مفهوم الخطأ المولد لمسؤولية مجلس الإدارة المدنية تجاه الشركة وفقا للمادة 182من القانون 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري

علي محمد شلندي
استاذ مساعد- كلية القانون بزلطن، جامعة صبراتة، دولة ليبيا، البريد الالكتروني
shlndi@yahoo.com

استلمت الورقة بتاريخ 2023/07/20
وقبلت بتاريخ 2023/08/19
ونشرت بتاريخ 2023/08/27

الكلمات المفتاحية:
تذكر هنا أهم الكلمات المفتاحية (3-5 كلمات)

الملخص

تناول البحث ضبط مفهوم الخطأ المولد لمسؤولية رئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة المدنية تجاه الشركة من خلال بيان منهجية المشرع في تقدير وتحديد حالات الخطأ الذي يمكن أن يتصف به عمل رئيس وأعضاء مجلس الإدارة في ظل المادة 182من القانون رقم23لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري.

وذلك من خلال المنهج التحليلي وفق خطة بحثية تتطرق إلى تقدير الخطأ في أفعال رئيس وأعضاء الإدارة لتنتهي إلى الأفعال التي يمكن اعتبارها من قبيل الأخطاء في أحكام المادة(182) من القانون رقم(23) لسنة2010 بشأن النشاط التجاري.

وقد استخلص من جهة أن تقدير الخطأ يكون فق معيار المحترف الجيد من نفس الصنف ولا يرجع الى مجرد نمط سلوك أب الأسرة الصالح، وتوكل للقاضي سلطة تقديرية في تحميل المسؤولية والتثبت من وجود الخطأ الموصوف في النموذج وذلك لجهة تقدير مدى مشروعية الفعل من عدمه وتحميل المسؤولية لأعضاء مجلس الإدارة فرادى أو بالتضامن فيما بينهم. ومن جهة أخرى أن المشرع تبنى نظاما يقوم على أن خطأ رئيس وأعضاء مجلس الإدارة المولد لمسؤوليتهم المدنية تجاه الشركة لا يخرج عن حالتين، فهو إما مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالشركة أو مخالفة عقد التأسيس وهي لا تعد أمرا جديدا، أو خطأ في أعمال الإدارة والتصرف التي تتحقق بمخالفة معيار مصلحة الشركة، فالملاحظ في أحكام المادة 182 من القانون 23لسنة2010م، ايرادها لعديد الأخطاء التي حسم في طبيعتها كأخطاء تولد مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وتبقى مصلحة الشركة المعيار الحقيقي لإعتبار أي عمل يقوم به رئيس وأعضاء مجلس الادارة من قبيل الخطاء المولد لمسؤوليتهم.

المقدمة

المسؤولية والسلطة عند تعلقهما بإدارة الشركات التجارية، توصف الأولى بأنها هي الوجه المقابل والموازي للثانية وأنها لازمة وضرورية لهذه السلطة[i].

مقاربة لا يخلو منها القانون رقم 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، فبعد النص في المواد172و179و181على منح مجلس الإدارة سلطات للقيام بأعمال وتصرفات في حق الشركة وإلزامها بها تجاه الغير، أورد بالمواد 182و185و186 مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة المدنية عن الخطأ في ممارستهم لهذه السلطة. مع إيراد بعض التفصيل لهذه السلطات وإثارة المسؤولية، وذلك بحسب علاقة السلطة مع الشركاء أو مع الشركة أو مع الغير[ii]، وإثارة المسؤولية عبر الشركة نفسها أو عبر الشركاء أو الغير[iii]. ونشير في هذا السياق الى ان هذا التعدد للمسؤولية في المواد 182و185و186 يطرح في القانون23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري على غرار العديد من التشريعات مسألة التشدد تجاه مجلس الإدارة وإثقال كاهلهم، الذي يمكن أن يشكل سببا في العزوف عن الادارة خاصة[iv]، ويبرره البعض بأهداف تشريعية تتعلق بضمان حقوق الشركاء عبر تقييد صلاحيات مجلس الإدارة وتحديدا لواجباته وتمكين الشركاء من الاطلاع على سير الشركة، وضمان وجود الشركة وحماية حقوق الشركاء والغير حيال كل انحراف بالسلطة من مجلس الإدارة[v].

ورغم التوسع الذي أفرزته أحكام المواد182و185و186 من القانون رقم 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري بالنسبة لمجال تطبيق هذا النوع من المسؤولية الذي يعتبر ايجابيا إذا نظرنا إليه من زاوية تحديد سلطات مجلس الإدارة، فإن احكام هذه النصوص تفترض ذات الأركان التي تنص عليها الأحكام العامة للمسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ما يعني ان رئيس وأعضاء مجلس الادارة وفقا للمادة182[vi]، لا يسألون عن الأضرار التي تصيب الشركة، طالما أن هذه الأضرار لا يمكن نسبتها إلى خطأ اقترفوه أثناء قيامهم بإدارة الشركة، بيد أنه متى ثبت الخطأ في جانبهم، فلا مفر عندئذ من مساءلتهم مدنياً[vii].

إلا ان صيغة المادة182من القانون 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، تثير إشكالا يتعلق بصعوبة تحديد الخطأ المولد للمسؤولية المدنية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة، بسبب ما يترتب عليها من اتساع في مضمون الخطأ ومجافاتها للأسس التي تقوم عليها مبادئ إدارة الشركات التجارية، ذلك أن هذا النص يسرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى من معاني الخطأ بعبارات عامة، والملاحظ لدى الدارسين للقانون[viii] الإقرار بأنه من حق مجلس الإدارة أن يخطي في بعض العمليات أو السياسات وأن لا تجني الشركة أرباحا دون أن يخشى قيام مسؤوليته جراء ذلك. الأمر الذي يبرر التساؤل في هذا السياق على الخطأ المولد لمسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة المدنية تجاه الشركة؟.

وللإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق في (المطلب الاول) إلى تقدير الخطأ في أفعال رئيس وأعضاء الإدارة لننتهي في(المطلب الثاني) إلى الأفعال التي يمكن اعتبارها من قبيل الأخطاء في أحكام المادة(182) من القانون رقم(23) لسنة2010 بشأن النشاط التجاري.

المطلب الأوّل – تقدير الخطأ :

تحيلنا أحكام المادة(182) من القانون(23) لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، إلى أنها تعتمد معيار لتقدير الخطأ في أفعال رئيس وأعضاء مجلس الإدارة(فقرة أولى)، مع منح سلطة للمحكمة بتحميل المسؤولية وفق وقائع كل قضية وحسب اجتهاد القاضي(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى – معيار تقدير الخطأ :

وفقا للمادة(182) من القانون رقم 23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، القانون الليبي على غرار العديد من التشريعات[ix] يعتمد مسألة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مدنيا على الخطأ وأقصى المسؤولية الموضوعية التي تقوم دون اشتراط الخطأ[x] ويخضع الخطأ إلى نموذج محدد مسبقا من المشرع ومن شأن مقارنة تصرف مجلس الإدارة مع ما كان من المفروض القيام به في النموذج أن ينبئ بوجود خطأ من عدم ذلك[xi]. ذلك أن اختيار المشرع لهذا النموذج في المادة182 المشار اليها سلفا، لا يهدف إلى حل مسألة واقعية وإنما هو عبارة عن أداة مساعدة لتطبيق القاعدة القانونية الأصلية[xii].

وهكذا في ظل أحكام المادة(182) من القانون رقم 23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، يبدو أن تقدير الخطأ يكون فق معيار[xiii] المحترف الجيد من نفس الصنف ولا يرجع الى مجرد نمط سلوك أب الأسرة الصالح[xiv]. ذلك أن المشرع توخى بموجب هذا النص[xv] لقيام مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة تجاه الشركة ثلاثة مسائل: **أولها** قيام المسؤولية على نظام يقتضي ضرورة ارتكابهم خطأ يتطابق مع عدم تملكهم لمستوى معين من الاحترافية التي تمكنهم من ممارسة وظيفتهم على أحسن وجه وبكفاءة واتقان وتيقظ. **وثانيها** الإبقاء على ضرورة ارتكابهم لخطأ طبق القواعد العامة للمسؤولية وبروابط بهذه القواعد أبقته مرتكزاً على فكرة المسؤولية الذاتية، إذ يقوم على تقدير شخصي للتصرف والسلوك، والحكم بأداء التعويض عليهم فرادى أو بالتضامن يرتبط في الحقيقة ارتباطا وثيقا بمدى تورط الرئيس أو العضو في الخطأ الذي أدى الى قيام المسؤولية[xvi]. **وثالثها** أن نقص الكفاءات أو قلة الخبرة لا تمثلان سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية رغم أن القانون لم يوجب مؤهلات خاصة لإدارة الشركة. وهو تبني لموقف القضاء الفرنسي[xvii]، ويتماشى كذلك وطبيعة العمليات التجارية فمجلس الإدارة المحترف يجب أن تتوفر فيه كل الخصال اللازمة لإنجاز مهام الإدارة المناطة به على أحسن وجه[xviii]. علاوة على أن احتراف مجلس الإدارة يشتمل على نتيجة مقتضاها أن توليهم للإدارة يكون بإتمام ذلك طبق القواعد المقررة في القانون، فقد ذهب فقه القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن احتراف المسير يوجب عليه الامتناع عن تطبيق القرار الصادر عن الجمعية العامة متى تبين له مجانبته الصواب[xix].

ليكون للخطأ وفقا للمادة(182) خصوصيته تميزه عن المفهوم التقليدي، فتقدير الخطأ يكون وفق معيار مجرد موضوعي لكنه يبقى قائما رغم ذلك على فكرة المسؤولية الذاتية[xx]وإذا بذل أعضاء مجلس الإدارة في تنفيذ واجباتهم عناية الرجل الحريص والتزموا حدود سلطاتهم كما حددها القانون ونظام الشركة واحترام الأحكام الواردة فيهما، فلا مسؤولية عليهم سواء حققت الشركة أرباحا أم منيت بخسائر، لأن الشركة تمارس نشاطا تجاريا، والتجارة تحتمل الربح والخسارة، ولا يستطيع مجلس الإدارة مهما بذل من عناية وحرص في إدارة الشركة أن يضمن النجاح وتحقيق الأرباح دائما[xxi].

الفقرة الثانية- سلطة المحكمة في تقدير الخطأ :

جاء في المادتين(182و184) من القانون رقم 23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، موضوعين أولهما مسؤولية مجلس الإدارة[xxii]وثانيهما حق الشركة في دعوى المسؤولية[xxiii]. وقد ورد نص المادة182 في صيغة توكل للقاضي سلطة تقديرية في تحميل المسؤولية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة. ذلك أن المشرع يقرر في المادة184 أنه بإمكان الشركة القيام بالدعوى من أجل خطأ أرتكبه رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وفي المادة182 أخضع الخطأ الى نموذج محدد مسبقاً، وأبقى للقاضي التثبت من وجود الخطأ الموصوف في النموذج.

إذ تعطي عمومية وإطلاقات عبارات المادة(182) للقاضي سلطات في فحص الوقائع وتقدير الأدلة المقدمة لصحة الوقائع كما يتولى البحث في مدى تعلقها بالدعوى ومدى قدرتها وكفايتها وكفاءتها على إثبات الحق

المتنازع حوله ومدى انتاجيتها للواقعة الأصلية وفي هذا الإطار الاجتهادي يقوم بتصفية تلك الوقائع للاحتفاظ فقط بالفعال منها، وتقدير[xxiv] أعمال وتصرفات رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لبيان دلالته على الخطأ المرتب لمسؤوليتهم وذلك من جهتين: الأولى تقدير مدى مشروعية الفعل من عدمه وهل يكون فعلا متعديا لإحسان مجلس الإدارة في القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة، أو متعديا لحرص مجلس الإدارة على حسن سير اعمال الشركة عموما، والقيام بما في وسع مجلس الإدارة للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها، ذلك أن مجلس الإدارة لا يسأل إلا متى ارتكب فعلا غير مشروع فيكوّن بذلك متعديا.

ومن جهة ثانية، تحميل المسؤولية لأعضاء مجلس الإدارة فرادى أو بالتضامن فيما بينهم، على أن يكون الحكم مبررا ومعللا وليس مبينا على مجرد التخمين. فالحكم بأداء التعويض على الوكلاء فرادى أو بالتضامن وفقا للفقرة الثالثة من المادة182 من القانون 23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري، يرتبط في الحقيقة ارتباطا وثيقا بمدى تورطهم في الخطأ الذي أدى الى قيام المسؤولية أي إن كان الوكيل مشاركا فيه مشاركة إيجابية أو سلبية أو لم يثبت تماما أنه يتحمل المسؤولية فيما وقع. فإذا أثبت الوكيل أنه أبلغ الجمعية العمومية بالأخطاء التي ارتكبت أثناء الإدارة من قبيل وكيل آخر ولم تتخذ هذه الجمعية العمومية أي قرار في شأنه ثم أثيرت فيما بعد مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، أمكن لهذا الوكيل الإعفاء من المساءلة لعدم إثبات الخطأ في جانبه وتحمل باقي الأعضاء بالمسؤولية. وعلى خلاف ذلك، قد يكون الخطأ المرتكب جماعيا بما لا يتيح أي تمييز بين الوكلاء وتقدير مساهمة كل وكيل فيه وهو ما يجعل المسؤولية تضامنية بين كل الوكلاء[xxv].

ووفقا للمادة(182) فإن تقدير القاضي لعناصر الخطأ تبقى مسألة اجتهادية تختلف باختلاف الوقائع المعروضة، ولوصف تصرف رئيس أو عضو مجلس الادارة إن كان موصوم بالخطأ أم مجرد سلوك له الحظ السيء، فإن تقدير القاضي لذلك يأخذ اتجاهين: اولهما، القاضي لا يقبل المنازعة في القرار الذي لا يخالف القانون أو لعقد التأسيس. وثانيهما، قبل الحكم بالمسؤولية يتثبت القاضي من وجود الخطأ الموصوف في النموذج ويبقى على القاضي أيضا أن يكمل التوجه التشريعي في تقدير خطأ رئيس مجلس الإدارة أو العضو بتوجه يقتضي منه فهم القرارات الصادرة عنهم وردها إلى الزمن الذي اتخذت فيه ثم ربطها بالأحداث والوقائع التي كانت سببا فيها، على أن يتقيد بوصف الخطأ، فقد أعتبرهم المشرع مسؤولين عن نتيجة خطئهم، بدون تفرقة بين الخطأ الهين اليسير والجسيم، طبقا للأصل العام الذي رددته المادة 166من القانون المدني، وهو أن يسأل الشخص عن خطئه أيا كانت درجته دون تفرقة بين درجة هذا الخطأ.

ويبدو أن محافظة المشرع على الخطأ كأساس للمسؤولية في المادة(182) يستدعي من القاضي تطويع هذا المفهوم ليتماشى مع خصوصية الأعمال التجارية، واستخلاص الخطأ من وقائع الدعوى على هذا النحو هو مسألة واقع لا مسألة قانون، وقاضي الموضوع يبث فيها دون معقب عليه من المحكمة العليا، متى كان الحكم مستمداً من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت فيها، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في العديد من أحكامها، بأنه لمحكمة الموضوع السلطة في تقدير وقائع الدعوى واثبات ركن الخطأ وعلاقة السببية وتحديد المسئول عنه بشرط إقامة حكمها على أسباب سائغة من واقع أوراق الدعوى[xxvi]. وإعمالا لذلك يتضح إن توسيع نطاق مسؤولية مجلس إدارة الشركة المساهمة، لم يقتصر على توسيع مفهوم الخطأ، بل أمتد إلى السلطة التقديرية[xxvii]المخولة للمحكمة في تقدير الخطأ المرتب للمسؤولية.

الفرع الثاني : الأفعال المعتبرة أخطاء لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة.

قراءة أحكام المادة(182) من القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، يستخلص منها أن خطأ رئيس وأعضاء مجلس الإدارة المولد لمسؤوليتهم تجاه الشركة لا يخرج عن حالتين وهما: مخالفة عقد التأسيس والأحكام القانونية(أولا)، والخطأ في أعمال الإدارة والتصرف(ثانياً).

أولاً- مخالفة عقد التأسيس والأحكام القانونية:

إذ بمقتضى عبارات أحكام الفقرة الأولى من المادة 182من القانون رقم 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، يسأل رئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن إغفال الواجبات المفروضة عليهم بمقتضى عقد التأسيس وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة[xxviii]. وعلى هذا الأساس، يتبنى المشرع نظاما لمسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة يقوم على إعتبار مخالفة عقد التأسيس من الخطأ الذي تقوم عليه مسؤوليتهم المدنية، وهذا لا يعد أمراً في عمومه جديداً، بل هي تكاد تكون إعادة لأحكام القواعد العامة. ويعني ذلك أن مخالفة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لأحكام عقد التأسيس موجبة لمسؤوليتهم المدنية في حالة ثبوت ضرر للشركة، وتتمثّل مخالفة عقد التأسيس في تجاوز موضوع الشركة من جهة، وكذلك في تجاوز السلطة الممنوحة لمجلس الإدارة من قبل العقد المذكور.

لكن لا بد من الإشارة إلى ان حصر الأحكام التي تنجر عن مخالفتها المسؤولية المدنية على أساس المادة182 في مجال عقد التأسيس دون الحديث عن الأحكام القانونية، يبقى قاصراً عن استيعاب بعض حالات المسؤولية الناجمة عن مخالفة الأحكام القانونية. كما ان مخالفة عقد التأسيس لا تشكل دوما سببا لقيام المسؤولية المدنية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة بإعتبار أنه في بعض الحالات لا تمثل المخالفة خطأ في جانب الوكيل كما إذا كان

البند الذي وقع مخالفته مخالفا للنظام العام أو لبعض الأحكام الآمرة التي نص عليها القانون رقم23لسنة2010 بشأن النشاط التجاري أو غيرها من النصوص الخاصة، فالأولى إذن إحترام النص القانوني على إحترام البند الإتفاقي الذي عليه بدوره إحترام المقتضيات القانونية. وبالتالي يبقى الإشكال مطروحاً في خصوص مخالفة الأحكام القانونية فهل يمكن أن تشمل المسؤولية المدنية لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة مخالفة القواعد القانونية أم تبقى حكراً على مخالفة أحكام عقد التأسيس ولا تتعداها إلى مخالفة القواعد القانونية ؟.

رغم صراحة المشرع في تحديد المسؤولية المدنية لمجلس إدارة الشركة على مخالفة عقد التأسيس في الفقرة الأولى من المادة182من القانون رقم23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري[xxix]، يبدو أن أحكام هذا النص كانت ضحية سوء في الصياغة أكثر منها تعبير عن موقف تشريعي إرادي خاصة، ذلك ان المخالفة التي تترتب عنها المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة لا يكون له معنى إلا إذا كان متعلقا بعقد التأسيس والقواعد القانونية. أو بعبارة أخرى أن الخطأ في إدارة الشركة المساهمة الموجب للتعويض يمكن سحبه على مخالفة الأحكام القانونية[xxx] عند مخالفته لواجب قانوني خاص بالشركة المساهمة سواء كان هذا الواجب موجودا في القانون رقم23 لسنة2010م بشأن النشاط التجاري أو أي قوانين أخرى خاصة بهذا النوع من الشركات. واعتماد المفهوم الفقهي للمقصود بأخطاء الشرعية الموجبة للتعويض في إدارة الشركات التجارية، والذي يعني مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالشركة أو مخالفة العقد التأسيسي[xxxi].

لأنه من جهة مخالفة عقد التأسيس الذي تترتب عنه المسؤولية المدنية لمجلس الإدارة لا يكون له معنى إلا إذا كان متعلقا بقواعد لم ترد بالنصوص القانونية لشركة المساهمة وإلا أستوعبه مخالفة القواعد القانونية. ومن جهة أخرى لأن الفقرة الثانية من المادة182ذاتها، تعتبر أن رئيس وأعضاء مجلس الادارة مسؤولون بالتضامن في كل حال عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموماً، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها[xxxii]. ومن جهة ثالثة مخالفة الأحكام القانونية تعتبر في حد ذاتها من قبيل الخطأ مهما كانت المادة التي تقوم فيها المسؤولية.

علاوة على أن قصر المخالفة عن عقد التأسيس في المادة182، قد ينال من فاعلية هذه المسؤولية كون هذا الحكم التشريعي يفتقد في الحقيقة إلى مبررات قوية يمكنها أن تدعمه. إذ يطرح إشكالاً يتعلق بماهية الأولى بالاحترام، النص القانوني أم البند الإتفاقي الذي عليه بدوره إحترام المقتضيات القانونية. ويثير الإختلاف في التأويل الذي ينبغي أن يتقلص في مادة تحتاج إلى كثير من الوضوح. كما أن واقع الأمور ظل دوما يثبت أن عقود التأسيس تعرف تطابقا فيما بينها يكاد يكون كليا يتمثل في إعادة الأحكام القانونية أو الإحالة إليها، ولا ينبغي أن يتضمن عقد التأسيس أحكاما مخالفة للقواعد الآمرة التي وردت ضمن القانون رقم 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري. ويعود هذا التعميم أيضاً إلى أن هذا المنع أو القيد التعاقدي الوارد بالفقرة الأولى من المادة 182، ينزل منزلة القاعدة القانونية، ويسأل رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن مخالفتها تماما مثل مخالفته للقاعدة القانونية.

وبالتالي كان أجدر بالمشرع في المادة182من القانون رقم 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، أن ينحو منحى القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي[xxxiii]- وغيره من القوانين التي اختارت أن لا تحتوي مثل هذا التحديد بل أنها تنص على مخالفة الأحكام القانونية والترتيبية[xxxiv] والتي يساندها الفقه وفقه القضاء، إذ يذهب الأول مذهب التعميم على أساس أنه من غير المنطقي الفصل بين الأحكام القانونية على خلفية مكانها إذ أن المهم هو مخالفة قاعدة قانونية أيا كان مأتاها وموطنها. والثاني ظل يستعمل عبارة القانون أو مخالفة القانون دونما تمييز أو تفصيل. عموماً لا يقف مفهوم الخطأ الذي قد ينسب لمجلس إدارة الشركة المساهمة عند ذلك بل تتعداه إلى خطأ في أعمال الادارة والتصرف[xxxv].

ثانياً- الخطأ في أعمال الإدارة والتصرف:

لئن كانت المسؤولية الناجمة عن مخالفة عقد التأسيس واضحة، فإن الأمر ليس بهذه الشاكلة بالنسبة للأعمال التي ينجر عنه المسؤولية. ويرجع ذلك إلى أن أحكام المادة 182 من القانون رقم23لسنة2010م، عامة لم يول المشرع فيها تفصيلا واضحا للخطأ الموجب لمسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الادارة تجاه الشركة.

لكن بترتيب أحكام الخطأ كما جاءت في المادة 182 من القانون 23لسنة2010م، يمكن القول أنها أوردت تقسيم لنوعين من الأخطاء يترتب عليها قيام مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة تجاه الشركة وهي: أولاً- الأخطاء بالفعل[xxxvi] وتنتج وفقا للمادة182في فقرتها الأولى والثانية، عن إذا لم يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة. وعن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموماً. وهذا النوع من الخطأ يمكن ان يتميز بسوء النية وينتج عن تصرفات احتيالية ويمكن أن ينتج عن القصور أو الجهل أو عدم التنبه أو التغافل، وتكون هذه الأخطاء في الغالب ناتجة عن قلة الخبرة أو الكفاءة اللازمين للإدارة.

ثانياً- الأخطاء بالترك[xxxvii] وتنتج وفقا للمادة182في فقرتها الثانية، عن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ويرى البعض[xxxviii] أن هذ النوع من الخطأ يمكن أن ينشأ بالامتناع والتقصير وعدم إتباع التدابير اللازمة أو أنه لم يعد يعير اهتماما لمسألة إدارة الشركة، إما لعدم تفرغه أو لغياب الوازع في مباشرة المهام المسندة إليهم.

والملاحظ في أحكام المادة 182 من القانون 23لسنة2010م، أن هذا التقسيم هو مجرد تصنيف لعديد الأخطاء التي حسم في طبيعتها كأخطاء تولد مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وتبقى مصلحة الشركة المعيار الحقيقي لإعتبار أي عمل يقوم به رئيس وأعضاء مجلس الادارة من قبيل الخطاء المولد لمسؤوليتهم، وهذا يعني أمرين: أولهما، أن المشرع يعتبر العمل أو التصرف خاطئا كلما كان الفعل المنسوب لهم مخالف لمصلحة الشركة. وهو معيار يتماشى وأحكام الوكالة التي تربط بين رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والشركة وتلزم الوكيل مهما أتسع موضوع وكالته على التقيد بمصلحة موكله[xxxix]. وثانيهما، أن تحديد الخطاء يستند الى معيار عام. إذا تبقى مصلحة الشركة كما يرى الفقه بدورها معيارا عاما يبحث بدوره عن مفهوم يحيط به ويميز معناه حتى أنه يبقى غامضا ما إذا كان هو مصلحة الشركة دون الشركاء أو كلاهما معا أم مصلحة الشركاء فقط[xl].

ويبدو من المادة182من القانون23 لسنة2010م، أن أحكامها تتضمن الخطأ الجسيم والبسيط، وما يعاضد هذا الرأي إطلاقات عبارات وأحكام النص التي لا تشترط أن يكون الخطأ جسيم، فمجرد الخط البسيط في الإدارة كفيل لإثارة مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة متى ترتب عن ذلك ضرر يصيب الشركة ذاتها. إذ تنص على أن رئيس وأعضاء مجلس الإدارة يكونوا مسؤولين مدنياً عن أخطائهم في الإدارة تجاه الشركة إذا لم يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموما، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج ضارة على الرغم علمهم بها.

وتأمل أحكام المادة 182من القانون 23لسنة2010م، يفرز استنتاج ان المشرع لا يتبنى على المستوى القانوني المفهوم الفقهي للخطأ في التصرف، الذي يعتبر الخطأ في التصرف كل تصرف غير عادي يباشره المسير خلافا للقاعدة القانونية أو لبنود العقد التأسيسي[xli]. ذلك أن الخطأ في أعمال الإدارة والتصرف في المادة182 أشمل من الخطأ المترتب عن مخالفة عقد التأسيس أو القاعدة القانونية، بالنظر الى أن المشرع في هذا النص لم يحصره في أفعال معينة مما يجعله قابلا لتحمل كل أعمال الإدارة والتصرف التي فيها إضرار بمصلحة الشركة. كما ان مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لا تتوقف عند الإدارة العادية للشركة بل تتجاوزها إلى الحالات التي يتعطل فيها السير العادي للشركة ومرورها بصعوبات إقتصادية وتصل إلى عجزها عن مواصلة النشاط في بعض الأحيان.

ووفقا لأحكام المادة 182، تبقى مسؤولية مجلس الإدارة في مجال هذا النص على الأقل مبنية على الخطأ واجب الإثبات، ولا يفترض الخطأ في أعمال الإدارة والتصرف بمجرد حصول الضرر، ما يعني أن على الشركة(المدعي) إثبات أن مجلس الإدارة خالف عقد التأسيس أو الأحكام القانونية أو ارتكب خطأ في أعمال الادارة والتصرف في الشركة. وعلى هذا الأساس، وبالتوصل إلى إثبات عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، يتعرض رئيس وأعضاء مجلس الإدارة إلى واجب دفع التعويضات التي ينبغي أن تصرف للشركة. وليست هذه الأحكام في الحقيقة خارجة عن المعهود في الأحكام العامة، وفي هذا التوجه مسايرة للقوانين المقارنة كالنظام الفرنسي التي تعتبر أن نظام المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض غير ملائمة لروح المبادرة والحرية التي ينبغي أن يتمتع بها مجلس الإدارة وتبنت بالتالي النظام القانوني الكلاسيكي للمسؤولية القائمة على الخطأ مشترطة إثبات خطأ الإدارة والتصرف لقيام المسؤولية[xlii] وهو خطأ يمكن أن يثبت بجميع وسائل الإثبات خاصة بالنظر إلى تعدده[xliii] . لكن بناء المسؤولية على أساس الخطأ غير المفترض قد يؤدي إلى صعوبة إثبات الخطأ في جانب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لأن هؤلاء يعمدون في الغالب إلى إخفاء أخطائهم وخاصة إذا ما وصلت الشركة للعجز ودخلت التفليس. فإفتراض الخطاء في جانب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة يعفي الشركة القائمة بالدعوى من واجب إثبات صعب في ظل امتلاك رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لكل الوثائق المثبة لأخطائهم خاصة.

الخاتمة:

يتحصل من قراءة المادة182 من القانون 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، أنه لخطأ رئيس وأعضاء مجلس الإدارة المولد لمسؤوليتهم المدنية تجاه الشركة خصوصية تميزه على المفهوم التقليدي، فتقدير الخطأ يكون فق معيار المحترف الجيد من نفس الصنف ولا يرجع الى مجرد نمط سلوك أب الأسرة الصالح، ويوكل للقاضي سلطة تقديرية في تحميل المسؤولية والتثبت من وجود الخطأ الموصوف في النموذج وذلك من جهتين: الأولى تقدير مدى مشروعية الفعل من عدمه، ومن جهة ثانية، تحميل المسؤولية لأعضاء مجلس الإدارة فرادى أو بالتضامن فيما بينهم. ويتبنى المشرع نظاما يقوم على أن خطأ رئيس وأعضاء مجلس الإدارة المولد لمسؤوليتهم المدنية تجاه الشركة لا يخرج عن حالتين، فهو إما مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالشركة أو مخالفة عقد التأسيس وهي لا تعد أمرا جديدا، أو خطأ في أعمال الإدارة والتصرف التي تتحقق بمخالفة معيار مصلحة الشركة، فالملاحظ في أحكام المادة 182 من القانون 23لسنة2010م، ايرادها لعديد الأخطاء التي حسم في طبيعتها كأخطاء تولد مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وتبقى مصلحة الشركة المعيار الحقيقي لإعتبار أي عمل يقوم به رئيس وأعضاء مجلس الادارة من قبيل الخطاء المولد لمسؤوليتهم.

لكن مع ذلك فإن قصر المخالفة عن أحكام عقد التأسيس في المادة182 من القانون 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، قد ينال من فاعلية المسؤولية كون تلك الأحكام لا تتضمن مخالفة الأحكام القانونية، ومن شأن بناء المسؤولية على أساس الخطأ غير المفترض قد يؤدي إلى صعوبة إثبات الخطأ في جانب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لأن هؤلاء يعمدون في الغالب إلى إخفاء أخطائهم وخاصة إذا ما وصلت الشركة للعجز ودخلت التفليس. كما ان اختيار النموذج يظهر توجه المشرع الواضح نحو تضييق الخناق على مجلس إدارة الشركة والحد من نفوذهم، وقد يؤدي التطبيق الآلي لهذا النص إلى الأضرار برئيس وأعضاء مجلس الإدارة خاصة في ظل توسع قائمة الأخطاء التي تحملهم المسؤولية، عبر التوسع في مفهوم الأخطاء التي تؤسس لقيام هذه المسؤولية بما تثيره من غموض في المفهوم والتأويل.

وأخيراً فإننا نوصي بتدخل المشرع من جديد بموجب تعديل للمادة182من القانون 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، ليتضمن مخالفة الأحكام القانونية لهذا النوع من الشركات كخطأ مولد للمسؤولية وافتراض الخطاء في جانب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وحصر قائمة الأخطاء التي تولد هذه المسؤولية للابتعاد عما تثيره من غموض في المفهوم والتأويل.

---

[i] راجع، حاتم بن جماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية، دراسات فب القانون التجاري، جمعية الحقوقيين بصفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص 2015، ص 127.

[ii] المواد 172و179و181 من ذات القانون.

[iii] المواد 182و185و186من ذات القانون

[iv] راجع في هذا الرأي أيضا، كمال العيساوي، المسير في الشركات التجارية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس2014، ص154. هذه الملاحظة تساق أيضا حتى في صور المسؤولية الأخرى لمجلس إدارة الشركة. راجع، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الاسم ومساهموها على ضو تعديل 16 مارس 2900، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقوقيين في صفاقس، منشورات مجمع الأطرش في الكتاب المختص 2015، ص69.

[v] راجع في هذا الرأي أيضا، كمال العيساوي، المسير في الشركات التجارية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس2014، ص154. هذه الملاحظة تساق أيضا حتى في صور المسؤولية الأخرى لمجلس إدارة الشركة. راجع، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الاسم ومساهموها على ضو تعديل 16 مارس 2900، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقوقيين في صفاقس، منشورات مجمع الأطرش في الكتاب المختص 2015، ص69.

[vi] وذلك بالنص أن : " .. وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموما، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها ".

[vii] وهي ذات القاعدة في القانون المصري، راجع، د. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 219 ،د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية– دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، مرجع سابق، ص 395.

[viii] راجع في ذلك، حاتم بن جماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقوقيين في صفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص 2015، ص106.

[ix] راجع مثلا موقف القانون التونسي، حاتم بوجماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجاري، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقوقيين بصفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص107 .

[x] تعرف المسؤولية الموضوعية بأنها مسؤولية غير خطئية تنشأ مع وجود الضرر بما يجعل من الضرر وحده سببا لقيام المسؤولية. راجع، محمد شعيب محمد عبدالمقصود، المسؤولية الموضوعية من حيث الاساس والتطبيق، منشور على jdi.joumals.ekb.eg ص34.

[xi] ورد في هذا النص أنه: " يجب على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموما، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية إلى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة".

[xii] ورد في هذا النص أنه: " يجب على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموما، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية إلى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة".

[xiii] المعيار في اللغة يفيد معنى القياس، كما يفيد أيضا معنى القانون، فهو القياس الذي نقيس به عمل الانسان والتمييز بين صحيحه وباطله، ولهذا يعرف القانون على أنه "مجموعة قواعد معيارية تبين ما هو جائز وما هو غير جائز ". راجع، منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعة المجمع العلمي العرفي 1994، ص40.

ويعرف الأستاذ السنهوري المعيار القانون بقوله: " المعيار القانوني ليس عبارة عن إتجاه عام يقيد القاضي بل يهتدي به عند الحكم، ويعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته ". الاستاذ السنهوري في رسالته للدكتوراه بالفرنسية، القيود التعاقدية الوارد على حرية العمل في القانون الانكليزي سنة1925، ص23. مذكور لدى، الدكتور بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، منشور ص47.

[xiv] سلوك رب الأسرة الصالح يقدر بالنظر لنمط السلوك المتعارف عليه لدى جمهور الناس. أنظر سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، 2011، ص157.

[xv] ورد في هذا النص أنه: " يجب على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عموما، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية إلى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة".

[xvi] ويكون الخطأ قائما على فكرة المسؤولية الذاتية. عندما يقوم على تقدير شخصي للسلوك والتصرف .راجع، سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، طبعة ثانية، ص16.

[xvii] في هذا القرار اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية ان غياب أو نقص احترافية Cass.com,31Janvier 1995, Bull,n29. مجلس الادارة لا يعدان سبب مخففا. راجع، حاتم بن جماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية ، ص109.

[xviii] راجع في هذا الرأي ايضا، يوصف الركبي، المسؤولية المدنية لمسيري الشركات المساهمة، دراسات في القانون التجاري، جمعية الحقوقيين بصفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص 2015، ص133.

[xix] فقد ورد في حيثيات محكمة التعقيب الفرنسية. - " La responsabilité des administrateurs demeure envisagée vis-a- vis des tiers, en l' occurrence des créanciers sociaux… ils avaient le devoir de refuser d' exécuté- ter la resolution votee, ou de se demettre, au besoin, de leurs fonctions », cass.com 6nov.1956,R.T.D Com,p.402,obs.J.Rault.

مذكور لدى، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الاسم ومساهموها على ضو تعديل 16 مارس 2009، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص عن جمعية الحقوقيين في صفاقس، ص109.

[xx] يذهب الدارسين للقانون الى أن الى خضوع تقدير الخطأ الى معيار مجرد موضوعي، هذه الطريقة تعتمد على الإحالة الى نموذج محدد مسبقا من المشرع ومن شأن مقارنة تصرف المسير مع مقياس ما كان من المفروض القيامبه أن ينبي بوجود خطأ من عدم ذلك. راجع، راجع، حاتم بن جماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية ، ص107.

[xxi] نقص الكفاءة أو قلة التجربة لا تمثلان سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية، وقد وجد هذا التوجه تطبيقا قضائيا في تونس في قضية " سيكا " إذ رفضت المحكمة الابتدائية بصفاقس اعتبار قلة تجربة المسير وجها للتخفيف من مسؤوليته عن الوضعية التي آلت اليها الشركة. راجع، هاجر الفطناسي، مسيرو الشركة خفية الاسم ومساهموها على ضو تعديل 16 مارس 2009، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص عن جمعية الحقوقيين في صفاقس، ص 109 .

[xxii] فقد نصت المادة 182 على أنه:" يجب على رئيس وأعضاء مجلس الادارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الادارة مسؤولون بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عنونا، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية الى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة...".

[xxiii] تنص المادة184 على أنه :" ترفع الدعوى الخاصة بمسؤولية مجلس الإدارة بناء على قرار صادر من الجمعية العمومية ولو كانت الشركة في طور التصفية ...".

[xxiv] تعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها" ما هي الا النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون". راجع، حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات وقانون الاثبات، منشورات مجلة التقني – المجلد السادس والعشرون – العدد السادس 2023، ص5. .

[xxv] في حالة القضاء بالمسؤولية التضامنية بين الوكلاء فإن نظام التضامن في اداء الدين المنصوص عليه في القانون المدني. يطبق وهو نظام يقوم أساسا على حق المحكوم له في مطالبة أي من المدعى عليهم المتضامنين بكامل المبالغ المحكوم بها على أن يتقاسموا الأعباء فيما بينهم بعد ذلك .

[xxvi] أنظر- الطعن المدني رقم 52/862ق، جلسة2008/5/24م، مجموعة أحكام المحكمة العليا القضاء المدني، الجزء الرابع السنة2008م، ص1544.

[xxvi] إذ ينشط القاضي على محورين : محور الواقع ومحور القانون. أما في نطاق الوقائع فهو الذي يتولى فحص وتقدير الأدلة المقدمة لصحتها كما يتولى البحث في مدى تعلقها بالدعوى ومدى قدرتها وكفايتها وكفاءتها على إثبات الحق المتنازع حوله ومدى انتاجيتها للواقعة الأصلية وفي هذا الإطار الاجتهادي يقوم بتصفية تلك الوقائع للاحتفاظ فقط بالفعال منها. ولا يملك القاضي سلطة بغير قيود لأن اطلاقها فيه تعسف إذ عليه مراعاة العديد من الاعتبارات المتعلقة بالوقائع كالتقيد بها كما قدمها الخصوم والاكتفاء بها دون تعديهـــا واستخلاص المنتج منها والصحيح مع احترام القانون الموضوعي والإجرائي الذي يحكم ذات النزاع المعروض عليه لفصله.

أما المجال الثاني فهو المتعلق بالقانون حيث ينزل القاضي حكمه إذا ما استجاب موضوعيا لمعطيات النزاع حتى ولو لم يطلبه الخصوم إذ يفترض فيه العلم به والالتزام بتطبيقه على نحو صحيح، فالقاضي وفي إطار عمله التقديري في مجال القانون يقوم أولا بالبحث عن القاعدة القانونية الأنسب تطبيقا على الوقائع المعروضة عليه ومتى توصل إليها يتولى فحص عناصرها ويقارب بينها

وبين تلك الوقائع وله في كل ذلك سلطة واسعة إذ الواقع ملك الخصوم ولهم سيادة عليه أما القانون فهو من صميم أعماله ولا يتقيد في ذلك بالوصف الذي يضفيه اطراف النزاع وله تمام الحرية في إعطاء الوصف الذي يراه صالحا حسب كمال معرفته وعمق تجربته.

[xxvii] سلطة القاضي التقديرية هي نشاط عقلي يرمي الى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكاملة في عناصر النزاع مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون فإذا ما تمت كشف هذا التطابق فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه. راجع، حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات وقانون الاثبات، منشورات مجلة التقني – المجلد السادس والعشرون – العدد السادس 2023، ص5.

[xxviii] فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 182 على أنه: يجب على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، .....، وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات".

[xxix] فقد نصت المادة 182 على أنه:" يجب على رئيس وأعضاء مجلس الادارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الادارة مسؤولون بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عنونا، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية الى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة...".

[xxx] فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 182 على أنه: يجب على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، .....، وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات".

[xxxi] حاتم بن جماعة، تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية، بحث ضمن دراسات في القانون التجاري الذي نظمته جمعية الحقوقيين بصفاقس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص،2015، ص114.

[xxxii] فقد نصت المادة 182 على أنه:" يجب على رئيس وأعضاء مجلس الادارة أن يحسنوا القيام بالواجبات المفروضة عليهم قانونا بمقتضى عقد التأسيس، وعلى الوجه الذي يتطلبه القانون في شأن الوكالة وهم مسؤولون بوجه التضامن قبل الشركة عما يلحقها من أضرار جراء عدم القيام بتلك الواجبات. وعلى كل حال يعد رئيس وأعضاء مجلس الادارة مسؤولون بالتضامن عن عدم حرصهم على حسن سير أعمال الشركة عنونا، وعن عدم القيام بما في وسعهم للحيلولة دون وقوع أو إزالة أو تخفيف وطأة نتائج أعمال ضارة على الرغم من علمهم بها. ولا تمتد المسؤولية الى من لم يصدر عنه خطأ وأثبت دون تأخير اعتراضه في محضر الجلسة والقرارات الخاصة بالمجلس، وأعلم بذلك فورا رئيس هيئة المراقبة...".

[xxxiii] مذكور لدى، كمال العيساوي، المسير في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص159.

L ’article L.223 22- du Code de commerce prévoit que: “Les gérants sont responsables; individuellement ou solidqirement, selon le cas, en- vers la Société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législative ou réglementaires applicables aux sociétiés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion”

[xxxiv] فقد جاء في أحكام الفصول 117و207و211 من مجلة الشركات التجارية التونسية، أن الخطأ في إدارة الشركة الموجب للتعويض لا يخرج عن ثلاث حالات وهي مخالفة الأحكام القانونية ومخالفة عقد التأسيس والخطأ في التصرف.

[xxxv] راجع، كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الثاني الشركة خفية الاسم، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2011، ص268.

[xxxvi] يذهب البعض الى تعريف الخطأ بالفعل بأنه تصرف إيجابي يتجسم في سلوك مادي منحرف عن التصرف العادي. راجع، سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الثانية، ص162.

[xxxvii] أو الأخطاء الناتجة عن موقف سلبي وتقوم عند عدم القيام بواجب والقبول بهذا النوع من الخطأ تم حسمه في المادة182 من القانون 23لسنة2010م بشأن النشاط التجاري، ولكن الأمر لم يكن بديهيا في القانون المقارن. والسبب أن بعض الفقهاء وبعض الأنظمة التشريعية والقضائية أكدت أن العلاقة السببية بين الخطأ بالترك وبين الضرر منعدمة، لأن الترك موقف سلبي، بل هو عدم، ولا يمكن منطقيا أن ينتج عنه أثر قانوني. وقد رأي بعض الفقهاء أيضا أن ترتيب المسؤولية عن الفعل السلبي يتولد عنه اعتداء على الحرية الشخصية للإنسان، إذ فيع إرغام له على إتيان أمر يتعارض مع اقتناعه الشخصي. راجع، سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقار، الطبعة الثانية، ص163.

[xxxviii] راجع، كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الثاني الشركة خفية الاسم، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2011، ص268.

[xxxix] وفقا للمواد 699و703و704و705من القانون المدني.

[xl] وذلك وفق العديد من الاراء الفقهية، التي ترى أن مفهوم مصلحة الشركة يبقى مفهوما مرنا ولا يعثر له على محتوى واضح تماما كعديد المفاهيم الأخرى التي يعجز دوما القانون عن صياغة تعريفات أو ضوابط لها حيال واقع متغير، وقد اتخذ الفقه لهذا المفهوم تأويلين. الأول- يحصر مصلحة الشركة في مصلحة المساهمين. والثاني- يعتبر أن مصلحة الشركة كوحدة اقتصادية تسمو على بقية المصالح التي تنصهر فيها. راجع، كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، الجزء الثالث، الشركة خفية الاسم، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص تونس 2011، ص149.

[xl] راجع، كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصتونس2014م، ص185.

[xli] مذكور لدى، كمال العياري، المسير في الشركات التجارية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصتونس2014م، ص185.

[xlii] Article L624 3 – du code de commerce: “ Lorsque le redressement judiciare ou la liquidation judiciaire d’une personne morale fait apparaitre une insuffisance d’actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribute a cette insuffisance d’ actif, decider que les dettes de la personne morale se-

ront supportees, en tout ou en partie, avec ou sans solidarite, par tous les dirigeants de droit ou de fait, remuneres ou non, ou par certains d'entre eux.
L'action se prescript par trois ans a compter du jugement qui arrete le plan de redresse-ment ou, a defaut, du jugement qui pronounce la liquidation judiciaire.
Les sommes verses par les dirigeants en application de l'alinea ler entrent dans le patrimoine du debiteur et sont affectees en de continuation de l'entreprise selon les modalities prevues par le plan d' apurement du passif. En cas de cession ou de liquidation, ces sommes sont reparties enter tous les creanciers au marc le franc"
V.Cour de Cassation francaise, arret n 01 02041- du 5 mai 2004 "L'action en com-blement de passif" telle qu'elle resulte de la loi du 25 janvier 1985 qui es tune simple action en responsabilite qui suppose la prevue d'une faute, d'un lien de causalite et d'un prejudice"
مذكور لدى، كمال العيساوي، المسير في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص185.
En France, on tété retenus comme fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif: [xliii]
Le fait pour des gérants d' avoir fait prevue d' une totale incompétence en aboutissant, apréstrois ans d'àctivité, à une insuffisance d'actif de Treize millions de francs et d'avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire en ne procédant au dépot de bilan qu' aprés avoir été assignés en redressment judiciare (Cass.com.14 1991-5-:Bull.civ. IV n 164):
مذكور لدى، كمال العيساوي، المسير في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص185