# الهيئة الوطنية للمحامين

# فرع تونس

# التعليق على الفصل 2 من قانون 16فيفري 2005 المنظم لقطاع الحرف


الاستاذة المحاضرة
أ.زينب مليكة

الاستاذ المشرف على التمرس
أ. حافظ الدغري


السنة القضائية 2021-2022

# البهرس


المقدمة.....1

الجزء الأول: حصر أنشطة الحرفي .....5

الفرع الأول :نشاط الانتاج.....6

الفقرة الأولى :مفهوم الانتاج .....6

الفقرة الثانية : حدود تفرد الحرفي بنشاط الانتاج .....8

الفرع الثاني: أنشطة الإصلاح والتحويل.....10

الفقرة الأولى: نشاط التحويل .....10

الفقرة الثانية : نشاط الإصلاح .....11

الجزء الثاني: حصر شروط ممارسة أنشطة الحرفي.....15

الفرع الأول :الشروط الموضوعية.....16

الفقرة الأولى : ممارسة النشاط بصفة مستمرة ورئيسية.....16

الفقرة الثانية : ممارسة نشاط يدوي.....19

الفرع الثاني : الشروط الذاتية.....23

الفقرة الأولى :ممارسة النشاط الحرفي بحكم العادة.....23

الفقرة الثانية :ممارسة النشاط الحرفي على وجه الاحتراف.....24

الخاتمة.....27

الملاحق .....29

المراجع .....38

# المقدمة

لايزال الوضع القانوني للحرفي يسيل الكثير من الحبر بين مؤيد لتطابق وضعيته مع وضعية التاجر وبين ناف لذلك. ويندرج في هذا الاطار الفصل 2 موضوع التعليق الوارد بالقانون عدد15 لسنة 2005 المؤرخ في 16 فيفري 2005 والمتعلق بتنظيم قطاع الحرف والذي ورد فيه ما يلي :"يشمل قطاع الحرف حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الحرف الصغرى والصناعات التقليدية التي تمارس من قبل حرفي أو في اطار مؤسسة حرفية حسب التعريف الوارد بالفصلين 12 و 16 من هذا القانون بصفة رئيسية ومستمرة على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتحصيل منها على ربح.

وتضبط قائمة أنشطة الحرف الصغرى والصناعات التقليدية بأمر".

ويقع الفصل 2 في العنوان الأول :أحكام عامة من قانون عدد15 لسنة 2005 المؤرخ في 16 فيفري2005 والمتعلق بتنظيم قطاع الحرف.

ويحيلنا الفصل 2 على الفصلين 12[1]من العنوان الثاني :في الحرف الصغرى و16[2]الفصل من العنوان الثالث : في الصناعات التقليدية من نفس القانون للوقوف عند تعريف أنشطة الحرف الصغرى والصناعات التقليدية .

[1]الفصل 12 من قانون 2005 " يقصد بالحرف الصغرى حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح أو اسداء الخدمات التي تعتمد أساسا على العمل اليدوي."

وجاء هذا القانون ملغيا لجميع الأحكام السابقة والمخالفة له[3]، إذ لا يخفى على أحد أن النص القانوني والتشريعي لا يأتي من فراغ بل يستمد روحه من مختلف الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فقطاع الحرف والصناعات التقليدية تصدر مرتبة هامة في تونس مما جعل المشرع يخصه بالعديد من القوانين[4] فكان المشرع حريصا على الإحاطة بقطاع الحرف وتنظيمه وما تدخُل المشرع في 2005 بسن قانون جديد رغم وجود قانون 1983 إلا دليل على أهمية هذا القطاع و التشجيع الذي يلقاه الحرفي في الواقع .

والجدير بالذكر أنه قبل سنة 1983 لم يكن هناك تعريف لقطاع الحرف والحرفييّن. هذا ما دفع المشرّع إلى سنّ القانون عدد 106 المؤرخ في 3 ديسمبر1983 والمتعلّق بالقانون الأساسي للحرفيّين الذي تم الغاؤه بموجب قانون 2005 والذي تضمّن تعريفا لقطاع الحرف والحرفي والمؤسّسة الحرفيّة .

---

[2]الفصل 16 من قانون 2005" يقصد بالصناعات التقليدية حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح التي تعتمد أساسا على العمل اليدوي وتلبي حاجيات نفعية أو وظيفية أو تزويقية تحمل طابعا فنيا وثقافيا مستوحى من الهوية والتراث الوطني."

3 الفصل 42 من قانون 2005"تلغى جميع الأحكام السابقة والمخالفة لهذا القانون وخاصة – القانون عدد 106 لسنة 1983المتعلق بالقانون الأساسي للحرفيين.-القانون عدد 62 لسنة 1986 المؤرخ في 12 جويلية المتعلق بإحداث مجالس الحرف في قطاع الأنشطة الصناعية والتقليدية والحرف الصغرى وبتنظيم خطة الأمين. -الأمر العلي المؤرخ في 10 ماي 1913 المتعلق بتنظيم مهنة أمين الصاغة والفضيات والمجوهرات ".

[4]انظر أعلاه رقم 3

وبقراءة التعريف الوارد في قانون 2005 لا يوجد تغيير يذكر عدى التقسيم والتمييز بين صنف الحرف الصغرى وصنف الصناعات التقليدية .فتعريف الحرفيّ في قانون سنة 1983 هو نفس التعريف الذي كرسّه قانون 2005.

وطيلة فترة سكوت القانون عن تعريفه إلى غاية سنة 1983 طرحت هذه المسألة على المحاكم التونسية في قضايا لا تحصى ولا تعد [5]

وقد تعلقت معظم هذه القضايا بمسألة تمتع المتسوّغ من عدمه بعقار مهني ما بالقوانين الخاصة بالأكرية التجارية أو خضوعه وخضوع نشاطه للقانون المدني والى مجلّة الالتزامات والعقود.

وقد اجتهد قضاة الأصل وقضاة القانون في عديد المناسبات لإعطاء تعريف محدد للحرفيّ[6]. و حتى بعد صدور قانون 2005 لازال فقه القضاء يجتهد في تعريف الحرفي وتكييف وضعه القانوني[7].

لذا يبدو التعليق على الفصل 2 من قانون 2005 المنظم لقطاع الحرف ذو أهميّة بالغة على مستوى خصوصية الحرفي مقارنة بالتاجر وبالتالي مدى خضوع الحرفي للقانون المدني أو التجاري خاصة إزاء سكوت المشرع عن هذه المسألة.

---

[5] حكم ابتدائي في 18 أفريل 1954 تحت عدد-12 21912 - حكم مدني صا در عن محكمة تونس في 9 ماي 1955-قرارتعقيبي عدد 1822 الصادر في 4 نوفمبر 1976

[6] قرار الدوائر المجتمعة عدد 42233 بتاريخ 13 مارس 1995

[7] رضا عجرود " ماهية الحرفي في فقه القاء التونسي". في 21 أوت 2017 استشارات قانونية . مجلة الكترونية

فأين تتجلى خصوصية الحرفي ضمن الفصل 2 من قانون 2005؟

وتتجلى هذه الخصوصية في حصر أنشطة الحرفي ( الجزء الأوّل ) ومن خلال حصر شروط ممارسة الحرفي لنشاطه ( الجزء الثاني).

# الجزء الاول
# حصر أنشطة الحرق

أحال المشرع في الفصل 2 من قانون 2005 الى الفصلين 12 و 16 من نفس القانون لتعريف أنشطة الحرفي.

وقد جاء بالفصل 16 من قانون 16 فيفري 2005 المتعلّق بتنظيم الحرف "يقصد بالصناعات التقليدية حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الإنتاج و التحويل أو الإصلاح".و جاء بالفصل 12 من نفس القانون "يقصد بالحرف الصغرى حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الإنتاج أو التحويل أو الإصلاح أو اسداء الخدمات التي تعتمد أساسا على العمل اليدوي.

وتنحصر هذه الأنشطة في نشاط الإنتاج الذي خيرنا أن نميزه بالفرع الأول ودمج نشاط التحويل والإصلاح في الفرع الثاني باعتبارهما نشاطين لاحقين للإنتاج.

## الفرع الاول :نشاط الانتاج

سنتعرض لمفهوم الإنتاج (الفقرة الأولى) ولحدود تفرد الحرفي بنشاط الإنتاج(الفقرة الثانية).

### الفقرة الاولى :مفهوم الانتاج

يعتبر الإنتاج من بين أنشطة الصناعات التقليدية فكل شخص الذيّ يتعاطى نشاط الإنتاج يعتبر حرفيّا مع احترام شروط أخرى جاء بها هذا الفصل.

لكن ما المقصود بالإنتاج ؟ في ظل غياب تشريعي لهذا المصطلح صلب الفصلين 12 و 16 أو الفصل 2 من القانون المذكور أعلاه وجب الرجوع للفصل 2 من المجلة التجارية الذي ذكر فيه المشرع نشاط الانتاج.

ينص الفصل 2 من المجلة التجارية "يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط..."

فنلاحظ أن الفصل المذكور لا يقدم تعريفا لهذا النشاط.

يعرف المعجم القانوني الفرنسي[8] نشاط الإنتاج بأنه:

« Toute activité économique consistant dans la création, la fabrication, la culture, des produits ou des biens artistiques industriels ou agricoles ».

أي النشاط الاقتصادي الذي يتمثل في الخلق و الابداع و صنع المواد و الأشياء سوى كانت فنيّة أو صناعيّة أو فلاحيّة .

و بالتالي يعتبر حرفيا حسب قانون 2005 الشخص الذي يتعاطى نشاط الإنتاج. و لكن هل يعتبر الإنتاج نشاطا حصريّا على الحرفي ؟

[8] Cornu. G : « vocabulaire juridique », association Henri Capitant.

## الفقرة الثانية : حدود تفرد الحرفي بنشاط الانتاج

ولئن ذكرت الفصول 16 و12 من قانون 2005 الإنتاج من بين الأنشطة الحرفية والتي تميّز الحرفي فإن ذلك لا يعتبر حكرا على قطاع الحرف.

حيث بالرجوع إلى الفصل 2 من المجلّة التجارية نجد أنه" يعدّ تاجرا كل شخص اتّخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسّط..."

يكون إذن تاجرًا الشّخص الذي يتعاطى نشاط الإنتاج حسب الفصل 2 من المجلة التجارية.

فتعتبر إذن أنشطة الإنتاج أنشطة تجارية. إذ يضفي معيار نشاط الإنتاج صفة التاجر على كل من يقوم به و يكفي توفّر هذا المعيار لاعتبار القائم به تاجرا [9].

إنّ التنصيص على نشاط الإنتاج في الفصول 12و 16 من قانون 2005 باعتبار القائم به حرفيا وتنصيص المجلّة التجاريّة على نفس هذا النشاط لاعتبار القائم به تاجرا يجعلنا نبحث ونتساءل عن مدى خصوصية الحرفي مقارنة بالتاجر طالما يجمعهما نشاط واحد.

و بالتمعّن في الفصل 2 من المجلة التجارية نرى أنه طالما قام شخص بنشاط الإنتاج مع احترام الشروط المنصوص عليها بهذا الفصل يعتبر خاضعا للقانون التجاري.

[9] Mezgheni.N droit commercial : Actes de commerce, Fonds de commerce / centre de publications universitaires , 1999 p.64 à 70.

إلى جانب ذلك نجد الفصول 12و 16 من قانون 2005 المذكور أعلاه يعتبر نشاط الإنتاج نشاط يميّز الحرفي.

بالتالي لا نجد تفرقة أو تمييز بين النشاط التجاري و النشاط الحرفي. إذ كلاهما يقومان على عملية الإنتاج. و بالتالي واستنادا على ذلك لا يمكننا الحديث عن اختلاف الوضع القانوني للحرفي عن الوضع القانوني للتاجر.

و حيث أثيرت هذه المسألة في فقه القضاء التونسي عند تعريف الحرفي إذ لا يقتصر التمتّع بصفة الحرفي على مجموعة من الشّروط المنصوص عليها بالفصول 2 و 12و 16 من قانون 2005 أو من فصول قانون 1983 بالنسبة للأحكام الصادرة قبل 2005 بل يجب أيضا أن يتمثل عمله في القيام بأعمال الإنتاج الواردة بالفصل 2 من المجلة التجارية [10].

حيث اعتبرها فقه القضاء أعمالا تجارية بطبيعتها و تجعل من يقوم بها على وجه الاحتراف تاجرا [11].

و لكن و رغم ذلك لا يمكننا الجزم باعتبار النّشاط الحرفي خاضعا للقانون التجاري مالم نتمعن في بقية ما جاء به الفصل 2 و بقيّة الأنشطة المذكورة في قانون 2005 .

[10] رضا عجرود : تعريف الحرفي ، فقه القضاء التونسي : مذكرة
[11] قرار استئنافي مدني 91/04/18.

## الفرع الثاني: أنشطة الإصلاح والتحويل

لقد ذكر الفصلان 12 و 16 من قانون 2005 أعمال الإصلاح و التحويل كأعمال مميّزة للحرفي.

ويمكننا الوقوف عند كلا النشاطين للتثّبت من مدى تميّز الوضع القانونيّ للحرفي بالاستناد إلى كلّ من نشاط الإصلاح (الفقرة الثانية ) ونشاط التحويل (الفقرة الأولى).

### الفقرة الاولى: نشاط التحويل

لا يوجد تعريف في قانون 2005 المذكور أعلاه لمفهوم عمل التحويل فنجد تعريف هذا المفهوم في المعجم القانوني [12] على أنه « Des actes de modification telle que la transformation de produits »

فيمكن تفسير عملية التحويل بإدخال تغيير على المواد أوليّة كانت أو غيرها. فهل نشاط التحويل يتفرد به الحرفي دون التاجر؟

فبالرجوع الى الفصل 2 من المجلّة التّجاريّة الذي عرض الأنشطة التجارية نجد في فقرته الثانية "صنع المواد المكيّفة و تحويلها" من بين قائمة الأنشطة التي تعد تجارية.

[12] انظر أعلاه7« Cornu(G.) « vocabulaire juridique

فعمل أو نشاط التحويل ليس حكرا على النشاط الحرفي ولا يمكن الجزم بتميز الحرفي به عن غيره من المهن الأخرى.

اذ يؤكد الفصل من المجلة التجارية أن القائم بتحويل المواد تاجرا أي خاضعا للقانون التجاري و يكون نشاط التحويل دليل آخر على عدم تميّز نشاط الحرفي عن ذلك الخاصّ بالتاجر.

و إن أمكن الجزم بذلك في ضوء مقارنة الفصلين 12 و 16 من قانون 2005 بالفصل 2 من المجلة التجارية لا يمكن الإقرار بتطابق الوضع القانوني للحرفي و التّاجر دون الخوض في مسألة نشاط الإصلاح المذكور بالفصلين 12 و 16 من القانون المذكور أعلاه.

## الفقرة الثانية : نشاط الإصلاح

بالتّمعّن في الفصلين 12 و 16 من قانون 2005 نجد المشرع يذكر عمليّة الإصلاح كنشاط خاص بالحرفي فعمليّة الإصلاح تمنح لممارسها صفة الحرفي.

هذا ما أكدته محكمة التعقيب في أحد حيثيات قرارها عدد 57530 "فإن تعاطي المعقب نشاط الإصلاح يبقى أساسا عملا حرفيا يعتمد على المهارة اليدوية وجودة الخدمة المسداة للحرفي"[13].

و لكن هل يقتصر هذا العمل على الحرفي دون التاجر ؟

[13]قرار تعقيبي عدد 57530 الصادر في 15 مارس 2018

بالتأمّل في الفصل 2 من المجلة التجارية لا نجد أثرا لنشاط الإصلاح في القائمة المعروضة في الفقرة الثانية من الفصل و الخاصّة بالأنشطة و الأعمال التّجارية، ممّا يجعلنا نتساءل هل أنّ عمليّة الإصلاح تبقى حكرا على الحرفي و تعدّ معيارا للتميّيز بينه و بين الأنشطة الأخرى و لاسيما النشاط التجاري ؟

بالتمعّن في هذه المسألة نجد أنّه يمكن و بدون أي شكّ ترتيب مسألة أو نشاط الإصلاح في إطار نشاط الإنتاج أو المضاربة المنصوص عليهما بالفصل 2 من المجلة التجارية. خاصة وأن قائمة الأنشطة التجارية المنصوص عليها في الفصل 2 من المجلة التجارية[14] هي قائمة غير حصرية[15].

اذ لا توجد أيّ تفرقة في طبيعة الأعمال الحرفيّة كما جاءت في الفصول 12 و 16 من قانون 2005 و بين الأنشطة التجاريّة في الفصل 2 من المجلة التجارية.

إذ كلا النشاطين هما أعمال للإنتاج و للتحويل ممّا يجعلنا نتسائل هل أن الحرفي يمكن أن يكون تاجرا؟ أي هل أنّ الوضع القانوني للحرفي يمكن أن يتطابق مع ذلك الخاصّ بالتّاجر ؟

[14] M.M. Cheffai » L'artisan et le commercant en droit privé » ( Mélange offert à Sassi Ben Hlima)p. 947et suivantes ).

[15] انظر أعلاه عدد 8

فيكون الحرفي خاضعا للقانون التجاري أو على العكس من ذلك ينفرد الحرفي بكيان وبوجود مستقلّ يميّزه عن التّاجر ؟[16]

وقد طرحت هذه المسألة مرارًا و تكرارً على القضاء التونسي وقد حاول هذا الأخير وفي كلّ مناسبة الإجابة عنها و تقديم حلّ لها و لكن تعدد الأجوبة والحلول المقدّمة من المحاكم التونسية ، بصفة عامّة لا تخول لنا الحديث عن رأي مستقرّ لفقه قضاءنا في هذه المسألة[17].

و غالبا ما قرب فقه القضاء بين الوضع القانوني للحرفي و ذلك الخاصّة بالتاجر ولكن دون اعتبارهما كيانا واحدًا أو متطابقًا خاضعا لنفس القانون أو بالأحرى للقانون التجاري.

و لعلّ مصدر هذا الاختلاف و مصدر اعتبار الحرفي خاضعا للقانون التجاري هو المفهوم المقدم للتاجر في الفصل 2 المجلة التجارية إذ هو مفهوم واسع و شاسع يشمل كلّ الأنشطة الاقتصادية الأخرى و لاسيما تلك الحرفية [18].

و لكن لا يمكن إقرار هذه النتيجة دون التأكد من الشّروط الأخرى المعتمدة في النّشاط الحرفي و الذي تمنح و تكسب صفة الحرفي كما جاء في الفصول 2 و12 و 16 من قانون 2005.

[16] حسان النمشي"الوضعية القانونية للحرفي بعد صدورالقانون عدد 15 لسنة 2005 المؤرخ في 16 فيفري 2005" مذكرة ختم التمرين .الهيئة الوطنية للمحامين (فرع تونس).2006-2007

[17] بتاريخ 13 أفريل1991 أيضا قرار استئنافي عدد 2723 بتاريخ2 فيفري 2017 المحكمة الابتدائية بنابل 1 حكم ابتدائي عدد 21912

[18] N.Ben Ammou : Cours de droit commercial Tunisien, année 2004’-2005 faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.

و يمكننا التأكد من ذلك من خلال البحث في حصر شروط ممارسة الحرفي لنشاطه المنصوص عليها في الفصل 2.

# الجزء الثابت
# حصر شروط ممارسة أنشطة الحرفي

نصت كل من الفصول 2 و12 و16 من قانون 2005 على مجموعة من الشروط التي وجب توفرها لدى الحرفي وهي العمل بصفة مستمرة ورئيسية وعلى وجه الاحتراف أو بحكم العادة وشرط العمل اليدوي. ويمكن تقسيم هذه المعايير الى قسمين: شروط موضوعية (الفرع الأول) و شروط ذاتية (الفرع 2).

## الفرع الاول :الشروط الموضوعية

الشروط الموضوعية هي تلك المتعلقة بالحرفة ككل ولا تتعلق بشخص الحرفي.

اذ نص الفصل 2 من قانون 2005 المنظم لقطاع الحرف على ممارسة النشاط بصفة "رئيسية ومستمرة "( الفقرة الأولى ) وعلى ممارسة النشاط " يدويا "(الفقرة الثانية ).

### الفقرة الاولى : ممارسة النشاط بصفة مستمرة ورئيسية

يعتبر معيار الاستمرارية في ممارسة نشاط الحرفي بالإضافة الى ممارسته بصفة رئيسية معيارا محددا لاكتساب صفة الحرفي وذلك مع توفّر شروط أخرى .

ذلك أن الفصل 2 من قانون 2005 ينص على ما يلي "يشمل قطاع الحرف حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الحرف الصغرى و الصناعات التقليدية التي تمارس من قبل حرفي أو في إطار مؤسسة حرفية حسب التعريف الوارد بالفصلين 12 و 16 من هذا القانون بصفة رئيسة و مستمرة على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتحصّل منها على رّبح ...".

وبالرّجوع إلى مداولات مجلس النوّاب حول مشروع قانون فيفري 2005 [19] نجد في الملحق بالتقرير أجوبة الوزارة على أسئلة مجلس النوّاب حول مشروع القانون المذكور أعلاه.

وفي سياق الرد على طلب اللّجنة مزيد توضيح عبارتي "رئيسية" و"مستمرة" الواردة في السّطر الثاني من الفصل الثاني أجابت الوزارة أنه يقصد برئيسية تفرّغ الحرفي التّام لممارسة نشاطه تأكيدا على الصّبغة المهنيّة و ما تستدعيه من التزامات.

و أمّا عن عبارة "مستمرّة" فتعني ممارسة النشاط الحرفي بصفة منتظمة و مسترسلة. بالتالي للتحصّل على صفة الحرفي يجب إلى جانب توفّر العناصر المذكورة أعلاه [20] قيام هذا الأخير بنشاطه بصفة رئيسية و مسترسلة .

فالطبيعة المهنية للحرفي تملي عليه حسب الفصل 2 تكرار الأنشطة التي يقوم بها و ذلك يضفي على النّشاط طابع الاستمرارية. فحسب الفصل 2 من قانون 2005 لا تمنح الممارسة العرضية والغير المتكررة للأنشطة المذكورة أعلاه «صفة الحرفي "بصفة عامّة و" حرفي الصناعات التقليدية "بصفة خاصّة.

لذا وحتى يتمتع الحرفي بهذه الصفة يجب أن يقوم بأعمال الإنتاج و الإصلاح و التحويل كما ورد في الفصلين 12 و 16 من قانون 2005 وذلك بصفة مستمرّة و دائمة.

[19] انظر الملحق عدد2

[20] انظر أعلاه الفصلين 12 و 16 من قانون 2005 .

و ممارسة الأعمال المذكورة في الفصل 16 بصفة مستمرّة و دائمة للتحصّل على صفة الحرفي تذكرنا بالفصل 2 من المجلة التجارية الذي ينصّ "يعدّ تاجرا بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف ..." و الإحتراف يملي الاستمرار و الديمومة في القيام بالعمل و ينفي كل نشاط عرضي.

و بالتالي نلاحظ أن الوضع القانوني للحرفي يتشابه بل يتطابق في معيار آخر مع التاجر ممّا يجعلنا نتسائل مرّة أخرى هل الحرفي خاضع للقانون التجاري خاصّة أنّه لا شيء بالفصلول2و و12 و16 و لا في بقيّة فصول قانون 2005 بصفة عامة يعتبر الحرفي خاضعا للقانون المدني[21] .

وهذا الرأي تبنته محكمة التعقيب[22] في أحد حيثياتها :"وحيث يترتب عن تكييف النشاط تحديد القانون المنطبق إن كان القانون المدني أو القانون التجاري ذلك أن المشرع لم يضبط قانونا خاصا بالحرفي لأن قانون 16 فيفري ومن قبله قانون 3 ديسمبر 1983 لم يحددا بصفة صريحة وواضحة إن كان نشاط الحرفي نشاطا مدنيا أم تجاريا وهو ما يترك المجال للاجتهاد القضائي حسب واقع وحقيقة النشاط وليكيَف القضاء كل نشاط حالة بحالة".

[21] انظر أعلاه عدد 6.

[22] قرار تعقيبي عدد 25772في 20 جانفي 2016

والى جانب هذين الشرطين الموضوعيين اللذان يخصان ممارسة النشاط الحرفي يوجد شرط موضوعي اخر وهو العمل اليدوي. وهي شروط وجب التثبت منها لمعرفة مدى خصوصية الحرفي مقارنة بالتاجر.

## الفقرة الثانية : ممارسة نشاط يدوي

يحيلنا الفصل 2 من قانون 2005 للرجوع إلى الفصل 12 و 16 من نفس القانون للوقوف على بقيّة الشروط التّي تكسب صفة الحرفي.

حيث بالرّجوع إلى الفصلين المذكورين من القانون أعلاه نجد المعيار اليدوي أي ممارسة الأنشطة المذكورة بطريقة يدويّة. فالحرفي يجب أن يركز نشاطه على العمل اليدوي. فيكون نشاط الحرفي أساسا قائما على العمل اليدوي و في ذلك إشارة إلى اختلاف النّشاط الحرفي عن النشاط الصّناعي أو عن طرق الإنتاج الصناعي بما يوحي به من الاعتماد على الآلات المتطورة و المصنعة.

و هنا يكمن الاختلاف و يمكننا الحديث عن الفرق بين النشاط التجاري و العمل الحرفي إذ هذا الأخير يعتمد على اليد العاملة البسيطة والعمل اليدوي، في حين يعتمد التاجر على الآلات الصناعية.

و هو تعريف الحرفي الذي إعتمده فقه القضاء التونسي للحرفي حيث قبل صدور قانون 1983 الملغى من قبل قانون 2005 جاء في أحد قراراتها 23 :" أنه بالنّظر لعدم وجود نص قانوني مناسب لتحديد الحرفي يتوجب تكييف هذا الأخير بأنّه كلّ عامل مستقلّ يقوم بنفسه و لحسابه الخاص بعمل يدوي".

وجاء في قرار آخر بعد صدور قانون 1983 ما يلي :" و حيث انحصر النزاع بينهما في معرفة ما إذا كان النشاط الذي يمارسه المتمتع بالمكرى هو نشاط تجاري أم أنّه نشاط حرفي يعتمد على البراعة اليدوية"[24].

فيكون إذا العمل اليدوي والبراعة اليدوية معيارا وطبيعة لا تتجزأ من عمل ونشاط الحرفي حسب فقه القضاء التونسي حتّى في غياب تعريف قانوني للحرفي قبل صدور قانون 1983 ثم قانون 2005. حيث تطابق موقف فقه القضاء التونسي بخصوص المعيار اليدوي للنشاط الحرفي مع ما جاء به قانون 1983 المنقح فيما بعد بقانون 2005.

فالطّابع اليدوي يفيد البساطة و عدم الاعتماد على المكننة و على الآلات المتطورة صناعيا و تقنيا و يبقى هذا المعيار جدارًا بين النشاط التجاري والنشاط الحرفي.

اذ للتحصّل و لكسب صفة الحرفي يجب أن يكون العمل أساسا يدويا أي باستعمال آلات صغيرة محدودة ولا يعتمد على المكننة لتحقيق الحدّ الأقصى من الربح و لا يقوم بنشاط

[23] حكم مدني صادر عن محكمة تونس في 9 ماي 1955 ، المجلة التونسية للقانون العام 1955 ملحق فقه القضاء ص 193 رقم3

[24] حكم ابتدائي بتونس عدد 21912بتاريخ 18 أفريل 1954.

المضاربة المنصوص عليه في الفصل 2 من المجلة التجارية و هناك يكمن الاختلاف بين النشاط التجاري و الحرفي.

فالمعيار اليدوي معيار أساسي لاعتبار صاحب النشاط حرفيا وهو ما ورد في القرار التعقيبي عدد 25772 "وحيث يفقد الحرفي الذي يعتمد على البراعة اليدوية صفته ليصبح تاجرا ادا اعتمد نشاطه بصفة رئيسية على الألة من جهة وادا تأسس ربحه على المضاربة من جهة أخرى" 25.

والهدف من هذا المعيار هو منع كلّ أنواع المضاربة في النّشاط الحرفي سواء كانت باستعمال آلات متطورة و مصنعة أو بالمضاربة بالعمّال و لعلّ أفضل دليل على ذلك هو ما جاء بالفصل 13 من قانون 2005 الذّي يحدّد الحدّ الأقصى للحرفيين في إطار مؤسسة حرفيّة الى15 شخص .

وعن سؤال لجنة المداولة في مجلس النواب عن سبب هذا التحديد خاصّة أنّه لا يعتمد خصوصيّات بعض الحرف و لا يلبّي ولا يدعّم التشغيل أجابت الوزارة أن عمليّة التحديد في عدد العملة غير معتمدة في قطاع الصناعات التّقليدية. بالتّالي يمكن أن تشغل المؤسّسة الحرفيّة المختصّة في الصناعات التقليدية أكثر من 15 عامل. أ فليس في اعتماد عدد غير محدد ا من الاجراء بالنّسبة لمؤسّسة الصناعات التقليدية تقاربا مع النّشاط التّجاري ?

[25] قرار تعقيبي عدد.2015. 25772 الصادر في 20-01-2016

إذ يمكن تشغيل عدد غير محدّد من العمّال لهدف واحد و هو تحقيق الربح خاصّة أنّ الفصل 2 ذكر عبارة "لتحقيق الربح".

فعدد العمّال المشغلين في مؤسسة حرفيّة بالنسبة للصّناعات التّقليديّة ليس بالأهمية بمكان أمام الاعتماد أساسا على العمل اليدوي.

فيمكن للحرفي صاحب المؤسّسة الحرفية المختصة في الصّناعات التقليدية أن يشغل عددا لا متناهي من العمّال لغرض تحقيق الربح أي أننا نجده يستعمل المضاربة بالنّسبة للعمّال و حتى إن لم يستعملها بالنّسبة للآلات المتطورة تقنيّا و صناعيّا.

فهو حرّ إذا في تشغيل العدد الذّي يريده من العمّال في مؤسسته. فيكون بذلك الاختلاف محدودا بين التاجر والحرفي في خصوص هذه المسألة اختلافا لا يمكن اعتباره اختلافا في الوضع القانوني لكليهما بل في حجم المكننة و في طرق الإنتاج.

خاصّة أنّ لا شيء يمنع في الفصل 2 من المجلّة التجارية التاجر من القيام بعمل يدوي بل أكثر من ذلك نصت النقطة الثانية من الفقرة الثالثة من هذا الفصل على ما يلي :" كل تحويل للمواد المكيّفة". و لذا لا يمكن الحديث عن اختلاف الوضع القانوني للتاجر عن ذلك الخاصّ بالحرفي و لا على خضوع هذا الأخير إلى قانون غير القانون التجاري بالاعتماد على المعيار اليدوي الذّي نصّ عليه بصفة الفصلين 12 و16 من قانون 2005.

هذا وتوجد شروط أخرى نص عليها الفصل 2 من قانون 2005 وهي شروط ذاتية تخص شخص الحرفي وهي " ممارسة الحرفي لنشاطه على وجه الاحتراف أو على وجه العادة".

وهي شروط وجب التثبت منها قبل الإعلان على تطابق الوضع القانوني للحرفي من عدمه مع التاجر و مدى خضوعه للقانون التجاري من عدمه.

## الفرع الثاني : الشروط الذاتية

يقصد بالشروط الذاتية الشروط المتعلق بشخص الحرفي مثل التكوين المسبق(الفقرة الثانية) أو ممارسة النشاط بحكم العادة (الفقرة الأولى) .

### الفقرة الاولى :ممارسة النشاط الحرفي بحكم العادة

نص الفصل 2 من قانون 2005 على ما يلي : "يشمل قطاع الحرف حسب مفهوم هذا القانون أنشطة الحرف الصغرى و الصناعات التقليدية التي تمارس من قبل حرفي أو في إطار مؤسّسة حرفية حديثة التعريف الوارد بالفصلين 12 و 16 على وجه الاحتراف أو بحكم العادة للتحصّل منها على ربح ...".

و في مداولات مجلس النواب الخاصّة 26بقانون 2005 أجابت الوزارة عن سؤال اللجنة حول مفهوم "حكم العادة" كما يلي : " و يقصد بعبارة بحكم العادة "اكتساب المهارة عن طريق التوارث" ".

فيعتبر حرفيا حسب الفصل 2من قانون 2005 الشخص الذي يتعاطى النشاط الحرفي بحكم الوراثة أي اكتسب خبرة وتجربة بحكم مزاولته لهذا النشاط المتعاطى من قبل أحد أفراد عائلته .

ولا تطرح مسألة "بحكم العادة "أي إشكال بالنسبة للتاجر، إذ لا شيء يمنع التاجر من ممارسة النشاط التجاري عن طريق التوارث و بالتالي لا نجد أن ممارسة النشاط بحكم العادة هي حكر على الحرفي دون التاجر.

فهل ممارسة النشاط الحرفي على وجه الاحتراف أي بوجوب تلقي تكوين مسبق للحرفي يعد حكرا على هذا الأخير دون التاجر ؟ خاصّة أن هذه المسألة تناولها أيضا قانون 1983 الملغى بقانون 2005.

## الفقرة الثانية :ممارسة النشاط الحرفي على وجه الاحيراف

نص الفصل 2 من قانون 2005 على ممارسة الأنشطة الحرفية" على وجه الاحتراف ".

[26]انظر أعلاه عدد17

وفي مداولا ت مجلس النواب المتعلقة بالقانون المذكور كان جواب الوزارة عن المقصود من "على وجه الاحتراف" ممارسة النشاط الحرفي اثر تلقي تكوين مسبق في الاختصاص".

فيجب على الحرفي أن يتعاطى تكوينا مسبقا للتمتّع بهذه الصفة. فالشخص الذي لا يتلقى التكوين المسبق لا يمكن اعتباره حرفيا عدى حالة بحكم العادة رغم توفر كلّ الشروط الأخرى ؟

فالفصل7 من قانون 2005 يجبر الحرفي على تلقّي تكوين مسبق لتعاطي النشاط الحرفي و هو ما نص عليه الفصل 2 من نفس القانون و بالتالي هل يمكن اعتبار الكفاءة المهنية و التلقي المسبق لتكوين معيار يفرق بين التاجر و الحرفي أو حكرا على هذا الأخير ؟

إنه بالتمعّن في الفصل 2 من المجلة التجارية لا نجد أن الكفاءة المهنيّة أو التكوين المسبق مستوجبان في التاجر ليتحصّل على هذه الصبغة و ليخضع للقانون التجاري و هو خلاف لما هو موجود في قانون 2005 الخاص بقطاع الحرف.

و لكن و إن لم ينص الفصل 2 أو غيره من المجلة التجارية على هذا المعيار للتحصّل و لكسب صفة التاجر نجد أن التكوين المسبق و الكفاءة المهنيّة مشروطان في بعض الأنشطة التجاريّة لا سيما عند الوسيط في البورصة الذي يعدّ تاجرا و يجب أن يتحصّل على شهادة علميّة أي أن يتحصل على تكوين مسبق و كفاءة مهنيّة على غرار الصيدلي الذّي يعدّ تاجرا أيضا .

إذن و إن كانت الكفاءة المهنيّة ضروريّة للحرفي فإنّه لا يمكن اعتبارها معيارا أو شرطا خاصا به دون التاجر اذ تكون واجبة وضرورية بالنسبة لعدد من ممارسي النشاط التجاري.

# الخاتمة

إنّ الوضع القانوني للحرفي يمكن أن يتطابق مع ذلك الخاصّ بالتاجر خاصّة أنّه لا يوجد أي نصّ تشريعي يجعل من النّشاط الحرفي خاضعا للقانون المدني أو يعتبر نشاطه مدنيّا و لا يوجد في النّصوص التّشريعيّة سواء كانت المجلّة التّجارية أو قانون 2005 ما يؤيد الوجود المستقلّ للحرفي بالنسبة للتاجر.

ونجد فقه القضاء التونسي يحاول تكييف الحرفي فيعتبره أحيانا تاجرا خاضعا للقانون التجاري وأحيانا أخرى يعتبره خاضعا للقانون المدني. وتتعلق الغالبية الساحقة للقضايا المطروحة امام محاكمنا بخصوص هذه المسألة بأحقية تمتع متسوغ عقار مهني بنظام الأكرية التجارية الخاص بالتجار من عدمه .

والجدير بالذكر أنه برغم من صدور قانون 2005 المنظم لقطاع الحرف فإن المحاكم التونسية ظلت ولاتزال تعتمد وتستنبط تعريفا للحرفي دون الرجوع الى التعريف والشروط المنصوص عليها في القانون الأنف ذكره بل أكثر من ذلك فغالبا ما أنكرت صفة الحرفي على من يقوم بأنشطة الإنتاج والتحويل ولو اعتمد على العمل اليدوي .

وهذا التوجه لمحاكمنا يمكن أن يفسر بأن مشرع 2005 ومن قبله مشرع 1983 لم يحدد مدى خضوع الحرفي للقانون التجاري أو للقانون المدني. بل اكتفى بحصر قطاع

الحرف(الحرف الصغرى والصناعات التقليدية)وتخصيصه بعدد من الامتيازات لمزيد النهوض به.

لذا يكون تدخل المشرع مرة أخرى محمودا لينص صراحة على خضوع الحرفي للقانون المدني أو للقانون التجاري.

# الملاحق

# قائمة الملاحق

ملحق علدد1–قانون عدد 15 لستة 2005 مؤرخ 16 فيفري 2005 .

ملحق عدد 2–مداولات مجلس النواب المنعقدة بتاريخ 25 جانفي 2005.

ملحق عدد3– قرار تعقيبي عدد2018– 59118 بتاريخ 13فيفري 2019

ملحق عدد 4 قرار تعقيبي عدد 56947 بتاريخ 11ديسمبر 2018.

ملحق عدد 5 قرار تعقيبي 5 عدد57530 بتاريخ 15 مارس 2018.

ملحق عدد 6–قرار تعقيبي عدد 2015– 25772 بتاريخ 20 فيفري 2016.

ملحق عدد7 –قرار استئنافي عدد 21912 بتاريخ 13 أفريل 1991

# ملحق عدد 1

# ملحق عدد 2

# ملحق عدد 3

# ملحق عدد 4

# ملحق عدد 5

# ملحق عدد 6

# ملحق عدد 7

# المراجع

## أ_ بالغة العربية


- بشرى النغموشي، "الوجيز في القانون التجاري على ضوء التنقيحات الجديدة" : الطبعة الأولى 2019 مركز التكوين فورمابول .
- حسان النمشي، "الوضعية القانونية للحرفي بعد صدور قانون 16 فيفري 2005 المنظم لقطاع الحرف.مذكرة ختم تمرين في المحاماة .السنة القضائية 2006-2007.
- رضا عجرود ، ماهية الحرفي في فقه القضاء التونسي .مجلة الكترونية " استشارات قانونية" .اوت 2017.


## القوانين والمجلات القانونية :


- مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 15 ديسمبر 1906.
- قانون عدد 15 بتاريخ 16 فيفري 2005 المتعلق بتنظيم قطاع الحرف.
- القانون عدد 106 لسنة 1983 المؤرخ في 03_12_1983 المتعلق بالقانون الأساسي للحرفيين.

## En langue francaise

### Articles


- Bouraoui (F.) « vers un rapprochement du statut de l'artisan et celui du commercant : le cas de la coiffeuse pour dames .R.T .D 1997, p.85 spéc., p.103.
- Chefaii(M.M) « L'artisan et le commerçant en droit privé ». mélanges offert à Sassi ben Halima , » Mouvements du droit contemporain .centre de publication universitaire.


### Cours :


- Ben Ammou (N.), Cours de droit commercial (1) commerçants , actes de commerce), faculté de droit et de sciences politiques de Tunis , année universitaire 2004-2005.


### Ouvrages


- Didier (P.,), droit commercial, (P.) , droit commercial, P.U.F ,1999, collection, thémis, 2ème éd.
- Jauffret (A.), Manuel de droit commercial, 20ème éd, L.G.D.J., 1991.
- Mezghenni (N) « Droit commercial : Actes de commerce, fonds de commerce » .centre de publications universitaires 1999.


### Glossaires


- Cornu(G.) Vocabulaire juridiques , paris P.U.F 5ème èd., 1966.

- Dicodroit, le petit dictionnaire juridique pratique, E.J.E., 2ème éd., 1998.