المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي

الدكتورة لعواج نجلاء
دكتوراه في القانون الخاص
جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،
طنجة، المغرب

مقدمة:

يعتبر المسير الشخص الذي يملك القدرة والسلطة على تسيير المؤسسة ونجاحها وخصوصا المؤسسات الاقتصادية الخاصة المتمثلة في الشركات، وله سلطة معينة لاتخاذ القرارات، وإلا فإنه يفقد صفته ويتحول إلى مجرد منفذ[1]، وقد يوجد إلى جانب المسير القانوني من يقوم بإدارة وتسيير الشركة ويسمى المسير الفعلي وهو كل شخص يتدخل في تسيير شؤون الشركة، فيقوم بكافة الأعمال التي خولها القانون للمسير القانوني المعين في العقد التأسيسي للشركة ويحل محل المسير القانوني من أجل مزاولة إحدى مهام الإدارة، سواء بمفرده أو مع المسير المعين قانونا وذلك من غير أن تسند إليه صلاحية الإدارة بصورة نظامية.

تنطبق هذه الصفة على كل شخص يمسك بخيوط المعاملة التجارية maître d'affaire، وفي نفس الوقت يفلت من المساءلة القانونية ورقابة القضاء الذي يتدخل عند ارتكاب المسيرين أخطاء في التسيير[2].

وفي تقديرنا أن أهم القضايا والإشكالات وأكثرها جدارة بالدراسة والتحليل هي التي تدور في فلك المحورين التاليين: مفهوم المسير الفعلي من جهة، وضوابط قيام مسؤوليته من جهة ثانية.

من هنا كان تقسيمنا للبحث إلى محورين:

المحور الأول: ماهية المسير الفعلي

المحور الثاني: قيام مسؤولية المسير الفعلي

المحور الأول: ماهية المسير الفعلي

سنتطرق من خلال هذا المحور لتعريف المسير الفعلي ومعايير تحديد صفة المسير الفعلي، قبل تناول قيام المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي.

أولا: مفهوم المسير الفعلي

يعرف الفقه المسير الفعلي بأنه: "كل شخص مهما كانت صفته يقوم بالتصرف باسم الشركة ولحسابها دون أن يكون مخولا بذلك قانونا أو طبقا للقانون الأساسي"[3].

عرفت المادة 374 من قانون الشركات المغربي المسير الفعلي[4] بأنه: "تطبق أحكام هذا القسم التي تخص أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على كل شخص يكون قد زاول فعلا، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر إدارة الشركات المذكورة أو تدبيرها أو تسييرها إما باسم ممثليها القانونيين أو بالحلول محلهم".

من خلال مقتضيات المادة أعلاه يتضح لنا بأن المسير الفعلي هو كل شخص يتدخل في تسيير شؤون الشركة ويحل محل المسير القانوني من أجل مزاولة إحدى مهام الإدارة سواء بمفرده أو مع المسير المعين قانونا لهذا الغرض وذلك من غير أن تستند إليه صلاحية الإدارة بصورة نظامية.

كما يعرف على أنه ذلك الشخص الذي يقوم بممارسة مهام الإدارة والتسيير دون أن يكون حائز على سند قانوني، وقد يتخذ صفة المسير الفعلي الذي يتمتع بمجموعة من الصلاحيات أو الامتيازات تتيح له التحكم في سير الشركة الذي لا يعدو كونه عضوا ممثلا للشركة ومخولا له التصرف باسم ولصالح مجموع الشركاء الذين أسندوا إليه هذه المهمة على خلاف المسير الذي يتصرف في الواقع بصورة مستقلة ويقرر بشأن المسار الاقتصادي والتجاري والمالي للمقاولة في حين يخضع المسير الفعلي لنفس القواعد التي يخضع لها المسير القانوني ولا سيما تلك المتعلقة بتحميله عبئ المسؤولية وذلك لقاء الصلاحيات التي يمارسها، تتخذ الدولة كذلك صفة المسير الفعلي، بتقديم المساعدات المالية التي تمنحها للشركة المعسرة وقد تستغل الدولة ذلك للتأثير على سياسة التسيير المتبعة في الشركة.

وقد عرفه القضاء المغربي[5] بأنه الشخص الذي يتصرف مثل المسير القانوني دون أن يكون معينا لهذه الغاية، ويمارس نشاطا ايجابيا ومستقلا في إدارة الشركة، كما أكد القضاء المغربي على أن التسيير الفعلي يقتضي تصرف المسير في مداخيل الشركة دون رقيب أو حسيب...[6]

كما عرفت محكمة النقض الفرنسية المسير الفعلي بأنه ذلك الشخص الذي يمارس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نشاط إيجابي ومستقل في الادارة العامة للشخص المعنوي في محل أو مكان ممثليها القانونين.

وقد يتدخل المسير الفعلي[7] في أمور التسيير والإدارة إما من تلقاء نفسه أو بموافقة المسير القانوني على ذلك، ويعرف البعض المسير الفعلي بأنه ذلك الشخص الذي يمارس بكل حرية واستقلال نشاطا إيجابيا فعالا في أمور الإدارة[8].

نلاحظ أن الكثير من الأشخاص يتدخلون في تسيير الشركات، وينصبون أنفسهم مسيرين لها دون أن يكونوا مكلفين بذلك قانونا، وهذه هي الصعوبات المطروحة في جرائم الأعمال وذلك باستعمال ما يطلق عليه بالشخص المسخر عن طريق الإسم المستعار prêt nom ويبقى سيد العملية ومحركها الحقيقي مختفيا لأسباب عديدة لا يمكن حصرها منها:

- عدم إمكانية ممارسة التجارة أو تسيير الشركة لكونه أجنبيا، أو غير أهل لممارسة التجارة أو تسيير الشركة بسبب سوابق قضائية.
- عدم رغبته في الظهور شخصيا لأسباب خاصة منها:
  - كونه يترأس مجلس إدارة شركة أخرى.
  - التهرب من المسؤولية.
  - الرغبة في عدم تحمل أخطاء التسيير بنفسه.

ثانيا: معايير تحديد صفة المسير الفعلي

مسؤولية المسير الفعلي كبيرة ولا تقل عن مسؤولية المسير القانوني، وقد عمل الفقه على تحديد الخصائص المميزة للنشاط الذي يقوم به المسير الفعلي كما عني باستنباط المعايير الكفيلة بتحديد مفهوم الإدارة ومع ذلك فإن وضع هذه المعايير موضع التطبيق تبدو مسألة في غاية الدقة بحيث تتطلب إجراء تحليل عميق للسلوك الصادر عن الشخص الذي ينسب إليه النشاط الخاص بالمسير كما ينبغي أن تصاغ هذه المعايير بشكل صارم طالما أن الأمر يقتضي تقديم الدليل على هذه الإدارة الفعلية خلافا للمسير القانوني[9] الذي لا يطرح إشكالا كبيرا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قد أتيح للفقه تقديم التوضيحات الضرورية في هذا الشأن مما يتسنى معه القول بأن ثمة معايير فقهية يتحدد على ضوئها مفهوم المسير الفعلي وتتحصل في ثلاثة عناصر: كأن يكون الشخص المتابع قد مارس نشاطا إيجابيا(أ) وأن يتعلق هذا النشاط الإيجابي بالإدارة(ب) وأن يمارس ذلك النشاط الإيجابي المتعلق بالإدارة بحرية واستقلال(ج).

أ- إنجاز أعمال إيجابية في الإدارة

ما يدل على وجود المسير الفعلي هو النشاط الذي يقوم به المسير بالدرجة الأولى بل إن من الصحيح القول كما يذهب بعض الفقه بأن "النشاط هو الشيء الذي ينشئ المسير الفعلي" إذ أن الإدارة الفعلية تفترض في واقع الأمر القيام بنشاط إيجابي محدد كما يستشف ذلك من خلال النصوص القانونية وعلى العكس من ذلك لا تنطبق هذه الصفة أن تكون هناك أعمال إيجابية تتعلق بالتسيير أما الامتناعات ولو كانت مدانة في حد ذاتها فإنها لا تكفي لإضفاء الصفة المشار إليها وبعبارة أخرى أن مجرد الامتناع أو الصمت لا يتيحان القول في حد ذاتهما بوجود إدارة فعلية[10].

وتطبيقا لذلك فإن الأجير ولو كان مساهما الذي ينتهي إلى علمه وقوع خروقات خطيرة ومتكررة مرتكبة من قبل المسيرين القانونيين في نطاق إدارة المقاولة والذي لا يقوم بالتبليغ عنها لا تتوافر فيه صفة المسير الفعلي وكذلك أيضا الشريك ذو الأغلبية داخل الشركة ذات المسؤولية المحدودة والذي لا يعير بالا للأعمال التي تجري داخل هذه الأخيرة كما أنه بالنسبة لشركات المساهمة فإن من الثابت أن أعضاء مجلس الرقابة ومراقبي الحسابات لا يمكن أن يكونوا محل متابعة على الرغم من أن المهمة الموكولة إليهم

تتمثل في التبليغ عن الخروقات المرتكبة في شأن تسيير الشركة من طرف مديريها قانونيين كانوا أو فعليين إذ لا يمكن اعتبارهم بمثابة مسيرين فعليين إذا لم يقدم الدليل على تدخلهم في تسيير شؤون الشركة.

وبناء على ذلك فإن القيام بنشاط إيجابي هو الذي يسمح من جهة أولى بالتمييز بين المسير الفعلي والمسير الظاهر للشركة باعتبار أن هذا الأخير ليس سوى مسيرا في نظر الأغيار إلا أن هذا العنصر هو الذي يتخذ من خلاله بالخصوص الفارق المميز بين المسير الفعلي والمسير القانوني.

ومن جهة أخرى فإن مسؤولية المسير الفعلي[11] لا تكون سببا في انتفاء مسؤولية المسير القانوني إذ لا يجوز له التذرع بالتخلي عن مسؤوليته بإسنادها إلى المسير الفعلي والتخلي عن الوظائف التي تعود إليه وهكذا فقد قضي بأن إقدام المسير القانوني على وضع ثقته العمياء في المسير الفعلي يعتبر خطأ لا يسمح بإثبات الادعاء بأنه قام بإبداء العناية الضرورية في تدبير شؤون الشركة.

ب- أن يكون ثمة نشاط إيجابي يتعلق بالإدارة

إن النشاط المعتبر في هذا الإطار إنما ينبغي أن يكون نشاطا متصلا بتسيير الشركة أو بعبارة أخرى نشاطا متصلا بالإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أن عددا من الأعمال بما فيها تلك المدانة قانونا أو التي يكتشف منها السيطرة على أموال الشركة تعد أعمالا غير كافية بذاتها لإضفاء صفة المسير الفعلي إذا لم تتعلق بتسيير المقاولة أو إدارتها إلا أن مفهوم التسيير يستدعي مزيدا من الإيضاح بالنظر إلى أهمية الأعمال المنجزة فيما يتعلق بتدبير الحياة الاقتصادية والمالية للمقاولة وفيما يتعلق بمصير هذه الأخيرة مما يؤكد على صفة الدوام والانتظام التي ينطبع بها ذلك التدخل، انطلاقا من هذا الإشكال يصبح التساؤل واردا بشأن معيار أعمال الإدارة التي يترتب على القيام بها ثبوت صفة المسير الفعلي.

إن ما لا يمكن الاعتداد به في هذا الإطار التسمية التي تعطى للوظائف التي يشغلها الشخص المتابع إذ العبرة بالممارسة الفعلية لوظائف التسيير والإدارة[12] وعليه فإن تسمية المدير العام نفسه ليست حاسمة في هذا الشأن من هنا يصبح ضروريا القيام بتحليل مضمون الأعمال المنجزة والوظائف الممارسة من أجل ذلك فإن من المتعين على السنديك مثلا عند افتتاح مساطر صعوبات المقاولة البرهنة على أن الشخص قد مارس وظائف محددة تمكنه من التقرير في المصير التجاري والمالي للشركة بحيث لا يكفي أن يكون الشخص المتابع قد مارس وظيفة ما داخل المقاولة إذ أن بإمكان مجرد الإجراء الاضطلاع بوظائف اتخاذ القرار أو بمهام الإدارة ولكن من غير أن تنطبق عليهم مع ذلك صفة المسير الفعلي بالمعنى الوارد في المادة 99 من القانون الفرنسي الصادر في 13 يوليوز 1967.

كما لا ينطبق هذا الوصف أيضا على المساعدة النقدية المقدمة من قبل أحد الشركاء وكذلك أيضا ما يصدر عن هذا الأخير من مقترحات وتوصيات أو الاستيلاء على أصول الشركة...الخ.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان شرطا لانطباق صفة المسير الفعلي بنشاط إيجابي فضلا عن ضرورة ارتباط هذا النشاط بالإدارة فإن هذين العنصرين غير كافيين بحيث يتعين أن يقترنا بشرط آخر وهو شرط الاستقلالية.

ج- القيام بأعمال الإدارة على نحو مستقل

إن الشرط المتعلق بالاستقلال أو السيادة[13] يبدو شرطا لصيقا بممارسة السلطة ولا سيما سلطة الإدارة ويمكن القول كما يذهب إلى ذلك الفقيه Tricot إن "المسير سواء أكان مسيرا فعليا أو قانونيا إنما هو بالأساس شخص مستقل".

ومع ذلك حينما يتعلق الأمر بالمسير الفعلي يغدو لزاما إقامة الدليل على أن الشخص المعني بالأمر قد ساهم ليس فقط في الوظائف المرتبطة بالإدارة وإنما أيضا في كون دوره لم ينحصر في مجرد التنفيذ التبعي للسياسة التجارية والمالية للشركة بل امتد إلى درجة تقرير المصير التجاري والمالي للمقاولة وفرض اختياراته والتأثير الحاسم في إدارتها وتسييرها.

ولا شك أن هذا المعيار القائم على الاستقلال يرتب نتيجة أساسية مؤداها أن صفة المسير الفعلي لا تجد مجالا للتطبيق بالنسبة للشخص الذي يوجد في حالة تبعية ولا سيما إذا كان هذا الشخص مرتبطا بعقد شغل والذي بموجبه تكون لرئيس المقاولة عليه سلطة رئاسية إلا أن الواجب في هذه الحالة يتعلق الأمر بعقد شغل حقيقي وأن لا يكون الأجير متمتعا بصفة المسير القانوني أي المدير.

وخلاصة القول إن المسير الفعلي تنطبق على الشخص الذي تتوافر له الصلاحية الكافية في إلزام الشخص المعنوي بالقرارات التي يتخذها بحيث تثبت له بمفرده المبادرة في هذا الشأن ومن الناحية العملية فإن وجود تفويض السلطات يعتبر مؤشرا هاما على ثبوت هذه الصفة.

وإذا كانت معايير الإدارة الفعلية كما هي محددة في الفقه تتلخص في تعريف صالح للتطبيق سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام يقوم على أساس التركيز على أهمية التدخل الذي يقوم به هذا المسير فيما يتعلق بتقرير مصير هذه الشركة فإن ثمة شكوكا تحوم حول المعايير المشار إليها مما يطرح التساؤل عن حدود فعاليتها، وهكذا من الضروري مراعاة الاعتبارات الواقعية في تطبيق المعايير المشار إليها ضمانا لفعاليتها.

المحور الثاني: قيام مسؤولية المسير الفعلي

إن النصوص الجنائية لقانون الشركات أكدت في مستهلها صراحة على المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي وفقا للمادة 374 من قانون رقم 17.95 والمادة 100 من قانون رقم 05.96 وهي من تم تعكس رغبة المشرع في أن ينال العقاب كل من سولت له نفسه مخالفة قانون الشركات بما في ذلك المسير الفعلي كما تعكس حرصه على التصدي لعملية تعيين مسير قانوني صوري دون أن يباشر أعمال التسيير بالشركة قصد تحميله المسؤولية الجنائية[14] وتحريرها عن المسير الفعلي الذي يقوم بأعمال التسيير.

وقد كان الوضع يتيح الفرصة على التحايل على القانون إذ كان الأشخاص الذين يتدخلون في تسيير الشركة يتابعون فقط كمشاركين للمسير القانوني.

وعليه سنعمد إلى دراسة هذا المحور من خلال (أولا) سنخصصه لتبيان أسس المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي سواء تعلق الأمر بأركان هذه المسؤولية و (ثانيا) نطاقها (ثالثا) نخصصها للحديث عن تداخل مسؤولية المسير القانوني بمسؤولية المسير الفعلي (رابعا) علاقة المسؤولية الجنائية للمسير القانوني بالمسؤولية الجنائية للمسير الفعلي.

أولا: أسس المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي ونطاقها

إن تحديد المسؤولية الجنائية من حيث الأشخاص يندرج في القانون الجديد للشركات في إطار الإصلاح الهيكلي الذي اعتمده المغرب لإصلاح الوضع الاقتصادي من كل جوانبه، ذلك إن هاجس المشرع يتمثل في ضمان تحقيق أهداف قانون الشركات الجديد من حيث الشفافية وحماية الشركاء.

أ- الركن القانوني لقيام المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي

حتى يمكن متابعة مسيري شركات المساهمة عن الأفعال التي يرتكبها لا بد من توفر الركن القانوني والذي يتجلى في الإطار القانوني[15] الذي يجرم تلك الأفعال تطبيقا لقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" سواء توبع المسير طبقا لقانون شركات المساهمة أو القانون الجنائي أو في إطار القوانين الخاصة فبالرجوع إلى القانون 17.95 الخاص بشركة المساهمة نجد المواد من 242 إلى373 تعاقب على المخالفات المتعلقة بالتسيير والتأسيس والشهر وغيرها فلا وجود لأي عقوبة بدون نص قانوني، وإذا كان مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي تحديد الجرائم والعقوبات من طرف الجهاز التشريعي للدولة فإن هذه الدقة في احترام المبدأ قد تجاوزها في مجال القانون الجنائي للأعمال إذ أن تحديد الجرائم والعقوبات أصبح يدخل كذلك ضمن اختصاصات السلطة التنفيذية بواسطة مراسيمها وقراراتها خصوصا في الميدان المالي والجمركي في إطار ما يسمى بالتفويض التشريعي إلا أن هذا الاختصاص يبقى رهينا بتوفر شروط معينة في ظل التشريع المغربي من بينها الحصول على إذن السلطة التشريعية أو بين دورات انعقاد مجلسها.

ب- الركن المادي لقيام المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي[16]

يتجسد الركن المادي في جرائم الشركات في صورتين أما الفعل أو الترك وما يلاحظ في نصوص التجريم بقانون الشركات هو غلبة النوع الأول وكمثال على قيام المسير بأفعال إيجابية مكونة للركن المادي.

المادة 378 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة التي نصت على ما يلي "يعاقب بغرامة من 4000 إلى 20000 درهم كل من مؤسسي شركة المساهمة الذين أصدروا أسهما إما قبل التنفيذ في السجل التجاري أو في وقت إذا تم تقييد الشركة عن طريق الغش أو دون التقييد بالنصوص القانونية في القيام بإجراءات تأسيس الشركة".

إذن فمعظم جرائم الشركات تتطلب قيام الجاني بأفعال إيجابية كالتزوير في محررات أو إثبات بيانات كاذبة في نشرات إصدار الأسهم والسندات أو تقديم حصة عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية فكل من التزوير والإثبات والتقويم هي أفعال مادية إيجابية مكونة للفعل المادي.

أما فيما يخص الجرائم المتعلقة بالترك فالمقصود بها هو امتناع الجاني عن القيام بأعمال مما ينتج عنه أضرار بالشركة أو المساهمين أو بالغير ومن صوره إغفال المراقب وقائع جوهرية في التقرير الذي يقدم للجمعية العامة وفقا لأحكام وقانون الشركات كإغفال الموظف العام وقائع تؤثر في نتيجة تقاريره.

ومن أهم خصائص الركن المادي:

- إن معظم الأفعال المجرمة في قانون الشركات تدخل ضمن طائفة الجرائم التي تقتصر على اثبات الجاني سلوكا واحدا دون القضاء تكراره.

- إن معظم جرائم الشركات يكون لها مضمون حسابي مما قد يثير بعض المشاكل المرتبطة بتفسير الواقعة المكونة للماديات الإجرامية من ناحية والمعيار الذي يستند إليه في التقديرات الحسابية.

- إن السلوك المادي في معظم هذا النوع من الجرائم يدور حول فكرة الكذب وخصوصا الكذب المكتوب أو المطبوع.

ج- الركن المعنوي لقيام المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي[17]

لا يكفي توافر الركن المادي لوجود المسؤولية الجنائية بل لا بد من تواجد الركن المعنوي والذي بغيابه تكون الجريمة غير قائمة في حق المتابع مما يتعين معه تبرئته فهو يعني اتجاه إرادة الفاعل ونيته نحو القيام بالفعل الذي جرمه القانون أو الامتناع عن إتيان فعل يأمر القانون القيام به ولم يخرج القانون الجنائي لشركات المساهمة عن هذه القاعدة بحيث نجده يستعمل عبارات تدل على ضرورة توافر الركن المعنوي لقيام الجريمة من قبيل "عن قصد" و "سوء نية".

والملاحظ أن الركن المعنوي في جرائم الشركات[18] لا يؤخذ بصورة واحدة فقد يأتي في صورة القصد الجنائي حيث تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل الجرمي وتحقيق النتيجة الاجرامية وقد يأتي كذلك في صورة الخطأ الغير العمدي وفي هذه الحالة تنصرف إدارة الجاني إلى السلوك الإجرامي دون نية إحداث النتيجة وفي حالة تطلب المشرع القصد الجنائي فإنه يقتصر على القصد العام المتمثل في علم الجاني يكون الفعل الذي يقوم به المجرم قانونيا ورغم ذلك تتجه إرادته إلى ارتكابه.

ويختلف الركن المعنوي في جرائم الشركات حسب طبيعة السلوك الإجرامي أي ما إذا كنا بصدد جرائم الارتكاب أو الامتناع ففي هذه الأخيرة يكون الركن المعنوي هو الإغفال المتعمد للقيام بالتزامات يفرضه القانون أما عن جرائم الارتكاب فالركن المعنوي يتخذ ثلاثة صور هي:

- العمد
- صورة الخطأ
- مجرد ارتكاب الفعل المادي أو ما يسمى بالجريمة المادية البحتة.

ثانيا: نطاق المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي

في إطار مجموعة من الإصلاحات التشريعية التي عرفها المغرب والتي شملت قطاعات المحاسبة والاستثمار وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين إضافة إلى الإصلاح القضائي والإداري اتجه المشرع المغربي إلى وضع قانون خاص بالشركات باعتبارها محور وأساس نجاح الاقتصاديات المعاصرة وركز بهذا الخصوص على تغيير نظام المسؤولية من نظام يقتصر على مسؤولية الأشخاص المعنويين دون الطبيعيين إلى نظام مسؤولية يطال الأشخاص الطبيعيين الذين طالما استغلوا النظام القديم لارتكاب جرائم باسم الشخص المعنوي دون ترتيب أدنى مسؤولية عليهم.

أ- حالة تعيين المسير الفعلي[19]

تتعدد حالات التسيير الفعلي للشركة وتختلف باختلاف الظروف والأحوال بحيث يصعب الإحاطة بها جميعا وحصرها في حالات محددة سنحاول الإحاطة ببعض الحالات المهمة والأكثر شيوعا من الناحية التطبيقية.

وتتمثل هذه الحالات في حالتين الأولى تهم اختلال أحد الشروط الأساسية المتطلبة في قرار التعيين أما الحالة الثانية فتتمثل في ممارسة التسيير الفعلي خارج نطاق التعيين.

حالة اختلال أحد أو بعض الشروط الشكلية أو الموضوعية المتطلبة في قرار التعيين إلى فرضيتين أساسيتين فرضية انعدام التعيين ثم فرضية بطلان هذا التعيين.

– فرضية انعدام التعيين

تتمثل في الحالة التي يشغل فيها أحد الأفراد منصبا معينا دون سبق تعيينه فيه بحيث يمارس اختصاصات بل يتعود الأفراد على رؤيته قائما بتسيير الشخص المعنوي فيعتقدون أنهم بتعاملهم معه إنما يتعاملون مع مسير قانوني.

فالأصل أن التصرفات الصادرة من شخص لم يتولى تسيير الشركة بصفة قانونية تعتبر باطلة إذ من الطبيعي ألا تمارس اختصاصات أي وظيفة إلا بواسطة من يتولاها قانونيا، إلا أن المشرع الجنائي المغربي أوقع العقاب على المسير الفعلي حتى في حالة عدم توليه بطريقة نظامية وذلك ما يستفاد من المادة 100 من الباب المتعلق بالمخالفات والعقوبات الزجرية بقانون رقم 05.96.

– حالة بطلان التعيين[20]

الأصل هو أن تولي مهمة التسيير يكون مرهون باحترام مجموعة من الشروط المنصوص عليها في القانون لذلك فإن الأفراد الذين يتولون هذه المهمة على خلاف أحكام القانون إنما تعتبر تصرفاتهم باطلة لعدم صدورها عن أصحابها الشرعيين.

ويرجع بطلان التعيين إلى انطوائه على عيب أو أكثر من العيوب الشكلية أو الموضوعية التالية:

- بطلان التعيين الذي يتم خرقا لأحكام المادتين 20و21 من القانون المتعلق بشركة المساهمة باستثناء حالات التعيين التي تتم وفقا لمقتضيات المادة 49 من نفس القانون المتعلقة بشغور مقعد أو عدة مقاعد للمتصرفين بسبب الوفاة أو الاستقالة لأي مانع آخر.
- عيب في محل لمخالفة قرار التعيين للقانون بالمعنى الضيق ومثال ذلك عدم توافر شروط التعيين في الشخص المعين كما هو الحال بالنسبة للشروط المتعلقة في المتصرفين أعضاء مجلس الإدارة.
- عيب في سبب قرار التعيين في حالة شغور مقعد أو عدة مقاعد للمتصرفين لسبب من الأسباب.

وجدير بالذكر في هذا المجال أن التصرفات الصادرة قبل إلغاء التعيين وإعلانه عن طريق قيده في السجل التجاري ونشره في الجريدة المخول لها نشر الإعلانات القانونية أو في الجريدة الرسمية في الحالات السالفة الذكر تعتبر صحيحة كما لو كانت صادرة عن مسيرين قانونيين وذلك حفاظا على مصالح الغير وهذا ما يستفاد من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة[21] والتي نصت على ما يلي: "لا يمكن للشركة ولا للغير من أجل التحلل من التزاماتهم الاحتجاج بعدم قانونية تعيين أشخاص مكلفين بتسيير الشركة أو إداراتها إذا تم نشر ذلك التعيين بصفة قانونية.

لا يمكن للشركة أن تحتج في مواجهة الغير بتعيين الأشخاص المشار إليهم وانتهاء مهامهم ما لم يتم نشرها بصفة قانونية".

ب– ممارسة التسيير الفعلي خارج نطاق التعيين

نذكر منها تلك التي تتصل بالاستمرار على نحو غير مشروع في القيام بمهام التسيير من جهة والحالة الخاصة بالاختصاص الظاهر للمسير الفعلي من جهة أخرى.

– حالة الاستمرار على نحو غير مشروع في ممارسة مهام التسيير

وتجد هذه الحالة أساسها في الحالة التي تنتهي فيها وكالة المسير ومع ذلك يستمر في إدارة الشركة وذلك كأن يقوم ببعض الأعمال الإيجابية المتصلة بالإدارة بعد مدة انتدابه كما هو الشأن بالنسبة للمتصرفين فالأصل أن تصرفات المسير بعد انتهاء صفته

الوظيفية[22]تعتبر باطلة عديمة الأثر ومع ذلك فقد اعتبر القضاء الجنائي الفرنسي تصرفات القانونيين الذين يستمرون في مزاولة مهامهم التي كانوا يشغلونها رغم انتهاء مدة انتدابهم للقيام بهذه المهام أو زوال الصفة القانونية لمزاولتهم لأي سبب من الأسباب صحيحة في مواجهة الغير وبالتالي تقرير مسؤوليتهم الجنائية عن الأعمال التي يقومون بها و تطبق عليهم نفس العقوبات المطبقة على المسيرين القانونيين.

– حالة الاختصاص الظاهر للمسير الفعلي

إذا كانت الحالات السابقة للمسير الفعلي تتصل بشخص متجرد عن صفة المسير القانوني هو الذي يقوم بأعمال متصلة بإدارة الشخص المعنوي فإن الأمر في بعض الحالات الأخرى يتعلق بأشخاص يتدخلون في أعمال الإدارة مباشرة ويفرضون تصوراتهم ومقترحاتهم على المسير القانوني كما هو الحال بالنسبة لمراقب الحسابات الذي يتجاوز صلاحيته في الرقابة من خلال إبداءه آراء وملاحظات في تسيير الشركة أو إعطاء بعض الأوامر[23] للمسيرين القانونيين من هنا ومنعا لهذا الشخص الذي يتجاوز اختصاصه من الإفلات من العقاب يلاحظ اتجاه القضاء الفرنسي نحو اخضاعه لذات العقوبات المطبقة على المسيرين القانونيين بالرغم من عدم وجود حالات التنافي.

نجد كذلك أيضا حالة الأشخاص الذين لا يريدون الظهور كممثلين قانونيين لشركة لأسباب مختلفة وبالذات عندما يمنعون من حق الإدارة والتسيير على إثر حكم قضائي بسقوط الأهلية وحالة الأشخاص الذين تتعارض وظائفهم مع الإدارة والتسيير لوجود حالة التنافي في جانبهم.

فهؤلاء الأشخاص من أجل أن يمارسوا سلطات حقيقية في العمل يأتون بأشخاص مسخرين يستخدمون اسمهم في الظاهر مقابل أجر يدفعونه لهم.

ثالثا– تداخل مسؤولية المسير القانوني والمسير الفعلي

من أجل وضع حد للتلاعبات التي يمكن أن يقوم بها المسيرين سواء الفعليين أو القانونيين من العقاب أقر المشرع المغربي مبدأ المماثلة بين المسيرين الفعليين والمسيرين القانونيين ضمن القانون الجنائي بحيث لم يعد قيام المسؤولية للشخص الذي يزاول مهام التسيير مرهون بضرورة التعيين[24]وفق الشروط القانونية المعمول بها بحيث أصبح يعد وكيلا أو مديرا فعليا الشخص الذي يقوم بعمل الوكيل القانوني دون السند إلا أنه بالرغم من أن المشرع قد سوى بين المسير القانوني والمسير الفعلي في قيام المسؤولية الجنائية إلى أن هناك حالات تنفي معها مسؤولية هذا الأخير.

رابعا–علاقة المسؤولية الجنائية للمسير القانوني بالمسؤولية الجنائية للمسير الفعلي

إن المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي العام تقوم على أساس الخطأ الشخصي واعتبار المسؤول فاعلا شخصيا للجريمة فإنها تختلف في القانون الجنائي الاقتصادي فتثبت المسؤولية الجنائية في حق أشخاص ولكن تطال أشخاص آخرين بالإضافة إليهم وذلك لوجود علاقة معينة بينهما تفرض أن يكون الشخص الأول مسؤولا عما يصدر من الثاني.[25]

وعليه تقوم مسؤولية المسير الفعلي إما على أساس قواعد المساهمة الجنائية إما بوصفه فاعلا أو مساهما أو مشاركا في الجريمة.

أ- الحالات التي يكون فيها المسير الفعلي مساهما أو مشاركا

- المسير الفعلي كمساهم إلى جانب المسير القانوني:

تتحقق حالة المساهمة حينما يعمد كل من المسير القانوني والمسير الفعلي إلى إعانة بعضهم البعض في تنفيذ الجريمة ماديا حيث يعتبر كل مساهم فاعلا أصليا للجريمة ويعاقب بالعقوبة المقررة كما لو اقترفها منفردا وذلك ما يستفاد من الفصل 128 من القانون الجنائي.

وجدير بالذكر في هذا المجال أن تطبيق قواعد المساهمة لا يكون فيها محل إلا في الحالة التي يعترف له المشرع بهذه الصفة وذلك من خلال مماثلته بالمسير القانوني في تحمل المسؤولية الجنائية.

- المسير الفعلي كمسير للمشارك القانوني:[26]

تتحقق المشاركة بأن يقوم بالتنفيذ المادي بعض الجناة أو أحدهم أما الباقون فيقتصر دورهم على المساعدة وذلك بقيامهم بأعمال ثانوية لا تصل إلى مرتبة القيام بكل أو بعض أفعال التنفيذ المادي للجريمة وقد عرف المشرع المغربي في الفصل 129 من القانون الجنائي فاعتبر المشارك بأنه "يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها..."

وتختلف حالات المشاركة بحسب ما إذا كان المشارك في الجريمة مسيرا قانونيا أو فعليا.

- الحالة التي يكون فيها المسير فاعلا أصليا والمسير القانوني مشاركا

تسري قواعد وأحكام المشاركة في حق المسير القانوني عندما يتم إثبات مشاركته في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها إما في قانون شركات المساهمة أو باقي القوانين الجنائية الأخرى كما تسري في حق المسير المشارك كافة القواعد العامة للفعل والمشاركة في ارتكاب الجريمة.

- الحالة التي يكون فيها المسير القانوني فاعلا أصليا والمسير الفعلي مشاركا

ويمكن التمييز في هذا الإطار بين النصوص التي تنص صراحة على التسيير الفعلي والتي تساوي بين المسير القانوني والمسير الفعلي بحيث أنه عند وقوع الجريمة تقوم حالة الاشتراك كلما ثبت إتيان المسير الفعلي إحدى الوسائل المنصوص عليها في الفصل 129 من القانون الجنائي ومن النصوص التي لا تتطرق إلى التسيير الفعلي صراحة بحيث اختلف الفقه بهذا الخصوص فهناك جانب اعتبر أن المدير الفعلي شريكا إلى جانب المدير القانوني حتى في حالة النصوص التي لا تجرم حالة التسيير وجانب آخر لا يعتبره شريكا على اعتبار أن ذلك يخالف نص المادة 129 من القانون الجنائي في تعريف الشريك بالإضافة إلى عدم توفر صفة المدير القانوني في حقه.

ب – حالات المسؤولية الجنائية عن فعل الغير

الثابت أن المسؤولية الجنائية ذات طبيعة شخصية يتحملها المسير المتواجد على رأس الشركة سواء تعلق الأمر بالمسير القانوني أو الفعلي إلا أنه في حالات استثنائية يمكن أن تقوم مسؤولية الشخص الجنائية على الرغم من أنه لم يرتكب الفعل المادي المكون للجريمة المرتكبة وتنطبق هذه الحالة على الأشخاص الذين يتولون إدارة وتسيير المشاريع الاقتصادية[27] إما بوصفهم مسيرين أو رؤساء أو مديرين حيث يتحمل هؤلاء المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي يرتكبها أحد التابعين لهم والعاملين في المقاولة أو الشركة التي يتولون إدارتها وتسييرها وتجد هذه المسؤولية الجنائية الخاصة مصدرها القانوني في بعض النصوص القانونية المتفرقة كما ركز القضاء وطور هذا

النوع من المسؤولية و أوجد معايير إقرارها فعمل كل من التشريع والقضاء على تنظيم وإقرار المسؤولية الجنائية عن فعل الغير وما موقفهم من طبيعة هذه المسؤولية.

عمل المشرع المغربي على إقرار المسؤولية الجنائية[28] للمسير أو رئيس المقاولة عن فعل تابعيه وذلك إما بصفة صريحة أو ضمنية من خلال مقتضيات متفرقة كما هو الشأن بالنسبة للمقتضيات المتعلقة بحفظ الأمن والصحة داخل المنشأة الاقتصادية والمقتضيات الضريبية وكذلك المتعلقة بالبيئة.

وقد نص المشرع صراحة في مدونة الشغل على مسؤولية المسير الرئيسي عن فعل التابع في المادة 548 منه يقول أنه: "يكون مسؤولا جنائيا عن الأفعال المخالفة عن مقتضيات هذا القانون والنصوص التطبيقية الصادرة تطبيقيا له كل مشغل أو مدير أو رئيس طبقا للمادة أعلاه تكون له داخل المؤسسة وبتفويض من المشغل الاختصاص والسلطة الكافية لحمل الأجراء الموضوعين تحت إشرافه على الطاعة الضرورية التي تقتضيها احترام التعليمات القانونية والتنظيمية..."

وتقوم المسؤولية الجنائية عن فعل الغير حسب بعض الفقهاء على فرضية مفادها أن الشخص الذي كان من الواجب عليه أن يراقب الفاعل المادي للجريمة يعتبر مجرما يجب مساءلته بسبب ارتكابه خطأ شخصيا يتجلى في عدم قيامه بمنع حدوث الفعل الجرمي من طرف من يوجد تحت رعايته ومسؤوليته وعليه فإن هذا الشخص يصبح مسؤولا جنائيا بسبب إهماله وعدم اتخاذ كل الإجراءات المحيطة بالأزمة.

خاتمة:

إن المشرع المغربي قد أدرج مهام التسيير و اتخاذ القرار وممارسة التأثير الحاسم في الشركة ضمن مسؤولية المسير القانوني، إلا أن الواقع يظهر خلاف ذلك في مجموعة من التطبيقات العملية التي تظهر أن المسير الفعلي لا يمتلك الصفة القانونية التي يتمتع بها المسير القانوني، إلا أنه يقوم بأعمال وتصرفات مهمة في الشركة، أكبر من تلك التي يقوم بها المسير القانوني، من أجل هذا كان لزاما تحميله المسؤولية الجنائية عن أعماله، ولقد تدخل المشرع المغربي لتنظيم مسؤولية المسير الفعلي صراحة في بعض النصوص الخاصة وذلك وعيا منه بضرورة تنظيمها ومنعا للإفلات من العقاب.

الهوامش:

[1] محمد رفيق الطيب، مدخل للتسيير، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 27.

[2] Serge_hadji artinian, la faute de gestion, litec, Paris, 2001, p4 et 535.

[3] Zerguine ramadan, la responsabilité pénale des dirigeants des entreprise, revu algérienne des sciences juridique et politiques, institut de droit et des sciences administratives, ben_aknoun, université d'alger, volume xxxi, n 04, Alger, 1993, p 694.

[4] إن هناك من ربط ظهور المسير الفعلي إلى خصائص مخالفات الشركات التجارية، خاصة فيما يتعلق بكيفية ارتكابها، فغالبا ما يتم استعمال مسخرين لارتكاب الأفعال المكونة لها، وفي هذا الصدد استعمل الفقيه الفرنسي "دلماس مارتي" مصطلح "القش" للدلالة على هذه الفئة من المجرمين، التي لا يظهر الفاعل الحقيقي لوجوده في حالة من حالات التنافي.

لمزيد من التفصيل أنظر: خدوج فلاح، المسؤولية الجنائية للمسير في شركات المساهمة على ضوء التشريع والفقه والقضاء، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004، ص 286 وما يليها.

[5] قرار عدد 1263 صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بمراكش ملف عدد 2010/9/309 غير منشور.

[6] حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، تحت رقم 08/30، بتاريخ 28 يناير2008، ملف عدد: 2003/10/285 (حكم غير منشور).

[7] J.L. Rives lange : « la notion de dirigeant de fait ». D. 1975. CHR.P.41 et s. . J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron. p. 41, n° 5. 2 CA Nancy 15 déc. 1977, JCP. éd. G. 1978, II, n° 18912 ; CA Paris, 3e ch. 17 mars 1978, D. 1978, I.R., p. 420 ; Cass. crim. 12 déc. 1989, Bull. Joly, 1989, 252, note STREIFF ; Cass. com. 26 juin 2001, Dr. sociétés, 2001, comm. 140, obs. J.-P. LEGROS; Cass. crim., 20 oct. 2004, Bull. crim. 2004, n° 249, p. 935.

[8]Cass. Crim 3 nov. 2005 Par Jean-Baptiste Rozès, Avocathttp://www.village-justice.com/articles/dirigeant-situation-creatrice,10862.html. Cour de Cassation, 13 février 2007 Jurisdata 2007-037491. (Cour de Cassation Commerciale, 24 juin 2008 ; Jurisdata 2008-044616).

[9] لم يقتصر تنظيم المشرع المغربي في تنظيم المسير الفعلي على النصوص المطبقة على المجال التجاري بل وردت الإشارة إليه في العديد من النصوص الأخرى كالقانون الجنائي في الفصلين 413 و550 التي حددت المخاطبين بإحكامها في مسيري الشخص المعنوي ووردت الإشارة إليه بشكل ضمني في الفصل 595 من قانون المسطرة الجنائية.

[10] Mohamed issam chaoui, la responsabilité des dirigeant de fait d'une entreprise en difficulté p 14.

[11] Rives-Lange (j.) « la notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi 13 juillet 1967 » Dalloz 1975, chr VII, P 41.

[12] هشام بوحوص "دور الاجتهاد القضائي في تحديد نطاق المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي للأعمال" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث التجارة الدولية، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2010-2011، ص ص 425-426-427.

[13] عبد اللطيف العباسي مسؤولية مسير شركة موضوع مسطرة جماعية (مداولة تحليل مقتضيات المادة 704 من مدونة التجارة المغربية) مجلة المحاكم المغربية عدد 100، سنة 2006، ص 37.

[14] زينب البداوي، مسؤولية مسيري الشركات التجارية في القانون المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017، ص 35.

[15] فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية، نونبر 2001، ص 250.

[16] لمياء البازغي، المسؤولية الجنائية لمسير شركة المساهمة، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998- 1999، ص 43.

[17] يوسف رشيق، النظام القانوني لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء دراسة مقارنة رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2003 -2004، ص 154.

[18] محمد محبوبي، أساسيات في قانون الشركات، الطبعة الأولى، دار النشر أبي رقراق للطباعة والنشر، ص234 .

[19] نور الدين مرزاق، المسير الفعلي في الشركات التجارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2009-2010، ص61.

[20] فظلى حمامو، المسؤولية القانونية لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 45.

[21] محمد حركات، التدبير الاستراتيجي والمنافسة رهانات الجودة الكلية بالمقاولات المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، سنة 1997 ص 61-62

[22] حسني أحمد الجندي، القانون الجنائي للمعاملات التجارية الكتاب الأول "القانون الجنائي للشركات" مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1989، ص 146.

[23] سر الختم صالح علي والصادق ضرار مختار "ندوة علمية بعنوان جرائم رجال الأعمال" المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، ص 7.

[24] أنظر المواد 20-21-49 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة الصادر بتنفيذه لظهير الشريف رقم 1.96.124 في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996).

[25] حياة متوكل المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل ماستر قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.

[26] هشام بوحوص، دور الاجتهاد القضائي في تحديد نطاق المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي للأعمال، مرجع سابق، ص 418.

[27] عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف، المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية الخاصة، القاهرة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النيلال للطباعة، 1999، ص 451.

[28] حياة متوكل، المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي في القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص 105.