الفهرس

المقدمة.....1

الجزء الأول: الأسس النظرية لمفهوم الإحتراف في العلاقة التعاقدية.....4

الفقرة الأولى : ملامح مفهوم الإحتراف من خلال النظرية العامة للإلتزامات.....5

أ. الأسس النظرية لتكريس مفهوم المتعاقد المحترف.....5

1. نظرية عيوب الرضاء.....5

2. تأويل النص العام.....9

ب. ملامح مفهوم الإحتراف المستمدة من النظام القانوني لبعض العقود.....12

الفقرة الثانية: ملامح مفهوم الإحتراف من خلال القوانين الخاصة.....15

الجزء الثاني: الآثار المترتبة عن تبني مفهوم الإحتراف.....18

الفقرة الأولى: افتراض سوء النّيّة في المتعاقد المحترف.....18

أ : مدلول سوء النّيّة.....18

1. غموض مدلول سوء النّيّة.....18

2. توضيح مدلول سوء النّيّة.....21

ب. اقتران سوء النّيّة بمفهوم الاحتراف.....22

1. مظهر الاقتران سوء النّيّة بمفهوم الاحتراف.....22

2. أثر إقتران سوء النية بصفة الإحتراف.....26

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن تبني مفهوم الإحتراف في مادة الإثبات.....29

أ. تأثير صفة الاحتراف في عبء الإثبات.....29

ب. تأثير صفة الاحتراف في وسائل الإثبات.....35

الخاتمة.....41

المقدمة

لقد نظّم المشرّع العلاقات التّعاقديّة عامّة[1] وخصّ علاقة الأطراف غير المتكافئة بنظام متميّز[2] فيه توجّه حمائي واضح لإرادة الطّرف الضّعيف في العقد، فحمّل الطّرف المُعتبر أقوى تعاقديّا - التزامات إضافيّة[3] يرتّب الإخلال بها جزاءات متعدّدة تتراوح بين الرّدع[4] والتّشديد[5].

و من هذه الالتزامات مثلا، ما يتحمّله أحد المتعاقدين تجاه معاقده من واجب تنوير إرادته وإحاطته علما بما يتعلّق بالعقد المقرّر إبرامه خاصّة إن توفّرت فيه صفة الاحتراف.

لكن مفهوم الإحتراف كمؤسسة عقدية لم يتم تعريفها من قبل المشرع بصورة دقيقة وواضحة.

---

[1] انظر خاصّة الفصل 242 من م.ا.ع.

[2] نائلة بن مسعود، واجب الإعلام في العقود، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، 2009، العنوان الثّاني، ص 87 وما يليها.

[3] انظر على سبيل الذّكر : الفصل 243 من م.ا.ع.

[4] نائلة بن مسعود ، المرجع السابق، العنوان الثّاني من الجزء الثّاني من الأطروحة، ص 237 وما يليها.

[5] انظر خاصّة الفصل 673 م.ا.ع.

و لكن عدم تولّي المشرّع تعريفه وتحديد مدلوله، موقف لا يدعو للاستغراب أو لاستبعاده وعدم توقّعه، فقد كان هذا موقف المشرّع إزاء العديد من المفاهيم رغم أهمّيتها وكثرة تداولها[6]، ويكفي التّذكير في هذا الخصوص بانعدام تعريف للعقد رغم أهميته، وكذلك انعدام تعريف الإعلام، رغم إدراك المشرّع مدى احتياجه في الحياة القانونيّة عامّة[7] .

وقد كان لمفهوم الاحتراف نفس المآل، إذ لم يحض بتعريف المشرّع له، رغم اعتماده وتكريسه والتّذكير بوجوب توفّره كصفة ضروريّة لاكتساب الشخص صفة المحترف بوجه عامّ أو التّاجر بوجه خاصّ[8].

يقصد لغويا[9] من فعل احترف ، اتّخذ حرفة فهو محترف، والحرّيف الّذي فيه حرافة، ويقال فلان حرّيف في كذا أي ذو حِذق وبصر، والحرفة : وسيلة الكسب من زراعة وصناعة وتجارة وغيرها ويقال حرفته أن يفعل كذا أي دأبه وديدنه.

في هذا الإطار حاول الفقه توضيح مفهوم الاحتراف وذلك باعتماد العناصر المكونة له و التي يعد توفرها أمرا لاغنى عنه لتحقّق صفة الاحتراف، من ذلك مثلا عنصرالتّعوّد الذي أتفق على إعتباره من أبرز العناصر الضّروريّة لتوفّر هذه الصّفة ولاكتساب الشّخص صفة التّاجر. [10]

---

[6] - MIALON (M.F.), Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil, Rev.trim.dt.civ., J.C.P. 1973, p. 36 et s.

[6] انظر :

- SAVATIER (R.), Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, 1972, chron. 23, p. 137 et s.

[6] انظر :

- CORNU (G.), Rev. trim..dt.civ. 1972, p. 418, n° 5 (du devoir de conseil).

[7] نائلة بن مسعود، المرجع السابق، المقدّمة، ص 3 وما بعدها.

[8] انظر الفصل 2 من المجلّة التجاريّة "يُعدّ تاجرا كل شخص اتّخذ له حرفة... ويُعدّ تاجرا بالخصوص كلّ من يباشر على وجه الاحتراف...".

[9] مجمع اللّغة العربيّة، المعجم الوسيط، الجزء الأوّل، إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة (غير موجود).

[10] انظر مثلا :

- IVAINER (T.), De l'ordre technique à l'ordre technologique, Semaine juridique, Doctrine, 1972, p. 2495.

« … Si l'on en croit la sagesse populaire, une hirondelle ne fait pas le printemps et une fois n'est pas coutume, mais il est vrai que bis repetita… . C'est en tout cas l'opinion de la Cour de cassation : « deux opérations de promotion confèrent la qualité de professionnel », La chambre criminelle l'avait déjà admis dans une autre matière ».

وكذلك : الإمام أبو عبد الله التّاودي، على هامش كتاب البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي دار الفكر و الطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، 1991. الجزء 2، ص 37، إذ أقرّ دور صفة الاحتراف في تأكيد عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة وبرّر مآخذة المتعاقد المحترف لإخلاله بالإعلام وذلك "لتحرّفه بذلك واعتياده عليه...".

ولقد ذهب بعض الفقهاء في هذا السياق إلى إعتبار أن أحد أطراف العقد يكون في إطار علاقة تعاقديّة غير متكافئة مخلا بواجب الإعلام (مثلا)إذا توفّرت فيه صفة الاحتراف ، التي تعني تفاوت المراكز العقديّة، فيكون أحد المتعاقدين متفوّقا على الآخر من حيث علمه ومعرفته ببيانات يجهلها معاقده، ومن حيث تقديره لمدى أهمّية تلك البيانات وتأثيرها في رضاء معاقده. [11] وفي هذا الإطار "لا يكفي لقيام الالتزام بالافضاء بالبيانات اللاّزمة لإبرام العقد أن يكون الدّائن جاهلا لهذه البيانات جهلا مشروعا..." بل يجب توفّر أمرين وهما من ناحية علم المدين بالبيانات المطلوبة وبتأثيرها على رضاء الطّرف الآخر، ومن ناحية أخرى التزام المدين بالاستعلام والتحرّي عن البيانات من أجل الإفضاء بها للدّائن".[12]

وما يمكن ملاحظته استنادا إلى هذا الرّأي، أنّ الحديث عن الإخلال بالإعلام المحمول على الطرف المحترف في إطار عقد غير متكافئ الأطراف، يستوجب بالضّرورة توفّر شرط أساسي و هو علم المدين أو إمكانيّة علمه ببيانات هو أهل بتقدير مدى أهمّيتها بالنّسبة لمعاقده، إذ أنّ هذا الشرط لا يُتصوّر توفّره إلاّ في شخص محترف في جانبه قرينة العلم، وعلى عاتقه مسؤوليّة أكثر ثقلا من تلك الّتي يتحمّلها متعاقد غير محترف.

إنّ اعتماد صفة الاحتراف لافتراض العلم في جانب أحد المتعاقديْن وتحميله التزاما بالإعلام تجاه معاقده يبرز كشرط لتبرير الإخلال بالإعلام من قبل المدين المحترف. ولا مفرّ من التّذكير في هذا المجال أنّ تكريس المشرّع لصفة الاحتراف وتعزيز الفقه له، يوضّح الأساس الّذي يقوم عليه هذا التّكريس والمتمثّل خاصّة في تفاوت المراكز العقديّة بين الطّرفين حيث يكون أحدهما هو الأقوى في العقد، بينما يكون الآخر إمّا مُذْعنا له أو متأثّرا بإرادته، الأمر الّذي يبرّر تدخّل المشرّع لتنظيم العقود الّتي تجمع بين أطراف غير متساوية بفرض جملة من المبادئ العامّة[13] تتفرّع عنها مبادئ أخرى ومفاهيم[14] تعتبر روافد لها تدعمها تارة وتنفصل عنها طورا لتقوم بوظيفتها بأكثر نجاعة.

ولعلّ طبيعة معاملة المتعاقد المحترف وما تتميّز به من تشدّد[15] يبرّر ما إقترحه بعض الفقهاء[16] بتعجيل المشرّع بالتّدخّل وتوضيح مدلول العديد من المفاهيم الّتي بقيت على الرّغم من أهمّيتها، دون تعريف.

---

[11] نزيه محمّد الصّادق المهدي، الالتزام ما قبل التّعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلّقة بالعقد، ص 239 وص 241.

[12] نفس المرجع السابق.

[13] نخصّ بالذّكر مبدإ حسن النّيّة، ومبدإ العدل والإنصاف، وعدم الإثراء دون سبب وغيرها من المبادئ العامّة الّتي لا تقوم العقود بدونها.

[14] مثل واجب الإعلام. إنظر في هذا الصدد : نائلة بن مسعود ، المرجع السابق ، ص 20 وما يليها.

[15] نفس المرجع السابق.

[16] انظر مثلا :

ولئن وقع عادة تبرير تدخّل المشرّع لتنظيم العقود بمفهوم النّظام العامّ الاقتصادي الحمائي[17]، فإنّ تكريس مفهوم الإحتراف و ما يترتب عنه من آثار يجد أكثر من تبرير له، و لعلّ من أهمّها ما أسند له من وظائف متعدّدة أبرزها سعيه إلى تفادي اختلال العقد وعمله على إرجاع توازنه[18]، وهي وظيفة تبرز أحد أوجه الحماية الّتي يحقّقها مثلا تكريس مفهوم الإعلام من خلال اعتماد صفة الاحتراف إضافة إلى ما عكسه فقه القضاء من تجلّيات لتكريس هذه الصّفة وإبراز صور الإخلال بالإعلام في علاقة أطرافها غير متساوية.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ فقه القضاء[19] قد أقرّ هذا الموقف التّشريعي واجتهد في تقدير الإخلال بالإلتزامات الخاصة المحمولة على المتعاقد المحترف مؤسّسا أحكامه وقراراته على ثبوت صفة الاحتراف لدى أحد المتعاقديْن وغيابها لدى الآخر.

و يتبين من خلال التوجه التشريعي و الفقهي و الفقه قضائي أن مفهوم "المتعاقد المحترف" بدأ يتبلور شيئا فشيئا و تتضح معالمه و تتكون أركانه من خلال إرادة فقهية و فقه قضائية ترمي إلى نحت مفهوم قانوني متأصل داخل المنظومة التشريعية (الجزء الأول) و الذي سوف يفضي إلى ترتيب آثار معينة موضوعية و إجرائية (الجزء الثاني)

الجزء الأول: الأسس النظرية لمفهوم الإحتراف في العلاقة التعاقدية

لقد بين المشرّع في عديد المناسبات[20] أخذه بعين الاعتبار لعدم تكافئ الأطراف المتعاقدة واعتبر عدم المساواة بينها في العلم والمعرفة من الأسباب الّتي تبرّر تبنّي مفهوم الإحتراف في العلاقات العقديّة و الذي يفرز واجبات خاصة و إضافية محمولة على المتعاقد المحترف كواجب الإعلام مثلا.

- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C. : Exemple la garantie des dommages à l'ouvrage, Livre du Centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.P.U. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006.

[17] انظر ما ذكره في هذا الخصوص الفقيه نزيه محمّد الصّادق، الالتزام قبل التّعاقدي بالإدلاء...، مرجع سابق، ص 225 وما بعدها.

[18] انظر : - GHESTIN (J.), Les obligations , 1980, op. cit., p. 429 et s.

[19] انظر الجزء الثاني من المذكرة

[20] انظر على سبيل المثال :

– قانون عدد 22 لسنة 91 مؤرّخ في 1991/3/25 يتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها

– قانون عدد 24 لسنة 92 مؤرّخ في 1992/3/19 يتعلّق بإصدار مجلّة التّأمين

– أمر عدد 1155 لسنة 93 مؤرّخ في 1993/5/17 يتعلّق بمجلّة واجبات الطّبيب

ويتجلّى عدم التّكافئ بين المتعاقديْن من خلال خصوصيّة العلاقة الّتي تربط بين متعاقد محترف وآخر غير محترف، وهي خصوصيّة تنطلق أساسا من تحديد مفهوم الإحتراف الذي يظل مفهوما غامضا و مبهما. [21]

و رغم الغموض الذي يحوم حول هذا المفهوم القانوني، لم يمنع الباحثين و فقهاء القانون من محاولة تحديد ملامحه القانونية و إعطائه كنها يستند إلى معطيات تشريعية و تطبيقية فرضها واقع المعاملات.

و في هذا الإطار يمكن تمييز المتعاقد المحترف عن غيره من المتعاقدين غير المحترفين بناء على فهم دقيق لمعنى كلمة "إحتراف" و الذي يبرز على مستويين، يُعنى الأوّل بتحديد ملامح مفهوم الإحتراف من خلال النظرية العامة للإلتزامات[22] **(الفقرة الأولى)** بينما يعالج الثّاني ملامح المفهوم من خلال النصوص الخاصة **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى : ملامح مفهوم الإحتراف من خلال النظرية العامة للإلتزامات

لقد ذهب كثير من الفقهاء[23] إلى إعتبار أن مفهوم الإحتراف يجد أساسه في النظرية العامة للإلتزامات، ليس فقط من خلال الأسس النظرية التي إنطوت عليها مجلة الإلتزامات و العقود (أ) بل كذلك من خلال النظام القانوني لبعض العقود (ب).

ت. الأسس النظرية لتكريس مفهوم المتعاقد المحترف

يبدو مفهوم الإحتراف في إطار العلاقة التعاقدية جليا من خلال المبادئ و الأحكام الواردة بمجلة الإلتزامات و العقود.

و لعل نظريّة عيوب الرّضاء تبدو في ظاهرها – عند قسم من الفقهاء – من أبرز النّظريّات القانونيّة القادرة على تأسيس مفهوم الإحتراف وبنائه، فهي الأكثر استعدادا منذ الوهلة الأولى لتأسيس هذا المفهوم (1) بينما يرى آخرون أن مفهوم الإحتراف يمكن تأسيسه من خلال المبادئ العامة للقانون (ب).

3. نظرية عيوب الرضاء

– قانون عدد 83 لسند 2000 المؤرّخ في 2000/8/09 يتعلّق بالتّجارة الإلكترونيّة

[21] نظرا للصمت التشريعي إزاء هذا المفهوم القانوني.

[22] فدوى القهواجي، البائع المحترف من خلال فقه قضاء محكمة التّعقيب، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2002–2003 ، ص 105

[23] نائلة بن مسعود، الأطروحة، مرجع سابق، ص 211

إن المتمعّن في الأحكام المنظّمة لعيوب الرّضاء يستنتج موقفا مرنا للمشرّع يمكّن من الوقوف على تعدّد الأهداف المنشودة من صياغة وتنظيم نظريّة بأكملها تتعلّق بعيوب الرّضاء.

فإضافة إلى توجه المشرّع نحوحماية الإرادة، فإنّه وضع أمام هذه النّظريّة هدفا أساسيّا لابدّ من تحقيقه يتمثّل في إصباغ العلاقات العقديّة بأخلاقيّات معيّنة[24] لا يمكن الارتقاء إليها إلاّ بترك المتعاقد استغلال معاقده والانتفاع على حسابه وذلك خاصّة بإخفاء عنه بيانات معيّنة تهمّه معرفتها ولها تأثيرها في تقرير إقدامه على التّعاقد من عدمه.

في هذا الخضم أول ما نلاحظه أنه من ضمن الأسباب التي تعيب الرضاء هو الغلط، الذي يعرف بكونه حالة تقوم بالنّفس تحمل على توهّم غير الواقع[25]، فهو تصوّر مخطئ من أحد المتعاقدين لعنصر من عناصر العقد[26]. وتعريف الغلط على هذا النّحو يمكّننا من استنتاج وجود حالات للغلط على أساسها يطالب المتعاقد بإبطال العقد. وتُجمع جلّ التّشاريع على تحديد حالات الغلط المفسد للرّضاء[27].

وقد أكّد الأستاذ محمّد الزّين في هذا الخصوص على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار "متطلّبات المصلحة العامّة والعدالة العقديّة" وعدم الوقوف "عند مقاصد المشرّع لعام 1906"، ووجوب البحث عن «أساس العقد ومفهومه باعتبار جميع التّطوّرات الّتي لحقت القانون والمجتمع منذ ذلك التّاريخ»[28] ويُعتبر هذا الموقف تعزيز لاعتماد مفهوم الإحتراف كمفهوم قانوني يكمّل نقائص مفهوم الغلط من خلال عبء الإثبات الّذي يتحمّله المتعاقد الّذي يدّعي وقوعه في الغلط، ويمثّل إلقاء عبء الإثبات على المتعاقد الواقع في الغلط حِمْلا تصعب إزاحته لتعلّق الأمر بالجانب النّفساني للمتعاقد، إذ يصعب إثبات أمر باطني يتمثّل في التّصوّر الّذي رسمه المتعاقد في ذهنه ثمّ اكتشف مخالفته للواقع.

في هذا الإطار كان تقنين التّشريع التّونسي للفصل 56 م.ا.ع. – خلافا لنظيره الفرنسي– واضح و غير متردد، إذ تضمن النص عبارتي «مخاتلات وكنايات»، بالإضافة إلى تكريس نفس هذا المفهوم في مختلف النّصوص القانونيّة و المتعلقة بمفهوم الإعلام، مما حدا بالبعض إلى «اعتبار الكتمان تغرير يعني

---

[24] انظر :

- GESTIN (J.), Le contrat, la formation, 2ème éd., L.G.D.J. Paris 1988.

[25] محمّد الزّين، العقد، المرجع السّابق، ص 134.

[26] انظر :

- GHESTIN (J.), La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J. Paris 2ème éd., 1971.

[27] باستثناء حالة الغبن إذ أنّه يشكّل عيبا قائما بذاته في بعض التّشاريع ولا يكون كذلك في بعض التّشاريع الأخرى إلاّ إذا كان مصاحبا بتغرير أو واقعا على قاصر أو صغير السنّ كما الشّأن بالنّسبة للتّشريع التّونسي.

[28] محمّد الزّين، العقد، المرجع السّابق، ص 51.

في الحقيقة أنّ المشرّع التّونسي يضع على كاهل المتعاقد واجب إعلام المتعاقد معه ومصارحته بخصوصيّات الشّيء المعقود عليه وخاصّة منها السّلبيّة الّتي قد تؤثّر على الرّضاء».[29]

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ المشرّع التّونسي لم ينفرد بموقفه هذا من مفهوم الإعلام واعتباره حالة من حالات تعيّب الإرادة بل أنّه لاقى تجاوبا لدى تشاريع الدّول العربيّة الّتي أقرّت بتكريس مفهوم الإعلام في العلاقات التّعاقديّة الخاصة واعتبار الكتمان أو السّكوت أو الكذب إخلالا بهذا المفهوم[30].

ولعلّ واجب الاعلام بما يحمله من جزاء إزاء إخلالات عبر السكوت و الكتمان هو أهم ما يميز مفهوم الإحتراف في العلاقات التعاقدية و الذي قد يحيلنا إلى حد ما لمفهوم الإستغلال اللامشروع و المتعمد من طرف متعاقد محترف لمعاقده غيرالمحترف.

في إطار ما تقدم عرف أحد الفقهاء الإستغلال بأنه «نظام قانوني مراده أن يعمد شخص إلى أن يستفيد من ناحية من نواحي الضّعف الإنساني يتلمسها في الآخر كحاجة ملحّة تتحكّم فيه أو طيش بيّن يتّسم به أو هوى جامح يتملّكه أو خشية تأديبيّة تسيطر عليه، فيجعله يبرم عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهض بين أخذه منه وعطائه له»[31].

ويتّضح من خلال هذا التّعريف لمفهوم الاستغلال، أنّه عملٌ ينمّ عن نيّة القائم به في أخذ من معاقده أكثر ممّا يعطيه بشكل يصبح معه العقد تجسيما لاختلال توازن المعاملات، وهذا الإختلال الاقتصادي أو المالي للعقد يجعل من أحدهما مُثريا ومن الآخر مغبونا[32].

و بناء على ما تقدم نلاحظ أن الاستغلال يقرب بدرجة كبيرة من مؤسّسة الغبن الّتي نظّمها المشرّع بأحكام الفصل 60 والفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود، إلاّ أنّ استنتاج نيّة الاستغلال لدى المعاقد من سكوته عن أمر معيّن يبقى مجرّد افتراض قد يُعزّز وقد يُدحض، الأمر الّذي جعل المشرّع لا يقبل بصدر رحب مؤسّسة الغبن ولم يجعله عيبا مبطلا للعقد في كلّ الحالات.

---

[29] محمّد الزّين، النّظريّة العامّة للالتزامات، العقد، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1997، ص 148.

[30] إذ نصّ القانون المصري (المادّة 126 /1) على الأخذ بالكتمان كحالة من حالات التّغرير وقد أيّده في ذلك الفقه المعاصر باعتبار الكتمان تغريرا إذا كان من وقع منه الكتمان ملتزما بمقتضى القانون أو حسن النيّة أو الاتّفاق «بتقديم توضيحات معيّنة متعلّقة بموضوع التّصرّف» أنظر جميل الشّرقاوي، النّظريّة العامّة للالتزام، الكتاب الأوّل، مصادر الإلتزام 1981، ص 135.

[31] عبد الفتّاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، 1984 ، ص 376 وما بعدها.

[32] ولعلّ ما يؤكّد أيضا أنّ نظريّة عيوب الرّضاء هي فعلا مؤسّسة فخّ هو قدرتها على استدراج المفاهيم المتقاربة وسحبها إليها فأنشأت علاقة بين مفهوميْ الاستغلال والغبن لتزيد في عدد عناصرها فتتكاثر مكوّناتها وتتأكّد بذلك شموليّتها.

في هذا الإطار ينصّ الفصل 60 م.ا.ع. أنّ الغبن لا يفسخ العقد إلاّ إذا تسبّب عن تغرير العاقد الآخر أو من نائبه أو ممّن نابه في العقد عدا ما استُثني بالفصل 61 م.ا.ع.، وبذلك يتبيّن أنّ المشرّع يعتبرالغبن سببا لإبطال العقد، إلاّ أنّه ليس سببا قائما بذاته بل يجب أن يكون مصاحَبا بتغرير حتّى يتمكّن المغبون من المطالبة بإبطال العقد.

ويتّضح اعتمادا على الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ المشرّع يرفض بصفة واضحة اعتماد الغبن كعيب قائم بذاته يبطل به العقد، الأمر الّذي يعسر معه تأسيس مفهوم الاستغلال على الأحكام المنظّمة للغبن خاصّة وأنّ هذا الرّفض هو رفض مبدئيّ يستمدّ جذوره من مصادر متنوّعة حصرها البعض[33] في ثلاث وأوردها مرتّبة حسب درجة تأثيرها في التّشريع التّونسي.

أما الفصل 61 م.ا.ع. فاعتبرأنّ «الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهليّة التّصرّف ولو كان العقد بحضرة وليّه أو من هو لنظره على الصّورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر، والغبن في هاته الصّورة هو ما كان الفرق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثّلث». وبتنصيص المشرّع على الغبن بالفصل 61 على هذا النّحو يكون قد قيّد قيام الغبن بشروط لابدّ من توفّرها حتى يُرتّب الغبنُ آثاره.

وجدير بالذّكر أنّ تنظيم المشرّع لمؤسّسة الغبن بهذه الكيفيّة من جهة وحرصه على حماية إرادة المتعاقد من جهة أخرى، قد شدّ انتباه البعض من الفقهاء[34] وأثار التّساؤل عن مدى تكريس المشرّع لنظريّة موضوعيّة لعيوب الرّضاء تقبل التّوسيع والإثراء، وعن مدى تخلّيه عن نظريّة ضيّقة لهذه العيوب ينحصر ميدانها في الحالات الثّلاثة الّتي ذكرها الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود.

و حيث يؤكّد البعض من رجال القانون[35] على توجّه المشرّع التّونسي نحو الأخذ بمفهوم موسّع لنظريّة عيوب الرّضاء غايته إسناد دور اجتماعي للالتزامات ينسجم مع المفهوم الموضوعي المكرّس بمجلة الالتزامات والعقود، وذهب البعض الآخر[36] أيضا إلى القول بضرورة التّوسيع في مفهوم التّغرير كعيب من

---

[33] محمّد بقبق، م الأطروحة، مرجع سابق، ص 195 وما بعدها.

[34]

- KNENI (Y), La lésion est-elle une entité juridique autonome ? R.T.D. 1978, 1, p. 41.

[35] محمّد بقبق، الأطروحة ، مرجع سابق، ص 196.

[36] علي رجب، التّغرير في إبرام العقود، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة – قانون خاص، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1990، ص 44 وما يليها.

عيوب الرّضاء وتبرير ذلك التّوسيع وشرح أسبابه، وذلك لتحقيق حماية ناجعة من خلال توظيف نظريّة عيوب الرّضاء توظيفا إيجابيّا.

لكن التبرير الذي قدمه بعض الفقهاء قد يدفع عند البعض الآخر إلى إمكانيّة الوقوع في "فخّ هذه النظريّة" واعتبارها كأساس ناجع لمفهوم الإحتراف خاصّة وأنّ الأخذ بمقاصد الفصلين 60 و61 م.إ.ع. يتضمّن إمكانيّة اعتماد الغبن كوجه من أوجه الإخلال بمفهوم الإعلام واستغلال أحد المتعاقدين للآخر، وهو تأكيد يزيد في إبراز نقائص هذه الأسس المعتمدة

إنّ أهمّية الرّجوع إلى أحكام الفصل 43 من مجلّة الالتزامات والعقود لا تتحقّق إذا ما اقتصر النّظر إليه بمعزل عن غيره من الفصول الواردة بنفس المجلّة وعن المبادئ العامّة الّتي تقوم عليها نظريّة الالتزامات.

وإذ يبدو الهدف من تقنين الفصل 43 من مجلّة الالتزامات والعقود ومن تبنّي أحكامه واضحا يتمثّل في حماية إرادة المتعاقد المعتبر ضعيفا في العقد إزاء المتعاقد القوي أو المحترف، فالمشرّع قد سعى من خلال إرساء أحكامه إلى الحصول على تصريح سليم للرّضاء خال من كلّ عيب {غلط أو تغرير أو إكراه,

لكن نظرية عيوب الرضاء لاقت نقدا شديدا من بعض الفقهاء[37] معتبرة أنها غير قادرة على إستيعاب مفهوم الإحتراف مما جعل البعض يلتجئ إلى تأويل النص العام تأويلا يمكنه من إستيعاب هذا المفهوم بما هو قيمة أخلاقية قبل أن يكون مؤسسة قانونية.

4. تأويل النص العام

يبرز تأسيس مفهوم الإحتراف في العلاقات العقديّة عن طريق تأويل النصّ القانوني من خلال العلاقة الموجودة بين أحكام الفصل 243 من مجلّة الالتزامات والعقود وقواعد التّفسير، والّتي اعتبرها البعض "علاقة تناغم، تتأكّد من خلالها الرّؤية الاجتماعيّة للعقد والّتي صاغتها مجلّة الالتزامات والعقود في أحكام "توجّه نحو تطبيق الأمانة وحسن النيّة والإنصاف".[38]

وقد نصّ الفصل 243 م.ا.ع. على هذه المبادئ مؤكّدا أنّه "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط بل يلزم كلّ ما ترتّب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف

---

[37] نائلة بن مسعود، الأطروحة، مرجع سابق، ص 267.

[38] سامي الجربي، تفسير العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، مركز النّشر الجامعي، 1999 ص 613.

حسب طبيعته". فهذا الفصل – وهو نظير الفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية – [39] قد تضمّن أهمّ المبادئ الّتي تقوم عليها العلاقة التعاقدية، وأضفى على التّشريع طابع المرونة والتّطوّر، ومنح الفقهاء[40] فرصة التدخّل وإثراء المادّة القانونيّة، فكان أساسا قانونيّا لعدّة التزامات لم تصرّح بها إرادة الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد ولكنّها على غاية من الأهمّية في قيام الالتزام المصرّح به.

في هذا الإطار أرسى القضاء[41] جملة من الالتزامات اعتبرها متفرّعة بالضّرورة عن الالتزام الأصلي للأطراف كالالتزام بالإرشاد والإعلام، والالتزام بتحقيق نتيجة مستندا في ذلك على عبارات الفصل 243 م.إ.ع.

إنّ اعتبار تكريس الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود لمفهوم الإحتراف بإعمال التّأويل مردّه غياب التّنصيص لفظا على هذا المفهوم إذ أنّ قراءة أوّليّة لهذا الفصل لا تمكّن من استنتاج وجود هذا المفهوم ضمن الفصل 243 م.ا.ع. إلاّ أنّ اعتماد التّأويل وتفسير عبارات الفصل وفهمه دون عزله عن الفلسفة التّشريعيّة العامّة في مادّة الالتزامات والعقود، يُمكّن من الكشف عن التزامات ضمنيّة متفرّعة عن الالتزامات المضمّنة صراحة بالعقد.

فبالإضافة إلى ما توحي به عبارة الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة من ابتعاد عن الغشّ والاستغلال[42] والإثراء على حساب الغير[43]، فإنّ الوفاء بالالتزامات حسبما يقتضيه القانون أوالعرف أوالإنصاف يؤكّد الحضور المستمرّ لمفهوم الإحتراف في العلاقات التّعاقديّة.

---

[39] الفصل 1135 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة يتضمّن نفس معنى الفصل 243 م.ا.ع. وقد اعتبره الفقه الفرنسي أساس التّفسير الموضوعي، انظر مثلا :

- GHESTIN – BILLIAU et JAMIN, Traité de droit civil ; le contrat ; les effets, L.G.D.J., 1994.

[40] انظر مثلا : حسين بن سليمة، حُسن النيّة في تنفيذ العقد، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة تونس، 1985–1986.

- DENIS (Ph.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge, in travaux de l'association H. Capitant, T. XL III, Litec, 1992, p. 61.

- CRUNING (D.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport louisianais, in travaux de l'association H. Capitant, T. XL III, Litec, 1992, p. 155.

- LEFEBVRE (B.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport canadien, (Association H. Capitant, op. cit.), p. 85.

[41] انظر مثلا : قرار تعقيبي مدني عدد 2490 مؤرّخ في 6 فيفري 1979، ن.م.ت. 1979، ص 61. تعليق يوسف الكناني، المجلّة القانونيّة التونسيّة، 1981، ص 401.

[42] أحمد حسن البرعي، نظريّة الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، العقد، ص 126.

[43] انظر :

- FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, L.G.D.J., Paris 1992.

ولا مناص من الإقتناع أنّ كلّ هذه المبادئ تقتضي حتما على الطرف المحترف إعلام امعاقده بالبيانات والتّصريحات الّتي من شأنها أن تؤثّر سلبا أو إيجابا على إرادته. والتّعامل بنزاهة وبحسن نيّة يفترض ألاّ يخفي أحد المتعاقدين عن الآخر أمرا يقدّر أهمّية في مدى إقدام أو إمساك الطّرف الآخر على التّعاقد[44]. كما أنّ التّوق إلى تحقيق العدل والإنصاف واجتناب الإثراء غير المسبّب وعدم التّكافئ في الالتزامات يفرض على القاضي إعمال سلطته التّقديريّة في تأويل النّصوص القانونيّة وإيجاد مفهوم قانوني أساسه ومنبعه تلك المبادئ العامّة المكرّسة تشريعا[45] وقضاءً[46] ينطلق منها ولا يظلّ حبيسا لها، بل يستقلّ عنها ليصنع حياته الخاصّة وينحت هيكله فيكون مفهوما مستقلاّ بذاته قادرا على حماية إرادة المتعاقد إن تعيّبت، وعلى إرجاع توازن العقد إن اختلّ، وعلى تحقيق استقرار المعاملات إن افتُقِد، وهذا المفهوم المتمثّل في الالتزام بالإعلام أبرز التّعامل مع النّصوص التشريعيّة والوقوف على الأعمال القضائيّة مدى تكريسه لأهمّيته في الحياة العمليّة.

كما تفسح كلّ من عبارة "العُرف" و"الإنصاف" المجال للحديث عن تكريس مفهوم الإحتراف الذي من شأنه أن يثقل كاهل الطرف المتصف به بواجبات خاصة مثل واجب إحاطة المعاقد علما و ثقافة بما يجعله يبرم عقد ما بإرادة واضحة و سليمة، وخاصّة الضّعيف منهم –من جهة– والسّعي إلى تحقيق قدرا من التّكافؤ في العقود –من جهة أخرى–. وهذه الالتزامات الضّمنية تُراعى فيها مصالح الأطراف باختلافها وتفاوتها وتُفْرض عليهم رغم أنّها لم تكن في الحسبان عند إقدامهم على إبرام العقد.

وقد ذهبت محكمة التّعقيب في قرارها الصّادر في 1994/4/28 المتعلّق بإمكانيّة تعديل الشّرط التّغريمي إلى اعتبار أنّ هذا الشّرط "ولئن كان ثمرة اتّفاق بين الطّرفين فإنّه ينبغي أن لا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وأن لا ينقلب أداة لتكريس هيمنة الطّرف الأقوى في العقد على الجانب الضّعيف فيه..."[47].

وإذ يتبيّن من موقف محكمة التّعقيب في هذا القرار أنّ تكريسها لمبدإ العدل والإنصاف قد ورد صريحا لفظا ومعنى، فإنّ اعتمادها "لمفهوم الإحتراف" لا يمكن الجزم به إلاّ بتأويل هذين المصطلحين باعتبار أنّ كلاّ من "العدل" و"الإنصاف" يرتّب التزامات ضمنيّة تدعم الالتزامات الأصليّة الّتي قصدها

---

[44] انظر على سبيل المثال الفصل 640 م.ا.ع. وكذلك الفصل 672 من نفس المجلّة.

[45] انظر مثلا : الفصل 242 م.ا.ع. وكذلك الفصل 71 وما بعهده والفصل 103 من نفس المجلّة.

[46] انظر على سبيل الذّكر : القرار التّعقيبي المدني عدد 31607 ، المؤرّخ في 20 جوان 1994.

[47] نذير بن عمّو، الشّرط الجزائي بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان، تعليق على القرار عدد 42624 المؤرّخ في 28 أفريل 1994، المجلّة القانونيّة التّونسيّة لسنة 1996، ص 245 إلى 248.

الأطراف عند إبرام العقد، فلا يمكن أن تتحقّق العدالة العقديّة بل لا يمكن للعقد ذاته أن يكون منصفا يضمن تكافؤ التزامات الأطراف المتعاقدة، إلاّ إذا توفّرت فيه ركائز معيّنة تعرب عن حسن نيّة المتعاقد إزاء معاقده وذلك خاصّة باستيعاب مبدإ التّعاون بين طرفي العقد و تحميل الطرف القوي واجبات خاصة كفيلة بتحقيق التوازن العقدي.

و لئن كانت النصوص العامة قد مثلت عند البعض أرضية خصبة نحو تحديد ملامح مفهوم الإحتراف، إلا أن ما انطوت عليه من نقائص قد ألهم البعض الآخر فكرة الإلتجاء إلى الأحكام المتعلقة بتنظيم خاص لبعض العقود.

ث. ملامح مفهوم الإحتراف المستمدة من النظام القانوني لبعض العقود

بالرّجوع إلى أحكام مجلّة الالتزامات والعقود، وتحديدا إلى الأحكام المنظّمة للعقود الخاصّة، نلاحظ تبنّي المشرّع لمفهوم الإحتراف بكيفيّة واضحة ضمن نوعية معينة من العقود.

وتمثّل عقود البيع أرضيّة خصبة لبروز مفهوم المتعاقد المحترف الذي يمكن أن تكون لديه نيّة الاستغلال واغتنام فرصة عدم اكتساب المشتري الخبرة والمعرفة لتقدير الثّمن المناسب للشّراء وهو ما جعل أحد الفقهاء يعتبر أنّ «طبيعة عقد بيع الأشياء المستعملة وما تفرضه صفته الاحتماليّة من وجود فكرة الغرر ومن قيام نسبة أكبر لاحتمال وقوع المشتري في غلط الاعتبار الأوّل الّذي يستوجب التّشدّد في مسؤوليّة البائع وفي التزامه بالإفضاء للمشتري بالمعلومات الكافية بالنّظر لكونه محترفا وعدم افتراض حسن نيّته»[48].

أما فقه القضاء فقد إتجه إلى إلزام البائع باحترام واجب الإعلام إزاء المشتري وإخباره بوضعيّة السّيّارة موضوع البيع وما إذا كانت قد تعرّضت لحادث، وإن حصل ذلك، بيان مدى جسامة ذاك الحادث ونوع الاصلاحات الّتي ترتّبت عليه ومدى تأثيرها على سلامة السّيّارة[49].

وقد ذهب شقّ من الفقهاء[50] إلى إرساء الالتزام بالإعلام في بيع السيّارات المستعملة كمبدإ عام يفرض على البائع إطلاع المشتري على سنة صُنع السّيّارة وتاريخ خروجها من المصنع وسعة المحرّك وعلى وجه

---

[48] نزيه محمّد الصّادق، المرجع السابق، ص 117.

[49] انظر :

- Cass. com. 29 nov. 1971, Gaz. Pal., 1972, I, p. 237.
- Paris, 14 nov. 1968, Dal. 1969, p. 61.
- Amiens, 14 déc. 1968, Dal. 1968, p. 339.

[50] انظر المرجع السابق للفقيه Boyer ص 269.

الخصوص العدد الحقيقي الصّحيح للكيلومترات الّتي قطعتها السّيّارة[51] وبالاستعمال السّابق لها والغرض الّذي كانت مخصّصة له، كأن تكون مثلا قد استعملت كسيّارة أجرة[52].

وبذلك يتبيّن أنّ إخلال أحد المتعاقدين بالإعلام تجاه معاقده هو استغلال لصفته كمحترف يتعامل مع متعاقد غير محترف، وهو استغلال لا يقتصر على الصّفة الّتي يكتسبها المتعاقد المحترف فحسب بل يمتدّ ليشمل طبيعة العقد وعنصر الثّقة فيه.

أما في إطار عقد الإجارة[53] يتّضح اعتماد المشرع لمفهوم الإحتراف يتمثّل في السّعي إلى تنفيذ العقد على وجه حسن وذلك بعدم الانفراد بالرّأي وإعلام الطّرف المتعاقد معه وخاصّة إن اعتبر أكثر خبرة ودراية.

بالنظر في الأحكام المنظّمة لعقد الوكالة، تتّضح نية المشرع إصباغ الوكيل صبغة الإحتراف بتحميله بدرجة أولى التزاما بالإعلام إزاء موكّله[54]، إذ هو ملزم –من جهة– بالتّصرّف بكيفيّة تحفظ مال موكّله وتضمن تحقيق مصلحته، وهو – من جهة أخرى – ملزم بضرورة إعلامه بكلّ خطوة بخطوها لإنجاز ذلك[55].

وبالإضافة إلى ذلك فإنّ الوكيل ملزم "بإعلام موكّله بجميع ما من شأنه أن يحمل الموكّل على تأخيره عن الوكالة أو تغيير شروطها"[56]، كما عليه "إذا أتمّ وكالته أن يُعلم موكّله بما فعله تفصيلا"[57]. وهو ملزم أيضا بأن "يعرّف موكّله بجميع ما تصرّف فيه وأن يُقدّم له حسابا مفصّلا في مقبوضه ومصروفه..."[58].

---

[51] انظر :

- Cass. civ. 24 nov. 1976, J.C.P. 1977, 4, p. 13.
- Cass. civ. 19 janv. 1977, J.C.P. 1977, 4, p. 68.

[52] انظر :

- T. Amiens, 17 avril 1974, R.T.D.C. 1975, n°9, p. 178.

[53] إنظر الفصل 844 م.ا.ع.

[54] انظر مثلا الفصل 1133 وما بعده من م.ا.ع.

[55] الفصول 1133 و1135 و1136 من مجلّة الالتزامات والعقود تأكيدا لإلزام الوكيل بالإعلام إزاء موكّله من ذلك ما نصّ عليه الفصل 1133 م.ا.ع. أنّه "إذا تسلّم الوكيل أشياء في حقّ موكّله وكان بها فساد أو ظهرت عليها علامات الفساد فعليه أن يعمل ما يلزم لحفظ حقوق موكّله على أجير النّقل وعلى غيره ممّن تتوجّه عليه المسؤوليّة.وإذا أسرع الفساد أو ظهر فيما بعد قبل أن يتيسّر إعلام الموكّل بذلك فعلى الوكيل بيعها على يد الحاكم بعد إثبات حالتها وإعلام موكّله حالا بكلّ ما يفعله".

[56] الفصل 1134 م.ا.ع.

[57] الفصل 1135 م.ا.ع.

[58] الفصل 1136 م.ا.ع.

لكن غياب النصوص القانونيّة المكرّسة صراحة لمفهوم الإحتراف جعل هذا الأخير غامضا في أذهان أطراف العقد و القضاء في آن واحد، إذ لم تقم هذه النصوص بالتمييز في تكريس واجب الإعلام مثلا بين الأطراف المتعاقدة، فلا هي تأخذ بعين الاعتبار صفة المتعاقدين ولا هي تفترض اختلال التّوازن بينهما، وإنّما تقوم على اعتقاد المساواة بين المتعاقدين والرّضائيّة في العقود.

فبالرّجوع إلى أحكام مجلّة الالتزامات والعقود، يُلاحظ –عموما– استعمال المشرّع عند تنظيمه مختلف العقود عبارات مطلقة وعامّة[59] لا تخصّ أحد الأطراف المتعاقدة بصفة معيّنة، إذ أشار إلى البائع دون بيان أنّ المقصود بعبارة البائع المحترف، أو غير المحترف، وأورد كذلك عبارة المشتري مطلقة فلم يميّز بين المشتري مستهلكا كان أو محترفا، وصاغ على النّحو ذاته الأحكام المنظّمة لعلاقة الوكيل بالموكّل والمودع بالمستودع والأجير بالمؤجّر وغيرها من العقود الّتي احتوتها المجلّة، فجلّ هذه العقود يتخلّلها مفهوم الإحتراف كأساس لتحديد التزامات العقدية لكنّه بقي في خضمّها مفهوما محايدا لا يتعزّز تكريسه إلاّ بتدخّل الفقه[60] أو فقه القضاء[61] .

ولعلّ ما يلاحظ هنا أن صفة الحياد من قبل المشرع هي أهم ما اتصفت به أحكام القانون المدني في ما بتعلق بمفهوم الإحتراف و ما يترتب عليه من آثار والّتي كانت عائقا أمام تكريس متكامل لهذا المفهوم، إذ لم يميز القانون في النظرية العامة للإلتزامات بين متعاقد محترف و آخر غير محترف إذ لا يمكن التّمييز حيث لم يُميّز القانون.

و بناء على ما تقدم، لا يمكن مثلا اعتبار البائع الّذي أشار إليه الفصل 673 م.ا.ع. بائعا محترفا، وافتراض العكس غير صحيح كذلك إذ لا يمكن الجزم بأنّ المقصود بالبائع، البائع غير المحترف، كما لا يمكن الإقرار بأنّ الالتزام بالإعلام المحمول على الوكيل إزاء موكّله قائم على افتراض صفة الاحتراف فيه، لأنّ المشرّع لم يُميّز في عقد الوكالة بين وكيل محترف وآخر غير محترف، بل تعامل مع مختلف العقود دون أخذ بعين الاعتبار لتفاوت المراكز بين المتعاقدين ولإمكانيّة اختلال توازن العقد، لذلك اكتست أحكام المجلّة المكرّسة

---

[59] مرد ذلك وجود الفصل 533 ضمن القواعد العامّة المضمّنة بمجلّة الالتزامات والعقود الّذي يؤكّد أنّه "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"

[60] انظر مثلا :

KNANI (Y.), La vente avec facilité du paiement, in Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi, C.P.U., Tunis, 2000p. 546

- BACCOUCHE (S.), L'obligation d'informer dans les contrats, mémoire de D.E.A., Fac.Dt.Sc.Pol. Tunis, 1988. p. 6.

[61] نائلة بن مسعود، الأطروحة، العنوان الأوّل الجزء الأول، وخاصّة الهامش 98 ص 33 ، مرجع سابق، ص 40.

لمفهوم الإعلام في العلاقات العقديّة طابع الحياد ولم يحظ في إطارها هذا المفهوم بمكانة هامّة تؤكّد جدواه ونجاعته، خاصّة وأنّ تكريسه لم يقتصر على الحياد فحسب بل كان أيضا تكريسا ضيّقا، جعل قسم من الفقهاء يبحثون عن ملامح مفهوم الإحتراف من خلال القوانين الخاصة المنظمة لمجالات معينة في ميدان المعاملات.

الفقرة الثانية: ملامح مفهوم الإحتراف من خلال القوانين الخاصة

يُعتبر قانون حماية المستهلك [62] تجسيما لعدم التّكافئ بين المتعاقدين الحرفي والمستهلك، وإبرازا لفكرة المتعاقد المحترف التي تفرض إلتزامات خاصة على هذا الأخير.[63]

وقد سعى قانون 7 ديسمبر 1992 المتعلّق بحماية المستهلك[64] إلى تأسيس التمييز بين المتعاقد المحترف و غيرالمحترف بغاية تحميل الأول إلتزامات خاصة بما "يحقّق توزيعا تعادليّا للأخطار التّعاقديّة وتوازنا بين الالتزامات"[65].[66]

كما أنّ تدخّل المشرّع بدافع حماية الطّرف الضّعيف في العقد إزاء المتعاقد المحترف نجده واضحا في مواد عديدة كالبيع والإشهارات التجاريّة[67]. أومن خلال القانون المتعلّق بالبيع الالكتروني[68].

---

[62] انظر على سبيل المثال :

– القانون ع117دد لسنة 1992، المؤرّخ في 1992/12/7 المتعلّق بحماية المستهلك، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 83 لسنة 1992، ص 1583,

– القانون ع64دد لسنة 1991، المؤرّخ في 1991/7/29، يتعلّق بالمنافسة والأسعار، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 55، أوت 1991، ص 1145 المنقّح بجملة من القوانين.

[63] الفصل 16 من قانون حماية المستهلك، "المزوّد عليه إعلام المستهلك بواسطة نشريّات تتعلّق بالخاصّية والتّركيبة وطريقة الاستعمال والمخاطر المحتملة ومدّة الاستعمال المتوقّعة وعند الاقتضاء التّاريخ الأقصى لاستعمال المنتوج".

[64] القانون عدد83 لسنة 1992، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التونسيّة عدد 83 لسنة 1992، ص 1583.

[65] سامي الجربي، تفسير العقد، الأطروحة ، مرجع سابق، ص 409.

[66] بعض الفقهاء رأوا أن قانون7 ديسمبر 1992 المتعلّق بحماية المستهلك ما هو إلا تكرار للحكم وارد في القواعد العامّة المضمّنة بمجلّة الالتزامات والعقود ضمن أحكام الفصل 655 م.إ.ع.

[67] القانون عدد 40–98 المؤرّخ في 02 جوان 1998 المتعلّق بالبيع والإشهار التّجاري، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 44، المؤرّخ في 2 جوان 1998، ص 1201 (بالفرنسيّة).

[68] القانون عدد 83–2000 المؤرّخ في 09 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 64 المؤرّخ في 11 أوت 2000، ص 2084.

أما في مادة التجارة الالكترونيّة[69] حمّل المشرع البائع التزاما بالإعلام تجاه المشتري بيّن فيه بكلّ دقّة جملة البيانات الضّروريّة الواجب على البائع التّنصيص عليها ليعلم بها المشتري الذي يعتبر طرفا غير محترف إزاء معاقده.

أما التّشريع الخاصّ المتعلّق بتنظيم علاقة الطّبيب بمرضاه[70] فإنه يبرهن على التكريس التشريعي لمفهوم الإحتراف في هذه العلاقة التعاقدية[71] ومدى أخذه بعين الاعتبار بصفة صريحة ومباشرة جعلت بدورها، فقه القضاء يُعزّز التّكريس لهذا المفهوم ويتبنّاه كأساس لتعليل أعماله[72].

و لعل مفهوم الإحتراف يبرز بوضوح في قانون الشركات التجارية من خلال العلاقة التي تربط بين مسيري الشركات و الشركاء و خاصة الشركات خفية الإسم حيث نص الفصل 198 من مجلة الشركات التجارية أن أعضاء مجلس الإدارة يمارسون وظيفتهم و يعتنون بها عناية صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه.[73] كذلك الأمر في القانون الفرنسي، من خلال تحميل مدير الشّركة التزاما بالإعلام تجاه الشّريك[74]، ثمّ بإلقاء هذا الالتزام على عاتق البنوك تجاه حرفائها من جهة[75] وتجاه بعضها البعض من جهة أخرى[76] وكذلك على الشّركات في علاقتها ببعضها[77]، ثمّ سحبته على ميدان التّأمين[78] معزّزة إيّاه بواجب النّصح[79].

---

[69] الفصل 25 من قانون 9 أوت 2000، آنف الذّكر.

[70] انظر مثلا : الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بمجلّة واجبات الطّبيب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 40 لسنة 1993، ص 764.

[71] انظر في خصوص تطوّر النّظرة إلى مهنة الطّبيب وطبيعة مسؤوليّته.

- BRAHMI-ZOUAOUI (N.), L'évolution de la responsabilité du médecin, R.T.D. 2005, p. 107 et s.

[72] انظر مثلا : القرار التعقيبي المدني عدد 98-68223 المؤرّخ في 1998/12/09، غير منشور.ملحق عدد 2.

[73] مع الملاحظة أن جل الأحكام المنظمة للعلاقة بين مسيري الشركات و الشركة أو الشركاء تكتسي بوضوح طابعا مميزا مكرسا لصفة المتعاقد المحترف أنظر:

Chokri SNOUSSI , La bonne foi dans le droit des sociétés commerciales, mémoir de Mastère , FDSPT , 2009, 2ème partie : la bonne foi des dirigeant sociaux

[74] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 27 fév. 1996, Pourvoi n° 94.12.194.

[75] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 27 fév. 1996, Pourvoi n° 94.10.789.

[76] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 13 fév. 1996, Pourvoi n° 93.14.217.

[77] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 23 janv. 1996, Pourvoi n° 94.12.256.

[78] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 16 janv. 1996, Pourvoi n° 93.12.588.

[79] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 19 décem. 1996, Pourvoi n° 95.10.490.

في المقابل فإن فقه القضاء الفرنسي[80] قد أسّس مفهوم الإحتراف بالإستناد إلى قرينة العلم بالعيب في إطار نظريّة العيوب الخفيّة، ثمّ جعل لهذا المفهوم تطبيقات مختلفة أدرجها مرّة تحت عنوان «واجب الإعلام والنّصح»[81] كمبدإ عام ومرّة بعنوان «واجب نصح محمول على كاهل مؤسّسة عموميّة تجاه حريفها»[82]. وتارة باعتبار الإعلام «من قبيل الالتزامات التّلقائيّة بالإرشاد»[83] وطورا باعتباره «التزاما مضمّنا بالعقد»[84].

وفي سياق ما تقدم، نقضت محكمة التعقيب الفرنسيّة الحكم القاضي بعدم سماع الدّعوى في إبطال عقد بيع سيّارة مستعملة على أساس التّغرير بالكتمان دون البحث في ما إذا كان البائع المحترف لما قام بإخفاء أنّ محرّك السيّارة غير أصلي ويتجاوز عمره عمر السيّارة قد حمل المشتري على إبرام العقد[85].

كما قضت في قرار لها بتاريخ 13 فيفري 1981 بإدانة الباعث العقاري الّذي كتم على المشترين لأرض على الشّياع أمر تهيئتها وعدم صلوحيّتها لإقامة البناء المرغوب فيه لأنّه يُعتبر من ذوي الاختصاص وهو مطالب لصفته هذه بالتّثبّت من صلوحيّة المبيع الّذي يعرضه على الغير خاصّة إن كان غير مختصّ[86].

إن مفهوم الإحتراف في إطار العلاقة التعاقدية كمؤسسة قانونية ناشئة آخذة في التبلور و بالتالي التموقع داخل المنظومة القانونية لا يمكن تصور فاعليته إلا من خلال الآثار المترتبة عن تبنيه.

---

[80] انظر مثلا :

- Com. 17/12/1973, J.C.P. 1975, II, 17912, note SAVATIER : « Le vendeur professionnel est tenu de connaître les vices de la chose par lui vendue ».

ALISSE , L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse Paris II (sans date) n° 139, p. 120. « *Le principe dégagé dans cette formule est utilisé depuis plusieurs dizaines d'années par la jurisprudence. Il abouti à faire peser sur le professionnel vendeur une présomption de connaissance qui se transforme en obligation de renseignement, par le jeu de la théorie des vices cachés* »,

[81] - Cour de cass. chamb. civ. 27 fév. 1996, Pouvoir n° 84. 10.120.

[82] - Cour de cass. 1ère chamb. civ. 20 fév. 1996, Pouvoir n° 93-20.829.

[83] - Cour de cass. 3ème chamb. civ. 24 janv. 1996, Pouvoir n° 94.10.165.

[84] - Cour de cass. chamb. comm. 12 mars 1996, Pourvoi n° 93-19.278.

[85] ذكره الفقيه J. GHESTIN في مؤلّفه "القانون المدني"، ص 468.

[86] انظر : - Cour de cass. civ. 17 nov. 1984, J.C.P. 1985, I, p. 457.

الجزء الثاني: الآثار المترتبة عن تبني مفهوم الإحتراف

إن تبني مفهوم الإحتراف في العلاقات التعاقدية و جعله مفهوما مستقلا بذاته قائما كمؤسسة قانونية سوف يكون له إنعكاساته على النظام القانوني للعقد المعني بهذه المؤسسة و على أطرافه و كذلك على نظم الإثبات فيه.

ففي إطار العقد الذي يكون أحد أطرافه محترفا تنقلب القرائن رأسا على عقب، فتكون سوء النية مفترضة (الفقرة الأولى) و يكون عبء الإثبات على المدعى عليه(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: افتراض سوء النّيّة في المتعاقد المحترف

إن إفتراض سوء النية في المتعاقد ذو المركز القانوني الأقوى، يجعل صفته كمتعاقد محترف قرينة لسوء نيّته (أ) الأمر الّذي يستوجب الوقوف على المقصود بهذه القرينة وعلى مدلولها (ب).

أ : مدلول سوء النّيّة

يبدو أنّ اكتساب المتعاقد لصفة الاحتراف يُقصي – من ناحية – العمل بالمبدإ المكرّس بالفصل 560 من م.ا.ع. الّذي يفيد أنّ الأصل في الإنسان براءة الذّمّة، كما يُقصي – من ناحية أخرى– العمل بالقاعدة الواردة بالفصل 558 من نفس المجلّة والّتي تنصّ على أنّ "الأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النّيّة...".

ولئن لقيت كلّ من عبارتي براءة الذّمّة وسلامة النّيّة استعمالا مكثّفا لدى الفقه وفقه القضاء، فإنّ مدلول سوء النّيّة يبقى مدلولا غامضا (1) يستوجب بالضّرورة محاولة توضيحه (2).

1- غموض مدلول سوء النّيّـة

بالرّجوع إلى الآراء الفقهيّة[87] الّتي تناولت مفهوم حُسن النّيّة، نتبيّن أنّ البعض[88] منها قد ضمّن مفهوم حُسن النّيّة مدلولين أوّلهما تجنّب سوء النّيّة وهو مدلول سلبيّ، وثانيهما الالتزام بالنّزاهة في التّعامل، وهو مدلول إيجابي، يحمل على أحد أطراف العقد.

لقد تولّى الفقيه جِرار ليون كان إثارة هذه المسألة وكانت إجابته في هذا الخصوص على قدر من الاقتضاب والوضوح إذ اعتبر أنّه من غير المعقول أن تقع دراسة حسن النّيّة وسوء النّيّة بمعزل عن بعضهما، فالقانون يهتمّ بهذا المفهوم أو بذاك حسب المقتضيات إذ يمكن أن توجد بين المفهومين حالات وُسطى أي أنّها توجد بين حسن النّيّة وسوء النّيّة فالمفهومان قد يتضادّا ولكنّهما لا يتضاربان[89] .

وبما أنّ المشرّع التّونسي وكذلك التّشاريع المقارنة قد قنّنت كلّها مفهوم حسن النّيّة بالأساس واستثناءً لسوء النّيّة[90] فتحدّثت إمّا عن الأمانة[91] في المعاملات وإمّا عن حسن النّيّة صراحة[92]، فإنّ المنطق يفترض أن يقع الاختيار على مفهوم حسن النّيّة والاستعانة به في فهم سوء النّيّة.

إلاّ أنّه جدير بالتّذكير - بدءًا - أنّ مفهوم حُسن النّيّة لم يحظ بدوره بإجماع الفقهاء حول تعريفه، فقد اختلفت الآراء بشأنه، فشبّهه الفقيه ريشار[93] بالأخلاق الحميدة بل أنّه اعتبره هو والأخلاق الحميدة شيء واحد، كما اعتبره الفقيه بران [94] بمثابة الإنصاف، بينما ميّز بعض الفقهاء بين هذين المفهومين وأقرّوا بأنّ

---

[87] انظر مثلا :
- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. 1949.

[88] انظر خاصّة :
- PICOD (Y.), L'exigence de la bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque J.D.A. Aix Marseille, 1993, p. 59.

[89] انظر :
- LYON-CAEN (G.), De l'évolution de la bonne foi, R.T.D.Civ. 1946.., p. 78.
« Il est en conséquence déraisonable d'étudier la bonne foi et la mauvaise foi isolément l'une de l'autre : la loi s'attache à l'une ou à l'autre selon les commodités techniques. Mais il n'est pas évident que la loi en tienne toujours compte, il pourrait y avoir des états intermédiaires entre la bonne foi et la mauvaise foi, les deux notions pourraient être contraires sans être contradictoires » .

[90] بالنّسبة لسوء النّيّة، نظّمها المشرّع بصفة استثنائيّة وبطريقة ضمنيّة كتأويل النّصوص المتعلّقة بالتّغرير (ف 56 م.ا.ع.) والتّدليس (ف 673 م.ا.ع.) مثلا.

[91] انظر الفصل 243 م.ا.ع. في صياغته باللّغة العربيّة.

[92] انظر مثلا الفصل 1134 من المجلّة الفرنسيّة وكذلك الفصل 107 من القانون الجزائري والفصل 234 من القانون المغربي.

[93] انظر :
- Richard, Recueil des travaux internationaux du droit comparé, T.II, La révision du contrat par le juge, p. 297.

[94] انظر :
- BRUN (P.L.), Le rôle et les pouvoirs des juges dans le code civile suisse, thèse, Grenoble, 1924.

حُسن النّيّة ليس الإنصاف وإنّما هو وسيلة لتحقيق الإنصاف. ويُعتبر الفقيه ديسانس[95] من أنصار هذا الرّأي إذ اعتبر أنّ حُسن النّيّة هو أحد العوامل الّتي تندمج مع فكرة العدالة لإعطاء كلّ ذي حقّ حقّه. وساندته في ذلك الفقيهة دُو لا قرونج[96] الّتي أبرزت بوضوح الفرق بين حُسن النّيّة والإنصاف وبيّنت أنّ العلاقة بين المفهومين هي علاقة تكامل لا علاقة تطابق فاعتبرت أنّ حسن النّيّة هو المساعد التّاريخي للإنصاف ويبدو أنّ تعريف حُسن النّيّة على هذا النّحو قد أثّر نسبيّا في موقف الفقه وفقه القضاء.

فعلى مستوى الفقه، اعتبر الأستاذ الصّادق بلعيدأنّ حُسن النّيّة هو مبدأ قانوني عام، أي أنّه يعتبره مبدأ يندرج ضمن المبادئ القانونيّة العامّة الّتي نظّمها المشرّع بالفصل 535 م.ا.ع. وسمّاها "قواعد القانون العموميّة".[97]

إلاّ أنّ مختلف المحاولات الفقهيّة الّتي أُبْدِيت بخصوص تعريف حسن النّيّة لم تكن في حدّ ذاتها على قدر من الوضوح والاستقلالية حتّى تضمن منح تعريف يمكن اعتماده دون احتراز، فهي إمّا أنّها تستند إلى مفاهيم أخرى لا تقلّ غموضا عنه لتقرّ بالتّطابق بينها كما الشّأن مثلا بالنّسبة للأخلاق الحميدة، وإمّا أنّها تُدرج مفهوم حسن النّيّة ضمن المبادئ القانونيّة العامّة الّتي كانت ولا تزال موضوع جدال بين الفقهاء[98].

أمّا على مستوى فقه القضاء، فقد وقع التّمييز بين مفهوم حسن النّيّة وبعض المفاهيم المشابهة له كالإنصاف والأمانة والأخلاق الحميدة[99]. وحريّ بالذّكر أنّه بالرّغم من تعدّد المحاولات الفقهيّة لتعريف حسن النّيّة، وبالرّغم من تداول المفهوم وتنوّع محتواه من مادّة لأخرى[100]، فإنّ التّشريعات الوضعيّة قد جعلت منه مفهوما قانونيا إيجابيّا على مستوى المعاملات في محاولة تحديد مدلوله.

---

[95] انظر :

- DESSENS, Essaie sur la notion d'équité, Thèse, Grenoble 1924, p. 75.

[96]

- DELAGRANGE, L'intervention du juge dans les contrats, Thèse, 1935, p. 202.

[97]

- BELAID (S.), Essaie sur le pouvoir créateur et normatif du juge, L.G.D.J. Univ. Tunis, 1973.

[98]

- BOULOUIS, Les principes généraux du droit, Revue internationale du droit comparé, Volume 2, 1980, p. 253.

[99] انظر مثلا : القرار الاستئنافي عدد 4911 بتاريخ 12 جويلية 1978 ، المجلّة التّونسيّة للقانون لسنة 1978، ج II، ص 15.

[100] نبيلة الكرّاي، حُسن النّيّة في المادّة العقاريّة، مذكّرة للحصول على شهادة الدّراسات المعمّقة، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1991-92، ص 9 وما بعدها.

2 – توضيح مدلول سوء النّيّة

يعتبر الفصل 243 من م.ا.ع. نصّا واضحا لتجسيد تكريس المشرّع لمفهوم حسن النّيّة، إذ أقرّ وجوب "الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة..." إلاّ أنّ ما يلاحظ بخصوص هذا الفصل هو أنّه لم يستعمل عبارة حسن النّيّة بل أنّه استعمل عبارة "الأمانة".

بالرّجوع إلى الفصل 243 في صياغته باللّغة الفرنسيّة نجد أن المشرّع قد استعمل عبارة حُسن النّيّة La Bonne foi : ولذلك يجوز اعتماد النّصّ باللّغة الفرنسيّة طالما أنّه يساعد على توضيح النّص العربي. ويمكن ردّ استعمال المشرّع لعبارة "الأمانة" في الفصل 243 في صياغته بالعربيّة إلى تأثّره بالفقه الإسلامي كما لاحظ ذلك الفقيه صانتيلانا[101].

أمّا في التّشريع المقارن فقد وقع استعمال عبارة "حسن النّيّة" صراحة، كما الشّأن مثلا بالنّسبة للقانون الفرنسي[102] والقانون الجزائري[103] والقانون المغربي[104] وما نصّ عليه القانون العراقي[105] الجديد من أنّه "يجب تنفيذ العقد طبقا لمضمونه وبالطّريقة الّتي تتّفق مع ما يوجبه حسن النّيّة والثّقة المتبادلة وشرف التّعامل".

وعلى غرار هذه القوانين، فإنّ القانون الرّوماني[106] قد سبق وكرّس مفهوم حسن النّيّة في التّعامل مع تولّيه تعريف المفهوم تعريفا من شأنه أن يبيّن طبيعة العلاقة بين حسن نيّة المتعاقد من عدمه.

واعتمادا على ما جاء بهذا القانون، فقد أقرّ أحد الفقهاء[107] أنّ حسن النّيّة لا يمكن تعريفه إلاّ تعريفا سلبيّا أي تعريفه بكونه الامتناع عن فعل أو قول أمر سليم فوقع اعتبار أنّ حسن النّيّة هو من جهة انعدام القصد التّحيّلي أي انعدام الغشّ والتّغرير، وهذا الاعتبار فيه تأثير سلبي على نطاق الالتزام التّعاقدي، إذ هو يجعل حسن النّيّة بمثابة غياب الخطإ العقدي الأمر الّذي من شأنه أن يقصي كلّ مسؤوليّة عن المتعاقد

---

[101] انظر ما ذكره الأستاذ محمّد الزّين في كتابه العقد ، ص 195، مرجع سابق.

[102] الفصل 1134 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

[103] الفصل 107 من القانون الجزائري.

[104] الفصل 234 من القانون المغربي.

[105] الفصل 401 من القانون العراقي الجديد لسنة 1984.

[106] انظر :

- LYON-CAEN (G.), De l’évolution de la notion de bonne foi, R.T.D.Civ., 1946, p. 75 et s.

[107] نفس المرجعالسابق

سيّء النّيّة، كما وقع اعتبار حسن النّيّة -من جهة أخرى- أمرا مفترضا، وهو اعتبار يؤثّر أيضا تأثيرا سلبيّا لا على نطاق الالتزام التّعاقدي فحسب بل وكذلك على الآثار الّتي يُرتّبها عادة بطلان الالتزام، إذ أنّ افتراض حسن النّيّة في المتعاقد، يوقف كلّ عمليّة استرداد تنجم عادة عن بطلان أو فسخ العقد[108].

إلاّ أنّ الاعتماد على ما استنتجه بعض الفقهاء من خلال ما ورد في القانون الرّوماني بخصوص مفهوم حسن النّيّة لا يمكن أن يكون بمثابة الشجرة الّتي تحجب الغاب، فاعتبار حسن النّيّة يعني غياب القصد التحيّلي، أي غياب سوء النّيّة، واعتباره كذلك أمرا مفترضا في المتعاقد لا يعني ذلك تعميمه على كلّ متعاقد، بل على المتعاقد المختصّ فحسب والّذي إن توفّرت فيه صفة الاحتراف انتفت لديه آليّا صفة كانت مفترضة فيه هي حُسن النّيّة واعتُبر بمثابة المتعاقد المتحيّل، سيّء النّيّة مخلاّ بالتزامه بالإعلام عمدا حتى اقترنت به هذه الصّفات لا لشيء إلاّ لكونه متعاقدا محترفا.

ب. اقتران سوء النّيّة بمفهوم الاحتراف

إنّ تكريس صفة الاحتراف واعتمادها فقها وقضاءً قد ترك بصمته على علاقة مفهومي الاحتراف وسوء النّيّة وجعلاهما متلازمين حتى تجلّى هذا الاقتران في جملة من الأعمال (1) ورتّب أثره (2).

1- مظهر الاقتران سوء النّيّة بمفهوم الاحتراف

يبدو أنّ اقتران مفهوم سوء النّيّة بصفة الاحتراف جعل هذه الصّفة ومبدإ حسن النّيّة بمثابة السّاكنان لا يلتقيان على صعيد واحد، وقد دعّم فقه القضاء[109] هذه الفكرة وأسّس قرينة سوء النّيّة في جانب المتعاقد المحترف، فخصّه بنظام تعامل مميّز واعتبر أنّ المتعاقد المحترف لا يمكنه الاحتجاج بجهله للعيب المنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به، إذ أعربت محكمة الاستئناف[110] عن هذا الرّأي صراحة، في

---

[108] انظر كذلك في هذا المعنى :

- BRETON, Les effets civils de la bonne foi, Revue critique, 1926.

[109] انظر مثلا : قرار تعقيبي مدني عدد 28352 ، مؤرّخ في 16 جانفي 1991، معلّق عليه من قبل الأستاذ علي الجلّولي، بمجلّة الدّراسات القانونيّة لسنة 1995 -1996 ، ص 89 وما بعدها.

وكذلك :

- Cass. 51687 du 16 avril 1996, Bull. C.Cass. 1996, p. 274.
- Cass. Civ. 53630 du 26 sept. 1996, Bull. C.Com. 1996, p. 282.
- Cass. 52552 du 16 mai 1996, Bull.C.Com. 1996, p. 288.

[110] حكم مدني استئنافي عدد 10921 صادر في 6 أفريل 1992 عن المحكمة الابتدائيّة بسوسة بوصفها محكمة استئناف لأحكام النّواحي التّابعة لها بالنّظر.

أحد أحكامها فأوردت "أنّ العيوب الّتي ظهرت بالمبيع هي من قبيل العيوب الخفيّة وأنّ الطّاعنة تاجرة محمولة على العلم بها وتعدّ بائعة مدلّسة وضامنة لسلامة المبيع وفقا لأحكام الفصل 673 من المجلّة المدنيّة...".

ويبدو من خلال ما ورد بحيثيّة هذا الحكم أنّ المحكمة لم تكتف بإقرار قرينة العلم لدى المتعاقد المحترف فحسب بل أنّها افترضت كذلك تدليسه عند التّعامل مع الطّرف المقابل، ويعني ذلك افتراض سوء نيّته الأمر الّذي يؤكّد مجدّدا ما ترتّبه صفة الاحتراف من افتراض العلم وسوء النّيّة لدى المتعاقد المحترف .

وقد ذهبت محكمة التّعقيب[111] في نفس الاتّجاه مقرّة ما ترتّبه صفة الاحتراف من أثرين متلازمين، قرينة العلم من جهة، وافتراض سوء النّيّة من جهة أخرى، بقولها: "وحيث ثبت بالاعتماد على الأوراق المظروفة بالملفّ أنّ المحرّك الّذي اشتراه المعقّب ضدّه من التّاجر هو من صنع الشّركة الطّاعنة ولا يزال في فترة الضّمان وتحت المسؤوليّة المباشرة لها، وحيث أنّ قيام مسؤوليّة الطّاعنة توفّرت بعدم وجود الوصف الموعود به وهي محمولة على علمها بالعيب طالما أنّها صانعة وباعت شيئا من متعلّقات تجارتها". وإذ يتّضح من خلال هذه الحيثيّة أنّ مسؤوليّة الشّركة قائمة لغياب الوصف الموعود به إذ أنّ المحكمة اعتبرتها على علم بهذا العيب لاكتسابها صفة الاحتراف ورغم ذلك قامت بالبيع ممّا يُوفّر سببا موضوعيّا لانتفاء حُسن النّيّة لديها، خاصّة وقد "باعت شيئا من متعلّقات تجارتها".

وقد تكرّر نفس الموقف لمحكمة التّعقيب فافترضت سوء نيّة المتعاقد كلّما توفّرت فيه صفة الاحتراف ولم يُعلم معاقده ببيانات تهمّه معرفتها. وهذا الموقف قد تعدّدت[112] حوله القرارات فكانت تأكيدا وتعزيزا لاقتران حسن أو سوء نيّة المتعاقد بمدى توفّر صفة الاحتراف من عدمها.

وتجدر الإشارة إلى أنّ تبنّي صفة الاحتراف وأخذها بعين الاعتبار في علاقة المتعاقدين قد عمّ ميادين مختلفة أقرّ من خلالها فقه القضاء المقارن أنّ هذه الصّفة كافية بمفردها لاتّخاذ موقف معيّن من

---

[111] قرار تعقيبي مدني عدد 65840 صادر بتاريخ 27 جويلية 1998، غير منشور. ملحق عدد 3

[112] انظر مثلا :

- قرار تعقيبي مدني عدد 52839 مؤرّخ في 12 مارس 1998، ن.م.ت. لسنة 1998، القسم المدني،.
- قرار تعقيبي مدني عدد 99.74008 مؤرّخ في 10 أفريل 2000، غير منشور.ملحق عدد 4
- قرار تعقيبي مردني عدد 28352 مؤرّخ في 16 جانفي 1991، ن.م.ت. لسنة 1991، القسم المدني.
- قرار تعقيبي مدني عدد 21677 مؤرّخ في 10 أفريل 1991، ن.م.ت. لسنة 1991، القسم المدني.
- قرار تعقيبي مدني عدد 76784 مؤرّخ في 18 ماي 2000، غير منشور. ملحق عدد 5
- قرار تعقيبي مدني عدد 304 مؤرّخ في 20 جوان 2000، غير منشور.ملحق عدد 6.

تصرّفات صاحبها والحكم على حسن أو سوء نيّته وقد عبرت محكمة التّعقيب الفرنسية عن هذا التّوجّه في أحد قراراتها[113].

وجدير بالذّكر أنّ مختلف مظاهر اقتران مفهوم سوء النّيّة بصفة الاحتراف يعكس تطبيقا متواترا للنّصوص القانونيّة[114] الّتي كرست نظاما خاصّا للعلاقات العقديّة الّتي يكون أحد أطرافها متعاقدا محترفا.

وقد أشار بعضهم[115] إلى ما يمثّله الإخلال بالإعلام في العقود متفاوتة الأطراف من قرينة على سوء النّيّة وتوفّر القصد التّحيّل، وتناول بالدّرس هذه المسألة في إطار عقد تسيير الشركة الذي رأى فيه بعض الفقهاء مثالا يتجسد فيه صفة الإحتراف ضرورة أن المسير يتحمل واجب إعلام الشركاء بما لهم و ما عليهم و أن لا يستغل تخصصه في ميدان ليس للشركاء الماهمين بأموالهم أية ثقافة أو معرفة تمكنهم من مراقبة تسيير الشركة.[116]

فهذا العقد يضع على عاتق المتعاقد –المسير– التزاما بحُسْن النّيّة وشدّة الحرص في العمل يُعربُ عنهما من خلال قيامه بنصح وإرشاد الشركاء[117] كأن يقوم بإعلامهم بكل ما يتعلق بالشركة و شؤونها[118].

وإذ يبدو من خلال تنظيم عقد االشركة أن المشرع خص الأطراف المحترفة بنظام عقوبات خاص يستشف منه ظهور مفهوم متميز للمتعاقد المحترف في إطار علاقة تعاقدية بين أطراف متفاوتتة الوزن.[119]

---

[113] انظر :

- Cass. Civ. 24 mai 1972, Bull. civ. 1972, II, p. 346

"La qualification professionnelle du syndic chargé de gérer un immeuble en copropriété est à elle seule suffisante pour faire écarter l'application du tarif des cotisations forfaitaires au personnel chargé de l'entretien des parties communes de l'immeuble, et il n'y a pas lieu dès lors, de rechercher si le syndic a recruté le personnel en exécution d'une décision du syndicat des co-propriétaires, s'il l'utilise de plus, à des fins personnelles, et s'il perçoit à l'occasion des contrats d'engagement une rémunération particulière".

[114] انظر نائلة بن مسعود، الأطروحة، ص 87 وما يليها، و ص 167 وما يليها.

[115] انظر :

- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C., Livre du Centenaire du COC 1906-2006 p. 384 :

« Les constructeurs sont confrontés à la présomption de mauvaise foi quelque soit leur part de responsabilité ».

[116] Chokri SNOUSSI , la bonne foi dans le droit des sociétés commerciales, op. cit. p. 150.

[117] انظر مثلا :

- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. 1949, p. 89, n° 48.

[118] الفصل 872 م.ا.ع.

[119] من ذلك ما نص عليه الفصل 258 و ما بعده من مجلة الشركات التجارية حول مراقبي الحسابات.

وقد ذهب بعض الفقهاء[120] وكذلك القضاء[121] إلى اعتبار الإخلال بالإعلام بالنّسبة للمحترف من قبيل الأعمال التّحيّليّة الّتي تتكوّن من مجرّد السّكوت عن المعلومة أو غيابها في علاقة الأطراف، ذلك أنّ المتعاقد المحترف لا يمكنه أن يحتجّ بجهله للعيب أو بعدم قصده كتمان بيانات معيّنة على معاقده. إذا استقرّ فقه القضاء على اعتباره محمولا على العلم بالعيوب وأنّ إخلاله بالإعلام يجعله شبيها بالمتعاقد المتحيّل[122].

وإضافة إلى تخلّل مفهوم الإعلام مختلف العلاقات العقديّة فإنّ الإخلال به يقابله في بعض الحالات نوع من التشدّد في التّعامل، كما الشأن مثلا بالنّسبة للإخلال بالإعلام في إطار علاقة تعاقديّة متفاوتة الأطراف، وقد وقع –عموما– تأسيس وتبرير استفحال تواجد مفهوم الإعلام في بعض العقود استنادا إلى فكرة التّمثيل أو النيابة[123]، ويعتبر عقد الوكالة انعكاسا لدعم مكانة الإعلام وأهمّيته في المنظومة القانونيّة وما يرتّبه الإخلال به من آثار قانونيّة خاصّة وأنّ الموكّل لا يُكلّف –عادة– شخصا بالحلول محلّه في القيام بعمل معيّن إلاّ إذا كان على يقين أنّه صاحب خبرة ومعرفة[124].

ويمكن القول في ضوء ما سبق، أنّه كلّما كانت العلاقة العقديّة تضمّ أطرافا متفاوتة المراكز من حيث العلم والمعرفة، فإنّ إثقال كاهل أحدهما بالالتزام بالإعلام تجاه الآخر يؤسّس على صفته كمتعاقد محترف، وهذه الصّفة تجعله في صورة الإخلال بهذا الالتزام شبيها بالمتعاقد المتحيّل وتضع في جانبه قرينة سوء النّيّة، وهي قرينة إذا ما اعتمدرت لابدّ أن تُحدث أثرها.

2 – أثـر إقتـران سوء النية بصفة الإحتراف

---

[120] انظر مثلا مختلف الآراء الواردة بمقال الأستاذة زكيّة صافي المضمّن بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 383 وما يليها.

وكذلك :

- WEBER (J.-F.), Nature et régime de la responsabilité des constructeurs d'ouvrages immobiliers en cas de faute dolosive, Dall. 2001, p. 2995.

[121] . قرار تعقيبي مدني عدد 8375 مؤرّخ في 01 جوان 2005، غير منشور

– قرار تعقيبي مدني عدد 3243 مؤرّخ في 10 نوفمبر 2000، غير منشور.

[122] انظر مثلا :

- Cass. Civ. n° 22193 du 24 janvier 2003, Bull. C.Cass. 2003, T.II, p. 143.
- Cass. Civ. n° 50316 du 24 novembre 1997, Bull. C.Cass. 1997, T.II, p. 120.

[123] انظر في هذا الخصوص الأستاذة زكيّة صافي في مقالها سالف الذّكر المضمّن بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، ص 382، هامش 214.

[124] زكيّة صافي، نفس المرجع، ص 382.

إنّ اعتماد فقه القضاء لصفة الاحتراف وجعلها ملازمة لمفهوم سوء النّيّة قد رتّب أثرا متعدّد الوجوه شمل من جهة علاقة الطّرفين المتعاقدين وامتدّ إلى إجراءات التّقاضي وكيفيّة سيرها من جهة أخرى.

فبالرّجوع إلى القواعد الّتي تحكم علاقة الأطراف المتعاقدة، يتجلّى أثر اقتران صفة الاحتراف بمفهوم سوء النّيّة من خلال تجاوز المبدإ المعتمد آليّا في سائر العلاقات العقديّة والمتمثّل في افتراض حسن النّيّة في المتعاقد، فهذا المبدأ العام قد كرّسته جلّ التّشاريع الوضعيّة وعبر عنه المشرّع التّونسي ضمن القواعد الأصوليّة مؤكّدا أنّ الأصل في الإنسان براءة الذمّة[125].

إلاّ أنّ تنظيم المشرّع للعلاقات التّعاقديّة متفاوتة الأطراف واهتمامه بتحقيق نوع من التّوازن بينها قد جعله يُحمّل أحد المتعاقدين التزاما مثقلا لصفة تتوفّر فيه وتنعدم لدى معاقده وذلك لتفوّقه عليه في العلم والمعرفة ممّا جعل فقه القضاء يضع قرينة في جانب هذا المتعاقد ويصفه بالمتعاقد المحترف.
و حري بنا في هذا الإطار إستعراض خصوصية قانون الشركات التجارية إزاء المسيرين، من ذلك احكام الفصل 214 من مجلة الشركات التجارية الذي ينص انه إذا أظهر التفليسعجزا في الاصول يمكن للمحكمة ...أن تقرر أن ديون الشركة يتحملها كليا أو جزئيا الرئيس المدير العام أو المدير العام المساعد أو المديرون العامون المساعدون أو أعضاء مجلس الإدارة أو كل مسير فعلي آخر ..
ثم يضيف الفصل أن المسيرين المذكورين إذا أرادو أن تبرأ ذمتهم و يعفون من المسؤولية عليهم أن يثبتوا أنهم بذلو في إدارة الشركة من النشاط و العناية ما يبذله صاحب المؤسسة المتبصر و الوكيل النزيه.
و هنا يبرز بوضوح توجه المشرح نحو تأطير تشريعي لنظام المتعاقد المحترف حيث تنقلب القاعدة المتعلقة بالإثبات لتصبح محمولة على المدعى عليه بصفته طرفا محترفا.[126]

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص أنّ الإخلال بالإعلام في إطار علاقة تعاقديّة متفاوتة الأطراف قد قوّض أسس العلاقة التّعاقديّة القائمة –عموما– على تبادل الرّضاء وسلامته، فاعتبر فقه القضاء[127] أنّ غياب الإعلام بين متعاقد محترف ومتعاقد غير محترف من قبيل السّكوت عمدا عن الإدلاء ببيانات للطّرف المعاقد المعني بذلك لو علمها لما أقدم على التّعاقد، وأنّ هذا السّكوت هو بمثابة الكتمان التّغريري[128] لأنّ صاحبه بوصفه متعاقدا محترفا، يُقدّر مليّا أهمّية البيانات الّتي لم يُفصح عنها، الأمر الّذي جعله شبيها بالمتعاقد المتحيّل، وأسّس في جانبه قرينة سوء النّيّة.

---

[125] الفصل 558 م.ا.ع. : "الأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النّيّة حتّى يثبت خلاف ذلك".

[126] Chokri SNOUSSI, la bonne foi dans le droit des sociétés commerciales , op. cit. p. 167.

[127] انظر العنصر (أ) من الفقرة الثّانية المتعلّقة باقتران مفهوم سوء النّيّة بصفة الاحتراف

[128] انظر في خصوص تقدير العناصر المكوّنة للتّغرير :

وقد أكّد أحد الفقهاء[129] مدى تأثير الإخلال بالإعلام على سلامة العقد وخاصّة على نفسيّة الطّرف المتعاقد المتضرّر من عدم إعلامه فبيّن أنّ مفهوم حسن النّيّة ولئن وقع تكريسه عبر الزّمان وفي مختلف القوانين، القديمة منها والحديثة، فهو قد حافظ فعلا على مدلوله ولكنّه فقد وظيفته، إذ لم يعد المبدأ السائد في العلاقات العقديّة اليوم هو حسن النّيّة بل أصبح المبدأ المفترض في هذه العلاقات العقديّة هو سوء النّيّة.

وجدير بالذّكر أنّ طبيعة العلاقات العقديّة متفاوتة الأطراف والّتي أنشأت قرينة في جانب أحد أطرافها لتخصّصه واحترافه قد أثّرت لا في القواعد الأصوليّة الّتي تحكم العلاقات العقديّة فحسب، بل وكذلك في أهمّ المبادئ الّتي تقوم عليها هذه العلاقات.

إنّ مبدأ سلطان الإرادة الّذي لا حياة للعقد من دونه، ليس في حاجة لتبرير اعتماده وتكريسه على جميع الأصعدة، قانونا[130] وفقها[131] وقضاءً[132]، فمن يتناول بالدّرس نظريّة الالتزامات والعقود عامة لا يمكنه بأيّ حال من الأحوال ألاّ يأتي على مبدأ سلطان الإرادة فيذكّر بمدلوله وبما يتفرّع عنه من مبادئ توضّح كنهه وتكون بمثابة الرّوافد له تدعمه وتُعزّزه، ثمّ لا يفوته أن يعرّج على أهمّيته في قيام الالتزامات وصحّتها كما لا يغيب عنه المنطق السّليم ليبيّن أنّ لكلّ أمر حدّ ولكلّ مبدإ استثناء[133].

إلاّ أنّ أثر اقتران صفة الاحتراف بمفهوم سوء النّيّة تمثّل بوجه مميّز على مستوى حرّية الأطراف المتعاقدة في تحديد محتوى العقد الّذي يربطهم. فلئن كان المشرّع قد منح أطراف العقد إمكانيّة الاتّفاق على

- BEN AMMOU (N.), Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse, droit, Tunis, 1996, p. 148, n° 309.

[129] انظر : - LYON-CAEN (G.), De l'évolution de la bonne foi, op. cit., p. 112.

[130] الفصل 242 م.ا.ع. وكذلك الفصل 2 من نفس المجلّة.

[131] انظر مثلا :

– محمّد الزّين، النّظريّة العامّة للالتزامات – العقد، مرجع سابق الذّكر.

– محمّد بقبق، الأطروحة ، مرجع سابق الذّكر.

– سامي الجربي، تفسير العقد، الأطروحة، مرجع سابق الذّكر.

[132] انظر تعليق الأستاذ نذير بن عمّو على القرار عدد 42624 بتاريخ 1994/4/28، المجلّة القانونيّة التونسيّة، 1996، ص 245 وما بعدها.

[133] انظر مثلا :

- BEL HAJ HAMOUDA (A.), La volonté est-elle encore l'élément moteur du processus contractuel ? Livre du Centenaire du C.O.C. : 1906-2006., p. 607 et s.

الشّروط المحدّدة للضّمان أو المعفية منه[134]، فإنّه بيّن كذلك حدود[135] هذا الاتفاق وأبعاده، واعتبر من بينها إخلال المعاقد العالم بالعيب أو المتسبّب فيه، بإعلام معاقده بذلك.

وقد أكّد المشرّع موقفه من الإخلال بالإعلام في علاقة تضمّ طرفا محترفا من خلال تشدّده[136] في التّعامل مع هذه الفئة الّذي جعل في جانبها قرينة سوء النّيّة فحرمها لا من التّمتّع بالشّروط المحدّدة أو المعفية من الضّمان فحسب (الفصل 642 م.ا.ع.) بل وكذلك من التّمتّع بمضيّ الآجال القانونيّة المعيّنة للقيام بدعوى الضّمان، وهو ما يمثّل وجها آخر للأثر الّذي يرتّبه اقتران مفهوم سوء النّيّة بصفة الاحتراف وهو أثر يمسّ قاعدة إجرائيّة[137] تهمّ النّظام العامّ.

وإذ يتسنّى في ضوء ما سبق التّذكير بما يعكسه تعامل المشرّع وكذلك القضاء مع المتعاقد المحترف، من موقف متشدّد يَطغى عليه طابع العقاب والرّدع من جهة وتحفّه –من جهة أخرى– إرادة إصباغ هذا النّوع من العلاقات العقديّة بمسحة أخلاقيّة تؤكّد رأيا أضحى سائدا اليوم يبيّن أنّ المتعاقد الاكثر علما ومعرفة عليه أن يُعلم ويُرشد ويأخذ بيد المتعاقد الأقلّ منه كفاءة[138]، وهو توجّه يرنو إلى ترسيخ القاعدة الأخلاقيّة في العلاقات القانونيّة[139]، وذلك للحفاظ قدر الإمكان على احترام الالتزامات وتفادي ترتيب الجزاء بسبب الإخلال بها.

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن تبني مفهوم الإحتراف في مادة الإثبات

يستوجب الحديث عن الإخلال بالإعلام في إطار علاقة تعاقديّة متفاوتة الأطراف، ضرورة توفّر صفة الاحتراف لدى أحدهما ليكون ملزما تجاه الآخر بالإعلام، وإذ يتبيّن من خلال تكريس هذه الصّفة أنّ لها تأثير في مسألة إثبات الإخلال بالإعلام، سواء تعلّق الأمر بعبء الإثبات ذاته (الفقرة الأولى) أو بالوسائل المعتمدة في ذلك (الفقرة الثانية)

---

[134] الفصل 642 فقرة 1.

[135] الفصل 642 ثانيا وثالثا.

[136] انظر :

- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C., Livre du Centenaire du C.O.C., op. cit., p. 384 et s.

[137] الفصل 672 م.ا.ع.

[138] انظر ما ذكره الأستاذ علي الخالدي في مقاله سابق الذّكر، ص 335.

[139] انظر مثلا :

- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., op. cit.

أ. تأثير صفة الاحتراف في عبء الإثبات

يجدر التّذكير في هذا الخصوص، أنّ التّطرّق إلى مسألة الإثبات[140]، يستوجب الوقوف عند نقطتين رئيسيّتين، تتعلّق إحداهما بآليّة الرّجوع إلى القاعدة العامّة المنظّمة للإثبات، وتهتمّ الثّانية بالبحث في مدى إمكانيّة تطويع هذه القاعدة في إطار الإخلال بالإعلام.

فبخصوص عبء الإثبات أصبح الرّجوع إلى القاعدة المضمّنة بالفصل 420 م.ا.ع. آليّا يفرضه قدم هذه القاعدة الّتي رأى فيها البعض قاعدة إجرائيّة تقليديّة[141]، من يتْلو عباراتها يتملّكه اليقين بأنّ عبء الإثبات يتحمّله المدّعي، فقد نصّت هذه القاعدة بعبارات صريحة تفيد أنّ "إثبات الالتزام على القائم به".

ومعنى ذلك أنّ القاعدة العامّة في الإثبات هو أنّ من يدّعي حقّا[142] عليه إثباته، فالشّخص الّذي يدّعي ملكيّته لعقار عليه إثبات ادّعاءه ومن يدّعي أنّه دائن لفلان بمبلغ معيّن يكون ملزما بإثبات علاقة المديونيّة ومبلغ الدّين، وبذلك تفيد هذه القاعدة أنّ الحقّ بدون إثبات كالعدم، لا يمكن لصاحبه أن يحصل عليه أو أن يستردّه.

ويجدر التذكير أنّ هذه القاعدة الإجرائيّة[143] الّتي تحمّل المدّعي عبء إثبات ما يدّعيه، ليست حكرا على المشرّع التّونسي فحسب بل تجد نظيرا لها في القانون المقارن[144].

كما تكتسي هذه القاعدة أهمّية عمليّة تجسّدها جملة من القرارات تؤكّد أنّ الإثبات عبء يتحمّله المدّعي وهي قاعدة طبّقها بصفة متواترة فقه القضاء الفرنسي[145] مؤكّدا أنّ المدّعي عليه الإثبات دون الأخذ

---

[140] انظر مثلا :

– محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني، النّظريّة العامة، الأشخاص – إثبات الحقوق، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2002.

– علي المزغنّي، قواعد الإثبات، منشورات مؤسّسة الإدارة العامّة، العربيّة السّعوديّة، 1985.

[141]

- KHALDI (A.), La place actuelle du consentement du malade à l'acte médicale dans le C.O.C. , Livre du centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.P.U. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006, p. 340.

[142] قد يتعلّق الحقّ موضوع الدّعوى بحقّ شخصي أو حقّ عيني.

[143] الفصل 420 م.ا.ع.

[144] انظر مثلا : الفصل 1315 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

[145] انظر مثلا :

بعين الاعتبار خصوصيّة بعض العلاقات العقديّة كما الشّأن بالنّسبة للمادّة الشّغليّة وطبيعة العلاقة الّتي تربط الأجير بمؤجّره، إذ رأت محكمة التّعقيب –خلافا لقضاة الأصل– أنّ قواعد الإثبات المدنيّة تنطبق على النّزاعات الشّغليّة ومنها أنّ المدّعي وهو العامل هو الذي يتحمّل عبء الإثبات حسب الفصل 420 م.ا.ع.[146].

إلاّ أنّ التّساؤل الذي يفرض نفسه هنا هو مدى إمكانيّة تطبيق قاعدة الإثباتُ على المدّعي في إطار علاقة متفاوتة الأطراف يدّعي أحد المتعاقدين عدم إعلامه ببيانات معيّنة تهمّه معرفتها للتّعاقد برضاء سليم.

" فهل أنّ الدّائن بالإعلام يخضع للقاعدة الكلاسيكيّة في الإثبات في صورة تمسّكه بإخلال معاقده بالإعلام ؟ ومطالبته بترتيب جزاءنتيجة هذا الإخلال ؟" [147]

إنّ تكريس المشرّع لصفة الاحتراف، واعتمادها فقها وقضاءً يُؤشّر بتخصيص نظام تعامل يُميّز العلاقات العقديّة متفاوتة الأطراف عن غيرها من العلاقات الّتي تشمل أطرافا متكافئة.

لقد وضع فقه القضاء[148] قرينة العلم في جانب المتعاقد المحترف وسايره في ذلك بعض الفقهاء مبيّنا أنّ المتعاقد المحترف لا يُفترض فيه تفوّقه في العلم والمعرفة فحسب بل يُعتبر كذلك عالما بمدى أهمّية البيانات الّتي يعلمها ومدى تأثيرها في إرادة معاقده[149].

وإذ يبدو بالاستناد إلى أعمال المحاكم وما تُجسّده من موقف ثابت في تطبيق قاعدة الفصل 420 من م.ا.ع. أنّ هذه القاعدة لا تخلو من مبرّرات تعزّز تداولها وآلية اعتمادها، فمن حيث المنطق والذّوق السّليم، يكون وجيها أن يتولّى من يدّعي حقّا على الغير إثبات ادّعاءه لأنّ هذا الادّعاء قد يصدق فيُعطى

- Cour de cassation française, 29/5/1951, D 1952-53, note R. SAVATIER, S. 1953. 41, note NERSON, J.C.P. 1951.II. 6421, note PERROT, R.T.D. Civ. 1951, 508. obs. H. et L. MAZEAUD.

[146] انظر في هذا الخصوص :

– القرار عدد 97–62628 المؤرّخ في 10 جوان 1999، منشور بمركز الدّراسات القانونيّة 1998–1999، ص 107.

– القرار عدد 60188 المؤرّخ في 24 جوان 1999، منشور بمركز الدّراسات القانونيّة 1999/1998، ص 131.

– القرار عدد 62276 المؤرّخ في 9 ديسمبر 1999، منشور بمركز الدّراسات القانونيّة 1999/1998 ، ص 161.

[147] نائلة بن مسعود، الأطروحة، العنوان الثّاني المتعلّق بجزاء الإخلال بالإعلام، ص 237 وما يليها، مرجع سابق.

[148] المرجع السابق، ص 203 وما يليها.

[149] نزيه محمّد الصّادق ، الالتزام قبل التّعاقدي بالإدلاء بالبيانات، مرجع سابق، ص 243 وما بعدها.

– وكذلك الفقيه : - GHESTIN (J.), Les obligations, op. cit., p. 398.

كلّ ذي حق حقّه، وقد لا يصدق كأن يكون مثلا ادّعاءً بالباطل، فلا يُعقل في هذا الحال أن يُلقي شخص ادّعائه على الغير لغاية في نفسه فيشوّش عليه راحته ويجعله متحمّلا إثبات براءته وهي الأصل فيه[150].

وفي صورة عدم إعلام المتعاقد المحترف معاقده بالبيانات الّتي يُقدّر أهمّيتها بالنّسبة إليهيطرح التساؤل حول كيفيّة إثبات المتعاقد غير المحترف إخلال معاقده بواجب إحاطته علما بالمعطيات الضرورية القانونية و الواقعية المتعلقة بموضوع العقد؟

لابدّ من الإشارة أنّ هذا التّساؤل يجد أساسه في ما يواجهه الدّائن من صعوبة في إثبات الإخلال بالإعلام ، إذ لا يخفى أنّ تطبيق الفصل 420 م.ا.ع. سيجعل الدّائن يُثبت أمرا سلبيّا (يتمثّل في عدم إعلامه مثلا) وهي مهمّة تجعله يتحمّل عبئا ثقيلا يُرهق كاهله. [151]

ولعلّ ثقل العبء الّذي يتحمّله الدّائن بالإعلام أدخل على قاعدة الفصل 420 م.ا.ع. بعض التّحفّظ في تطبيقها، ويعني ذلك أنّ عدم الاعتماد على هذه القاعدة في بعض الحالات والإحجام عن إعمالها بصفة آليّة دليل على إدراك القضاة بمشقّة ما سيتحمّله المتعاقد الدّائن لإثبات حقّه بوصفه مدّعيا.

وقد أبرزت مختلف العلاقات العقديّة الّتي تربط أطرافا غير متساوية مدى تخلّي فقه القضاء على مناجاة القاعدة الكلاسيكيّة في الإثبات المضمّنة بالفصل 420 م.ا.ع.

إذ تعكس علاقة الطّبيب بمرضاه صعوبة ما يُرتّبه تطبيق القاعدة الكلاسيكيّة في الإثبات من جهة، ويؤكّد –من جهة أخرى– مدى حاجة الخروج عن هذه القاعدة كلّما تعلّقت المسألة بإثبات أمر سلبي. ففي هذا السّياق بيّن بعضهم[152] أنّ اعتماد القانون الوضعي لمفهوم الإعلام في العلاقات العقديّة بصفة متزايدة يهدف بدرجة أولى إلى سدّ ثغرات الطّريقة التّقليديّة[153] في حماية الإرادة، وهو مفهوم تفرضه –بدرجة ثانية عدّة مقتضيات من بينها تلك الّتي تهتمّ بمعالجة العلاقات العقديّة الّتي تشمل أطرافا غير متساوية.

---

[150] الفصل 558 م.ا.ع.

[151] قد اعتبر الفقه بمعيّة القضاء أنّ المتعاقد المحترف يعلم أهمّية البيانات الّتي أخفاها عن معاقده ومدى تأثيرها في إرادته.

[152] انظر على وجه الخصوص :

- KHALDI (A.), La place actuelle du consentement du malade à l'acte médical dans le C.O.C., Livre du Centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.U.P. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006, p. 335 et s.

– وكذلك ما أشار إليه –في نفس الاتّجاه– الأستاذ محمّد بقبق في أطروحته، مرجع سابق الذّكر.

[153] والمقصود بها جملة القواعد المضمّنة بمجلّة الالتزامات والعقود المتعلّقة بحماية الإرادة من التعيّب.

ويتّضح من خلال التّوجّه التّشريعي أنّه قد فرض في عقود معيّنة على المتعاقد المحترف أو الّذي يكون أكثر علما من معاقده أن يدلي لهذا الأخير بالبيانات الّتي تجعله يتعاقد برضاء حرّ وواع وسليم[154].

وبما أنّ علاقة الطّبيب بمرضاه تكتسي طابعا خاصّا، إذ هي تقوم أساسا على عامل الثّقة، فإنّه يتعذّر تكوين حجّة بينهم تثبت مدى تنفيذ كلّ منهم لالتزاماته، وتحديدا مدى تنفيذ الطّرف المعتبر أقوى في العقد لالتزاماته، والطّرف المعني في هذا الإطار هو الطّبيب.

فخلافا لما يكون عليه الحال في إثبات أمر إيجابي (تنفيذ الالتزام بالإعلام) فإنّ إثبات واقعة سلبيّة (غياب الإعلام) يمثّل في حدّ ذاته صعوبة بالنّسبة للدّائن (المريض) الّذي يدّعي إخلال المدين (الطّبيب) بالالتزام بالإعلام إزاءه، فكيف لهذا الأخير أن يثبت ما دار بينه وبين طبيبه من حوار يتمّ عادة[155] في مكتب الطّبيب وفي كنف السرّية وفي غياب شهود ؟

وجدير بالذّكر أنّ تطبيق القاعدة الكلاسيكيّة في الإثبات، من شأنه أن يزيد وضعيّة الدّائن (المريض) سوءًا ومن شأنه كذلك أن يزيد في تعميق الفارق في المراكز العقديّة بين طرفين غير متكافئين بطبيعتهما. لذلك كان إدراك فقه القضاء الفرنسي لهذه الوضعيّة وتخلّيه عن موقف مستقرّ وسائد لمدّة زمنيّة طويلة[156] منعرجا غيّر اتّجاه القضاء في التّعامل مع الوضعيّات المتفاوتة من جهة ومع كيفيّة تطبيق النّصوص القانونيّة من جهة أخرى.

---

[154] انظر مثلا :

– علي الخالدي ، مرجع سابق الذّكر، ص 335.

– محمّد الزّين، النظريّة العامّة للالتزامات، مرجع سابق الذّكر، ص 241.

[155] انظر :

- BERG (S.H.), Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz.Pal. 10 septembre 1998, p. 1121.

[156] إذ بقي فقه القضاء الفرنسي مستقرّا على تطبيق قاعدة الإثبات على من يدّعي، لفترة طويلة، يرجع تاريخها للخمسينيات 1951 (انظر بأكثر دقّة الأستاذ علي الخالدي، مرجع سابق، ص 340 وكذلك الهوامش).

فبخصوص التّغيير الطّارئ على وضعيّة المتعاقدين فإنّ العبء الّذي كان يتحمّله الدّائن بالإعلام، لا ينكر أحد ثقله بالنّسبة إليه ومع ذلك كان الدّائن بوصفه مدّعيا يتحمّله ويُذعن للأحكام الّتي تنظّمه إذ ليست له إمكانيّة التّفصّي من تطبيقه، حتّى أدرك فقه القضاء ذلك ويسّر عليه مهمّة الإثبات[157].

أمّا بخصوص التغيّر الطّارئ في فهم النّصوص القانونيّة وفي كيفيّة تطبيقها، فقد أعمل القضاء تقنية قانونيّة تغافل عنها من قبل تتمثّل في قلب عبء الإثبات، إذ أكّدت محكمة التّعقيب الفرنسيّة[158] في إحدى قراراتها على ضرورة إثبات الطّبيب تنفيذه للالتزام بالإعلام المحمول عليه لدفع ادّعاء الإخلال الموجّه ضدّه من قبل المريض.

واستنادا إلى ما ذهبت إليه محكمة التّعقيب الفرنسيّة في هذا القرار فهي قد أرست بذلك قاعدة تفيد التزام الطّبيب بالتزام خاصّ يحتّم عليه إعلام مريضه ويُحمّله عبء إثبات تنفيذه[159].

ولعلّه كان من قبيل الصّدف أن ينهج كلّ من فقه القضاء التّونسي[160] ونظيره الفرنسي[161] نفس الاتّجاه بخصوص تحديد الطّرف المتحمّل عبء الإثبات في علاقة تعاقديّة متفاوتة الأطراف. إذ تميّزت فترة أواخر التّسعينات بانعراج فقه قضائي موحّد، حاد فيه القضاء –في كلي البلدين– عن القاعدة الإجرائية الكلاسيكيّة المعتمدة في الإثبات والّتي تحمّل آليّا المدّعي عبء إثبات ما يدّعيه وهي قاعدة إجرائيّة صارمة لا تتماشى مطلقا مع قصد المشرّع من إرساء قواعد الإثبات ولا مع اعتماده المتزايد لمفهوم الإعلام الّذي نجده يسود مختلف العقود.

---

[157] ويبرز ذلك خاصّة من خلال إعفاء الدّائن من تحمّله آليّا عبء الإثبات وذلك بمناسبة تسوية نزاعات شغليّة بين الأجير ومؤجّره تتعلّق بتحديد الطّرف المتحمّل عبء الإثبات (انظر في هذا الخصوص ما أورده الأستاذ أحمد بن طالب، في مقاله مجلّة الالتزامات والعقود أمام الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب، كتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود : 1906–2006 ، مركز النّشر الجامعي، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2006، ص 312).

[158] انظر :

- Cass. Civ. 25 février 1997, Somm. p. 319, note J. PENNEAU, Rev. dr. santé, 1997-98, p. 337.

[159] انظر ما أورده الأستاذ علي الخالدي بخصوص تعليل المحكمة لقرارها، مرجع سابق الذّكر وارد بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، ص 341.

[160] انظر سلسلة القرارات الواردة بمقال الأستاذ أحمد بن طالب المضمّن بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 312 و313 مع الهوامش.

[161] انظر ما أورده الأستاذ علي الخالدي في مقاله المضمّن بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 341 مع الهوامش 51 و52.

إذ يجدر التّذكير أنّ التّطبيق الآلي للفصل 420 م.ا.ع.، دون الأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة العقد ومدى تكافئ أطرافه، فيه تنافي واضح مع نظام قواعد الإثبات، الّذي اعتبره القضاء المقارن[162] يقوم على مبدإ التّعاون بين الطّرفين على إعداد وتكوين الحجج أمام القضاء.

كما أنّ إعمال أحكام الفصل 420 م.ا.ع. دون مرونة يُلغي أهمّية ومكانة مفهوم الإعلام في المنظومة القانونيّة عامّة وهو أمر يُستبعد أن يرمي إليه المشرّع، وذلك خاصّة بعد تزايد اعتماد مفهوم الإعلام وتكريسه[163].

من هنا تجوز ملاحظة أنه ليس من المعقول أن يمنح المشرّع حقّ الإعلام لأحد الطّرفين وأن يُعسّر عليه في الآن ذاته، أمر إثبات الإخلال به خاصّة وأنّ إثبات واقعة سلبيّة (عدم الإعلام) أمر لا ينفي أحد صعوبة تحقيقه لذلك كان منطقيّا أن يعمد القضاء للآليات القانونيّة المخوّلة له[164] وأن يسعى إلى حسن تطبيق القانون خاصّة وإن وفّر له المشرّع أرضيّة لذلك[165] ومنحه سلطة الاجتهاد والتّقدير في عديد المناسبات كمعالجته مثلا لمدى تأثير اختلال المراكز العقديّة في وسائل الإثبات.

ب. تأثير صفة الاحتراف في وسائل الإثبات

لابدّ من الإشارة في هذا الإطار أنّ اعتماد صفة الاحتراف وتكريسها لتأكيد اختلال المراكز العقديّة لم يكن له تأثير في القواعد العامّة المنظّمة لعبء الإثبات فحسب، بل كان له كذلك تأثير في الوسائل المعتمدة لذلك.

---

[162] انظر :

- Cass. Civ. 25 fév. 1997, décision citée par Mr. Ali KHALDI, p. 341.
« La Cour de cass. justifie sa décision par le principe de meilleure aptitude à la preuve qu'elle rattache au principe de la collaboration des parties au procès dans l'administration de la preuve ».

[163] نائلة بن مسعود، الأطروحة، مرجع سابق، ص 87 وما يليها.

[164] من بين هذه الآليّات، وفي باب اجتهاد القاضي، يقع اعتماد تقنية قلب عبء الإثبات لتيسير مهمّة المدّعي خاصّة إن كان هو الطّرف الضّعيف في العقد.

[165] انظر مثلا الفصل 421 م.ا.ع.

ولئن ميّز الفقه[166] بين التّصرّف القانوني والواقعة القانونيّة وضبط نظام كلّ منهما من حيث وسائل الإثبات وكذلك من حيث اختلاف درجتها ومدى قبولها، فإنّ المشرّع قد نظّم بدوره مختلف وسائل الإثبات وبيّن كيفيّة اعتمادها وقوّتها الثّبوتيّة ضمن الفصل 427 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود.

إلاّ أنّ السّؤال المطروح في إطار علاقة تعاقديّة متفاوتة الأطراف يحوم حول الخصوصيّة الّتي قد يضفيها اعتماد مفهوم االإحتراف على وسائل الإثبات عند تمسّك أحد المتعاقدين بإخلال معاقده بواجب ما كإعلامه و إحاطته علما بمعطيات ضرورية ؟

تقتضي الإجابة عن هذا التّساؤل الإشارة إلى أنّ الخصوصيّة الّتي يُضفيها اعتماد مفهوم الإحتراف في عقد غير متكافئ تكمن في العلاقة القائمة بين ضبط الوسائل المعتمدة لإثبات الإخلالات ، وبين محتوى هذا الإخلال، ويعني ذلك أنّ تحديد محتوى الالتزام المنبثق عن صفة الإحتراف يُعتبر مرحلة هامّة لمعرفة وجود الإخلال به من عدمه، لذلك كان من اللاّزم البحث في الطّبيعة القانونيّة للالتزام المحمول على المتعاقد المحترف وتكييفه إمّا بالتصرّف القانوني أو بالواقعة القانونيّة.

لا أحد يُنكر الفائدة من التّمييز[167] بين التصرّف القانوني والواقعة القانونيّة لتحديد وضبط وسائل الإثبات بالنّسبة لكلّ منهما.

إلاّ أنّ تحديد وسائل الإثبات في علاقة متفاوتة الأطراف يكتسي طابعا مميّزا وذلك لارتباطه بكيفيّة تحديد التزامات الأطراف في العقد، ويعني ذلك تحديد الشّكل الّذي يحتويها، فإن كانت هذه الالتزامات واردة في كتب يُبيّنها ويضبط حدودها، وُصفت بكونها من قبيل التّصرّفات القانونيّة فيكون إثبات تنفيذها طبقا للوسائل الّتي أقرّها القانون وضبطها[168].

---

[166] انظر ما ذكره الأستاذ صلاح الدّين الملّولي في هذا الخصوص في مقاله :

La preuve des actes juridiques dans le code des obligations et des contrats, Livre du centenaire du C.O.C. : 1906-2006, Centre de Publication Universitaire, Fac. Dt. Sc. Po. Tunis, 2006, p. 235 et s.

[167] انظر مثلا : - MELLOULI (S.), La preuve des actes juridiques dans le C.O.C., op. cit., p. 236.

– محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني – النّظريّة العامّة – الأشخاص – إثبات الحقوق، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسية، 2002.

[168] انظر الفصل 422 وما بعده من م.ا.ع.

أمّا إذا كان الالتزام –موضوع النّزاع بين الأطراف– من قبيل الواقعة القانونيّة[169]، فإنّ إثباته يكون بكلّ الوسائل القانونيّة المخوّلة لذلك.

ويُعتبر واجب الإعلام مثلا في العلاقات العقديّة عامّة التزام محمول على أحد الطّرفين حسب وضعه في العقد، أمّا في العلاقات العقديّة متفاوتة الأطراف بوجه خاصّ،أي التي تضم طرفا محترفا فيعتبر – إضافة إلى كونه التزام يُلقى على عاتق الطّرف المعتبر أكثر علما ومعرفة – حقّا ينتفع به الطّرف المقابل في العقد يُكرّسه القانون، ويمنح بمقتضاه الدّائن الحق في الإعلام[170]، ونظّمه بكيفيّة جعلت الإعلام – أحيانا– يرتقي إلى صنف التصرّف القانوني بعد أن كانت القاعدة فيه أنّه واقعة قانونيّة[171].

وتعتبر الحالات الّتي يكون فيها الإعلام من قبيل التّصرّفات القانونيّة، حالات استثنائيّة نظّمها المشرّع بدقّة نظرا لعدم تكافئ الأطراف المتعاقدة وجعل أحدهما المعتبر الأكثر خبرة ومعرفة ملزم تجاه الآخر بالإدلاء بالبيانات الّتي تهمّه عند إلزام العقد، فلم يكتف بالتّنصيص على المعطيات الواجب إعلام المُعاقد بها بل حدّد كذلك الشّكل الذي يحويها وفرض في جلّها[172] أن يكون كتابة.

ويتجسّد هذا التّوجّه للمشرّع من خلال جملة من العقود يبرز فيها جليّا اختلال المراكز العقديّة بين الأطراف، كعقود التّأمين والتّطبيب والبيع والإجارة[173]، و تسيير الشركات.[174]

---

[169] وتعرف الواقعة القانونيّة على خلاف التصرّف القانوني – بكونها كل حدث –إرادي أو غير إرادي ، يرتّب آثارا قانونيّة لم تنصرف إليها إرادة الأطراف.

– انظر بخصوص التّمييز بين التّصرّف القانوني والواقعة القانونيّة .

- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, Les obligations, éd. Sirey, Paris 1962, n° 20.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), Droit civil, les obligations, l'actes juridique, A. Colin, Paris, 10ème éd., 2002, n° 60.

[170] انظر الأستاذ علي الخالدي في مقاله المضمّن بكتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود، مرجع سابق الذّكر، ص 235.

[171] نزيه محمّد الصّادق المهدي، الالتزام قبل التّعاقدي بالإدلاء...، مرجع سابق الذكر.

[172] نائلة بن مسعود، الأطروحة، مرجع سابق، ص 240.

[173] والمقصود في هذا الإطار عقد الإجارة على الصّنع، الّذي أشار إليه الفصل 867 م.ا.ع. وكذلك القانون عدد 9 المؤرّخ في 31 جانفي 1994 والقانون عدد 90–17 المؤرّخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بالبعث العقاري والمنقّح بالقانون عدد 76–91 المؤرّخ في 02 أوت 1991 المنقّح بالقانون عدد 2000–94 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2000، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 91، 14 نوفمبر 2000، ص 3040.

[174] Chokri SNOUSSI , la bonne foi dans le droit des sociétés commerciales, op. cit. p. 155.

ففي إطار عقد التّأمين، خصّص المشرّع قسما كاملا بيّن فيه ما على الطّرف الأكثر علما ومعرفة بموضوع التّأمين – وهو المؤمّن له – من التزام بالتّصريح بالبيانات الّتي من شأنها أن تجعل العقد المبرم بين الطّرفين عقدا متكافئا، لذلك نجده قد بيّن ضمن الفصل 7 من القانون المنظّم لعقد التأمين[175] محتوى الالتزام بالإعلام وأوجب على المؤمّن له "...أن يجيب بأمانة ودقّة على جميع الأسئلة المضمّنة بمطبوعة الإعلام بالخطر والّتي يستفسره المؤمّن بواسطتها عند إبرام العقد عن الظّروف الّتي من شأنها أن تمكّنه من تقييم المخاطر الّتي يتكفّل بها" و"أن يصرّح بالظّروف الجديدة الّتي تطرأ خلال سريان العقد والّتي تجعل الأجوبة الواردة بمطبوعة الإعلام بالخطر غير مطابقة للواقع ويجب عليه أن يعلم المؤمّن بتلك الظّروف في أجل ثمانية أيّام ابتداء من تاريخ علمه بها".

كما أوجب عليه "أن يقوم بإعلام المؤمّن بكلّ حادث من شأنه أن ينجرّ عنه ضمانه حال علمه به، وفي كلّ الحالات في أجل لا يتجاوز خمسة أيّام عملا من تاريخ علمه بالحادث...".

ويبدو جليّا من خلال عبارات الفصل المذكور أنّ المشرّع قد حمّل المؤمّن له التزامات متعدّدة تجاه المؤمّن[176]، إذ هو ملزم بمدّه بكلّ البيانات الّتي من شأنها أن تمكّنه من تقييم المخاطر المتكفّل بها، كما عليه أن يقوم بهذا التّصريح بكلّ أمانة ودقّة أي أنّه ملزم بالتّصريح بمعلومات صحيحة للمؤمّن حتى يكون تقييمه للمخاطر المتكفّل بها صائبا.

وإضافة إلى التزام المؤمّن له بالإجابة عن الأسئلة المطروحة عليه ضمن مطبوعة الإعلام بالخطر، فإنّ التزاما آخر في جانبه يجعله مدينا للمؤمّن بالتّصريح بالظّروف الجديدة الّتي تطرأ أثناء سريان عقد التّأمين والّتي من شأنها أن تجعل الأجوبة المضمّنة بمطبوعة الإعلام بالخطر غير ناجعة في تقييم الخطر المتكفّل به، كما يتحمّل المؤمّن له في هذا الإطار التزاما بالإعلام يبيّن كلّ حادث يرتّب ضمان المؤمّن حال علمه به.

وإذ يبدو في ضوء ما سبق، أنّ المشرّع قد حدّد محتوى الالتزام بالإعلام المحمول على المؤمّن له، وجعله مضمّنا بكتب يتّخذ شكل مطبوعة أو استمارة يسلّمها له المؤمّن ليُدلي بالبيانات اللاّزمة لإمكانية تقييم المخاطر المحتملة تقييما صحيحا.

---

[175] القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرّخ في 9 مارس 1992 المتعلّق بإصدار مجلّة التأمين.

[176] انظر مثلا :

- ZINE (M.), Cours, Droit des assurances, Fac.Dt.Sc.Pol., Tunis, 1995-1996.

وقد سعى المشرّع كذلك إلى تحديد محتوى الالتزام بالإعلام ضمن مختلف القوانين[177] المنظّمة لحماية المستهلك باختلاف أشكال تعامله مع ذوي الاختصاص، سواء كان العقد بين طرفين حاضرين أو بين غائبين، إذ أصبغ المشرّع هذه القوانين بصبغة خاصّة تمثّلت في الشّكلية المفرطة الّتي أوجبها وألزم بها البائع تجاه المستهلك حتى كاد يُخرج عقد البيع الواقع على منقول من مبدإ الرّضائية الّذي يحكمه[178].

وقد أورد أحدهم[179] مبرّرا النّزعة الشّكليّة المهيمنة على قانون الاستهلاك[180] بكونها شكليّة إعلاميّة يكرّسها هذا القانون الحمائي، من شأنها أن تخدم الإعلام وتطوّره، مبيّنا أنّه خلافا لسائر العقود المبرمة في ظلّ نظرة تقليديّة تمنح لكلّ معاقد الحق في الكتمان وتبيح أحيانا الحقّ في الكذب – على أن لا يكون مصاحبا بحيل وخزعبلات – فإنّ العقد المبرم بين المستهلك والحرفي يقوم أساسا على التزام الشّفافيّة، فالحرفي ملزم بإرشاد معاقده غير الحرفي على أحسن وجه، وعليه ليكون أهلا للقيام بذلك –أن يسترشد بدوره ويدرس منتوجه ويقوم بتجربته ثمّ يجعل نتائج اختباراته معلومة بالنّسبة للعموم.

أمّا بخصوص علاقة الطّبيب بمرضاه، فهي تقوم عامّة على عامل الثّقة والاحترام والسّرّية، إلاّ أنّ تكريس مفهوم الإعلام واعتماده في مختلف العلاقات العقديّة قد امتدّ ليصل إلى هذه العلاقة ويجعلها تخضع لأحكام خاصّة وذلك لسببين هامّين، أوّلهما، أنّ هذه العلاقة تجمع بين طرفين غير متكافئين، وثانيهما، أنّها تضع في الميزان الحرمة الجسديّة للشّخص[181] الأمر الّذي جعل المشرّع يتدخّل مكرّسا

---

[177] انظر مثلا :

– القانون عدد 11792 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلّق بحماية المستهلك، مرجع سابق الذّكر.

– القانون عدد 4098 المؤرّخ في 2 جوان 1998 المتعلّق بآليات البيع والإشهار التّجاري.

– القانون عدد 83 –2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة، مرجع سابق الذّكر.

[178] انظر في هذا الخصوص :

– الأستاذ محمّد بقبق في مقاله بالفرنسيّة : التّجارة الإلكترونيّة ، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 2005، مرجع سابق الذّكر.

[179] انظر :

- BEL HAJ HAMOUDA (A.), La volonté est-elle encore l'élément moteur du processus contractuel ? R.T.D. 2005, p. 21 :

« Dans la conception classique, les parties ne sont pas obligées de tout dire, chacune a droit à la réticence. voir au mensonge pourvu qu'il ne s'accompagne pas de manœuvres frauduleuses (dol au sens de l'art. 56 C.O.C.). « Dans le droit de la consommation, au contraire, une obligation de transparence pèse sur le professionnel, une obligation de renseignement pleinement le non professionnel …. (Carbonnier, p. 182).

Le formalisme informatif (mentions et formalités imposées au professionnel) consacré par ce droit protecteur, peut améliorer cette information ».

[180] ترجمة شخصيّة لعبارة : Droit de la consommation.

[181] انظر :

صراحة التزاما بالإعلام يتحمّله الطّبيب بوصفه الطّرف المختصّ إزاء المريض لكونه متعاقدا غير مختصّ، ناصّا –في بعض الحالات– على وجوب التّعبير عن العلاقة الرّابطة بين الطّرفين في كتب يتضمّن بالضّرورة البيانات الّتي حدّدها القانون[182]. بقطع النّظر عن الحالات الخاصّة[183] الّتي يُعفى فيها الطّبيب من الالتزام بالإعلام كتابة، والّتي اعتبرها المشرّع استثناءً للاستثناء ترجع الحال إلى أصل ما كان عليه.

وبالرّجوع إلى مختلف هذه العلاقات، فهي تُبيّن من جهة تفاوت الأطراف فيها كما أنّها تؤكّد من جهة أخرى وجود ميادين يكون فيها الكتب شكليّة ضروريّة لإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام من عدمه.

وحريّ بالذّكر أنّ هذه الحالات الّتي نصّ فيها المشرّع صراحة على ضرورة التعبير عن الإعلام كتابة هي حالات استثنائيّة يكون فيها الإعلام من قبيل التصرّفات القانونيّة الّتي تستوجب الكتب لإثباتها. أمّا الحالات الّتي أوجب فيها المشرّع الإعلام ولكنّه سكت عن الشّكل الّذي يبرز من خلاله، يعود الإعلام إلى القاعدة فيه ليُعتبر من قبيل الوقائع القانونيّة الّتي يمكن إثباتها بجميع الوسائل.

وإذ تبرز –استنادا إلى ما سبق– خصوصيّة مفهوم الإحتراف و ما يترتب عنه من إلتزامات ومدى تأثّر نظام إثباته في إطار العقد الذي يحويه وخاصّة بمدى تساوي أطرافه، إذ لا يمكن الجزم بطبيعته القانونيّة وضبط وسائل إثبات تنفيذه من عدمه إلاّ بعد تحديد محتواه والوقوف على الشّكل الّذي يتجسّد من خلاله. وهو أمر قد نظّمه المشرّع بصورة تختلف باختلاف وتنوّع صفة الأطراف المتعاقدة وخاصّة تلك الّتي تجعل العقد من صنف العقود غير المتكافئة نظرا لاكتساب أحد أطرافها صفة الاحتراف من جهة، ولافتراض سوء النية فيه من جهة أخرى.

- KHALDI (A.), La place actuelle du consentement du malade dans le C.O.C., op. cit.

[182] انظر على وجه الخصوص :

– الفصل 7 من القانون عدد 91–22 المؤرّخ في 1991/3/25 المتعلّق بأخذ الأعضاء وزرعها، مرجع سابق الذّكر.

[183] والمقصود بها الحالات الاستعجالية (les cas d'urgence) والحالات الّتي يتنازل المريض فيها عن حقّه في الإعلام La renonciation du malade à son droit de l'information ، وقد اعتمد فقه القضاء الفرنسي الحالات الاستعجاليّة لتبرير غياب الإعلام وإعفاء الطّبيب من الالتزام به (انظر مثلا :

- Cass. Civ., 7 octobre 1998, B.C. N. 291, CE, 5 juin 2000, Rev. n° 198530).

الخاتمة

إن عبارة المتعاقد المحترف بما تحمله من إنطباع أولي خاص يجمع بين من التوجس و الحيطة و الشك و الريب إزاء نوع من المتعاقدين، تبدو من خلال هذه الدراسة في صورة مختلفة تماما عن كل تلك الهواجس ذلك لأن هذا المفهوم إنما يراد به وضع نظام قانوني حمائي لفئة ضعيفة من المتعاقدين.

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة المتواضعة إبراز فكرة هامة و هي أن المشرع لم يضع نظاما قانونيا خاصا تحت تسمية "متعاقد محترف"، بل لم ينص أساسا على عنوان يقع فيه التمييز لنوع من العقود التي تضم طرفا محترفا، بل كل ما وقع هو إجتهاد فقهي و قضائي مؤسس على نصوص عامة و خاصة أريد م خلاله تبني مفهوم جديد و متميز لفئة من العقود التي تضم طرفا محترفا.

إن الغاية من المفهوم السالف الذكر ليس بالضرورة إتهام المتعاقدين المتخصصين بالتحيل و التدليس أو إحاطتهم بهالة من التوجس و الخوف و الشك و توجيه أصابع الإتهام إليهم، بقدر ما هو إرساء لمفهوم قانوني ضروري يرجى من ورائه وضع نظام قانوني يحمي الطرف الضعيف و الجاهل و غير المتخصص إزاء طرف ذو مركز قوي و يملك المعرفة و الدراية و المعلومة و المتخصص بموضوع العقد.

و لعل أهم ما تم تبنيه في هذا الصدد هو إعتبار أن سوء النية مفترضة عندما يكون أحد أطراف العقد متميزا بالإحتراف و بامتلاك المعرفة و الدراية بما يعفي الطرف الجاهل من كل جهد لإثبات التدليس و إستغلال معاقده المحترف لجهله و عدم تخصصه.

من جهة أخرى، أصبح نظام الإثبات مختلفا عن النظام العادي للعقود، بمعني قلب عبء الإثبات ليصبح المدعى عليه "المحترف" هو المعني بتقديم الحجج و البراهين على قيامه موضوعيا بكل ما يلزم إزاء معاقده و هو ما تمت تسميته في قانون الشركات واجب الحرص وواجب الأمانة المحمول علة مسيري الشركات التجارية.

تونس في 30 سبتمبر 2011

قائـمـة

الـمـراجـع

1. المراجع باللغة العربية

- نائلة بن مسعود، واجب الإعلام في العقود، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس المنار، 2009.
- مجمع اللّغة العربيّة، المعجم الوسيط، الجزء الأوّل، إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة (غير موجود).
- أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر و الطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، 1991
- نزيه محمّد الصّادق المهدي، الالتزام ما قبل التّعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلّقة بالعقد. دار النهضة العربية،1982.
- فدوى القهواجي، البائع المحترف من خلال فقه قضاء محكمة التّعقيب، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2002-2003.
- محمّد الزّين، النّظريّة العامّة للالتزامات، العقد، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1997.
- جميل الشّرقاوي، النّظريّة العامّة للالتزام، الكتاب الأوّل، مصادر الإلتزام 1981.
- عبد الفتّاح عبد الباقي،أحكام القانون المدني المصري، قسم النشر بالجامعة الأمريكية، 1975.
- عبد الفتّاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، 1984
- علي رجب، التّغرير في إبرام العقود، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة – قانون خاص، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1990.
- سامي الجربي، تفسير العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، مركز النّشر الجامعي، 1999.
- يوسف الكناني، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 2490 مؤرّخ في 6 فيفري 1979، ن.م.ت. 1979.
- أحمد حسن البرعي، نظريّة الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، العقد
- نذير بن عمّو، الشّرط الجزائي بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان، تعليق على القرار عدد 42624 المؤرّخ في 28 أفريل 1994، المجلّة القانونيّة التّونسيّة لسنة 1996.
- حسين بن سليمة، حُسن النيّة في تنفيذ العقد، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة تونس، 1985-1986.
- نبيلة الكرّاي، حُسن النّيّة في المادّة العقاريّة، مذكّرة للحصول على شهادة الدّراسات المعمّقة، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1991.
- علي الجلّولي، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 28352 ، مؤرّخ في 16 جانفي 1991، مجلّة الدّراسات القانونيّة لسنة 1995 -1996.

- محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني، النّظريّة العامة، الأشخاص – إثبات الحقوق، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2002.
- علي المزغنّي، قواعد الإثبات، منشورات مؤسّسة الإدارة العامّة، العربيّة السّعوديّة، 1985.
- محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني – النّظريّة العامّة – الأشخاص – إثبات الحقوق، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسية، 2002.
- كتاب مائوية مجلّة الالتزامات والعقود : 1906–2006 ، مركز النّشر الجامعي، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2006

القوانين

- القانون عدد83 لسنة 1992، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التونسيّة عدد 83 لسنة 1992، ص 1583.
- القانون ع117دد لسنة 1992، المؤرّخ في 1992/12/7 المتعلّق بحماية المستهلك، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 83 لسنة 1992، ص 1583,
- – القانون ع64دد لسنة 1991، المؤرّخ في 1991/7/29، يتعلّق بالمنافسة والأسعار، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 55، أوت 1991، ص 1145 المنقّح بجملة من القوانين.
- القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرّخ في 9 مارس 1992 المتعلّق بإصدار مجلّة التأمين.
- القانون عدد 40–98 المؤرّخ في 02 جوان 1998 المتعلّق بالبيع والإشهار التّجاري، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 44، المؤرّخ في 2 جوان 1998، ص 1201 (بالفرنسيّة).
- القانون عدد 83–2000 المؤرّخ في 09 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 64 المؤرّخ في 11 أوت 2000، ص 2084.
- الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بمجلّة واجبات الطّبيب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 40 لسنة 1993، ص 764.
- القانون عدد 11792 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلّق بحماية المستهلك، مرجع سابق الذّكر.
- القانون عدد 4098 المؤرّخ في 2 جوان 1998 المتعلّق بآليات البيع والإشهار التّجاري.
- القانون عدد 83 –2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة

2. المراجع باللغة الفرنسية

−MIALON (M.F.), Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil, Rev.trim.dt.civ., J.C.P. 1973.
- SAVATIER (R.), Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, 1972, chron. 23.
- CORNU (G.), Rev. trim..dt.civ. 1972, p. 418, n° 5 (du devoir de conseil).

- IVAINER (T.), De l'ordre technique à l'ordre technologique, Semaine juridique, Doctrine, 1972.

- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C. : Exemple la garantie des dommages à l'ouvrage, Livre du Centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.P.U. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006.
- GHESTIN (J.), Les obligations , 1980,
- GESTIN (J.), Le contrat, la formation, 2ème éd., L.G.D.J. Paris 1988.
- GHESTIN (J.), La notion d'erreur dans le droit positif actuel, L.G.D.J. Paris 2ème éd., 1971.
KNENI (Y), La lésion est-elle une entité juridique autonome ? R.T.D. 1978.
- GHESTIN – BILLIAU et JAMIN, Traité de droit civil ; le contrat ; les effets, L.G.D.J., 1994.
- DENIS (Ph.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge, in travaux de l'association H. Capitant, T. XL III, Litec, 1992.
- CRUNING (D.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport louisianais, in travaux de l'association H. Capitant, T. XL III, Litec, 1992.
- LEFEBVRE (B.), La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport canadien, Association H. Capitant.
- FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, L.G.D.J., Paris 1992.
KNANI (Y.), La vente avec facilité du paiement, in Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi, C.P.U., Tunis, 2000.
- BACCOUCHE (S.), L'obligation d'informer dans les contrats, mémoire de D.E.A., Fac.Dt.Sc.Pol. Tunis, 1988. p. 6.
- BRAHMI-ZOUAOUI (N.), L'évolution de la responsabilité du médecin, R.T.D. 2005.
- Chokri SNOUSSI, La bonne foi dans le droit des sociétés commerciales , mémoir de Mastère , FDSPT , 2009.
- ALISSE (A) , L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse Paris II (sans date) n° 139.

- Com. 17/12/1973, J.C.P. 1975, II, 17912, note SAVATIER : « Le vendeur professionnel est tenu de connaître les vices de la chose par lui vendue ».

- Cour de cass. chamb. civ. 27 fév. 1996, Pouvoir n° 84. 10.120.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 20 fév. 1996, Pouvoir n° 93-20.829.

- Cour de cass. 3ème chamb. civ. 24 janv. 1996, Pouvoir n° 94.10.165.

- Cour de cass. chamb. comm. 12 mars 1996, Pourvoi n° 93-19.278.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 27 fév. 1996, Pourvoi n° 94.12.194.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 27 fév. 1996, Pourvoi n° 94.10.789.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 13 fév. 1996, Pourvoi n° 93.14.217.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 23 janv. 1996, Pourvoi n° 94.12.256.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 16 janv. 1996, Pourvoi n° 93.12.588.

- Cour de cass. 1ère chamb. civ. 19 décem. 1996, Pourvoi n° 95.10.490.

- Cour de cass. civ. 17 nov. 1984, J.C.P. 1985.

- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. 1949.

- PICOD (Y.), L'exigence de la bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque J.D.A. Aix Marseille, 1993.

- LYON-CAEN (G.), De l'évolution de la bonne foi, R.T.D.Civ. 1946.

- Richard, Recueil des travaux internationaux du droit comparé, T.II, La révision du contrat par le juge.

- BRUN (P.L.), Le rôle et les pouvoirs des juges dans le code civile suisse, thèse, Grenoble, 1924.

- DESSENS, Essaie sur la notion d'équité, Thèse, Grenoble 1924, p. 75.

- DELAGRANGE, L'intervention du juge dans les contrats, Thèse, 1935.

- BELAID (S.), Essaie sur le pouvoir créateur et normatif du juge, L.G.D.J. Univ. Tunis, 1973.

- BOULOUIS, Les principes généraux du droit, Revue internationale du droit comparé, Volume 2, 1980.

- LYON-CAEN (G.), De l'évolution de la notion de bonne foi, R.T.D.Civ., 1946.

- BRETON, Les effets civils de la bonne foi, Revue critique, 1926.

- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C., Livre du Centenaire du COC 1906-2006.

- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. 1949.

- WEBER (J.-F.), Nature et régime de la responsabilité des constructeurs d'ouvrages immobiliers en cas de faute dolosive, Dall. 2001.

- BEN AMMOU (N.), Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse, droit, Tunis, 1996.

- BEL HAJ HAMOUDA (A.), La volonté est-elle encore l'élément moteur du processus contractuel ? Livre du Centenaire du C.O.C. : 1906-2006.
- SAFI (Z.), Pérennité des dispositions techniques du C.O.C., Livre du Centenaire du C.O.C.
- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J.
- KHALDI (A.), La place actuelle du consentement du malade à l'acte médicale dans le C.O.C. , Livre du centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.P.U. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006.
- Cour de cassation française, 29/5/1951, D 1952-53, note R. SAVATIER, S. 1953. 41, note NERSON, J.C.P. 1951.II. 6421, note PERROT, R.T.D. Civ. 1951, 508. obs. H. et L. MAZEAUD.
- KHALDI (A.), La place actuelle du consentement du malade à l'acte médical dans le C.O.C., Livre du Centenaire du C.O.C. 1906-2006, C.U.P. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006.
− BERG (S.H.), Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz.Pal. 10 septembre 1998, p. 1121.

- Cass. Civ. 25 février 1997, Somm. p. 319, note J. PENNEAU, Rev. dr. santé, 1997-98, p. 337.
La preuve des actes juridiques dans le code des obligations et des contrats, Livre du centenaire du C.O.C. : 1906-2006, Centre de Publication Universitaire, Fac. Dt. Sc. Po. Tunis, 2006, p. 235 et s.
- MELLOULI (S.), La preuve des actes juridiques dans le C.O.C., op. cit., p. 236.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, Les obligations, éd. Sirey, Paris 1962, n° 20.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), Droit civil, les obligations, l'actes juridique, A. Colin, Paris, 10ème éd., 2002, n° 60.
- ZINE (M.), Cours, Droit des assurances, Fac.Dt.Sc.Pol., Tunis, 1995-1996.
- BEL HAJ HAMOUDA (A.), La volonté est-elle encore l'élément moteur du processus contractuel ? R.T.D. 2005.