النظام القانوني لشركة طور التأسيس

المقدمة

الحياة التجارية في القرن الثاني عشر عندما زاد النشاط التجاري في الجمهوريات الإيطالية، الأمر الذي أدى إلى ظهور شركات يحكمها قانون مستقل تشرف عليها هيئة مركزية لتجار المدينة تسمى "قنصلية التجار" تودع فيها أسماء الشركاء لكل شركة على جدة؛ إعلانا للغير من الدائنين بوجود الشركة[1]. وكان للشركة ذمة مالية خاصة تتألف من الحصص التي يقدمها الشركاء، بحيث تكون ضمانا للدائنين. وهو ما اعتبر نواة فكرة الشخصية المعنوية التي يقوم عليها التنظيم الحديث للشركة.

ولقد حرصت أغلب التشريعات الحديثة على تنظيم الشركات التجارية، باعتبارها جزءا مهما من النظام الاقتصادي العالمي، وذلك بسن قوانين تضمن تأسيس الشركات التجارية بشكل دقيق بعيدا عن العيوب، وعن التلاعب الذي قد يطال الشركة فترة تأسيسها، الأمر الذي أدى إلى التضييق من نطاق الحرية التعاقدية، وحد من مبدأ سلطان الإرادة، الذي انبثقت الشركات التجارية في ظله بغية حماية المدخرين وحماية الاقتصاد الوطني.

ولأن القوانين المنظمة للشركات التجارية دائمة التطور، يحكمها ويوجهها المحيط والنمط الاقتصادي السائد في العالم، فقد كان هذا التوجه العالمي مؤثرا فعالا للمشرع الليبي للتدخل تشريعيا[2] لتنظيم الشركات التجارية، وفق الخطوط العريضة التي رسمها هذا التوجه ولكن ذلك لم يمنع أن تنشأ الشركات التجارية على فكرة العقد بحسب القواعد العامة، وهو ما نصت عليه المادة **494 ق. م. ل.** ولكن هذا العقد ذو طبيعة خاصة ميزته عن غيره من العقود المسماة الأخرى. فعقد الشركة وإن كان يخضع للقواعد العامة من حيث شروطه الموضوعية العامة، فإن ما يميزه عنها شروطه الموضوعية الخاصة، وأنه من العقود الشكلية التي أوجب المشرع أن تتوافر فيه، وعند تخلف إحدى هذه الشروط فإن مصير هذا العقد هو البطلان.

ولكي يكتمل البناء القانوني للشركة، بحيث تتمكن من ممارسة نشاطها الذي أسست لأجله وجب أن تكتسب الشخصية المعنوية والهدف من إضفاء الشخصية المعنوية على الشركة هو إعطاؤها قدرا من الإمكانيات؛ لتواجه الغير كشخص واحد مستقل عن الأعضاء الذين قاموا بتأسيسها، وتكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذممهم، والتي تتحقق لها بعد إجراء القيد في السجل التجاري. وهو ما نصت عليه المادة **25 ق. ن. ت. رقم2010/23م**. أما المرحلة التي تسبق هذا الإجراء "الشركة في طور التأسيس" فهي مرحلة مهمة وذات خصوصية يباشر فيها أشخاص يعرفون بالمؤسسين تصرفات قانونية ويبرمون عقودا لحساب الشركة في طور التأسيس. وهذه التصرفات تختلف من شركة إلى أخرى، حسب نوع ونشاط الشركة، وكذلك حسب حجم رأس مالها وطموحها. وهؤلاء المؤسسون مسؤولون بالتضامن قبل الغير عن الالتزامات التي تعهدوا بها لإنشاء الشركة.

---

(1) - فايز نعيم رضوان الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة من 2000-2001، ص 5

(2) - تعد المدونة التجارية الفرنسية لسنة 1807 هي المؤثر والمصدر التاريخي للقانون المصري الذي تبنى المشرع الليبي أحكامه منه فقد صدرت المدونة التجارية الليبية سنة 1953 وتعتبر القواعد الواردة في القانون المدني القواعد العامة التي يمكن الرجوع إليها في حالة وجود نقص تشريعي أو عدم وجود نص قانوني خاص وفي سنة 2010 صدر القانون رقم 23 بشأن النشاط الاقتصادي، وتناول في الباب الثالث الشركات، حيث نصت المادة الثانية من الباب الأول من هذا القانون على تطبق على الأنشطة الاقتصادية أحكام القانون المدني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا بمقدار اتفاقها مع المبادئ العامة في هذا القانون". وهو ما يجعل من المادة 494 ق. م. ل. هي المرتكز الأول الذي تنشأ عليه الشركة في النظام القانوني الليبي

أهمية البحث

وتبرز أهمية الدراسة من حيث كونها الدراسة الأولى في ليبيا التي تسلط الضوء على مرحلة "الشركة في طور التأسيس وتناولتها بشكل تفصيلي. ولا توجد دراسة أخرى تناولت المرحلة سوى أطروحة دكتوراه من دولة المغرب مقدمة من الباحث نور الدين الفقيه بعنوان: "الشركة في طور التأسيس الوضع القانوني والتدابير هذا على حد علم الباحث.

إشكالية البحث

يظهر الكثير من الإشكاليات القانونية التي يتعلق شفها الأول بنشأة الشركة، ولعل أبرزها الإشكاليات المتعلقة بعدم توافر الشروط الموضوعية العامة، والشروط الموضوعية الخاصة، والشروط الشكلية لعقد الشركة. وما يبرز من إشكاليات في واقع التطبيق هو ما يتعلق بالصورية، والتي من الممكن أن تقع على صورية الحصص المقدمة وصورية التعدد، حيث نجد أن أثر ذلك ينعكس على النمو الاقتصادي للدولة، ويعرض الشركة الخطر بطلانها وعدم استمراريتها. وكذلك الإشكاليات المتعلقة بالحصص العينية - صعوبة نقل الحصة العينية لحساب الشركة - والتمايز بين المساهمات العينية والنقدية -. أما فيما يتعلق بالشق الآخر من الإشكاليات المطروحة؛ فهو يتناول النظام القانوني للشركة في طور التأسيس، فالتساؤل يثار حول الأساس القانوني لتصرفات المؤسسين باسم الشركة ولحسابها، ونطاق مسؤوليتهم عن الأعمال والتصرفات التي أجروها لضرورات التأسيس.

الصعوبات التي واجهت الباحث

لقد واجهت هذه الدراسة مجموعة من الصعاب، أبرزها ما يتعلق بنقص المراجع العربية المتخصصة وبالأخص المراجع الليبية المتخصصة في قانون الشركات بشكل عام، وإن وجدت فإنها لم تتطرق لموضوع الدراسة بإسهاب.

منهجية البحث

وفيما يتعلق بمنهجية الدراسة، فإن طبيعة البحث تدعو إلى اتباع المنهج التحليلي. وهذا يستلزم من الباحث تتبع النصوص القانونية المختلفة ذات العلاقة بموضوع البحث، ومحاولة استقرائها ومقاربتها مع تطبيقاتها واقعيا.

خطة البحث

المبحث الأول: ماهية الشركة في طور التأسيس

المطلب الأول: تمييز مفهوم الشركة طور التأسيس عن المفاهيم المشابهة

المطلب الثاني: تحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس

المبحث الثاني: الاثار المرتبطة عن عمل الشركة في طور التـأسيس

المطلب الأول: مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم لحساب الشركة

المطلب الثاني: التزامات الشركاء واشكالية نقل الحصة العينية

المبحث الأول:

ماهية الشركة في طور التأسيس

يطرح تحديد ماهية الشركة [1] في طور التأسيس مجموعة من الإشكاليات، سواء على مستوى تحديد مدلول الشركة في طور التأسيس، في ظل غياب تعريف تشريعي لها، وعدم تفريد نظام قانوني متكامل ومتراص ينظمها [2]، بالإضافة إلى الأساس القانوني الذي يتصرف وفقه المؤسسون باسم الشركة ولحسابها بغية الوصول إلى اكتمال تأسيسها، الأمر الذي جعل الشركة في طور التأسيس تختلط بمجموعة من المفاهيم القانونية الأخرى.

لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين

المطلب الأول: تمييز مفهوم الشركة في طور التأسيس عن المفاهيم المشابهة.

المطلب الثاني: تحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس.

المطلب الأول:

تمييز مفهوم الشركة في طور التأسيس عن المفاهيم المشابهة

لأجل تمييز الشركة في طور التأسيس عن باقي ما يشابهها من مفاهيم، ولإبراز الفرق بينها. يجب تسليط الضوء على مفهوم الشركة في طور التأسيس الفرع الأول وبعدها نجري مقارنا تشمل ما يشابهها من مفاهيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالشركة في طور التأسيس

بالعودة إلى المواد المنظمة للشركات من **ق. ن. ا. رقم 2010/23**، نجد المشرع الليبي لم يُعرف الشركة في طور التأسيس، ولكنه أتى على ذكرها في مواد متفرقة منها المادة **25 ق. ن. ت. رقم2010/23 م** والتي تُعد قاعدة عامة لوجودها في فصل الأحكام المشتركة، حيث نصت على: للشركة بعد القيد في السجل التجاري أن تتخذ قراراً بتحمل آثار العقود والتصرفات القانونية التي قام بها المؤسسون لضرورات مرحلة التأسيس حيث تكون الحقوق والالتزامات في ذمة الشركة بشكل مباشر". ففي هذه المادة تم وصف الشركة في طور التأسيس من قبل المشرع أنها مرحلة تأسيس، الأمر الذي يجعلنا نستخلص أن الشركة في طور التأسيس هي فترة زمنية معينة تنتهي بالقيد في السجل التجاري.

(1) - بما أن طبيعة الدراسة اعتمدت على تناول مرحلة الشركة في طور التأسيس من محورين رئيسيين، الأول خصص لدراسة مرحلة نشأة الشركة، وما يقتضيه تأسيسها من إجراءات ومتطلبات قانونية، يضطلع بها المؤسسون بغية إخراجها إلى الوجود الفعلي والقانوني والثاني خصص الدراسة النظام القانوني للمرحلة، بما يتضمنه من أراء فقهية ونظريات قانونية، حاولت رسم معالم هذه المرحلة الأمر الذي أوجب أن تتم دراسة الماهية" ضمن الفصل الثاني بحيث يكون مدخلا لتناول الجانب المتعلق بالتكييف القانوني للمرحلة وصفة من يقومون بالإجراءات لحسابها لأن مفهوم الماهية في هذه الدراسة تعلق بالمفهوم القانوني للمرحلة النظام القانوني" وذلك بعد دراسة كل ما يتعلق بالتأسيس من متطلبات قانونية، وإجراءات ضرورية أوجبها المشرع.

(2) -نور الدين الفقيهي، "الشركة في طور التأسيس" الوضع القانوني والتدابير الحمائية، الرباط المغرب العام الجامعي2012،2011م،ص 44

أي أن المشرع الليبي حدد لنا أنها فترة زمنية من عمر الشركة وكذلك حدد لنا أنها تنتهي بالقيد في السجل التجاري. أما الفقرة الأولى من المادة **102 ق. ن. ت. رقم 2010/23م**[1]فقد وصف فيها المشرع الشركة في طور التأسيس بالشركة قبل القيد، الأمر الذي يؤكد أنها فترة زمنية تسبق القيد في السجل التجاري، ولكنه لم يحدد متى تبدأ هذه المرحلة، فتحديد نقطة بداية الشركة في طور التأسيس أمر مهم، وذلك لمعرفة التصرفات التي يُسأل عنها المؤسسون. فهل نقطة بداية هذه المرحلة هي توقيع عقد الشركة؟ أي يجب أن تُحدد بإجراء رسمي كتوقيع العقد أم أنها تبدأ بالقيام بأي إجراء يسبق التوقيع. وإن لم يكن ذا طابع رسمي تفرضه المتطلبات الواقعية بإجراء أي تصرف يُظهر رغبة المؤسسين في تأسيس الشركة التجارية.

فالشركة كما عرفها القانون المدني بنص المادة **494** بأنها عقد، فتأسيس الشركة مرهون بداية بوجود عقد، وهو أول المرتكزات لقيام الشخصية المعنوية للشركات. أما ثاني المرتكزات هو إتمام كافة المتطلبات القانونية التي اشترطها المشرع من أركان موضوعية وشكلية، أي أن مرحلة التأسيس تقوم على مرتكزين، مرتكز عقدي وهو يدخل في تصنيف بداية تأسيس الشركة، ومرتكز إجرائي وهو ممتد من بداية تأسيس الشركة وحتى نهاية مرحلة التأسيس، بإجراء القيد في السجل التجاري لاكتساب الشخصية المعنوية.

الفرع الثاني: مقارنة الشركة في طور التأسيس بالمفاهيم المشابهة لها

تتشابه الشركة في طور التأسيس مع بعض المفاهيم القانونية التي عرفها الفقه والقانون، ولكنها في ذات الوقت تختلف عنها في أمور جوهرية تميزها عنها. لذلك سنجري مقارنة بينها وبين تلك المفاهيم لتمييزها عنها.

أولا: مقارنة الشركة في طور التأسيس بالشركة الفعلية: ابتدع الفقه والقضاء نظرية "الشركة الفعلية" وفحوى هذه النظرية، أنه متى تقرر بطلان الشركة فإنّ هذا البطلان وإن كان يعدم الشركة عقدا وفكرة في المستقبل، فإنه بالنسبة للماضي تُعتبر الشركة قائمة حكما حتّى تتم تصفية المراكز القانونية التي أنشئت خلال الفترة السابقة على تقرير البطلان، بمعنى آخر أنه في بعض الحالات لا يمتد أثر البطلان إلى الماضي ليمحو حياة عاشها الشخص المعنوي في الواقع القانوني[2].

ويشترط القضاء أن تكون الشركة قد باشرت أعمالا فعلا، أما إذا لم تكن قد باشرت نشاطها، فلا محل لإعمال هذه الفكرة، وبالتالي عدم رجعية أثر البطلان فيما بين الشركاء وعودتهم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد واسترداد كل منهم حصته التي قدمها.

وحاول الفقه من جانبه تأسيس نظرية الشركة الفعلية على الاعتبارات العملية، وهي وجوب حماية ظاهر الأشياء. إذ اطمأن الغير إلى وجود الشركة وتعامل معها بوصفها شخصا معنويا. فمن غير المقبول بعد ذلك مباغتته بمحو حياة هذا الشخص القانوني وإنكار وجوده [3]

وقد اعترف المشرع الليبي بالشركة الفعلية وذلك بمقتضى المادة **29 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** والتي تقضي بأنه: "لا يؤثر في صحة ما تم من أعمال وتصرفات الشركة، الحكم ببطلانها الصادر بعد القيد في السجل التجاري، ولا يُعفى الشركاء من دفع حصتهم بالكامل إلا بعد دفع ما على الشركة من ديون ولا يجوز الحكم بالبطلان إذا زال سببه بإجراء تم قيده في السجل التجاري". ويجوز إثبات الشركة الفعلية بالبينة،

(1) - المادة (102) نصت على: يعد مسؤولا قبل الغير مسؤولية غير محدودة وبالتضامن من قام بأعمال باسم الشركة قبل قيدها، ما لم تقرر الشركة تحمل الالتزامات وفقا لأحكام المادة (25)".
(2) - فايز نعيم، مرجع سابق، ص 79.
(3) فايز نعيم، مرجع سابق، ص90،91

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير وجودها من عدمه دون رقابة المحكمة العليا طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة.[1]

ثانيا- مقارنة الشركة في طور التأسيس بشركة المحاصة : عرف المشرع "شركة المحاصة" بموجب نص المادة **91 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** بقوله "شركة المحاصة عقد لا يخضع للشروط الشكلية المفروضة على الشركات التجارية المسماة، يشارك شخص بمقتضاه شخصاً آخر في نصيب معين من أرباح نشاطه، أو من أرباح صفقة أو أكثر مقابل حصة متفق عليها يقدمها الشريك المحاص خلال مدة معينة "

وهي أي المحاصة شركة مستترة، لا كيان لها ولا وجود إلا فيما بين الشركاء، ولذلك فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وليس لها عنوان أو ذمة مالية مستقلة، فطابع الخفاء هو الذي يميز هذه الشركة عن غيرها[2]. والسبب الرئيسي لعدم اكتساب شركة المحاصة للشخصية المعنوية يرجع إلى إرادة الشركاء الذين يعقدون العزم على مباشرة نشاطهم في الخفاء، مستورا عن الغير منذ البداية. وتترجم هذه الإرادة قانونا بالعزوف عن القيام بإجراءات الشهر والعلانية للشركة، حيث لا يتم قيدها في السجل التجاري، ولا الإعلان عن إنشائها بالطرق القانونية[3].

وفي حكم صادر عن المحكمة العليا الليبية [4] جاء فيه: "أنّ من المسلمات في أحكام شركات المحاصة أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فلا رأس مال أو ذمة مالية لها مستقلة عن ذمم الشركاء، بل يظل كل شريك فيها مالكا لحصته في الأصل. وعلى ذلك إذا ما تصرف شريك فيحصة غيره من الشركاء فلا يسري التصرف في حقهم ما لم يتفقوا على ذلك ابتداء أو يُجيزوه انتهاء. فإذا تصرف الشريك الأصلي في مال للشركة، فلا يكون الشريك المحاص مسؤولا عن هذا التصرف أيا كان ناتجه ربحا أم خسارة، ما لم يؤذن بالتصرف في مشارطة الشركة أو يوافق عليه بعد إبرامه".

المطلب الثاني:

تحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس

على المستوى العملي يتطلب تأسيس الشركات التجارية وعلى الأخص الشركة المساهمة القيام بالعديد من الإجراءات والأعمال القانونية والمادية، بحيث تؤدي إلى تكوين الشركة وصولا إلى تسجيلها في السجل التجاري وتمتعها بالشخصية المعنوية. وحيث إن تحديد نقطة بداية وجود الشركة في طور التأسيس أمر مهم لمعرفة التصرفات التي يمكن أن يُسأل عنها المؤسسون، وهو أمر لم يُحدده المشرع بل لم يتطرق له البتة عندما تناول متطلبات وشروط التأسيس في المواد الخاصة بتكوين الشركات التجارية في **ق. ن. ت. رقم 2010/23م** إلا أنه يُمكن تحديد بداية الشركة في طور التأسيس بشكل يستجيب للمتطلبات الواقعية؛ في كل حدث ملموس ينتج عن تصرف مكتوب، أو القيام بإجراء أيا كان يظهر من خلاله بما لا يترك مجالا للشك رغبة المؤسسين في إنشاء الشركة، ويُعلن عن وجود هذا التأسيس[5]. والشركة في طور التأسيس إما أن

(1) - طعن مصري رقم 3895 ، جلسة 10 يونيو 2003 ، سنة 66 قضائية موسوعة المبادئ والسوابق القضائية للدول العربية، مشار إليه في محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 53.
(2) - العسبلي، مرجع سابق، ص 362
(3) - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 358.
(4)- طعن مدني رقم 4/9 قضائية، جلسة 14/1/1961م مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص 359
(5) - نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، ص 86أ

تنتهي بقيدها في السجل التجاري، وبالتالي اكتسابها الشخصية المعنوية. وإما أن يتعذر اكتمال تأسيسها، وبالتالي يُصبح المؤسسون ملزمين بتسوية الحقوق والالتزامات التي ترتبت على الشركة في طور التأسيس.

وتتضمن عملية التأسيس مجموعة من الأعمال القانونية والإجراءات التي يستلزمها القانون، لخلق الهيكل القانوني للشركة على النحو الذي أراده المشرع ورسمه من خلال النصوص، وهي أعمال يقوم بها مجموعة من الأشخاص يُطلق عليهم وصف المؤسسين [1].ولتحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس، وجب أن نقوم بتحديد مفهوم المؤسس (الفرع الأول) وتحديد التكييف القانوني للشركة في هذه المرحلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مفهوم المؤسس

من الطبيعي أن يقوم مجموعة من الأشخاص طبيعيين أو معنويين بتكوين الشركة. والذين يقومون بهذا العمل يوصفون بالمؤسسين، وقد يقوم بهذا العمل شخص أو أشخاص عدة[2]. وللإحاطة بمفهوم المؤسس لابد لنا من تعريف المؤسس بداية؛ لنستعرض فيما بعد الالتزامات والحقوق التي تترتب لهؤلاء المؤسسين.

أولا - تعريف المؤسس: الأساس في اللغة هو أصل البناء، ووضع قاعِدَتِه، أي جَعَل له أساساً[3] إذاً مؤسس الشركة هو من أقام قواعدها وأسسها تحت رعايته، ومن قام بإنشائها وإيجادها[4]. أما اصطلاحا فقد عرفت المادة السابعة من قانون الشركات المصري المؤسس بأنه: "يعتبر مؤسسا للشركة كل من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك. ويعتبر مؤسسا على وجه الخصوص كل من وقع على العقد الابتدائي أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة أو قدم حصة عينية عند تأسيسها. ولا يُعتبر مؤسسا من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة وغيرهم[5]. وقد جاء في قانون الشركات السوداني لسنة 2015م تعريفا للمؤسس، حيث عرفته المادة الثالثة من هذا القانون بقولها "يقصد بالمؤسس الشخص الذي يروج لتأسيس الشركة ويتخذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها "[6].

فكما كان للقوانين المقارنة تعريف للمؤسس، فإنّ الفقة عرف المؤسس أيضا. فقد عرف الفقيه الدكتور "إلياس ناصيف" المؤسس بأنه: "الشخص الذي يتخذ المبادرة في إنشاء الشركة ساعيا إلى جمع الشركاء والأموال، وإلى إتمام الإجراءات القانونية الضرورية للتوصل إلى تأسيس الشركة"[7].

حيث نستخلص من التعريفات السابقة للمؤسس أنّ الفقه والقوانين المقارنة قد حصروا وصف المؤسس في أعمال وإجراءات قانونية محددة، وهو الشخص الذي أخذ على عاتقه إتمام الإجراءات القانونية المطلوبة لتأسيس الشركة وتسجيلها بغية تحمل المسؤولية القانونية، أو من قدم حصة عينية فيها خلافا للموقف الذي اتخذه المشرع الليبي. فلم يخل **ق. ن. ت. رقم 2010/23م** من ذكر للمؤسس، وذلك في مواد متفرقة [8] دون تحديد كامل لمفهوم المؤسس، ويُعزى ذلك إلى أنّ وصف المؤسس ينطبق وفقا للمشرع الليبي على كل من قام بعمل مادي

(1) - بو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 339
(2) - أفراح عباس عبيد الله، المسؤولية المدنية عن الإخلال بعقد تأسيس الشركة، جامعة شندي، السودان، س 2018، ص 97
(3) - لسان العرب لابن منظور الأفريقي، دار صادر بيروت، ج السادس، ص 6
(4) - معجم اللغة العربية، معجم الوسيط دار المعارف، ج الأول 1980م ص 10
(5) .- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 276
(6) - أفراح عبيد الله، مرجع سابق، ص 97.
(7) - مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص 375
(8) - أنظر المادة 26 ، 107 ، 108، 111 من القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي.

أو قانوني ساهم في تأسيس شركة، باغيا من ورائه المشاركة الفعلية لا مجرد القيام بعمل لمصلحة الشركة والشركاء الآخرين دون وجود نية المشاركة.

ثانيا-التزامات المؤسس: يلتزم المؤسسون أساسا بكل الواجبات التي يُحددها عقد التأسيس الذي مع الأخذ بعين الاعتبار أنهم لا يستطيعون إعفاء أنفسهم من هذه الالتزامات يتضمن عقد التأسيس أية شروط تعفيهم جميعاً أو تُعفي بعضهم من المسؤولية الناجمة عن تأسيس الشركة[1]. وقد استقر القضاء المصري على أن المؤسس يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد عند إبرامه لأية عقود أو تصرفات لحساب الشركة تحت التأسيس[2].

وبالنظر إلى أحكام **ق. ن. ت. رقم 2010/23م** ، نجد أن المشرع قد ألزم المؤسسين وهم أصحاب فكرة إنشاء الشركة أن يُراعوا متطلبات التأسيس، إذ يتوجب عليهم أن يُفرغوا كل بنود عقد الشركة ونظامها الأساسي في محررات رسمية، وأن يُضمنوها كل التفاصيل التي ذكرتها المادة **14** والمادة **54 من ق. ن. ت. رقم2010/23م**. كما أنّ من مسؤوليات المؤسسين تحديد رأس مال الشركة الذي يرونه مناسبا لتحقيق غرضها مع احترام ما قررته التشريعات والقرارات المتعلقة بتحديد الحد الأدنى لرأس مال بعض أنواع الشركات التجارية. إلا أن هذه المسؤوليات والالتزامات التي أوجبها المشرع على المؤسسين هي في حقيقة الأمر مسؤوليات تتجه اتجاه تنظيم الشركات بما يلائم وضعها القانوني.

فمثلا نجد أن المشرع قد أوجب على المؤسسين إذا أرادوا إنشاء شركة مساهمة بواسطة الاكتتاب العام أن يقوموا ببعض الإجراءات حسب ما جاء في المواد 107 **108**، **111 من ق. ن. ت. رقم 2010/23م** المنظمة للشركة المساهمة ذات الاكتتاب العام بحيث نُلخصها في النقاط التالية:

- إعداد برنامج التأسيس.

وهذا البرنامج يُبين فيه أغراض الشركة ورأس مالها والأحكام الرئيسية الواردة في عقد التأسيس، وما قد خُصص لكل مكتتب من نصيب في الأرباح، والأجل الذي يجب أن يبرم خلاله عقد التأسيس، وطريقة الإبلاغ والإعلان.

- إيداع برنامج التأسيس قبل إعلانه للجمهور بمكتب محرر عقود موقعا من قبلهم ومصدقا على التوقيعات رسميا.

حيث يكمن الهدف من هذا البرنامج تبصير الجمهور بالشركة المزمع تأسيسها، ليكونوا على دراية كافية بالنشاط المستهدف منها، فتقدم لهم من خلاله جميع المعلومات التي تساعدهم على اتخاذ القرار المناسب بشأن الاستثمار في الأسهم المطروحة[3].

- توجيه خطابات مسجلة بشأن تحديد أجل للمكتتبين للقيام بإيداع ثلاثة

. توجيه خطابات مسجلة بشأن تحديد أجل للمكتتبين للقيام بإيداع ثلاثة أعشار على الأقل من قيمة الأسهم المكتتب بها في أحد المصارف العاملة في ليبيا .

(1) - محمود بريري مرجع سابق، ص 217
(2) - نقض مصري للطعن رقم 149 سنة 30 قضائية، جلسة 2/4/1986م مجموعة أحكام النقض س 19، ص 689، مشار إليه في أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 458
(3) - فرج حمودة، مرجع سابق، ص380-381

- دعوة جمعية المكتتبين المكونة من جميع المساهمين في رأس مال الشركة إلى عقد اجتماع خلال عشرين يوما تلي الأجل المحدد للقيام بالدفع.
- نشر إعلان في إحدى الصحف اليومية الوطنية، يُبين المسائل المراد البث فيها.
- أن يكتتب المؤسسون بأسهم لا تقل عن عشرين في المائة ولا تزيد عن خمسين في المائة من رأس مال الشركة على ألا تزيد مساهمة أي شخص طبيعي منهم على النسبة التي يُحددها قرار اللجنة الشعبية العامة، ويُطرح الباقي للاكتتاب العام من خلال سوق الأوراق المالية، ويجب أن يدفعوا قبل إعلان البرنامج ثلاثة أعشار الأسهم النقدية المكتتب بها على الأقل، وذلك ما لم تنص القوانين الخاصة خلاف ذلك.

ومن الضرورة بمكان عدم الربط بين اكتساب صفة المؤسس والالتزام بالاكتتاب في أسهم الشركة بالقدر المنصوص عليه في المادة **111 ق. ن. ت. رقم 2010/23م**، فهذا الاكتتاب ليس إلا التزاما تراتبيا على اكتساب الشخص لصفة المؤسس، وللغير الذي تعامل مع هذه الشركة وهي في طور التأسيس، وفي سائر الأحوال تُعد صفة المؤسس فصلا في مسألة قانونية يخضع قُضاة الموضوع بشأنها لرقابة المحكمة العليا[1].

ثالثا: حقوق المؤسس: نصت المادة **114 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** على أنه: "يجوز للمؤسسين أن يخصصوا لأنفسهم بمقتضى عقد التأسيس جزءًا من الأرباح الصافية طبقا للميزانية السنوية لا يجاوز في مجموعه عشر تلك الأرباح ولمدة أقصاها خمس سنوات، ولا يجوز لهم أن يتشرطوا أية منفعة أخرى" حيث أراد المشرع من وراء هذا النص مكافأة المؤسسين على جهودهم التي بذلوها في تأسيس الشركة المساهمة، وعلى المسؤولية المشددة التي أثقل بها كاهلهم، غير أن الأمر لا يخلو من المبالغة، حيث إن تخصيص أرباح صافية لمدة خمس سنوات أمر مبالغ فيه، وذلك إذا علمنا أن المؤسسين يدخلون مزاحمين لباقي الشركاء فيما تبقى من الأرباح بعد استقطاع نسبة الـ 10% التي خصصها المشرع لهم. وهذا الجزء من الأرباح درجت تسميته بحصص التأسيس.

الفرع الثاني: تحديد التكييف القانوني للشركة في طور التأسيس

يتطلب تأسيس الشركة فترة طويلة من الزمن، وخاصة شركة المساهمة، حيث يتطلب تأسيسها فترة طويلة خاصة إذا كان التأسيس متعاقبا والقانون رقم **2010/23م** بشأن النشاط التجاري كما تم إيضاحه فيما سبق يلزم المؤسسين باتخاذ إجراءات معينة، وقد يكون البعض الآخر من هذه التصرفات مما يُحتمه تأسيس الشركة. ليس بوصفها كيانا قانونيا فحسب وإنما بوصفها مشروعا اقتصاديا[2].

والمؤسسون يُجرون هذه التصرفات باسم الشركة في طور التأسيس، وهو أمر يثير التساؤل حول الشخصية المعنوية التي تتوافق مع هذه المرحلة؟ وما الصفة التي يعمل بها المؤسسون لحساب الشركة؟

أولا - الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس: نصت المادة **25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** المعنونة بالشخصية المعنوية في فقرتها الأولى على: "تتمتع الشركة بالشخصية القانونية اعتبارا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وتنتهي بالشطب منه عليه فإنّ ميلاد الشخصية المعنوية للشركة رهين بقيدها في السجل التجاري، ولكن ماذا عن الفترة الزمنية ما قبل القيد في السجل التجاري والأعمال والأنشطة التي تمت خلالها والحقوق والالتزامات التي ترتبت خلالها؟ هل تتمتع الشركة فيها بالشخصية أم أنها لا تتمتع بأي شخصية؟

1- توافر الشخصية المعنوية الهدف من إضفاء الشخصية المعنوية على الشركة؛ هو إعطاؤها قدراً من الإمكانيات لتواجه الغير كشخص واحد مستقل عن الأعضاء الذين قاموا بتأسيسها. لذلك يعتبر القانون الشركة

(1) فرج حمودة، مرجع سابق، ص 381

(2) علي ناجي يونس، المسؤولية التضامنية لمؤسسي الشركة المساهمة، لبنان العام الجامعي 2019/2020م، ص 37.

شخصا قانونيا أو شخصا معنويا ذا شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء الذين قاموا بتكوينها [1]، ولما كانت الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية، فتكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها، ما مؤداه أن توقيع مديرها أو من يُمثلها بعنوانها ينصرف أثره إليها، ويكفي لترتيب الالتزام في ذمتها [2]ولكن السؤال المطروح هو : هل للشركة في طور التأسيس شخصية معنوية؟

يرى بعض الفقه [3] أن للشركة شخصية معنوية خلال فترة التأسيس بالقدر اللازم للتأسيس قياسا على الشخصية المعنوية التي تحتفظ بها الشركة في طور التصفية بالقدر اللازم للتصفية. وهذه الشخصية ليست كاملة، بل هي شخصية في طور التكوين، وهي محدودة بالقدر اللازم لتأسيس الشركة والمؤسسون إنما يتعاقدون في فترة التأسيس بوصفهم ممثلين للشركة تحت التأسيس [4]وبالنظر إلى نص المادة **158 ق. م. ل**. نجد أنّ لهذا الرأي ما يسنده، حيث نصت هذه المادة على: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة".
والملاحظ أن هذه الشخصية المحددة بضرورات التأسيس مشروطة بتمام تأسيس الشركة تأسيسا صحيحا. كما هو الحال في الجنين الذي تكون صلاحياته في اكتساب الحقوق قبل ميلاده موقوفة على شرط تمام ولادته حيا. ويتفرع من ذلك أنه إذا فشل مشروع الشركة اعتبرت هذه الشخصية المعنوية كأن لم توجد أبدا[5].
2- انعدام الشخصية المعنوية: باستقراء المادة **25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** الفقرة الأولى نجد أن المشرع حدد بداية الشخصية المعنوية للشركة وهي من تاريخ القيد في السجل التجاري، وذلك إلى حين شطبها من السجل التجاري المادة **36 ق. ن. ت. رقم2010/23م** . والمقصود بالشخصية المعنوية الاعتراف للشخص غير الطبيعي بأهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات على غرار الشخص الطبيعي.

ولتوافر الشخصية المعنوية للشركة، اشترط المشرع علاوة على استيفاء الأركان الموضوعية العامة والخاصة أركانا شكلية، كالكتابة والقيد والإشهار، فالقيد في السجل التجاري وإشهار الشركة يُعتبران آخر مراحل تأسيس الشركة. فالإشهار هو عمل قانوني يرمي إلى تقريب الشركة من الجمهور، حتى يكونوا على بينة واضطلاع بنشأة الشركة، أي بنشأة هذا الشخص الاعتباري، فالنتيجة القانونية المترتبة على الاعتراف للشركة التجارية بشخصيتها الاعتبارية، هي وجود كيان خاص لها، وذمة مالية وحياة مستقلة عن حياة الأعضاء فيها، فحقوقها غير مختلطة بحقوق الأعضاء[6].

وبما أن الشخص الاعتباري لم يُولد بعد وأنّه لا ميلاد له قبل إجراء القيد والإشهار، فيعتبر بعض الفقه أن الشركة لا وُجود قانوني لها خلال فترة التأسيس، وأن المؤسسين إنما يتعاقدون لحسابهم وباسمهم الخاص، ويُصبحون وحدهم دائنين ومدينين، حتى إذا تم تأسيس الشركة فإنهم ينقلون إلى الشركة الحقوق والالتزامات

(1) العسبلي، مرجع سابق، ص 236-237
(2) - نقض مصري 26/11/1988م، الطعون أرقام 897 - 898 - 899 لسنة 53 قضائية، مشار إليه في العسبلي، مرجع سابق ص237
(3) - أنظر مصطفى طه وآخرون، مرجع سابق، ص 262
(4) - نقض مصري 24 يناير 1963م مجموعة أحكام النقض 14 - 180 مشار إليه في العسبلي ص 387
(5) - مصطفى طه وآخرون، مرجع سابق، ص 264.
(6) طعن مدني ليبي رقم 47 لسنة 21 ق، جلسة المحكمة العليا بتاريخ 4/1/1976 ، المكتب الفني 12، رقم الجزء 4، رقم الصفحة 65.
مشار إليه في امحمد فتح الله امحمد عبد الحميد الشركة القابضة طبيعتها وأحكامها، رسالة ماجستير، كلية القانو جامعة طرابلس العام الجامعي 2010، ص 136.

الناشئة عن العقود التي أبرموها [1] فمؤيدي هذا الاتجاه يعتبرون أنه لا وجود لحق أو التزام دون ذمة مالية؛ فإنه لا يمكنها تبعا لذلك؛ التمتع بأي حق أو تحمل أي التزام[2].

ويبدو أن هذا الرأي الذي ينفي أي وُجود قانوني للشركة في طور التأسيس، هو رأي مستبعد، لأنه يُعرض الشركة لخطر الحجر على أحد المؤسسين أو إفلاسه، ولأنه يستتبع دفع الرسوم كرسوم التسجيل العقاري مرتين مرة عند انتقال الملكية إلى المؤسس، والأخرى عند انتقالها من المؤسس إلى الشركة بعد تكوينها [3].

ثانيا - الأساس القانوني لتصرف المؤسسين لحساب الشركة في طور التأسيس: يقوم المؤسسون في مرحلة تأسيس الشركة بالعديد من التصرفات بغية تأسيس الشركة ونشوئها، والأمر يظهر بوضوح ويكون ذا أهمية بالغة عند تأسيس الشركات المساهمة، فهي تتطلب فترة زمنية طويلة لتأسيسها؛ لأن المشرع أوجب على المؤسسين لمثل هذه الشركات القيام بالكثير من التصرفات والإجراءات القانونية؛ ولأن رأس مالها يُعد كبيرا بالمقارنة بباقي الشركات التجارية الأخرى..

ويُبرم المؤسسون هذه التصرفات باسم الشركة تحت التأسيس مما يُثير التساؤل عن الصفة التي يعمل المؤسسون بمقتضاها خلال فترة التأسيس الأمر الذي يجعلنا نستعرض أهم النظريات التي قال بها الفقه في هذا الشأن.

1- **نظرية الوكالة:** قبل أن تحاول تكييف عمل المؤسس باسم الشركة في طور التأسيس كعمل ينطبق على ما لعقد الوكالة من شروط نستعرض نظرية الوكالة وما تتميز به من ثم نحاول إسقاطها على تصرفات المؤسسين.

1.1- التعريف بعقد الوكالة: عقد الوكالة هو عقد رضائي في الأصل، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول، ولكن قد يُصبح عقدا شكليا إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة من التصرفات الشكلية. وعقد الوكالة هو في الأصل من عقود التبرع، سواء كانت من عقود التبرع أو من عقود المعاوضة؛ لأنّ الموكل ملزم في كل الأحوال برد ما أنفقه الوكيل من مصروفات في تنفيذ الوكالة وبتعويضه عن الضرر الذي أصابه[4]

وقد عرفت المادة **699 ق. م. ل** عقد الوكالة بقولها: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل. حيث إن هذا التعريف يلخص خصائص الوكالة، فهي عقد كما سبق ذكره، وفيها يلتزم الموكل بأن يقوم بعمل قانوني وأنّ الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي وأن يعمل الوكيل لحساب الموكل.

2.1 - المؤسس وكيل للشركة: يرى بعض الفقه أنّ العلاقة بين مؤسسي الشركة وبين الشركة قيد التأسيس تحكمها قواعد الوكالة. فالمؤسس ما هو إلا وكيل عن الشركة قيد التأسيس، يقوم بإجراء التصرفات القانونية نيابة عنها. فهذه النظرية تثير تساؤلا جوهريا يتمثل بمن له الحق في منح مثل هذه الوكالة، هل هي الشركة قيد التأسيس؟ أم المؤسسون أنفسهم؟ بينما يرى البعض الآخر أنه لا يمكن للشركة قيد التأسيس التي ليس لها شخصية معنوية منح مثل هذه الوكالة لأحد المؤسسين.

(1) استئناف القاهرة ،14 يناير 1943،مشار اليه في مصطفى كمال طه واخرون، المرجع السابق، ص 260
(2) - نور الدين الفقيهي، المرجع السابق، ص 335
(3) - مصطفى طه وآخرون، المرجع السابق ص 260،261
(4) - محمد عبد الله الدليمي، العقود المسماة أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ط الأولى، ص 242.

في حين ان البعض الاخر يرى بأن المؤسسين يعملون بصفتهم وكلاء عن الشركة قيد التأسيس بعض الأعمال اللازمة لتأسيس الشركة. ويُجرون تصرفات لحسابها، فتنصرف اثار هذه التصرفات لحسابها، ويكون للغير مطالبة الشركة بنتائجها [1]

ولكن الفقه الراجح [2] يرى أنّه في عقود الشركات يجب أن تكون الوكالة مكتوبة ولو بعقد عادي، هذا فضلا عن أن أركان الوكالة هي أركان أي عمل قانوني من رضا ومحل وسبب.

نستخلص من هذه المواد الشروط التي يجب أن تتوافر في عقد الاشتراط فيجب أن يكون المنتفع في عقد الاشتراط معيّنا أو قابلا للتعيين وقت الاشتراط، وإذا لم يوجد المنتفع في الوقت الذي يُنتج فيه الاشتراط أثره بطل عقد الاشتراط، والمشترط يتعاقد باسمه ولهذا يجب أن يكون له مصلحة شخصية مادية أو أدبية في الاشتراط.

2-نظرية الاشتراط لمصلحة الغير يرى أنصار هذا الاتجاه أن المؤسسين إنما يشترطون لمصلحة الشركة اعتماداً على نص المادة **158 ق. م. ل.** ولهذا نستعرض النظرية ابتداء من ثم نرى مدى انطباقها على عمل المؤسس.

2-1. التعريف بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه شخص يسمى المشترط على آخر يسمى المتعهد، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المستفيد، أو المنتفع وينشأ له حق مباشر من عقد الاشتراط دون أن يكون طرفا فيه. لهذا يشكل الاشتراط لمصلحة الغير خروجا على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد؛ لأن المنتفع يكتسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفا فيه، ويُصبح بذلك دائنا للمتعهد[3]. وقد نظم المشرع الاشتراط لمصلحة الغير في ثلاثة مواد من **ق. م. ل هي: 156 157 158**[4] حيث يُمكننا أن فالشركة مسؤولة عن تصرفات المؤسسين إذا اكتمل وجودها. [5]

المبحث الثاني: الآثار المرتبطة بالشركة في طور التأسيس

يبرم المؤسسون عددا كبيرا من التصرفات في فترة تأسيس الشركة لحساب هذه الأخيرة، التي تكون غير موجودة آنذاك. فالمؤسسون لا يتصرفون لحسابهم الخاص ولكن هم من يباشرون هذه التصرفات لغاية واحدة؛ هي تمام تأسيس الشركة وميلاد الشخصية المعنوية لها. فإذا أخفق المؤسسون في تأسيس الشركة وفشل مشروعها، تظل العقود والتصرفات التي أجروها ملزمة لهم بصفتهم الشخصية، فيكونون الدائنين في الحقوق الناشئة عنها، والمدينين في الالتزامات المترتبة عليها 228. أما إذا نجح مشروع الشركة فقد تناول المشرع في

(1) على ناجي يونس، مرجع سابق، ص 40 41
(2) - أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 108
(3) - محمد علي البدوي، مرجع سابق ص254.
(4) - نصت المادة (156) على: 1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2-ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد. 3- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك". ونصت المادة (157) على: 1- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. 2- ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك. وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة". ونصت المادة 158 على: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المستفع شخصاً مستقبلا او جهة مستقبلية، كما يجوز ان يكون شخصا او جهة يعنيها وقت العقد، متى كان تعيينها مستطعا وقت ان ينتج العقد اثره طبقا للمشارطة
(5) - إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 112

المواد **25** ، **102**، **112**، **113 ق. ن. ت. رقم 2010/23 م** بيان مدى سريان التصرفات التي تتم خلال فترة التأسيس في حق الشركة، ومسؤولية المؤسسين عن التزاماتهم لإنشائها. غير أن هذه المرحلة تشهد إشكالية مهمة يجب تسليط الضوء عليها؛ لأهميتها من الناحية العملية والتطبيقية، وهذه الإشكالية تتعلق بالحصة العينية المقدمة كحصة في الشركة .[1]

عليه سنناقش هذه الإشكاليات من خلال مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم لحساب الشركة.

المطلب الثاني: التزامات الشركاء والإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية.

المطلب الأول: مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم لحساب الشركة

تتعدد التزامات المؤسسين تجاه الشركة خلال فترة التأسيس وخاصة بالنسبة لتأسيس شركة مساهمة، لما تمثله عملية تأسيسها من أهمية للاقتصاد الوطني، فيقع على عاتق المؤسسين العديد من المهام لتمام تأسيس الشركة، كذلك هم المكلفون بإجراء الأعمال والتصرفات اللازمة لقيام الشركة، كتجهيز الأماكن لتكون مقرًا لمعامل الشركة ومكاتبها، والتعاقد مع المقاولين والعمال لهذا الغرض، وشراء الآليات والمواد اللازمة لذلك.

كما يقوم المؤسسون بإجراءات الاكتتاب برأس مال الشركة، وما تتطلبه من إعداد لبرنامج الاكتتاب وإيداعه لدى محرر عقود وموثق رسمي، ودعوة جمعية المكتتبين للانعقاد، وإبرام عقد التأسيس، وقيده في السجل التجاري. ويقومون بهذه الأمور لصالح الشركة المزمع إنشاؤها، وهي تثقلهم بتكاليف جسيمة، وتلقي على كاهلهم أشد المسؤوليات[2].

فهذه المسؤولية التي أقرها المشرع على المؤسسين الغاية منها حماية الشركة والغير المتعامل مع الشركة في طور التأسيس. ولكنها تظل غير كافية لحماية الاقتصاد الوطني الذي هو الغاية الأهم التي يرمي المشرع لحمايتها. وهذا من أجل ضمان التطبيق السليم لقواعد التأسيس[3]. فقد نص المشرع **في ق. ن. ت. رقم 2010/23م** على عقوبات جنائية لفرض احترام الأحكام المتعلقة بإجراءات تأسيس الشركات التجارية، وشركة المساهمة على وجه الخصوص.

عليه سنتناول بالفرع الأول: المسؤولية المدنية للمؤسس وفي الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسس.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمؤسس

في هذا الإطار نجد أن المشرع قد تناول مسؤولية المؤسسين المدنية في ثلاث مواد هي **231 231 102، 112 113 ق. ن. ت. رقم 2010/23م**[4] بحيث تترتب هذه المسؤولية على المؤسسين بسبب تجاوزهم لحدود ما

(1) - وجدي شفيق، مرجع سابق، ص 252.
(2) - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 381، ص 230
(3) - علي ناجي، مرجع سابق، ص 65.
(4) - نصت المادة (112) على: "المؤسسون" مسؤولون بالتضامن قبل الغير عن الالتزامات التي تعهدوا بها لإنشاء الشركة وعلى الشركة أن تعفي المؤسسين من تلك الالتزامات، وأن ترد لهم المصاريف التي تكبدوها في حدود ما تطلبه تأسيس الشركة، أو ما أقرته جمعية المكتتبين، وإذا لم يتم تأسيس الشركة لأي سبب كان فليس للمؤسسين الرجوع على المكتتبين ونصت المادة 113 على المؤسسون مسؤولون بالتضامن قبل الشركة وقبل الغير عن المسائل التالية: -1- الاكتتاب في رأس المال بالكامل، ودفع الأقساط المطلوبة لتأسيس الشركة. -2

تطلبه التأسيس من عقود وتصرفات قانونية، أو مسؤوليتهم عما قررت الشركة عدم تحمل التزاماته. وبشكل عام فإنهم مسؤولون بالتضامن عن كل التصرفات التي أجروها، في حال تعثر تأسيس الشركة، بحسب مصدر الالتزام الذي التزم به المؤسس وهو نطاق هذه المسؤولية، غير أن المشرع شدد من هذه المسؤولية وجعلها تضامنية وغير محدودة، حماية للغير.

أولا - المسؤولية العقدية والتقصيرية للمؤسس: إذا كانت المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فإنّ المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية فإنها تقوم على أساس الإخلال بالالتزام العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير[1].

1- **المسؤولية العقدية للمؤسس:** يُشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، فإن لم يوجد عقد أصلا فلا تقوم المسؤولية العقدية، كما يُشترط أيضا توافر ضرر ناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي. وتنشأ المسؤولية العقدية لمؤسسي الشركات التجارية نتيجة الإخلال بالالتزامات العقدية التي أجراها المؤسسون فترة التأسيس، حيث يترتب عليها تعويض الغير المضرور عما لحقه من ضرر.

1.1- الخطأ العقدي: يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ الالتزام العقدي، سواء أرجع ذلك إلى غش المدين أم إهماله، أو عدم مقدرته أم حتّى إلى السبب الأجنبي، إلا أنّه في هذه الحالة الأخيرة؛ مسؤولية المدين لا تقوم، لا لعدم توافر الخطأ، ولكن لقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر. ولهذا فإن الخطأ طبقا للرأي السائد، يتوافر من مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، ويتحمل الدائن الذي يُطالب بتعويض عبء إثبات عدم التنفيذ، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات عدم تحقق هذه النتيجة التي استهدفها. أما إذا كان الالتزام ببذل عناية وجب عليه إثبات أن المدين (المؤسس) لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي.

2.1- الضرر العقدي: الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة إما أن تكون مادية أو أدبية، ويُعتبر الضرر الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية بل في المسؤولية المدنية عموماً، فيجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدي أو التأخر فيه والضرر نوعان مادي وأدبي الضرر المادي: هو الضرر الذي يلحق الشخص في مصلحة مالية .... وهو أكثر شيوعا في المسؤولية العقدية من الضرر الأدبي والضرر الأدبي هو الألم الذي يُصيب الشخص نتيجة الاعتداء على جسمه أو عاطفته أو كرامته أو سمعته[2].

ويُشترط في الضرر أن يكون حالا وأن يكون مباشرا، ويجب أن يكون الضرر متوقعا. وهو في المسؤولية العقدية دون التقصيرية التي يُسأل فيها المدين عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، أما الالتزامات العقدية فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد،

توافر المقدمات العينية طبقا لتقدير الخبير . -3- صحة البيانات التي أذاعوها على الجمهور لتأسيس الشركة. ويعد مسؤولا بالتضامن بنفس الدرجة قبل الشركة والغير أولئك الذين تعامل المؤسسون باسمهم".

(1) - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام المكتبة القانونية الدار الجامعية، دون سنة نشر، ص363.
(2) - محمد البدوي، مرجع سابق، ص234

ولم تُجاز هذه التصرفات من قبل الشركة فعلى المؤسسين تعويض المؤجر عن الضرر الذي لحق به أيضا مع مراعاة نص المادة **224 ق. م. ل**. في هذا الشأن[1].

2- المسؤولية التقصيرية للمؤسس: المسؤولية التقصيرية هي الجزاء على الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض عند الإضرار بالغير. وتشكل المسؤولية على أساس الخطأ القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية في نظامنا القانوني للمسؤولية. فقد جعل القانون الليبي متأثراً في ذلك بالقانون الفرنسي عن طريق القانون المصري المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات.... وقد تأثر القانون الليبي بالمسؤولية على أساس تحمل التبعة سالكا في ذلك النهج الذي سار عليه القانون الفرنسي والقانون المصري. فقد أخذ بنظرية تحمل التبعة [2] في بعض النواحي المهمة والحساسة وما يتولد عنها من مخاطر.

وتنقسم المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام. وهي المسؤولية عن الأعمال الشخصية، والمسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية عن الأشياء. وهي جميعا تستند على ثلاثة أركان هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

1.2- الخطأ التقصيري: تقوم المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على فكرة الخطأ. فلا مسؤولية بغير خطأ، والخطأ غير مُفترض بل يجب إثباته. فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه الضرر للغير فإنّ مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر[3]. وهو ما نصت عليه المادة **166 ق. م. ل** بقولها: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض". إذا فالخطأ في المسؤولية عن الأعمال الشخصية خطأ واجب الإثبات، والخطأ واقعة مادية يُمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات شهادة الشهود أو القرائن وعلى المضرور إثبات كافة عناصر دعواه من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما .... والمسؤولية عن الأفعال الشخصية تُشكل القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية. ويجب الرجوع إليها في الحالات التي لا يوجد فيها تنظيم خاص للمسؤولية[4].

أما المسؤولية عن فعل الغير فهي تختلف عن المسؤولية عن الفعل الشخصي في أنها تقوم على خطأ مفترض غير واجب الإثبات، وذلك تسهيلا للمضرور في حصوله على التعويض، خلافا للقاعدة العامة التي توجب إثبات الخطأ من جانب المسؤول[5].

---

(1) - تنص المادة (224) على: 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقضاء هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه بذل جهد معقول. -2 ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

(2) - نظريات تحمل التبعة ظهرت هذه النظريات مع الثورة الصناعية في نهاية القرن التاسع عشر وما صاحبها من كثرة الحوادث. وتنطلق هذه النظريات من نقطة واحدة وهي عدم كفاية الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية. فإذا أصيب شخص بضرر من نشاط آخر يجب تعويضه ليعود التوازن بين الذمم المالية. أي أن المسؤولية تتحقق بمجرد حصول الضرر، لأن المضرور في موقف سلبي لم يمارس أي نشاط إلا أنه تضرر من نشاط شخص آخر على هذا الأخير أن يعوضه. بهذا تصبح المسؤولية موضوعية أساسها حصول الضرر ولو لم يكن هناك خطأ من جانب المتسبب في هذا الضرر. وتنقسم من حيث المبررات إلى (نظرية الغرم بالغنم، ونظرية تبعة المخاطر، ونظرية تبعة السلطة انظر محمد البدوي، مرجع سابق، ص 287 288

(3) - سمير تناغو، مرجع السابق، ص 225

(4) - محمد البدوي، مرجع سابق، ص 291.

(5) - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 263

والضرر نوعان مادي ومعنوي [1] فالضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو الإخلال بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية، ومن الأمثلة على الضرر الذي يُمكن أن يمس بمصلحة المساهمين في الشركة المساهمة هو ضرر تفويت الفرصة بتحقيق الربح،[2].

3.2- علاقة السببية بين الخطأ والضرر: علاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية والذي لا تقوم بدونه، وهو المطلوب في جميع صور المسؤولية [3] فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بمعنى بين خطأ المسؤول عن الضرر الذي لحق المضرور، وكان خطأ المسؤول هو سبب الضرر وعلته[4].

ثانيا - المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للمؤسس: بما أن القانون المدني هو الشريعة العامة للمعاملات، ووفقا لأحكامه فإن التضامن في المسئولية لا يفترض بل لابد من أن يجد له أساسا في النص التشريعي أو في اتفاق الأطراف، حيث نصت المادة **172 ق. م. ل.** على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض". هذا في المسائل المدنية. أما في المسائل التجارية فالأمر على خلاف ذلك، فهو القاعدة، توفيراً للثقة وتشجيعاً للائتمان، وهما عصب المبادلات التجارية. ووفقا لأحكام المادتين 102، **112 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** المنظمتين لمسؤولية المؤسسين التضامنية قبل الغير عن تصرفاتهم التي تعهدوا بها لإنشاء الشركة. وما نصت عليه المادة **113 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** بخصوص مسؤولية المؤسسين التضامنية قبل الشركة وقبل الغير عن الإجراءات الخاصة بتأسيس الشركة.

1- مفهوم المسؤولية التضامنية والمسؤولية غير المحدودة: التضامن الذي يكون بين المؤسسين المدينين هو ما يعرف بالتضامن السلبي الذي نظمه **ق. م. ل.** من خلال المادة **172** المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، حيث نصت على: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض والمادة **195 ق. م. ل.** الفقرة الثالثة الخاصة بتضامن الفضوليين، فنصت على: " وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية والمادة **707 ق.م. ل.** بشأن تضامن الوكلاء[5].

وللاقتراب أكثر من فهم هذه المسؤولية، تميز بين المسؤولية التضامنية، والمسؤولية التضامنية. وكذلك تميز بين المسؤولية غير المحدودة، والمسؤولية المحدودة.

2- التمييز بين المسؤولية المحدودة والمسؤولية غير المحدودة تقسيم المسؤولية إلى محدودة ومسؤولية غير محدودة هو تقسيم يتعلق بالذمة المالية للأشخاص، فإما أن تكون محدودة، أي محدودة بما قدمه الشريك من مساهمة وحصة في الشركة، فتكون مسؤوليته عن ديون الشركة بعيدة عن ذمته الشخصية، وإنما يسأل عن ديون الشركة بمقدار الأسهم التي يمتلكها في رأس مال الشركة، فلا تتعدى المسؤولية لتطال أمواله الخاصة،

(1) - المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 183/44 قضائية، س 2002م، غير منشور.
(2) - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجلة الحقوق، العدد الثاني، جامعة الكويت، س 1986م، ص 81
(3) - بن قرينة عمر، قويدري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 47
(4) - حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 12/3/1974م، مجلة المحكمة العليا، س 15، ص 279.
(5) - نصت المادة (707) على: "1- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك، على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسف في تنفيذها. 2- وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه"

فرأس مال هذه الشركة يُعد الضمان الوحيد للدائنين للحصول على ديونهم من الشركة، وهذا ما جعل رأس مال هذه الشركة يتسم بالضخامة، لكي يكون بمثابة الفدية للمسؤولية المحدودة للمساهمين فيها، ولذلك فإنّ أهم ما يميز الشركة المساهمة أن مسؤولية المساهم محددة بقدر مساهمته في رأس مالها، وهي قاعدة مستقرة وتعتبر من أبرز الأسس والملامح التي تقوم عليها هذه الشركة، لذلك لا يُسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بقدر ما قدمه من أسهم في رأس المال [1].

3- آثار المسؤولية التضامنية: التضامن في المسؤولية التضامنية يُرتب آثارا معينة في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن، كما يُرتب آثارا في علاقتهم ببعضهم. فمن أبرز الآثار المتعلقة بعلاقة المدينين (المؤسسين) بالدائن (الغير) أنه يكون كل مدين مسؤولاً عن الدين كاملا، فيحق للدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين، أو يُطالبهم مجتمعين. وإذا طالب أحدهم ولم يستوف حقه كاملا، فله أن يرجع على أي من الآخرين بالباقي. ولما كان الدين واحدا، فإن أياً من المدينين المتضامنين يستطيع التمسك بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين.... ولكن ليس لأي من المدينين المتضامنين التمسك بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، كنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس إذا شاب رضا أحد المدينين المتضامنين دون الباقين[2].

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسس

لقد أولى المشرع أهمية كبيرة لضمان التطبيق الصحيح لقواعد تأسيس الشركات التجارية، الأمر الذي جعله كما سبق ورأينا يُشدد من مسؤولية المؤسسين المدنية. ولكنه لم يكتف بإقرار المسؤولية المدنية لوحدها، بل ذهبلار إلى أبعد من ذلك بأن نص على مسؤولية المؤسسين الجنائية[3] فيما يتعلق ببعض المخالفات، حماية للغير حسن النية وحرصا منه على مصلحة الشركة والشركاء وحماية للادخار العام عن طريق الردع والعقاب. حيث تناول المشرع جريمتين يُعاقب عليهن المؤسسون.

أولا: إيراد وقائع مخالفة للحقيقة أو إخفاء وقائع حقيقية :نصت المادة **397 ق. ن. ت. رقم2010/23م** على أنه: "ما لم يقض قانون آخر بعقوبة أشد، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن (5000) خمسة آلاف دينار ولا تزيد على (20000) عشرين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: 1- الشركاء المؤسسين ورئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين العامين والمديرين ورئيس وأعضاء مجلس المراقبة والمراجعين الخارجيين والمصفي. 2- رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمديرون العامون إذا حصلوا بأية طريقة عل أرباح وهمية، أو دفعوها أو وزعوا أرباحا غير قابلة للتوزيع بدون وجود ميزانية مصدق عليها، أو على أساس ميزانية غير حقيقية".

ثانيا - المبالغة في تقدير المقدمات العينية باستخدام وسائل الغش والتدليس: نصت الفقرة الأولى من المادة 405 ق. ن. ت. رقم 23/2010م على: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن (5000) خمسة آلاف دينار ولا تزيد على (20000) عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين الشركاء المؤسسون إذا قدروا غشاً وتدليساً في عقد التأسيس المقدمات العينية بقيمة مبالغاً فيها".

(1) - امحمد فتح الله احمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص.22.
(2) - محمد البدوي، مرجع سابق، ص180
(3) - مخيش محسن، حماية الغير أثناء تأسيس شركة المساهمة الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019م، ص 43

ترد المقدمات العينية كحصة في مختلف أنواع الشركات، وهي على تنوعها من عقارات ومنقولات أو حقوق ملكية فكرية، تخضع للتقدير والتقويم بالنقود لكي يستطيع الشركاء معرفة نصيب الشريك الداخل بهذه الحصة من الربح والخسارة، وكذلك لمعرفة ما تمثله هذه الحصة في رأس مال الشركة. ومن أجل هذه الأهمية، فرض المشرع عقوبة جنائية على المؤسسين إذا قدروا هذه الحصة بقيمة غير قيمتها الحقيقية.

وبالعودة إلى نص المادة **405 ق. ن. ت. رقم 23/2010م** نلاحظ أنه لقيام مسؤولية المؤسسين يجب توافر شرطين أولهما أن تكون المبالغة في تقدير المقدمات العينية مقصودة، وثانيهما أن تتجاوز المبالغة خمس القيمة الحقيقية للمقدمات العينية.

1- أن تكون المبالغة في تقدير المقدمات العينية مقصودة: اشترط المشرع توافر القصد الجنائي باستعمال وسائل الغش والتدليس لإيقاع العقوبة على المؤسسين، أما إذا كانت المبالغة غير مقصودة فلا مجال لتطبيق هذا الحكم على المؤسسين. ولكن السؤال المطروح في هذا الشأن، كيف بالإمكان معرفة أن المبالغة في التقدير كانت مقصودة؟ فهل يمكن استخلاص القصد من مجرد المبالغة في التقدير؟

تميل بعض الآراء إلى القول بأنه عندما تكون المخالفة على درجة من الفداحة والوضوح أو التكرار؛ لا يُمكن أن يكون جاهلاً لهذه القيمة طالما أنه مالك للمقدمات وعليه معرفة قيمتها في السوق أو في التداول[1].

2- أن تتجاوز المبالغة خمس القيمة الحقيقية للمقدمات العينية: الأصل أن يكون التقدير للحصص العينية يتوافق مع قيمتها الحقيقية أثناء تقديمها، بحالتها التي هي عليها آنذاك، وذلك لأن الإخلال بتقدير الحصص العينية يُرتب نتائج على الغير دائني الشركة وعلى الشركاء الآخرين أصحاب الحصص النقدية، حيث يطمئن الدائنون إلى ائتمان الشركة في طور التأسيس، ويوهمهم هذا التقدير المبالغ فيه بأنّ الشركة تتوفر علي رأس مال يكون حائزاً علي قوة ائتمانية، في حين أن المبلغ المصرح به لا يعكس القيمة الحقيقية للحصة العينية، مما يؤثر على الغير بالنسبة لضمانهم المقرر على رأس المال [2] ولا تقف المبالغة عند الإضرار بالدائنين فقط، بل تمس أيضا الشركاء أو المساهين اصحاب أصحاب الحصص النقدية

(1) علي ناجي، مرجع سابق، ص 70

(2) - يتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية؛ لأن هذه الحصص يمكن تقييمها بالنقود، وتكون وحدها ضمانا لدائني الشركة القاب ليتها لأن تكون محلا للتنفيذ الجبري. بيد أن رأس مال الشركة لا يكشف وحده عن المركز المالي الحقيقي للشركة، ذلك أن الشركة قد تحقق أرباحا تكون منها أموالا احتياطية أو تستثمرها في شراء عقارات أو تأسيس شركات أخرى. ويتكون من مجموع هذه العناصر - بما فيها رأس المال أصول الشركة أو أموالها أو موجوداتها أو ذمتها وهي الضمان الحقيقي للدائنين على أن رأس المال يظل الحد الأدنى لضمان دائني الشركة. فلا يجوز توزيعه على الشركاء أو الانتقاص منه بطريقة أخرى، بل يتعين على الشركاء الاحتفاظ دائما بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذي بدأت به الشركة وهذا ما يسمى بمبدأ ثبات رأس المال. ويتفرع على هذا المبدأ أنه إذا نقص رأس المال بسبب الخسارة وجب أن تنقطع الشركة عن توزيع أي ربح على الشركاء إلى أن يعود رأس المال إلى أصله تماما ما لم تقرر الشركة تخفيض رأس المال إلى المبلغ الموجود حقيقة، وأنه لا يجوز اقتطاع جزء من رأس المال وتوزيعه في صورة أرباح على الشركاء، وهذه هي الأرباح

المطلب الثاني:

التزامات الشركاء والإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية

يلتزم الشركاء في مرحلة تأسيس الشركات التجارية بأداء ما تعهدوا به من حصة للشركة بحيث تبرز صورتا الحصة النقدية والحصة العينية في هذه المرحلة، لضرورتهما في قيام الشركة فعلاً. ولأن المشاركة في رأس مال الشركة تتطلب أن يقدم الشريك للشركة حصته النقدية وهي السمة البارزة في تكوين رأس مال الشركة، بالإضافة إلى الحصص العينية على تنوع أشكالها. غير أن هذه الأخيرة تطرح إشكالا عمليا على مستوى المشاركة بها كحصة.

في هذا المطلب سنتناول التزامات الشركاء في مرحلة تأسيس الشركة الفرع الأول)، ومن بعدها تتناول الإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات الشركاء في مرحلة التأسيس

يجب أن يساهم الشركاء في تكوين رأس مال الشركة الذي يعتبر وسيلة تحقيق غرضه والضمان العام لدائنيها. وتكون مساهمة الشريك بتقديم حصته للشركة بالإضافة إلى لزوم ضمان وجود وسلامة الحصة، وتعويض الشركة إذا لم يقم بتقديم الحصة

أولا- ضمان الحصة: يلتزم الشركاء مقدمو الحصص النقدية والعينية علاوة على تقديم حصصهم التي تعهدوا بها لحساب الشركة، بأن يلتزموا بضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية، وضمان استحقاق الحصة العينية المقدمة منهم حيث نصت المادة 502 ق. م. ل على أنه: "1- إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عينى آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص. -2 وأما إذا كانت مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك". من منطلق هذه المادة سنتناول موضوع ضمان الشريك للحصة المقدمة منه في حالة ما إن قدمها على سبيل التمليك أو على سبيل الانتفاع .

1- ضمان عدم التعرض: بالنظر إلى نص المادة **428 ق. م. ل** [1] نجد بأن الضمان الذي يلتزم به البائع يتمثل في تعرضه هو نفسه، وكذلك ضمان تعرض الغير للمشتري في الانتفاع بالمبيع. وإسقاطا على الحصة التي يقدمها الشريك للشركة، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا كانت على سبيل التمليك، وأحكام الإيجار هي التي تسري على ضمان الحصة إذا كانت على سبيل الانتفاع ولضمان التعرض الصادر من البائع شرطان:

الشرط الأول: وقوع التعرض فعلا فيجب أن يقع من البائع تعرض فعلي للمشتري، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي لتحقق مسؤولية البائع، فإذا قام البائع بتهديد المشتري بالتعرض له في حيازة المبيع أو الانتفاع به لكنه لم ينفذ تهديده فلا يكون ذلك تعرضا، بل يجب أن تقع الأفعال التي تؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع. وكذلك الحال إذا باع البائع العقار المبيع مرة أخرى وقام المشتري الثاني بتسجيل العقد في

(1) نصت المادة (428) على أن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أم من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه"

مصلحة التسجيل العقاري قبل المشتري الأول فانتقلت ملكية المبيع إليه، فإن ذلك لا يعتبر تعرضا للمشتري الأول، إلا إذا قام المشتري الثاني بالتعرض له في الانتفاع بالعقار[1].

الشرط الثاني: أن يتضمن التعرض عملا من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري أو المستأجر بالمبيع، فقد يكون التعرض الذي يقع من البائع للمشتري قانونيا، وقد يكون ماديا. ويعتبر التعرض قانونيا إذا استعمل البائع حقا ادعاء على المبيع، وترتب على ذلك نزع المبيع من المشتري..... أما التعرض المادي فيقع عندما يقوم البائع بأي فعل مادي يعكر به حيازة المشتري، دون أن يستند في ذلك إلى حق يدعيه على المبيع .

2- ضمان الاستحقاق: إذا فشل البائع في دفع تعرض الغير للمشتري، واستحق المبيع للغير، فعندئذ يكون البائع قد أخل بالتزامه بالضمان، ويكون للمشتري الرجوع عليه بضمان الاستحقاق للتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء استحقاق الغير للمبيع والاستحقاق قد يكون كليا إذا حرم المشتري من كل المبيع، وقد يكون جزئيا إذا حرم من بعض حقوقه على المبيع، كما لو أثبت الغير ملكيته لجزء من المبيع أو بعض ملحقاته أو أن له حقا عينيا عليه ونصت المادة **432 ق. م. ل** على ما يترتب للمشتري عندما يُستحق المبيع كله، ونصت المادة **433 ق. م. ل.** على ما يترتب للمشتري عندما يستحق جزء من المبيع[2].

ثانيا: التعويض عند الاقتضاء نصت المادة **501 ق. م. ل**. على: "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ، لزمه التعويض عند الاقتضاء". والتعويض المشار إليه في هذه المادة؛ هو تعويض الشريك الشركة عن عدم تنفيذ التزامه العقدي بأن يُقدم حصته المتمثلة في مبلغ من النقود في الميعاد المتفق عليه، الأمر الذي يُسبب ضررا للشركة يلزم تعويضه. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تقوم الشركة بإجبار الشريك على الوفاء بما تعهد به استنادا إلى القواعد العامة، وذلك بواسطة الحجز على أمواله وبيعها لتقتضي منها المبلغ المستحق. [3]

الفرع الثاني: الإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية

اولاً: صعوبة نقل الحصة العينية لحساب الشركة في طور التأسيس: يلتزم الشريك باتخاذ قل ملكية الحصة إلى الشركة، كاتخاذ إجراءات التسجيل إذا تعلق ملكية براءة اختراع أو علامة تجارية. ويترتب على تقديم الحصة العينية على سبيل التمليك أن تنتهي كافة حقوق الشريك على محل هذه الحصة 278 وبالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة **25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** والتي نصت على: "تتمتع الشركة بالشخصية القانونية اعتبارا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وتنتهي بالشطب منه". الأمر الذي يطرح مسألة صعوبة نقل الحصة العينية باسم الشركة وهي لم تتحصل على الشخصية المعنوية بعد.

---

(1) محمد عبد الله الدليمي، مرجع سابق، ص 104

(2) - نصت المادة (432) على: "إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع (أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (ب) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. (ج) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية. (د) جميع مصروفات دعوىالضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن منها لو أخطر - البائع بالدعوى طبقا للمادة 429 هـ) وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من . خسارة أو فاته . من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياعلى المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله". ونصت المادة (433) على "1- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه -2 فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

(3) - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 216 217

فنقل الحصة العينية باسم الشركة يحتاج إلى ذمة تنتقل إليها الحصة، كالعقارات التي تنتقل ملكيتها بالتسجيل في السجل العقاري، تحتاج إلى وجود شخص معنوي تنتقل إلى ذمته الحصة العقارية المراد تقديمها من قبل الشريك، وكذلك نقل ملكية حقوق الملكية الصناعية والفكرية والمحل التجاري التي تتم بالتسجيل لدى الجهات المختصة. فكيف يتم تسجيل هذه الحصص باسم الشركة وهي لم تتأسس بعد؟ ولم تتحصل على الشخصية المعنوية التي تمكنها من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. وكيف يمكن قيد الشركة في السجل التجاري دون أن تنتقل الحصص العينية لحسابها ؟ فهذه الحصص مكون رئيسي لرأس مال الشركة، فيجب التأكد من توافرها ووجوب تحصيلها قبل الشروع في قيد الشركة في السجل التجاري .

وواضح.

ثانيا: غياب المساواة بين مقدمي الحصص: تثير مسألة غياب المساواة بين أصحاب الحصص النقدية وأصحاب الحصص العينية إشكالية على مستوى التمايز في تقديم الحصص، بين الحصص النقدية التي يتم تقديمها على دفعات عكس الحصص العينية التي تقدم دفعة واحدة وذلك في شركة المساهمة، بل في شركات الأموال بصفة عامة.

حيث ورد في نص المادة **101 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** أن يشتمل عقد التأسيس على جملة من البيانات، بحيث تضمن البيان الرابع، مقدار رأس المال المكتتب به على ألا يقل عن الحد الأدنى الذي يصدر بتحديده قرار من اللجنة الشعبية العامة مكتتب به بالكامل، وبيان المدفوع منه بحيث لا يقل عن ثلاثين في المائة (30%) من رأس المال النقدي المكتتب به.

ونصت المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم **186 لسنة 2012م** على: " يكون الحد الأدنى لرأس مال شركات المساهمة المكتتب فيه مائة ألف دينار، ويجب ألا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن ثلاثين في المائة من رأس المال المكتتب فيه، وعلى كل مساهم بحصة نقدية أن يدفع عند التأسيس النسبة المنصوص عليها في سند الإنشاء أو عقد التأسيس حسب الأحوال وفي النظام الأساسي، على ألا تقل عن ثلاثين في المائة من حصته، وأن يستكمل دفع رأس المال النقدي الباقي في بحر مدة لا تتجاوز الخمس سنوات من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري".

والأمر ذاته يسري على شركة التوصية بالأسهم بموجب ما قررته المادة **263 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** بأن تسري على هذه الشركة القواعد المنصوص عليها بشأن الشركة المساهمة. أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فنصت الفقرة الثانية من المادة **275 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** على أنه: ويدفع رأس مال الشركة بالكامل عند التأسيس ومع ذلك إذا بلغ رأس مال الشركة الحد الأدنى المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة 101 أو تجاوز ذلك فتُطبق بشأن دفعه القواعد العامة المتبعة في الشركات المساهمة". إذ أنه إذا بلغ رأس مال الشركة مائة ألف دينار أو تجاوزه تطبق عليه النسبة المنصوص عليها في قرار مجلس الوزراء رقم **186 لسنة 2012م.**

مع هذه النصوص التي عنيت بأصحاب الحصص النقدية؛ والتي يتضح أن غرض المشرع منها تشجيع رؤوس الأموال من المدخرين، والتسهيل على المساهمين من أصحاب الحصص والمساهمات النقدية، وحثهم وتشجيعهم على الانخراط في هذا النوع من الشركات التي تتميز بضخامة رأس مالها غالبا، ولما لذلك من أثر في تنمية الاقتصاد الوطني، مع وجود ميزة تميز المال النقدي عن العيني من حيث إمكانية تجزئته وتقديمه على دفعات، عكس أغلب الحصص العينية التي يصعب تجزئتها وتبعيضها

الخاتمة

من خلال دراسة الشركة في طور التأسيس اعتمدت على مرتكزين أساسيين تمثلا في النظرية القانونية وتطبيقها محاولين تغطية المرحلة من محوريها الرئيسيين: النشأة باعتبارها بداية تكوين الشركة، والنظام القانوني بوصفه الإطار القانوني الذي يمارس خلاله المؤسسون مهامهم، لأجل خلق كيان قانوني جديد واستنادا على ما تم دراسته خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

اولاً: رغم العديد من الالتزامات التي تقع على عاتق المؤسسين، بالإضافة إلى مسؤوليتهم الناجمة عن تأسيس الشركة، لكن المشرع الليبي لم يحدد وصفا للمؤسس كباقي التشريعات المقارنة، التي أوردت تعريفا للمؤسس في قوانينها تاركا أمر تحديد وصف المؤسس للسلطة القضائية، التي تخضع في قضائها لرقابة المحكمة العليا.

ثانياً: اختلف الفقه حول تحديد القواعد التي تحكم العلاقة بين مؤسسي الشركة، والشركة طور التأسيس، فمنهم من كيف العلاقة التي تربطهما بأنها عقد وكالة، ومنهم من أدرجها تحت القواعد المنظمة للفضالة، والبعض الآخر كيف العلاقة بأنها عقد اشتراط لمصلحة الشركة، إلا أن كل هذه المقاربات لا تنطبق على العلاقة التي تربط المؤسسين بالشركة في طور التأسيس.

ثالثاً: في سياق الحماية القانونية للغير مع الشركة في طور التأسيس فقد شدد المشرع من مسؤولية المؤسسين المدنية عن الالتزامات والعقود والتعهدات التي أجروها معهم، في حال تعثر تأسيس الشركة، أو رفضها تحمل اثار العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون، وجعلها تضامنية وغير محدودة. أما إذا قبلت الشركة بعد قيدها هذه التصرفات فإنها تحل محل المؤسسين وتنتقل إليها الحقوق والالتزامات.

رابعاً: في إطار ضمان التطبيق الصحيح لقواعد تأسيس الشركات التجارية، تدعيما للثقة والائتمان، وحماية للادخار العام، وتأسيس الشركة تأسيسا سليما بعيدا عن التحايل والتضليل، فقد استعان المشرع بالردع والعقاب جزاء للمؤسسين عند مخالفتهم لقواعد التأسيس.

خامساً: تنطبق القواعد العامة بالنسبة لضمان الحصة العينية المقدمة من الشركاء، والتي تشمل ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية كما تطبق القواعد العامة بشأن التعويض في حالة عدم تقديم الشريك لحصته في الميعاد المقرر لذلك.

سادساً: علق المشرع الليبي اكتساب الشركة للشخصية المعنوية على قيدها في السجل التجاري حيث ترك فراغا تشريعيا بخصوص المرحلة التي تسبق القيد الشركة طور التأسيس". فعند نقل ملكية بعض أشكال الحصص العينية، التي تحتاج إلى شكلية معينة لانتقال ملكيتها إلى الشركة في ظل عدم اعتراف المشرع للشركة بالشخصية المعنوية، فإن الأمر لا يتحقق؛ لأن هذه الحصص تحتاج إلى شخصية تتوفر فيها أهلية اكتساب الحقوق لتنتقل إليها. القيد بالسجل التجاري لا يتم إلا باكتمال أركان التأسيس الأساسية، والتي من أهمها رأس المال.

وبناء على ما تقدم عرضه نوصي بالآتي:

أولا: نوصي المشرع بتضمين مرحلة التأسيس نصوص خاصة تحدد الصفة التي يعمل بها المؤسسين لحساب الشركة في طور التأسيس، وتمنح الشركة في طور التأسيس الشخصية المعنوية بالقدر اللازم للتأسيس، قياسا على تمتعها بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم للتصفية.

ثانياً: نوصي المشرع بتعديل نص المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2010م. بإضافة نص يسمح لأصحاب المساهمات العينية التي تسمح طبيعتها بأن تجزأ، أن يقدموا هذه المساهمات على دفعات في مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة، أسوة بأصحاب المساهمات النقدية

المصادر والمراجع

اولاً: المعاجم اللغوية

- الوسيط، دار المعارف، ج الأول، س 1980م.
- لسان العرب، لابن منظور الأفريقي، دار صادر، بيروت، ج السادس، دون سنة نشر.

ثانياً: الكتب القانونية.

- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر، س 1989م.
- السيد علي السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطابع الأهرام التجارية، س 1972م.
- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية الأحكام العامة للشركة، ج الأول، دون دار نشر،2008
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية الدار الجامعية، دون سنة النشر.
- ثروت عبد الرحيم، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية في القانون التجاري الجديد، ط1، نادي القضاة، س 2003م.
- سعد العسبلي، الوسيط في شرح قانون النشاط التجاري الليبي، دار الفضيل، ط الثانية، س2013م.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، س 2005م.
- سميحة القليوبي، القانون التجاري، دون دار نشر، س 2000م.

عبد الرزاق السنهوري

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج الأول، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر.
- الوسيط في القانون المدني، المجلد الثاني ج الخامس، دون دار نشر.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج الثامن حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط الثالثة، س 2009م.
- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، س 1974م.
- علي سيد قاسم
- قانون الأعمال ، ج الثاني، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، دار النصر القاهرة، س.1997م
- فايز نعيم رضوان الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2000-2001م.
- فرج سليمان حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي ، مكتبة زليتن الشعبية، ط الأولى،س 2017م
- لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة دون دار نشر.
- محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، ج الأول، مطابع الوحدة العربية، س 2007م.

- محمد عبد الله الدليمي، العقود المسماة أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ط الأولى.
- محمد علي البدوي النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة 2003م.
- محمد علي سويلم، الشركات التجارية في الأنظمة العربية المقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، س 2013م
- محمد فريد العريني
- الشركات التجارية، المشروع التجاري بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2019
- القانون التجاري شركات الأشخاص والأموال. دار المطبوعات الجامعية، س 2001م.
- القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، س 1997م.
- القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، الإسكندرية، س 1977م.
- محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، سن 2000م.
- محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج الثاني، الشركات التجارية، دار النهضة العربية
- محمد مصطفى عبد الصادق الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر والقانون، ط الأولى، س 2012م.
- محمود مختار أحمد بريري قانون المعاملات التجارية الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط ثانية، س 2006م.
- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج الأول، دار النهضة العربية، س 1989م.
- الغربي، من 1997م.
- مصطفى كمال طه.
- أصول القانون التجاري الدار الجامعية، س 1994م.
- الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، مكتبة الوفاء القانونية، ط الأولى س 2009م
- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الشركات التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، س 2016م.
- وجدي شفيق فرج موسوعة الشركات فقها وعملاً، دار يونيتد للإصدارات القانوني س 2014م