volunteer with the guarantee provided that:

1) It is separate from the "Mudaraba" (speculation) contract, i.e., after the completion of the contract the participant's entry shall not be based on the existence of such guarantee as advised by some *Maliki Scholars*. The prospectus or financial instrument shall not include the requirement to guarantee the risks of investment in the project against the Mudaraba (speculation). Otherwise, the instrument is not legally permissible.

2) He may also volunteer the guarantee without charge of any third party on the following terms:

- He should be of a separate personality and an independent financial position from the parties to the contract.
- It is an obligation independent from the Mudaraba (speculation) contract. It shall not be a condition in the entry into force of the contract with provisions to be made between the parties.

A third party may intervene to guarantee the *Sukuk* capital or guarantee a minimum rate of income. This is done on the basis of donation and virility, such as the government and the jurists have authorized it.

### **Seventh:**

In the case of managing the instruments on the basis of partnership, the managing partner shall not be allocated a separate share of profit for his work because this prevents partnership in profits.

It should be noted that management on a partnership basis differs from the management on the basis of speculation in terms of permitting the intervention of capital owners in the management as capital owners in speculation is not permitted to do so. In other words, because if the partnership-based management may allocate the manager a share of the incomes which contradict with the principles of Shariah-complaint instruments (*Sukuk*).

### ***The third topic:***

#### **Alerts and Cautions that must be Taken into Account**

##### **First:**

In investment instruments that are based on speculation: **consideration must be given to:**

1) Profit should be known as a common rate of returns. It is not legally prohibited to review the proportion of profit conditional upon mutual consent between the parties to the contract, even if in the manner of notice of the amendment, with the determination of a period of time after which the approval of the investor is presumed.

There is no objection to provide in the investment instruments to declare an expected rate or percentage of profit because it does not entail an obligation on both sides. Therefore, the point is the actual profits, whether they have increased or decreased, or did not occur in the first place or even suffered loss.

2) It is not permissible to stipulate a fixed amount for the *Sukuk* holders or the owner of the project in the issuance prospectus, and the Mudaraba instruments issued on the basis thereof because this leads to the company to declare a precise profit. Therefore, any term which doesn't identify or precise a certain amount of profit can be accredited. For example, requirement of a certain amount due by the investor or speculator if the profit exceeds a certain percentage of 15%. Operating profits may also be agreed at a rate different from capital. The operating returns (profits), as well as the capital returns (profits) arising from the project or the operation in which the capital is invested (the value of the *Sukuk*) are distributed between the issuer, and the participants of the *Sukuk* at a common rate to be agreed upon, which is referred to in the prospectus. And, it should be consult any time within a mutual agreement.

### **Second:**

The trading of investment instruments where the investment instrument represents the ownership of a common share in the assets of the issuance and this property continues over its duration, and entail all the rights including the actions stipulated by law of the owner in his possession, subject to the provisions **of the assets at all times:**

- If the trading happens before the initiation of work and the fund is still "cash", then the provisions of the legitimate payment are applied and shall be provided for in the prospectus.
- If the assets become debts, debt trading provisions shall submitted to the dept trading provisions.
- If the assets become mixed: cash, debts, objects, benefits, and moral rights, it is stipulated that non-cash and debt prevail. Only some "*fatwa*" are based on the principle of subordination based on the fact that the assets are not limited

to cash and debts, where it is subordinate to the objects and benefits if the purpose of the instruments provided for therein is applied on them.

**Third:**

There is no objection to the issuer of the *Sukuk* to undertake to repurchase it upon demand at the price in the market or namely without committing to it, so that it does not result in guaranteeing the asset with profit. The issuer of the *Sukuk* may undertake to repurchase the *Sukuk* from its holders according to its market value or the price it offers. This is done by mutual consent between the parties. The *Sukuk* is amortized either once at the end of the project, process, or at periodic intervals. This is called amortization, and it should be noted in the prospectus.

**Fourth:**

As a general principle in investment instruments:

The Shari'a provisions of each form of financing and the basis of a legal contract such as *Ijara* (lease contract), *Bai Salam* (advance purchase and sale) and *Istisna'a* (selling before availability) must be observed:

1) In the case of the issuance of *Salam* instruments (*Sukuk*), it must be non-negotiable as the assets here are debts. ***SalamSukuk*** (advance purchase and sale) are certificates of equal value issued for the purpose of mobilizing Salam capital. The issuer of the certificates is a seller of the goods of Salam (advance purchase and sale); the holders are the buyers of the goods. They are entitled to the sale price of the certificates, or the sale price of the *Salam* goods sold through a parallel *Salam*, if any. Investors pay in advance funds to the SPV in return for a promise to deliver a commodity at a future date. The profit of the holders

of the *Sukuk* is the difference between the purchase price and the sale price<sup>(1)</sup>.

2) In the case of issuing *Istisna'a* instruments (selling before availability), it must also be closed (non-negotiable) as the assets are debt. Unless, the *Istisna'a* instruments represent the same physical assets of the manufacturer, and if the value is more than the value of the manufactured after it has been made and sold to the requesting party. Assets here are more than the debts, and in this case this would be the trading document. ***Istisna'aSukuk*** (selling before availability) are certificates that carry equal value, and are issued to mobilize funds required for production of goods products that will be owned by the certificate holders. The issuer of these certificates is the manufacturer; the subscribers are the buyers of the intended product, while the funds realized from subscription are the cost of the product. "*Istisna'a*" applies to the construction of buildings, shipbuilding, aircraft, bridges, roads, power plants, water, and others according to the specifications specified in the contract, and the date of receipt and a specific value to be agreed upon. Other formats can be combined with it to respond to business and funding requirements.

3) In case of issuing *Ijara* contracts (lease contract), the lessee who has the right of sub-lease may issue *Ijara* instruments provided that the instruments are issued before the contract is concluded with the tenants, whether the rent is less, more, or equal to the first lease fee. If the contracts are concluded with the subtenants before issuing the instruments then it is not permissible because it represents debts to the issuer of the instruments with the tenants. ***IjaraSukuk*** (lease contract) relates to leased property, utilities, and services defined by the International Islamic FiqhAcademy<sup>(2)</sup> as "bonds of equal value, representing common shares in the property of interest or interest with income"<sup>(3)</sup>. ***IjaraSukuk*** (lease contract) is a hybrid

---

(1) <http://www.financialislam.com>

(2) <http://www.financialislam.com>

(3) An Academy for advanced study of Islam based in Jeddah, Saudi Arabia

between an operational lease and a finance/capital lease with certain 'ownership' risks, such as the obligation to undertake capital maintenance of the leased asset and the obligation to insure the asset remaining with the lessor. The lessor may appoint an agent, usually the lessee itself to carry out these duties on its behalf under a servicing agency agreement. The prevalence of *IjaraSukuk* is due to its significant characteristics and advantages:

- It has a high degree of price stability and semi-stability in yield where the yield is determined in advance at the time of purchase of the instrument in accordance with the *Ijara* contract (lease contract).
- It has the flexibility that other instruments do not have. They do not restrict the issuer of such instruments to a particular type of activities, projects, or uses of the funds collected.

***The fourth topic:***

### **Financial and Legal Control Over Investment Instruments at all Stages**

Financial and Shariah Supervision on Investment *Sukuk* in all its stages compliant with Islamic Shariah, after reviewing the international experiences with regulating *Sukuk*. Islamic Economy: Its Ideological and Legal Foundations "the flexible character of Islamic rules, but we will show it from the economic angle. Briefly, Islam supplied this system with all necessary elements which enable it to accommodate the vital changes which occur frequently and rapidly in the economic field. The reason is that the economy is a field related to the complexities of man's social life, as well as to nature's ability to provide, and the proper environmental conditions, and so on"<sup>(1)</sup>.

---

(1) <https://www.al-islam.org>.



**First:**

Central banks must exercise an effective and proper control over the operations of the investment instruments in all details and stages of its issuance, their size, quality, maturity periods, the mechanism of redemption, the personality of exporters, their financial position, their viability, their competence, and their type, as well as the circulation of these instruments. Especially, that they exceed international borders and thus are exposed to exchange rate fluctuations in major currencies, or even in local currency. In particular, central banks must achieve balance and full care for investment development and savings protection at the same time.

Central banks, through the Financial Supervisory Authority, are required to prepare laws and "legal information; including details of laws, decrees, decisions, permits, or approvals under which Islamic bonds were issued, and details of any Islamic debts or *Sukuk* that have priority to be paid prior to the issuance in question"<sup>(1)</sup>. In order to regulate *Sukuk* that are compliant with Islamic Shariah and issue a summary of the rights granted by the *Sukuk* to its owners, the issue price, a statement of the expected profit, details of the depreciation after reviewing the international experiences in regulating the *Sukuk*. Laws that guarantee a fair balance for the rights of the issuer, subscriber, and customers should be prepared. The procedures of issuance of investment units (*Sukuk*), the instruments of collecting such funds, and the assurance of their cash holding should be verified.

**Second:**

The Shariah Supervisory Boards should be effective and accurate in all stages of issuance in terms of contracts governing the relations between the parties, the prospectus, and the

---

(1) Investment instruments and their role in economic development  
By: Dr. Ramadan Abdullah Alsawi  
Associate Professor of Jurisprudence  
Faculty of Shariah and Law

regulations, as well as the components of *Sukuk*. The permissible and the forbidden, and most importantly the role of Shariah Supervisory Boards in reviewing and auditing activities and businesses, as well as the extent to which Zakat is committed to and properly implemented. The Shariah Supervisory Board shall be an independent body managed by a group of experts registered in *Dar Al Iftaa*. Shariah Supervision works on the issuance of investment units (*Sukuk*) to ensure that the terms of the "Mudaraba (profit-sharing and loss-bearing)"<sup>(1)</sup> contract are legally fulfilled, and it will not include any non-permissible clauses or terms. For example, "It is not permissible to lease *Sukuk*, which are money, because *Ijara* cash falls within the door of usury, forbidden; It is not permissible to lease the instruments of debts, because if the debts are in cash and It is not permissible to lease *Sukuk* that represent goods and real estate"<sup>(2)</sup>. The Shariah Supervisory Board shall carry out an audit that is subject to review. An audit of the operations of the periodic valuation of the value of investment units, and reassurance that it has followed the foundations and standards of Islamic law and accounting, especially issued by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, for instance.

## Research Results and Recommendations

Islam is concerned with the organization of relations and economic matters like any other life, and relied on many verses of the Koran and the prophetic *Hadith* in the formulation of many of the basic rules of the Islamic economic system. And, some of the Quran verses which clarified usury "But Allah has permitted trade and has forbidden interest"<sup>(3)</sup> Also, the Islamic economy cared for contract among people as the Quran verses

---

(1) Wikipedia: Islamic banking and Finance

(2) Investment instruments and their role in economic development

By: Dr. Ramadan Abdullah Alsawi

Associate Professor of Jurisprudence

Faculty of Shariah and Law

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Baqarah (275)

"O you who have believed, when you contract a debt for a specified term, write it down"<sup>1</sup>. The Islamic economy took care in following up the entire monetary trades either related to spending money or saving it. Allah says "And do not keep your hand tied to your neck, nor spread it out fully, lest you end up liable and regretful"<sup>(2)</sup>. Islamic economy is related to ethic, i.e. it maintains the Islamic moral values and well trait like honesty, and sticking to good deeds "*Halal*" in all economic activities. The Islamic economy is close to reality; it is concerned with the nature of the particular social and economic situation of individuals, and does not rely on any unrealistic estimates or fantasies, as in other economic systems. Allah says: "This is My path, straight, so follow it. And do not follow the other paths, lest they divert you from His path. All this He has enjoined upon you, that you may refrain from wrongdoing."<sup>(3)</sup>.

Allah says: "Say, "My Lord has guided me to a straight path, an upright religion, the creed of Abraham the Monotheist, who was not a polytheist."<sup>(4)</sup>

The Islamic Religion has many Values Related Life Affairs:

**Today**, we are dealing with the (economic) and (banking) issues that are now being affected in our contemporary world by two popular ideologies: European American globalization and Islamic universality. What we really need today more than ever is to prepare a full dimension of integrated dimensions, consistent planning, at least in the economic and banking areas, targeting at the human mind with sound thinking and correct information, and can achieve **goodness and welfare of all people**. Also, it can achieve the good use of money, avoid dissension and thus pass through the ordeal. Then, it would be possible to achieve goodness for people and the life promised

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Baqarah (282)

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Isra (29)

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-An'am (153)

(4) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-An'am (161)

welfare and prosperity by Allah Almighty: "And when We said, Enter this town, and eat plentifully from it whatever you wish; but enter the gate humbly, and say, 'Absolve us.' We will forgive your sins, and give increase to the virtuous."<sup>(1)</sup>

Allah says: "And Allah presents an example: a city which was safe and secure, its provision coming to it in abundance from every location"<sup>(2)</sup>.

One would wonder: Do we have the Required Abilities:

- (1) Intellectual abilities.
- (2) Practical mechanisms.
- (3) The realistic materialistic potentialities that enable us to offer people an economic and banking example that supports all people and achieves goodness and welfare for them.

The answer is: **YES WE HAVE**

Yes, we have all the potentiality, but there is a difference between possessing and putting what we own in good use. Statistics and data confirm that we have: Intellectual abilities - practical mechanisms – potentialities.

Modern Islamic financial practices, however, promote legal forms over economic substance creating an expectations gap between theory and practice. In the wake of the global financial crisis of 2007–2008, the ideas underlying Islamic finance appeal to people who are concerned with the broad impact of finance on society. With all that in mind, the universality of Islam can assimilate all the achievements and the virtues of globalization and correct all its errors. The outstand **errors in globalization** is what is proved in the report of the United Nations Human Development Program at the end of 1999, when proved the risks of globalization including the following:

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Baqarah (58)

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Nahl (112)

## **The Risk of Globalization**

### **First:**

Threats for human peace and security (including the threat of economic security) which is any economic security. One of the manifestations of globalization is that it aims to promote the culture of consumption for the food produced by western countries, drinks, etc. The objective of the economic system in Islam as Allah says: "Who has fed them, [saving them] from hunger and made them safe, [saving them] from fear"<sup>(1)</sup>. "Among them are a moderate community, but many of them - evil is that which they do"<sup>(2)</sup>. "A city which was safe and secure, its provision coming to it in abundance from every location"<sup>(3)</sup>.

### **Second:**

Increasing the possibilities of creating an atmosphere of tension and violence among countries. Competitive mass-production manufacturing induces advanced countries to exploit the resources and markets of developing countries in ways that often entail violence. The gap between rich and poor has become too wide, too fast. The very richest are richer than ever, while the poorest are still suffering starvation deaths.

Globalization is the western domination of all parts of the world economy. It aims to control all types of hard currencies and control all the marine tranches, and dominate the global means of communication and global techniques from weapons manufacturing, so it works hard to spread tension and violence in all countries.

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Quraysh (4)

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Ma'idah (66)

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Nahl (112)

### **Third:**

The danger of erasing minorities' cultures and the cultural identity of peoples. Globalization has almost become alienated because of this western superiority, and the intolerance of its civilization to other civilizations. For example, the English language has become the first global language to dominate all languages with the dominance of American economic and media, especially with the proliferation of the Internet in this language. Globalization is the culmination of the capitalist system, and western liberal values at the level of the universe opening the way for cultural dominance and other forms of domination.

## **The Islamic Universality**

The Islamic universality has so many objectives to offers to globalization and the whole world, as the following:

### **First:**

The financial, banking, investment and Islamic institutions, and the cooperative insurance institutions / Takaful (cooperative), and the Islamic financial market. These institutions are truly the greatest cultural achievement provided by the legal mentality of mankind in the twentieth century. These institutions work according to an integrated approach in its sources and means, emerging from an economic system that has proved its efficiency in the depth of Islamic history, and its guarantee for all people. In the first hundred years of the Islamic system and specifically in the era of the Caliph Umar bin Abdul Aziz, people were searching in all sides of the vast Islamic state in Sham, Africa, and Asia looking here and there for the poor to give them the charity, and they couldn't find them. There was a surplus of Zakat funds in Bayt al-mal. Poor people are described in the prophetic Hadith:

“Messenger of Allah (peace and blessings of Allah be upon him) said, "A needy person is not the one who goes from door to door, begging and is turned away with a morsel or two or with a date or two.

But a needy person is the one who does not have enough to live upon, and neither from his appearance it occurs that he is needy and should be given alms, nor does he himself beg anything from others.”<sup>(1)</sup>.

Ensure the basic needs of individuals and treat poverty, and ensure a decent living for everyone in society. The discipline of economic behavior is ethical, and it is part and parcel of religion and belief. A balance between the public interest and the private interest, in a way that no one overwhelm the other. Characteristics of the economic system in Islam are: the equitable distribution of wealth and income, and therefore initiated many provisions that reduce the disparity in the distribution of wealth, including: gambling.

Prohibition of illegal means of gain, which leads to the concentration of wealth in the hands of a minority, such as monopoly, usury, and his heirs. Legislating provisions that fragment wealth, such as inheritance that results in the distribution of wealth to a large number of the poor. Legislating provisions that redistribute part of the wealth among groups of society, such as: Zakat and spending on the poor. It was narrated that Ali ibnAbiTalib (may Allaah be pleased with him) said: “The needy will not bother if they are hungry or forced to do so except by what the rich do.”<sup>(2)</sup>

I state that in accordance with the recognition by world leaders at the celebration of the third millennium in the United Nations that: the problem of poverty has become "insulting and humiliating" **I say:** it is humiliating to the poor and degrading to the dominant economic systems.

Therefore, we should not be surprised when we find the world's largest banks seeking the Islamic banking, and the world's largest contemporary economies are adjusting their banking laws in line with Islamic banking.

The assumptions of selfishness, greed, and acquisitiveness as instinctive in man are not supported by Qur'an injunctions. The Qur'an informs that man has been created with an inborn nobility and has been

---

(1) The Book of Miscellany. Abu Hurairah narrated. Hadith (537)

(2) Ali ibnAbiTalib's Say

equipped with positive qualities of character. These are universally honored moral qualities.

**Second:**

**The Universality of Islam is gifting Globalization with:**

Islamic banking in which there are many models and examples that suit any time and any place, such as:

- Providing banking services.
- Carrying out financing operations at various times.
- In addition to the above models, the financial investments carried out for its own account or for the account of third parties.
- One of the optimal model is the one which direct investment operations in commercial, industrial, real estate, and other economic activities. All these models of Islamic banking recognize that investment is linked to the Shariah purpose of preserving money. This is one of the five necessities agreed upon and one of the supreme purposes of Islamic law.

The contemporary reality imposes variety of financial needs, and to fulfill these needs Muslim jurists specialized in financial transactions worked hard to develop novel financial products and solutions compatible with Shariah meeting the requirements of individuals and corporate perfectly. Herein mentioned some of main Islamic Finance tools.

**Third:**

**The Universality of Islam is gifting Globalization with:**

Islamic banking of a specific methodology: which means that it is derived from the Islamic approach based on investment and trade. Theorists of the so-called Islamic economy believe that the Qur'an preempted all economic theories when it urged increased spending and consumption as a means of reviving the economy. Some of those theorists thought that the Islamic economy has



paved the way and helped in introducing and integrating contemporary theories for expenditure. The Holy Quran includes hundreds of verses that adorn Muslims with love of spending and call them to avoid miserliness. Governments increase public spending in a recession as a way to overcome the crisis.

Therefore, it achieves the Quranic comprehensive meaning of "spending": **Allah says: "Spend out of that in which He has made you successors"<sup>(1)</sup> "Spend from that which We have provided for you before there comes a Day in which there is no exchange and no friendship and no intercession. And the disbelievers - they are the wrongdoers"<sup>(2)</sup>**

This refers to the four types of expenditure:

- 1) Production expenditure.
- 2) Investment expenditure.
- 3) Charity, both imposed and voluntary.
- 4) Consumer expenditure.

1) Production expenditure: "Economic well-being is created in a production process. This means all economic activities that aim directly or indirectly to satisfy human wants and needs. The degree to which the needs are satisfied is often accepted as a measure of economic well-being. In production there are two features which explain increasing economic well-being"<sup>(3)</sup> "When the production grows and becomes more efficient, the income tends to increase. In production this brings about an increased ability to pay salaries, taxes and profits. The growth of production and improved productivity generate additional income for the producing community"<sup>(4)</sup>.

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Hadeed (7)

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Baqarah (254)

(3) <https://en.m.wikipedia.org/: production>

(4) Wikipedia

2) Investment expenditure: "Money spent on capital goods, or goods used in the production of capital, goods, or services. Investment spending may include purchases such as machinery, land, production inputs, or infrastructure. Investment spending should not be confused with investment, which refers to the purchase of financial instruments such as stocks, bonds, and derivatives. Also called capital formation"<sup>(1)</sup>.

3) Charity, both imposed and voluntary: Spending may be the duty of the taxpayer to observe and preserve himself. Spending may be due to the job and the legitimate financial mandate, such as Zakat performance, cooperative spending, and then voluntary charity.

4) Consumer expenditure: Consumer spending; means to purchase goods and services necessary to satisfy the humanitarian needs of food, drink, and others. As for the controls of consumer spending, the most important are: orientation towards the satisfaction of the needs required by human to live and live a good life, spending on the good *halal* and away from the malicious *haram*.

Indeed, a simple look at the text and perhaps the verse (***and what we have given them spend) {but his hands are simple spend how he wants}***)<sup>(2)</sup>.

\* Expenditure: Islam set spending controls to achieve the interest of the individual and the community in the world and the hereafter.

\* Moderation in expenditure, means that the mediator in the spending of money between the wasteful and stingy.

\* Spending money in the good, and stay away from spending in the taboo, and the damage such as alcohol.

---

(1) Business Dictionary (BD).

(2) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Ma'idah (64)

#### **Fourth:**

##### **The Universality of Islam is gifting Globalization with:**

"Banking" stems from the technical bases in the **foundations** of the program of the economic reform as referred to in Surah Yusuf, which is:

1) Stimulate production: which is indicated by the verse: "**You will plant for seven years consecutively;**"<sup>(1)</sup> Production: any work or effort that creates a new benefit, or adds a benefit to a previous benefit, and Islam takes great care in directing the individual and society towards production. The call to work, where the Prophet (peace and blessings of Allah be upon him) says: "**No one has ever eaten anything good than the work of his hands.**"<sup>(2)</sup> Narrated by Bukhari. Encouraging the exploitation of natural resources that God has harnessed for man. Architecture of the earth is one of the most important functions of mankind for which he was created on this earth. Allah warns against disrupting these resources, and wasting and destroying materials in peace or in war is a corruption of the earth.

2) Encouragement of saving: which is indicated by the verse: " and what you harvest leave in its spikes"<sup>(3)</sup>. It's not just spending that revives the economy, no development without saving. One should invest his or her savings. It is not right to keep your savings in cash and not even thinking about investing them. So, if you're looking for a way to boost these savings, investing is the best way to do it. That are commensurate with the risks you can afford.

3) Rationalization of consumption, which is indicated by the verse: save "**except a little from which you will eat**"<sup>(4)</sup>. Rationalization of expenses, what remains of our consciousness if we harm ourselves and the environment around us with luxury consumption. The call for rationalization of consumption is not intended to deny the enjoyment of the pleasures of the world.

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Yusuf (47)

(2) Book of Sales and Trade. Chapter: The earnings of a person and his manual labour:Hadith (286)

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Yusuf (47)

(4) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Yusuf (47)

- 4) The period required for the reform program to be fruitful.

**Fifth:**

**The universality of Islam is gifting Globalization with:**

Islamic banking operating within the framework of an economic system based on reforms or structural corrections based on:

- 1) Correcting the understanding of the money's function from three aspects:

- Do not hoard it up. "Those who hoard gold and silver, and do not spend it in God's way, inform them of a painful punishment."<sup>(1)</sup>

Fatimah bint Qais narrated that: she asked the Prophet about Zakat, and he said: "Indeed there is a duty on wealthy aside from Zakat."<sup>(2)</sup>

- Do not consume unjustly. "And for their taking usury, although they were forbidden it; and for their consuming people's wealth dishonestly. We have prepared for the faithless among them a painful punishment."<sup>(3)</sup>
- And do not spoil its functions. (A measure of value and intermediary of exchange) The scholars of Islam say: money is use to trade, not to be traded. Islam authorized the use of money to gain more wealth through legitimate means, and opened a set of outlets that achieve social justice and community development.

- 2) Structural reforms based on: the diversity of the ownership base in its various forms with the consideration of private property as the foundation. Including the diversity of the ownership base - the endowment and its economies. Property in Islam is divided into three types: private property, public property and state ownership. It is a matter of addressing the public domain as it has to do with fiscal policy.

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Tabah (34)

(2) Jami` at-Tirmidhi: Hadith 659

(3) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational: Surah al-Nisa (161)

3) Structural reforms based on: the variety and diversity of tools and investment formulas, which I refer to as the contracts and legal transactions basket.

4) Structural reforms based on: the commitment to ethical, moral and economic values, and principles. Strictly adhere to the rule of "*halal and haram*" in carrying out its investment activities where it should avoid the forbidden. Receive financial resources if the source is *Haraam* and must not finance economic activities. Ibn al-Qayyim says:

"The rule of sharia, which cannot be demolished, is that the purposes and beliefs shall be considered in the behaviors and customs as they are considered in the piety and servitude."<sup>(1)</sup>

### **Why the Islamic Economy**

Peoples have tried the laws they put in place for the modern world economy and saw this economy and how it collapsed. They saw famines and disasters ... until the world reached the existence of two rich and poor classes, and the middle class vanished. The capitalist system, most recently caused by the real estate crisis of SABB Prime in the United States of America in 2007. Recently, economists are working to create a more coherent system that ensures economic stability for the future of states. Loretta Napoleone called for the solution and from her point of view "Islamic economics can be a solution to many of the problems of the global economy, simply because wealth depends entirely on physical and intellectual effort"<sup>(2)</sup> Simple because the fortune in this world depends entirely on the mental and physical efforts. All this, then makes this economic system, and its institutions an urgent need to meet the needs of contemporary societies and achieve security of all kinds. An indication of the credibility of what we say is:

---

(1) Book Ielam al-Muaqeinean Rabi al-Ealamin .108/3  
By IbnQayyim al-Jawiyya

(2) Loretta Napoleone is an economist. The author of best-selling books:  
Islam is the Solution

### **First:**

The World Survey on the Economic System in Islam conducted by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)<sup>( 1 )</sup> that included the report on the economic system in Islam stats:

**"Islamic teachings differ from capitalism in its opposition to the accumulation of obscene wealth. They differ from socialism because they preserve the rights of ownership to the means of production"**<sup>(2)</sup>. In a true society that follows the teachings of Islam, the interests of the classes of society must not conflict. They must coexist in communion and compassion through conscious and responsible participation.

The rights of the individual must be respected, but in a fair manner that is in the interests of society as a whole.

### **Second:**

An evidence of the credibility of what we say is: that the American Economists Association has made of the formation of the Higher Education Committee in Economy with the membership of brilliant experiences in economy. They surveyed the economics departments of 90 American universities graduating more than 90% PhD holders in economics. They reported that economists are no longer agreeing on what constitutes their profession. **"Economists don't know anything, they can't agree on much, and they fail to spot the big, important economic trends. They ignore inequality, oversell the benefits of global trade, and did not foresee the financial crisis."**<sup>(3)</sup> They started to believe that the economy **"is guided by the famous *invisible hand* of capitalism"**<sup>(4)</sup>.

---

(1) (OECD) is an intergovernmental economic organization with 36 member countries,[1] founded in 1961 to stimulate economic progress and world trade.(Wikipedia)

( 2 ) <https://IslamicMarkets.com/education/difference-between-islam-capitalism-and-socialism>

(3) An Article: In defense of economics. By Allison Schrage September 24, 2019

(4) An Article. Profits. By Lester C Thurow

**"The capitalist system is a system that is not governed by principles, but ruled by interests and everything has its price,"<sup>(1)</sup> says an American economist, Lester Thurow. "It transforms the society into a forest that will result in crime, homelessness, and social injustices."<sup>(2)</sup> "In a capitalistic society, profits-and losses- hold center stages"<sup>(3)</sup>**

### **Third:**

An evidence of the credibility of what we say is: what I call the latest statement of condemnation of the economic system: The United Nations Development Program (UNDP), the tenth annual Human Development Report, stated that the average income in the world's five richest countries is 74 times that of the poorest countries in the world, which are all concentrated in Africa.

The wealth of the world's three richest people is more than the GDP (Gross Domestic Income) of the group of least developed countries with a population of 600 million. Microsoft's budget is \$100 billion a year, which exceeds the budgets of 48 third-world countries. The report notes that social welfare, which is the hidden axis of human development, faces a threat in a competitive market economy. In this regard, it points to the growing impoverishment of human beings, the increasing levels of family disintegration, and crime while the total global profit is \$1.5 trillion a year.

Economic collapse refers to a period of national or regional economic breakdown where the economy is in distress for a long period, which can range from a few years to several decades. During periods of economic distress, a country is characterized by social chaos, social unrest, bankruptcies, reduced trade volumes, currency volatility, and breakdown of law and order. Today, the world is experiencing successive financial crises,

---

(1) An Article. Profits. By Lester C Thurow

(2) An Article. Profits. By Lester C Thurow

(3) An Article. Profits. By Lester C Thurow

huge economic contradictions, or financial crises (financial collapses) in a frightening manner as they are frequent, destructive, and rampant. In the second half of the 1990s, the world witnessed four crises or collapses, from Mexico in 1995 to South-East Asia.

### **A New Global Financial System**

First of all, what do we mean by a global financial system? This means **"The global financial system is the worldwide framework of legal agreements, institutions, and both formal and informal economic actors that together facilitate international flows of financial capital for purposes of investment and trade financing"**<sup>(1)</sup>. The economy faces many challenges. Globalization and technology are bringing huge improvements in our standards of living, but not without dislocations. The middle class and those with less education have not seen large wage gains. Many are seeing their jobs disappear. Some men have left the labor force entirely.

1) This made an international expert call for a new global financial system:

Global economic expert Alan Blinder called for reforming the current global financial system to protect innocent citizens around the world from the risks of financial crises created by current practices. He stressed that the situation has changed now, and the interest in financial crises is no longer confined to an economic elite. Markets and people are unpredictable, and economic models are always incomplete. Attempting to strike the right balance is messy, and is exactly what economics aims to achieve. The profession has learned from its mistakes drawing on humility and an openness to disagreement—that is, the qualities that many critics of economics do not have.

In the second half of the 1990s, starting with Mexico in 1995, Southeast Asia in 1997, Russia in 1998, and finally Brazil in

---

(1) Defined in Wikipedia



1999, as economic concerns became headlines, and financial crises were taking over the interest of most people that globe.

Alen Palander, a professor of economics at Princeton University, and Vice Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve from 1994 to 1996, said that many economists consume that financial collapses have become so frequent, destructive, and rampant that no one can ignore them, or turn a blind eye to them. The current world order has failed miserably to protect ordinary people from its perilous dangers.

1) Many international experts call for the establishment of a new financial system in the world because they realize that the collapse of the International Monetary System is so close. Kurtzman<sup>(1)</sup> said, **"We need easier monetary policy. We had a tight monetary policy and a loose fiscal policy, which gave us the current mix of high interest rates and big deficit spending. It is, however, a bad policy mix that we needed to keep the value of the dollar high"**<sup>(2)</sup>. The international monetary system has collapsed three times in the past hundred years, in 1914, 1939, and 1971. Each collapse was followed by a period of tumult: war, civil unrest, or significant damage to the stability of the global economy.

James Rickards writes, "The coming collapse of the dollar and the international monetary system is entirely foreseeable... Only nations and individuals who make provision today will survive the maelstrom to come."<sup>(3)</sup> Robert Skidelsky reports that, **"we need to get ready for another one"**<sup>(4)</sup>; he means we need to be ready for another collapse. He says, **"The lessons of 2008**

---

(1) Joel Allen Kurtzman (June 25, 1947 – April 6, 2016) was an American economist. He was the Editor-in-Chief of the Harvard Business Review

(2) The New York Times: BUSINESS FORUM: ECONOMISTS LOOK AT THE MARKET COLLAPSE; an article written by Joel Allen Kurtzman

(3) A study published in Foreign Affairs magazine

(4) The Gaurdian newspaper:Ten years on from the financial crash. An article by Robert Skidelsky

**have not been fully learned: stop risky lending by banks, address fiscal policy and reduce inequality"<sup>(1)</sup>**

The director of a group of 24 in Washington, Dr. William Laraldi, stressed the need to formulate a new global financial system that protects the interests of developing countries, reduces the dominance of the major industrialized countries, and prevents the occurrence of crises or shocks to financial and monetary instability in the world. He pointed out that the existing financial system has always been dependent on the interests of the major industrial countries, and is used to serve their interests to such an extent that the situation is becoming more and more important. Given that these countries capture influential financial sectors and possess currencies that are used as cash reserves and have the upper hand in decision making within the international financial institutions. These international institutions can take a decision that goes beyond the will of those countries that dominate them.

### **Characteristics in Investment Tools in Islamic Banks**

**"Could Islamic banking have prevented the financial crisis if only it had been further established in the western world?"  
"May it help prevent future crisis due to its Shariah based approach?"<sup>(2)</sup>**

For this purpose, which is sweeping the positive economic system, its institutions, and its thinkers, who are no longer in agreement on what constitutes their profession, according to the report of the American Economists Association, we present the research tools of investment in Islamic banks, which reflect the nature of practicing banking in Islamic banks, and Islamic economic. The contemporary reality imposes a variety of financial needs, and to fulfill these needs Muslim jurists specialized in financial transactions worked hard to develop novel financial products and solutions compatible with Shariah

---

(1) The Gaurdian newspaper:Ten years on from the financial crash. An article by Robert Skidelsky

(2) Sarah Müller from University of LaplandRovaniemi, Finland

meeting the requirements of individuals and corporate perfectly. Herein mentioned some of main Islamic finance tools. Some of the most important characteristics in investment tools in Islamic banks are the following:

**First:**

It is integrated to meet more and more practical needs. In the sales package, we find *Istisnaa* (selling before availability). This tool helps to fulfill a necessity in construction sector, for example, where the delay or installment of the payment can be integrated with the *Salam* (advance purchase and sale) where the whole price must be paid at the time of the contract. All this shall be mentioned in detail in the research.

**Second:**

It enjoys sufficient practical and procedural flexibility:

- *Murabaha* is considered as the most common finance tool as a clear practical solution for buying different goods. The bank buys the product requested by the client from supplier, and then resells it to the client for installments after adding the profit of the bank to the gross selling price. It is conducted in a simple manner as is done in the manner of *Murabaha* to the purchase ordered, and as it deals with the method of documentary credit and correcting them legally. The parties of "Murabaha" are three: seller, buyer and the bank. A "Murabaha" contract depends on two factors, promise "Wa'd" and credit sale.
- *Musharaka* (partnership) in its various types and development to diminishing *Musharaka* or partnership ending with ownership where one partner purchases the other partner's share gradually.
- *Mudarahah* (speculating) in its simple form between the investor and working speculators expands to include

"speculators speculating," or what some financial institutions call "complex speculation". As well as, the development of speculation to become the basis of multiple and diverse funds / portfolios, including its rules and detailed legal provisions.

- *Ijarah* (lease contract) and its classifications such as the so-called operating lease, and the so-called lease-to-own in accordance with the Sharia and detailed provisions.

### **Third:**

The partnership package in its multiple and diverse forms embody the main principle underlying Islamic and investment banking in the economic system in Islam. This principle is based on the rule of "there is no return without risk"<sup>(1)</sup> i.e. profit or loss, and the technical mechanism are based the most important of which is "*Al-Ghunm Be Al-Ghurm* ", meaning "sharing in profit and loss." In other words, "no claim bonus on renewal". In addition, the package will stimulate savings regardless of how low on the one hand, and stimulate business and expertise on the other.

### **Fourth:**

What these tools reflect such as the validity of the individual and institutional engagement as a package of sales of different types, such as absolute sale, and Bai al-Amanah (a sale whereby both parties express trust in each other) according to its detailed provisions.

---

(1) AlqawaeidAlfhiatWatatbiqatuha fi AlmadhahibAlarbe: Rule [97]  
By Dr. MuhamadMustafaaAlzahili.

### **Fifth:**

As for the added values and competitive advantages offered by the investment tools in Islamic banks are undoubtedly:

- Al-Kharajbil Daman - there is no return without risk – money is used for trading, and not to be traded.
- The capital of the company should be present, not a debt unavailable as stated by the majority of jurists.
- Profit is as agreed and loss is based on capital.
- The prohibition of profit unless guaranteed.
- Every condition that allocates a percentage of profit for the company is invalid.
- The distinction between the so-called contract rule and the so-called contract right.
- The prohibition of surplus risk (uncertainty).
- Lying and treason in regards to price in measure or description leads to the availability of option.
- All this within the framework of *Halal* and *Haram*: this is *Halal* and it should be followed, and this is *Haram* and should be avoided.

After all this, we wonder about the economic system and its institutions in Islam and say: but have all the problems and all the challenges been solved? The answer is no, especially in light of the transformation of the world's economies, what is called the economic dominance and consequent political, social and cultural domination.

This requires scientists, researchers, scholars, and practitioners to exert maximum energy and means to solve the problems, adapt the challenges and correct them, and rearrange the structural, technical, professional, and procedural conditions that prepares for the economic system in Islam, and it's banking institutions and enables it to achieve good and charity for all people. Allah Almighty said:

**“Had they observed the Torah, and the Gospel, and what was revealed to them from their Lord, they would have consumed amply from above them, and from beneath their feet. Among them is a moderate community, but evil is what many of them are doing.”<sup>(1)</sup>**

### **The Most Important Recommendations**

1. In an era of globalization, banks need to form strategic alliances among themselves to achieve cooperation in many areas, including participation in the provision of expensive technological services. **"Strategic alliances are a means of rationalizing business operations and improving the overall competitive position of a company and are important because of the sheer speed and dynamism of technological change which has opened up a wide range of new activity areas"**<sup>(2)</sup>.

2. In the age of globalization, the capital of Islamic banks must be restructured, and the promotion of mergers among them, especially across borders. In an era of globalization, **"the world of competition is like a jungle where monsters gobble smaller ones therefore one has to be competent enough to win the rivalry"**<sup>(3)</sup>. Many analysts view the idea of integration in the banking world as an expression of a state of challenge to constantly evolving realities. Continuity, indicating the need to respond to new data.

3. The urgent need to establish alliances in world of globalization. Islamic banks should work to establish alliances with traditional banks and build bridges with them, especially those wishing to carry out banking activities in accordance with the principles and provisions of Islamic Shariah.

---

(1) The Quran. English Meanings and Notes by SaheenInternational:Surah al-Ma'ida(66)

(2) Management Decision. An abstract by Paul F. Takac, C.P. Singh. ISSN: 0025-1747

(3) SOME EMERGING ISSUES. An Article by Krishn A Goyal

4. A number of critical developments for the Islamic banking industry in the region have recently taken place, and several Islamic financial institutions have been merged and restructured in an attempt to meet the challenges of globalization. Islamic banking and finance industry has been making breakthrough improvements to become a truly viable, and a competitive alternative to conventional systems at the global level<sup>(1)</sup>. To work hard to establish International Islamic Banks to act as the last financier and to arrange the services of correspondents for Islamic banks and invest liquidity available in some banks. Islamic banks have tended to employ large liquidity in these global banks, expand their market base, and increase their financial and investment services, through the establishment of local investment portfolios and investment funds in global equities.

5. The need to urge Central Banks to adopt the specific nature of Islamic banking and to establish appropriate regulatory standards. The Central Bank, as the State Bank, undertakes the task of drawing up monetary policies and supervising their implementation. The supervising banks operating within the state, whether traditional or Islamic, with a view to ensure the implementation of the decisions and directives issued by the Central Bank to ensure the smooth running of their business in order to achieve the objectives of monetary policy and to safeguard their financial rights.

6. Developing the methods of financial control and disclosure to keep abreast of the developments of banking supervision at the international level in accordance with the provisions of Islamic law. A supervisory body that supports Islamic banks and companies with scientific and practical methods to solve field problems related to Islamic banking. In order to address these challenges, proper risk management is required in light of international standards.

---

(1) Islamic banking and finance: on its way to globalization. By M. Mansoor Khan, ISSN: 0307-4358

7. To strive to revive the Supreme Fatwa and Shari'ah Supervisory Board of Islamic banks and financial institutions to provide the support needed by these institutions to demonstrate the legal provisions that enhance their progress, and to make them above reproach. The terms of reference of this body are defined as follows:

- Monitor the activities of Islamic banks and financial institutions that are members of the union to ensure their compliance with the provisions of Islamic Shariah.
- Providing Shariah opinion on banking and financial matters required by Islamic banks or financial institutions.
- The authority's decisions and *Fatwas* should be binding on Islamic banks and financial institutions.

8. To strive for the establishment of a Global Financial and Islamic Institute to graduate qualified human cadres to work in Islamic financial and banking institutions, as well as to develop Islamic financial thought. Interest in studying the experiences of Islamic banks is increasing in the recent period by scientific centers and universities. Such as, the leading Islamic University in the field of banking and Islamic economy, and it is the first university institution in the world to establish a department of Islamic economy since 1968, granting degrees, and organize courses in fields of banking and finance.

9. To pay attention to the development of human capacities working in Islamic financial and banking institutions through continuous training and developing their creative skills and performance. The expansion of Islamic banking and finance has always been associated with the involvement of professional Shariah scholars<sup>(1)</sup>. There is a dearth of specialized cadres in this field. It is necessary to establish institutes and universities that prepare and graduate trained professional cadres the aim of which is to prepare specialists in Islamic banking.

---

(1) Strategic Trends in the Islamic Banking and Finance Movement by MonzerKahf



10. Islamic Banks (IBs) are considered as having ethical identity, since the foundation of their business philosophy is closely tied to religion<sup>(1)</sup>. To consider the importance of the developmental, social, environmental, and moral dimensions of the activities of the financial and banking institutions. Islamic banks have tended to employ large liquidity in these global banks, expand their market base, and increase their financial and investment services, through the establishment of local investment portfolios and investment funds in global equities. The intense commitment of Islam to justice and brotherhood demands that business organization should take care of some of the needs of the community<sup>(2)</sup>.

11. To work on providing and activating the inter-bank market for Islamic banks and financial institutions to facilitate a secondary market presence for Islamic Sukuk trading. The main problems faced by Islamic banks is that their banking transactions are small in size, and investments in them are small. They must find secondary markets for trading in Islamic Sukuk.

12. To provide support for the establishment of the Islamic capital market. International and global conditions, liquidity requirements, capital efficiency, etc. are becoming more stringent, which are difficult for small banks to meet. It recognizes upfront that Islamic banking offers an alternative banking system that is attractive to both Muslims and non-Muslims<sup>(3)</sup>.

13. To urge countries and governments to enact the necessary laws and amend the laws in force to protect and activate the Islamic banking and Islamic law. And, to provide the appropriate legal environment for such financial, banking, and

---

(1) Journal of Business Ethics. Exploring the Ethical Identity of Islamic Banks via Communication in Annual Reports. By Roszaini Haniffa (RoszainiHaniffa is a Senior Lecturer and Head of Accounting and Finance at the Bradford University School of Management.)

(2) Corporate social responsibility of Islamic financial institutions and businesses BY Abul Hassan, Hjh Salma Binti Abdul Latiff . ISSN: 0828-8666

(3) Article: Towards establishing an Islamic retail bank in a Muslim-minority country. By Najmul Hussein Rassool

security institutions to start their work and accelerate the pace of development towards the best manner similar to what is happening in some major countries for the interests of peoples.

14. To invite competent authorities to introduce the Islamic economy and the Islamic banks in the higher education curricula to enrich sciences and take its share of study, scrutiny, and deepening.

### **Abbreviations:**

AAOIFI:Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions

AEA:American Economist Association

BD:Business Dictionary

CBs:Conventional Banks

FSA:Financial Supervisory Authority

GDP:Gross Domestic Income

IBs:Islamic Banks

ISSN:International Standard Serial Number

OECD:Organization for Economic Cooperation and Development

SFTR:Securities Financing Transactions Regulation

SSB:Shariah Supervisory Boards

SSCs:Shariah Supervisory Committees

TR:Trade Repository

UNDP:United Nations Development Program