

المقدمة

ازدهرت 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 تُسمى "قنصلية التجار" تُدعى فيها أسماء الشركاء لكل شركة على حدة؛ إعلانا للغير من الدائنين بوجود الشركة¹. وكان للشركة ذمة مالية خاصة تتألف من الحصص التي يقدمها الشركاء، بحيث تكون ضمانا للدائنين. وهو ما اعتُبر نواة فكرة الشخصية المعنوية التي يقوم عليها التنظيم الحديث للشركة.

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

ولأنّ القوانين المنظمة للشركات التجارية دائمة التطور، يحكمها ويوجهها المحيط والنمط الاقتصادي السائد في العالم، فقد كان هذا التوجه العالمي مؤثراً فعالاً للمشرع الليبي للتدخل تشريعياً² 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 يُميزه 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.

¹ - فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، س: 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.

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. رقم 2010/23م. أما المرحلة التي تسبق هذا الإجراء "الشركة في طور التأسيس" فهي مرحلة مهمة وذات خصوصية، يُباشر 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.

لذا استدعت حساسية وخصوصية المرحلة أن تُسلط هذه الدراسة الضوء عليها؛ لتكتسي الدراسة أهميتها من إيضاح مكامن الغموض الذي يشوب هذه المرحلة من عمر الشركة. ومحاولة تقويم ما يعترئها من خلل، سواء كان (نظرياً أو تطبيقياً) من ناحية النشأة والنظام القانوني للمرحلة. وتبرز أهمية الدراسة من حيث كونها الدراسة الأولى في ليبيا التي تُسلط 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 الفقيهي بعنوان: ("الشركة في طور التأسيس الوضع القانوني والتدابير الحمائية") هذا على حد علم الباحث.

فالبحت المعمق لهذه المرحلة من عمر الشركة، يُظهر الكثير من الإشكاليات القانونية التي يتعلق شقها 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 أنّ أثر ذلك ينعكس على النمو الاقتصادي للدولة، ويعرض الشركة لخطر بطلانها وعدم استمراريتها. وكذلك الإشكاليات المتعلقة بالحصص العينية - صُعبية 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 يُثار حول الأساس القانوني لتصرفات المؤسسين باسم الشركة ولحسابها، ونطاق مسؤوليتهم عن الأعمال والتصرفات التي أجروها لضرورات التأسيس.

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

وفيما يتعلق بمنهجية الدراسة، فإن طبيعة البحث تدعو إلى اتباع المنهج التحليلي. وهذا يستلزم من الباحث تتبّع النصوص القانونية المختلفة ذات العلاقة بموضوع البحث، ومحاولة استقرارها ومقاربتها مع تطبيقاتها واقعياً. وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: تأسيس الشركات التجارية بين النظرية والتطبيق.

المبحث الأول: نظرية النشأة العقدية في تأسيس الشركات التجارية.

المبحث الثاني: الإجراءات الضرورية لمرحلة تأسيس الشركات التجارية.

الفصل الثاني: النظام القانوني للشركة في طور التأسيس.

المبحث الأول: ماهية الشركة في طور التأسيس.

المبحث الثاني: الآثار المرتبطة بالشركة في طور التأسيس.

الفصل الأول

تأسيس الشركات التجارية بين النظرية والتطبيق

نتناول في هذا الفصل بداية تأسيس الشركات التجارية، وهي مرحلة الانعقاد، تأسيساً على ما أوجبه المشرع الليبي وفق ما جاء بالمادة 494 ق.م.ل: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح". فالشركة تقوم على فكرة التعاون بين أكثر من شخص، على استثمار أموالهم في نشاط تجاري أو صناعي، ولكن الشركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركاء، وتستطيع أن تمارس النشاط الاقتصادي الذي أسست من أجله. إلا أن التساؤل المثار حول أساس الشخصية القانونية للشركة؛ هل هو العقد³ المبرم بين الشركاء؟ أم الفكرة التي بدأ الفقه الحديث يناقشها بها وهي فكرة النظام؟ والسبب في إثارة هذا التساؤل تضال دور مبدأ سلطان الإرادة في رسم النظام القانوني للشركة، والتدخل المستمر من جانب المشرع ببعض النصوص الأمرة التي ليس أمام مؤسسي الشركة إلا الانصياع لها⁴.

وانطلاقاً مما سلف، وعلى المستوى النظري، يتحتم على الباحث تناول بدايات تكوين الشركات التجارية أي مرحلة العقد؛ تأسيساً على أن "الشركة في طور التأسيس" هو مصطلح يطلق على فترة زمنية من عمر الشركة، تبدأ بدراسة الجدوى للنشاط المزمع أن تؤسس الشركة من أجله، وإعداد العقد والنظام الأساسي وجمع الشركاء، وصولاً إلى توقيع العقد، والقيود في السجل التجاري ختاماً. وعلى المستوى العملي، فإن هذه المرحلة تحتاج من المؤسسين القيام بالعديد من الإجراءات، لذا وجب تناول عناصر الشركة وخصائصها الأساسية، كما أبرزها هذا التعريف، وتناول آلية التطبيق العملية لهذه النظرية.

عليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: نظرية النشأة العقدية في تأسيس الشركات التجارية.

المبحث الثاني: الإجراءات الضرورية لمرحلة تأسيس الشركات التجارية.

³ - العقد أو الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية... وكون أن العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث آثار قانونية لا يعني أن النظرية العامة للعقد تنطبق على كل اتفاق يحدث هذه الآثار. وإنما تقتصر فقط على الاتفاقات التي تدخل في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية. انظر، محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، ج الأول، مصادر الالتزام، ط الرابعة، س 2003، ص 26.

⁴ - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 17، ص 18.

المبحث الأول

نظرية النشأة العقدية في تأسيس الشركات التجارية

لقد سادت الفكرة التعاقدية وهيمنت في المجال التجاري، طوال القرن التاسع عشر الذي ازدهرت فيه الفلسفة الفردية بشقيها: القانوني المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة، والاقتصادي الذي يقضي بمبدأ الحرية الاقتصادية، وهذه النظرة التعاقدية إلى فكرة الشركة لم تتوقف عند المجال الفقهي فحسب، بل انتقلت إلى المجال التشريعي فتبناها المشرع الليبي وأورد لها نصوصاً قانونية متشعبة بهذه الفكرة في تنظيم الشركات⁵.

ويتميز عقد الشركة عن غيره من العقود بأنه لا يقتصر على تقرير بعض الحقوق، وإنشاء بعض الالتزامات التي تنتهي بمجرد تنفيذها، بل يترتب عليه إنشاء شخص معنوي يستقل بإرادته عن إرادة الشركاء، له ذمة مالية مستقلة، قادراً على تحمّل الالتزامات، واكتساب الحقوق. وعلى عكس باقي العقود التي تقوم عادة على التوفيق بين مصالح متعارضة بين أطرافها، كما هو الحال في معظم عقود المعاوضة، كعقد البيع، وعقد الإيجار، ويقوم عقد الشركة على فكرة جمع شخصين أو أكثر لتحقيق هدف واحد، ومن ثمّ ينفّي تعارض المصالح في الشركة؛ التي يسعى فيها الشركاء إلى تحقيق هدف واحد مشترك، وهو تحقيق الربح. وعقد الشركة عند إبرامه يتطلب مجموعة من الشروط، منها ما يشترك مع غيره من العقود الأخرى، ومنها ما ينفرد به عقدها لخصوصيته؛ لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

نخصص الأول لدراسة المتطلبات القانونية لإبرام عقد التأسيس.

ونستعرض في الثاني الجزاء المترتب عن الإخلال بالمتطلبات القانونية لعقد التأسيس.

⁵- نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هوم، الجزائر، ط الثامنة، ص 22، 2009.

المطلب الأول: المتطلبات القانونية لعقد التأسيس

تُؤسس الشركات التجارية وفق شروط قانونية صلبة، تُعدّ بمثابة الأركان التي تقوم عليها. فعقد الشركة كسائر العقود يجب أن يتوافر له الأركان الموضوعية العامة، التي يجب توافرها في العقود بصفة عامة، وهي الأهلية، والرضا، والمحل، والسبب كما يجب أن يتوافر له أركان موضوعية خاصة بعقد الشركة، والمتمثلة في: أن يصدر العقد من شخصين فأكثر، وأن يقدم كل منهما حصة من مال أو من عمل، وأن يقتسم كل منهم الأرباح أو الخسائر، وأن تتوفر لدى المتعاقدين نية المشاركة؛ أي رغبة الشركاء في العمل معا لتحقيق غرض الشركة، وقبول المخاطرة التي تصادف الشركة، بما يستتبع ذلك من أن يقتسم كل منهم أرباح النشاط أو خسائره. غير أنّ هذه الأركان الموضوعية لا تكفي وحدها للقول بصحة عقد الشركة، بل يجب فضلا عن ذلك توفر الأركان الشكلية التي يتطلبها القانون، وهي كتابة عقد الشركة، وقيده بالسجل التجاري⁶.

الفرع الأول: توافر الأركان الموضوعية العامة بعقد الشركة

لكي يكون عقد الشركة صحيحا ومُنْتجا لآثاره، غير مهدد بالبطلان، يجب أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة. وهي تلك الأركان التي يلزم توافرها في جميع العقود بما فيها عقد الشركة. وتتمثل هذه الأركان في ضرورة تمتع الأشخاص المتعاقدين بالأهلية اللازمة، وفقا لأحكام القانون المدني والقانون التجاري، والإرادة السليمة الخالية من عيوب الرضا، ومشروعية المحل والسبب.

أولا- أهلية الشركاء: يجب أن يكون الشخص الطبيعي الراغب في تأسيس شركة أهلاً للتصرف، ولم يُحجر عليه لعته أو سفه أو جنون؛ ذلك لأن عقد الشركة يُعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم فلا بُد أن يكون المتعاقد كامل الأهلية؛ حتى يستطيع تقدير المخاطر والمنافع المترتبة على الدُخول في هكذا عقد. وتنقسم الأهلية إلى نوعين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

وتُعرف أهلية الوجوب بأنها: قُدرة الشخص على اكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات. بينما تُعرف أهلية الأداء بأنها: صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية. فالأولى أهلية اكتساب، والثانية أهلية عمل. وفقا لنص المادة **109 ق.م.ل:** "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحد منها بحكم في القانون"⁷.

⁶ - وجدي شفيق فرج، موسوعة الشركات فقها وعملاً، يونيتد للإصدارات القانونية، س 2014، ص 8.
⁷ - فرج حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، مكتبة زليتن الشعبية، ط الأولى، س 2017، ص 42.

واستنادا إلى ما سبق، يجب أن يكون الشخص الذي يرغب في الاشتراك في شركة، أهلا لمباشرة التصرفات القانونية، أي أهلا للتعاقد.... فلا يجوز للقاصر أن يعقد شركة مع آخرين، وإلا كانت باطلة بطلانا نسبيا، لا يتمسك به إلا القاصر وحده⁸، فالبطلان تقرر حماية لمصلحته، وهو من يطلب إبطال العقد، فطالما أنّ هذه الأعمال هي أعمال دائرة بين النفع والضرر، فتظل إذا قابلة للإبطال لمصلحته من قبل ممثله القانوني، أو من قبله هو بعد أن يبلغ سن الرشد.... لأن أحكام أهلية الأداء من النظام العام، وهي شرعت لمصلحة القاصر⁹. ويسقط حق القاصر في التمسك بالبطلان إما بالإجازة بعد زوال العيب الذي جعل العقد قابلا للإبطال؛ أي باكتمال أهليته ببلوغه سن الرشد، وإما بالتقادم، وهو في هذه الحالة ثلاث سنوات من وقت اكتمال الأهلية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة، بصرف النظر عن المدة التي مرت من وقت التعاقد، أو خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد. والأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة هي أهلية التصرف، ببلوغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة ميلادية وفقاً لأحكام ق.ن.ت. رقم 2010/23 المادة 7 منه¹⁰.

وتجدر الإشارة إلى أن الصبي المميز، والمحجور عليه لعته أو سفه، لا يحق لهما أن يكونا شركاء في شركة، ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم؛ استغلال مال المحجور عليه لعته أو سفه في شركة بعد الحصول على إذن المحكمة المختصة بذلك. ويستوي أن يكون الصبي المميز مأذونا له في إدارة أمواله أو غير مأذون له، فهو في الحالتين لا يكون أهلا لعقد الشركة؛ لأنه يحصل بالإذن على أهلية الإدارة دون أهلية الالتزام، والشريك يجب أن تتوفر فيه أهلية الالتزام¹¹. وإذا كان يُتطلب أهلية التصرف في دخول الشريك إحدى شركات الأشخاص، فذلك لأنه يكتسب صفة التاجر بتوقيعه عقد شركة التضامن أو التوصية البسيطة، إذا كان شريكا عاملا مع ما يترتب على ذلك من التزامه بالتزامات التجار، ومسؤوليته عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة وتضامنية، فيجب أن يكون شخصا كامل الأهلية ومدركا تماما لما يترتب على توقيعه مثل هذه العقود.

أما إذا كان الشخص داخلا كمساهم في شركة مساهمة أو شريكا موصيا في شركة توصية، فلا يوجد مبرر لتطلب أهلية التصرف؛ بل يكفي أن يتوفر له أهلية الإدارة؛ لأن الأمر يقتصر على توظيف أمواله في هذه الشركات، دون أن يترتب على ذلك اكتسابه صفة التاجر، ولا يترتب على ذلك أيضا أن تكون مسؤوليته غير محدودة وتضامنية عن ديون الشركة¹²، فمسؤوليته محددة فيما قدمه للشركة من مساهمة.

⁸- فايز رضوان، المرجع السابق، ص38.

⁹- محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، ج الأول، مطابع الوحدة العربية، س 2007، ص145.

¹⁰ - نصت المادة (7) على: "يجوز لمن بلغت سنه ثماني عشرة سنة كاملة أن يقوم بمزاولة النشاط التجاري ما لم يتطلب تشريع آخر أهلية أعلى".

¹¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج الخامس، المجلد الثاني، دون دار نشر، ص251.

¹² - فايز رضوان، مرجع سابق، ص38، ص39.

وفيما يخص الأجانب، فإنَّ أهلية أدائهم تخضع وفق القواعد العامة إلى قانونهم الشخصي، فإذا كان هذا القانون يَعدّهم كاملي الأهلية، جاز لهم الدُخول كشركاء في الشركات التجارية التي يتم تأسيسها في ليبيا، شريطة توفر أهلية الوُجوب فيهم¹³. وتعتبر أهلية الأداء ضمن مسائل الأحوال الشخصية، وهي بهذا الوصف خاضعةً للقانون الشخصي للمعني، كما تُقرر ذلك المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. وتختلف القوانين المقارنة في تحديد هذا القانون. فمنهم من يَعتد بقانون الجنسية مثل القانون الفرنسي، ومنهم من يَعتد بقانون الموطن مثل القانون الانجليزي. أما القانون الليبي فقد اختار قانون الجنسية. المادة **11 ق.م.ل.** والتي نصت على: "1- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في ليبيا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإنَّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته. 2- أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي، ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في ليبيا، فإنَّ القانون الليبي هو الذي يسري".

عليه فإذا اعتُبر الأجنبي بموجب قانونه الشخصي قاصراً، فلا يُسمح له بممارسة التجارة، إلّا طبقاً للشروط التي يتطلبها هذا القانون؛ لأنه هو القانون المختص بحكم أهليته وطُرق ووسائل حماية القُصر. فإن كان قانونه الشخصي يمنعه أصلاً من ممارسة التجارة في وطنه، فيجب منعه أيضاً من ممارستها في خارج وطنه، وإن كان قانونه الشخصي يُبيح له ممارسة التجارة بشروط ميسرة كالإكتفاء بإذن الولي أو مجلس العائلة، فيلزمه فضلاً عن ذلك أخذ الإذن من المحكمة الابتدائية المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها مركز نشاطه التجاري.

وفيما يتعلق بأهلية النساء لممارسة النشاط التجاري، فقد أوردت المادة **9 ق.ن.ت.** رقم **2010/23م**¹⁴ تنظيماً لها. فلم يُميز المشرع بين الرجل والمرأة بشأن الأهلية التجارية، والتي

¹³ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 43.

¹⁴ - نصت المادة (9) على: "1- ينظم أهلية النساء لمزاولة النشاط التجاري قانون الأحوال الشخصية. 2 - يفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف النشاط الاقتصادي في الجماهيرية أنها تمارسه بإذن زوجها. فإذا كان قانون الأحوال الشخصية للزوجين يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته التجارة، أو سحب إذنه السابق وجب قيد ذلك في السجل التجاري ونشره حسب الطرق القانونية. 3 - ولا ينتج الاعتراض ولا سحب الإذن أثره إلا من تاريخ نشره. 4 - ولا يؤثر الاعتراض أو سحب الإذن في الحقوق التي اكتسبها الغير. 5 - يفترض في الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت طبقاً لنظام انفصال الأموال إلا إذا كانت قد قامت بشهر المشاركة المالية بعقد زواجها. ويكون الشهر بالقيود في السجل التجاري الواقع في دائرة المحل التجاري ونشره حسب الطرق القانونية. ويجوز للغير في عدم الشهر المبين في الفقرة السابقة أن يثبت أن الزواج قد تم وفقاً لنظام مالي أكثر ملاءمة لمصلحته. ولا يحتج على الغير بالحكم الصادر خارج الجماهيرية القاضي بانفصال أموال الزوجين إلا من تاريخ قيده بمكتب السجل التجاري الواقع في دائرته المحل التجاري الذي يباشر فيه الزوجان أو أحدهما تجارته، ونشره حسب الطرق القانونية".

ينظمها قانون الأحوال الشخصية، ويفترض المشرع الليبي أن الزوجة الأجنبية تُمارس التجارة بإذن زوجها، أما إذا كان القانون الشخصي للزوجة يشترط موافقة الزوج المسبقة، أو عدم اعتراضه، فإنه لكي يُنتج عدم الموافقة أو الاعتراض على ممارسة الزوجة للتجارة آثاره القانونية، يجب تسجيله في السجل التجاري ويجب كذلك نشره في الجريدة الرسمية. أما قبل ذلك، فتعتبر تصرفات الزوجة صحيحة وملزمة لها أو عليها. إنما بعد القيد والنشر فتكون تصرفاتها باطلة. ومن ناحية أخرى، يفترض المشرع أن النظام المالي للزوجة التي تمارس التجارة في ليبيا، هو نظام انفصال الأموال، أي أنّ الزوجة لها ذمة مالية مستقلة، وهذه الذمة هي الضامنة الوحيدة لديونها. ولكن يستطيع الغير إذا كان ذلك في صالحه إثبات أنّ الزواج قد تمّ بناء على اختلاط الأموال؛ بمعنى أن أموال الزوجين تُكون ذمة مالية واحدة. وعندئذ، تكون هذه الذمة الموحدة في مجملها ضامنة للوفاء بالتزامات الزوجة التاجرة، أو الزوج التاجر. وإذا حصل أحد الزوجين على حكم قضائي من محكمة أجنبية، بانفصال أموالهما، فلا يُرتب هذا الحكم أثره إلا بعد قيده في السجل التجاري، ونشره في الجريدة الرسمية¹⁵.

ثانيا- رضا الشركاء: يُعتبر الرضا أهم ركن من الأركان الموضوعية لانعقاد الشركة؛ لأنه من غير المتصور أن تنشأ رابطة عقدية دون أن تستند إلى رضا أطرافها¹⁶. وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين، في صيغة إيجاب وقبول متطابقين تطابقا يشمل كافة عناصر العقد وشروطه، فإذا انعدم الرضا بطل عقد الشركة، ذلك لأن الرضا ركن جوهري في عقد الشركة. حيث إنّ عقد الشركة يُعد من العقود الرضائية التي تتوقف صحتها على وجود التراضي بين أطرافه.

ويكون التراضي على محل الشركة، أو على تقدير الحصص، فإذا لم يوجد هذا التراضي، انهار عقد الشركة وبطلت. وحتى يتوافر الرضا على نحو صحيح، فإن ثمة شروط ينبغي أن تتوفر فيه، منها ما يتعلق بمحل الرضا، ومنها ما يرتبط بصفته، وضرورة أن يكون صحيحا وجديا، ويجب أن ينصب الرضا على كافة شروط عقد الشركة، من مقدار رأس المال، وغرضها، ومقدار حصة كل شريك فيها، وطبيعة الحصة؛ أي سواء أكانت حصة نقدية، أم عينية، أو كانت حصة بعمل، كما يجب أن ينصب الرضا على الشكل القانوني الذي اختاره الأطراف للشركة¹⁷. كما لا بُد

¹⁵ - محمد الجبلاني، مرجع سابق، ص 164.

¹⁶ - محمد مصطفى عبد الصادق، الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر والقانون، ط الأولى، س 2012، ص 19.

¹⁷ - عاطف محمد الفقي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2007، ص 52.

أن يُحيط الشريك بكل التفاصيل والمسائل الجوهرية، كنوع الشركة، والتزامات الشركاء، وتحديد ما يُقدمونه من حصص، وغرض الشركة¹⁸.

والرضا الذي يُؤخذ في الاعتبار، هو الذي يقع بالفعل، ويُعبر عنه الشريك تعبيراً صحيحاً، خالياً من العيوب. وعيوب الرضا طبقاً للقواعد العامة هي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، فقد يشوب رضا أحد الشركاء غلطاً في شخصية أحد الشركاء الآخرين، وكانت شخصية هذا الشريك محل اعتبار في عقد الشركة، كما هو الحال في شركات الأشخاص. وقد يكون الرضا نتيجة حتمية لأعمال وحيل تدليسية، كما إذا لجأ المؤسسون إلى وسائل احتيالية؛ لإغراء الجمهور للاكتتاب في الأسهم. وقد يكون رضا أحد الشركاء نتيجة إكراه مادي، أو معنوي، أو نتيجة الاستغلال، وإن كان نادراً أن يُصيب رضا أحد الشركاء إكراه، أو استغلال.

كذلك تنهار الشركة إذا كان رضا الشركاء قد جاء على سبيل الصورية¹⁹. فلا تُوجد شركة إلا بين شريكين على الأقل. لذلك تُعتبر باطلة كل شركة يستأثر فيها أحد الشركاء بجميع الحصص. لكن الأمر يختلف في بعض البلدان الأجنبية، كإيطاليا، وألمانيا، وأمريكا مثلاً، حيث يُعتبر الفقه، والاجتهاد، أنّ الشركة المساهمة تستمر عندما تتجمع أسهم المساهمين في يد مساهم واحد؛ وذلك لأنّ الشركة المساهمة، تُشكل نظاماً وليس عقداً، فلا أثر إذاً لانقضاء عنصر التعاقد فيها، بل تظلّ الشركة محافظة على وجودها وإن أضحت تعود إلى ملكية شخص واحد. وقد أخذ التشريع السويدي بهذه الآراء، معتبراً أنّ الشركة المساهمة التي لا تضمّ إلا شريكا واحد هي شركة صحيحة²⁰.

ومما سبق نستطيع أن نحصر عيوب الرضا الشائعة في مرحلة تأسيس الشركات التجارية، والتي كشفت عنها التطبيقات الواقعية في: الغلط، والتدليس، وكذلك فإن لصورية عقد التأسيس صور كثيرة ومتعددة، تعيب ركن التراضي، عليه فسيتم تناولها تباعاً.

1- الغلط: الغلط وهم يقوم في نفس المتعاقد، يجعله يعتقد خلاف الحقيقة، فهو تصور كاذب للواقع ينجر وراءه المتعاقد إلى إبرام تصرف ما كان ليجره لو علم بحقيقة الواقع، والغلط الذي يعتد به القانون هو الغلط المؤثر، وهو مرحلة وسطى بين الغلط المانع، والغلط غير المؤثر. ذلك لأن الغلط

¹⁸ - محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ط الثانية، س 2006، ص 27.

¹⁹ - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق ص 35 ص 36. حيث أشار إلى أن الفقه الفرنسي أطلق على الشركة الصورية شركات الواجهة فقد يكون أساس الشركة هو في الحقيقة عقد قرض، كما قد يخفي عقد الشركة عقد عمل، وفي هذه الأحوال الأخيرة يبطل عقد الشركة لصوريته وتطبق أحكام العقد الحقيقي.

²⁰ - إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية الأحكام العامة للشركة، ج الأول، س 2008، بدون دار نشر.

فيهما لا يُعتبر عيباً في الإرادة يجعل العقد قابلاً للإبطال²¹. وللغلط شروط ثلاثة، نص عليها المشرع في المواد 120، 121، 124 ق. م. ل وهي:

1.1- يجب أن يكون الغلط جوهرياً: معيار الغلط في القانون الليبي، هو معيار ذاتي يقوم على تقدير الشخص لأمر معين، يُعطيه من الأهمية ما يكفي لحمله على التعاقد، وإنه كان سيمتنع عن التعاقد لو علم بعدم وجوده، فهو يختلف من شخص لآخر، إلا أنّ البحث في نفسية المتعاقد، وما يُعلقه من أهمية على أمر من الأمور ليس من السهولة بمكان.

لهذا أورد المشرع ضوابط موضوعية تُعين القاضي في التعرف على الغلط الجوهري. فقد تناولت المادة 121 ق. م. ل.²² حالتين للغلط الجوهري هما: الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد، والغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته. وجمهور الشراح يرون أن المشرع لم يقيد الغلط بالأمرين السابقين، بل أوردَهُما على سبيل المثال، باعتبارهما أهم صورتين للغلط في الحياة العملية. ولهذا فهم يُضيفون إليهما، مع تفاوت في الآراء، الغلط في القيمة، والغلط في الباعث²³. ومثاله: الغلط في شخص الشريك، أو في نوع الشركة، أو في شكلها، أو في حقيقة وطبيعة الحصة المقدمة من الشريك. ويقع الغلط في شخص الشريك؛ في الحالات التي يكون فيها لشخصه اعتبار ملحوظ في الشركة، كنتيجة لتشابه الأسماء، أو الغلط بين الأشخاص. كذلك قد يتعلق الغلط بنوع الشركة، أو شكلها الذي يُعد من المسائل الجوهرية التي تتحدد على ضوءها مسؤولية الشريك عن ديون الشركة، وبالتالي يكون لها أثر مهم على قراره بالدخول في الشركة، كالحالة التي يعتقد فيها الشخص أنه يشترك في تكوين شركة ذات مسؤولية محدودة، في حين أنها شركة تضامن، حيث تكون مسؤولية الشريك مطلقة وتضامنية²⁴.

1.2- يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر: حرصاً على استقرار التعامل والثقة نصت المادة 120 ق. م. ل. على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه". وهذا النص يُشير إلى ثلاث حالات، الأولى: يكون الطرف الآخر واقفاً أيضاً في غلط، ويجوز في هذه الحالة إبطال العقد رغم حُسن نيته، وليس له أن يتأذى من شيء فوجئ به؛ لأنه هو أيضاً قد وقع في غلط. الثانية: أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالغلط، فهو بذلك يكون سيئ النية وغير جدير بالحماية.

21- محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 109.

22- نصت المادة (121) على: "1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. 2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

23- محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 111.

24- محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج الثاني، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ص 21.

الثالثة: كان من السهل عليه أن يعلم بالغلط، فلا ظلّم عليه أيضاً؛ لأنه يكون مقصراً. وتعليل ذلك أنّ الغلط إذا لم يكن مشتركاً، وفاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر، بدعوى الغلط، ولزم أن يبطل العقد، فإن المتعاقد الآخر حسن النية، لا ذنب له في ذلك. والمخطئ هو المتعاقد الأول، الذي أهمل في كشف نيته، ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط. فوجب عليه التعويض. وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً. ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط، وليس من السهل عليه أن يتبينه. أما إذا كان عالماً بالغلط، وأنه هو الدافع إلى التعاقد، فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد؛ لأنه يكون سيء النية. وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولئن كان من السهل عليه أن يتبينه، وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد؛ لأنه يكون مقصراً²⁵.

1. 3- لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: تنص المادة 124 ق. م. ل. على أنه: "1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. 2- ويبقى على الأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد". يتبين من هذا النص، أنّ أي تمسك بالغلط إذا تعارض مع حسن النية، يكون غير جائز، فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنّ لها منفذاً إلى الطريق العام، ثم يتضح أنّها محصورة، فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام، مما يحقق كل الأغراض التي قصد إليها، فيأبى إلا إبطال البيع؛ جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية، فلا يجاب المشتري إلى طلبه.... وقد أورد الشق الثاني من النص، تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ. فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية، وكان يجهل أنّ هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا تنازل له المشتري عن هذه الجائزة. وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنّه بلغ سن الرشد؛ فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد²⁶.

2- التدليس: من الصعب تصور التدليس دون الاستناد إلى الحيل، وبذا يمكن تعريفه: بأنه استعمال الحيلة لإيقاع شخص في غلط، وحمله على التعاقد. ويتضح من هذا التعريف أنّ الصلة وثيقة بين التدليس والغلط، ولهذا يصف الفقه التدليس بأنه "غلط مستتر" لتمييزه عن الغلط التلقائي، الذي يقع

²⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج الأول، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، ص311، ص312.
²⁶ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص317.

فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، متوهما أمرا على غير حقيقته²⁷. وللتدليس عنصران: أحدهما مادي وهو مجموع الحيل التي يستخدمها المُدلس، والثاني معنوي وهو نية التضليل.... ولا توجد مشكلة حول وجود التدليس، عندما تستخدم وسائل ذات مظاهر خارجية، مثل جعل شخص يتدخل ليُصدق على الأقوال، أو تقديم محرر مزور.... أيضا مجرد الكذب يكفي لوجود التدليس إذا توافرت بعض الشروط.... أما نية التضليل، فضرورية لوجود التدليس، ولهذا فإنَّ إعطاء معلومات غير صحيحة بحسن نية، وعدم ذكر معلومات يُهم المتعاقد الآخر معرفتها دون تعمد إخفائها لا يُعتبر تدليسا. كذلك لا يُعد تدليسا مجرد انخداع أحد المتعاقدين بمظهر الثراء الذي يبدو على المتعاقد الآخر²⁸.

والتدليس كثير الوقوع، إذ يلجأ إليه مؤسسو الشركة قصد جعل الغير يُقدم على الاشتراك في الشركة، حيث تناول الدكتور "إلياس ناصيف" التدليس بوصفه خداعًا فذكر في موسوعته الشركات التجارية "قد يكون الخداع كالغلط مبطلا أيضا لعقد الشركة إذا وقع على شريك من بفيّة الشركاء، أو من يمثلهم. أما إذا وقع من شريك واحد عند تعدد الشركاء، أو من شخص غير شريك، فليس من شأنه أن يُبطل عقد الشركة، إنما يحق للمتضرر الرجوع على من صدر عنه الخداع بالتعويض. ولكنّ الفقه لم يجمع على هذا الرأي فهناك من يعتبر أنّ الشركة تكون باطلة في هذه الحال تجاه جميع الشركاء".

ويُعتبر رضا الشريك مشوبا بعيب الخداع، إذا أدت الوسائل الاحتيالية المستعملة ضده، إلى دخوله في الشركة، ولولاها لما كان يرضى بذلك. كما لو قُدمت له ميزانية غير صحيحة، أو أُحيطت الشركة بمظاهر كاذبة من النجاح في أعمالها، أو كُتِم عنه عمدا الديون المترتبة على الشركة والتزاماتها المهمة، أو كما لو أوهم أحد الشركاء الآخرين بمقدرته على تحقيق أسباب من شأنها إنجاح أعمال الشركة، في حين أنه غير قادر على تحقيق هذه الأسباب، وغيرها من الوسائل الاحتيالية²⁹. حيثُ أجاز المشرع إبطال عقد الشركة للتدليس، إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، إذ نجد المادة 125 ق. م. ل. تنص على: "1- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. 2- ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المُدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". ويُشترط أن يكون التدليس صادرا من أحد الشركاء على شريك آخر، أما إذا صدر من الغير، فليس للمتعاقد المُدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم به، عند إنشاء العقد. وهذا ما نصت عليه

²⁷ - محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 118 ص 119.

²⁸ - محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 119 ص 121.

²⁹ - إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 180 ص 181.

المادة 126 ق. م. ل.³⁰، فإن لم ينجح في إقامة الدليل على ذلك، ظل عقد الشركة صحيحاً، ولم يبق للمدلس عليه من حق سوى مطالبة المدلس بالتعويض³¹.

وجرى الفقه والقضاء على أنّ عُيوب الإرادة من غلط وتدليس، هي من قبيل الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بالبينة، وقد استثنى القانون من القاعدة التي تقول بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بكتابة مثلها. المادة 391 ق. م. ل.³². فيجوز إثبات الغلط بكافة طرق الإثبات كالشهادة والقرائن³³.

3- الصورية: لا تُعد الصورية بذاتها سبباً للبطلان، بل إنّ الأمر يتوقف على الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدون من وراء هذه الصورية، وإذا أبرم عقد شركة صوري فلغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، ما لم يكن يعلم بأنه عقد صوري، أو أنه لم يكن على دراية بما يترتب على الصورية. كما أنّ له أن يتمسك بالعقد المستتر ويثبت بجميع الطرق صورية العقد الذي أضر به³⁴.

وللصورية صور متعددة، فقد تُبرم شركة صورية بقصد الوصول إلى تحديد المسؤولية الشخصية للتاجر الفرد. فبدلاً من أن يستثمر التاجر محلاً تجارياً باسمه الخاص، ينشئ شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، يكون هو سيدها الحقيقي والمسيطر عليها؛ لإخفاء عملياته الشخصية، ومتى ساءت أعمال المشروع وتوقف عن الدفع يُشهر إفلاس الشركة وحدها، ولا يكون للدائنين من ضمان إلا أموال الشركة وحدها دون أمواله الخاصة. وفي هذه الحالة تكون الشركة الصورية باطلة، للسبب غير المشروع، لأن الغرض من الصورية حينئذ هو التحايل على القانون، ومخالفة القواعد العامة، التي من مقتضاها أنّ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. المادة 237 ق. م. ل.³⁵ والقاعدة الخاصة التي تقضي بأن عدد الشركاء لا يجوز أن يقل عن اثنين. المادة 494 ق. م. ل.³⁶. وإذا استبعد العقد الصوري، كان الشخص الذي يُزاول التجارة مستترا وراء

³⁰ نصت المادة (126) على: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس"

³¹ - وجدي شفيق فرج، المرجع السابق، ص 11.

³² نصت المادة (391) على: "يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة: -أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الوصول على دليل كتابي. ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه".

³³ - محمد علي البديوي، المرجع السابق، ص 118.

³⁴ - مصطفى كمال طه، أ. - وائل أنور بندق، الشركات التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، س 2016، ص 28.

³⁵ - نصت المادة (237) على: "1) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2) وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون"

³⁶ - نصت المادة (494) على: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح".

الشركة السورية؛ مسئولاً عن التعهدات المبرمة باسمها، وجاز شهر إفلاسه³⁷، وينطبق نفس الحكم على الحالة التي تُبرم فيها شركة سورية لإخفاء منشأة فردية بقصد الاستفادة من الإعفاء من الضريبة على الأرباح التجارية.

وقد يستتر عقد الشركة تحت آخر كقرض مثلاً؛ لتجنب الشريك الالتزام بالمساهمة في الخسائر، حينئذ تطبق أحكام القواعد العامة التي سلفت الإشارة إليها. وعلى النقيض من ذلك قد تستتر الشركة وراء عقد عمل، وحينئذ يتعين تطبيق أحكام العقد الذي قُصد إبرامه. وقد يُخفي المتعاقدون صفة أحدهم كشريك فيها، بُغية التخلص من مطاردة دائنيه، وحينئذ يجوز اعتباره شريكاً، مع خلو عقد الشركة من النص على ذلك³⁸.

وأيضاً تعتبر الشركة سورية لانتفاء عنصر التعاقد فيها، بقصد مخالفة الواقع والأحكام القانونية، مخالفة قد تبلغ أحياناً درجة الاحتيال. كما لو نشأت شركة سورية من أجل تحديد مسؤولية الشركاء، أو من أجل التهرب من دفع ضريبة الدخل، أو من أجل حرمان الورثة من حقوقهم الإرثية. لذلك قضي بأن عقد الشركة بين رجل وزوجته، والذي يُقر فيه الزوج بدين لها، وإن هذا الدين هو بمثابة حصتها في رأس المال، هو باطل إذا ثبت أن القصد منه حرمان والدة الزوج فريضة الشرعية³⁹. ويظل عنصر التعاقد متوافراً ولو اجتمعت أكثرية الحصص في يد شريك واحد، شرط ألا تكون الحصص الباقية ضئيلة جداً، لدرجة تخفي معها بقاء شخص واحد فقط، مستأثراً بملكية الشركة وإدارتها. ففي مثل هذه الحالة، تعتبر الشركة سورية أيضاً، لأنها تعود إلى شخص واحد، أما الحصص الباقية فهي عبارة عن حصص وهمية، لا تنتج فعلاً عن إرادة متوجهة إلى اشتراك فعلي⁴⁰.

ثالثاً- محل عقد الشركة: محل عقد الشركة أي المعقود عليه هو الاستغلال الذي ينصب على رأس مال الشركة الناتج عن مجموع الحصص المقدمة من الشركاء. وبعبارة أخرى يتمثل محل عقد الشركة في الغرض الذي قامت من أجله، أي النشاط التجاري الذي اتجهت نية الشركاء إلى ممارسته من خلال الشركة. ولأجل تحديد المحل في عقد الشركة يجب التفرقة بين محل التزام كل شريك ومحل عقد الشركة، فمحل التزام الشريك هو الحصة التي التزم بتقديمها أياً كانت طبيعتها.

³⁷- نقض فرنسي 9 فبراير 1932/ 1 - 177، وقد أقر المرسوم بقانون الصادر في 8 أغسطس 1935 هذا القضاء. مشار إليه في: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 29. حيث ذكر أنه ورد فيه أن القضاء الفرنسي يسير في الحالات التي يستتر فيها تاجر فعلي خلف الشركة على شهر إفلاس هذا التاجر مع الشركة.

³⁸- نقض مدني مصري 29 مارس 1951 محاماة س 32 قضائية، ص 599. في عقد شركة حاول فيه المتعاقدون إخفاء صفة أحدهم كشريك، وورد في العقد أنه مدير لها بمرتب ثابت. مشار إليه في مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 30، ص 31.

³⁹- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 76.
⁴⁰- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 77.

أما محل عقد الشركة فهو الغرض الذي أسست من أجله، أي المشروع الاقتصادي الذي تقوم عليه الشركة سواء كان مشروعاً تجارياً كالشركات التي تؤسس للتجار في السيارات، أو كان مشروعاً صناعياً كالشركات التي تؤسس لصناعة الحديد والصلب والمنسوجات. ويجب أن يكون محل عقد الشركة مشروعاً وجائزاً في الواقع القانوني وممكن التحقيق في الواقع المادي⁴¹. وكذلك يجب أن يكون معيناً، كما يجب أن يُراعى في الشركة أو محلها وحدة الغرض والتخصص.

1- محل عقد الشركة مشروعاً: يلزم في محل عقد الشركة أن يكون مشروعاً، فلا يجوز أن تباشر الشركة نشاطاً مخالفاً للقانون كالاتجار في المخدرات أو الرقيق، أو تكوين شركة للاتجار في السلع الغذائية غير المستوفية للشروط الصحية، أو لطبع ونشر المؤلفات أو أشرطة التسجيل والأفلام دون إذن أصحاب الحقوق الأدبية والفنية. ومن الضروري التوسع في مفهوم مشروعية المحل، بحيث لا يكفي أن يكون المحل خارج دائرة التحريم، وإنما يجب ألا يكون نشاط الشركة من شأنه إهدار أو تهديد المصالح الاقتصادية والاجتماعية؛ لأن هذه المصالح يجب أن تدخل في مفهوم النظام العام الذي تتعدد جوانبه، فكما أنّ الآداب العامة تُمثل جانبه الأخلاقي، فيجب أن يكون لهذا النظام مدلوله الاقتصادي والاجتماعي، كما أنّ له مدلوله السياسي والأخلاقي، بحيث يرفض تأسيس الشركة لعدم مشروعية محلها، وبحيث يمكن لكل ذي مصلحة التمسك ببطانها، إذا تأسست حتى لو كان نشاطها مشروعاً بالمفهوم التقليدي لفكرة المشروعية، وذلك في كل حالة يثبت فيها إضرار النشاط أو تهديده للأسس التي يقوم عليها نظامنا الاقتصادي والاجتماعي⁴².

2. محل عقد الشركة معيناً: (ما جرى عليه العمل في هذا الشأن، أن يحدد عقد التأسيس الغرض الرئيس المراد مزاولته بشكل واضح، ثم يُنص في عبارة عامة أنّ للشركة ممارسة كل الأعمال المرتبطة بهذا الغرض بشكل مباشر أو غير مباشر. غير أنّه لا يجوز أن يُنص عقد التأسيس على غرض غير محدد للشركة، كأن يتضمن بنداً يقضي بأنها أنشئت لأجل القيام بمزاولة نشاط صناعي دون تحديده بإنتاج معين)⁴³.

3- محل عقد الشركة ممكناً: يجب أن يكون محل عقد الشركة ممكناً من الناحية المادية والقانونية، ويصعب تصور المحل المستحيل مادياً بالنسبة لعقد الشركة؛ لأن الشركاء يهدفون لمباشرة النشاط بغية تحقيق الربح، فلا بُد أن يكون النشاط ممكناً من الناحية المادية، أما الاستحالة القانونية فمتصورة، إذ لا يجوز للشركة أن تمارس نشاطاً يستلزم له المشرع شروطاً خاصة لا تتوفر في

⁴¹ - محمد علي سويلم، الشركات التجارية في الأنظمة العربية المقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، س 2013م، ص

25.

⁴² - محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 28.

⁴³ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 45.

الشركة، ومثال ذلك أن تقوم شركة توصية بالأسهم بمباشرة أعمال البنوك حيث يحظر القانون ذلك⁴⁴.

رابعاً- سبب العقد: السبب هو الغاية أو الهدف الذي دفع الشركاء إلى إبرام العقد، وهو هنا في عقد الشركة تحقيق الربح، كما جاء في المادة 494 ق.م.ل. "لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح". وتسري التفرقة بين محل التزام الشريك ومحل عقد الشركة بصدد السبب، فسبب التزام الشريك بتقديم الحصة هو التزام الشركاء الآخرين بتقديم حصصهم، أما سبب إبرام الشركاء لعقد الشركة فهو محدد في التشريع ويُفترض أنه هو السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، ويتمثل في الرغبة في تحقيق الربح أو ما يدره المشروع من أرباح.

وحتى يكون السبب صحيحاً ومعتبراً يجب أن يكون مشروعاً أيضاً مثله في ذلك مثل المحل، فكلاهما يُشترط فيه أن يكون مشروعاً، ولكن مشروعية السبب تختلف عن مشروعية المحل. فمن المتصور أن تنشأ الشركة ولا يكون الباعث الدافع إلى إنشائها هو تحقيق الربح، فإذا أمكن تصور ذلك فإن عدم المشروعية يمكن أن يرد على سبب العقد لا على محله. فلو تكونت شركة بهدف السيطرة والاحتكار وضرب المشاريع المنافسة، بغض النظر عن تحقق الربح من عدمه، فإن الشركة لا تكون مشروعاً لعدم مشروعية سببها. ومثال ذلك أن تكون أعمال شركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكارها وإعلاء سعرها لاستغلالها لهذا الاحتكار، أو أن يكون الغرض من الأعمال التي تقوم بها الشركة المضاربة غير المشروعية⁴⁵.

ولو تكونت شركة بقصد تهريب أموال الشركاء من دائنيهم أو للتحايل على قوانين الضرائب فإن مثل هذه الشركات يكمن عيب عدم المشروعية في سببها لا في محلها؛ لأن الشركة استوفت الشروط اللازمة، وكل شريك يعد التزامه مشروعاً في محله، وسببه القسدي؛ لأن سبب التزام الشريك هو التزام الشركاء الآخرين كما أنّ محل عقد الشركة مشروع لأنه يتمثل في النشاط الذي تُباشره، ولكن يأتي عدم المشروعية في هذه الأمثلة من ناحية سبب عقد الشركة، وهو يُؤكد من ناحية تميز محل عقد الشركة عن سببه، ويؤكد من ناحية أخرى عدم إطلاق القول بمشروعية السبب دائماً، ويجب طبقاً للقواعد العامة لكي يقع السبب غير المشروع مؤثراً؛ أن يكون داخلاً في دائرة التعاقد، أي معلوماً لدى الشركاء⁴⁶.

44- محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 28 ص 29.

45- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 254.

46- محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثاني: توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة

لا يكفي لقيام الشركة توفر الشروط الموضوعية العامة التي لا تستقيم سائر العقود بدونها. بل ينبغي فضلا عن ذلك توفر الشروط الخاصة بهذا العقد والتي تميزه عما يُشبهه من عقود⁴⁷. فهي ترتبط بتكليف عقد الشركة ذاته، بحيث يؤدي تخلف أحد هذه العناصر إلى انتفاء فكرة الشركة من أساسها وليس من اللازم أن يؤدي إلى البطلان، بل قد يظل العقد صحيحا ولكن لا يكون شركة بل يكون عقداً آخر. وجوهر عقد الشركة هو أن يتعاون عدد من الشركاء في خلق الشخص المعنوي الجديد، وفي تهيئة مقومات الحياة له⁴⁸. بحيث تُستنبط هذه الشروط من نص المادة 494 ق. م. ل. "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح" فتنحصر الشروط في: تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، والمساهمة في الأرباح والخسائر، ونية وقصد المشاركة.

أولاً- تعدد الشركاء: يفترض عقد الشركة وجود شخصين فأكثر؛ لأن تدخل أشخاص عدة ضروري لتحقيق الغرض الاقتصادي من تأسيس الشركة، وهو جمع الأموال والقيام بالمشروع المشترك، فلا يُمكن تصور شركة تقوم على شخص واحد، يرغب في الاستفادة وحده من المزايا المرتبطة بالشكل القانوني للشركة. وإذا تملك شخص جميع الحصص أو أسهم الشركة، انحلت الشركة بقوة القانون⁴⁹. وقد يُقال إن المشرع ما كان بحاجة إلى النص على هذا الركن صراحة، لأنه يعد من الأمور البديهية؛ حيث إنه لا يُتصور قيام العقد دون توافق إرادتين وتلاقيهما. ولكن سرعان ما يتبدد هذا القول، إذا ما عرفنا أن المشرع قد قصد من وراء توافر هذا الركن صراحة رفض شركة الرجل الواحد كقاعدة عامة؛ لتعارض ذلك مع مبدأ وحدة الذمة، على الرغم من كون هذا النوع من الشركات معروفاً في بعض التشريعات كالتشريع الإنجليزي والألماني والفرنسي⁵⁰.

أما المشرع الليبي الذي تبني مبدأ وحدة الذمة "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه" فيمنع إنشاء شركة من شخص واحد، ويشترط توافر الحد الأدنى لعدد الشركاء وهو شخصين على الأقل، وهذا ما نصت عليه المادة 494 ق. م. ل. كما أن القانون رقم (65) لسنة 1970م الذي تم إلغاؤه بصدور القانون رقم 23 لسنة 2010م في مادته 1/3 قد وضع شروط تأسيس شركة المساهمة على: "يكون المؤسسون كاملي الأهلية، وألا يقل عدد الليبيين منهم عن خمسة". واعتبر

⁴⁷ - محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، س 1997م، ص 25.

⁴⁸ - علي البارودي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، س 1999م، ص 188.

⁴⁹ - مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية، س 1994م، ص 279.

⁵⁰ - العريني، مرجع سابق، ص 26، أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء مجدين، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، س 2000م ص 181.

عدم توافر الحد الأدنى من الشركاء في الشركة سبباً لانحلالها بحكم القانون، لأن القانون الليبي لم يأخذ بشركة الشخص الواحد وذلك لأن الذمة المالية للشخص لا تنجزاً⁵¹. وكذلك فإن المادة الثالثة من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م بتقرير بعض الأحكام في شأن الشركات المساهمة، قد حددت الحد الأدنى للمساهمين، حيث نصت على: "باستثناء الشركات العامة والشركات التي تنشأ بقرار من مجلس إدارة شركة قابضة أو بعقد مبرم بين شركتين مساهمتين أو أكثر، يجب ألا يقل عدد المساهمين في الشركة المساهمة عن عشرة أشخاص وألا تزيد نسبة مساهمة الشخص الطبيعي على عشرة في المائة 10% من رأس مالها. وينطبق هذا الحكم على الأشخاص المعنوية الأخرى عدا الشركات المساهمة".

وبالرغم من ذلك نجد أن شركة الرُّجُل الواحد موجودة في الواقع العملي، حتى في الدول التي تأخذ تشريعاتها بمبدأ وحدة الذمة المالية، بحيث يخصص أحدهم جزءاً من رأس ماله لمباشرة التجارة من خلال شركة يُهيمن عليها وحده، وفي نفس الوقت يُحدد مسؤوليته عن ديونه فيما حدده من حصص في رأس مالها، الذي يكون هو المساهم الوحيد فيها، وما الشركاء الآخرون إلا أسماء مستعارة أو أسماء وهمية أو هامشية، لاستكمال الشكل القانوني الذي يُحقق شروط هذه المبادئ التقليدية⁵².

الأمر الذي دعا الباحث أن يطرح تساؤلات مفادها، ما الحل التشريعي الممكنة لتفادي هذه الصورية؟ هل الاعتراف بشركة الشخص الواحد أثراً بالقانون التجاري الفرنسي، الذي طالما استسقى القانون الليبي منه تشريعاته، سيكون نتيجة حتمية لا يمكن غض البصر عنها؟ أم أنّ تجارب بعض دول الجوار⁵³ قد تكون هي طوق النجاة للمشرع الليبي؟

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون الليبي لم يشترط أن يكون الشركاء في الشركة أشخاصاً طبيعيين، فقد تتألف الشركة من أشخاص معنوية أو بين أشخاص طبيعيين وأشخاص معنوية، فالشخص المعنوي يجوز أن يكون شريكاً في شركة، وذلك ما نصت عليه المادة 99 ق. ن. ت. رقم 2010/23م⁵⁴. ولكن تعدد الشركاء لازم ليس فحسب لقيام الشركة، بل وكذلك لبقائها. عليه فإنّ

⁵¹ - نادية محمد معتوق، الشركة بقانون موحد، جامعة طرابلس، العام الجامعي 2013/2012م، ص23، ص24.

⁵² - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص41.

⁵³ - بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة نهج المشرع الجزائري نفس نهج التشريعات التي أخذت بمبدأ تجزئة الذمة والذي يستطيع الشخص أن يقتطع جزءاً من ثروته ويخصصه لاستغلال مشروع معين. وفي هذه الحالة لا يجوز لدانته التنفيذ على أمواله إلا تلك المخصصة للمشروع. فأطلق عليها اسم (مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة) فجعل مسؤولية هذا الشريك محدودة بإطار المؤسسة التي أنشأها، فيسأل فقط في حدود الأموال التي خصصها للمشروع" أنظر في ذلك د - نادية فضيل، مرجع سبق ذكره، ص32.

⁵⁴ - نصت المادة (99) على: "تؤسس الشركة المساهمة عن طريق الاكتتاب الخاص بالصور التالية: 1- بقرار من مجلس إدارة الشركة القابضة. 2- بعقد يبرم بين شركتين مساهمتين أو أكثر. 3- بعقد موقع عليه من قبل عدة أشخاص طبيعيين أو

الشركة تُعتبر منقضية إذا اجتمعت حصصها أو أسهمها كلها في يد شريك واحد، وهو ما نصت عليه المادة 34 ق. ن. ت. رقم 2010/23م بقولها: "في حالة أيلولة كل الأسهم أو الحصص إلى شخص واحد وجب على من آلت إليه ملكية الأسهم أو الحصص أن يُبادر ببيع ما يتجاوز منها الحدود المنصوص عليها في هذا القانون خلال مدة لا تتجاوز سنة واحدة، وإلا اعتبرت الشركة منحلة بقوة القانون. ولا تنطبق أحكام هذه المادة في حالة أيلولة الأسهم إلى شركة قابضة".

في هذه الحالة يكون الشريك المتبقي مسؤولاً عن أموال الشركة طيلة فترة بقاءه وحده، والتي لا تتجاوز السنة، وعليه أن يقوم ببيع بعض الحصص أو الأسهم، وإدخال شريك أو شركاء آخرين في الشركة، ليضمن بقاءها. وقصد المشرع اعتبار الشريك المتبقي مسؤولاً في كل أمواله خلال هذه الفترة؛ حماية لمصالح الغير خشية أن يتعهد الشريك الوحيد بإجراء تصرفات تضر الشركة خلال فترة بقاءه وحده، كما قصد المشرع بذلك أيضاً إلى عدم اعترافه بشركة الشخص الواحد خلال هذه الفترة⁵⁵.

وكذلك إذا قل عدد الشركاء عن عشرة في شركة المساهمة اعتُبرت الشركة منحلة بحكم القانون إن لم تبادر خلال سنة لاستكمال النصاب، حيث نصت المادة 3 من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م على أنه: "باستثناء الشركة العامة والشركة التي تنشأ بقرار من مجلس إدارة الشركة القابضة أو بعقد مبرم بين شركتين مساهمتين أو أكثر يجب ألا يقل عدد المساهمين في الشركة المساهمة عن عشرة أشخاص، وألا تزيد نسبة مساهمة الشخص الطبيعي على 10% من رأسمالها".

ثانياً- تقديم الحصص: للشركة ذمة مالية مستقلة، وهذه الذمة هي عبارة عن رأس مال الشركة الذي يتكون من الحصص المقدمة حيث يلتزم كل شريك بتقديم حصة لتكوين الشركة، إذ لا يُتصور تكوين شركة بدون هذه الحصص، فهي التي يعتمد عليها قيام الشركة وتحقيق غرضها، فالشخصية المعنوية تستلزم أن تخرج هذه الحصص من أصحابها، وتوضع تحت تصرفها. بحيث تصير مملوكة لها، بما فيها ثمار هذه الحصص اعتباراً من تمام العقد⁵⁶. وبموجب عقد الشركة يلتزم كل شريك بتقديم حصة من مال أو من عمل للمساهمة في النشاط الذي أسند إلى الشركة، ويُؤدي الإخلال بهذا الالتزام عن طريق الامتناع عن تقديم الحصة أو تقديم حصة صورية إلى بطلان الشركة. وهو ما سيتم تناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث. وتتمثل الحصة الأكثر شيوعاً في

=معنويين أو منهم معاً، على أن يحدد الحد الأقصى لمساهمة كل منهم بقرار من اللجنة الشعبية العامة. 4- بقرار صادر عن جهة عامة مختصة بالنسبة للشركات المساهمة العامة.

⁵⁵ - سميحة القليوبي، القانون التجاري، دون ذكر دار نشر، س 2000م، ص 105.

⁵⁶ - نادية معتوق، مرجع سابق، ص 24، ص 25.

تقديم مبلغ من النقود، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون هذه الحصة أصولاً عينية؛ لما لها من أهمية في تكوين الشركة. أو أن تكون الحصة عملاً معيناً يقوم به الشريك لصالح الشركة⁵⁷. فلا بد للشركة من رأس مال، لذلك يتضافر الشركاء في تكوينه بأن يقدم كل منهم حصة نقدية أو عينية تدخل في تكوين رأس مالها. أما ما يُقدمه الشريك من حصة بعمل فهي لا تدخل في رأس مال الشركة، مع أهمية هذه الحصة لما لها من تأثير في تأسيس الشركة ومباشرتها لنشاطها.

إنّ رأس مال الشركة هو ضمان لدائني الشركة فلا يجوز توزيعه على الشركاء أو الإنقاص منه بطريقة أو بأخرى، وهذا ما يسمى بمبدأ ثبات رأس المال، فإذا حققت الشركة أرباحاً فإنها جديرة بأن تزيد من ضمان الدائنين؛ لأن أصول الشركة أي موجوداتها تتجاوز حينئذ رأس المال الذي بدأت به⁵⁸.

1- الحصة النقدية: تكون الحصة نقدية إذا كان محلها مبلغاً نقدياً التزم به الشريك قبل الشركة التي تحتل مركز الدائن. والأصل العام في شركات الأموال هو تقديم الحصص مبلغاً من النقود كما تم النص عليه في مطلع الفقرة الأولى من المادة 103 ق. ن. ت. رقم 2010/23م "تكون حصة المساهم نقداً ما لم ينص عقد التأسيس على خلاف ذلك". تلك الشركات التي حدد المشرع رأس مالها ونسبة ما يقدمه المساهمون فيها وكل ما يتعلق بتفاصيل الحصص المتعلقة بتلك الشركات⁵⁹، وتنص المادة 501 ق. م. ل. على أنه: "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ، لزمه التعويض عند الاقتضاء". بمعنى أنه إذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود فإن الشريك بمجرد تمام عقد الشركة يصبح ملتزماً نحوها.

وتسري القواعد العامة في شأن هذا الالتزام من حيث وجوب الوفاء. فإذا لم يُحدد في عقد الشركة أو في اتفاق آخر ميعاد الوفاء بالالتزام، وجب على الشريك الوفاء به للشركة فوراً بمجرد تمام العقد، وإذا تحدد ميعاد للوفاء وجب الوفاء في هذا الميعاد. فإذا لم يُوف الشريك بالتزامه في

⁵⁷ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 51

⁵⁸ - علي البارودي، مرجع سابق، ص 190

⁵⁹ - المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م نصت على: "يكون الحد الأدنى لرأس مال شركة المساهمة المكتتب فيه مائة ألف دينار مرجع سابق ر ، 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 يقل عن ثلاثين في المائة من حصته، وأن يستكمل دفع رأس المال النقدي الباقي في مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري". أما بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقد نصت المادة (275 ق. ن. ا) على: "يجب ألا يقل رأس مال الشركة عن ثلاثة آلاف دينار، يقسم إلى حصص متساوية بحيث لا تقل القيمة الاسمية للحصة عن عشرة دنانير، 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 فتطبق بشأن دفعه القواعد المتبعة في الشركات المساهمة".

ميعاده ولم يقدم المبلغ من النقود الذي التزم بتقديمه حصة له في رأس المال، أُجبر على الوفاء به وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن⁶⁰.

ويستوجب تطبيق هذه المادة بطبيعة الحال حصول ضرر للشركة؛ نتيجة امتناع الشريك عن تقديم حصته النقدية، فإذا لم يسبب امتناع الشريك ضررا بحلول شخص آخر محله ووفائه بقيمة الحصة انتفى سبب التعويض. كما أنّ للشركة الاستعانة بوسائل التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل وفق قواعد القانون المدني وقواعد قانون المرافعات⁶¹.

2. الحصة العينية: نصت المادة 502 ق. م. ل. الفقرة 1 على أنه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هي التي تسري على ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو إذا ظهر فيها عيب أو نقص". ونتبين من هذا النص أنّ حصة الشريك قد تكون عينا معينة بالذات، عقارا أو منقولا، وفي الفرضين قد تكون الحصة هي حق ملكية هذه العين، أو أي حق عيني آخر غير الملكية كحق الانتفاع أو حتى الحكر، فيكون الشريك في هذه الأحوال ملتزما بمجرد عقد الشركة بنقل الملكية أو الحق العيني إلى الشركة، كما يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري، فإذا كانت الحصة عقارا فلا ينتقل الحق إلى الشركة إلا بالتسجيل، سواء كان ذلك فيما بين الشريك والشركة أو بالنسبة إلى الغير.... وإذا كانت الحصة منقولا معينة بالذات فإنّ الشريك يصبح بمجرد عقد الشركة هنا أيضا ملتزما بنقل هذا الحق إلى الشركة، ويُنفذ هذا الالتزام فورا بحكم القانون، فيصبح الحق مملوكا للشركة بمجرد عقد تأسيسها وذلك قبل التسليم.

وسواء كانت الحصة عقارا أم منقولا، حق ملكية عليها أم أي حق عيني آخر فإن الشريك يلتزم بتسليمها إلى الشركة وتكون ثمار الحصة ملكاً للشركة من وقت تمام عقد الشركة أو من الوقت المتفق عليه، شأن الشركة في ذلك شأن البيع⁶²، فإذا هلكت الحصة العينية قبل التسليم فإنّ الهلاك يكون على الشريك، بمعنى أنه يُلزم بتقديم حصة أخرى وإلا فإنه يُقصَى عن الشركة تأسيسا على أنه لم يقدم الحصة، وإذا كانت الشركة مكونة من شريكين فقط فإن هلاك الحصة قبل التسليم وعدم تقديمه حصة أخرى يؤدي إلى بطلان عقد الشركة لأنه لم يعد فيها غير شريك واحد. أما إذا حصل الهلاك بعد تسليم الحصة إلى الشركة، فإن تبعة الهلاك تكون على الشركة. فلا يُجبر الشريك على تقديم حصة أخرى ويظل محتفظا بصفته كشريك، وبكل حقوقه المترتبة على هذه الصفة⁶³.

⁶⁰ - السنهوري، مرجع سابق، ص 26

⁶¹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 53

⁶² - السنهوري، مرجع سابق، ص 264، 265

⁶³ - محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 27

وقد يُقدم الشريك مجرد الانتفاع بمال معين يقدمه للشركة مع الاحتفاظ بملكيته، وتقديم الحصة العينية على سبيل الانتفاع يشبه الإيجار، فيكون الشريك في مركز المؤجر والشركة في مركز المستأجر، وتسري في تنظيم العلاقة بينهما أحكام الإيجار. على أنه يجدر بنا أن نلاحظ أننا إذ كنا نطبق أحكام البيع أو الإيجار على الحصة العينية، على وجه التمليك أو على وجه الانتفاع، فإنه يوجد مع ذلك فارق مهم بين هذين العقدين، وبين تقديم حصة الشريك في رأس المال. فنقل ملكية الحصة للشريك لا يُقابلُه ثمن، كما أن تقديم الانتفاع لها لا يقابلُه أجره. وبالتالي لا مجال لتطبيق أي من القواعد الواردة في عقدي البيع أو الإيجار الخاصة بالثمن أو الأجرة؛ ذلك أن الشريك يقدم حصته سواءً بالتمليك أو بالانتفاع مقابل حقه الاحتمالي في الربح الذي قد تحققه الشركة، ونصيبه فيما يتبقى من أصولها عند تصفيتها⁶⁴.

وبالحديث عن مرحلة "الشركة في طور التأسيس" والتي لم يعترف المشرع للشركة فيها بالشخصية الاعتبارية التي تجعل منها تتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات، إلا بعد قيدها في السجل التجاري، فإن التساؤل المطروح من قبل الباحث، هو الكيفية التي ينتقل بها العقار إلى ذمة الشركة وهي غير موجودة وقت التعاقد، والمقرر قانوناً أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل. فكيف يمكن تسجيل هذه الحصص باسم الشركة في حين أن الشركة لم تُؤسس بعد؟⁶⁵

3- الحصة بالعمل: نصت المادة **503 ق.م.ل.** الفقرة **1** على أنه: "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة عملاً وجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها، وأن يُقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه حصة له". إذاً الحصة قد تكون عملاً، ولا يعني العمل الخدمة التي يؤديها الشريك إلى الشركة، وإنما قيامه بعمل معين لحساب الشركة تنتفع منه ويعود عليها بالفائدة، وغالباً ما يكون الشريك في هذه الحالة ممن يتمتعون بخبرة عالية، مثل المهندس والمدير الفني أو المتخصص في الإدارة أو في عمليات الاستيراد والتصدير. والشريك بحصة عمل تُحدد ساعات عمله حتى يحصل على حريته في الأوقات الأخرى، ويجب أن تكون الحصة بالعمل نتيجة مجهود الشريك شخصياً⁶⁶.

وتُعرف الحصة التي يقدمها الشريك عملاً "بالحصة الصناعية" ولكن هذه الحصة لا تدخل في تكوين رأس المال؛ لعدم إمكانية الحجز عليها، ولأنّ العمل لا يمكن أن يكون دفعة واحدة⁶⁷، ولأنّه لا يُشكل قيمة مالية تضمن التزامات الشركة تجاه دائنيها، فيتعذر على هؤلاء الدائنين الحجز

⁶⁴ - محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 27

⁶⁵ - سيتم تناول الإجابة عن هذا التساؤل في: المطلب الثاني من المبحث الثاني للفصل الثاني من الرسالة، ص 113، 114.

⁶⁶ - علي البارودي، مرجع سابق، ص 192، 193

⁶⁷ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 112

على الحصة بالعمل؛ لارتباطها بنشاط الشريك وليس بذمة الشركة، وهذه الحصة لا تقبل التداول، ويتعين فسخها فور وفاة الشريك أو انسحابه من الشركة⁶⁸. وتقدير مدى جدية العمل مسألة موضوعية يُترك تقديرها لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدرها حسب نشاط الشركة والعرف المتبع في ذلك، فقد يكون العمل مستغرقاً للوقت كله أو جزءاً منه، أو نصف الوقت أو ليوم أو لأسبوع، وعلى الشريك الذي يقدم حصة العمل أن يقدم كشفاً بالأعمال التي قام بها لصالح الشركة، كالتعاقدات التي أبرمها ونتائج الخبرة الفنية التي أحدثتها.

أما ما يكون للشريك من نفوذ أو سمعة أو ثقة مالية، فهي لا تصلح لأن تكون حصة في الشركة، هذا حسب ما أقره المشرع في المادة 500 ق.م.ل. تحت مسمى "الحصص المحظورة" التي نصت على: "لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية". هذا الحظر المنصوص عليه أقره المشرع من منطلق أنّ النفوذ المالي لا يقدم قيمة مضافة للشركة عند تأسيسها، ولا يعتبر تقديم الاسم من قبيل تقديم عمل لصالح الشركة كحصة فيها. ولكن في واقع الأمر ومع تزايد نمو الشركات وتزايد نفوذها وطبيعتها أعمالها المختلفة، نجد أنّ تقديم النفوذ والسمعة التجارية كحصة في الشركة أصبح واقعاً أخذت به العديد من التشريعات، وحتى العربية منها⁶⁹.

غير أن الدخول بالسمعة والثقة المالية كحصة في شركة يمكن قبوله إذا لم تكن حصة الشريك مقتصرة عليها فقط، أي إذا قدم حصة أخرى إلى جانب احتساب ما يتمتع به من سمعة وثقة مالية في الحساب، وذلك لأن الحظر الذي ورد بالمادة 500 ق.م.ل. يتحدث عن عدم جواز اقتصار الحصة التي يُقدمها الشريك على النفوذ والثقة المالية فقط. إذاً يمكن أن يُنص في عقد التأسيس على أنّ هذا الشريك قد قدم حصتين بالتفصيل السابق ذكره.

ثالثاً- نية وقصد المشاركة: نية المشاركة هي التي تُميز عقد الشركة عن عقود أخرى، كعقد القرض وعقد العمل، إذا تضمنت هذه العقود اشتراكاً في الربح، كما تُميز الشركة عن نظام الشيوخ الذي يكون فيه الشخص مجبراً على البقاء في الشيوخ ولا تتوافر لديه رغبة المشاركة. فهذه النية التي لم يتفق الفقه⁷⁰ على تحديد المقصود منها، تُمثل جوهر الشركة. وهي نشاط ذو تبعه، أي نية

⁶⁸ - لطيف جبر كومانتي، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، دون دار نشر، ص12.

⁶⁹ - نصت المادة 3 من النظام السعودي على: "يجوز أن تكون حصة الشريك مبلغاً من النقود ويجوز أن تكون عيناً كما يجوز في غير الأحوال المستفاد من أحكام هذا النظام أن تكون حصة الشريك ماله من سمعة أو نفوذ وتكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة" وكذلك المادة 850 موجبات وعقود لبناني نصت على: "يجوز أيضاً أن يكون ما يقدمه أحد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها"

⁷⁰ - بعض الفقه والمتمثل في: رودبير واسكار أورو يرى أن نية المشاركة تقضي أن يكون لدى الشركاء نية العمل معا وعلى قدم المساواة من أجل نجاح المشروع المشترك ويركز هذا الاتجاه على فكري التعاون والمساواة، فالتعاون له جوانب ثلاثة: تعاون في المساهمة في رأس المال، ثم في الإدارة، ثم في مواجهة النتائج التي يسعى المشروع سواء كانت ربحاً أو

تكوين شركة، أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطر، ووجود هذه النية عند الشركاء؛ يدل عليه بوجه خاص طبيعة النشاط الذي اشتركوا فيه، وهو مسألة واقع يستقل بتقريرها قاضي الموضوع⁷¹. ولعل مفهوم نية المشاركة يتحدد بشكل أدق عندما نميزه عن غيره من العقود الأخرى:

1- تمييز عقد الشركة عن عقد القرض: قد يختلط عقد الشركة بعقد القرض، إذا ما اشترط المقرض مشاركة المقرض في الأرباح كمقابل لاقتراض المبلغ المتفق عليه، وأقرب الشركات إلى عقد القرض هي شركة التوصية البسيطة، إذ قد يعتبر الشريك الموصي بمثابة المقرض للشركة لمبلغ معين، ويشترك في نفس الوقت فيما تحققه الشركة من أرباح، بالرغم من هذا التشابه الشكلي بين الشركة وعقد القرض، إلا أن المقرض ليس لديه نية المشاركة، حيث لا يهتم مصير المشروع الذي يُستغل فيه مبلغ القرض، ولا يتحمل خسائره، في حين أن الركن الأساسي في عقد الشركة هو ما يربط الشركاء، من اتجاه نفسي بالاشتراك في استغلال مشروع اقتصادي، وتقديم كل منهم ل حصته واقتسام ما ينتج من هذا المشروع من ربح أو خسارة.... علاوة على ذلك، فإن الشركاء لا يستطيعون الحصول على حقوقهم إلا بعد استيفاء دائني الشركة لكل ديونهم، في حين أن المقرض يستطيع المطالبة بقيمة القرض سواء حقق المقرض ربحاً أو مُني بخسارة⁷².

2- تمييز عقد الشركة عن عقد العمل: قد يتشابه عقد الشركة بعقد العمل إذا اشترط العامل حصوله على نسبة من الأرباح مُقابل عمله، أو أن يحدد أجره على أساس الأرباح التي يحققها المشروع، غير أن عقد الشركة يظل له الطابع الخاص به، وهو ضرورة توافر نية المشاركة بين الشركاء التي تستوجب المساواة بينهم، وهذا لا يجعل من عقد العمل شركة؛ لأن العامل يظل تابعا لصاحب العمل، وهذه التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لصاحب العمل وإشرافه ورقابته، تتنافى مع

=خسارة. أما المساواة فتعني أن كل شريك يقف ندا للشركاء الآخرين يتمتع بحد أدنى من الحقوق، هذا الحد الكافي لنفي علاقة التبعية بينه وبين الآخرين، وتقتضي هذه المساواة أن يكون الشركاء جميعا سواء في مواجهة الغنم والغرم والبعوض الآخر المتمثل في هامل و لاجارد انتقدا فكرة المساواة وفكرة التعاون الإيجابي بين الشركاء ويريان أن هذه الأفكار أصبحت ذات طابع تقليدي تتناقض مع الواقع؛ فالمساواة لا تتحقق في الشركة دائما، وإلا فأين المساواة في شركة التوصية البسيطة، حيث يستأثر المتضامن بالإدارة ويحظر على الموصي التدخل فيها؟ وأين هذا التعاون الإيجابي في شركة المساهمة حيث يخلد جمهور المساهمين إلى الدعة ويهيمن أعضاء مجلس الإدارة على شؤون الشركة؟ بل وأين المساواة في شركة الأسهم حيث يمكن أن تصدر الشركة أسهما ممتازة تخول حقوقا تزيد على الحقوق التي تخولها الأسهم العادية. مشار إليه في محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية ص38،37.

⁷¹ - انظر مسعود مادي، فاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، منشورات جامعة الجبل الغربي، س 1997م، ص48.

⁷² - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص63.

المساواة، وهي قوام نية المشاركة، ولا يتغير الحكم إذا كان الأجر مختلطا يتمثل في أجر ثابت وحصّة من الأرباح⁷³.

3. تمييز عقد الشركة عن الشيوخ: يفترض الشيوخ تعدد أشخاص في ملكية مال مشترك، هو المال الشائع، لكل منهم حصّة غير مُفرزة فيه، ويتفق الملاك المُشتاعون على إدارة هذا المال الشائع لحسابهم جميعا. ولكن الشيوخ لا يختلط مع ذلك بالشركة، ذلك أن الشيوخ حالة سلبية اضطرارية يتحملها الملاك دون أن يكون لإرادتهم دخل في إيجادها، وليست للشيوخ شخصية معنوية ولا ذمة مالية مستقلة، بحيث يظل كل مُشتاع مالكا لحصته مُلکا تاما. ورأس مال الشركة مملوك للشركة كشخص معنوي لا للشركاء، وما الشركة إلا علاقة اختيارية بين أشخاص عدة مصدرها الإرادة، أي مصدرها عقد الشركة الذي أبرموه فيما بينهم، ويترتب على هذا العقد نُشوء شخص معنوي له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وبعبارة أخرى فإن الشركة حالة مقصودة أما الشيوخ فحالة مفروضة⁷⁴.

رابعا- اقتسام الأرباح والخسائر: إنّ الهدف من تكوين الشركة والتعهد بتقديم الحصص هو استثمارها في مشروع اقتصادي بقصد اقتسام الأرباح بين الشركاء إذا حقق هذا المشروع أرباحًا مع التحمل بنصيب من الخسائر إذا مني هذا المشروع، بخسائر وهو ما يُعبّر عنه باقتسام الشركاء الأرباح والخسائر الناجمة عن استغلال المشروع فتقديم الشريك لحصته في الشركة قد حركها باعث الحصول على الربح، كما أنه لا بُد أن يكون قد ارتضى أن يتحمل نصيبه من الخسارة⁷⁵.

والربح والخسارة تتعرض لهما الشركة في حياتها كما تتعرض حياة الناس للأقدار، وإذا كان الربح هو الهدف من قيام الشركة، فإنّ الخسارة احتمال لا بُد أن تتوقعه، سواء حققت الشركة ربحا أو وقعت في خسارة، فإن ذلك لا بُد أن يعود على الشركاء جميعا، كل منهم بنصيب يعينه الاتفاق، وإلا فيعيّنه القانون. وضرورة اشتراك الشركاء جميعا في الربح والخسارة يُقابله ضرورة اشتراكهم جميعا في دفع الحصص التي يتكون منها رأس المال، وكلا الأمرين من مقومات صفة الشريك. فكما أننا لا نتصور شريكا لا يقدم حصّة في رأس المال المشترك فإننا لا نتصور شريكا لا يكون له

⁷³ - قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 469 - 37 جلسة 3 مارس 1973، مجموعة أحكام النقض، أن المناط في تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان فيها، وإذا كان ما انتهت إليه المحكمة من تكييف العقد بأنه ينطوي على عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص هذا العقد وتؤدي إليه عباراته وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذي يتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته عما يتعارض وطبيعة عقد الشركة، وكان لا يتنافى مع هذا التكييف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة مئوية من صافي الأرباح، وإذ ليس ثمة ما يمنع من تحديد أجر العامل على هذه الصورة دون أن يغير ذلك من طبيعة عقد العمل. انظر محمد علي سويلم، مرجع السابق، ص46.

⁷⁴ - مصطفى طه، وائل بندق، المرجع السابق، ص60، 61.

⁷⁵ - فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص65، 66.

نصيب في الربح والخسارة، بحيث إذا تخلف أحد هذين الوجهين المتقابلين أو كلاهما انتفى معنى الشركة⁷⁶.

هذا وقد بينت المادة 505 ق. م. ل. 77 كيفية احتساب أنصبة الشركاء من الربح والخسارة عندما لا يُذكر في عقد الشركة ونظامها الأساسي نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر، حتى يكون هناك مساواة بين مقدمي الحصص حسب نسبة كل حصة مقدمة. ونصت المادة 506 ق. م. ل. الفقرة 1 على: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً". وهو ما درج الفقه على تسميته "بشرط الأسد"⁷⁸ حيث رتب المشرع بطلان عقد الشركة في حال وجود هكذا شرط، الأمر الذي قد يتسبب في أضرار كبيرة للشركة والشركاء، وخاصة عندما يتم الطعن في عقد الشركة بعد مدة من إنشائها ومزاولتها لنشاطها وارتباطها بمعاملات وعقود مع غيرها، مما يُعرض الشبكة الائتمانية للخطر ويُزعزع الثقة بين المتعاقدين مع الشركة. فكان الأجدى بالمشرع أن ينص على إبطال الشرط لا العقد اقتداء بالمشرع الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة في المادة 1844 من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على: "يعتبر كأن لم يكن الشرط الذي يسند لأحد الشركاء كامل الأرباح أو يضع على كاهله كامل الخسارة".

ويتم توزيع الأرباح على الشركاء بالكيفية التي يُنص عليها عقد التأسيس أو النظام الأساسي. فنصت الفقرة الثامنة من المادة 54 ق. ن. ت. رقم 2010/23م المتعلقة بشركة التضامن على أن يحتوي عقد التأسيس على: "القواعد الواجب اتباعها لتوزيع الأرباح، ومقدار نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر" ويسري هذا الحكم على شركة التوصية البسيطة المادة 79 ق. ن. ت. رقم 2010/23م⁷⁹ وقد ورد نصاب مشابهان له بشأن شركة المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة، حيث أكدت المادة 101 الفقرة 7 والمادة 276 الفقرة 6 ق. ن. ت. رقم 2010/23م⁸⁰ على ضرورة أن ينص عقد التأسيس على القواعد الواجب اتباعها لتوزيع الأرباح، وهو حكم يسري

⁷⁶- علي البارودي، المرجع السابق، ص 195، 194.

⁷⁷- نصت المادة (505) على: "1- إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال. 2- فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح، وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين لنصيب في الخسارة. 3- وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل. فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أي شيء آخر، كان له نصيب عن العمل آخر عما قدمه فوقه".

⁷⁸- ترجع التسمية إلى خرافة قديمة موجزها أن أسداً دخل في شراكة للصيد مع وحوش الغابة، ولما حان وقت توزيع الغنائم استأثر بها وحده ولم يجرؤ شركاؤه على معارضته نظراً لقوته وهيلمانه، وهذه الخرافة نسبت إلى فيدري، وأما الأساس البعيد لبطلان شرط الأسد هو قانون الإخوة الذي أطلقه الرومان على عقد الشركة.

⁷⁹- المادة (79) نصت على: "تطبق الأحكام الخاصة بشركات التضامن على شركات التوصية البسيطة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع القواعد الواردة في المواد التالية"

⁸⁰- المادة (101) نصت على: "لا يتم تأسيس شركة مساهمة إلا بعقد رسمي ويجب أن يشتمل عقد التأسيس على البيانات الآتية. بحيث جاء في الفقرة (7) منها أن يشتمل العقد على: القواعد الواجب إتباعها لتوزيع الأرباح. وجاء بالفقرة (6) من المادة (276) أن يشتمل عقد الشركة على: الأسس المقررة لتوزيع الأرباح والخسائر".

كذلك على شركات التوصية بالأسهم بموجب إحالة نصت عليها المادة 263 الفقرة 2 ق. ن. ت. رقم
2010/23م⁸¹.

ولا يلزم أن يكون الربح مبلغاً نقدياً، فقد يتحقق الربح عن طريق إضافة ثروة مادية إلى ذمة
الشركاء، والأرباح التي توزع على الشركاء هي الأرباح الصافية الإجمالية، مخصوماً منها المبالغ
التي ينص عليها عقد الشركة والتي يُقررها العرف، كالمصاريف العامة والاستهلاكات
والاحتياطي. ومتى وزعت الأرباح الصافية على الشركاء كانت حقاً مكتسبة لكل منهم، حتى ولو لم
تُحقق الشركة أرباحاً في سنواتها التالية، بل حتى ولو مُنبت بخسائر⁸².

وإذا كان الربح هو كل كسب مادي أو مالي يؤدي إلى زيادة ثروة الشركاء، فإن الخسارة
عكس الربح، أي هي كل خسارة مادية أو مالية تؤدي إلى نقص ثروة الشركاء. وعلى هذا فيشترط
أن تكون الخسارة مادية أو مالية، أي يجب أن تكون ذات طبيعة إيجابية تؤدي إلى نقص في قيمة
أصول الشركة عن خصومها. وبناء على ذلك لا تُعد خسارة يمكن أن يتحملها الشركاء الخسارة
السلبية التي لا تؤدي إلى نقص قيمة الأصول عن قيمة الخصوم. ومثالها عدم فوز شركة إنشاءات
بمناقصة لبناء جسر أو طريق، أو خسارة شركة للأغذية لصفقة توريد وجبات مدرسية. ففي هذه
الحالة لا تُعد الخسارة إيجابية؛ فلم ينتج عنها نقص في الأصول عن الخصوم، وإنما هي خسارة
سلبية تؤدي إلى عدم زيادة ثروة الشركاء ولكنها لا تؤدي إلى نقصانها⁸³.

الفرع الثالث: توافر الشروط الشكلية لعقد الشركة

بالرغم من رضائية عقد الشركة، فإن المشرع تطالب كتابة عقد الشركة وشهره سواء بالنسبة
للشركات التجارية أو المدنية، فلا يكفي توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لكي تحيي
الشركة حياة قانونية صحيحة، وإنما يلزم قيام أركان شكلية حتى يقف كل شريك على تفصيلات ما
له وما عليه من ناحية. وحتى يُمكن للغير من التعامل مع الشركة بسهولة وشفافية⁸⁴، وسر هذين
الشرطين يكمن في نشأة الشخص المعنوي الجديد الذي يتولد عن عقد الشركة، فهذا الشخص الجديد
لا بد أن يتهياً للحياة وللاستمرار وللتعامل مع الغير. ومن ثم يلزم كتابة عقد الشركة حتى يُلم كل
شريك بما له وما عليه إماماً قائماً على سند كتابي يستطيع الرجوع إليه كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

⁸¹ - نصت المادة (263) على: "وتتطبق أحكام المادة (81) على العلاقات بين الشركاء العاملين والغير، وذلك إلى أن يتم قيد الشركة في السجل التجاري".

⁸² - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 66.

⁸³ - سامي عبد الباقي، قانون الأعمال، دار النهضة العربية، س 2003/2004، ص 59.

⁸⁴ - محمد سويلم، مرجع سابق، ص 54.

ومن ناحية أخرى فإن الغير الذي يتعامل مع الشركة يجب أن يتمكن بسهولة من الاطلاع على كل ما يخص الشركة، من اسم وشكل وغرض ورأسمال، ومدى مسؤولية الشركاء⁸⁵. وهذا يستلزم قيد الشركة في السجل التجاري، ومن ثم شهرها.

أولاً- كتابة عقد الشركة ونظامها الأساسي: نصت الفقرة الأولى من المادة 14 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "يجب في غير شركة المحاصة أن يكون عقد الشركة ونظامها الأساسي في شكل محررات رسمية، ويجب أن يتضمن العقد والنظام الأساسي للشركة شكلها القانوني، واسمها ومدتها، ومقرها، ومركزها الرئيسي، ورأس المال المدفوع منه في الحالات التي يتطلبها القانون، وأغراضها بمراعاة وحدة الغرض والتخصص بالكيفية أو الصورة التي ينظمها قرار يصدر عن اللجنة الشعبية العامة". فمن خلال هذا النص يتضح أنّ عقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً مهما كان رأس المال، ولا يُستثنى من ذلك إلا شركة المحاصة لطبيعتها الخاصة. ولا يكفي لصحة الكتابة أن تكون في ورقة عُرفية، بل يجب أن تتم علي يد موظف عام مختص "محرر عقود وموثق رسمي" حتى يكون العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره، كما جاء في نص المادة المشار إليها أعلاه.

1- الهدف من اشتراط الكتابة: أراد المشرع باشتراطه كتابة عقد الشركة أن يُمنع الشركاء التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة لمدة طويلة؛ فقد يبنني عليها تعرض ثرواتهم وسمعتهم للخطر، كما أنّ وجود سند كتابي محدد الشروط من شأنه أن يُقلل عدد المنازعات التي يُمكن أن تنشأ بسهولة إذا لم يُوجد هذا السند، فضلاً على أن عقد الشركة يستغرق وقتاً طويلاً، مما لا يمكن معه الاطمئنان إلى ذاكرة الشهود. هذا إلى أنّ الشركات التجارية يجب شهرها، والكتابة خطوة أولى في سبيل الشهر⁸⁶.

2- شكل الكتابة: استلزم المشرع شكلاً معيناً في كتابة عقد الشركة ونظامها الأساسي، وذلك بنصه صراحة على أن تكون في شكل محررات رسمية، ولا يُستثنى من ذلك إلا شركة المحاصة، والعقد الرسمي هو الذي يتم تحريره بمعرفة محرري العقود، والكتابة كما هي لازمة في العقد المنشئ للشركة ونظامها الأساسي، كذلك يلزم توافرها في كل التعديلات التي تطرأ عليه، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنّ الشرط الوارد في عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة، ولا يُعول على ادعاء هذا المدير أنه قد انفرد بالعمل بإذن شفوي من أحد شركائه المتضامنين⁸⁷.

⁸⁵ - سامي عبد الباقي، إبراهيم صالح، الشركات التجارية، دون دار نشر، س 2013م، ص 30، 31.

⁸⁶ - محمد سويلم، مرجع سابق، ص 55.

⁸⁷ - الطعن رقم 295 س 22 قضائية جلسة 5 أبريل 1956م، مجموعة أحكام النقض، ج 2 ص 496، مشار إليه في محمد سويلم، مرجع سابق ذكره، ص 56.

ويعني غياب الكتابة أن النشاط الجماعي الممارس لا يعدو أن يكون إلا شركة واقعية أو شركة محاصة تفتقر في الحالتين إلى الشخصية الاعتبارية.

3- البيانات الواجب كتابتها: بينت المادة 14 ق. ن. ت. رقم 2010/23م البيانات التي يجب أن يَشمَلها عقد الشركة ونظامها الأساسي حيث جاءت هذه البيانات على سبيل الحصر، وهي: شكل الشركة القانوني، واسمها، ومدتها، ومقرها، ومركزها الرئيسي، ورأس مالها المدفوع منه في الحالات التي يتطلبها القانون، وأغراض الشركة بمراعاة وحدة الغرض والتخصص. وتُعد هذه البيانات جوهرية يترتب على إغفالها بطلان عقد التأسيس ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. وإلى جانب هذه البيانات الجوهرية يجوز للشركاء إدراج بعض الشروط الاختيارية المتعلقة بإدارة الشركة أو بتعديل عقد تأسيسها، أو بانقضائها ما لم تتعارض مع قاعدة أمره. فعلى سبيل المثال: ورد في أكثر من موضع من ق. ن. ت. رقم 2010/23م أن للشركاء النص في عقد التأسيس على تخويل مجلس الإدارة بعض الصلاحيات كتعيين مدير عام المادة 189 ق. ن. ت. رقم 2010/23م أو زيادة رأس مال الشركة المادة 141 ق. ن. ت. رقم 2010/23م⁸⁸.

ثانيا: قيد الشركة في السجل التجاري: نصت المادة 24 ق. ن. ت. رقم 2010/23 على: "يجب على جميع الشركات المنظمة بهذا القانون مهما كانت طبيعة نشاطها القيد في السجل التجاري المختص، باستثناء شركة المحاصة. ويتم القيد بإيداع نسخة من العقد والنظام الأساسي، والمستندات الأخرى التي يتطلبها السجل التجاري". كما نصت الفقرة الأولى من المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية اعتبارا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وتنتهي بالشطب منه".

من هذا يتبين لنا أنّ الشركة لا تكتسب الشخصية الاعتبارية إلا بعد قيدها في السجل التجاري، وحتى يتم هذا الإجراء تُعد الشركة في طور التأسيس، وتحدد حقوق والتزامات أطرافها وفقا للأحكام الخاصة بهذا المركز، ومن الجدير بالملاحظة أنّ المشرع قد أغفل ما أقره وفق المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م من تمتع الشركة بالشخصية المعنوية من تاريخ القيد، بنصه في الفقرة 2 من المادة 27 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "ويتولى الممثل القانوني للشركة وعلى مسؤوليته القيام بإجراءات القيد والإشهار المقررة قانونا". فالمشرع أسند مهمة قيد الشركة في السجل التجاري إلى ممثل الشركة القانوني والشركة لم تُؤسس بعد ولم تتمتع بالشخصية الاعتبارية

⁸⁸- نصت المادة (189) على: "لمجلس الإدارة إذا نص النظام الأساسي على ذلك تعيين مدير عام من بين أعضائه أو من خارج المجلس. وله أيضا تعيين مدراء عامين مساعدين، ومدراء إدارات حسب الأحوال ووفقا للضوابط التي يبينها النظام الأساسي".

ليكون لها ممثل قانوني، والمعلوم أن صفة التمثيل القانوني تقتضي قبل كل شيء قيام الشركة كشخص اعتباري⁸⁹، فبتمام الشخصية الاعتبارية يصح للشركة تعيين ممثل قانوني لها، أما قبل القيد فلا يُمكننا الحديث عن ممثل قانوني للشركة.

ويرى الباحث أنّ إجراء القيد والإشهار يُعتبر من التصرفات القانونية المتعلقة بضرورات مرحلة التأسيس والتي تم إسنادها للمؤسسين، وهم من يباشرونها بأنفسهم، ومن الطبيعي أن يقوم المؤسسون بهذا الإجراء لأنه يدخل ضمن الأعمال الملقاة على عاتقهم. فكان الأجدى بالمشروع عدم النص على تكليف الممثل القانوني للشركة للقيام بمثل هذا الإجراء، فالحديث عن ممثل قانوني للشركة في هذا الوقت أمر سابق لأوانه.

ثالثاً: إشهار الشركة: نصت المادة 26 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على أنه: "يجب على الشركة بعد إتمام إجراءات القيد في السجل التجاري أن تقوم بالإعلان عن إنشائها بالطرق المحددة قانوناً، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ القيد في السجل التجاري".

إذاً فالمشروع أوجب أن تُقيد الشركة في السجل التجاري، كإجراء أساسي ومسبق للشهر وذلك لكي تكتسب الشخصية الاعتبارية التي تُحول لها اكتساب الحقوق، والتقييد بالالتزامات، ولكن الشركاء لن يستطيعوا الاحتجاج بوجود الشخصية المعنوية في مواجهة الغير، إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نص عليها المشروع.... إذاً الكتابة شرط أساسي لوجود الشركاء، أما الشهر فيترتب عليه إمكانية الاحتجاج بوجود الشركة كشخص معنوي في مواجهة الغير.

والغاية من استلزام شهر عقد الشركة هو إعلام الغير بالوضع القانوني للشركة، من حيث تمثّلها بالشخصية القانونية التي تمكنها من تحمّل الالتزامات واكتساب الحقوق، وثمّكنه قبل الإقدام على التعامل معها من التعرف وبدقة على طبيعة نشاطها ومُدتها ورأسمالها ومسئولية الشركاء فيها وسلطة المديرين ومسئولياتهم، وإذا كان الشهر مقرراً لمصلحة الغير، فإن لهذا الأخير الحق في أن يتمسك بوجود الشركة على الرغم من عدم اتخاذ إجراءات الشهر، كما أنّ له على العكس من ذلك، أن يحتج بعدم وجود الشركة متى كانت له مصلحة في ذلك⁹⁰.

عليه فإن الشروط الموضوعية العامة والخاصة لا يتحقق بهما فقط اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية، وإنما يجب أن تتوافر لها الشروط الشكلية، التي تتمثل في إبرام عقد التأسيس الرسمي وقيده بالسجل التجاري. (فمتى ما تحقق ذلك اكتسبت الشركة وجوداً قانونياً ومادياً يتعذر تجاهلُه أو

⁸⁹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 74
⁹⁰ - سامي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 35.

حتى التشكيك فيه بدون مسوغات أو أسباب واقعية⁹¹. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بالقول: "ليس للطاعنين أن يُثيروا الشكوك حول وجود الشركة وقيامها وصفة من ينوبون عنها إلا إذا أقاموا الدليل على ما يدعونه مادام ظاهر الحال يدل على أن الشركة لها كيانها القانوني وشخصيتها المعنوية، وما يتبع ذلك من حقها في التقاضي وتمثيلها بواسطة نائب يعبر عن إرادتها.... وظاهر الحال مائل في تسجيل العقار باسم الشركة في السجلات العقارية وفي إقرار الحكومة الضمني في مخاطبتها للشركة وممثليها في المراحل السابقة بشأن تقدير التعويض"⁹².

المطلب الثاني: الإخلال بالمتطلبات القانونية لعقد التأسيس

إذا تخلف ركن من أركان الشركة سواء كان ركنا موضوعيا عاما أو خاصا أو ركنا شكليا، ترتب على ذلك جزء يتمثل في البطلان. ويختلف نوع هذا البطلان تبعا للركن المتخلف. فقد يكون بطلانا مطلقا، وقد يكون بطلانا نسبيا، كما قد يكون بطلانا من نوع خاص. والأصل وفقا لنظرية البطلان أن يؤدي إلى المساس بعقد الشركة وما ترتب عليه من علاقات بأثر رجعي، وهو أمر قد لا يكون من المصلحة القول به⁹³؛ لأنه من الصعب في بعض الحالات تجاهل وجود الشركة في الفترة السابقة على البطلان، وبديهي لا توجد مشكلة إذا جاء بطلان الشركة قبل ممارستها للنشاط، غير أن الأمر يختلف إذا وقع البطلان بعد أن تكون الشركة قد قامت، ودخلت في علاقات مع الغير، إذ يصبح من الصعب في هذه الحالة القول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إنشاء الشركة، حفاظا على المراكز القانونية التي قد ترتبت والشركة لم تُبطل بعد.

ولهذا ابتدع الفقه والقضاء، نظرية "الشركة الفعلية" وفحوى هذه النظرية، أنه متى تقرر بطلان الشركة، فإن هذا البطلان وإن كان يعدم الشركة عقداً وفكرة في المستقبل، إلا أنه بالنسبة للماضي، تُعتبر الشركة قائمة حكما، حتى تتم تصفية المراكز القانونية التي نشأت 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 القانوني⁹⁴.

والبطلان إما أن يكون مطلقا أو نسبيا، وفقا للسبب الذي يُبنى عليه فيكون مطلقا في حال انعدام أهلية أحد الشركاء أو رضاه، وعدم مشروعية المحل أو السبب وانتفاء التعدد وعدم تقديم

⁹¹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص75.

⁹² - حكم للمحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 19/17 ق، جلسة 1972/2/8، نشر في مجلة المحكمة العليا 8/3 ص50، مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص75.

⁹³ - سعد العسيلي، الوسيط في شرح قانون النشاط التجاري الليبي، دار الفضيل، ط الثانية، س 2013، ص269

⁹⁴ - فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 79

الحصص وتخلف نية المشاركة، ويكون نسبياً في حالتي، نقص أهلية أحد الشركاء أو تعيب رضاه، وقد يكون من نوع خاص، إذا تخلف أحد الأركان الشكلية كالكتابة أو الشهر.

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية العامة

يكون جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية العامة لعقد الشركة، هو البطلان، وهذا البطلان قد يكون مطلقاً، وقد يكون نسبياً، وسنستعرض فيما يلي جزاء كل إخلال حسب نوع البطلان الذي يترتب عليه.

أولاً: الجزاء المترتب عن تخلف الرضا ونقص الأهلية: تكون الأهلية معدومة إذا أبرم عقد الشركة صبي غير مميز، أي لم يبلغ السابعة، أو مجنون أو معتوه شريطة أن يكون إبرام عقد الشركة قد تم بعد تسجيل قرار الحجر على المجنون أو المعتوه، أما قبل ذلك فيشترط لوقوع البطلان أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت العقد، أو يكون الطرف الآخر على بينة منها⁹⁵، كما نصت على ذلك المادة 114 ق. م. ل. 1- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد قيد قرار الحجر أو قيد عريضة إنشاء الولاية. 2- أما إذا صدر قبل هذا القيد فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها"

ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان سواء من الشركاء أو من الغير، وتظل دعوى البطلان قائمة لمدة خمسة عشر عاماً من تاريخ العقد بحسب نص المادة 141 ق. م. ل. 96 وبعد انقضاء هذه المدة، يمتنع رفع دعوى البطلان، ولكن يظل الدفع بالبطلان قائماً. فلو أبرم عقد الشركة من عديم أهلية أو مجنون، ثم مضت خمس عشرة سنة، ورفع شريك أو رفع دائن للشركة دعوى استناداً إلى العقد الباطل، فيجوز للمدعى عليه الدفع ببطلان العقد⁹⁷ ومتى قضي للشريك بالبطلان، فالقواعد العامة تقضي بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ويسترد الشريك حصته، فإن كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل.

والملاحظ أنه إذا قضي بالبطلان لأحد الشركاء، وكُنّا بصدد شركة من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتمّ خروجه منها، فإن ذلك يؤدي إلى حل الشركة وتصفيتها... أما إذا كُنّا بصدد شركات الأموال كالشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة المساهمة، فإذا تمّ

⁹⁵ - عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 104

⁹⁶ - نصت المادة (141) على: "1- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة. 2- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد".

⁹⁷ - محمد بريري، مرجع سابق، ص 530.

خروج الشريك منها فلا يؤثر خروجه على باقي الشركاء بسبب البطلان الذي تم لمصلحته، بل تستمر الشركة بعد أن تُرد له حصته، ويتم بيع الأسهم المستردة إلى شخص آخر يَجَل محله⁹⁸.

أما إذا كان أحد الشركاء صبييا مميزا، فإن العقد يكون قابلا للإبطال بالنسبة لهذا الشريك وحده، ويلزم أن يتم رفع دعوى الإبطال خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغ سن الرشد، وإلا اعتبر العقد قد أُجيز من قبل ناقص الأهلية. ويأخذ حكم الصبي المميز: السفية وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر⁹⁹. أما إذا توافر الرضا، ولكن شابه عيب كالغلط أو الإكراه غير المعدم للإرادة، فإن العقد يكون قابلا للإبطال بناء على طلب صاحب الإرادة المعيبة، بشرط أن يقوم برفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ زوال العيب، ويلزم رفعها خلال خمس سنوات من تاريخ العقد، سواء تم اكتشاف العيب أم لم يتم¹⁰⁰.

ثانيا: الجزاء المتعلق بعدم مشروعية المحل والسبب: إذا كان محل عقد الشركة أو سببها غير مشروع أي مخالف للنظام العام والآداب العامة، كأن يكون مثلا موضوع الشركة يتمثل في الاتجار بالمخدرات، أو في فتح بيوت للقمار أو للدعارة أو لتهريب الأسلحة، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان المطلق الذي يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به سواء كان من الشركاء أو من الغير. كما يحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وقد ثار خلاف حول الآثار المترتبة على بطلان عقد الشركة تجاه الغير الذي تعامل مع الشركة، قبل الحكم عليها بالبطلان. فيرى جانب من الفقه¹⁰¹ أنه إذا قضي بالبطلان المطلق في عقد الشركة التي يكون موضوعها أو سببها غير مشروع مقتضاه أنه يؤدي إلى بطلان الشخص المعنوي، ومن ثم بطلان جميع التصرفات التي أُجريت مع الغير، ولكن الرأي الراجح يميز بين ما إذا كان الغير حسن النية، أو سيء النية، أي بين ما إذا كان الغير عالما بالعرض غير المشروع الذي تأسست من أجله الشركة أم لا. فإذا كان سيء النية، جاز التمسك في مواجهته بالبطلان، أما إذا كان حسن النية، فلا يجوز ذلك، بل يحق للغير أن يطالب الشركة بتنفيذ العقد الذي تم بينهم، طالما كان هذا العقد لا يستند هو بدوره إلى سبب غير مشروع، فمثلا إذا قامت شركة بالاتجار بالمخدرات، وأبرمت عقدا مع الغير موضوعه شراء سيارة استعملتها الشركة في تنفيذ غرضها

⁹⁸- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، س 1974م ص 62

⁹⁹- محمود سمير الشراقوي، القانون التجاري، ج الأول، دار النهضة العربية، س 1989م، ص 205

¹⁰⁰- ثروت عبد الرحيم، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية في القانون التجاري الجديد، ط نادي القضاة،

س 2003م ص 367.

¹⁰¹- مشار إليه في: نادية فضيل، مرجع سابق، ص 48.

غير مشروع، وهذا قبل الحكم بطلانها، ودون أن يكون البائع الذي يُطالب بحقه في دفع ثمن السيارة، لأن العقد المبرم بين الشركة والبائع غير مؤسس على عمل غير مشروع¹⁰².

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية الخاصة

إذا تخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو بطلان الشركة؛ نظراً لفقدانها المقومات والأسس التي تقوم عليها الشركة، كي تخلق شخصاً معنوياً يتمتع بكيان مستقل¹⁰³.

أولاً- الجزاء المتعلق بانتفاء التعدد: إذا تخلف ركن تعدد الشركاء، كأن تقوم شركة على رجل واحد. تعتبر هذه الشركة باطلة في نظر القانون، نظراً لتعارضها مع مبدأ وحدة الذمة الذي يأخذ به القانون الليبي، أما إذا أبرم العقد بين شريكين، ثم انتفى التعدد بعد ذلك أثناء حياة الشركة، بوفاة أحد الشريكين أو أيلولة حصته إلى الشريك الآخر، فلا نكونُ بصدد بطلان، وإنما بصدد عقد شركة قد توافر أحد أسباب انقضائه، فإذا أدى خروج شريك إلى أن أصبح عدد الشركاء أقل من الحد الأدنى الذي يتطلبه القانون أو أنه أصبح من العسير على الشركة الاستمرار في أعمالها بسبب سحب حصة الشريك الخارج، والتي تُكون معظم رأس مالها. فعند ذلك تُحل الشركة وتُصفى وتُقسم موجوداتها حسب ما نصت عليه في عقدها¹⁰⁴.

ولابد من الإشارة إلى أنّ المشرع قد عالج شرط التعدد وفق المادة 24 ق. ن. ت. رقم 2010/23م والتي نصت على: "في حالة أيلولة كل الأسهم أو الحصص إلى شخص واحد وجب على من آلت إليه ملكية الأسهم أو الحصص أن يُبادر ببيع ما يتجاوز منها الحدود المنصوص عليها في هذا القانون خلال مدة لا تتجاوز سنة واحدة وإلا اعتُبرت الشركة منحلة بقوة القانون. ولا تنطبق أحكام هذه المادة في حالة أيلولة الأسهم إلى شركة قابضة".

ثانياً- الجزاء المتعلق بالامتناع عن تقديم الحصص: يُعد ركن تقديم الحصص من أهم الركائز التي تستند إليها الشركة للقيام بمشروعها؛ ذلك لأن مجموع الحصص يُكون رأس مالها وهو الضمان العام للدائنين، إلا أنّ الامتناع أو التأخير في تقديم الحصة لا يُعد سبباً من أسباب البطلان، حتى إذا قامت الشركة أساساً على حصة التزم شريك معين بتقديمها وامتنع عن ذلك. كما لو تأسست شركة لاستغلال براءة اختراع لمباشرة نشاط فني أو صناعي معين، التزم الشريك بأدائه، فإذا امتنع هذا

¹⁰² - محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، الإسكندرية، س 1977م، ص 206.

¹⁰³ - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 49.

¹⁰⁴ - مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد - بغداد، س 1969م، ص 33.

الشريك عن تقديم حصته، فإنّ هذا يؤدي إلى فسخ عقد الشركة لاستحالة محلها، إذ يرتبط محل الشركة أي غرضها في هذه الصور بمحل التزام الشريك.

ثالثا- الجزاء المتعلق بانتفاء نية وقصد المشاركة: تُعد نية وقصد المشاركة العمود الفقري لقيام الشخص المعنوي؛ لأن هذه النية هي التي تُميز عقد الشركة عن العقود الأخرى، وهي التي تُميز الشركة كشخص معنوي عن غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى كالجمعيات مثلا، وانتفاء هذه النية يؤدي إلى بطلان عقد الشركة، فإذا تضمن العقد شرطا من شروط الأسد، أو إذا ثبت صورية عقد الشركة، وأنها تقوم في الحقيقة على مساهمة شريك واحد، ويقتصر الآخر على دور المُقرض أو العامل مع تصوير العقد في صورة عقد شركة، فإن هذا يهدم وجود عقد الشركة¹⁰⁵، إذ أنّ العامل يظل مع اشتراكه في الأرباح تابعا لرب العمل، ولهذا الأخير أن يفصله، مما يتنافى مع المساواة وهي قوام نية المشاركة. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الوقوف على نية المشاركة في عقد الشركة هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون معقب متى كان تقديرها سائغا¹⁰⁶.

رابعا- الجزاء المتعلق بعدم اقتسام الأرباح والخسائر: إذا تخلف هذا الركن كأن يحتوي العقد على شرط الأسد، والذي غرضه منع أحد الشركاء من الحصول على الربح أو إعفائه من الخسارة. ففي هذه الحالة يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان بل يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، حيث نصت الفقرة 1 المادة 506 ق.م.ل. صراحة على بطلان الشركة التي تحوي هذا الشرط فنصت على: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان عقد الشركة باطلا".

فمن مقومات عقد الشركة أن يساهم كل شريك في أرباحها وفي خسائرها بنصيب ما، وإلا كانت الشركة باطلة. فإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الربح، فمعنى ذلك أنه يساهم في الخسارة دون الربح، فيكون عليه الغرم وليس له الغنم. أو نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الخسارة فمعنى ذلك أنه يساهم في الربح دون الخسارة، فيكون له الغنم وعلى شركائه الغرم. والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم، والغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد، وهي شركة باطلة¹⁰⁷ عملا بنص المادة 506 ق.م.ل. سابقة الذكر.

¹⁰⁵ - محمد بريري، مرجع سابق، ص 55
¹⁰⁶ - الطعن رقم 1763 لسنة 50 قضائية، جلسة 1986/2/17م، مشار إليه في: وجدي شفيق فرج، مرجع سابق، ص35.
¹⁰⁷ - وجدي شفيق فرج، مرجع سابق، ص 46

ويتفق الباحث مع الرأي¹⁰⁸ القائل بأنه أجدى بالمشرع، أن أبطل الشرط دون العقد، حفاظا على كيان الشركة، وعلى المراكز القانونية التي تكونت في ظل نشاط الشركة، وضمانا لاستقرار التعاملات التي قد تكون أجرتها الشركة مع الغير. اقتداء بالمشرع الفرنسي¹⁰⁹.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالشروط الشكلية

يُشترط في عقد الشركة أن يكون مكتوبا على يد محرر عقود وموثق رسمي وفق بيانات معينة، وأن يتم قيد العقد في السجل التجاري؛ ليتسنى للشركة اكتساب الشخصية الاعتبارية، ولا تستثنى من هذه الشروط إلا شركة المحاصة حسب نص المادة 14 ق.ن. ت. رقم 2010/23م. وما يُميز عقد الشركة عن غيره أنه عقد شكلي، وأن شكله لا تقتصر على مجرد كتابته فقط، وإنما يضاف إليها عنصران آخران: الأول أن تكون الكتابة رسمية على يد موظف عام مختص "محرر عقود وموثق رسمي" والثاني: أن يتم قيد العقد الرسمي لدى مكتب السجل التجاري بوزارة الاقتصاد¹¹⁰.

ويترتب على عدم توافر هذان العنصران بطلان عقد الشركة. وهذا البطلان هو بطلان خاص بعقد الشركة، فيجوز أن يتمسك بهذا النوع من البطلان من قبل الشركاء فيما بينهم، كما يجوز للغير أن يتمسك به قبلهم. ولكن لا يجوز للشركاء أن يحتجوا به في مواجهة الغير. وإذا طلب أحد الشركاء البطلان وقُضي به فلا يحدث أثره إلا من وقت طلبه، بمعنى أن البطلان لا يتناول الفترة السابقة على الحكم به بل تظل الشركة قائمة قانونا¹¹¹.

وهذا البطلان المترتب يُعد خاصا، إذ ليس بالبطلان المطلق رغم أنه يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة، أو الدفع به ولو لأول مرة. ويختلف عنه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. وهو أيضا ليس بالبطلان النسبي رغم أنه يجوز تصحيحه. وهذا الاختلاف هو الذي أدى ببعض الفقه إلى اعتباره بمثابة حل للشركة قبل انتهاء أجلها المحدد في عقد تأسيسها¹¹².

وإذا ما كان مقتضى البطلان عودة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وبالتالي انهيار الشركة بالنسبة للماضي كما المستقبل، وهو من النتائج التي تخلق وضعا يمس بمراكز اقتصادية استقرت بسبب الاعتقاد بسلامة الشركة من الناحية الفعلية منذ تكوينها حتى صار بطلانها.

¹⁰⁸- فرج حمودة، مرجع سابق، ص80، ص81.

¹⁰⁹- المادة (1844) الفقرة (2): "يعتبر كأن لم يكن الشرط الذي يسند لأحد الشركاء كامل الأرباح أو يضع على كاهله كامل الخسائر".

¹¹⁰- فرج حمودة، مرجع سابق، ص82

¹¹¹- فايز نعيم، مرجع سابق، ص 87

¹¹²- علي حسن يونس، مرجع سابق، ص71

ومن ضمن الذين تمسهم آثار الحكم بالبطلان، الغير المتعاقد مع الشركة، والذي اطمأن إلى وجود الشركة من خلال الوضع الظاهر.

لذلك وأخذاً في الاعتبار المسائل السابقة، فقد كان للفقه والقضاء مسلك يتجسد في اعتبار الشركة موجودة في الفترة بين قيامها والحكم ببطلانها، فالشركة وإن لم تكن موجودة وقائمة قانوناً فهي موجودة فعلاً، ومن هنا سميت "بالشركة الفعلية". التي تطلق على كل صور البطلان، عدى البطلان الذي يلحق بالشركة لأنها وهمية، والبطلان الذي يلحق الشركة لعدم مشروعية نشاطها. وكانت المحكمة العليا الليبية قد أصدرت بصدد الشركات الفعلية حكماً جاء فيه أنه متى تحققت محكمة الموضوع من توافر عناصر الشركة الفعلية فليس للمحكمة العليا المراقبة على ذلك ما دامت العناصر المكونة لهذه الشركة كانت متوفرة واستظهرتها محكمة الموضوع في تكييفها القانوني لواقعة الدعوى¹¹³.

وبالنظر إلى نص المادة 29 ق. ن. ت. رقم 2010/23م¹¹⁴ والتي عنونت بالشركة الفعلية، نجد أنّ المشرع قد تبنى صراحة مفهوم الشركة الفعلية الذي ساد في أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين منذ أواسط القرن الماضي. ويمكن في هذا الإطار الاسترشاد أيضاً بحكم قديم لمحكمة النقض المصرية، ذهب فيه إلى أنه: "لا يترتب على عدم استيفاء شركة التضامن لإجراءات الشهر والنشر بطلانها فيما بين الشركاء، إلا إذا طلبه أحدهم وحُكم به، وعندئذ يعتبر العقد موجوداً وصحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء بالبطلان، فيرجع إليه في تنظيم العلاقة بين الشركاء وتسوية حقوقهم والتزاماتهم، ولئن كان لكل شريك في شركة التضامن من الحق في أن يطلب بطلان الشركة في مواجهة الشركاء لعدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر إلا أنه ليس لهذا البطلان أثر رجعي، بل تبقى الشركة موجودة وجودة صحيحاً طوال الفترة السابقة على القضاء به، رغم عدم اتخاذ إجراءات الشهر والنشر، وذلك باعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الاعتبارية التي يُستمد وجودها من العقد"¹¹⁵.

¹¹³ - حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 5 س 24 قضائية، جلسة 1959/3/14، مجلة المحكمة العليا ج2، ص68. مشار إليه في: سعد العسيلي، مرجع سابق، ص276، فرج حمودة، مرجع سابق، ص22.

¹¹⁴ - نصت المادة (29) على: "لا يؤثر في صحة ما تم من أعمال وتصرفات الشركة، الحكم ببطلانها الصادر بعد القيد في السجل التجاري ولا يعفى 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".

¹¹⁵ - طعن مدني مصري، جلسة 1951/1/4م، مجلة المحكمة العليا المصرية، السنة الثانية ص213.

المبحث الثاني

الإجراءات الضرورية لمرحلة تأسيس الشركات التجارية

بالرغم من أن فكرة العقد كانت هي المسيطرة على تكوين الشركة، فإننا نرى بأن المشرع قد تدخل بأحكام تنظيمية فيما يتعلق بالشركات، خاصة ما يطلق عليها شركات الأموال، بحيث يمكن القول بتراجع المفهوم العقدي للشركة نتيجة التدخل المتزايد من المشرع في مقابل تنامي المفهوم النظامي لها، واتجه الفقه إلى التقريب بين فكرتي العقد والنظام في إطار تحديد الطبيعة القانونية للشركة، فقرر الفقه اعتبار الشركة أداة فنية وقانونية تُرصد لخدمة مشروع ما، يستطيع بفضلها أن يتمكن من العبور من واقعه الاقتصادي إلى حيز القانون، فيعد المشروع حينئذ وحدة اقتصادية صالحة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهي تقوم على عناصر مختلفة بعضها ذو صفة تشريعية والبعض الآخر ذو صفة عقدية¹¹⁶.

لذا فإن الإجراءات اللازمة لتأسيس الشركات التجارية، كما حددها العقد وكما نص عليها القانون تحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، ومقتضيات مهمة لقيام الشركة، وكذلك فإنّ المؤسسين عند تأسيس الشركة يحتاجون إلى القيام ببعض التصرفات الضرورية، عليه فإننا سنتناول في هذا المبحث مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مقتضيات تأسيس الشركات التجارية.

المطلب الثاني: إجراءات التأسيس الشكلية.

¹¹⁶ - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2019م، ص 10.

المطلب الأول: مقتضيات تأسيس الشركات التجارية

من أهم ما تقتضيه الشركة عند تأسيسها، لكي تكون واقعا ملموسا تطبيقا لما أوجبه النصوص مساهمة الشركاء في تقديم حصصهم التي تعاهدوا بتقديمها للشركة، بحيث تدخل هذه الحصص في تكوين رأس مال الشركة، وأما الحصة بعمل فلا تدخل في تكوينه، ولكنها مهمة جدا لقيام الشركة بنشاطها الذي تأسست لأجله، بالإضافة إلى أنّ هذه المقتضيات لا تتوقف عند تقديم الحصص فحسب، بل تتعدى ذلك إلى قيام المؤسسين ببعض الإجراءات والأعمال الأخرى لحساب الشركة وهي في طور التأسيس، والتي تعتبر من ضرورات قيام الشركة، من شأنها مساعدة الشركة في القيام بدورها المنوط بها. عليه سأتناول في هذا المطلب الفرع الأول: وجوب تقديم الشريك ل حصته. والفرع الثاني: أعمال من ضرورات التأسيس.

الفرع الأول: وجوب تقديم كل لشريك ل حصته

يقتضي الغرض الذي تهدف إليه الشركة، التزام كل شريك بأن يقدم قدرا من مال للشركة يعرف بالحصة. ولذلك تبطل الشركة إذا كانت الحصة مالا وهميا، ولا يُعد شريكا من لا يقدم حصته. وتتنوع الحصص التي يقدمها الشركاء، فقد تكون في شكل نقد "حصة نقدية"، وقد تتخذ شكل عين "حصة عينية"، وقد تتخذ شكلا ثالثا، بأن تكون الحصة عملا¹¹⁷. وتعتبر الحصة النقدية والعينية الحصص المكونة لرأس مال الشركة، أما الحصة بعمل فلا تدخل ضمن رأس مال الشركة.

أولا- الحصص الداخلة في تكوين رأس المال: إنّ رأس مال الشركة يمثل الضمان العام للدائنين، بحيث يجوز لدائني الشركة الرجوع عليها والتنفيذ على رأس مالها إذا امتنعت عن الوفاء بديونها، وحصل الدائنون على حكم بحقوقهم قبلها. والحصص هي جوهر الشركة، وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها، فعلى كل شريك أن يقدم حصته من الأموال سواء أكانت أموال مادية كمنقول أو عقار أو نقود، أو أموال معنوية كمحل تجاري أو براءة اختراع أو علامة تجارية¹¹⁸. ويتكون رأس مال الشركة، من الحصص النقدية والعينية التي يقدمها الشركاء.

1- الحصة النقدية: قد يتعهد الشخص بتقديم حصة نقدية في الشركة، مقابل اكتسابه صفة الشريك، حيث بموجب هذه الصفة يكون له الحق في الحصول على نصيب من الأرباح، وتحمل جزء من الخسائر. فالنقود بما تُمثله من قوة شرائية تحقق لحائزها مقدرة كبيرة في مجال الخيارات المتاحة أمامه، فهي تُحقق له تفضيل سلعة أو خدمة معينة على غيرها من السلع والخدمات.... فالنقود تعتبر

¹¹⁷ - سعد العسيلي، مرجع سابق، ص 255، 256.

¹¹⁸ - غماتي عادل، قرومي ابتسام، النظام القانوني لرأسمال الشركات التجارية، جامعة امجد بوقرة الجزائر، ص 27.

وسيلة من وسائل الوفاء بالالتزامات، فأهم ما يُميز النقد هو قبوله من طرف الجميع، مما يُضفي عليه ثقة الجمهور كأداة لإتمام المعاملات التجارية.

والأصل أن تكون حصص الشركاء مبالغ نقدية، حتى يتكون من مجموعها رأس مال الشركة لكي تتمكن الشركة من ممارسة نشاطها، وعلى ذلك فإن على كل شريك أن يقدم حصته في الميعاد المتفق عليه، وإلا وجب عليه التعويض.

1.1- مواعيد الوفاء بالحصصة النقدية: الأصل في تقديم الحصص بشكل عام، هو أن تُدفع من قبل المساهمين دفعة واحدة عند التأسيس. ولكن لاعتبارات عدة، يرى الباحث أن أهمها تشجيع المدخرين والتجار على الانخراط في هذه الشركات، فقد أُجيز الخروج عن هذا الأصل، بحيث يتولى عقد التأسيس والنظام الأساسي لشركات الأشخاص تحديد مواعيد دفع أقساط الحصص النقدية، فيُدفع جزء متفق عليه عند التأسيس بحسب النسبة المئوية المقررة من قبل الشركاء، ويُدفع الباقي بعد فترة زمنية يتم تحديدها في عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة. أما شركات الأموال فقد خص المشرع نفسه بتنظيم مواعيد ونسب رأس المال المدفوع منه، فقد نصت المادة **101 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** على بيان من جملة بيانات ذكر فيه "مقدار رأس المال المكتتب به على ألا يقل عن الحد الأدنى الذي يصدر بتحديد قرار من اللجنة الشعبية العامة مكتتب به بالكامل، وبيان المدفوع منه بحيث لا يقل عن ثلاثين (30%) من رأس المال النقدي المكتتب به" وهذا النص يسري على شركة المساهمة، ويسري على شركة التوصية بالأسهم أيضا بموجب نص المادة **263 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** الفقرة الأولى منها، حيث نصت على: "تطبق على شركة التوصية بالأسهم القواعد المنصوص عليها بشأن الشركات المساهمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية". لذا تم إصدار القرار رقم 186 لسنة 2012م من قبل مجلس الوزراء¹¹⁹.

وبالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، تنص المادة **275 ق. ن. ت. رقم 2010/23م** الفقرة الثانية منها على: "وجوب دفع رأس المال بالكامل عند التأسيس، إذا قل عن الحد الأدنى المنصوص عليه في الشركة المساهمة وهو مائة ألف دينار، أما إذا بلغ هذا الحد أو تجاوزه فتسري بشأنه القواعد المتبعة في الشركة المساهمة".

¹¹⁹ - المادة (1) من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م نصت على "يكون الحد الأدنى لرأس مال الشركة المساهمة المكتتب فيها مائة ألف دينار (100.000) ويجب أن لا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن ثلاثين في المائة (30%) 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 أن لا يقل عن ثلاثين في المائة (30%) من حصته ، وأن يستكمل دفع رأس المال النقدي الباقي في مدة لا تتجاوز خمس سنوات (5) من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري ومع مراعاة أحكام المادة (104) من القانون رقم (23) لسنة 2010 ميلادي تدفع الحصص العينية بالكامل عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال.

ولابد من الإشارة إلى أن دفع وإيداع المبالغ المتحصلة من عملية الاكتتاب التي تتم في شركات الأموال تكون عن طريق وبمعرفة أحد المصارف العاملة بليبيا. وهو ما أكدته المادة 108 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الفقرة الأولى منها¹²⁰

وفي واقع الأمر تتم هذه العملية بأن يُخصص المصرف رقم حساب خاص بإيداعات المكتتبين. يقوم المكتتبون من خلاله بدفع قيمة الأسهم التي اكتتبوا فيها أو ثلاثة أعشار قيمتها على الأقل وذلك حسب ما نصت عليه المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م¹²¹. وعلى كل حال، فإن الشريك يلتزم بدفع حصته النقدية التي تعهد بها، في الميعاد المتفق عليه، ويطبق على التزام الشريك القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزام.

2.1- مسؤولية المتعاهد بتقديم الحصة النقدية: قد يتعهد الشريك بتقديم مبلغ نقدي كحصة له في الشركة، وقد يتم الاتفاق على دفع جزء معين عند تأسيس الشركة، ثم يُدفع الجزء الباقي في أجل أو آجال محددة، عندئذ يجب أن يقوم الشريك بالوفاء بحصته في الأجل المحدد دون تأخير. وقد راعى المشرع أهمية هذا الوفاء الذي تعتمد عليه الشركة في استجماع رأس مالها اللازم لتحقيق الهدف الذي قامت من أجله، فإذا كانت الحصة مبلغاً من النقود، فإن العلاقة بين الشريك والشركة تكون علاقة المدين بدائنه، وقد نصت المادة 501 ق. م. ل. على أنه: "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمه التعويض" ويستوجب تطبيق هذه المادة بطبيعة الحال حصول ضرر للشركة؛ نتيجة امتناع الشريك عن تقديم حصته النقدية، فإذا لم يسبب امتناع الشريك ضرراً بحلول شخص آخر محله ووفائه بقيمة الحصة انتفى سبب التعويض¹²².

والجدير بالذكر هنا أن نص المادة 501 ق. م. ل. معدل بالقانون رقم 74 لسنة 1972 بتحريم ربا النسئة بين الأشخاص الطبيعيين¹²³. وأما إذا كانت حصة الشريك ديون له في ذمة الغير، فإن

¹²⁰ - الفقرة الأولى المادة (108) نصت على: "بعد جمع الاكتتابات يجب على المؤسسين أن يحددوا للمكتتبين بخطابات مسجلة أو بالطريقة الواردة في البرنامج أجلا لا يزيد عن ثلاثين يوماً، للقيام بإيداع ثلاثة أعشار - على الأقل - من قيمة الأسهم النقدية المكتتب بها في أحد المصارف العاملة في الجماهيرية، على ألا تزيد مساهمة أي شخص في رأس مال الشركة على النسبة التي يحددها قرار من اللجنة الشعبية العامة، وإذا انقضى هذا الأجل دون أداء القيمة، جاز للمؤسسين إما رفع الدعوى على المكتتبين المتأخرين، وإما إعفاؤهم من الالتزام وفي الحالة الأخيرة لا يُشرع في تأسيس الشركة إلا بعد إتمام تخصيص الأسهم التي تم الاكتتاب فيها والتي تخلف أصحابها عن الدفع.

¹²¹ - نصت المادة الأولى 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 مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري".

¹²² - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 53.

¹²³ - منشور بالجريدة الرسمية العدد (37) في 5 أغسطس 1972م، س: العاشرة، أما المعاملات بين غيرها من الأشخاص فيسري عليها النص التالي: مادة (501) الحصة النقدية: إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمه فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء.

ثُبوت حق الشركة عليها يستوجب اتباع إجراءات حوالة الحق، فالشركة تصبح هي "المُحال له" والشريك هو "المحيل" ويجب على أحدهما إعلان الدائن الأصلي بورقة من أوراق المحضرين على يد محضر، بعقد الحوالة الذي أنشئ فيما بينهما، وصيرورة أحقية الدين للمدين الجديد (الشركة). إلا إذا كان الدين ثابتاً وقابلاً للتداول، فإن التنازل عنه يحصل عن طريق التسليم إذا كان صكاً لحامله، أو التظهير إذا كان أذنياً¹²⁴. بمعنى إذا كان الدين صكاً لحامله يحوزه الشريك فيكون الإجراء بتسليم الصك للشركة، وإذا كان لأمره فيكون الإجراء بتظهيره لحساب الشركة، والأمر كذلك ينطبق على الأوراق التجارية الأخرى كالسفاتج. وقد نصت المادة 504 ق.م.ل. على: "إذا كانت الحصة التي يقدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير فلا ينقضي التزامه للشركة إلا إذا استوفت هذه الديون، ويكون الشريك مسؤولاً عن الضرر إذا لم تُوف الديون عند حلول أجلها".

2- الحصة العينية: قد يُقدم الشريك حصة عينية للشركة، والحصة العينية هي أي مال مقدم كان من غير النقود، سواء كان عقاراً أو منقولاً، والعقار قد يكون قطعة أرض أو مبنى كالمصانع والمخازن والمناجم. أما المنقول، فقد يكون مادياً كالآلات أو البضائع. وقد يكون معنوياً، كالمحل التجاري أو براءة الاختراع أو العلامة التجارية، أو الرسوم والنماذج الصناعية، أو حقوق الملكية الأدبية والفنية، أو اسماً تجارياً¹²⁵.

ويلتزم الشريك بدفع الحصة إلى الشركة على سبيل نقل الملكية أو على سبيل الانتفاع، ونصت المادة 502 ق.م.ل على أنه: "1- إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر. فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلك، أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص. 2- وأما إذا كانت مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك".

فيتوجب على مُقدم الحصة العينية تمكين الشركة من حيازة الحصة العينية إذا كانت على سبيل الانتفاع، ونقل ملكيتها لحساب الشركة إذ كانت على سبيل التملك، وهي غير مثقلة بأعباء ولا مُقيدة برهن.

1.2- أنواع الحصص العينية: هناك نوعان من الحصص العينية، فهناك العقارات المعروفة بثباتها واستقرارها، وهي من الأشياء المادية دوماً، وهناك المنقولات المعروفة بقابليتها للنقل والتحويل وهي من الأشياء المادية غالباً. ومنها ما هو معنوي.

¹²⁴ - غماتي عادل، قرومي ابتسام، مرجع سابق، ص 31
¹²⁵ - وجدي شفيق، مرجع سابق، ص 23.

1.1.2- العقارات: يُمكن أن تكون حصة الشريك في الشركة عبارة عن عقار، ويُقصد بالعقار أنه ذلك الشيء الثابت والمستقر في مكانه غير قابل للنقل أو التحويل إلى مكان آخر دون تلف.

ويُعرفه المشرع بموجب الفقرة 1 من المادة 82 ق.م.ل. أنه: "كل شيء بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"، أما الفقرة 2 من ذات المادة فقد بينت نوعاً آخر من العقارات، وهو العقار بالتخصيص، حيث نصت على: "ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله".

ومن ناحية أخرى فإن الحقوق العينية التي تقع على العقار، تُعتبر هي الأخرى عقاراً، ويمكن أن تكون حصة في الشركة، وهو ما نصت عليه المادة 83 ق.م.ل. بقولها: "يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

والعقار يمكن تقسيمه إلى نوعين: عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص، فالعقار بطبيعته هو الأصل في العقار، والأصل في العقار بطبيعته هو الأرض، فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان مع الاحتفاظ بذاتيتها. ويمكننا في هذا الصدد، أن نتناول ثلاثة أشكال من العقار بطبيعته، الأرض والنباتات والمنشآت¹²⁶. فالأرض سواء كانت أرضاً زراعية أو فضاء هي عقار بطبيعته، إذ إن لها مكاناً ثابتاً لا تتحول عنه. وتشمل الأرض سطحها دون ما يقام فوق السطح من مبانٍ ومنشآت، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة، من صخور وأحجار ومعادن.

فتعتبر من قبيل العقار المباني والمنشآت لاندماجها في الأرض، فالاندماج هو الذي يضيف عليها صفة العقار. فالأرض هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت والمسكن والمكاتب

¹²⁶ وتشمل المساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمحالج والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد عادة فوق سطح الأرض. وتشمل أيضاً الجسور والكباري والسدود والخزانات وغير ذلك من الأعمال الهندسية اللازمة للري ولغيره من الأغراض وليس من الضروري أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض، بل يصح أن تكون مشيدة في باطنها. فتعتبر منشآت ومن ثم تكون عقاراً بطبيعته الأنفاق والمجاري والآبار التي تحفر لاستغلال المناجم. والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض. فالمنشآت مجموعة من مواد البناء شيدت على سبيل القرار فاندمجت في الأرض سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت في باطنها.... ولا يشترط أن تكون المنشآت مشيدة على سبيل الدوام، فقد تكون منشآت مؤقتة ومع ذلك تصبح عقاراً متى اندمجت في الأرض على سبيل القرار. ففي المعارض تقام عادة منشآت مؤقتة من مبانٍ وحوانيت وأعمال هندسية أخرى، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة شهور أو بضعة أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت. ومع ذلك تعتبر مادامت قائمة عقاراً بطبيعته. ويشترط لتكون المنشآت عقاراً أن تكون مشيدة على سبيل القرار، فيكون لها أساس ثابت في الأرض حتى تكون مندمجة فيها. ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف، فالأشياء التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة. أنظر <https://www.lawsmaster.com>. تاريخ الدخول: 2022/08/17م. توقيت الدخول: 14:40م.

والمصانع والمخازن. فالعقار بطبيعته يصلح لأن يكون محل التزام الشريك، بحيث يمكن أن تكون حصة الشريك عبارة عن قطعة أرض أو مبنى كالمصنع أو المخزن أو المنجم¹²⁷.

كما يمكن أن تكون حصة الشريك عبارة عن عقار بالتخصيص، فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته، وهو أيضا مملوك له. كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه. وكما إذا وضع صاحب الفندق في فندقه الأثاث اللازم لتهيئة الفندق لاستغلاله. ففي هذه الأحوال يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رسداً على خدمته أو استغلاله، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطاً لا انفكاك منه، حتى يصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ. ومن ثم يُضفي العقار وهو الأصل على المنقولات صفة العقار بحكم هذا التخصيص. فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص عن طريق الافتراض القانوني¹²⁸.

2.1.2- المنقولات: تقضي المادة 82 ق.م.ل. الفقرة 1 بأن الشيء الذي لا تتوفر فيه شروط العقار يعد منقولاً، أي الأشياء غير الثابتة، والتي يمكن نقلها. والمنقولات هي أيضاً نوعان: منقول بطبيعته ومنقول بحسب المأل، بالإضافة إلى المنقولات المعنوية. ومن أهم "المنقولات بطبيعتها"، نجد السفن والطائرات، فهي وإن كانت منقولات تتحرك من مكان إلى آخر دون تلف، فإنها أضخم وأعلى قيمة من كثير من العقارات، والمهم فيها أنه يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير، تُقيد فيه السفينة أو الطائرة، كما تقيد التصرفات الواردة على أي منها.

أما "المنقولات بحسب المأل" فقد استخلص الفقه مفهومها من النصوص المتعلقة بالحجز التحفظي على المزروعات والثمار الموجودة في الأرض وفاء للأجرة المستحقة. فالمشرع اعتبر المزروعات والثمار من المنقولات، علماً بأنها مُتصلة بالأرض. ومرد تكييف الثمار المتصلة والمزروعات القائمة على أنها منقولات، في حين أنها عقارات بطبيعتها، هو مألها الطبيعي، وبعبارة أخرى، تُعتبر هذه الثمار والمزروعات منقولات بالنظر إلى مصيرها، ألا وهو جنيهاً، فتنفصل نهائياً عن الأشجار أو الأرض. وكذلك فإن المباني المُباعة أنقاضاً هي منقولات بحسب المأل، فالمباني عقارات بطبيعتها، ومع ذلك إذا بيعت بقصد هدمها، فإن البيع يعتبر وارداً على منقول بحسب المأل، وتسري عليه أحكام بيع المنقول.

¹²⁷ - غماتي عادل، قرومي ابتسام، مرجع سابق، ص 33
¹²⁸ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج الثامن حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط الثالثة، س 2009م، ص 21، ص 22.

وحتى يستطيع الشريك تقديم المنقول بحسب المآل كحصة في الشركة، يجب توافر شرطين، حيث يجب أن يكون التعامل في العقار في الوقت الذي لازال على حالته الأصلية، أي قبل أن يُصبح منقولاً. كما يشترط أن يكون مصير هذا الشيء متحققاً في نظر المتعاقدين، وهو تحوله إلى منقول في وقت قريب. ولا يكفي أن يكون هناك مجرد احتمال التحول إلى منقول، بل يجب أن يكون هذا التحول وشيك الوقوع¹²⁹.

وأما "المنقولات المعنوية" قد تكون حصة يتقدم بها الشريك، وهي براءة الاختراع أو العلامة التجارية أو الاسم التجاري أو المحل التجاري أو الرسوم الصناعية أو حقوق الملكية الفكرية والفنية. وهذه المنقولات شائعة كحصة في الكثير من الشركات التجارية.

2.2- تقدير الحصص العينية: الحصة العينية سواء كانت عقاراً أو منقولاً، منقولاً مادياً أو معنوياً يجب أن يتم تقديمها كاملة عند تأسيس الشركة، غير مثقلة بأعباء، كأن تكون الحصة مرهونة، أو تكون الحصة محل تجاري خُصومه أكثر من أصوله. وفي كل الأحوال يجب أن تُقدر قيمة هذه الحصص وتُقوّم بالنقود، حتى يتبين للشريك مدى مساهمته في الشركة، والتي على أساسها يتحدد نصيبه في الأرباح والخسائر. والمشرع تدخل في كيفية تحديد قيمة الحصص العينية بالنسبة لشركات الأموال، أما شركات الأشخاص فقد خلا ق. ن. ت. رقم 2010/23 من نص يتناول تقدير الحصة العينية، لذا فيتم تقدير الحصة العينية فيها بالاتفاق بين الشركاء.

ومن غير الممكن أن نتجاهل أهمية تقدير الحصة العينية خاصة بالنسبة لدائني الشركة، لذلك اهتم المشرع بالتدخل لضمان صحة التقدير في شركات الأموال، التي فيها المسؤولية محددة بمساهمة كل شريك في الشركة. أما شركات الأشخاص، فإنه في وجود المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء المتضامنين، حماية كافية للدائنين¹³⁰. فقد خصص المشرع المادة 104 ق. ن. ت. رقم 2010/23¹³¹ لتناول آلية تقدير قيمة الحصة العينية بالنسبة لشركة المساهمة، التي تُعد هي القاعدة العامة والنموذج الأساسي لشركات الأموال. وبموجب إحالة نصت عليها المادتان 263،

¹²⁹- غماتي عادل، قرومي ابتسام، مرجع سابق، ص 37.

¹³⁰- محمود بريري، المرجع السابق، ص 35.

¹³¹- المادة (104) قواعد تقدير الحصة العينية: "على من يُساهم في الشركة مساهمة عينية أن يُقدم تقريراً من خبير حالف اليمين يُعيّنه رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها اختصاصها المال المراد تقديره، ويحتوي هذا التقرير على بيان المقدمات العينية، والقيمة التقديرية لكل صنف منها، والأسس التي بُني عليها التقدير، ويلحق هذا التقرير بعقد التأسيس. ويجب على مجلس الإدارة وهيئة المراقبة أن يتأكداً من صحة التقدير الوارد ذكره في الفقرة السابقة، وذلك في ظرف ستة أشهر من تاريخ تأسيس الشركة. ولمجلس الإدارة أو هيئة المراقبة أن يطلبوا من المحكمة المختصة إعادة النظر في التقدير إذا تبين أن هناك أسباباً وجيهة لذلك، وفي هذه الحالة تبقى الأسهم مودعة لدى الشركة، ولا يجوز التصرف فيها إلا بعد الفراغ من إعادة النظر في تقديرها. وإذا ظهر أن قيمة الأموال المقدمة عينياً تنقص بأكثر من الخمس عما قدره المؤسسون تحتّم على الشركة أن تُخفض رأس المال بنسبة الفرق، وتلغي الأسهم التي أصبحت غير مغطاة، على أنه يجوز للشريك الذي يدفع عينياً أن يُكمل النقص بدفع مقابله نقداً، أو أن ينسحب من الشركة".

277 ق. ن. ت. رقم 2010/23م تسري أحكام المادة 104 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على شركتي التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة. والعبارة في تقويم الحصة هي بوقت إبرام العقد، ولا تأثير لانخفاض أو زيادة قيمتها لاحقاً، حيث لا يكون لمقدم الحصة العينية حق المطالبة بما حققته الحصة، نتيجة ارتفاع قيمتها، وكذلك لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض في حالة تغيير الظروف الاقتصادية، التي تؤدي إلى نقص حصته طالما تم تقديرها وفقاً للقانون.

ويرى الباحث أنّ ترك تقدير الحصة العينية للشركاء في شركات الأشخاص ليس بالأمر المحمود، فبالرغم من أنّ مغزى المشرع من عدم النص على تقدير الحصة العينية في شركات الأشخاص قد يكون أنّ المسؤولية فيها غير محدودة للشركاء المتضامنين، فذمة الشركاء الشخصية هي الضامن لديونها، والتفاوت في تقدير الحصة العينية عن قيمتها الحقيقية لن يؤثر على الدائنين. بعكس شركات الأموال، التي تكون فيها المسؤولية محددة بما قدمه الشريك من مساهمة، لذا يجب أن يكون التقدير دقيقاً. إلا أنّ الباحث يرى أنّ ترك تقدير الحصص العينية لأهواء الشركاء في شركات الأشخاص، قد يتسبب في غبن لأصحاب هذه الحصص عند الإجحاف في تقديرها مقارنة بأصحاب الحصص النقدية، فيحصل أصحاب الحصص العينية على نصيب في الأرباح أقل من المفترض به أن يكون. والعكس عندما تقدر تقديراً مبالغاً فيه، فيقع الغبن على أصحاب الحصص النقدية. بالإضافة إلى الحصول على ميزة إدارة الشركة، أو الانفراد بنوع من القرارات في حالة أسندت إدارة الشركة لأصحاب الحصص الأعلى وفقاً لبنود عقد الشركة ونظامها الأساسي. وفي حالة كان هذا التقدير نتيجة استغلال فيتوجب تعديل العقد استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب.

3.2- تقديم الحصة العينية: تختلف الأحكام التي تخضع لها الحصة العينية بحسب الهدف من تقديمها؛ فقد تكون بقصد التمليك، وقد تكون بقصد الانتفاع فقط مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها.

1.3.2- تقديم الحصة على سبيل التمليك: الأصل في تقديم الحصة العينية أن يكون على سبيل التمليك، وبالتالي عند عدم النص على هذا الأمر، يفترض أن الحصة مقدمة على سبيل التمليك، إلا إذا أثبت العكس¹³². وهو ما نصت عليه المادة 499 ق. م. ل. بنصها على: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وأنها واردة على ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك."

ففي هذه الحالة تنتقل ملكية الحصة إلى الشركة، وتنطبق في هذه الحالة أحكام البيع فيما يتعلق بضمان الهلاك أو الاستحقاق أو ضمان الغيوب الخفية أو النقص، ويلتزم الشريك باتخاذ الإجراءات

¹³² - سعد العسيلي، مرجع سابق، ص 258.

القانونية اللازمة لنقل ملكية الحصة إلى الشركة. كإجراءات التسجيل إذا تعلق الأمر بنقل ملكية عقار، أو نقل ملكية براءة اختراع أو علامة تجارية¹³³. وهو ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 502 ق.م.ل: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلك، أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص" ويترتب على تقديم الحصة العينية على سبيل التمليك أن تنتهي كافة حقوق الشريك على محل هذه الحصة، بحيث لا يجوز له عند انقضاء الشركة المطالبة باستردادها¹³⁴، فهذه الحصة تُصبح جزءاً من الضمان العام المقرر لدائني الشركة.

وإذا نُقصت قيمة الحصة قبل تسليمها لتلف أصابها، جاز للشركة إما أن ترفض الحصة من مُقدمها إذا كان النقص جسيماً، بحيث لو طرأ قبل العقد لما رُضي بقبولها، وإما أن تُبقي عليها مع إنقاص قيمة الحصة بقدر النقص في قيمتها. وكذلك فإن الشريك مقدم الحصة على سبيل التمليك، يلتزم بعدم التعرض للشركة في الانتفاع بها كلها أو بعضها، سواء أكان التعرض من فعله أو فعل الغير¹³⁵، غير أنه بالرغم من التشابه بين تقديم الحصة العينية وعقد البيع، لاسيما لجهة التزام الشريك بنقل الملكية وبالضمان؛ يظل تقديم الحصة العينية على سبيل التمليك مختلفاً عن البيع في بعض الوجوه المهمة. ومن أهمها أنّ الشريك مقدم الحصة على سبيل التمليك لا يحصل على ثمن معين كمقابل لها، بل على مجرد أمل في اقتسام أرباح الشركة في حال تحققها، أو في اقتسام موجوداتها عند انحلالها أو تصفيتها. وهذا الحق غير محدد المدى، ويظل خاضعاً لشتى المخاطر التي تتعرض لها نتائج أعمال الشركة. فقد تقع الشركة في الخسارة وينتج عن ذلك خسارة حصة الشريك أو بعض منها، بحسب قيمة الخسائر، وحتى إمكان ملاحقة الشريك على أمواله الخاصة إذا كان من الشركاء المتضامنين¹³⁶.

2.3.2- تقديم الحصة على سبيل الانتفاع: إذا قُدمت الحصة العينية على سبيل الانتفاع، فإنها لا تخرج من ملك صاحبها، بل تظل ساكنة في ذمته ولا يكون للشركة من حق سوى الانتفاع بها، وتُطبق على الحصة في هذه الحالة الأحكام المتعلقة بالإيجار حسب ما نصت عليه المادة 502 ق.

¹³³ - انظر نقض مصري بتاريخ 11 يونيو 1969، مجموعة أحكام النقض، ص 20، ص 1002. وقد جاء به أن مقتضى ما تنص عليه المادة 511 مدني من تطبيق أحكام البيع إذا كانت حصة الشريك الموصى هي ملكية عقار أو أي حق عيني آخر، فإن هذا الشريك يكون ملزماً بمجرد عقد الشركة بنقل حق الملكية أو الحق العيني إلى الشركة، كما يلتزم البائع بنقل المبيع إلى المشتري، ولا ينتقل هذا الحق إلا بالتسجيل سواء كان ذلك بين الشركة والشريك أو بالنسبة للغير لأن عقد الشركة في هذه الحالة يعتبر عقداً ناقلاً للملكية، فيجب تسجيله حتى تنتقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة. مشار إليه في: سعد العسيلي، مرجع سابق، ص 258.

¹³⁴ - محمود بريري، المرجع السابق، ص 35.

¹³⁵ - غماتي عادل، قرومي ابتسام، مرجع سابق، ص 39.

¹³⁶ - إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 111.

م. ل. الفقرة 2 بقولها: "أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال، فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك".

فالمشرع أراد أن يطبق أحكام الإيجار على الحصة المقدمة من الشريك على سبيل الانتفاع، وعلى هذا الأساس يحتفظ الشريك مقدم الحصة بملكيتها لها؛ لأن تعهد الشريك يجعل الشركة تنتفع بالمال مدة معينة، وإن كان لا يعتبر إيجارا إلا أنه يشبه الإيجار، ومن ثم تطبق عليه أحكامه، فتظل ملكية الحصة للشريك. وليس للشركة أن تتصرف فيها، وهذا يعني أن الحصة لا تدخل في الذمة المالية للشركة، ولا يجوز لدائني الشركة التنفيذ عليها لاستيفاء ديونهم. وعند التصفية تُعاد الحصة المذكورة إلى الشريك¹³⁷. فإذا هلكت الحصة المقدمة بسبب لا علاقة للشريك فيه، فإن هلاكها يكون على الشريك، والذي يتعين عليه في هذه الحالة وعند استمرار الشركة أن يقدم حصة أخرى، وإلا أُبعد من الشركة.

3- الاكتتاب في رأس مال الشركة: الاكتتاب هو عمل قانوني بمقتضاه يتعهد شخص بالدخول في شركة مساهمة بتقديمه مبلغا نقديا أو مالا عينيا، مقابل حصوله على أسهم بقيمة اسمية مساوية لما قدمه. ويأخذ هذا الاكتتاب تبعا لاختيار المؤسسين إحدى صورتين: إما اكتتاب خاص يقفل بموجبه هؤلاء العضوية في الشركة على أنفسهم أو على فئة معينة من الأشخاص، أو اكتتاب عام يقومون من خلاله بطرح هذه الأسهم على الجمهور¹³⁸.

1.3- الاكتتاب العام (المفتوح): نصت المادة 107 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "يكون تأسيس الشركة التي لا يقل رأس مالها عن المبلغ الذي يحدده قرار من اللجنة الشعبية العامة عن طريق الاكتتاب العام على أساس برنامج يبين أغراضها ورأس مالها، والأحكام الرئيسية الواردة في عقد، وما قد حُصص للمؤسسين من نصيب في الأرباح، والأجل الذي يجب أن يُبرم خلاله عقد التأسيس، وطريقة الإبلاغ والإعلانات، ويودع البرنامج قبل إعلانه للجمهور بمكتب محرر عقود موقعا من المؤسسين ومُصدقا على التوقيعات رسميا. وتثبت الاكتتابات في مستند رسمي، ويجب أن يُبين فيها اسم المُكاتب، ولقبه واسم أبيه، وجنسيته، وموطنه، ومقر عمله، ومحل إقامته، وتاريخ ميلاده، ورقم هويته، مع ذكر عدد الأسهم المكتتب فيها وتاريخ الاكتتاب".

وقد عرفت المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 2010م بشأن سوق المال في الفقرة العشرين منها الاكتتاب العام بأنه: "دعوة عامة للجمهور للاكتتاب في أسهم شركة مساهمة أو

¹³⁷ - غماتي عادل، قرومي ابتسام، مرجع سابق، ص 41، ص 42.

¹³⁸ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 384.

توصية بالأسهم في مرحلة التأسيس أو عند زيادة رأس مال شركة قائمة وفقا للشروط والبيانات الواردة في نشرة الاكتتاب". فبموجب هذا الاكتتاب يلتزم الأشخاص المكتتبون بدفع حصصهم إلى الشركة مقابل تسلم أسهم يكتسبون بها صفة الشركاء. وفي المقابل فقد نصت المادة الرابعة من قرار وزير الاقتصاد رقم 186 لسنة 2012م على أنه: "على الشركات المساهمة التي يزيد رأس مالها عن خمسة مليون دينار أن تطرح أسهمها للاكتتاب العام من خلال سوق الأوراق المالية". ولا ينطبق هذا الحكم على الشركات العامة، والشركات التي يتم إنشاؤها بقرار من مجلس إدارة شركة قابضة، أو بعقد بين شركتين مساهمتين أو أكثر.

عليه فإن شروط الاكتتاب العام هي:

- أن يكون رأس مال الشركة يزيد عن الخمسة مليون دينار.
 - ألا تكون الشركة المساهمة صاحبة الاكتتاب شركة عامة.
 - ألا تكون شركة وليدة أنشأتها شركة قابضة بقرار من مجلس إدارتها.
 - ألا يكون الاكتتاب بناء على عقد بين شركتين مساهمتين أو أكثر.
- وفي كل الأحوال يمر الاكتتاب بمرحلتين مهمتين هما مرحلة الإفصاح عن برنامج الاكتتاب، ومرحلة دعوة المكتتبين للاكتتاب. بحيث عند الانتهاء من هاتين المرحلتين، تتعقد جمعية المكتتبين للبت في اختصاصاتها كما أوضحتها المادة 109 ق. ن. ت. رقم 2010/23م.

1.1.3- الإفصاح عن برنامج الاكتتاب: يكون الإفصاح عن برنامج الاكتتاب بأن يعد المؤسسون وثيقة تشمل البيانات الجوهرية الخاصة بالشركة المساهمة، من أهمها: أغراض الشركة، ورأس مالها، والأحكام الرئيسية الواردة في عقد تأسيسها، والتي سيتم تناولها في المطلب الثاني من هذا المبحث، وما قد خصص للمساهمين من نصيب في الأرباح، والأجل الذي يجب أن يبرم خلاله عقد التأسيس، وطريقة الإبلاغ والإعلان. وفصّلت المادة الخامسة¹³⁹ من لائحة الأعمال الخاصة بالأسهم

¹³⁹ نصت المادة الخامسة من لائحة الأعمال الخاصة بالأسهم على ضرورة أن تتضمن نشرة الاكتتاب جملة من البيانات تتمثل في الآتي: (1) - اسم الشركة وشكلها القانوني ومدتها وغرضها. 2 - عقد تأسيسها ومشروع نظامها الأساسي. 3 - مقدار رأس مال الشركة المكتتب فيه والمدفوع منه. 4 - أنواع الأسهم المطروحة. 5 - أسماء المؤسسين ومقدار مساهمة كل منهم وبيان الحصص العينية إن وجدت. 6 - خطة الشركة في استخدام الأموال المحصلة من الاكتتاب في الأسهم المطروحة وتوقعاتها بالنسبة لنتائج استخدام الأموال. 7 - أماكن الحصول على نشرة الاكتتاب المعتمدة من السوق. 8 - القيمة الاسمية للسهم وعدد الأسهم وأنواعها وخصائص كل منها والحقوق المتعلقة بها سواء بالنسبة إلى توزيع الأرباح أو عند التصفية. 9 - بيان ما إذا كان هناك حصص تأسيس وملاكها، وما قدم للشركة في مقابلها، ونصيبها المقرر في الأرباح. 10 - تاريخ الاكتتاب والجهة التي سيتم الاكتتاب بواسطتها، والتاريخ المحدد لقفل الاكتتاب. 11 - اسم مدير الطرح الذي يتولى إعداد نشرة الاكتتاب وإدارة عمليات الاكتتاب. 12 - تاريخ ورقم اعتماد السوق للنشرة. 13 - المبلغ المطلوب دفعه عند الاكتتاب بحيث لا يقل عن ثلث القيمة الاسمية بالإضافة إلى مصاريف الإصدار إن وجدت. 14 - بيان تقديري مفصل بعناصر مصروفات التأسيس التي ينتظر أن تتحملها الشركة من بدء التفكير في تأسيسها إلى تاريخ صدور القرار بالتأسيس. 15 - بيان العقود (ومضمونها) التي يكون المؤسسون قد أبرموا خلال الفترة السابقة على الاكتتاب ويزعمون تحويلها إلى الشركة بعد تأسيسها، وإذا كان موضوع العقد شراء منشأة قائمة نقدا فيتعين تضمين النشرة موجزاً لتقييم المراجع الخارجي. 16 - تاريخ بداية السنة المالية وانتهائها.

البيانات التي يجب أن تتضمنها نشرة الاكتتاب. والجدير بالذكر أنّ أهمية هذه الوثيقة، مساعدة المستثمرين على اتخاذ القرار المناسب حيال الدعوة الموجهة إليهم بالاكتتاب في أسهم الشركة.

2.1.3- دعوة المكتتبين للاكتتاب: بعد أن تتم عملية الإفصاح السابق الإشارة إليها، وبعد جمع الاكتتابات، يجب على المؤسسين أن يُحددوا للمكتتبين بخطابات مسجلة، أو بالطريقة الواردة في البرنامج، أجلا لا يزيد عن ثلاثين يوما للقيام بإيداع ثلاثة أعشار قيمة الأسهم النقدية المكتتب فيها على الأقل، في أحد المصارف العاملة في ليبيا، وإذا انقضى هذا الأجل دون أداء القيمة، جاز للمؤسسين إما رفع دعوى على المكتتبين المتأخرين، وإما إعفاؤهم من الالتزام. وفي الحالة الأخيرة لا يُشرع في تأسيس الشركة إلا بعد إتمام تخصيص الأسهم التي تم الاكتتاب فيها، والتي تخلف أصحابها عن الدفع.

2.3- الاكتتاب الخاص (المغلق): نصت المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 2010م بشأن سوق المال الفقرة الواحدة والعشرون بأنّ الاكتتاب الخاص هو: "دعوة موجهة إلى فئة معينة وأشخاص محددين للاكتتاب في أسهم شركة مساهمة أو توصية بالأسهم في مرحلة التأسيس أو عند زيادة رأس مال شركة قائمة وفقاً للشروط التي تحددها الهيئة". ونصت المادة 99 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "تؤسس الشركة المساهمة عن طريق الاكتتاب الخاص بالصور الآتية: "1- بقرار من مجلس إدارة الشركة القابضة. 2- بعقد يبرم بين شركتين مساهمتين أو أكثر. 3- بعقد موقع عليه من قبل عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين أو منهم معاً على أن يحدد الحد الأقصى لمساهمة كل منهم بقرار من اللجنة الشعبية العامة. 4- بقرار صادر عن جهة عامة مختصة بالنسبة للشركة المساهمة".

والغالب في هذا النوع من الاكتتاب أن يعرف المكتتبون بعضهم البعض. وتكون أعدادهم قليلة، تكاد تقتصر على الحد الأدنى المشروط قانوناً، لعدد الشركاء المساهمين وهو عشرة مساهمين، وكثيراً ما يتم اعتماد هذه الطريقة من الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة المساهمة، حيث يقتصر الاكتتاب في أسهم الزيادة على المساهمين، واستوجبت المادة الثانية من لائحة الأعمال الخاصة بالأسهم لصحة هذا الاكتتاب، ضرورة إعداد نشرة اكتتاب معتمدة من إدارة السوق المالي يُنشر مُلخص عنها في صحيفتين يوميتين إحداهما باللغة العربية، ويجب أن تُحرر النشرة وفقاً للنماذج التي تُعدّها إدارة السوق.

=17 - بيان عن طريقة توزيع الربح الصافي للشركة. 19 - تحديد المدة والحالات التي يجب فيها على الجهة التي تلقت الاكتتاب رد المبلغ إلى المكتتبين)

ويتضح أن للاكتتاب الخاص اعتبارات كثيرة تدعو الشركاء إلى اللجوء إليه. منها أن صغر حجم مشروع الشركة لا يعجزهم عن توفير الأموال اللازمة له، فلا يضطرون إلى الاكتتاب المفتوح لتوفير الأموال. ومنها ما يعود إلى رغبة هؤلاء في الانفراد بالسيطرة المطلقة على الشركة¹⁴⁰.

ثانيا- الحصة الخارجة عن تكوين رأس المال (الحصة بالعمل): لا يدخل هذا النوع من الحصص في تكوين رأس مال الشركة؛ لأنه لا يشكل قيمة مالية تضمن التزامات الشركة تجاه دائئيتها، فيتعذر على هؤلاء الدائنين الحجز على الحصة بالعمل، لارتباطها بنشاط الشريك وليس بذمة الشركة¹⁴¹. وتتمثل هذه الحصة التي يقدمها الشخص كمساهمة في الشركة في عمل تنتفع به الشركة بحسب كحصتها فيها.

فقد يتعهد الشريك بعمل يؤديه للشركة، ومن ذلك تقديمه الخبرة الفنية وتسمى الحصة في هذه الحالة بالحصة بالعمل، ولقد أفصحت عن هذا الشكل من أشكال الحصص المادة 494 ق. م. ل: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح". وللحصة بعمل شروط أهمها:

1- أن يكون العمل إيجابيا ومفيدا: فيجب على صاحب الحصة أن يبذل مجهودا أو خبرة تقدم لتسيير الأمور، سواء أكان هذا المجهود إداريا يتمثل في إدارة الشركة، ومباشرة شؤونها الداخلية ورعاية تنفيذ سياستها الإنتاجية، ويندرج تحت ذلك أعمال الإدارة العادية، وكذلك أعمال التصرف المتصلة بهذه الإدارة، كالشراء والبيع في السلع التي تتاجر فيها الشركة أو تنتجها. أو مجهودا فنيا، وهو ذلك النشاط الذي يُقدمه المتخصصون فنيا، كالمهندسين في إدارة المصانع وتطوير الإنتاج ووسائله.

أما الخبرة فهي نتيجة لما يكون الشخص قد حصله من تجارب عديدة، مما يجعل لديه مميزات خاصة لا تتوفر لدى غيره، فيقدم الشريك هذه الخبرة سواء مع الممارسة الفعلية للعمل أو بدون هذه الممارسة، كما إذا اقتصر مهمته على تخطيط برامج العمل، ووضع سياسة الشركة، وإرساء القواعد التي تلتزمها في مباشرة أوجه نشاطها. وعلى هذا الأساس، فإن العمل التافه الذي لا يعود على الشركة التجارية بنفع، ولا يساهم في نجاحها، لا يُعد بمثابة حصة، بل ولا يمكن أن يرقى

¹⁴⁰ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 388.

¹⁴¹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 57.

إلى مستوى الحصة في الشركة، وأن مقدمه لا يعتبر شريكاً بل أجيراً، يحصل على أجره في صورة جزء من الأرباح¹⁴².

وفي هذا السياق أكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 22 يوليو 1933¹⁴³ أنّ العمل الذي يصح اعتباره حصة في الشركة هو العمل الفني كالخبرة التجارية في مشتري الصنف المُتَّجَر فيه وبيعه، أما العمل التافه الذي لا قيمة له فإنه لا يعتبر حصة في الشركة.

وحصة العمل تتضمن التزامين، أحدهما التزام بالقيام بعمل، والآخر بالامتناع عن عمل. فالالتزام الأول يفرض على الشريك أداء العمل المتفق عليه، والالتزام الثاني يوجب على الشريك أن يمتنع عن أي عمل يسبب ضرراً للشركة، فلو أنّ الشريك صاحب الحصة بالعمل تسبب في أضرار للشركة وهو يؤدي عمله، فلا يكون موفياً بالتزامه بأداء هذه الحصة، ذلك أن النشاط المكون لحصته يجب أن يترتب عليه فائدة للشركة، وكذلك فإن الشريك صاحب هذه الحصة يلتزم بعدم المنافسة.

2- أن يكون العمل مستمراً: وكذلك فإنّ من شروط الحصة، أنّ الشريك مقدم حصة العمل عليه أن يُفيد الشركة وباستمرار، بنفس نوع النشاط المتفق عليه في عقد تأسيس الشركة. إذ لا يُتصور أن يؤدي هذا العمل دفعة واحدة، فالعمل المؤدى دفعة واحدة يكون مجرد خدمة معينة، يخرج عن أن يكون عملاً يُقصد به انتفاع الشركة، ولا يكون حصة عمل. فإدارة الشركة مثلاً عمل لا يمكن تصور أدائه مرة واحدة، بل هو عمل يتوالى أدائه خلال حياة الشركة، بمعنى آخر فهو يؤدي بصفة مستمرة.

ولابد من التأكيد على أن تقديم الاسم كحصة في شركات الأشخاص، استناداً إلى الثقة والنفوذ التجاري والاقتصادي لصاحب الحصة لا النفوذ السياسي، أمر يجده الباحث مقبولاً إذا كان صاحبها مسؤولاً عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة. فمع تزايد نمو الشركات وتزايد نفوذها وطبيعتها أعمالها المختلفة، نجد أن تقديم النفوذ والسمعة التجارية كحصة في الشركة أصبح واقعاً أخذت به العديد من التشريعات وحتى العربية منها، كالتشريع السعودي مثلاً. ولكنّ المشرع الليبي لم يعتبرها داخلة ضمن الحصص المقبولة، بل صنفها حصة محظورة بنص المادة 500 ق.م.ل¹⁴⁴.

¹⁴² - السيد علي السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطابع الأهرام التجارية، س 1972، ص 113.
¹⁴³ - نقض طعن رقم 8، س 3 قضائية جلسة 22/يوليو/1933م، أنظر فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 55، وكذلك عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 30.

¹⁴⁴ - المادة (500) نصت على: "لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية".

الفرع الثاني: أعمال من ضرورات التأسيس

نصت الفقرة 2 من المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "وللشركة بعد القيد في السجل التجاري أن تتخذ قرارا بتحمل آثار العقود والتصرفات القانونية التي قام بها المؤسسون لضرورات مرحلة التأسيس، بحيث تكون الحقوق والالتزامات في ذمة الشركة بشكل مباشر".

إذاً فالتصرفات التي تسري في حق الشركة، هي الأعمال الضرورية لتأسيسها والتي يقوم بها المؤسسون لمصلحة الشركة، وهذه التصرفات بذلك الوصف تختلف من شركة إلى أخرى، حسب نوع ونشاط الشركة، وكذلك حسب حجم رأس مال الشركة وطموح مؤسسيها. ولكن الأمر يبقى من سلطة المحكمة التقديرية، وتفصل فيه عند الخلاف؛ فيما إذا كان التصرف الذي أجراه المؤسسون ضروريا لتأسيس الشركة من عدمه¹⁴⁵. ولا يجب قصر التصرفات التي يقوم بها المؤسسون على الجانب الإجرائي فقط، وإنما يجب أن تتسع لتشمل كل الأعمال التي تساهم في تأسيس الشركة، وتجهيزها للقيام بعملها، لا بوصفها كيانا قانونيا فقط، وإنما أيضا بوصفها مشروعا اقتصاديا يُراد أن تتوفر له الإمكانيات اللازمة لمباشرة نشاطه¹⁴⁶.

وباستقراء نص المادة المذكورة نجد أنّ المشرع أوجب على المؤسس أن يبذل عناية الرجل الحريص عند إقدامه على أي تصرف لمصلحة الشركة، ومن ثم إذا أهمل أو قصر مما ترتب عليه إلحاق الضرر بالشركة أو بالغير، التزم بتعويض هذه الأضرار. ومناطق هذا الالتزام ألا يهدف المؤسس من أعماله توريث الشركة في نفقات طائلة دون داع، كأن تكون هذه الأعمال أعمالا كمالية أو ترفيهية لا يقتضيها تأسيس الشركة، كإنشاء صالة رياضية أو مقهى للعمال، أو حدائق للشركة، أو مساحات خضراء أو مرصوفة¹⁴⁷. وأن يستهدف في تصرفاته وتعاقباته مع الغير غرض الشركة ومصالحها، في حدود إمكانياتها المالية والفنية المتاحة. ويمكن حصر الأعمال التي يقوم بها المؤسسون في هذه المرحلة من عمر الشركة في: القيام بالأعمال التمهيدية (أولا)، وإبرام العقود اللازمة (ثانيا).

أولا- القيام بالأعمال التمهيدية: يقوم المؤسسون بمجموعة من الأعمال والتصرفات التمهيدية التي يستلزمها تأسيس الشركة، والتي تمهد إلى بث الحياة في الشركة وتمتعها بالشخصية المعنوية، وخلق الهيكل القانوني لها على النحو الذي أراده المشرع ورسمه من خلال النصوص¹⁴⁸.

¹⁴⁵ - وجدي شفيق، مرجع سابق، ص253.

¹⁴⁶ - محمود بربري، مرجع سابق، ص215.

¹⁴⁷ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص382، ص383.

¹⁴⁸ - مجد سويلم، مرجع سابق، ص274.

ولأنّ المؤسسين هم أصحاب فكرة إنشاء الشركة وتأسيسها، فنجدّهم بالإضافة إلى قيامهم بالإجراءات التي أقرها المشرع، يبادرون إلى إجراء بعض الأعمال والتصرفات الأخرى، كالقيام بدراسة جدوى لمشروع الشركة للوقوف على مدى نجاحه، مقارنة بمتطلبات السوق ومدى فاعلية المشروع من الناحية الاقتصادية، بالإضافة إلى القيام ببعض الاستشارات القانونية والحسابية، للاستفادة من أهل الخبرة. والسعي إلى الحصول على براءات الاختراع، والتفاوض مع البنوك لإقناعها بفتح اعتمادات لصالح الشركة تحت التأسيس.

كما أنّ المؤسسين في شركة المساهمة، هم من يتولون إجراءات الاكتتاب في رأس مال الشركة، وهم المسؤولون عنها، وعن توافر المقدمات العينية. وفق ما نصت عليه المادة 113 ق. ن. ت. رقم 2010/23م¹⁴⁹.

ثانيا- إبرام العقود اللازمة: تتنوع العقود التي يُمكن للمؤسسين أن يُبرموها في مرحلة تأسيس الشركة قبل اكتسابها للشخصية المعنوية بالقيّد في السجل التجاري، فهذه المرحلة تتطلّب أن يُثوم المؤسسون بإبرام عقود عمل مع بعض العمال والخبرات والكفاءات، حسب نوع نشاط الشركة وقدراتها المالية. والتعاقد مع المقاولين والمتعهدين لإنشاء معامل ومقار للشركة، كما لهم إبرام عقود توريد المواد الخام ومواد التشغيل، وشراء الأدوات والأجهزة المكتبية، وإبرام عقود التأمين مع شركات التأمين لتغطية المخاطر. كما أنّ هذه المرحلة تتطلّب إبرام عقود إيجار لبعض المباني والعقارات والآليات، وعقود تدريب للكوادر العاملة.

مع الأخذ بعين الاعتبار أن تكون هذه التعاقدات من ضرورات مرحلة التأسيس، وإلا فإنّ المؤسسين يتحملون متضامين قبل الغير الالتزامات التي تعهّدوا بها لإنشاء الشركة. وهو ما نصت عليه المادة 112 ق. ن. ت. رقم 2010/23م بقولها: "المؤسسون مسؤولون بالتضامن قبل الغير عن الالتزامات التي تعهدوا بها لإنشاء الشركة، وعلى الشركة أن تُعفي المؤسسين من تلك الالتزامات، وأن تُردّ 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".

المطلب الثاني: إجراءات التأسيس الشكلية

¹⁴⁹- نصت 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- توافر المقدمات العينية طبقاً لتقرير الخبير.
 - 3- صحة البيانات التي أذاعوها على الجمهور لتأسيس الشركة.
- ويعد مسؤولاً بالتضامن بنفس الدرجة قبل الشركة والغير أولئك الذين تعامل المؤسسون باسمهم.

من الضروري أن يعرف الشركاء المؤسسون أو الذين سينضمون إلى الشركة في المستقبل، حقوقهم وواجباتهم. ومن ثم يلزم تحرير عقد الشركة ونظامها الأساسي، ومن بعد ذلك يجب قيدهما في السجل التجاري. عليه سيقسم هذا المطلب إلى: الفرع الأول: تحرير عقد الشركة ونظامها الأساسي. والفرع الثاني: قيد عقد الشركة ونظامها الأساسي.

الفرع الأول: تحرير عقد الشركة ونظامها الأساسي

نصت المادة 14 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على أن يكون عقد الشركة ونظامها الأساسي في شكل محررات رسمية، فالشركات التجارية المسماة تستوجب لنشأتها كشخص اعتباري أن يصدر عقد تأسيسها في وثيقة رسمية، فهو من العقود الشكلية التي لا تكفي لصحتها الكتابة العرفية، وإنما يشترط تحريره على يد موثق رسمي، أي محرر عقود. وتعد الكتابة في عقود الشركات شرطاً للانعقاد للإثبات، وهو ظاهر من نص المادة المشار إليها سلفاً¹⁵⁰. وفي هذا الصدد فإنّ المشروع قد نص في المادة 23 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "يجوز للأمين المختص أن يصدر قرراً بالنماذج الاسترشادية لعقود التأسيس، والأنظمة الأساسية للشركات والتشريكات المنظمة بهذا القانون".

وعلى ما وقف عليه الباحث، فإنه في شركات الأموال جرى العمل في السجل التجاري بالاعتداد بالنماذج المعدة من قبل وزارة الاقتصاد فقط، ولا يُعدت بغيرها، رغم أنّ المشروع جعلها استرشادية. وتعد المادة 14 ق. ن. ت. رقم 2010/23م قاعدة عامة لجميع أنواع الشركات المسماة. فالبيانات التي وردت فيها تُعد إلزامية وجوهرية يترتب على إغفالها بطلان عقد التأسيس، وهي تباعا على التفصيل التالي:

أولاً- الشكل القانوني: الشكل القانوني للشركة هو القالب القانوني الذي اتجهت إرادة الشركاء إلى اتخاذه والعمل من خلاله ليكون الشخص الاعتباري الذي أرادوا تكوينه أو الذي أرادوا أن يعملوا من خلاله لتحقيق الربح واستثمار أموالهم فيه. ويمكن بشكل عام أن تُقسم الشركات وفقاً لما اعتمده المشروع الليبي إلى شكلين قانونيين: أولهما شركات الأشخاص، وثانيهما شركات الأموال، ولكل منهما خصائص معينة يمكن تمييزها عن الأخرى.

¹⁵⁰ - المادة (14) نصت على: "يجب في غير شركات المحاصة ان يكون عقد الشركة ونظامها الأساسي في شكل محررات رسمية، ويجب أن يتضمن العقد والنظام الأساسي للشركة شكلها القانوني، واسمها، ومدتها، ومقرها، ومركزها الرئيسي، ورأس المال المدفوع منه في الحالات التي يتطلبها القانون، وأغراضها بمراعاة وحدة الغرض والتخصص بالكيفية أو الصورة التي ينظمها قرار يصدر عن اللجنة الشعبية العامة". وفي جميع الأحوال يراعى أن يتناسب عمل الشركة مع رأس مالها وفقاً لتصنيف الشركات الذي يصدر به قرار من اللجنة الشعبية العامة.

1- شركات الأشخاص: يتميز هذا النوع من الشركات بقيامه على الاعتبار الشخصي، إذ يركز على شخصية الشريك فيها، وما يتمتع به من ثقة واثمّان. فهي تؤسس من قبل أشخاص يعرفون بعضهم بعضاً، وتقوم على الثقة المتبادلة بينهم... كما تؤسس على مبدأ المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء عن ديون الشركة، فذمتهم الشخصية هي الضمان العام للدائنين، ويُعد هذا المبدأ الدافع الرئيسي لتعامل الغير مع هذه الشركات. فكما يُعول هذا الغير في تعامله مع الشركة على حجم ما تُمثله من أموال، لا يمكن غض الطرف عن يقفون خلفها من الشركاء الذين يُمثلون خط الدفاع الأخير على حقوقه، لذا عُرفت هذه الشركات بشركات الأشخاص، كما أنها تُسمى أحياناً بشركات الحصص؛ لأنّ المساهمة فيها تتم عن طريق حصة يتقدم بها الشريك في رأس المال¹⁵¹.

ومتى ما حدث ما يهدم الاعتبار الشخصي فإنّ الشركة قد تتعرض للحل، فإذا تُوفّي أحد الشركاء أو حُجر عليه أو شُهر إفلاسه أو إعساره، فإنّ ذلك يؤدي إلى انقضاء الشركة، إذا لم يتفطن له الشركاء في عقد التأسيس ويضعوا شروطاً تجعل الشركة مستمرة في حالة حدوث ذلك، إذ من الممكن أن يترتب على ذلك انهيار الثقة التي وُضعت كحلّ شريك في الآخر، والتي من أجلها قُبِل الاشتراك معه في تكوين المشروع الاقتصادي أو تلك التي دَفعت الغير للتعامل مع الشركة¹⁵².

وقد حصر المشرع الليبي شركات الأشخاص في ثلاثة أنواع هي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة.

2- شركات الأموال: تُؤسس شركات الأموال بناء على الاعتبار المالي، فحجم رأس مال الشركة هو الداعم الأساسي لدخول الشركة إلى السوق والمنافسة في مجالها. ولا تحوز شخصية الشريك أية أهمية ولا تأثير، فالعبرة فيها بما يُقدمه كل شريك من قيمة مالية يحصل في مقابلها علي مجموعة من أسهم الشركة، ولذلك فإنّ أسهم الشريك فيها قابلة للتداول بطرق سريعة، دون أن يتوقف ذلك على قبول من الشركة أو من الشركاء، فينتقل السهم بطريق التسليم إذا كان لحامله أو بطريق القيد في دفاتر الشركة إذا كان اسمياً، كما نصت على ذلك المادة 115 ق. ن. ت. رقم 2010/23م¹⁵³ وإذا أوفى المساهم بقيمة السهم فإنه لا يتحمل أية مسؤولية شخصية عن ديون الشركة، ولا يترتب على وفاة المساهم أو الحجر عليه أو إفلاسه حل الشركة.

¹⁵¹- فرج حمودة، مرجع سابق، ص312، ص313.

¹⁵²- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص99.

¹⁵³- نصت المادة (115) على: "ينقسم رأس مال الشركة المساهمة على أسهم متساوية في قيمتها الاسمية، وقابلة للتداول ويكون السهم غير قابل للتجزئة ولكن يجوز للورثة أو لمن يملكون سهماً أو أسهماً على الشبوع تعيين من يمثلهم بممارسة حقوقهم في الشركة، وإذا تخلفوا عن ذلك خلال المدة التي يحددها لهم مجلس الإدارة، يقوم المجلس بتعيين أحدهم".

ومفاد ذلك أنّ العبرة في هذه الشركات ليس شخصية الشريك وما تنطوي عليه من صفات، بل ما يُقدمه هذا الشريك في رأس مالها، ويتجسد الاعتبار المالي ابتداء من تكوين الشركة ومرورا بحياتها وانتهاء بانقضائها. فرأس المال اللازم لإنشاء الشركة يتم غالبا بدعوة الجمهور للاكتتاب في رأس المال. وحال حياة الشركة يستطيع الشريك التحرر منها بتداول أسهمه أو التنازل عنها، بطريقة بعيدة عن قيود حوالة الحق المدنية، مما يعني ضعف الاعتبار الشخصي في هذا النوع من الشركات، وغلبة الاعتبار المالي¹⁵⁴.

ولشركات الأموال أشكالا قانونية لكل منها قواعده الخاصة، فضلا عن القواعد العامة التي تشترك فيها جميعا وهي: شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة القابضة.

ثانيا- اسم الشركة: من الضروري أن يكون للشركة اسم يُميزها عن غيرها من الشركات، واسم الشركة قد يلزم أن يتضمن أسماء الشركاء أو اسم أحدهم، مع ضرورة إضافة وشركاؤه، كما هو الحال في شركات الأشخاص، وقد يكون من الضروري أن تتخذ الشركة اسما مشتقا من الغرض الذي أنشئت من أجله، وذلك كما هو الحال في شركات الأموال. وللأسماء أهمية كبرى في تمييز الشركة عن غيرها من الأشخاص المعنوية، وتجرى به كل المعاملات التي تبرمها الشركة مع الغير. والمشرع لدوافع حماية الغير أو تحديد نطاق مسؤولية الشركاء تدخل لوضع قواعد لتحديد اسم الشركة، وهذه القواعد تختلف باختلاف شكل الشركة¹⁵⁵. لذا فإننا سنستعرض آلية اختيار الاسم وكيفية الإشارة إليه كما حددها القانون رقم 23 لسنة 2010م.

1- شركة التضامن: من مستلزمات شركة التضامن أن تتخذ اسما لها يُميزها، للدلالة على استقلالها عن الشركاء الذين يكونونها، وعنوان الشركة يتكون من جميع أسماء الشركاء أو أسماء البعض منهم، أو الاكتفاء باسم واحد مع كلمة وشركاؤه، على أن تُضاف عبارة شركة تضامن. وهذا ما أكدته المادة 52 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. وعادة تُذكر الأسماء الأكثر شهرة من حيث الائتمان في عنوان الشركة، حتى تُعطي مزيدا من الثقة إلى الأشخاص الذين يتعاملون معها إلا أنّ هذا الاسم يجب أن يتفق مع هيبته القائمة في كل حين، بحيث يكون عنوانها مطابقا للواقع، سواء عند بدئها أو أثناء حياتها. وعلى ذلك إذا ما طرأ عارض أدى إلى تغيير في تركيبة الشركاء في الشركة وجب تعديل اسم الشركة على نحو يستوعب هذا التغيير.

¹⁵⁴ - محمد فريد العريني، القانون التجاري شركات الأشخاص والأموال. دار المطبوعات الجامعية، س 2001م، ص 191.

¹⁵⁵ - سامي أبو صالح، مرجع سابق، ص 80.

ولا يجوز أن يدخل في تكوين عنوان الشركة اسم شخص أجنبي عن الشركاء؛ لعدم تضييل الغير بشأن شخصية الشركاء والمسؤولين عن ديون الشركة. حيث نصت الفقرة 3 من المادة 65 ق.ن. ت. رقم 2010/23م على: "وكل من انتحل صفة الشريك في شركة تضامن سواء بألفاظ أو بكتابة أو بتصرف أو سمح للغير عن علم منه بإظهاره. كذلك يكون مسؤولاً كشريك في تلك الشركة تجاه كل من أصبح دائناً لها اعتقاداً منه بصحة الادعاء". وعليه يجب التفرقة بين حالتين:

الأولي: علم الشخص الأجنبي بدخول اسمه في عنوان الشركة دون أن يعترض. في هذا الفرض يُسأل عن ديون الشركة بالتضامن مع الشركاء في الشركة؛ ولكن ذلك ليس على أساس أنه شريك إذ الفرض أنه أجنبي عن الشركة، وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية، بوصف أن مسلكه هذا يُعد خطأ يترتب عليه ضرر للغير كان على مُرتكبه التعويض. وخير تعويض هنا هو مسؤولية الشخص الأجنبي مسؤولية شخصية وتضامنية.

الثانية: أن يتضمن العنوان اسم شخص أجنبي بدون علمه أو على الرغم من اعتراضه. في هذه الحالة لا يُسأل الأجنبي عن شيء من التزامات الشركة، بل يكون له الرجوع على الشركة لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لدخول اسمه في عنوان الشركة بغير علمه أو على الرغم من اعتراضه¹⁵⁶.

2- شركة التوصية البسيطة: نصت المادة 78 ق.ن. ت. رقم 2010/23م على أنه: "يجب أن يكون لشركة التوصية البسيطة اسم تجاري بحيث يشتمل الاسم التجاري على اسم أحد الشركاء العاملين على الأقل مع عبارة (وشركاؤه) وإذا قبل الشريك الموصي إظهار اسمه في اسم الشركة أصبح مسؤولاً عن التزاماتها تجاه الغير على وجه التضامن والتكافل مع الشركاء العاملين. ويجب أن يكون الاسم متبوعاً بعبارة "شركة توصية بسيطة".

من خلال هذا النص يتبين لنا أنه لا يجوز أن يشتمل اسم شركة التوصية البسيطة إلا على اسم أو أسماء الشركاء العاملين أي "الشركاء المتضامنين"، ولا يجوز أن يدخل في اسم الشركة اسم واحد من أسماء الشركاء الموصين، أي أصحاب المال الخارجين عن الإدارة، وعلّة الحظر هي حماية الغير من الغلط في شخصية الشركاء، إذ إنّ الشريك الموصي لا يُسأل عن ديون الشركة وتعهّداتها إلا في حدود حصته، في حين أنّ الشريك العامل الذي يرد اسمه في عنوان الشركة يُسأل مسؤولية غير محدودة وتضامنية عن ديون والتزامات الشركة. فإذا تضمن عنوان الشركة اسم أحد الشركاء الموصين بإذن منه أو بعلمه دون أن يعترض، فيكون مسؤولاً في مواجهة الغير باعتباره شريكاً متضامناً، عن ديون الشركة وتعهّداتها، مسؤولية تضامنية.

¹⁵⁶ - محمود سمير الشرفاوي، القانون التجاري، ج الأول، دار النهضة العربية، س 1989م، ص 231.

أما إذا ظهر اسم الشريك الموصي ضمن اسم وعنوان الشركة دون علمه ورضاه، فإنه يبقى محتفظاً بمركزه كشريك موص، وتنحصر مسؤوليته في مواجهة الغير في حدود حصته في الشركة، ويقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات جهله أو عدم رضاه بظهور اسمه ضمن سم الشركة، كما أنّ من حقه الحصول على التعويض من الشركاء العاملين إذا لحق به ضرر جراء هذا التصرف¹⁵⁷.

وإذا كان الهدف من إضافة اسم الشريك الموصي لاسم الشركة هو خلق ائتمان مزيف للشركة فإنّ هذا العمل يُشكل جريمة نصب، فضلاً عن المسؤولية التضامنية التي تلحق الشريك الموصي¹⁵⁸.

وهنا لا يُد من الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 31 ديسمبر 1989م ألزم شركة التوصية البسيطة بأن تتخذ اسماً لها، يُمكن أن يكون تسمية مبتكرة أو مشتقاً من أسماء الشركاء فيها، ويستوي في ذلك الشركاء العاملون والشركاء الموصون، وإنما يجب أن يُكتب إلى جانب الاسم عبارة "شركة توصية بسيطة"¹⁵⁹.

3- الشركة المساهمة: لا يجوز أن يكون اسم شركة المساهمة مستمداً من اسم شخص طبيعي، إلا إذا كان غرض الشركة استثمار براءة اختراع مُسجلة باسم هذا الشخص، أو إذا تملكت الشركة مؤسسة تجارية واتخذت اسمها اسماً لها، ويجب أن يتبع اسم الشركة أينما ورد عبارة (شركة مساهمة ليبية). وهذا ما نصت عليه المادة 100 ق. ن. ت. رقم 2010/23م وهذا الحظر الذي أوجبه المشرع مفاده عدم وقوع الغير في غلط بالنسبة لمسؤولية المساهم المحدودة عن ديون والتزامات الشركة، وفي بعض الأحيان يكتسب اسم إحدى شركات الأشخاص شهرة وسمعة تجارية معينة، فإذا أصبحت هذه الشركة مُلكاً لشركة مساهمة واتخذته اسماً جديداً لها، أو تحولت هذه الشركة إلى شركة مساهمة، يجب إضافة عبارة "شركة مساهمة" إلى اسم الشركة، لمنع الغير المتعامل مع الشركة من الوقوع في غلط يتعلق بمدى مسؤولية المساهمين، فهي في هذه الحالة مسؤولية محدودة.

وإذا كانت شركة المساهمة تتعامل باسم مُشتق من الغرض الذي أُسست من أجله الشركة، فيجوز أن تُطلق تسمية مبتكرة على الشركة، لتمييزها عن غيرها من شركات المساهمة التي تقوم بمشروعات مشابهة.

4- شركة التوصية بالأسهم: نصت المادة 262 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على: "تعمل شركة التوصية بالأسهم تحت اسم تجاري بالإضافة إلى اسم أحد الشركاء العاملين على الأقل، مع ذكر

¹⁵⁷ - مسعود مادي وفاضل الزهاوي، مرجع سابق، ص 149.

¹⁵⁸ - محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 168.

¹⁵⁹ - علي سيد قاسم، قانون الأعمال، ج الثاني، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، دار النصر القاهرة، س 1997م، ص 249.

العلاقة القانونية بين الشركاء، ويجوز أن تعمل الشركة تحت اسم مبتكر، وفي الحالتين يجب أن تُضاف عبارة "شركة توصية بالأسهم". ولا يجوز أن يُذكر اسم الشريك الموصي في اسم الشركة، فإذا ذُكر مع علمه بذلك، يصبح مسؤولاً عن التزاماتها على وجه التضامن بالنسبة إلى الغير حسن النية.

إذ يجوز أن تعمل الشركة تحت اسم تجاري مُبتكر، بالإضافة إلى اسم أحد الشركاء العاملين، وفي الحالتين، يجب أن يُضاف إلى اسمها، عبارة "شركة توصية بالأسهم"، وبما أنّ لهذه الشركة طبيعة مختلطة؛ فهي تضمّ شركاء موصين إلى جانب الشركاء العاملين.... فقد أجاز المشرع أن يُضاف إلى اسمها اسم أحد الشركاء العاملين أو أكثر، كما هو مقرر في شركات الأشخاص. وسَمَح في الوقت نفسه أن تكون التسمية مبتكرة، على ذات الوضع في الشركة المساهمة. ويعني ذلك بعبارة أخرى أنّ هذه الشركة تعمل في سائر الأحوال تحت اسم تجاري مُبتكر يجوز أن يكون مقترنا بأسماء الشركاء العاملين، أو بعضهم أو مجردا منها، وفقا لما يُقدّره الشركاء. وقد منعت الفقرة 2 من المادة 262 ق.ن. ت. رقم 2010/23م، أن يُذكر اسم الشريك الموصي ضمن تسمية الشركة، فإذا ذُكر مع علمه بذلك صار مسؤولاً عن ديونها، على وجه التضامن بالنسبة إلى الغير حسن النية¹⁶⁰.

5- الشركة ذات المسؤولية المحدودة: نصت المادة 272 ق.ن. ت. رقم 2010/23م على: "يكون للشركة ذات المسؤولية المحدودة اسم تجاري، ويجب أن تضاف إلى اسم الشركة عبارة "شركة ذات مسؤولية محدودة" فإذا أهمل المديرون مراعاة هذا الحكم كانوا مسؤولين عن تعويض الأضرار الناجمة عن ذلك". إذاً يجب أن تحمل الشركة ذات المسؤولية المحدودة اسماً تجارياً تُعرف به، ولا يُشترط أن يقترن الاسم بأسماء الشركاء، نظراً لأن مسؤوليتهم محدودة، فشخصيتهم بالنسبة إلى الغير ليست محل اعتبار في الشركة وإن كانت كذلك فيما بينهم. ويُنوّه كذلك إلى أنّ الاشتراط الخاص بتحديد اسم الشركة وإضافة طبيعتها القانونية يتعلق أيضاً بمراسلات الشركة ومستنداتها، ولذا يتوجب على المديرين أن يذكروا هذين البيانيين في جميع مراسلات الشركة ومستنداتها، حرصاً على مصالح المتعاملين معها، الذين قد يعتقدون بأنّ الشركة من شركات الأشخاص، فيتعاقدون معها من مُنطلق الثقة في بعض الشركاء، ثمّ يُفاجأوا بأنها ذات مسؤولية محدودة، وأنّ الصفقات التي أبرمتها معهم تتجاوز قدراتها المالية.

¹⁶⁰- فرج حمودة، مرجع سابق، ص 625.

وتماشيا مع هذا الاعتبار أيضا وَضَعَت المادة المذكورة جَزَاء يترتب في مواجهة المُديرين، هو التزامهم بتعويض كل من يتضرر جراء هذا الإغفال.

ثالثا- مدة الشركة: في جميع الشركات التجارية يَتَّفِق الشركاء على تحديد مدة معينة لانقضاء الشركة، وتُحدد هذه المدة في بُنود العقد والنظام الأساسي، بناء على نص المادة 32 ق. ن. ت. رقم 2010/23م والتي نصُّها: " تنحل الشركة إذا انتهت المدة المحددة لها، إلا إذا قام الشركاء بتمديد أجل الشركة حسب بنود العقد والنظام الأساسي قبل انتهاء تلك المدة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ويكون تحديد المدة في عقد الشركة باتفاق الشركاء. وغالبا ما يكون لخمس وعشرين سنة حسب المُتعارف عليه، وتحديد مدة الشركة هو بيان مهم، يتوجب على الشركاء تضمينه ضمن بُنود عقد الشركة ونظامها الأساسي باتفاقهم جميعا، وأحيانا تكون مدة الشركة بانتهاء أو استحالة إنهاء العمل الذي أنشئت الشركة من أجله، كأن تنشأ شركة للقيام بأحد المشاريع، مثل إنشاء سكة حديد أو شبكة طُرق أو نفق أو مطار أو ميناء وغيرها. فعندما يَكتَمِل تنفيذ هذا المشروع تُعتبر الشركة مُنحلة بانتهاء مُدتها، وكذلك الأمر عندما يُصبح تنفيذ أو إنهاء المشروع مستحيلا، وذلك لأن مدة الشركة هي في نفس الوقت غرضها أو محلها الذي تأسست لأجله، ومحل الشركة هو من الشروط الموضوعية العامة التي لا تستقيم الشركة بدونها، وهذا الشرط لم يُعد متوفرا في هذه الشركات.

أما بخصوص التمديد الضمني الذي نصت عليه الفقرة 1 من المادة 523 ق. م. ل. بقولها: "تمتد الشركة ضمنا ولأجل غير معين إذا استمر الشركاء في القيام بأعمال الشركة بعد انقضاء المدة التي عينت لها". فهذا النص هو من القواعد العامة التي تُطبق في حالة عدم وجود نص خاص، وهو ما أحالتنا عليه المادة 32 ق. ن. ت. رقم 2010/23م بقولها: ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

رابعا- مقر الشركة ومركزها الرئيسي: في كُل الشركات التجارية، نص القانون على ضرورة تحديد مقر الشركة ومركزها الرئيسي في عقد تأسيسها ونظامها الأساسي وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 14 ق. ن. ت. رقم 2010/23م¹⁶¹ والتي تُعد من الأحكام المشتركة التي تسري على مختلف الشركات التجارية، وقد شدد المشرع على وجوب إدراج هذا البيان عندما نص عليه في المادة 101 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الخاصة بشركتي المساهمة والتوصية البسيطة. ومن الجدير

¹⁶¹- نصت المادة (14) على: "يجب في غير شركات المقاصة - أن يكون عقد الشركة ونظامها الأساسي في شكل محررات رسمية، ويجب أن يتضمن العقد والنظام الأساسي للشركة شكلها القانوني، واسمها، ومدتها، ومقرها، ومركزها الرئيسي، ورأس المال المدفوع منه في الحالات التي يتطلبها القانون، وأغراضها بمراعاة وحدة الغرض والتخصص بالكيفية أو الصورة التي ينظمها قرار يصدر عن اللجنة الشعبية العامة".

بالذكر أنّ مقر الشركة ومركزها الرئيس يُمثّلان ما يُعرف بموطن الشركة، والذي يكون مستقلاً عن موطن الشركاء فيها نظراً لتمتعها بشخصية قانونية مستقلة عنهم.

والموطن هو عبارة عن المكان الذي تُقيم فيه الشركة عادة، وتتخذ مركزاً لتحقيق مصالحها وإدارة نشاطها وتُسلم فيه كل الإعلانات والإخطارات والمراسلات.

وهنا لا بُد من التمييز بين مركز إدارة الشركة ومركز الاستغلال؛ فمركز أو موطن الشركة يُقصد به المركز الرئيسي لإدارة الشركة، وهو المكان الرئيسي والحقيقي الذي تتواجد به إدارتها العامة متمثلة في هيئاتها وإدارتها القانونية والمالية والفنية، وهذا المكان هو الذي تُعقد فيه الجمعية العمومية ومجلس الإدارة، والذي يتواجد به مدير الشركة. أما مركز الاستغلال فهو المكان الذي تُباشر الشركة فيه نشاطها المادي، كالمصنع الذي تمتلكه الشركة أو المنجم الذي تستغله... وتظهر أهمية تحديد موطن الشركة بصفة خاصة في تحديد النظام القانوني الذي ينطبق عليها، ويتحدد على ضوء الاختصاص المكاني في الدعاوى القضائية المختلفة، وجنسية الشركة، كما أنّه المكان الذي تُعلن فيه الشركة بالأوراق الرسمية. لذلك لا بُد أن يهتم الشركاء في العقد ببيان مركز إدارة الشركة الذي يُعتبر موطنها لها¹⁶².

خامساً- رأس مال الشركة: بالرغم من أنّ المشرع الليبي قد نظم آلية تكوين وتأسيس الشركات بمواد عدة، أضعفت مبدأ حرية التعاقد في عقود الشركات، فإنه في بعض الأحيان، ترك براحة لبعض أنواع الشركات تُؤسس فيه شروطها الخاصة، التي تتوافق مع طبيعتها. والأمر هنا يتعلق برأس مال الشركة في شركات الأشخاص، بحيث يتولى عقد تأسيس الشركة والنظام الأساسي لها، تحديد النسبة من رأس المال الذي يتعين دفعه من جانب الشركاء لحظة توقيع العقد. وربما يرجع ذلك إلى المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء في مثل هذه الشركات، وكذلك للرابط الشخصي الذي غالباً ما يجمع الشركاء، فالمشرع لم يتدخل في تحديد رأس المال؛ لأنّ الدائنين ينظرون في شركات الأشخاص للضمان الشخصي، وهو ذمة الشركاء، ولا ينظرون لرأس مال الشركة.

أما شركات الأموال، فإنّ المشرع خص نفسه بتنظيم رأس مالها، والنسبة المدفوعة منه، فقد نصت 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

¹⁶²- وجدي شفيق، مرجع سابق، ص 86.

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 مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري".

إذا فإنَّ رأس مال الشركة المساهمة المدفوع منه، يجب أن يكون في حدود نسبة الثلاثين في المائة من رأس مالها، الذي حدّد القرار الحد الأدنى له وهو مائة ألف دينار. أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فقد أشتَرَط القانون أن يُدفع كاملاً عند التأسيس، ووضع شرطاً هو، ألا يتعدى رأس مالها الحد الأدنى للشركة المساهمة، أي المائة ألف دينار، فعندئذ يطبق في شأنها القواعد المنظمة للشركة المساهمة كما ذكر سابقاً، ولأنَّ رأس مال الشركة المساهمة يتميز بضخامة نسبية، حيث يُعد بمثابة "الفدية" للمسؤولية المحدودة للمساهمين، لذلك يستلزم القانون توافر حد أدنى لرأس المال فيها، حتّى يكون هو أيضاً الحد الأدنى لضمان دائني الشركة. ولهذا يُهيمن عليه مبدأ "ثبات رأس المال" بحيث يحظر رد رأس المال إلى المساهمين بأيّة وسيلة قبل انقضاء الشركة¹⁶³.

سادساً- أغراض الشركة: غرض الشركة هو موضوع نشاطها الذي اتجهت نية الشركاء إلى ممارسته، وهو المشروع الذي استهدف الشركاء تحقيقه، وقد أوجب المشرع في المادة 14 ق.ن. ت. رقم 2010/23م ضرورة ذكر هذا البيان، وذلك لأهميته، فهو الإطار الذي تُمارس فيه الشركة نشاطها دون الخروج عنه وممارسة نشاط غير الذي أُسست لأجله، كما أنّه لا يجوز أن يكون هذا النشاط مخالفاً للنظام العام والآداب.

والملاحظ من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع استخدم مُصطلح أغراض، وهو جمع غرض، مما يُعطي إمكانية أن يكون للشركة أكثر من غرض، مع مراعاة وحدة الغرض والتخصص وفقاً لنوع الشركة، وأن يُحدد الغرض أو النشاط بدقة. فمن الناحية العملية يمكن أن يُدون الشركاء في النظام الأساسي محل عقد الشركة بطريقة فضفاضة، كأن يُقال إن الشركة ستمارس كل الأعمال المتعلقة بالفنادق، ثم تمارس الشركة في الواقع جزءاً من هذا النشاط.

ولكن يُمكن أن تُحدّد الشركة النشاطات التي يُمكن أن تمارسها، مع إضافة أنّ هذه الأخيرة لها ممارسة كل الأنشطة المالية أو التجارية أو الاقتصادية المترتبة بشكل ما بهذا النشاط المبين في النظام الأساسي أو في عقد التأسيس، وهذا ما يطبق عليه القضاء الفرنسي "الشرط المظلة"¹⁶⁴.

¹⁶³- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر، س 1989م، ص 448.

¹⁶⁴- سامي أبو صالح، مرجع سابق، ص 8، ص 9.

ومن جانب آخر، يَسمح تحديد غرض الشركة؛ بترتيب مسؤولية المُديرين الذين يتجاوزون هذا الغرض عند ممارسة صلاحياتهم باسم الشركة، فإذا خرج هؤلاء عن نطاق الغرض، اعتُبر عملُهم تجاوزاً لحدود سُلطاتهم المُنظمة بهم، غير ملزم للشركة وإنما لهم شخصياً، فعلى سبيل المثال: إذا تأسست شركة لتكرير البترول فلا يجوز لمُديرها أن يقرروا تصنيع أو توريد المواد الغذائية للعاملين في الحقول النفطية، لما ينطوي ذلك من تعديل لغرضها يخرج عن اختصاصاتهم¹⁶⁵ بحسب نص المادة 198 ق.م.ل.

الفرع الثاني: توثيق عقد الشركة ونظامها الأساسي

تُعتبر عملية توثيق عقد الشركة ونظامها الأساسي من الإجراءات الأساسية التي أوجبها المشرع لخلق الشركات التجارية وتمام تأسيسها، وهي عملية تتم بمعرفة "محرر عقود رسمية" ولا يكفي لصحتها الكتابة العرفية لأنّ عقود الشركات المسماة من العقود الشكلية التي اشترط المشرع أن تكون في شكل محررات رسمية حسب نص المادة 14 ق.ن.ت. رقم 2010/23م التي نصت على: "يجب في غير شركات المحاصة أن يكون عقد الشركة ونظامها الأساسي في شكل محررات رسمية، ويجب أن يتضمن العقد والنظام الأساسي للشركة شكلها القانوني، واسمها، ومدتها، ومقرها، ومركزها الرئيسي ورأس المال المدفوع منه في الحالات التي يتطلبها القانون، وأغراضها بمراعاة وحدة الغرض والتخصص بالكيفية أو الصورة التي ينظمها قرار يصدر عن اللجنة الشعبية العامة".

وقد أدرجت المادة 54 ق.ن.ت. رقم 2010/23¹⁶⁶ تفصيلاً بالبيانات التي يجب أن يحتويها عقد تأسيس شركة التضامن، وذات المادة تنطبق على شركة التوصية البسيطة بموجب إحالة نصت عليها المادة 79 ق.ن.ت. رقم 2010/23م. مع مراعاة أن يُبين في عقد تأسيسها - أسماء الشركاء العاملين - وأسماء الشركاء الموصين -، كما نصت عليه المادة 80 ق.ن.ت. رقم 2010/23م بقولها: "يجب أن يثبت تأسيس شركة التوصية البسيطة بعقد رسمي وأن يبين فيه أسماء الشركاء العاملين وأسماء الشركاء الموصين".

¹⁶⁵ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 45، ص 46.

¹⁶⁶ - نصت المادة (54) على: "يجب أن يحتوي عقد التأسيس على البيانات التالية:

1- اسم ولقب كل شريك، واسم أبيه، وموطنه، وجنسيته، وتاريخ ميلاده، ورقم هويته. 2- اسم الشركة. 3- اسم الشخص وأسماء الأشخاص - من الشركاء أو غيرهم - المنوطة بهم إدارة الشركة وتمثيلها القانوني. 4- مقر الشركة ومركزها الرئيسي. 5- أغراض الشركة. 6- حصة كل شريك وقيمتها. 7- بيان ما يلتزم به الشريك الذي يقدم حصته عملاً. 8- القواعد الواجب إتباعها لتوزيع الأرباح ومقدار نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر. 9- مدة الشركة. 10- الوضع الذي تؤول إليه الشركة في حالة انعدام أو نقص أهلية الشريك، أو إشهار إفلاسه".

كما نصت أيضا المادة 101 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الخاصة بشركة المساهمة على أنّ الشركة المساهمة لا يتم تأسيسها إلا بعقد رسمي، وأوردت جملة من البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد عند تحريره، وذات الأمر ينطبق على شركة التوصية بالأسهم بموجب إحالة نصت عليها المادة 263 ق. ن. ت. رقم 2010/23م، بالإضافة إلى وجوب أن يتضمن عقد التأسيس أسماء الشركاء العاملين وهم من يكونون مديري الشركة. وهو ما نصت عليه المادة 264 ق. ن. ت. رقم 2010/23م بقولها: "يجب أن يتضمن عقد التأسيس أسماء الشركاء العاملين ويترتب على وصفهم بالشركاء العاملين اعتبارهم قانونا مديري الشركة وعليهم نفس الواجبات المقررة في شأن مجلس الإدارة في الشركة المساهمة".

وأما فيما يتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنّ المادة 276 ق. ن. ت. رقم 2010/23م¹⁶⁷ أكدت على ما نصت عليه المواد السابقة المتعلقة بغيرها من الشركات؛ بوجوب أن تكون في شكل عقد رسمي وأوردت جملة من البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد التأسيس.

وتتم عملية توثيق عقد الشركة ونظامها الأساسي على يد "محرر عقود رسمية" الذي يتأكد من حضور أطراف العقد أو من ينوب عنهم بموجب توكيل خاص من أصحاب الشأن، ويتأكد من أهليتهم وجنسياتهم ومحل إقامتهم وتاريخ ومكان ميلادهم وأرقام هوياتهم من واقع إثبات الهوية المقدم من قبلهم، وكذلك يتأكد من توفر مستندات الأوصياء على القصر ومستندات القصر المأذون لهم بإبرام عقود الشراكة.

ويُدون كل تلك التفاصيل في العقد بعد أن يفتتحه بذكر اليوم والتاريخ، ومن ثم عبارة "حضر أمامي كل من". ويكون العقد في هيئة بنود حسب شكل كل شركة وما تتطلب من بيانات نصت عليها المواد المنظمة لها من ق. ن. ت. رقم 2010/23م.

بحيث تُدرج البنود تباعا، وعلى سبيل المثال في شركة التضامن يكون عقد تأسيسها كالآتي:
البند الأول: يُذكر فيه نوع الشركة التي تم اتفاق الشركاء على تأسيسها، ويُذكر على التوالي عنوانها واسمها التجاري، ومركزها الرئيسي، وفروعها إن وُجدت وغرضها المُتفق عليه.

¹⁶⁷ نصت المادة (276) على: "يجب أن تُؤسس الشركة بعقد رسمي يحتوي على ما يأتي:
1- اسم ولقب كل شريك، واسم أبيه، وموطنه، وجنسيته، وتاريخ ميلاده، ورقم هويته. 2- اسم الشركة، ومركزها الرئيسي.
3- غرض الشركة. 4- مقدار رأس المال، وحصة كل شريك، وبيان الحصص العينية، وقيمتها وأسماء مقدميها إن وجدت، وتطبيق بشأن تقديرها الأحكام الواردة بالشركة المساهمة. 5- شروط التنازل عن الحصص. 6- الأسس المقررة لتوزيع الأرباح والخسائر. 7- عدد المديرين وسلطتهم، وذكر من له حق تمثيل الشركة منهم. 8- أعضاء هيئة المراقبة إذا وجب تعيينهم. 9- مدة الشركة".

البند الثاني: يُبين فيه رأس مال الشركة ويُذكر بالأرقام وبالحروف ويكون بالعملة الليبية. مع عبارة دُفع من قبل جميع الشركاء وتُذكر حصة كل طرف من الأطراف، ويُذكر أمام كل طرف بالأرقام وبالحروف قيمة حصته مبلغاً وقدره بالدينار الليبي. وثم يُختتم بعبارة ويجوز زيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه بإجماع الشركاء على ذلك .

البند الثالث: يُخصص لتوزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء؛ بعد اعتماد الميزانية السنوية منهم بنسبة حصة كل طرف في رأس المال، إلا إذا كان هناك اتفاق على نسبة معينة للبعض فيقوم محرر العقود بذكرها.

البند الرابع: يُذكر فيه لمن آلت إدارة الشركة والتوقيع نيابة عنها، ويُذكر الاسم كما هو بالوثائق المثبتة للهوية.

البند الخامس: يُخصص لتحديد مدة الشركة بالسنوات، فيُذكر أنها تبدأ اعتباراً من: ويُذكر تاريخ بدئها، وتنتهي في: ويُذكر تاريخ انتهائها المتفق عليه، وهي قابلة للتجديد مدداً أخرى مماثلة، ما لم يُخطر أحد الشركاء الآخرين بخطاب موصى عليه بعلم الوصول برغبته في الخروج من الشركة قبل انتهاء المدة: وتُذكر المدة مُلحقة بعبارة على الأقل.

البند السادس: يُبين فيه إذا أراد أحد الشركاء الانسحاب من الشركة وجب عليه إخطار باقي الشركاء بذلك، بخطاب موصى عليه بعلم الوصول قبل تركه الشركة بمدة، وتُذكر المدة، ويجوز للشريك المُنسحب أن يبيع حصته أو يتنازل عنها للغير بشرط موافقة الشركاء الآخرين على ذلك كتابة.

البند السابع: في حالة انتهاء الشركة لأي سبب من الأسباب يقوم الشركاء بتصفيته بالطريقة التي يتفقون عليها أو بمعرفة مصفٍ تختاره أغلبية الشركاء، على أن يكون توزيع صافي الناتج من التصفية على الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال.

البند الثامن: في حالة وفاة أحد الشركاء أو فقدان أهليته أو إفلاسه؛ تستمر الشركة بين باقي الشركاء، ولا يحق لورثته أو ممثليه أو دائنيه أن يطلبوا بأي حال من الأحوال قسمة أموال وممتلكات الشركة، ولا التدخل في شؤون إدارتها، وتقتصر حقوقهم في المطالبة بنصيبه في الأرباح التي تجنيها الشركة مستقبلاً، ويحق لباقي الشركاء اعتبار الشركة مفسوخة أو اعتبار هذا الشركاء مفصولاً، وتسوية نصيبه على أساس آخر ميزانية معتمدة مع استمرار الشركة بينهم وحدهم.

البند التاسع: يُذكر فيه بيان أن كل نزاع ينشأ بين الشركاء أو بينهم وبين ورثة أحدهم؛ فيما يتعلق بالشركة أو شروط العقد يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها مركز الشركة الرئيسي .

البند العاشر: يُبين فيه أنّ هذا العقد حُرر من عددٍ من النُسخ، ويُذكر عدد النسخ موقعا عليها من الشركاء جميعا وتكون النُسخ على عدد الشركاء، بيد كل شريك نسخة للعمل بموجبها. ويُديل العقد بتوقيع جميع الأطراف وبصمة إصبعهم الإبهام ويصدق عليه بختم محرر العقود الرسمية وتوقيعه¹⁶⁸.

وإلى جانب عقد التأسيس يقوم المؤسسون بتحرير النظام الأساسي للشركة، وهو يتناول البيانات الواردة في العقد على وجه التفصيل، وكل ما يتعلق بحياة الشركة بعد تأسيسها. فيتكلم في تأسيس الشركة، وفي رأس مالها، وفي إدارتها، وفي مراقبي الحسابات، والسنة المالية للشركة، وعمر الشركة، وقواعد توزيع الأرباح، ويتناول أيضا حل الشركة وتصفيته¹⁶⁹.

ويُعتبر النظام الأساسي للشركة دستور حياتها وهو الذي يُنظم نواحي نشاطها بعد أن يتم تأسيسها، وفي شركة المساهمة هو الذي يُعرض على الجمهور ليكتتبوا على أساسه¹⁷⁰.

¹⁶⁸ - وجدي شيق فرج، مرجع سابق، ص223، ص224.
¹⁶⁹ - مصطفى طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص265، ص266.
¹⁷⁰ - محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص150.

الفصل الثاني

النظام القانوني للشركة في طور التأسيس

كلُّ الشركات التجارية تمر حتماً ووجوباً بفترة تأسيس تنتهي عند قيدها في السجل التجاري، الذي يُعد بمثابة القرينة على اكتسابها الشخصية المعنوية. ففكرة تأسيس الشركة تنشأ في ذهن بعض الأشخاص الذين يؤمنون بجدوى المشروع الذي يريدون خلقه في المستقبل¹⁷¹ وفي خلال هذه الفترة يقوم المؤسسون بالعديد من الإجراءات والتصرفات اللازمة لتأسيس الشركة، حيثُ تكون هذه الإجراءات والتصرفات لحساب الشركة المستقبلية وباسمها.

ولكنَّ الأمر الذي يُثير النقاش والتساؤل؛ ما لهذه المرحلة من خصوصية. فمن حيث الشخصية المعنوية، هل الشركة في طور التأسيس لا تتمتع بشخصية معنوية مطلقاً أم أنّ لها شخصية معنوية محدودة؟ وكذلك فإنَّ النقاش يُثار حول تحديد صفة المؤسسين، والأساس القانوني الذي يُبشرون من خلاله أعمالهم باسم ولحساب الشركة. فهم يُبرمون عقود ويُجرون تصرفات لضرورات مرحلة التأسيس؛ حيث يترتب على هذه الأعمال والتصرفات آثار قانونية يتعلق بعضها بالتزامات المؤسسين أمام الشركة والشركاء الآخرين، ويتعلق البعض الآخر بالتزاماتهم أمام الغير المتعاملين معهم لحساب الشركة المستقبلية، بحيث شدد المشرع من مسؤولية المؤسسين في هذه المرحلة، وجعلها تضامنية وغير محدودة، أما فيما يتعلق بمسؤوليتهم باعتبارهم مؤتمنين على إجراءات تأسيس الشركة، فإنَّ المشرع رتب على المؤسسين مسؤولية جنائية عند مخالفتهم لها. ومن ناحية أخرى تدور مسؤولية الشركاء في مرحلة التأسيس حول ما تعاهدوا بتقديمه للشركة من حصص.

عليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الشركة في طور التأسيس.

المبحث الثاني: الآثار المرتبطة بالشركة في طور التأسيس.

¹⁷¹ - نطاح نور الدين، بو جلال سيف الدين، النظام القانوني لشركة المساهمة، الجزائر، العام الجامعي: 2020/2021، ص8.

المبحث الأول

ماهية الشركة في طور التأسيس

يُطرح تحديد ماهية الشركة¹⁷² 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 ينظمها¹⁷³، 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.

¹⁷²- بما أنّ 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 لدراسة النظام القانوني للمرحلة، بما يتضمنه من آراء فقهية ونظريات قانونية، حاولت رسم معالم هذه المرحلة. الأمر الذي أوجب أن تتم دراسة "الماهية" ضمن الفصل الثاني بحيث يكون مدخلا لتناول الجانب المتعلق بالتكليف 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 أوجبهام المشرع.

¹⁷³- نور الدين الفقيهي، "الشركة في طور التأسيس" الوضع القانوني والتدابير الحمائية، الرباط/ المغرب، العام الجامعي 2011، 2012م، ص44.

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 تجري مقارنات تشمل ما يشابهها من مفاهيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالشركة في طور التأسيس

بالعودة إلى المواد المنظمة للشركات من ق.ن. ا. رقم 2010/23م، نجد المشرع الليبي لم يُعرف الشركة في طور التأسيس، ولكنه أتى على ذكرها في مواد متفرقة منها المادة 25 ق.ن. ت. رقم 2010/23م 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.

أي أنّ 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 2010/23م¹⁷⁴ 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 أنّ مرحلة التأسيس تقوم على مرتكزين، مرتكز عقدي وهو يدخل في تصنيف بداية تأسيس الشركة، ومرتكز

¹⁷⁴ - المادة (102) نصت على: "يعد مسؤولاً قبل الغير مسؤولية غير محدودة وبالتضامن من قام بأعمال باسم الشركة قبل قيدها، ما لم تقرر الشركة تحمل الالتزامات وفقاً لأحكام المادة (25)".

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.

أولاً- 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 عقداً وفكرة في المستقبل، فإنه بالنسبة للماضي تُعتبر الشركة قائمة حكماً حتى تتم تصفية المراكز القانونية التي أُنشئت 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 القانوني¹⁷⁵.

ويشترط القضاء أن تكون الشركة قد باشرت أعمالاً فعلاً، 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.

وتُعرف الشركة الفعلية بأنها الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثم حُكم ببطلانها لتخلف أحد أركانها، ويجب الاعتداد بالنشاط السابق لهذه الشركة وتصفيته¹⁷⁶. ولعل الدافع الذي يجعل الفقه والقضاء يبتدعون هذه النظرية هو في المقام الأول حماية الحقوق التي اكتسبها الغير المتعامل مع الشركة، ضماناً لاستقرار التعاملات. وكان لكل أسسه القانونية الخاصة بنى عليها نظريته. فالقضاء¹⁷⁷ أقام نظرية الشركة الفعلية على أساس أن عقد الشركة من العقود المستمرة والتي تُنفذ يوماً بيوم. فإذا أبطل هذا العقد تناول البطلان مستقبل العقد وحده ولا يمتد إلى ماضي العقد، فتعتبر الشركة موجودة وقائمة في الفترة السابقة على البطلان، ولكن لما كان هذا يتعارض والأثر الرجعي للبطلان الذي نص عليه القانون، فإن الشركة تعتبر في الفترة بين تكوينها وبطلانها موجودة، ولكن ليس وجوداً قانونياً، بل وجوداً فعلياً أو حكماً.

¹⁷⁵ - فايز نعيم، مرجع سابق، ص 79.

¹⁷⁶ - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 49، 50.

¹⁷⁷ - نقض مصري رقم 269 سنة 56 قضائية، جلسة 1993/4/12م، مجموعة أحكام النقض، سنة 17، ص 655.

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 وجوده¹⁷⁸

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، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير وجودها من عدمه دون رقابة المحكمة العليا طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة.¹⁷⁹

وبمقارنة الشركة الفعلية بالشركة في طور التأسيس، نجد أن كليهما تُشكلان وصفا قانونيا لمرحلة من مراحل عمر الشركة غير أنهما تختلفان من ناحية الفترة التي تطأهما. فالشركة الفعلية تنصب على فترة انقضت من عمر الشركة، أي أنها وصف للماضي. أما الشركة في طور التأسيس فهي وصف ينصب على الماضي وعلى الحاضر. ومن ناحية الشخصية المعنوية فالشركة في طور التأسيس لا تتمتع بالشخصية المعنوية؛ لأنها وصف يُطلق على المرحلة التي تسبق القيد في السجل التجاري، والذي به تكتسب الشركة الشخصية المعنوية كما نص على ذلك المشرع الليبي. أما الشركة الفعلية فهي مكتسبة للشخصية المعنوية طيلة الفترة الفاصلة بين تاريخ قيدها في السجل التجاري وتاريخ تقرير بطلانها. الشيء الذي ينتج عنه تحمل الشركة الفعلية للتصرفات المبرمة من طرفها، وهو ما نصت عليه المادة 29 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. بخلاف الشركة في طور التأسيس، التي لا تلتزم بشيء حتى يتم اتخاذ قرار بتحمل العقود والتصرفات التي أجراها المؤسسون بعد اكتسابها للشخصية المعنوية، وهو ما نصت عليه المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م.

ثانيا- مقارنة الشركة في طور التأسيس بالشركة الواقعية: تُعرف "الشركة الواقعية" بأنها تلك الشركة التي لا يتوفر لدى مؤسسيها النية لتكوين شركة بالمعنى القانوني. فهي تلك العلاقة التي تربط مجموعة من الأشخاص تبدو في ظاهرها مؤسسة على عقد شركة. وقد عرفها المؤلفان الفرنسيان "ريبير وروبلوت" بأنها تصف الحالة التي يتصرف فيها شخصان أو أكثر باعتبارهم

¹⁷⁸ - فايز نعيم، مرجع سابق، ص 90، 91.

¹⁷⁹ - 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.

شركاء دون أن يعبروا عن إرادتهم بتأسيس شركة.¹⁸⁰ والشركة الواقعية لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ولم تسعَ لاكتسابها؛ وإنما هي نتاج تصرف عدد من الأشخاص يتعاملون أمام الغير وأمام أنفسهم بكونهم شركاء في مشروع اقتصادي، دون أن تتوفر لديهم النية في تأسيس شركة مسماة¹⁸¹.

فالشركة الواقعية أو كما يعبر عنها بالشركة المستخرجة من الواقع، هي من الناحية الظاهرية تُعد مشروعاً جماعياً يتعامل المنخرطون فيه على أساس شراكة جماعية، دون أن تكون هناك علاقة تبعية فيما بينهم. ففي الشركة الواقعية تنتفي الشروط الشكلية التي أقرها المشرع لكي تكتسب الشركات التجارية الشخصية الاعتبارية. ولكن الشروط الموضوعية متوفرة فيها؛ لأن نية الشركاء هنا لم تتجه لتأسيس وتكوين شركة بالمعنى الحقيقي، وإنما أرادوا العمل في مشروع معين قصد الحصول على الربح، وقد أكدت المحكمة العليا الليبية على أنه "متى كان استخلاص محكمة الموضوع لقيام شركة واقعية هو استخلاص سائغ ومقبول، وله أصل ثابت في التحقيقات. فليس للمحكمة العليا المراقبة على ذلك مادامت العناصر المكونة لهذه الشركة وهي رأس المال ومدة الاشتراك وقصد الحصول على الربح أو تحمل الخسارة متوفرة، واستظهرتها محكمة الموضوع في تكييفها القانوني لواقعة الدعوى"¹⁸².

وبمقارنتها مع الشركة في طور التأسيس، نجد أن كليهما تفتقدان الشخصية المعنوية. إلا أن الشركة في طور التأسيس تسعى إلى اكتساب هذه الشخصية، بينما الشركة المستخرجة من الواقع لم تسعَ إلى اكتساب الشخصية ولم تكن هدفاً لها مطلقاً.

وتختلف الشركة في طور التأسيس عن الشركة الواقعية في أن الشركة الواقعية تنتفي فيها الشروط الشكلية لقيام الشركة، بينما يُتطلب لقيام الشركة في طور التأسيس مجموعة من الإجراءات الشكلية. والشركة في طور التأسيس هي وصف قانوني تتصف به جميع الشركات في مرحلة معينة من مراحل حياتها. بينما الشركة الواقعية هي وصف محدد لوضع قانوني معين، يثبت وجوده على اعتبار الوجود الظاهري لكل عنصر من العناصر المكونة له.

ثالثاً- مقارنة الشركة في طور التأسيس بشركة المحاصة: عَرَفَ 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

¹⁸⁰ - أنظر في ذلك، فرج حمودة، مرجع سابق، ص22.

¹⁸¹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص22

¹⁸² - المحكمة العليا الليبية، طعن مدني 24/5 قضائية، جلسة 1959/3/4م، مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص23.

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 غيرها¹⁸³. 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. وتُترجم هذه الإرادة قانونا بالعزوف عن القيام بإجراءات الشهر والعلانية للشركة، حيث لا يتم قيدها في السجل التجاري، ولا الإعلان عن إنشائها بالطرق القانونية¹⁸⁴.

وتُعد شركة المحاصة من شركات الأشخاص¹⁸⁵، لأن شخصية الشريك فيها محل اعتبار، وهي تخضع لجميع شروط تكوين الشركات، من حيث ضرورة توافر الشروط الموضوعية العامة أو الشروط الموضوعية الخاصة، أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فيُستثنى هذا النوع من الشركات. إذ لا تُفرغ في الشكل الكتابي ولا تُلزم بالقيود في السجل التجاري، ولا بالنشر ومن ثم فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية كبقية الشركات. أما فيما يتعلق بملكية الحصص التي يلتزم الشركاء بتقديمها عند إبرام العقد، فإنّ العقد المبرم بين الشركاء هو الذي يُحدد هذه الملكية، وإذا لم يتفق الشركاء على طريقة لتنظيم ملكية الحصص، تقضي القاعدة العامة بأن يحتفظ كل شريك بحصته، إذ لا تملك الشركة هذه الحصص حيث لا ذمة لها، وبما أنّ شركة المحاصة تُعد من شركات الأشخاص فينطبق على الحصص النظام المتعلق بشركات الأشخاص، فلا يجوز أن تُمثل في سندات قابلة للتداول.

وفي حكم صادر عن المحكمة العليا الليبية¹⁸⁶ جاء فيه: "أنّ من المسلمات في أحكام شركات المحاصة أنّها 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 في

¹⁸³ - العسيلي، مرجع سابق، ص 362.

¹⁸⁴ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 358.

¹⁸⁵ - ترجع أصول هذه الشركة إلى عقد "الكومندا" أو التوصية ووضع الثقة الذي لجأ إليه أصحاب الأموال تحايلاً على تحريم الربا من طرف الكنيسة في القرون الوسطى. فأدى هذا العقد إلى ظهور النواة الأولى لهذا النوع من الشركات، وبما أن عقد الكومندا كان يقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه، أصبحت هذه الشركات من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي. ورغم أن "سفاري" تعرض لها في كتابه "التاجر الكامل" وأطلق عليها اسم الشركات ذات الاسم المغفل أو الشركة المجهولة. وقد جاءت المجموعة التجارية الصادرة سنة 1673م خالية من أي تنظيم لها غير أن التقنين الفرنسي سنة 1307م تعرض لها ونظمها بإحكام وإن كان واضعوه قد اختاروا لها تسمية جمعية المحاصة ولكن هذه التسمية انتقدت على أساس أن الجمعية تتنافى طبيعتها مع غرض الشركة المتمثل في جني الربح والمضاربة، في حين أن شركة المحاصة تتكون قصد تحقيق هذا الوصف، وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا الانتقاد بعين الاعتبار، وعند وضعه لقانون الشركات الجديد الصادر سنة 1966م حذف تسمية جمعية المحاصة واستعمل لأول مرة اسم شركة المحاصة. انظر د - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 149، 152.

¹⁸⁶ - طعن مدني رقم 9/4 قضائية، جلسة 1961/1/14م مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص 359.

حصة غيره من الشركاء فلا يسري التصرف في حقهم ما لم يتفقوا على ذلك ابتداءً أو يُجيزوه انتهاءً. فإذا تصرف الشريك الأصلي في مال للشركة، فلا يكون الشريك المحاص مسؤولاً عن هذا التصرف أيًا كان ناتجه ربحاً أم خسارة، ما لم يؤذن بالتصرف في مُشاركة الشركة أو يوافق عليه بعد إبرامه".

وانطلاقاً مما سلف يتبين لنا أن الشركة في طور التأسيس وشركة المحاصة تتشابهان في أن كليهما لا تتمتعان بالشخصية المعنوية، وهما أيضاً يتسمان بالاستتار لأن في كليهما يظل عقدهما خارج نطاق الشهر والقيد. إلا أنّ هناك أوجه اختلاف تميزهما. فالشركة في طور التأسيس تبقى دائماً شركة تجارية، أما المحاصة فهي بحسب طبيعة نشاطها، تكون تجارية أو مدنية. كما نصت عليه المادة 13 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. وكذلك فإن شركة المحاصة تختلف عن الشركة في طور التأسيس في كونها تعتبر شكلاً قانونياً نظمته المشرع في المواد من 91 وحتى المادة 97 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. أما الشركة في طور التأسيس فهي وصف قانوني توصف به جميع الشركات التجارية في مرحلة معينة. وعلاوة على ذلك فإن الشريك في شركة المحاصة يتعاقد باسمه ولفائده، أما الشركة في طور التأسيس فلا يسري في حقها أي تصرف ما لم يكن قد أبرم باسمها ولحسابها.

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 وصولاً إلى تسجيلها في السجل التجاري وتمنّعها بالشخصية المعنوية. وحيث إنّ 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 أنّه يُمكن تحديد بداية الشركة في طور التأسيس بشكل يستجيب للمتطلبات الواقعية؛ في كل حدث ملموس ينتج عن تصرف مكتوب، أو القيام بإجراء أياً كان، يظهر من خلاله بما لا يتزك مجالاً للشك رغبة المؤسسين في إنشاء الشركة، ويُعلن عن وجود هذا التأسيس¹⁸⁷. والشركة في طور التأسيس إما أن تنتهي بقيدها في السجل التجاري، وبالتالي اكتسابها الشخصية المعنوية. وإما

¹⁸⁷- نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، ص 86

أن يتعدّر 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 المؤسسين¹⁸⁸. ولتحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس، وجب أن نقوم بتحديد مفهوم المؤسس (الفرع الأول) وتحديد التكيف 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 يُوصفون بالمؤسسين، وقد يقوم بهذا العمل شخص أو أشخاص عدة¹⁸⁹. وللإحاطة بمفهوم المؤسس لا بُد لنا من تعريف المؤسس بداية؛ لنستعرض فيما بعد الالتزامات والحقوق التي تترتب لهؤلاء المؤسسين.

أولاً- تعريف المؤسس: الأساس في اللغة هو أصل البناء، ووضع قاعدته، أي جعل له أساساً¹⁹⁰ إذاً مؤسس الشركة هو من أقام قواعدها وأسّسها تحت رعايته، ومن قام بإنشائها وإيجادها¹⁹¹. أما اصطلاحاً فقد عرّفت المادة السابعة من قانون الشركات المصري المؤسس بأنه: "يعتبر مؤسساً للشركة كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيسها بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك. ويعتبر مؤسساً على وجه الخصوص كل من وقع على العقد الابتدائي أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة أو قدم حصة عينية عند تأسيسها. ولا يُعتبر مؤسساً من يشترك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة وغيرهم"¹⁹². وقد جاء في قانون الشركات السوداني لسنة 2015م تعريفاً للمؤسس، حيث عرّفته المادة الثالثة من هذا القانون بقولها "يقصد بالمؤسس الشخص الذي يروج لتأسيس الشركة ويتخذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها"¹⁹³.

فكما كان للقوانين المقارنة تعريف للمؤسس، فإنّ الفقه عرف المؤسس أيضاً. فقد عرّف الفقيه الدكتور "إلياس ناصيف" المؤسس بأنه: "الشخص الذي يتخذ المبادرة في إنشاء الشركة ساعياً إلى

¹⁸⁸ - أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص339

¹⁸⁹ - أفراح عباس عبيد الله، المسؤولية المدنية عن الإخلال بعقد تأسيس الشركة، جامعة شندي، السودان، س 2018، ص97.

¹⁹⁰ - لسان العرب، لابن منظور الأفريقي، دار صادر بيروت، ج السادس، ص6

¹⁹¹ - معجم اللغة العربية، معجم الوسيط، دار المعارف، ج الأول 1980م ص10.

¹⁹² - محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص276

¹⁹³ - أفراح عبيد الله، مرجع سابق، ص97.

جمع الشركاء والأموال، وإلى إتمام الإجراءات القانونية الضرورية للتوصل إلى تأسيس الشركة¹⁹⁴."

حيث نستخلص من التعريفات السابقة للمؤسس، أنّ الفقه والقوانين المقارنة قد حصرُوا وصف المؤسس في أعمال وإجراءات قانونية محددة. راسمين له إطاراً وقالباً محدداً، فقد أجمعوا على أنّ المؤسس هو الشخص الذي وضع اللبنة الأولى لإنشاء الشركة وقيامها، وهو الشخص الذي أخذ على عاتقه إتمام الإجراءات القانونية المطلوبة لتأسيس الشركة وتسجيلها بغية تحمل المسؤولية القانونية، أو من قدم حصة عينية فيها. خلافاً للموقف الذي اتخذته المشرع الليبي. فلم يخلُ ق.ن. ت. رقم 2010/23م من ذكر للمؤسس، وذلك في مواد متفرقة¹⁹⁵ دون تحديد كامل لمفهوم المؤسس، ويُعزى ذلك إلى أنّ وصف المؤسس ينطبق وفقاً للمشرع الليبي على كل من قام بعمل مادي أو قانوني ساهم في تأسيس شركة، باغياً من ورائه المشاركة الفعلية لا مجرد القيام بعمل لمصلحة الشركة والشركاء الآخرين دون وجود نية المشاركة.

عليه يُمكن أن نعد من المؤسسين أولئك الذين شاركوا في تنظيم وتوجيه مرحلة التأسيس بأي كيفية كانت، شريطة أن تسمَح لهم هذه المشاركة بممارسة بعض الأعمال المؤدية إلى إنشاء الشركة، فيحمل هذا الوصف كل الأشخاص الذين تقدّموا بحصص عينية للشركة عند تأسيسها، كعقارات تُقام عليها مقرات الشركة، أو دفعوا الأموال لشراء مواد البناء اللازمة لتلك الإنشاءات، أو قاموا بالتعاقد مع المصارف للحصول على التسهيلات المالية، أو مع شركات التأمين لضمان الحصص المقدمة من الشركاء. وبعبارة موجزة يُمكن أن يستوعب وصف المؤسس كل من ساهم بشكل فعلي في تأسيس الشركة بنية تحمّل المسؤولية المترتبة عن ذلك، وإن لم يوقع على عقد أو برنامج التأسيس¹⁹⁶.

فمعنى المشاركة لا يجب قصره على الجانب الإجرائي لعملية التأسيس، وإنما يجب أن يتسع ليشمل كل عمل يساهم في إنشاء الشركة، لا بوصفها كياناً قانونياً فقط، وإنما أيضاً بوصفها مشروعاً اقتصادياً يُراد أن تتوافر له الإمكانيات اللازمة لمباشرة نشاطه.

ولا يفوتنا أن نوّكد على أن الصور الواقعية التي يُمكن أن تتخذها المشاركة الفعلية، لا يُمكن أن تقع تحت الحصر، والأمر هنا يخضع ليقظة القاضي، الذي يجب أن يضع نصب عينيه أنّ تحديد وصف المؤسس يُحقق حماية للمساهمين؛ لأنّ المشرع يُثقل كاهل المؤسس بالعديد من الالتزامات،

¹⁹⁴ - مشار إليه في فرج حمودة، مرجع سابق، ص 375.

¹⁹⁵ - أنظر المادة 26، 107، 108، 111 من القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي.

¹⁹⁶ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 377.

لحماية الغير وحماية الشركاء في الشركة تحت التأسيس. والقاضي في استخلاصه لتوافر وصف المؤسس، يخضع لرقابة المحكمة العليا للتحقق من سلامة استخلاصه وتكييفه للوقائع، التي استند عليها لإضفاء هذا الوصف.

والجدير بالذكر هنا، أنه لا يُعتبر مؤسساً من يُباشر أعمالاً تُعد مشاركة فعلية في التأسيس إذا كان يُباشرها بوصفه نائياً عن المؤسسين، أو عن أحدهم، شريطة أن يُظهر صفته، أما إذا لم يُفصح عن اسم موكله أو ثبت بطلان توكيله، فهو ملزم شخصياً بأثار ما باشره من أعمال. ويُمكن للمؤسسين أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين أو كليهما معاً، ومثال ذلك: أن تُساهم شركة قابضة في تأسيس شركة وليدة، أو أن تُساهم شركات عامة وخاصة في تأسيس شركة مُشتركة، كما يُمكن للمصارف أن تتولى تأسيس الشركات وتمويلها لأجل الاستثمار خلالها.

وينطبق وصف المؤسس أيضاً على المؤسسات أو الشركات التي تحترف عملية تأسيس الشركات، وهو ما يُعرف "بالمؤسس المحترف" ويُعرّف "جاور" المؤسس المحترف بأنه: "كل من يتعهد بتكوين شركة لمباشرة نشاط معين ويتعهد بجعلها قادرة على مُباشرة هذا النشاط، مع اتخاذ الخطوات الضرورية لتحقيق هذا الهدف"¹⁹⁷. ولا يُد من الإشارة هنا إلى وجود اختلاف فقهي حول تعريف المؤسس، فهناك اتجاهان تناولوا معنى المؤسس، الاتجاه الأول: ويُعرف "بالاتجاه المُضيق" حيث حصر مفهوم المؤسس في كل شخص وقّع العقد الابتدائي للشركة ونظامها الأساسي وبأشر إجراءات النشر والشهر بصفته شريكاً. أما الاتجاه الثاني: وهو "الاتجاه الموسع" فيعتبر مؤسساً بالإضافة إلى الشركاء المؤسسين، كل شخص قام فعلاً بنشاط يدخل ضمن الأنشطة الضرورية لتأسيس الشركة ولو لم يكن شريكاً.

ويرى الباحث أنّ الأخذ بالاتجاه الموسع الذي يجعل من كل شخص ساهم في تأسيس شركة بقيامه بعمل من الأعمال الضرورية لمرحلة التأسيس، بنية تحمّل المسؤولية الناجمة عنها وبقصد المشاركة في الشركة، هو عين الصواب، ضماناً لحقوق كل من بذل الجهد والمال لتأسيس الشركة، وحماية لمصالحه باعتباره مؤسساً من جهة. ومن جهة أخرى حماية للمؤسسين الآخرين وللغير المتعاملين معه من مغبة تملّصه من المسؤولية التي تقع على عاتقه. وحسناً فعل المشرع الليبي بعدم تحديده وصفاً للمؤسس؛ أخذاً منحنى الاتجاه الموسع، جاعلاً تحديد وصف المؤسس يقع على عاتق القضاء الذي يستخلصه من الوقائع المعروضة عليه.

¹⁹⁷ - أنظر في ذلك محمود بريري، المرجع السابق، ص216

ثانيا- التزامات المؤسس: يلتزم المؤسسون أساسا بكل الواجبات التي يُحددها عقد التأسيس الذي قاموا بإعداده والتوقيع عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار أنهم لا يستطيعون إعفاء أنفسهم من هذه الالتزامات بتضمين عقد التأسيس أية شروط تُعفيهم جميعاً أو تُعفي بعضهم من المسؤولية الناجمة عن تأسيس الشركة¹⁹⁸. وقد استقر القضاء المصري على أنّ المؤسس يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد عند إبرامه لأية عقود أو تصرفات لحساب الشركة تحت التأسيس¹⁹⁹.

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

فمثلاً نجد أنّ 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 تُلخصها في النقاط التالية:

- إعداد برنامج التأسيس.

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

- إيداع برنامج التأسيس قبل إعلانه للجمهور بمكتب مُحرر عقود موقعا من قبلهم ومُصدقا على التوقيعات رسمياً.

حيثُ يكمن الهدف من هذا البرنامج تبصير الجمهور بالشركة المُزمع تأسيسها، ليكونوا على دراية كافية بالنشاط المُستهدف منها، فتقدم لهم من خلاله جميع المعلومات التي تُساعدهم على اتخاذ القرار المُناسب بشأن الاستثمار في الأسهم المطروحة²⁰⁰.

¹⁹⁸ - محمود بريري، مرجع سابق، ص217

¹⁹⁹ - نقض مصري للطعن رقم 149 سنة 30 قضائية، جلسة 1986/4/2م مجموعة أحكام النقض س 19، ص689، مشار

إليه في: أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص458

²⁰⁰ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 380، 381.

- توجيه خطابات مسجلة بشأن تحديد أجل للمكتتبين للقيام بإيداع ثلاثة أعشار على الأقل من قيمة الأسهم المكتتب بها في أحد المصارف العاملة في ليبيا .
- دعوة جمعية المكتتبين المكونة من جميع المساهمين في رأس مال الشركة إلى عقد اجتماع خلال عشرين يوماً تلي الأجل المحدد للقيام بالدفع.
- نشر إعلان في إحدى الصحف اليومية الوطنية، يبين 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 يحددها 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 بخلاف 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 التزاماً تراثياً على اكتساب الشخص لصفة المؤسس، ويفيد ذلك أنه يجوز للغير أن يثبت تحقق صفة المؤسس لدى أي شخص باشر إجراءات التأسيس بنية تحميله المسؤولية الناجمة عنها. وبذلك يمكن تفادي استتار المؤسسين بغيرهم للتهرب من المسؤولية المترتبة عن مخالفة قواعد التأسيس، وحماية للمُدخرين الذين يستثمرون أموالهم في الاكتتاب بأسهم الشركة، وللغير الذي تعامل مع هذه الشركة وهي في طور التأسيس، وفي سائر الأحوال تُعد صفة المؤسس فصلاً في مسألة قانونية يخضع قضاة الموضوع بشأنها لرقابة المحكمة العليا²⁰¹

ثالثاً: حقوق المؤسس: نصت المادة 114 ق. ن. ت. رقم 2010/23م على أنه: "يجوز للمؤسسين أن يخصصوا لأنفسهم بمقتضى عقد التأسيس جزءاً من الأرباح الصافية طبقاً للميزانية السنوية لا يجاوز في مجموعه عشر تلك الأرباح ولمدة أقصاها خمس سنوات، ولا يجوز لهم أن يشترطوا أية منفعة أخرى". حيث أراد المشرع من وراء هذا النص مكافأة المؤسسين على جهودهم التي بذلوها في تأسيس الشركة المساهمة، وعلى المسؤولية المشددة التي أُثقل 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 مزاجمين لباقي الشركاء فيما تبقى من الأرباح بعد استقطاع نسبة الـ 10% التي

²⁰¹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 381.

خصصها المشرع لهم. وهذا الجزء من الأرباح دَرَجَت تسميته "بحصص التأسيس"، ويُقصد بها الصُّكوك التي تُصدَرُها شركات المساهمة بدون قيمة اسمية، ولكنها تُمنَح صاحبها نصيباً من أرباح الشركة، ويُمكن له تداولها.

هذه الحصص تُمنَحُها شركة المساهمة لِمَن قدموا بعض الخدمات للشركة أثناء فترة التأسيس.... وهي لا تُمثل مشاركة فعلية في تكوين رأس مال الشركة وإنما تُمنح لأشخاص قدموا بعض الخدمات للشركة أثناء فترة التأسيس ليكون لهم حق احتمالي في الحصول على نسبة مُعينة من الأرباح التي تُحقِّقها الشركة، والتي قد تتناسب مع أهمية وتأثير الخدمات التي قدموها للشركة²⁰². ولعل المشرع الليبي قد تأثر في نصه على تخصيص هذه الأرباح للمؤسسين بنظيره المصري، حيث إنَّ القانون المصري رقم 159 لسنة 1981م في مادته الرابعة والثلاثين قد نص على حق الشركة المساهمة في إصدار حصة تأسيس. والتي ظهرت لأول مرة في الواقع المصري سنة 1858م بمناسبة إنشاء شركة قناة السويس البحرية، حيث نص نظام الشركة على مُكافأة المؤسسين والحكومتين المصرية والفرنسية على الجهود التي بُذلت لإنجاح المشروع بمنجهم حصص تأسيس يكون لأصحابها 10% من الأرباح التي تُحقِّقها الشركة²⁰³.

الفرع الثاني: تحديد التكيف القانوني للشركة في طور التأسيس

يتطلب تأسيس الشركة فترة طويلة من الزمن، وخاصة شركة المساهمة، حيث يُنطلب تأسيسها فترة طويلة خاصة إذا كان التأسيس متعاقباً. والقانون رقم 2010/23م بشأن النشاط التجاري كما تم إيضاحه فيما سبق يُلزم المؤسسين باتخاذ إجراءات معينة، وُصولاً إلى تمام تأسيس الشركة. وهذه الإجراءات تتم على مراحل متعددة، فتأسيس الشركة يستدعي حتماً قيام المؤسسين بالكثير من التصرفات القانونية الضرورية، والأعمال المادية اللازمة. وقد تكون هذه التصرفات فرضها القانون كمقدمة تسبق تسجيل الشركة في السجل التجاري، وقد يكون البعض الآخر من هذه التصرفات مما يُحتمه تأسيس الشركة. ليس بوصفها كيانا قانونياً فحسب وإنما بوصفها مشروعاً اقتصادياً²⁰⁴.

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

²⁰² - فايز نعيم، مرجع سابق، ص420، 421.

²⁰³ - فايز نعيم، مرجع سابق، ص421.

²⁰⁴ - علي ناجي يونس، المسؤولية التضامنية لمؤسسي الشركة المساهمة، لبنان، العام الجامعي 2019/2020م، ص37.

أولاً- الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس: نصت المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م المعنونة بالشخصية المعنوية في فترتها الأولى على: "تتمتع الشركة بالشخصية القانونية اعتباراً من تاريخ قيدها في السجل التجاري وتنتهي بالشطب منه". عليه فإن 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 تترتبت 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 قدرًا من الإمكانيات لتواجه الغير كشخص واحد مستقل عن الأعضاء الذين قاموا بتأسيسها. لذلك يعتبر القانون الشركة شخصاً قانونياً أو شخصاً معنوياً ذا شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء الذين قاموا بتكوينها²⁰⁵، ولما كانت الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية، فتكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها، ما مؤداه أن توقيع مديرها أو من يمثلها بعنوانها ينصرف أثره إليها، ويكفي لترتيب الالتزام في ذمتها²⁰⁶ ولكن السؤال المطروح هو: هل للشركة في طور التأسيس شخصية معنوية؟

يرى بعض الفقه²⁰⁷ أنّ للشركة شخصية معنوية خلال فترة التأسيس بالقدر اللازم للتأسيس، قياساً على الشخصية المعنوية التي تحتفظ بها الشركة في طور التصفية بالقدر اللازم للتصفية. وهذه الشخصية ليست كاملة، بل هي شخصية في طور التكوين، كشخصية الجنين قبل ميلاده وهي محدودة بالقدر اللازم لتأسيس الشركة. والمؤسسون إنما يتعاقدون في فترة التأسيس بوصفهم ممثلين للشركة تحت التأسيس²⁰⁸ وبالنظر إلى نص المادة 158 ق. م. ل. نجد أنّ لهذا الرأي ما يسندده، حيث نصت هذه المادة على: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة".

وكذلك فإنّ المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الفقرة الثانية²⁰⁹ تُفيد هذا المعنى أيضاً. على أنّ هذه الشخصية المعنوية المقررة للشركة تحت التأسيس محدودة بالقدر اللازم للتأسيس. ولذلك لا

²⁰⁵ - العسيلي، مرجع سابق، ص 237، 236.

²⁰⁶ - نقض مصري 1988/11/26م، الطعون أرقام 897 - 898 - 899، لسنة 53 قضائية، مشار إليه في العسيلي، مرجع سابق، ص 237.

²⁰⁷ - أنظر مصطفى طه وآخرون، مرجع سابق، ص 262.

²⁰⁸ - نقض مصري 24 يناير 1963م مجموعة أحكام النقض 14 - 180، مشار إليه في العسيلي ص 387.

²⁰⁹ - نصت الفقرة الثانية من المادة (25) على: "وللشركة بعد القيد في السجل التجاري أن تتخذ قراراً بتحمل آثار العقود والتصرفات القانونية التي قام بها المؤسسون لضرورات مرحلة التأسيس، بحيث تكون الحقوق والالتزامات في ذمة الشركة بشكل مباشر".

تسري العقود والتصرفات في حق الشركة بعد تأسيسها إلا إذا كانت ضرورية لتأسيس الشركة، وهو ما ذكرته المادة 112 ق. ن. ت. رقم 2010/23م حيث نصت 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".

والملاحظ أنّ هذه الشخصية المحددة بضرورات التأسيس مشروطة بتمام تأسيس الشركة تأسيساً صحيحاً. كما هو الحال في الجنين الذي تكون صلاحياته في اكتساب الحقوق قبل ميلاده موقوفة على شرط تمام ولادته حياً. ويتفرع من ذلك أنّه إذا فشل مشروع الشركة أُعْتُبرت هذه الشخصية المعنوية كأن لم توجد أبداً²¹⁰.

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، فلو أراد المشرع أن يمنح الشركة في طور التأسيس الشخصية المعنوية لأورد ذلك صراحة، كما فعل عندما نص على استمرار شخصية الشركة تحت التصفية بالقدر اللازم للتصفية، وذلك إلى حين شطبها من السجل التجاري المادة 36 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. 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 أركاناً 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 واضطلاعاً ببنشأة الشركة، أي ببنشأة 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 الأعضاء²¹¹.

²¹⁰ - مصطفى طه وآخرون، مرجع سابق، ص 264.

²¹¹ - طعن مدني لبيبي رقم 47، لسنة 21 ق، جلسة المحكمة العليا بتاريخ 1976/1/4، المكتب الفني 12، رقم الجزء 4، رقم الصفحة 65. مشار إليه في: محمد فتح الله محمد عبد الحميد، الشركة القابضة طبيعتها وأحكامها، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة طرابلس، العام الجامعي 2010، ص 136.

وبما أنّ الشخص الاعتباري لم يُولد بعد وأتّه لا ميلاد له قبل إجراء القيد والإشهار، فيعتبر بعض الفقه أنّ الشركة لا وجود قانوني لها خلال فترة التأسيس، وأنّ المؤسسين إنما يتعاقدون لحسابهم وباسمهم الخاص، ويصبحون وحدهم دائنين ومدنيين، حتّى إذا تم تأسيس الشركة فإنهم ينقلون إلى الشركة الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمها²¹². فمؤيدي هذا الاتجاه يعتبرون أنّه لا وجود لحق أو التزام دون ذمة مالية، انطلاقاً من مبدأ لا ذمة بدون شخصية قانونية. فالذمة المالية تشكل الوعاء الطبيعي الذي يُمكن أن يحتضن هذين المفهومين، وبما أنّ الشركة يُعلق اكتسابها للشخصية الاعتبارية على ضرورة قيدها في السجل التجاري؛ فإنه لا يمكنها تبعاً لذلك؛ التمتع بأي حق أو تحمّل أي التزام²¹³.

ويبدو أنّ هذا الرأي الذي ينفى أي وجود قانوني للشركة في طور التأسيس، ويجعل المؤسسين هم المتعاملون مع الغير باسمهم ولحسابهم الخاص من ثم ينقلون الحقوق والالتزامات الناشئة من الغير لحساب الشركة بعد قيدها في السجل التجاري، هو رأي مُستبعد، 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 تكوينها²¹⁴.

ثانياً- الأساس القانوني لتصرف المؤسسين لحساب الشركة في طور التأسيس: يقوم المؤسسون في مرحلة تأسيس الشركة بالعديد من التصرفات بُغية تأسيس الشركة ونشوتها، والأمر يظهر بوضوح ويكون ذا أهمية بالغة عند تأسيس الشركات المساهمة، فهي تتطلب فترة زمنية طويلة لتأسيسها؛ لأنّ المشرع أوجب على المؤسسين لمثل هذه الشركات القيام بالكثير من التصرفات والإجراءات القانونية؛ ولأنّ رأس مالها يُعد كبيراً بالمقارنة بباقي الشركات التجارية الأخرى. ففي هذه المرحلة يقوم المؤسسون بالعديد من التصرفات القانونية، كأن يتعاقدوا مع البنوك والشركات المرخص لها بالتعامل في الأوراق المالية على تلقي الاكتتابات، أو أن يتعاقدوا مع المطابع على طبع شهادات الاكتتاب في رأس المال. وقد يقومون بدراسات فنية تتطلب مصروفات باهظة²¹⁵ كإبرام عقود إيجار لمحلات أو مباني يُتخذ بعضها مقراً للشركة وبعضها مُستودعاً للسلع. أو إبرام عقود مع عمال أو فتح حساب مصرفي، أو عقود اشتراك في الهاتف أو (الإنترنت) أو الماء والكهرباء.

²¹²- استئناف القاهرة 14 يناير 1943، مشار إليه في مصطفى كمال طه وآخرون، المرجع السابق، ص260.

²¹³- نور الدين الفقيهي، المرجع السابق، ص335

²¹⁴- مصطفى طه وآخرون، المرجع السابق ص261،260

²¹⁵- مصطفى طه وآخرون، مرجع السابق، ص260.

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 نحاول 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، ولكن يصح أن يكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيه الأجر صراحة أو ضمنا. وهي من العقود الملزمة للجانبين، سواء كانت من عقود التبرع أو من عقود المعاوضة؛ لأنّ الموكل مُلزم في كل الأحوال برد ما أنفقه الوكيل من مصروفات في تنفيذ الوكالة وبتعويضه عن الضرر الذي أصابه²¹⁶

وقد عرفت المادة **699 ق.م. ل** عقد الوكالة بقولها: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". حيث إنّ هذا التعريف يُلخص 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 وكييل للشركة: يرى بعض الفقه أنّ العلاقة بين مؤسسي الشركة وبين الشركة قيد التأسيس تحكّمها قواعد الوكالة. فالمؤسس ما هو إلّا وكيل عن الشركة قيد التأسيس، يقوم بإجراء التصرفات القانونية نيابة عنها. فهذه النظرية تُثير تساؤلا جوهريا يتمثل بمن له الحق في منح مثل هذه الوكالة، هل هي الشركة قيد التأسيس؟ أم المؤسسون أنفسهم؟ بينما يرى البعض الآخر أنّه لا يمكن للشركة قيد التأسيس التي ليس لها شخصية معنوية منح مثل هذه الوكالة لأحد المؤسسين لإتمام إجراءات التأسيس. فالوكالة تُفترض وجود الموكل وتمثّعه بالأهلية، وهذا ما لا يتوفر في الحالة المتقدمة. أما بشأن إمكانية منح مثل هذه الوكالة من قبل المؤسسين لتوكيل بعضهم بالقيام بمثل هذه الإجراءات يرى بعض الفقه أنّه بإمكان المؤسسين سواء في نظام الشركة أو بعمل مستقلّ تخويل البعض منهم لإنجاز الأعمال المتعلقة بالتأسيس.

²¹⁶ - محمد عبد الله الدليمي، العقود المسماة أحكام البيع والتأمين والوكالة في القانون الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، ط الأولى، ص242.

في حين أنّ البعض الآخر يرى بأنّ المؤسّسين يعملون بصفتهم وكلاء عن الشركة قيد التأسيس، وأنهم بتلك الصفة يقومون ببعض الأعمال اللازمة لتأسيس الشركة. ويُجرون تصرفات لحسابها، فتصرف آثار هذه التصرفات لحسابها، ويكون للغير مطالبة الشركة بنتائجها²¹⁷.

ولكن الفقه الراجح²¹⁸ يرى أنّه في عقود الشركات يجب أن تكون الوكالة مكتوبة ولو بعقد عادي، هذا فضلا عن أنّ أركان الوكالة هي أركان أي عمل قانوني من رضا ومحل وسبب. والرضا لا يُد أن يصدر عن شخص ذي أهلية، فيجب الاعتراف مسبقا للشركة بشخصية معنوية وأهلية، وبعد ذلك بوكالة أشخاص عنها أعطتهم توكيلا في أمور معينة، يتصرفون وفقا لها ويُسالون عن مخالفتها.

2- نظرية الفضالة: وفقا لهذه النظرية يُعد المؤسس فُضوليا فيما يقوم به من عمل لأجل إنشاء الشركة وهي في طور التأسيس، وتكون الشركة بمثابة رب العمل الذي يعمل الفُضولي لصالحه، ويَقصد من وراء القيام بإجراءات التأسيس مصلحة رب العمل. نستعرض بداية نظرية الفضالة وبعدها نرى مدى انطباقها على تصرف المؤسس باسم الشركة في طور التأسيس.

1.2- التعريف بالفضالة: عرفت المادة 191 ق. م. ل. الفضالة بقولها: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزوما بذلك". إذا الفُضولي هو شخص يقوم بعمل قانوني أو مادي لحساب شخص آخر هو رب العمل دون أن يكون مُلزوما بذلك. فرب العمل لم يُكلف الفُضولي بالقيام بالعمل ومع هذا يلتزم بأن يعوض الفُضولي عما تكبده من مصاريف. غير أنّ الفُضولي لا يستمد نيابته من اتفاق بينه وبين رب العمل وإنما هو ينوب عنه نيابة قانونية.

وللفضالة تطبيقات عملية كثيرة وغالبا ما تكون تبرعا مثل الجار الذي يجمع محصول جاره الغائب حتّى لا يتلف. أو الشخص الذي يتدخل لانقاذ آخر أصيب في حادث أو من غرق أو حريق وتوجد فضالة حتّى في الحالات التي لا يكون فيها العمل تبرعا محضا، كأن يقوم شخص بعمل لنفسه ثم لغيره. مثل المالك على الشيوع الذي يُجري إصلاحات عاجلة في المال الشائع. فإنّه يكون فُضوليا في الرجوع على بقية الشركاء. ويمكن أن تكون فضالة بين متعاقدين إذا قام أحدهما بعمل لمصلحة الطرف الآخر دون أن يكون ذلك العمل مشروطا في العقد²¹⁹.

²¹⁷ - على ناجي يونس، مرجع سابق، ص 40، 41.

²¹⁸ - أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 108

²¹⁹ - مجد علي البدوي، مرجع سابق ص 369

ولا يكفي مجرد النفع أو الفائدة يجلبها الفضولي لرب العمل. فلا يجوز مثلا أن يتقدم الفضولي لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أنها تعود عليه بالنفع.... ويكون تدخله هذا خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية إلا إذا أجاز رب العمل التدخل²²⁰

ونستخلص من التعريف الذي أوردته المادة السابقة الشروط الواجب توافرها ليُعد الشخص فضولياً. ففي المقام الأول يجب أن يكون تدخل الفضولي مفيداً وإيجابياً لرب العمل، وأن يكون العمل الذي أداه الفضولي ذا طابع استعجالي وضروري لا يمكن معه انتظار رب العمل. وأن يكون الفضولي قاصدا القيام بالعمل المستعجل تحقيقاً لمصلحة رب العمل، لا ظناً منه بأنه يقوم به لنفسه ويتضح أنه قام به لصالح الغير.

2.2- المؤسس فضولي: يرى أنصار هذه النظرية أن المؤسسين في تصرفاتهم باسم الشركة في مرحلة التأسيس؛ إنما يكونون فضوليين يعملون لحساب الشركة المستقبلية. وبالنظر للمواد التي نظمت الفضالة في القانون المدني الليبي، نجد أنه يجب على المؤسس أن يمضي في إجراءات التأسيس وما بدأه من أعمال حتى تتكون الشركة من مباشرتها بنفسها بعد تكوينها. المادة 194 ق.م.ل. ويجب عليه أيضاً أن يبذل في التأسيس عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه. والمؤسسون يتضامنون في المسؤولية عن الأخطاء المادة 195 ق.م.ل. وعليهم أن يقدموا حساباً للشركة بعد تكوينها عما قاموا به في مرحلة التأسيس المادة 196 ق.م.ل. والشركة تلتزم بتنفيذ التعهدات التي تعهدوا بها المؤسس لحسابها، وأن تعوضه عن التعهدات التي التزم بها حتى وإن لم تتحقق نتيجة هذه التعهدات المادة 198 ق.م.ل.²²¹

وقد أخذ القضاء المصري بهذه النظرية في حكم صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالقاهرة، الدائرة التاسعة. إذ يقضي هذا الحكم بأن الشركة المساهمة تُعد قبل صدور مرسوم

²²⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ص1235، 1236.

²²¹ نصت المادة (194) على: "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك. ونصت المادة 195 على: 1- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه، ومع ذلك يجوز للفاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك. 2- وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو بيعه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. 3- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية. ونصت المادة 196 على: "يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به". ونصت المادة 198 على: "يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته"

تأسيسها ممثلة بهؤلاء المؤسسين الذين يعدّون في قيامهم بعملية الاكتتاب فُضوليين يعملون لحساب الشركة المستقبلية.

لا يمكن الادعاء بأي حال بوجود تشابه بين عمل المؤسس وعمل الفُضولي، فالأخير يُجري العمل دون تفويض من رب العمل، ومن ثم فإن المصدر الموجب لقيامه بالأعمال يرجع بالأصل إلى إرادته المنفردة. بينما الثابت أنّ المؤسس يُجري التصرف بناء على اتفاق وبغض النظر عن شكله. فالفضالة تفرض أن يكون من يعمل الفُضولي لمصلحته موجودا سلفا، وأن يكون هناك شأن عاجل يستدعي تدخل الفُضولي، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للشركة في طور التأسيس، فهي غير موجودة، وينحصر عمل المؤسس في إيجادها.

فكيف يُمكن القول بفكرة أنّ المؤسس هو الفُضولي عن شخص غير موجود. فضلا عن أنّ تأسيس الشركة ليس من الشؤون العاجلة التي تستدعي قيام المؤسس بها، فقواعد الفضالة تعدّ الفُضولي نائباً عن رب العمل متى بدّل العناية المطلوبة وإن لم تتحقق النتيجة المرجوة²²². وهو ما نص عليه المشرع في المادة 198 ق. م. ل.

3- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ 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 .

3-1. التعريف بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه شخص يسمى المُشترط على آخر يسمى المُتعهد، بأن يقوم بأداء مالي معين لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المُستفيد، أو المُنتفع. وينشأ له حق مباشر من عقد الاشتراط دون أن يكون طرفاً فيه. لهذا يشكل الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد؛ لأن المنتفع يكتسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفاً فيه، ويُصبح بذلك دائنًا للمُتعهد²²³. وقد نظم المشرع الاشتراط لمصلحة الغير في ثلاثة مواد من ق. م. ل هي: 156، 157، 158²²⁴ حيث يُمكننا أن

²²² - أنظر في ذلك محمد علي البدوي، مرجع سابق ص 372، 373

²²³ - محمد علي البدوي، مرجع سابق ص 254.

²²⁴ - 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 بالدفع التي تنشأ عن العقد. 3- ويجوز كذلك للمُشترط 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 للمُشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المُشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. 2- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرا ذمة المتعهد قبل المُشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك. وللمُشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة". ونصت المادة 158 على: "يجوز في الاشتراط

نستخلص من هذه المواد الشروط التي يجب أن تتوافر في عقد الاشتراط. فيجب أن يكون المنتفع في عقد الاشتراط معيناً أو قابلاً للتعيين وقت الاشتراط، ويكفي أن يكون المنتفع قابلاً للوجود في المستقبل، كأن يؤمن شخص لمصلحة من سيولد من أولاده وهو لم يُرزق بعد بولد، أو لم يكن وقتئذ متزوجاً. وإذا لم يوجد المنتفع في الوقت الذي يُنتج فيه الاشتراط أثره بطلَ عقد الاشتراط، والمُشترط يتعاقد باسمه ولهذا يجب أن يكون له مصلحة شخصية مادية أو أدبية في الاشتراط. ومن ناحية المنتفع فيجب أن يُبدي رغبته في الاستفادة من الاشتراط، وذلك ليثبت حقه في مواجهة المُشترط.

2.3- المؤسس مشترط لمصلحة الغير: بموجب هذه النظرية يتعاقد المؤسسون لحساب الشركة التي لم توجد بعد، بشرط تأسيسها بصورة نهائية، فإذا أخفقت جهود المؤسسين ولم يتوصلوا إلى تأسيسها التزموا بالأعمال والمصاريف التي دفعوها، أما إذا تأسست فتلتزم هي بنفسها بالمصاريف²²⁵.

غير أنّ في الاشتراط لمصلحة الغير يحصل المنتفع على حقوق دون أن يتحمل الالتزامات، وهو أمر لا يستقيم مع تأسيس الشركات التجارية وعمل المؤسسين، فالشركة بعد تأسيسها عليها أن تتحمل مصاريف التأسيس وجميع الالتزامات الناشئة عن أعمال المؤسسين الضرورية لمرحلة التأسيس. وهو ما نصت عليه المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م. كما يُعاب على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أنّ هذا الاشتراط قابل للإلغاء من جانب المُشترط طالما أن المنتفع لم يُعلن عن قبوله بعد، فحق المنتفع المباشر الذي يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض، على أن يصدر منه إقرار لهذا الحق²²⁶ وللشركة بعد القيد في السجل التجاري أن تتخذ قراراً بتحمل آثار العقود والتصرفات القانونية التي قام بها المؤسسون لضرورات مرحلة التأسيس. بحيث تكون الحقوق والالتزامات في ذمة الشركة بشكل مباشر.

إلا أنّه على الرغم من تبني الفقه والقضاء لبعض هذه النظريات، على غرار القضاء المصري الذي أخذ بنظرية الفضالة وكيف عمل المؤسسون بأنه من أعمال الفضالة وأنهم في قيامهم بتصرفاتهم باسم الشركة يعدّون فُضوليين. فلا بُد من التأكيد على أنّ أياً من هذه النظريات لا ينطبق تماماً على التكييف القانوني لتصرفات المؤسسين خلال فترة التأسيس، وإن كانت كلّ منها تنطبق على بعض عناصر هذه التصرفات.

=لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينها وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة".

²²⁵ - إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 111.

²²⁶ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 587.

فالشركة مسؤولة عن تصرفات المؤسسين إذا اكتمل وجودها. كما تكون آثار هذه التصرفات على عاتق المؤسسين أنفسهم؛ إذا لم يتمكنوا لأي سبب من الأسباب من تأسيس الشركة بصورة نهائية واكتسابها للشخصية المعنوية، وهذا ما تستلزمه عملية التأسيس التي تظل قاعدة مستقلة عن غيرها من القواعد الأخرى²²⁷.

ويرى الباحث أن الشركة في طور التأسيس هي تركيب قانوني مُستقل، لا يمكن أن يُدرج تحت أي من النظريات القانونية التقليدية الوارد تنظيمها في القانون المدني، على الرغم من تقاربها في بعض الأعمال، فهذه المرحلة لم تحظَ من المشرع بتنظيم كامل ودقيق، ولم يُصبغ عليها وصفا دقيقا على الرغم من أهمية هذه المرحلة وتأثيرها على المراحل اللاحقة لها من عمر الشركة.

²²⁷- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 112.

المبحث الثاني

الآثار المرتبطة بالشركة في طور التأسيس

يُبرم 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 بصفته الشخصية، فيكونون الدائنين في الحقوق الناشئة عنها، والمدينين في الالتزامات المترتبة عليها²²⁸. أما إذا نجح مشروع الشركة فقد تناول المشرع في المواد 25، 102، 112، 113 ق.ن. ت. رقم 2010/23م. 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 .

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.

²²⁸- وجدي شفيق، مرجع سابق، ص252.

المطلب الأول: مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم لحساب الشركة

تتعدد التزامات المؤسسين تجاه الشركة خلال فترة التأسيس وخاصة بالنسبة لتأسيس شركة مساهمة، لما تُمثله عملية تأسيسها من أهمية للاقتصاد الوطني، فيقع على عاتق المؤسسين العديد من المهام لتمام تأسيس الشركة، فهم مكلفون قانوناً بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية التي تُبنى عليها الشركة. كذلك هم المكلفون بإجراء الأعمال والتصرفات اللازمة لقيام الشركة، كتجهيز الأماكن لتكون مقرّاً لمعامل الشركة ومكاتبها، والتعاقد مع المقاولين والعمال لهذا الغرض، وشراء الآليات والمواد اللازمة لذلك. ويمكن التعاقد أيضاً مع المصارف لتمويل بعض العمليات، والتعاقد مع شركات التأمين لتغطية المخاطر.

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، وقيدته في السجل التجاري. ويقومون بهذه الأمور لصالح الشركة المزمع إنشاؤها، وهي تتفهم بتكاليف جسيمة، وتلقي على كاهلهم أشد المسؤوليات²²⁹.

ويترتب على الإخلال بالمهام والالتزامات المحددة في القانون مسؤولية المؤسس عن هذا الإخلال، وتختلف المسؤولية بحسب الخطأ المرتكب من المؤسس في مرحلة التأسيس، فقد تكون مسؤولية المؤسس مدنية، وقد تكون جنائية. والمسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية.

فهذه المسؤولية التي أقرها المشرع على المؤسسين الغاية منها حماية الشركة والغير المتعامل مع الشركة في طور التأسيس. حيث شدد المشرع هذه المسؤولية بأن جعلها تضامنية وغير محدودة. ولكنها تظل غير كافية لحماية الاقتصاد الوطني الذي هو الغاية الأهم التي يرمي المشرع لحمايتها. فلم يكتفِ بتقرير المسؤولية المدنية فقط، بل ذهب إلى أبعد من ذلك. وهذا من أجل ضمان التطبيق السليم لقواعد التأسيس²³⁰. 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.

²²⁹ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 381، ص 382.

²³⁰ - علي ناجي، مرجع سابق، ص 65.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمؤسس

في هذا الإطار نجد أنّ المشرع قد تناول مسؤولية المؤسسين المدنية في ثلاث مواد هي 102، 112، 113 ق. ن. ت. رقم 2010/23م.²³¹ بحيث تترتب هذه المسؤولية على المؤسسين بسبب تجاوزهم لحدود ما 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، وهذه المسؤولية إما أن تكون عقدية أو تكون تقصيرية بحسب مصدر الالتزام الذي التزم به المؤسس وهو نطاق هذه المسؤولية، غير أن المشرع شدد من هذه المسؤولية وجعلها تضامنية وغير محدودة، حمايةً للغير.

أولاً- المسؤولية العقدية والتقصيرية للمؤسس: إذا كانت المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فإنّ المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالالتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية فإنها تقوم على أساس الإخلال بالالتزام العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير²³².

وتتباين مسؤولية المؤسس في مرحلة التأسيس من عقدية إلى تقصيرية حسب نوع الفعل والتصرف الذي أنشأ الالتزام، حيث إنّ المؤسسين غالباً ما يضطرون للقيام بإجراءات كثيرة، بعضها يأخذ الطابع الشخصي وبعضها يأخذ الطابع التعاقدية. فتنشأ في ذمة المؤسسين التزامات يترتب عنها مسؤوليتهم.

1- المسؤولية العقدية للمؤسس: يُشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، فإن لم يوجد عقد أصلاً فلا تقوم المسؤولية العقدية، كما يُشترط أيضاً 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. فاللمسؤولية العقدية أركان ثلاث: هي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

²³¹ 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 تكبدها في حدود ما تطلبه تأسيس الشركة، أو ما أقرته جمعية المكنّتين، وإذا لم يتم تأسيس الشركة لأي سبب كان فليس للمؤسسين الرجوع على المكنّتين. 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- توافر المقدمات العينية طبقاً لتقدير الخبير. 3- صحة البيانات التي أذاعوها على الجمهور لتأسيس الشركة. وبعد مسؤولاً بالتضامن بنفس الدرجة قبل الشركة والغير أولئك الذين تعامل المؤسسون باسمهم".

²³² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، المكتبة القانونية/الدار الجامعية، دون سنة نشر، ص363.

تستعرض الأركان تباعاً وفقاً للنظرية العامة للالتزام، وتُخرج على ما يتعلق بمسؤولية المؤسسين المتصرفين باسم الشركة في طور التأسيس فيما أجروه من عقود.

1.1- الخطأ العقدي: يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ الالتزام العقدي، سواء أُرجع ذلك إلى غش المدين أم إهماله، أو عدم مقدرته أم حتى إلى السبب الأجنبي، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة؛ مسؤولية المدين لا تقوم، لا لعدم توافر الخطأ، ولكن لقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر. ولهذا فإن الخطأ طبقاً للرأي السائد، يتوافر من مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه²³³. فالشركة في طور التأسيس تتطلب قيامها العديد من التعاقدات التي يُجريها المؤسسون لحسابها، فيقومون بإبرام عقود مع بعض المستخدمين والعمال، وكذلك يتعاقدون مع جهات مختصة بالدعاية والإعلان. أو يقومون بإبرام عقود إيجار لبعض المباني أو المرافق الخدمية، أو شراء آلات ومعدات وتجهيزات تحتاجها الشركة لكي تنشأ. وفي حالة عدم تنفيذ هذه التعاقدات أو بعضها من قبل المؤسسين، تقوم مسؤوليتهم العقدية تجاه أطراف العقد المقابلين لتوافر عنصر الخطأ، والذي يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام الواقع على المؤسسين.

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 أنّ المدين (المؤسس) لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي. وعلى كل حال فإنّ عدم تنفيذ الالتزام من قبل المؤسس يوجب عليه التعويض. حيث نصت المادة **218 ق. م. ل. ع.**: "إذا استحال على المدين أن يُنفذ الالتزام عينا حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

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 التعاقدية أو التأخر فيه. والضرر نوعان مادي وأدبي. الضرر المادي: هو الضرر الذي يلحق الشخص في مصلحة مالية... وهو أكثر شيوعاً في المسؤولية

²³³- محمد البدوي، مرجع سابق، ص 229.

العقدية من الضرر الأدبي. والضرر الأدبي: هو الألم الذي يُصيب الشخص نتيجة الاعتداء على جسمه أو عاطفته أو كرامته أو سمعته²³⁴.

ويُشترط في الضرر أن يكون حالاً وأن يكون مباشراً، ويجب أن يكون الضرر متوقعاً. 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 غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد، فإذا تعاقد المؤسسون مع مجموعة من المستخدمين والعمال ومن ثم لم يُجاز هذا التعاقد من قبل الشركة بعد تأسيسها، وجب على المؤسسين تعويض هؤلاء عن الأضرار التي لحقت بهم جراء عدم تنفيذهم لالتزامهم التعاقدية، وكذلك إذا تم إبرام عقد إيجار لبعض المباني التي غالباً ما تكون لمدد محددة، ولم تُجاز هذه التصرفات من قبل الشركة، فعلى المؤسسين تعويض المؤجر عن الضرر الذي لحق به أيضاً. مع مراعاة نص المادة 224 ق.م.ل. في هذا الشأن²³⁵.

والضرر الأدبي قليل الحدوث في المسؤولية العقدية التي تنور غالباً بسبب علاقات مالية وليست أدبية. ومع ذلك فإن الإخلال بالعقد يسبب أحياناً ضرراً أدبياً للدائن.... وكان هناك رأي قديم في الفقه الفرنسي لا يُجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، ويُقصر التعويض عن هذا الضرر على المسؤولية التقصيرية وحدها، ولكن هذا الرأي لا يأخذ به الفقه الغالب الآن²³⁶، وهو ما تبناه المشرع الليبي بنص المادة 225 ق.م.ل.²³⁷

3.1- علاقة السببية بين الخطأ والضرر: لا يكفي لتحقق المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ من المدين وضرر للدائن، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون الخطأ هو سبب الضرر. والقانون قد افترض وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ولم يكلف الدائن بإثبات هذه العلاقة. ويستطيع المدين أن يتخلص من المسؤولية بنفي رابطة السببية بين خطئه والضرر الواقع، وذلك بإثبات أن الضرر راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. كالقوة القاهرة أو فعل الدائن أو فعل الغير²³⁸ ونظرًا

²³⁴ - محمد البديوي، مرجع سابق، ص 234.

²³⁵ - 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 فاتته 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 خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد."

²³⁶ - انظر سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ص 2005م، ص 181

²³⁷ - نصت المادة (225) على: "1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

²³⁸ - محمد البديوي، مرجع سابق، ص 236.

لأن الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الضرر بعضها مباشر وبعضها غير مباشر، كما أن بعضها مُنتج وبعضها غير مُنتج. فإنّ المدِين لا يكون مسؤولاً عن الضرر إلا إذا كان الخطأ صادر منه وهو السبب المباشر المُنتج في إحداهن هذا الضرر²³⁹.

2- المسؤولية التقصيرية للمؤسس: المسؤولية التقصيرية هي الجزاء على الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض عند الإضرار بالغير. وتُشكل المسؤولية على أساس الخطأ القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية في نظامنا القانوني للمسؤولية. فقد جعل القانون اللبّي متأثراً في ذلك بالقانون الفرنسي عن طريق القانون المصري المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات.... وقد تأثر القانون اللبّي بالمسؤولية على أساس تحمل التبعة، سالكا في ذلك النهج الذي سار عليه القانون الفرنسي والقانون المصري. فقد أخذ بنظرية تحمل التبعة²⁴⁰ 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 جميعاً 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 الضرر²⁴¹. 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 للمسؤولية²⁴².

²³⁹ - سمير تناغو، مرجع السابق، ص 185.

²⁴⁰ - نظريات تحمل التبعة: ظهرت هذه النظريات مع الثورة الصناعية في نهاية القرن التاسع عشر وما صاحبها من كثرة الحوادث. وتطلق 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 يعرضه. 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.

²⁴¹ - سمير تناغو، مرجع السابق، ص 225.

²⁴² - محمد البدوي، مرجع سابق، ص 291.

أما المسؤولية عن فعل الغير فهي تختلف عن المسؤولية عن الفعل الشخصي في أنها تقوم على خطأ مُفترض غير واجب الإثبات، وذلك تسهيلاً للمضروب في حصوله على التعويض، خلافاً للقاعدة العامة التي تُوجب إثبات الخطأ من جانب المسؤول²⁴³.

وللخطأ التقصيري ركنان أولهما مادي والثاني معنوي. فالخطأ في عنصره المادي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي. وهذا الانحراف في السلوك يُؤخذ بالمعيار الموضوعي المجرد وهو الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد. وفي عنصره المعنوي وهو الإدراك. والقوانين كُلها تقيّم المسؤولية على التمييز، باعتباره عنصراً معنوياً يُضاف إلى العنصر المادي، وهو الانحراف في تكوين ركن الخطأ في المسؤولية. فالإدراك هو قوام الخطأ، والخطأ هو قوام المسؤولية، بمعنى أنّ الخطأ يتمثل في الانحراف عن السلوك الواجب أو السلوك العادي، مع إدراك الشخص لذلك²⁴⁴ ولا يعطي القانون المدني أهمية للتمييز بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، ولا الخطأ الجسيم ولا اليسير، لأنّ هدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر، بغض النظر عن نية المتسبب فيه.

فإذا قام أحد المؤسسين بإعطاء قيمة صورية لبعض المساهمات الداخلة في رأس مال الشركة، وأصدر شهادات تُفيد بأنّ القيمة الأولى للنسبة المنصوص عليها في القانون قد دُفعت، في حين أنها عبارة عن قيود مصرفية صورية، فهنا تنشأ مسؤوليته التقصيرية عن خطئه المتعمد، أما عن الخطأ غير المتعمد فيكون ناشئاً عن إهمال أو قلة احتراز أو عدم تبصّر. ومثال ذلك إغفال المؤسسين التوقيع على نظام الشركة أو عدم تضمين البيانات الواجب ذكرها في بطاقة الاكتتاب²⁴⁵.

2.2- الضرر التقصيري: الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، فلا يكفي لتحقيق المسؤولية التقصيرية وجود الفعل المنشئ للمسؤولية وحده، والمضروب هو الذي يُثبت حصول الضرر له طبقاً للقواعد العامة في تحميل المدعي عبء إثبات ما يدّعيه. والضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن²⁴⁶.

والضرر نوعان مادي ومعنوي²⁴⁷. فالضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو الإخلال بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية، ومن الأمثلة على الضرر الذي يُمكن

²⁴³- سمير تناغو، المرجع السابق، ص263

²⁴⁴- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص370

²⁴⁵- بن قرينة عمر، قويدري عبد العزيز، النظام القانوني للمؤسس في شركة المساهمة، الجزائر، س 2019م، ص43، ص44.

²⁴⁶- مجد البديوي، المرجع السابق، ص 338، ص339.

²⁴⁷- المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 44/183 قضائية، س 2002م، غير منشور.

أن يمس بمصلحة المساهمين في الشركة المساهمة هو ضرر تفويت الفرصة بتحقيق الربح، فالضرر الناتج عن تفويت الفرصة، يدخل ضمن الضرر الحال أو المؤكد، ويعود سبب ذلك إلى أن الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن أمر تفويتها يُعدّ أمراً محققاً، ولكن يُشترط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وصادقة، ويُرجى منها تحقيق كسب معين، ويجب أن يكون تفويت الفرصة نهائياً بمعنى قطع كل أمل في إمكان تحقيق الكسب، وفقدان كل وسيلة لذلك²⁴⁸.

ويُعتبر الضرر المادي هو الأكثر وقوعاً في نطاق المسؤولية التقصيرية. فالضرر المادي هو الغالب في مجال الشركات، ويتمثل في مسؤولية المؤسس عن الإخلال بمصلحة المضرور، سواء من المساهمين أو من الغير، حيث تكون هذه المصلحة ذات قيمة مالية. أما الضرر المعنوي فهو الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته، وهو لا يمس مصلحة مالية وإنما يمس مصلحة معنوية.... وحتى يكون الضرر المرتكب من طرف المؤسس يستحق التعويض لأبد له من شروط تتمثل في: الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة، وأن يكون الضرر محققاً، وأن يكون شخصياً، وأن يكون مباشراً، وألا يكون قد سبق تعويضه²⁴⁹. حيث يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم وفاء المؤسسين بالتزامهم الذي تعهدوا بالوفاء به.

ويقع عبء إثبات الضرر على من يدعيه (المساهم أو الغير) وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة "البينة على من ادعى" فعلى المدعي وهو من وقع عليه الضرر أن يُثبت ما يدعيه من وقوع الضرر عليه من طرف المؤسسين، ويحل تقدير التعويض²⁵⁰ في سلطة المحكمة الابتدائية المختصة.

3.2- علاقة السببية بين الخطأ والضرر: علاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية والذي لا تقوم بدونه، وهو المطلوب في جميع صور المسؤولية²⁵¹. فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن يكون الخطأ سبباً في الضرر أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.... ويُقصد بعلاقة السببية العلاقة المباشرة بين ركن الخطأ والضرر، بمعنى بين خطأ المسؤول عن الضرر الذي لحق المضرور، وكان خطأ المسؤول هو سبب الضرر وعلته²⁵². وفي هذا الصدد فإنّ المؤسسين لا يستطيعون رفع المسؤولية عنهم بتذرعهم بحسن نيتهم أو بأنهم لم يرتكبوا أي خطأ، أو أنهم بذلوا في تأسيس الشركة العناية المعتادة، كما لا يصح تذرعهم بالغلط حتى ولو كان قانونياً، وناتجاً عن

²⁴⁸ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجلة الحقوق، العدد الثاني، جامعة الكويت، س 1986م، ص 81.

²⁴⁹ - أنظر إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 440، بن قرينة عمر ص 47.

²⁵⁰ - المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 44/368 قضائية، س 2022م، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2002، ج 2، ص 437.

²⁵¹ - بن قرينة عمر، قويدري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 47.

²⁵² - حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1974/3/12م، مجلة المحكمة العليا، س 15، ص 279.

تفسير للنصوص مختلفا عليه فقها أو اجتهادا، وذلك لأن مسؤوليتهم حتمية ولا يجوز استبعادها بنفيهم الخطأ²⁵³.

وانطلاقا مما سلف لأبد من التأكيد على أن المؤسسين يتحملون نتائج تصرفاتهم التي قاموا بها سواء كان مصدرها عقديا أو التزاما قانونيا بعدم الإضرار بالغير، ما لم تُقرر الشركة تحمل تلك الالتزامات. فهذه الالتزامات والتصرفات تنتقل إلى الذمة المالية للمؤسسين الشخصية، لكلٍ منهم متضامنين. ولتبيين ذلك نتناول المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للمؤسسين.

ثانيا- المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للمؤسس: بما أن القانون المدني هو الشريعة العامة للمعاملات، ووفقا لأحكامه فإن التضامن في المسؤولية لا يُفترض بل لأبد 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 للانتماء، وهما عصب المبادلات التجارية. ووفقا لأحكام المادتين 102، 112، ق. ن. ت. رقم 2010/23 المنظمتين لمسؤولية المؤسسين التضامنية قبل الغير عن تصرفاتهم التي تعهدوا بها لإنشاء الشركة. وما نصت عليه المادة 113 ق. ن. ت. رقم 2010/23 بخصوص مسؤولية المؤسسين التضامنية قبل الشركة وقبل الغير عن الإجراءات الخاصة بتأسيس الشركة.

يتضح لنا أن ق. ن. ت. رقم 2010/23 حدد طبيعة المسؤولية المترتبة عن تصرفات المؤسسين والتزاماتهم التي تعهدوا بها لمصلحة الغير. وكذلك مسؤوليتهم عن التجاوزات المرتكبة من قبلهم أثناء مباشرتهم إجراءات التأسيس، سواء عن قصد أو إهمال بأن جعلها المشرع تضامنية وغير محدودة. فما هو مفهوم هذه المسؤولية؟ وما هي الآثار المترتبة عن المسؤولية التضامنية للمؤسس؟

1- مفهوم المسؤولية التضامنية والمسؤولية غير المحدودة: التضامن الذي يكون بين المؤسسين المدنيين هو ما يُعرف 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:

²⁵³- بن قرينة عمر، قويدري عبد العزيز، مرجع سابق، ص45.

"وإذا تعدد الفُضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية" والمادة 707 ق.م.ل. بشأن تضامن الوُكلاء²⁵⁴. كل هؤلاء هم متضامنون سلبيون لوجودهم في خانة المدين بالالتزام. وهو ذات الأمر الذي طُبّق على المؤسسين عند تصرفهم باسم الشركة في طور تأسيسها، غير أن المشرع شدد من مسؤوليتهم بأن جعلها غير محدودة.

والتضامن السلبى هو وصف يلحق بالالتزام، يستطيع الدائن على أثره أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين بكامل الدَّين. وبالتالي فإن التضامن بين المدينين يزيد من ضمان حصول الدائن على حقه، فيتحمل المدينون المتضامنون مخاطر إفسار بعضهم، وتقوى بهذا ضمانته وثقة الدائن²⁵⁵. فالدائن الذي تعامل مع أحد المؤسسين فترة تأسيس الشركة يستطيع مطالبة أي من المؤسسين الآخرين بكامل الدَّين. فهنا يتعدد ضمانه العام بقدر تعدد المدينين، والغاية من هذا الضمان؛ هو حصول الدائن المتعامل مع الشركة فترة التأسيس على حقه دون أن يتعرض لخطر إفسار أحد المدينين المؤسسين.

من خصائص هذه المسؤولية أنها غير محدودة، أي أنّ المدينين مسؤولون عن التزاماتهم أمام الدائن مسؤولية شخصية وكأنها ديونهم الخاصة، فيستطيع الدائن النفاذ إلى الذمة المالية الشخصية للمؤسسين المتضامنين. فالمشرع لم يجعلها محدودة بما قدمه المؤسس من حصة أو مساهمة في رأس المال، بل تتعداها إلى أمواله الخاصة. وهنا يستطيع الدائن التنفيذ على الأموال الخاصة بالمؤسسين جميعاً إذا لم تكفي أموال أحدهم للوفاء بدينه.

وبالرغم من أنّ جميع المواد التي نصت على المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للمؤسسين كانت ضمن المواد المنظمة لشركات الأموال، وبالتحديد شركة المساهمة، والتي فيها مسؤولية الشريك محددة بحسب ما قدمه من مساهمة، فإن المشرع شدد من مسؤولية المؤسسين على وجه العموم وذلك لخصوصية هذه المرحلة ولخطورتها أيضاً، هادفاً من هذا التشديد حماية الغير المتعامل مع الشركة في طور التأسيس.

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

²⁵⁴- نصت المادة (707) على: "1- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين 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 مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها. 2- وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يخصص في انفرادهم في العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه".
²⁵⁵- مجد البديوي، مرجع سابق، ص 178

2- التمييز بين المسؤولية التضامنية والمسؤولية التضاممية: هناك مجموعة من الأمور تتشابه فيها المسؤوليتان التضامنية والتضاممية، إلا أنّ هناك مجموعة من أوجه الاختلاف بين المسؤوليتين. فيتفقان في وجود عدة مدنيين مسؤولين عن دَيْن واحد. وكذلك لا يُشترط فيهما أن يكون الدائن شخصا واحدا، كما أنّ في كلّ من المسؤوليتين يحق للدائن الرجوع على أي من المدنيين، وأنّ وفاء الدّين من قبل أحدهم يُبرئ ذمة سائر المدنيين. ويختلفان من ناحية المصدر فنجد أنّ التضامن لا يُفترض في بعض المسائل، بل لا بُد أن يكون هناك نص في القانون أو الاتفاق. أما الالتزام التضاممي فتفرضه طبيعة الأشياء ذاتها، لذا يكون متعدد المصادر... والتضامن يكون إيجابيا بين الدائنين وسلبيا بين المدنيين، أما التضام لا يكون بدهاءة إلا بين المدنيين، والتضامن يَنج عن وحدة مصدر دَيْن جميع المدنيين، فإنّ هناك مصلحة مشتركة فيما بين المدنيين. وبالتالي النيابة بينهم فيما ينفع لا فيما يضر.

وتنشأ من هذه النيابة آثار قانونية منها بنص القانون ومنها يفرضها القضاء. أما في التضامم يكون مصدر دَيْن كلّ منهما مستقلا عن الآخر، وليس هناك مصلحة مشتركة فيما بين المدنيين، وعدم وجود النيابة المتبادلة، إذ لا يوجد أي رابطة تربط المدنيين ببعض، سوى أنّ جميعهم مسؤولين عن نفس الدّين اتجاه الدائن²⁵⁶.

3- 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 وحصّة 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، 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 والملاح التي تقوم عليها هذه الشركة، لذلك لا يُسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بقدر ما قدمه من أسهم في رأس المال²⁵⁷، وهذا النوع من المسؤولية هو الذي يُميز شركات الأموال عن شركات الأشخاص، التي فيها المسؤولية غير محدودة. إلا أنّ المشرع جعل مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم فترة التأسيس مسؤولية غير محدودة، تقوية للضمان العام وحمايةً للغير.

²⁵⁶ - علي ناجي، مرجع سابق، ص 59

²⁵⁷ - محمد فتح الله محمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 22.

أما المسؤولية غير المحدودة، فهي عكس ونقيض المسؤولية المحدودة، فالشريك الذي مسؤوليته غير محدودة لا تتحدد مسؤوليته بما قدمه من حصة في رأس المال، بل تتعدها إلى أمواله الخاصة²⁵⁸ فهذه المسؤولية هي مسؤولية تطال الذمة الشخصية للشريك، ويترتب عليها أنّ الدائن للشركة يستطيع التنفيذ على الأموال الخاصة بالشركاء، إذا لم تكفي أموال الشركة للوفاء بدينه، أي أنّ لدائني الشركة ضمانا إضافيا، وهو الأموال الخاصة بالشركاء.

ولعل أبرز ما يُميز المسؤولية المحدودة عن المسؤولية غير المحدودة، هو أنّ الأولى جُعِلت لمصلحة الشركاء، في حين أنّ المسؤولية غير المحدودة هي في الأساس تُصَب لمصلحة الغير (الدائنين). كما أن المسؤولية غير المحدودة تُعتبر ضمانا إضافيا للضمان العام، وهو رأس مال الشركة، بينما تحديد المسؤولية لا يُضيف للضمان العام، الأمر الذي يجعل المتعاملين مع الشركات التي تكون فيها المسؤولية محددة بما يقدمه الشريك من مساهمة أكثر حذرا من غيرها.

4- 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) أنّه يكون كل مدين مسؤولاً عن الدين كاملا، فيحق للدائن أن يُطالب أيّا منهم بكل الدين، أو يُطالبهم مجتمعين. وإذا طالب أحدهم ولم يستوفِ حقه كاملا، فله أن يرجع على أيٍّ من الآخرين بالباقي. ولما كان الدين واحدا، فإن أيّاً من المدينين المتضامنين يستطيع التمسك بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين.... ولكن ليس لأيٍّ من المدينين المتضامنين التمسك بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، كنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس إذا شاب رضا أحد المدينين المتضامنين، دون الباقيين²⁵⁹. وهذا ما يُسمى بمبدأ وحدة الدين. وقد تكون رابطة أحد المدينين المتضامنين مشوبة بعيب خاص، كالغلط والتدليس أو نقص الأهلية، ولم يتحقق ذلك بالنسبة للباقيين. فلهذا المدين وحده أن يتمسك بهذا العيب للتخلص من التزامه، دون الباقيين الذين كانت روابطهم سليمة – أما الباقيون – فلا يحق لهم التمسك بهذا الدفع وعليهم الوفاء بالدين كاملا، بما في ذلك حصة المدين الذي تعيب رابطته. وهو ما يُسمى بمبدأ تعدد الروابط.

وكذلك فإنّ كل مدين يعتبر ممثلا للآخرين في الأعمال النافعة التي يقوم بها، دون الأعمال الضارة، فإذا قام أحدهم بعمل نافع استفادوا منه جميعا. وإذا قام بعمل ضار أو قام الدائن بعمل ضده اقتصر أثره عليه وحده، فإذا استفاد أحدهم من الصلح أو التقادم أو الوقف استفاد البقية، وإذا حكم

²⁵⁸ - نقض مصري رقم 698 السنة 47 قضائية، جلسة 1981/3/26م مجموعة أحكام النقض، س32، ص953.

²⁵⁹ - مجد البديوي، مرجع سابق، ص180

لأحدهم استفاد منه المدينون الباقون. وهو ما يُسمى بمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر²⁶⁰.

أما الآثار المتعلقة بعلاقة المدينين فيما بينهم؛ فإنَّ أهمها يرجع إلى أنَّ المدين الذي وقى الدين كله أو بعضه جاز أن يرجع على الباقين كلُّ بقدر حصته في هذا الدين.... وأما إذا كان أحد المدينين المتضامنين معسرا، تحمل تَبعة إعساره جميع المدينين الموسرين كلُّ بقدر حصته²⁶¹. وفق ما نصت عليه المادة 285 ق. م. ل. بقولها: "إذا ثبت عدم يسار أحد المدينين المتضامنين تحمل تَبعة ذلك المدين الذي وقى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته".

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. ولكَّه لم يكتفِ بإقرار المسؤولية المدنية لوحدها، بل ذهب إلى أبعد من ذلك بأن نص على مسؤولية المؤسسين الجنائية²⁶² 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. رقم 2010/23م 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 والمصنفين إذا أوردوا بسوء نية في تقاريرهم أو في الميزانيات أو في بياناتهم الأخرى المتعلقة بالشركة وقائع غير مطابقة للحقيقة في شأن تأسيس الشركة أو حالتها الاقتصادية أو أخفوا كل أو بعض الوقائع الخاصة بتلك الأمور. 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".

²⁶⁰ - قررة وفاء وميهوب يزيد، التضامن بين المدينين في القانون المدني، الجزائر. العام الجامعي 2020/2019، ص53

²⁶¹ - محمد البدوي، ذات المرجع، ص186

²⁶² - مخيش محسن، حماية الغير أثناء تأسيس شركة المساهمة، الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018م، ص43

يَتَضَح من نص المادة أن المشرع اشترط لإيقاع هذا الجزاء على المؤسسين توافر عنصر سوء النية، أي أن يكون المؤسسون تعمدوا إيراد وقائع غير مطابقة للحقيقة، أو أخفوا تلك الحقائق المتعلقة بتأسيس الشركة، وأرادوا من خلالها التحايل أو التضليل باستخدام جميع وسائل الغش، التي تؤثر في إرادة الإنسان العادي للحصول على منافع خاصة. أو لحمل الناس على الاكتتاب ودفع المال إلى الشركة بنشر معلومات كاذبة عن ماهية مشروع الشركة وأهميته، وعن ماهية الحصص العينية المقدمة للشركة، أو الإعلان بصورة غير صحيحة عن أسماء ذوي الملاءة المشهودة والخبرة الواسعة، أو عن القيمة الاقتصادية للعلامة التجارية الداخلة كحصة في الشركة²⁶³ أو أن يقدّم المؤسسون بيانات مُخالفة للواقع بخصوص بعض المصاريف التي تكبدوها من أجل تأسيس الشركة، أو أن يقوموا بإخفاء بعض البيانات التي من شأنها أن تؤثر على رغبة البعض في الإقدام على الدخول في الشركة، وتقديم حصة فيها إذا علموا بها.

سبق وأن رأينا عند تناول المسؤولية المدنية للمؤسسين أنّ المشرع شدد منها حمايةً للغير المتعاملين مع الشركة، وجبرا للضرر، هادفاً من ذلك استقرار المعاملات وحفاظاً على المراكز القانونية التي تكونت بتعامل المؤسسين مع غيرهم. إلا أنّ غاية المشرع من وراء تجريم هذا الفعل نجدها أوسع، لتشمل تدعيم الثقة والائتمان وحماية للدخار العام، بالإضافة إلى حماية مصالح الشركة والشركاء وتأسيس الشركة تأسيساً سليماً بعيداً عن التحايل والتضليل.

ثانياً- **المبالغة في تقدير المقدمات العينية باستخدام وسائل الغش والتدليس:** نصت الفقرة الأولى من المادة 405 ق. ن. ت. رقم 2010/23 م 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".

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 تُمثله هذه الحصة في رأس مال الشركة. ومن أجل هذه الأهمية، فرض المشرع عقوبة جنائية على المؤسسين إذا قدروا هذه الحصة بقيمة غير قيمتها الحقيقية.

²⁶³ - علي ناجي، مرجع سابق، ص 70

ومن استقراء أحكام المادة 405 ق. ن. ت. رقم 2010/23م نجد أنّ المشرع أوجب لإيقاع العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة أن يكون المؤسسون قصدوا تقدير المقدمات العينية بقيمه مبالغ فيها، أي بمقدار يتجاوز القيمة الحقيقية للعين المقدمة، وهذه المبالغة لم يتم توضيحها في نص المادة، الأمر الذي يجعلنا نتبينه من نص المادة 104 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الواردة ضمن الأحكام المنظمة للشركة المساهمة، والمعنونة "بقواعد تقدير الحصة العينية"، حيث أوردت في فقرتها الرابعة: "وإذا ظهر أنّ قيمة الأموال المقدمة عينا تنقص بأكثر من الخمس عما قدره المؤسسون تحتم على الشركة أن تُخفض رأس المال بنسبة الفرق، وتُلغي الأسهم التي أصبحت غير مغطاة، على أنّه يجوز للشريك الذي يدفع عينا أن يكمل النقص بدفع مقابله نقداً، أو أن ينسحب من الشركة". بمعنى أن مقدار المبالغة يكون بنسبة تتجاوز خمس القيمة الحقيقية للعين، أي يفوق نسبة 20% لقيمة الحصة العينية الحقيقية.

وفي مقام آخر نلاحظ أنّ المادة 104 ق. ن. ت. رقم 2010/23م²⁶⁴ أوكلت تقدير الحصة العينية لخبير حالف اليمين، يُعينه رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاص المال المراد تقديره. الأمر الذي يقودنا إلى استنتاج أنّ الخبير لا بد أن يتواطأ مع المؤسسين لكي يقوموا بهذا الفعل المعاقب عليه. إلا في حالة تم تزوير تقرير الخبير من قبل المؤسسين أو من أحدهم على أقل تقدير، أما فيما عداها فلا مجال للحديث عن عدم وجود تواطؤ للخبير، أو اشتراكه في التقدير المعيب للمقدمات العينية محل التجريم.

والأمر هنا يسري على شركة المساهمة وشركتي التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، بموجب إحالة نصت عليها المادتان 263، 277 ق. ن. ت. رقم 2010/23م، أما بخصوص شركات الأشخاص فلم يتضمن ق. ن. ت. رقم 2010/23م حكماً يسري عليها بخصوص قواعد تقدير الحصة العينية، كما أنّ القانون المدني باعتباره القاعدة العامة؛ جاء خلواً من قاعدة في هذا الشأن عند تناوله للشركات البسيطة، مما يعني أن تقدير الحصة يخضع للآلية التي يتفق عليها الشركاء، ويجوز لهم في هذا الشأن الاسترشاد بنص المادة 104 ق. ن. ت. رقم 2010/23م الخاصة بالشركة المساهمة لسد هذا الفراغ التشريعي²⁶⁵.

²⁶⁴ نصت المادة (104) على: "على من يساهم في الشركة مساهمة عينية أن يقدم تقريراً من خبير حالف لليمين يعينه رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها المال المراد تقديره، ويحتوي هذا التقرير على بيان المقدمات العينية، والقيمة التقديرية لكل صنف منها والأسس التي بني عليها التقدير، ويلحق هذا التقرير بعقد التأسيس. ويجب على مجلس الإدارة وهيئة المراقبة أن يتأكدا من صحة التقدير الوارد ذكره في الفقرة السابقة، وذلك في ظرف ستة أشهر من تاريخ تأسيس الشركة.

ولمجلس الإدارة أو هيئة المراقبة أن يطلبوا من المحكمة المختصة إعادة النظر في التقدير إذا تبين أن هناك أسباباً وجيهة لذلك"²⁶⁵ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 56

وبالعودة إلى نص المادة 405 ق. ن. ت. رقم 2010/23م 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 أنّ 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؛ يكون ذلك دليلاً قوياً على توافر نية الغش لدى من أقدم عليها. فإذا كان الأمر كذلك فلا شيء يمنع المحكمة من استخلاص نية الغش من المبالغة الفادحة الحاصلة في تحديد قيمة المقدمات العينية؛ لأن من يقوم على تقدير قيمة لمقدمات تفوق بكثير قيمتها الحقيقية التي قدرها الخبراء من خلال الخبرة التي أجروها عليها، لا يُمكن أن يكون جاهلاً لهذه القيمة الحقيقية طالما أنه مالك للمقدمات و عليه معرفة قيمتها في السوق أوفي التداول²⁶⁶.

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، ويؤهمهم هذا التقدير المبالغ فيه بأنّ الشركة تتوفر على رأس مال يكون حائزاً على قوة ائتمانية، في حين أنّ المبلغ المصرح به لا يعكس القيمة الحقيقية للحصة العينية، مما يؤثر على الغير بالنسبة لضمانهم المقرر على رأس المال²⁶⁷ ولا تقف المبالغة عند الإضرار بالدائنين فقط، بل تمس أيضاً الشركاء أو

²⁶⁶ علي ناجي، مرجع سابق، ص70

²⁶⁷ يتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية؛ لأن هذه الحصص يمكن تقييمها بالنقد، وتكون وحدها ضماناً لدائني الشركة لقابليتها لأن تكون محلاً للتنفيذ الجبري. بيد أن رأس مال الشركة لا يكشف وحده عن المركز المالي الحقيقي للشركة، ذلك أن الشركة قد تحقق أرباحاً تكون منها أموالاً 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 دائماً 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 تماماً 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

المساهمين أصحاب الحصص النقدية، وتُلحق الضرر بهم على مستوى عدد الأسهم أو الحصص التي سيمتلكونها، وبالتالي سيُضعف من مركزهم في اتخاذ القرار، وكذلك نقص نصيبهم من الأرباح.

وفي الجانب الآخر يُعطي هذا التقدير المبالغ فيه حقوقاً ومزايا دون وجه حق، وهو الأثر الذي تفتن له المشرع بخصوص شركات الأموال، فجعل تقدير الحصص العينية يكون بمعرفة خبير حالف اليمين. كما نص بأن المبالغة التي يُعتمد بها هي التي تتجاوز 20% من القيمة الحقيقية للحصة العينية ويمكن للمحكمة أن تسترشد بها في شأن شركات الأشخاص. ولكن الأمر يظل متروكاً لتقدير قاضي الموضوع .

إذا فإنّ المشرع الليبي حدد سقفاً للمبالغة، مقداره خمس القيمة الحقيقية للعين، فعند تجاوز هذه النسبة عند تقدير قيمة المقدمات العينية، فإنّ التقدير يُعتبر مُبالغاً فيه، ويستوجب إقرار العقوبة المنصوص عليها في المادة 405 ق.ن.ت. رقم 2010/23م. أما إذا كان التقدير لا يتجاوز نسبة الخمس ولو بالشيء اليسير فإنّ التقدير هنا لا يُعد مبالغة.

المطلب الثاني: التزامات الشركاء والإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية

يلتزم الشركاء في مرحلة تأسيس الشركات التجارية بأداء ما تعهدوا به من حصة للشركة، بحيث تبرز صورتها الحصة النقدية والحصة العينية في هذه المرحلة، لضرورتها في قيام الشركة فعلاً. ولأنّ المشاركة في رأس مال الشركة تتطلب أن يُقدم الشريك للشركة حصته النقدية وهي السمة البارزة في تكوين رأس مال الشركة، بالإضافة إلى الحصص العينية على تنوع أشكالها. غير أنّ هذه الأخيرة تُطرح إشكالاتاً عملياً على مستوى المشاركة بها كحصة.

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

الفرع الأول: التزامات الشركاء في مرحلة التأسيس

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

=الصورية، وأن لدائني الشركة حق مطالبة الشركة مباشرة بالوفاء بحصصهم. انظر مصطفى كمال طه، الشركات التجارية. الأحكام العامة في الشركات، مكتبة الوفاء القانونية، ط الأولى، س 2009، ص33، ص34.

أولاً- 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 عيني 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 مُنطلق هذه المادة سنتناول موضوع ضمان الشريك للحصة المقدّمة منه في حالة ما إن قدمها على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع .

1- ضمان عدم التعرض: بالنظر إلى نص المادة 428 ق.م.ل²⁶⁸ نجد بأنّ الضمان الذي يلتزم به البائع يتمثل في تعرضه هو نفسه، وكذلك ضمان تعرض الغير للمشتري في الانتفاع بالمبيع. وإسقاطا على الحصة التي يُقدمها الشريك للشركة، فإنّ أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا كانت على سبيل التملك، وأحكام الإيجار هي التي تسري على ضمان الحصة إذا كانت على سبيل الانتفاع. ولضمان التعرض الصادر من البائع شرطان:

الشرط الأول: وُقوع التعرض فعلا. فيجب أن يقع من البائع تعرض فعلي للمشتري، أما مجرد احتمال وُقوعه فلا يكفي لتحقيق مسؤولية البائع، فإذا قام البائع بتهديد المشتري بالتعرض له في حيازة المبيع أو الانتفاع به لكنه لم يُنفذ تهديده فلا يكون ذلك تعرضا، بل يجب أن تقع الأفعال التي تُؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع. وكذلك الحال إذا باع البائع العقار المبيع مرة أخرى وقام المشتري الثاني بتسجيل العقد في 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 بالعقار²⁶⁹.

الشرط الثاني: أن يتضمن التعرض عملا من شأنه أن يحول كُليا 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 ادعاه على المبيع، وترتب على ذلك نزع المبيع من المشتري.... أما التعرض المادي فيقع عندما يقوم البائع بأى فعل مادي يعكّر به حيازة المشتري، دون أن يستند في ذلك إلى حق يدعيه على المبيع .

²⁶⁸- 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".

²⁶⁹- محمد عبد الله الدليمي، مرجع سابق، ص 104

من هنا فعدم التعرض الذي يضمنه الشريك على الحصة، هو تعرضه الفعلي على الحصة المقدمة منه لا مجرد الاحتمال والتوقع، سواء كانت على سبيل التمليك أم على سبيل الانتفاع الذي تسري عليه أحكام عقد الإيجار في ضمان الحصة من التعرض الحاصل من المؤجر. وقد نصت المادة 570 ق.م.ل على: "1- على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع. 2- ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر". وإضافة إلى ضمان عدم التعرض الصادر من البائع والمؤجر، فإنهما يضمنان عدم التعرض الصادر من الغير.... ولا يشمل هذا الضمان التعرض المادي الصادر من الغير، كسرقة المبيع أو غصبه أو إتلافه، لأنّ البائع لا يكون مسؤولاً عن هذا التعرض إلا إذا كان متواطئاً مع الغير. كما أنّ للمشتري أن يرفع هذا التعرض بالوسائل التي كفل بها القانون حماية حق الملكية والحياسة²⁷⁰، وهو ما نصت عليه المادة 428 ق.م.ل.

وكذلك ما يسري على ضمان عدم تعرض البائع الصادر من الغير، يسري على ضمان المؤجر للتعرض الصادر من الأجنبي. وهو ما نصت عليه المادة 571 ق.م.ل. إذ جاء فيها: "1- إذا ادّعى أجنبي حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار، وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك وكان له أن يخرج من الدعوى، وفي هذه الحالة لا توجه الإجراءات إلا إلى المؤجر. 2- فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حُرِمَ المستأجر فعلا من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار، جاز له تبعا للظروف أن يطالب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى".

2- ضمان العيوب الخفية: يضمن البائع للمشتري حياسة نافعة مُجدية تُحقق له الغرض الذي لأجله اشترى المبيع. فإذا كان في المبيع عيب يُنقص من قدر هذه الفائدة، وجب على البائع أن يُزيل أثر هذا العيب أو أن يستبدل المبيع بأخر يحقق الفائدة المقصودة. وإلا اعتبر مُخَلّاً بالتزامه بضمان الحياسة النافعة²⁷¹. والمادة 436 ق.م.ل نصت على: "1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده. 2- ومع

²⁷⁰ - محمد عبد الله الدليمي، مرجع سابق، ص106

²⁷¹ - محمد عبد الله الدليمي، مرجع سابق، ص111

ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه".

وكما هو ضمان البائع للعيوب الخفية، فإنّ المؤجر يكون ضامناً لما يكون بالعين المؤجرة من عيوب، وهو ما نصت عليه المادة 575 ق.م.ل حيث جاء فيها: "1- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصاً كبيراً ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها. وهو مسؤول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره. 2- ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد أخطر به أو كان يعلم به وقت التعاقد".

وتأسيساً على ما سلف ذكره، فإن ضمان العيوب الخفية الذي يلتزم به الشريك مقدم الحصة العينية لا يبعد أن يكون أحد اثنين، إن كانت الحصة على سبيل التملك، فإنّه يكون في محل ضمان البائع للعين المباعة، وتكون الشركة في محل المشتري، ولها من الحقوق ما للمشتري من حقوق. وإن كانت الحصة على سبيل الانتفاع، فالشريك يكون في محل ضمان المؤجر للعين، وتكون الشركة في محل مستأجر العين، ولها من الحقوق ما للمستأجر من حقوق. فللشركة حق رفع دعوى الضمان، ولها مطالبة الشريك بالتعويض عن الفارق في قيمة العين المعيبة أو استبدالها بحصة أخرى غير معيبة. ويُشترط في العيب الذي يضمنه البائع الشروط التالية: 1- أن يكون العيب قديماً، 2- أن يكون العيب خفياً، 3- ألا يكون العيب معلوماً من المشتري، 4- أن يكون العيب مؤثراً²⁷².

3- 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 كلياً إذا حُرّم المشتري من كل المبيع، وقد يكون جزئياً إذا حُرّم من بعض حقوقه على المبيع، كما لو أثبت الغير ملكيته لجزء من المبيع أو بعض ملحقاته أو أنّ له حقا عينياً عليه²⁷³ 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 يُستحق جزء من المبيع²⁷⁴.

²⁷²-أنظر في التفاصيل د - محمد الدليمي، مرجع سابق، ص112 إلى 115

²⁷⁴ - 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

فالأحكام التي نصت عليها المادتين المذكورتين هي التي تطبق بشأن حصة الشريك المقدمة على سبيل التملك إذا استُحقت كلياً أو جزئياً، فالشركة في هذه الحالة تكون بمثابة المشتري للحصة، وهي صاحبة الحق في طلب التعويض عن الحصة المستحقة أو الجزء المستحق منها. وعلى الشريك مقدم الحصة العينية على سبيل التملك أن يُقدم عينا غير العين المستحقة أو ما يماثلها قيمة إذا أراد البقاء في الشركة، أو أن ينسحب من الشركة مع إلزامه بالتعويض المشار إليه في المادتين السابقتين.

وفي حالة تقديم الشريك لحصته على سبيل الانتفاع تطبق أحكام الإيجار. وهو ما يطبق في حالة ضمان الاستحقاق، فتطبق أحكام المادة 574 ق.م.ل.²⁷⁵

ثانياً: 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 ضرراً للشركة يلزم تعويضه. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تقوم الشركة بإجبار الشريك على الوفاء بما تعهد به استناداً إلى القواعد العامة، وذلك بواسطة الحجز على أمواله وبيعها لتتقضي منها المبلغ المستحق.²⁷⁶

ولا يختلف التعويض في هذه الحالة، أي في عدم دفع الشريك لحصته النقدية التي التزم بها لحساب الشركة، عن أي التزام عقدي آخر فكل منهم يندرج ضمن المسؤولية المدنية التي يُتطلب توافر شروطها، من خطأ وضرر وعلاقة السببية. بحيث تكون عناصر التعويض هي ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، حسب القواعد العامة المقررة في القانون المدني والتي سبق تناولها في مسؤولية المؤسسين المدنية.

الفرع الثاني: الإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية

=يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية. د) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن منها لو أخطر - البائع بالدعوى طبقاً للمادة 429. هـ) وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله". ونصت المادة (433) على: "1- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة 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 المبيّن في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

²⁷⁵ - تنص المادة (574) على "1- لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي مادام المتعرض لا يدعي حقاً، ولكن هذا لا يخلّ بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المعترض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد. 2- على أنه إذا وقع التعرض المادي لسبب لا يد للمستأجر فيه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المجردة جاز له تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة".

²⁷⁶ - فرج حمودة، مرجع سابق، ص 216، 217.

تُمثل الحصة العينية جزءًا من رأس مال الشركة الذي يُعتبر الضمان العام للدائنين، وهي تتميز باتساع مجالها فضلًا عن أنها تشمل أموالًا ذات طبيعة مختلفة (عقارات ومنقولات)، واشترط المشرع في شركات الأموال أن تخضع الحصة العينية للتقدير، وأن تُسدد دفعة واحدة فور توقيع عقد التأسيس وأن يتم نقل ملكيتها لحساب الشركة عندما تقدم على سبيل التملك. ولكن الأمر لا يخلو من الصعوبات في الواقع العملي. ومن المؤكد أن الشريك الذي يتعهد بتقديم حصته العينية للشركة يجب أن يُحافظ على وجودها وعدم تعرضها للهلاك وألا يتصرف فيها، والأهم هو أن تكون هذه العين مملوكة لذلك الشريك وهو صاحب حق الملكية عليها، وأن تكون ذات قيمة نقدية حقيقية تؤدي إلى إثراء الذمة المالية المشتركة²⁷⁷.

ولكن لا يقف دور الشريك عند التعهد بتقديم الحصة فقط، بل لا بُد من قيامه بتسليمها للشركة إن كانت مشاركته تقوم على مجرد نقل حق الانتفاع بالحصة. أما إن كانت مشاركته تقوم على نقل حق الملكية فيجب عليه نقل ملكية الحصة لحساب الشركة. الأمر الذي يمثل إشكالية في الواقع العملي سنقف عليها (أولاً)، ثم نتناول غياب المساواة بين مقدمي الحصة العينية ومقدمي الحصة النقدية في شركات الأموال من حيث القيمة المدفوعة من رأس المال المكتتب به (ثانياً).

أولاً- صعوبة نقل الحصة العينية لحساب الشركة في طور التأسيس: يلتزم الشريك باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لنقل ملكية الحصة إلى الشركة، كاتخاذ إجراءات التسجيل إذا تعلق الأمر بنقل ملكية عقار أو نقل ملكية براءة اختراع أو علامة تجارية. ويترتب على تقديم الحصة العينية على سبيل التملك أن تنتهي كافة حقوق الشريك على محل هذه الحصة²⁷⁸ وبالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة 25 ق. ن. ت. رقم 2010/23م والتي نصت على: "تتمتع الشركة بالشخصية القانونية اعتباراً 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.

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

²⁷⁷ - تفات عقيلة، ماصوت سعاد، مرجع سابق، ص37
²⁷⁸ - محمد بريري، مرجع سابق، ص35،34

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 .

وتجدر بنا الإشارة إلى أنّ كون مجرد الالتزام بنقل ملكية الحصة العينية فقط هو ما يتم في مرحلة التأسيس، وأنّ نقلها الفعلي باسم الشركة يتم بعد القيد في السجل التجاري، هو أمر خطير وخاصة في الشركات التي يعتمد قيامها ونشأتها على تلك الحصص. كأن تكون الحصة هي نقل ملكية اسم تجاري لحساب الشركة أو براءة اختراع يقوم عليها موضوع الشركة ونشاطها، أو أنّ تكون الحصة قطعة أرض معينة يتم استغلال مواردها، كأن تكون منجما أو محجرا هو في الأساس غاية نشاط الشركة.

وكذلك الحال إذا قلنا بنظرية تعاقد المؤسسين لحسابهم وباسمهم الخاص في مرحلة التأسيس، بحيث تنتقل ملكية الحصة العينية للمؤسسين من ثم يتم نقلها إلى الشركة بعد تأسيسها وتام تمتعها بالشخصية المعنوية، فإن ذلك يستتبع دفع الرسوم كرسوم التسجيل العقاري مرتين، مرة عند انتقال الملكية إلى المؤسسين، ومرة أخرى عند انتقالها من المؤسسين إلى الشركة بعد تكوينها²⁷⁹ وأنّ هذا الأمر يُعرض الشركة إلى خطر إفلاس الشريك أو الحجر عليه. ولا يحل المشكل اعتبار أن مقدم الحصة العينية يبقى مالكا للأموال المقدمة إلى حين قيد الشركة في السجل التجاري، ولو بقياس الشركة في هذه الحالة بوضعية شركة المحاصة، التي يستمر فيها امتلاك كل شريك لما وضعه من مال تحت تصرف الشركة، لأن ذلك لا يسمح بالتحديد الفعلي²⁸⁰.

حيث يرى الباحث أن المشرع عندما نص على أنّ الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية من تاريخ قيدها بالسجل التجاري، غاب عن ذهنه أنّ هناك حصصا عينية تحتاج إلى تشكيلات معينة، من أجل انتقال ملكيتها إلى الشركة، بحيث لا يتحقق لها ذلك في ظل عدم تمّنعها بشخصية قانونية تمكنها من اكتساب الحقوق، والتحمل بالالتزامات، الأمر الذي يؤكد وجود فراغ تشريعي بشكل جلي وواضح.

ثانيا- غياب المساواة بين مقدمي الحصص: تُثير مسألة غياب المساواة بين أصحاب الحصص النقدية وأصحاب الحصص العينية إشكالية على مستوى التمايز في تقديم الحصص، بين الحصص

²⁷⁹- وجدي شفيق، مرجع سابق، ص250
²⁸⁰- نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، ص227

النقدية التي يتم تقديمها على دفعات عكس الحصص العينية التي تُقدم 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 تضمّن البيان الرابع، مقدار رأس المال المكتتب به، على ألا يقل عن الحد الأدنى الذي يصدرُ بتحديدده 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 قرره 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 فتُطبّق 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 عُيّنت 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 غالباً، ولما لذلك من أثر في تنمية الاقتصاد الوطني، مع وجود ميزة تُميز المال النقدي عن العيني من حيث إمكانية تجزئته وتقديمه على دفعات، عكس أغلب الحصص العينية التي يصعب تجزئتها وتبعيضها.

ويرى الباحث أن الأمر ليس دائماً كذلك؛ فهناك الكثير من الأموال العينية التي يُمكن تبعيضها، فمثلاً البضائع والثمار والمحاصيل وبعض الآليات والمعدات والتجهيزات التي يُمكن

تجزئتها، وتصلح لأن تدخل كحصة في شركة، فهي مال يُمكن أن يقدم على دفعات كما في النقود. ولنفترض جدلاً أن مصنعا متخصصا في صناعة بعض الآلات، يُريد أن يدخل بعدد منها كحصة في شركة من شركات الأموال، ولنقل خمسين آلة، وهذه الآلات تُحقق غاية وغرض الشركة المراد تأسيسها، والمصنع يُمكنه توفير عشر آلات كل سنة. ففي هذه الحالة لا يوجد مانع من أن يدفع هذا الشريك حصته على دُفُعات، كما هو الحال في المال النقدي.

فكان الأجدى بالمشرع أن خص أصحاب الحصص العينية التي تقبل طبيعتها للتجزئة بنص كالذي خص به أصحاب الحصص النقدية تحقيقا لمبدأ المساواة.

الخاتمة

من خلال دراسة "الشركة في طور التأسيس" بطريقة تحليلية؛ اعتمدت على مرتكزين أساسيين تمثلا في: النظرية القانونية - وتطبيقها -، محاولين تغطية المرحلة من محورها الرئيسي: النشأة باعتبارها بداية تكوين الشركة، والنظام القانوني بوصفه الإطار القانوني الذي يمارس خلاله المؤسسون مهامهم، لأجل خلق كيان قانوني جديد. بتمام اكتساب الشركة للشخصية المعنوية، فالانطلاقة الصحيحة تؤدي غالبا إلى النتائج المرجوة.

واستنادا على ما تم دراسته، خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

أولاً: تبنى المشرع الليبي لتأسيس الشركة نظرية التعددية، التي اعتمدت على فكرة جمع شخصين أو أكثر لتحقيق هدف واحد، عكس باقي العقود، التي تقوم عادة على التوفيق بين مصالح متعارضة. ومن ثم ينتفي تعارض المصالح في عقد الشركة، التي يسعى فيها الشركاء إلى تحقيق هدف واحد مشترك؛ وهو تحقيق الربح، رافضا بذلك شركة الشخص الواحد، التي تقوم على نظرية النظام، الذي يعتمد على مبدأ تجزئة الذمة، بحيث يستطيع الشخص أن يقطع جزءاً من ثروته، ويخصه لاستغلال مشروع معين.

ثانياً: باعتبار أن ذمة الشركاء في شركات الأشخاص هي الضمان العام لدائنيها، استنادا على أن مسؤوليتهم ليست محددة بما قدموه من حصص في رأس مال تلك الشركات - على خلاف شركات الأموال -، فإنّ المشرع ترك تقدير الحصص العينية لاتفاق الشركاء، ولم يوكل تقديرها لخبير حالف اليمين، يُعينه رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاص المال المراد تقديره، الأمر الذي يؤثر في النسبة المقررة لاقتسام الأرباح والخسائر لكل شريك، عند تقدير الحصة العينية بقيمة لا تُعادل القيمة الحقيقية لها، وإن لم يكن التقدير مبالغاً فيه.

ثالثاً: رغم العديد من الالتزامات التي تقع على عاتق المؤسسين، بالإضافة إلى مسؤوليتهم الناجمة عن تأسيس الشركة، لكنّ المشرع الليبي لم يُحدد 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.

رابعاً: اختلف الفقه حول تحديد القواعد التي تحكم العلاقة بين مؤسسي الشركة، والشركة طور التأسيس، فمنهم من كيفّ العلاقة التي تربطهما بأنها عقد وكالة، ومنهم من أدرجها تحت القواعد المنظمة للفضالة، والبعض الآخر كيفّ العلاقة بأنها عقد اشتراط لمصلحة الشركة، إلا أنّ كل هذه

المقاربات لا تنطبق على العلاقة التي تربط المؤسسين بالشركة في طور التأسيس، الأمر الذي يجعلنا نؤكد بأن "الشركة في طور التأسيس" هي مفهوم قانوني مستقل بذاته.

خامسا: في سياق الحماية القانونية للغير المتعامل 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 رفض الشركة بعد تمام تأسيسها تحمل آثار 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.

سادسا: 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، (في حالة إيراد وقائع مخالفة للحقيقة أو إخفاء وقائع حقيقية، وإذا قدروا غشا وتدليسا في عقد التأسيس المقدمات العينية بقيمة مبالغا فيها).

سابعا: 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.

ثامنا: علق المشرع الليبي اكتساب الشركة للشخصية المعنوية على قيدها في السجل التجاري، الأمر الذي ترك فراغا تشريعيًا بخصوص المرحلة التي تسبق القيد "الشركة في 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. فلا أهلية دون شخصية معنوية، ولا شخصية دون قيد بالسجل التجاري؛ والقيد بالسجل التجاري لا يتم إلا باكتمال أركان التأسيس الأساسية، والتي من أهمها رأس المال.

وبناءً على ما تقدم عرضه نوصي بالآتي:

أولاً: 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، قياساً 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 تُجزأ، أن يقدموا هذه المساهمات على دفعات، في مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ قيد الشركة، أسوة بأصحاب المساهمات النقدية.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.

ثانياً: المعاجم اللغوية.

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

ثالثاً: الكتب القانونية.

- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر، س 1989م.
- السيد علي السيد، الحصاة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطابع الأهرام التجارية، س 1972م.
- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية الأحكام العامة للشركة، ج الأول، دون دار نشر، س 2008م.
- 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، ط نادي القضاة، س 2003م.
- سامي عبد الباقي، قانون الأعمال، دار النهضة العربية، س 2004/2003م.
- سامي عبد الباقي، إبراهيم صالح، الشركات التجارية، دون دار نشر، س 2013م.
- سعد العسبلي، الوسيط في شرح قانون النشاط التجاري الليبي، دار الفضيل، ط الثانية، س 2013م.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، س 2005م.
- سميحة القليوبي، القانون التجاري، دون دار نشر، س 2000م.
- عاطف محمد الفقي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2007.

- 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، س2009م.
- علي البارودي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، س1999م.
- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، س1974م.
- علي سيد قاسم،
● قانون الأعمال، ج الثاني، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، دار النصر القاهرة، س1997م.
- فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، س2000-2001م.
- فرج سليمان حمودة، الشركات التجارية في القانون الليبي، مكتبة زليتن الشعبية، ط الأولى، س2017م.
- لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، دون دار نشر.
- محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، ج الأول، مطابع الوحدة العربية، س2007م.
- 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 الرابعة2003م.
- محمد علي سويلم، الشركات التجارية في الأنظمة العربية المقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى، س2013م
- محمد فريد العريني:
○ الشركات التجارية، المشروع التجاري بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س2019م.

- 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 وجمال وفاء محدين، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، س 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.
- مرتضى ناصر نصر الله، الشركات التجارية، مطبعة الإرشاد، بغداد، س 1969م.
- مسعود مادي، فاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، منشورات جامعة الجبل الغربي، س 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.
- نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثامنة، سنة 2009م.
- وجدي شفيق فرج، موسوعة الشركات فقها وعملاً، دار يونيتد للإصدارات القانونية، س 2014م.

رابعاً: الكتب الاقتصادية.

- خليل محمد خليل عطية، دراسات الجدوى الاقتصادية، دار المصرية، ط الأولى، س 2008م.

خامسا: الرسائل العلمية.

- أفراح عباس عبيد الله، المسؤولية المدنية عن الإخلال بعقد تأسيس الشركة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي قسم القانون جامعة شندي، السودان، العام الجامعي 2018م.
- امجد فتح الله امجد عبد الحميد، الشركة القابضة طبيعتها وأحكامها، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة طرابلس، العام الجامعي 2010م.
- بن قرينة عمر، قويدري عبد العزيز، النظام القانوني للمؤسس في شركة المساهمة، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرياح، الجزائر، العام الجامعي 2019م.
- تفات عقيلة، ماصوت سعاد، أهمية الحصة العينية في تأسيس الشركات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمور، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2017م.
- علي ناجي يونس، المسؤولية التضامنية لمؤسسي الشركة المساهمة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية لبنان كلية الحقوق، العام الجامعي 2020/2019م.
- غماتي عادل، قرومي ابتسام، النظام القانوني لرأس مال الشركات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة امجد بوقرة الجزائر.
- قرة وفاء وميهوب يزيد، التضامن بين المدنيين في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة محمد البشير الإبراهيمي - الجزائر. العام الجامعي 2020/2019م.
- مخيش محسن، حماية الغير أثناء تأسيس شركة المساهمة، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018م.
- نادية محمد معتوق، الشركة بقانون موحد، رسالة ماجستير، القسم الخاص - كلية القانون جامعة طرابلس، العام الجامعي 2013/2012م.
- نطاح نور الدين، بو جلال سيف الدين، النظام القانوني لشركة المساهمة، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، العام الجامعي: 2021/2020م.
- نور الدين الفقيهي، "الشركة في طور التأسيس" الوضع القانوني والتدابير الحمائية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس الرباط، العام الجامعي 2011، 2012م.

سادسا: البحوث والمقالات.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجلة الحقوق، العدد الثاني، جامعة الكويت، س 1986م.
- مدونة شروح السنهوري للقانون <https://www.lawsmaster.com> Laws .Master تاريخ الدخول: 2022/08/17م. توقيت الدخول: 14:40م.

سابعا: الأحكام القضائية.

- حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1974/3/12م، مجلة المحكمة العليا، س 15، ص 279.
- حكم المحكمة العليا الليبية، رقم 44/183 قضائية، س 2002م، غير منشور.
- حكم المحكمة العليا الليبية رقم 44/368 قضائية، س 2022م، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2002، ج 2، ص 437.
- نقض مصري رقم 698، سنة 47 قضائية، جلسة 1981/3/26م، مجموعة أحكام النقض، س 32، ص 953.
- نقض مصري رقم 269، سنة 56 قضائية، جلسة 1993/4/12م، مجموعة أحكام النقض، س 17، ص 655.

ثامنا: التشريعات العادية واللائحية.

- القانون المدني الليبي.
- القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط الاقتصادي.
- القانون رقم 11 لسنة 2010م بشأن سوق المال.
- قرار مجلس الوزراء رقم 186 لسنة 2012م.

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية القرآنية	أ
الإهداء	ب
الشكر	ج
رموز واختصارات	د
المقدمة	1
الفصل الأول: تأسيس الشركات التجارية بين النظرية والتطبيق	
المبحث الأول: نظرية النشأة العقدية في تأسيس الشركات التجارية	5
المطلب الأول: المتطلبات القانونية لعقد التأسيس	6
الفرع الأول: توافر الشروط الموضوعية العامة بعقد الشركة	6
أولاً: أهلية الشركاء	6
ثانياً: رضا الشركاء	9
ثالثاً: محل عقد الشركة	15
رابعاً: سبب العقد	17
الفرع الثاني: توافر الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة	18
أولاً: تعدد الشركاء	18
ثانياً: تقديم الحصص	20
ثالثاً: نية وقصد المشاركة	24
رابعاً: اقتسام الأرباح والخسائر	26
الفرع الثالث: توافر الشروط الشكلية لعقد الشركة	28
أولاً: كتابة عقد الشركة ونظامها الأساسي	29
ثانياً: قيد الشركة في السجل التجاري	30
ثالثاً: إشهار الشركة	31
المطلب الثاني: الإخلال بالمتطلبات القانونية لعقد التأسيس	32
الفرع الأول: جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية العامة	33

33	أولاً: الجزاء المترتب على تخلف الرضا ونقص الأهلية
34	ثانياً: الجزاء المتعلق بعدم مشروعية المحل والسبب
35	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية الخاصة
35	أولاً: الجزاء المتعلق بانتفاء التعدد
35	ثانياً: الجزاء المتعلق بالامتناع عن تقديم الحصص
36	ثالثاً: الجزاء المتعلق بانتفاء نية وقصد المشاركة
36	رابعاً: الجزاء المتعلق بعدم اقتسام الأرباح والخسائر
37	الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالشروط الشكلية
39	المبحث الثاني: الإجراءات الضرورية لمرحلة تأسيس الشركات التجارية
40	المطلب الأول: مقتضيات تأسيس الشركات التجارية
40	الفرع الأول: تقديم الحصص
40	أولاً: الحصص الداخلة في تكوين رأس المال
52	ثانياً: الحصة الخارجة عن تكوين رأس المال
54	الفرع الثاني: أعمال من ضرورات التأسيس
54	أولاً: القيام بالأعمال التمهيدية
55	ثانياً: إبرام العقود اللازمة
55	المطلب الثاني: إجراءات التأسيس الشكلية
56	الفرع الأول: تحرير عقد الشركة ونظامها الأساسي
56	أولاً: الشكل القانوني
58	ثانياً: اسم الشركة
62	ثالثاً: مدة الشركة
62	رابعاً: مقر الشركة ومركزها الرئيسي
63	خامساً: رأس مال الشركة
64	سادساً: أغراض الشركة
65	الفرع الثاني: توثيق عقد الشركة ونظامها الأساسي
الفصل الثاني: النظام القانوني للشركة في طور التأسيس	
70	المبحث الأول: ماهية الشركة في طور التأسيس

71	المطلب الأول: تمييز مفهوم الشركة في طور التأسيس عن المفاهيم المشابهة
71	الفرع الأول: التعريف بالشركة في طور التأسيس
72	الفرع الثاني: تمييز الشركة في طور التأسيس عن المفاهيم المشابهة
72	أولا: تمييز الشركة في طور التأسيس عن الشركة الفعلية
73	ثانيا: تمييز الشركة في طور التأسيس عن الشركة الواقعية
74	ثالثا: تمييز الشركة في طور التأسيس عن شركة المحاصة
76	المطلب الثاني: تحديد المفهوم القانوني للشركة في طور التأسيس
77	الفرع الأول: تحديد مفهوم المؤسس
77	أولا: تعريف المؤسس
80	ثانيا: التزامات المؤسس
81	ثالثا: حقوق المؤسس
82	الفرع الثاني: تحديد التكيف القانوني للشركة في طور التأسيس
83	أولا: الشخصية المعنوية للشركة في طور التأسيس
85	ثانيا: الأساس القانوني لتصرف المؤسسين لحساب الشركة في طور التأسيس
92	المبحث الثاني: الآثار المرتبطة عن عمل الشركة في طور التأسيس
93	المطلب الأول: مسؤولية المؤسسين عن تصرفاتهم لحساب الشركة
94	الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمؤسس
94	أولا: المسؤولية العقدية والتقصيرية للمؤسس
100	ثانيا: المسؤولية التضامنية وغير المحدودة للمؤسس
104	الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسس
104	أولا: إيراد وقائع مخالفة للحقيقة أو إخفاء وقائع حقيقية
105	ثانيا: المبالغة في تقدير المقدمات العينية باستخدام وسائل الغش والتدليس
108	المطلب الثاني: التزامات الشركاء وإشكالية نقل الحصة العينية
108	الفرع الأول: التزامات الشركاء في مرحلة التأسيس
108	أولا: ضمان الحصة
112	ثانيا: التعويض عند الاقتضاء
112	الفرع الثاني: الإشكاليات المتعلقة بالحصة العينية
113	أولا: صعوبة نقل الحصة العينية لحساب الشركة في طور التأسيس

114	ثانياً: غياب المساواة بين مقدمي الحصة
117	الخاتمة
120	قائمة المراجع والمصادر
125	فهرس المحتويات