

العنوان:	حماية الطرف الضعيف فى القانون المدنى: حماية الطرف الضعيف وبنود الإعفاء من المسؤولية
المصدر:	مجلة بحوث ودراسات قانونية
الناشر:	جمعية الحقوقيين
المؤلف الرئيسي:	بلحاج، الحبيب
المجلد/العدد:	ع11
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2015
الصفحات:	40 - 21
رقم MD:	781762
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القانون التونسي، القانون المدنى، الإعفاء من المسؤولية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/781762

أولاً:

حماية الطرف الضعيف في القانون المدني

© حماية الطرف الضعيف وبنود الإعفاء من المسؤولية

الحبيب بلحاج

حماية الطرف الضعيف وبنود الإعفاء من المسؤولية

الدبيب بالحاج (*)

يعتبر الأستاذ Frederic Leclerc أن الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمها التخوف بحكم ضعف أحدهما وذلك لأسباب متعددة كانهدام الأهلية أو نقصها وضعف التجربة أو الخبرة أو مرض أو عدم التوازن بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾. أما بنود الإعفاء فهي عبارة يراد بها كل نص يرتبط بعمل قانوني يكون القصد منه عدم إلزام المدين بنتائج المسؤولية في صورة الإخلال بالعقد.

انطلاقاً من تعريف بنود الإعفاء من المسؤولية، يتبادر إلى الذهن أن هذه الاتفاقات تفتح الباب أمام إساءات بالغة وتشجع على الإهمال ولا تنسجم مع الحماية التي أراد المشرع أن يحيط بها بعض الأطراف. وفي الواقع هذا ما ارتأته بعض المحاكم في بداية ظهور هذه الاتفاقات عندما قضت ببطالانها⁽²⁾.

(*) أستاذ بالمعهد العالي للدراسات القانونية بقابس.

(1) Frédéric Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de Conflits de lois), Thèse, Université Rebert Schumann de Strasbourg, Tome 1, , p.11.

(2) قضى فقه القضاء الفرنسي في هذه القرارات ببطالان البند الذي يعفي شركات السكك الحديدية من مسؤوليتها عن فقدان البضاعة أو تلفها لان هذه الاشتراطات تفتح الباب إلى إساءات بالغة وتشجع مستخدمي السكك الحديدية على الإهمال ولا تنسجم مع الحماية التي أراد القانون أن يحيط بها المرسل، CA. Paris 14 Août 1847, D, 1847, 2, II; Cass, 26 Mars 1860, Sirey, 1860, 1, المرسل, 199; Cass. 02 Avril 1890, D, 1891, p. 34-35

خلافًا لذلك، اهتمت الشريعة الإسلامية بالشرط بصفة عامة. فأجازت تضمينه في بنود العقد ومنعت بعض البنود التي تنافي أصول الشريعة المبينة بالكتاب والسنة حتى لا يختل النظام التعاقدى وتتبدل الآثار وفقا للترغبات والأهواء. ومن أدلة ذلك حديث رسول الله ﷺ «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». وقول رسول الله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»⁽¹⁾. وتتفق المذاهب على أن الأصل في الشروط الإباحة والقول بالخطر قول باطل⁽²⁾.

تحتل بنود الإعفاء من المسؤولية حيزاً هاماً من القانون المدني بصفة عامة ومادة المسؤولية بصفة أدق. لذلك اعتنى بها الفقهاء وخصها الباحثون بالدرس والشرح «حتى غدت أبحاثهم العديدة منارات تضيء الطريق لمن يترسم خطاهم ويسير على دربهم»⁽³⁾. ولطالما دار الجدل باحتدام في عديد من المواضيع المتصلة ببنود الإعفاء من المسؤولية⁽⁴⁾.

وترد الإتفاقات المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية في دائرة المسؤولية العقدية، إذ يصعب تصور وجود بنود، في هذا المجال تتعلق بالمسؤولية التقصيرية من الناحية العملية، لأن الشخص الذي لا تربطه علاقة تعاقدية

(1) هذا الحديث روته عائشة في قصة بريرة التي أرادت شراءها لتعتقها فاشترط أهلها ولاءها. قال رسول الله ﷺ: «وأما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق».

(2) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 355: «فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان لغوا وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله وللرسول فإذا لم يشمل على واحد منهما وجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه... وطالما لم يثبت تحريمه فإنه يكون مباحاً لما في القرآن والسنة من رفع الحرج وفي مقام تأكيد هذا النظر القائل بأن الأصل في الشروط الإباحة والقول بالخطر قول باطل...»، راجع أيضاً: ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج 3، ص 328 وما بعدها. ويضيف الشيخ ابن تيمية أن الشروط تحل ولا تحرم إلا ما حرمه الله بدليل خاص أو عام.

(3) أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 7.

(4) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 5 - 7.

مع غيره لا يتسنى له الاتفاق على ضرر من المحتمل وقوعه في المستقبل، بل لا يمكنه توقع الأضرار التي قد تنشأ عن أفعاله أو إدراك الآثار المترتبة عن خطئه المرتكب. وهو نفس الحل الذي اهتدى إليه المشرع التونسي. ويمكن استخلاص ذلك من خلال رفضه الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية صراحة من أحكام الفصلين 82 و83 من م.ا.ع اللذان وردت بهما عبارة «وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه»⁽¹⁾.

لعل هذا الحل وجيه بما يحتويه من نظرة منطقية إلى حد ما. لكنه ليس بمنأى عن الانتقاد، «(...) لان الفعل الضار، من ناحية، يقع خارج العلاقات الناشئة عن اتفاق الطرفين، الذي يقتصر موضوعه على تحديد آثار هذا الفعل في ذمة طرفيه، ولا يمكن من ثم أن يكون ذا أثر على تكييفها أو في عبارة أخرى، على تحديد طبيعة المسؤولية الناجمة عنه ولأن الإنسان من ناحية أخرى، إذا كان لا يستطيع عادة أن يتوقع الأضرار التي تنشأ عن فعله ولا الأشخاص الذي تلحقهم يمكنه مع ذلك أن يدرك الآثار الضارة التي قد تترتب في دائرة معينة على نشاطه»⁽²⁾.

في التطبيق، تعد بنود الإعفاء من المسؤولية من الاتفاقات الشائعة. ويمكن إدراجها في مختلف العقود⁽³⁾ أو فواتير أو وصولات ويتم وضعها أحيانا في لافتات تعلق على الجدران أو في أماكن يرتادها الفرد كالفنادق وفضاءات الألعاب. كما أن الإعفاء من المسؤولية يشجع روح المبادرة والإقدام عند الأفراد ويفتح الطريق أمام مشروعات جريئة ما كان ليقدم عليها الفرد لو كان مهددا بتحمل مسؤولية كاملة. ولكن لا يخفى على مستوى التطبيق خطورة إدراج بنود الإعفاء من المسؤولية خاصة إذا كانت العقود تتسم بالتفاوت بين الأطراف من حيث الدراية العلمية والكفاءة المهنية. فكان لهذا التفاوت تأثير

(1) الفصل 82 م.ا.ع: «من تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة. ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك»؛ الفصل 83 م.ا.ع: «من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للضرر مباشرة. وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه».

(2) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق الذكر، ص 151.

(3) بيع، كراء، ودیعة...

واضح على قانون العقود حتى أن من الفقهاء من أصبح يتحدث عن «تطبيق مصنف لقواعد القانون الخاص» أو عن «قانون الطبقات»⁽¹⁾ لذلك أصبح من أوكد المسائل اليوم حماية الطرف الضعيف في العقد الذي ينساق لطلبات معاقده اختياراً أو إجباراً دون أن تتاح له إمكانية مناقشة البنود التي وقع تضمينها في العقد. فكيف تتجلى ملامح حماية الطرف الضعيف حين نظم المشرع بنود الإعفاء من المسؤولية؟

لدراسة هذه المسألة يتعين التعرض إلى حماية الطرف الضعيف زمن تكوين العقد المتضمن لبند الإعفاء (الجزء الأول) ثم إلى حماية الطرف الضعيف زمن تنفيذ العقد المتضمن لبند الإعفاء (الجزء الثاني).

الجزء الأول

حماية الطرف الضعيف زمن تكوين العقد المتضمن لبند الإعفاء

تدخل المشرع من أجل حفظ مصالح الطرف الضعيف فأخضع صحة بنود الإعفاء من المسؤولية لجملة من الشروط تتعلق أساساً بأطراف الاتفاق (أ) واتفاق الأطراف في حد ذاته من حيث الشكل (ب).

أ- الشروط المتعلقة بأطراف الاتفاق:

تخضع بنود الإعفاء من المسؤولية، كسائر الاتفاقات لنفس الشروط الواجب توفرها في العقود كل حسب طبيعته. ومن أهم الشروط يمكن ذكر شرط رضا الأطراف ببنود الإعفاء من المسؤولية وواجب إعلام المتعاقد. ويستمد الشرط الأول جذوره من القواعد العامة المنظمة للعقود المنصوص عليها بالفصلين 2 و23 من م.أ.ع. فالبنود المتعلقة بالإعفاء لا تتم إلا بتراضي

(1) G. VIRASSAMY, «Les relations entre professionnels en droit français», Rapport français, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison Franco-belg, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 479.

المتعاقدين⁽¹⁾. ومن أهم مظاهر القبول بنود الإعفاء التوقيع على العقد⁽²⁾. وفي هذه الصورة الأخيرة لا يثير ثبوت رضا المتعاقد إشكالا بالنسبة للقاضي مبدئيا، لأنه يفترض في المتعاقد إطلاعه على بند الإعفاء وعلمه بمضمونه.

أما واجب الإعلام بنود الإعفاء من المسؤولية، وهو مظهر ثان للحماية، فيفيد إخطار المتعاقد بلفت انتباهه إلى وجود الشرط والمخاطر المحتمل

(1) حول التراضي يراجع: محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص 81؛ محمد بقب، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص 63 وما بعدها؛ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 101؛ محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، منشورات الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2008، ص 61. كما جاء في أحد قرارات محكمة التعقيب: «أن العقد لا يتم ولا يتكوّن إلا باتفاق وتلاقي الإرادتين على كافة شروطه التي اعتبرها المتعاقدان المذكوران معا أو اعتبرهما أحدهما بانفراده ركنا أساسيا في التعاقد». (تعقيبي مدني عدد 6458، مؤرخ في 19 أبريل 1983، ن.م.ت، 1983، ج. 2، ص 343 وما يليها). وفي قرار آخر ورد أن «العقد لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول وذلك بمقتضى اتفاق الطرفين على جملة بنود العقد...» (قرار تعقيبي مدني عدد 3746، مؤرخ في 23 أكتوبر 2000، ن.م.ت، ج. 1، ص 91).

(2) جاء بأحد القرارات التعقيبية: «إمضاء ممثل الشركة مع وضع طابع هذه الأخيرة على قائمة البضاعة المعروضة تثبت به إرادة القبول للصفقة» (تعقيبي مدني عدد 3298، مؤرخ في 12 أبريل 1979، ن.م.ت، 1980، ص 189). واستقر القضاء على اعتبار الإمضاء من أهم مظاهر القبول في القرارات الموالية أيضا وكمثال على ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 5326 المؤرخ في 01 مارس 1982، ن.م.ت ج 1، ص 317: «معمل تنظيف الملابس وصبغها يمسك صاحبه نموذجاً في شكل قائمة بها قيمة العمل المطلوب منه وبالجدول شروط كثيرة في تحديد جبر الخسارة عند الاقتضاء ولكن الحرير ما لم يمض على تلك الشروط لا يكون ملزماً بها» والقرار التعقيبي المدني عدد 56421 المؤرخ في 13 نوفمبر 1998، غير منشور: «... وثيقة الشحن ولئن كانت تعتبر شريعة الطرفين إلا انه يجب أن تكون الموافقة على شرط الشحن على سطح السفينة كتابة وذلك بالإمضاء على ذلك الشرط بوثيقة الشحن أو بوثيقة مستقلة وان وثيقة الشحن في قضية الحال لم تتضمن إمضاء الشاحن...». وجاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 23721 المؤرخ في 14 جوان 2008، ن.م.ت، 2008، ج. 2، ص 237: «أن التعبير عن القبول يكون بالإمضاء والذي فصل المشرع طريقة تضمينه على الكتب سواء كان ماديا أو وثيقة الكترونية» ويضيف نفس القرار أن: «عبارة القبول الواردة ضمن الفصل 598 من م.ت لا يمكن أن تفهم بمعزل عن مؤسسة الرضاء كركن من الأركان الجوهرية للتعاقد التي تضمنتها مجلة الالتزامات والعقود وبناء عليه فان مجرد وضع الختم على قائمة البضائع (الفاتورة) لا يمكن أن يعتبر قبولا طالما أن ذلك الطابع لم يكن مقرونا بالإمضاء أو بعبارة صريحة تفيد الموافقة على ما ورد ضمن تلك الفاتورة». ن.م.ت، ج. 2، ص 213.

حدوثها⁽¹⁾. ولا بد من لفت النظر إلى وجود إختلاف بين واجب الإعلام في التعاقد وواجب الإعلام السابق للتعاقد. فالأول يهتم مرحلة تنفيذ العقد ويمكن للطرفين المتعاقدين الإتفاق حوله⁽²⁾ ويترتب عن الإخلال به فسخ العقد أو التعويض. أما الثاني فيتعلق بتكوين العقد ويكون جزاء عدم احترامه بطلان البنود.

رغم دقة المسائل القانونية التي يطرحها واجب الإعلام السابق للتعاقد وفوائده من الناحية العملية يفتقد التشريع التونسي لنص عام يعرف هذا الواجب وينظم آثاره القانونية. ويشكل غياب النص بخصوص واجب الإعلام فراغا تشريعيا كبيرا لما لهذه المسألة من أهمية بالغة على استقرار المعاملات وتوازنها. ولا يستروح من غياب النص إنكار المشرع الكامل لهذا الواجب. إذ ورد بالفصل 642 م.ا.ع أنه: «لا عمل على شرط براءة البائع إذا كان موجب الاستحقاق من غروره كبيع ما هو لغيره أو لما يعلم بسبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري». والمقصود بالصورة الثانية علم البائع بسبب الإستهقاق وعدم إعلام المتعاقد الآخر بذلك⁽³⁾ وتعرف أيضا هذه الوضعية بالسكوت أو الكنايات التي تعرض إليها المشرع في الفصل 56 م.ا.ع⁽⁴⁾. ويضيف الفصل 673 م.ا.ع أنه: «ليس للبائع المدلس أن يحتج

(1) حول واجب الإعلام يراجع بوجه عام: محمد الزين، مرجع سابق الذكر، 178، ص 136؛ محمد محفوظ، مرجع سابق الذكر، 153، ص 165؛ محمد بقبق، مرجع سابق الذكر، ص 95. يراجع في نفس السياق بالفرنسية:

Y. BOYER, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Préface Y. LABIN, Thèse, Aix en Provence, 1977; J. CHMIDT, « La période pré-contractuelle », R.T.D. comp., 1990, p. 545; M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignement dans les contrats », R.T.D. civ., 1945, p. 1 et s; P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », D, 1983, chr., p. 139; X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information », in Mél. CABRILLAC, Litec, 1998, p. 313 et s.

(2) Ph. LE TOURNEAU, Art. précité, R.T.D. civ., 1945, p. 1 et s.

(3) عبد الله الأحمدى، العقود الخاصة، البيع، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص 394 وما يليها؛ علي الجلولي، محاضرات في القانون المدني لطلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق بصفاقس، السنة الجامعية 2003 - 2004.

(4) الفصل 56 م.ا.ع: «التغريب يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين أو من نائبه أو ممن كان متواطئا معه مختلات أو كنايات حملت الجانب الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغريب الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به».

على المشتري بمضيّ الأجال المبيّنة في الفصل السابق أو بشيء آخر اشترطه في التبرئ من العهدة والبائع المدلس هو من تحيل على المشتري في إخفاء العيوب عليه أو كان سببا فيها»⁽¹⁾.

لتفعيل واجب إعلام المتعاقد أقر المشرّع في عقد البيع قرينة العلم بالعيب⁽²⁾ إذا كان البائع تاجرا أو صانعا أو باع شيئا من متعلقات تجارته أو صناعته، بحيث لا يمكن لهؤلاء التعلل في هذه الحالات بعدم معرفة العيب لتبرير عدم إعلام المتعاقد ومن ثم التفصي من تحمل نتائج الخطأ. ويظل البائع طبقا لهذه القرينة ملزما بإثبات علم المشتري بالعيب ورضاءه به لنفسه⁽³⁾. وفي مجال نقل الأشياء، ينص الفصل 643 م.ت على إجازة إعفاء متعهد النقل أو مستخدمه كلياً أو جزئياً من المسؤولية، لكن مع إعلام المرسل بالشرط. وتطبق ذات القواعد بالنسبة لعميل النقل أو مستخدمه⁽⁴⁾. ونفس

(1) عبد الله الأحمدى، مرجع سابق الذكر، ص 395 وما يليها؛ انظر أيضا:

A. JALLOULI, Note sous Cass. Civ., n° 28352 du 16/01/1991, Revue Etudes Juridiques, F.D.S, 1995-1996, p.83.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 62307، مؤرخ في 15 جانفي 1998، ن.م.ت، 1998، ج. 2، ص 112: «إن تصرف البائع العقاري المحترف في نطاق عمله لا يمكن أن يجعل بحكم اختصاصه العيوب التي قد تلحق العقار سواء حصلت بفعله مباشرة أو بفعل من كلفه بالبناء عيوباً خفية...»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 52515، مؤرخ في 25 فيفري 1998، ن.م.ت، 1998، ج. 2، ص 130: «إن البائع إذا كان تاجرا أو صانعا وباع شيئا من متعلقات تجارته حمل على العلم بالعيوب الخفية بالمبيع...»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 52839، مؤرخ في 12 مارس 1998: «إن البائعة لشيء من متعلقات صناعتها تحمل على علم بالعيب الخفي وتكون مجبرة على التعويض عن الضرر الناجم عن ذلك العيب...»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 28132، مؤرخ في 16 فيفري 2004، ن.م.ت، 2004، ج. 2، ص 33: «طالما أن البائعة في قضية الحال هي شركة مختصة في شؤون الأراضي والبناء وأن المبيع هو من متعلقات نشاطها التجاري فإنها تعتبر قانونا وعملا بأحكام الفصل 655 م.ا.ع على علم بالعيوب...».

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 22193، مؤرخ في 24 جانفي 2003، ن.م.ت، 2003، ج. 2، ص 143: «طالما أن المعقبة تحترف بناء العقارات وبيعها فهي تعتبر قانونا على علم بالعيوب الخفية التي تظهر في المبيع بعد تسلمه من المشتري وهذا العلم يسويها بالبائع سيء النية من حيث عدم إمكانية معارضة المشتري بعلمه بالعيب عند التعاقد وهي قرينة قانونية لا تدحض إلا بإثبات علم المشتري بوجود العيب الخفي عند التعاقد ورضائه بالمبيع رغم علمه بعيبه».

(4) الفصل 650 م.ت: «فيما عدا الحالات التي ينسب فيها للعميل أو مستخدمه أو الناقل أو مستخدمه ارتكاب خطأ فاحش أو تعدد الخطأ يجوز للعميل أن يشترط في العقد لكن بعلم مفوضه إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية».

الإمكانية مخولة من المجلة التجارية أيضا، بالنسبة لناقل الأشخاص أو عميل النقل ومستخدميه عملا بأحكام الفصلين 657 و664.

وأكد فقه القضاء من جانبه مرارا على شرط تحقق العلم في عديد من القرارات وخاصة في مجال البيع. فاعتبر أن البائع المحترف يعتبر قانونا على علم بالعيب ولا يمكنه «معارضة المشتري بعلمه بالعيب عند التعاقد. وهي قرينة قانونية لا تدحض إلا بإثبات علم المشتري بوجود العيب عند التعاقد ورضاءه بالمبيع رغم علمه بعيبه»⁽¹⁾. ويتسم القضاء بالتشدد إزاء مسألة استنتاج رضاء المتعاقدين بنود الإعفاء. فالفرد لا يعير في غالب الأحيان مثل هذه البنود انتباها واهتماما كاملا رغم شيوع إدراجها، بل لا يتفطن إلى وجودها خاصة إذا كانت لا تستجيب للشروط الشكلية.

ب- الشروط المتعلقة بشكل الاتفاق؛

للشكل أهمية بالغة سواء كانت بنود الإعفاء من المسؤولية مضمنة في عقد أو وثيقة ملحقة أو على لافتة. فمن الضروري أن يكون الشرط صريحا واضحا وبارزا مؤيدا بما يفيد موافقة المتعاقد. ولا يكفي إدراج بنود الإعفاء من المسؤولية في العقد ليتحقق العلم بها حتى لو أحتج صاحبها بتوقيع المتعاقد. فالإمضاء لا يعبر دائما عن الرضاء ولا يعتد به في الصورة التي تحشر فيها الاتفاقات المعفية في بنود أخرى مكتوبة بطريقة معقدة يستعصي على الإنسان البسيط المحدود التكوين من الناحية القانونية فهم مدلولها⁽²⁾. كما أنه لا يمكن الحديث عن رضاء المتعاقد بالبند المعفي من المسؤولية إذا تم

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 22193، مؤرخ في 24 جانفي 2003، ن.م.ت، 2003، ج. 2، ص 143. انظر أيضا في القانون المقارن:

Cass. civ. 3e, 28 Juin 2000, Gaz. Pal., 2001, 101; Cass.Civ. 06 Juillet 2005, Bull. civ. III, n° 152; A. JALLOULI, Note sous Cass. Civ., n° 28352 du 16/01/1991, précité.

(2) Oran, 25 Mai 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, 396 ; L. AYNES, Note sous Cass. Civ., 29 Novembre 1994, D, 1995, p. 8. «La présentation même de la clause est extrêmement variée. Sans doute, la rencontre - t- on parfois dans l'instrumentum négocié, parmi les autres éléments de la convention. Plus souvent elle figure dans « les conditions générales », auxquelles se réfère le contrat ou un avis affiché. Elle est écrite au dos d'une facturé, d'un ticket ou d'un billet de transport. Elle figure en caractères minuscules sur un bulletin».

إدراجه في تذاكر سفر أو وصولات أمتعة أو سندات الشحن أو مشاركة إيجار السفينة بأحرف صغيرة جدا لا ينتبه إليها المسافر إلا بالتدقيق الشديد⁽¹⁾.

أحيانا أخرى، تكتفي بنود العقد بالإحالة إلى شروط عامة تتضمن إعفاء من المسؤولية. وفي هذه الصورة يصعب على المتعاقد الرجوع لتلك القواعد لأسباب مختلفة من بينها عدم كفاءته أو ضيق وقته. وفي هذا الإطار قضت محكمة التعقيب في قرار غير منشور عدد 56421 بتاريخ 13 نوفمبر 1998 «أن وثيقة الشحن ولئن كانت تعتبر عقد نقل بالنسبة لأطراف عملية النقل إلا أنه من الضروري إبراز شرط النقل... ولا يمكن الاقتصار في ذلك على الشروط العامة المطبوعة...»⁽²⁾.

تتشارك مختلف الصور السابقة، سواء كان الإتفاق صريحا أو ضمنيا، في عدم العلم بالشرط المعفي من المسؤولية أو الذي يحد منها. وفي جميع الحالات المذكورة يفاجأ المتعاقد بوجود البنود ولا يعمل بمبدأ حسن النية الذي حرص المشرع على إرسائه في مادة العقود. ولتفادي جميع المشكلات المتعلقة بالرضاء لا بد أن تكون بنود المسؤولية بارزة وواضحة. لكن لا بد من التوضيح أن حماية الطرف الضعيف في العقد تتجاوز مرحلة تكوين العقد وتتجسد كذلك زمن تنفيذه.

الجزء الثاني

حماية الطرف الضعيف زمن تنفيذ البنود المعفية من المسؤولية

تنبني بنود الإعفاء من المسؤولية على اعتبارات أخلاقية واجتماعية من أجل التصدي لمظاهر الغش والخديعة لذلك أقر المشرع جزاء البطلان (أ) ومراقبة القاضي لبنود الإعفاء من المسؤولية (ب).

(1) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق الذكر، ص 25 وما يليها. انظر في هذا السياق: Cass., 03 Juillet 1980, D, 1981, Juridiction, p. 383, note CHAUREAU.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 96. 56421، مؤرخ في 13 نوفمبر 1998، غير منشور.

أ- تكريس جزاء البطلان :

ليتحقق هدف المشرع في الإحاطة بالطرف الضعيف حكم ببطلان بعض الإتفاقات إذا كانت مخالفة لقاعدة قانونية تقضي بعدم جواز بند من بنود الإعفاء. من ذلك الفصل 17 من قانون حماية المستهلك الذي يعتبر كل اتفاق أو عقد يتعلق بعدم الضمان باطلا⁽¹⁾، لأن الإتفاق يجمع بين طرفين غير متكافئين أحدهما عالم بمتعلقات المبيع وطرق استعماله وذو دراية كافية ومهارة مهنية عالية وآخر مستهلك للشيء يجهل عناصره وخصائصه.

كذلك، ورد بالفصل 9 من قانون 1994 المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء⁽²⁾ أن «كل شرط مخالف لأحكام الفصول السابقة من شأنه إلغاء المسؤولية العشرية أو التخفيض منها يعد لاغيا قانونا». ولئن كان النص السابق يتحدث عن الإلغاء فإن المقصود هو جزاء البطلان المطلق. وهذا الحل يمكن استنتاجه بأكثر وضوح من الصياغة الفرنسية للفصل 9 من قانون 1994⁽³⁾.

وقد يستند البطلان المطلق لبنود الإعفاء من المسؤولية على اعتبارات أخلاقية واجتماعية. من ذلك بطلان الإتفاق الذي يشترط فيه المدين عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده⁽⁴⁾ لأن مثل هذا الشرط «يجرده

(1) القانون عدد 92-117 الصادر في 07 - 12 - 1992 المتعلق بحماية المستهلك، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 83 بتاريخ 15 - 12 - 1992، ص 1571.

(2) القانون عدد 94 - 9 الصادر في 31 جانفي 1994 المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 31 جانفي 1994، ص 187. أنظر قرار تعقيبي مدني عدد 62307، مؤرخ في 15 جانفي 2003، ن.م.ت، 2003، ج. 2، ص 143؛ قرار تعقيبي مدني عدد 1224 مؤرخ في 21 أكتوبر 2004، ن.م.ت، 2004، ج. 2، ص 39. يراجع أيضا:

P. JOURDAIN, «Les clauses relative à la responsabilité», Revue Etudes Juridiques, n° 7, 2000, Faculté de Droit de Sfax, pp. 148-152.

(3) Art.9 de la loi du 31 Janvier 1994 : « est nulle de plein droit toute clause contraire aux dispositions des articles précédents tendant à supprimer ou à réduire la responsabilité décennale ».

(4) الفصل 244 م. ا.ع : «لا يسوغ لعاقدا ان يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمده». يراجع أيضا:

Cass., 02 Août 1937, D. 1937, p. 113.

في هذا القرار اشترط صاحب شرك في عقد أبرمه مع مروضة عدم مسؤوليته عن أخطائه الجسدية لكن المحكمة اعتبرت الإتفاق باطلا ببطلانا مطلقا.

من قوته الإلزامية، ويجعل تنفيذه معلقا على إرادة المدين وموقوفا عليها: بحيث يكون تنفيذه خاضعا لمشيئته وحده دون أن يكون للدائن أي سلطان، وإن السماح بعدم الوفاء بالإلتزام مع تعمد ذلك هو في تعارض تام مع مبدأ حسن النية ومع مفهوم النظام العام التعاقدية ذاته»⁽¹⁾.

المأمل في بعض النصوص القانونية يتبين أن المشرع يكتفي أحيانا أخرى بالتصريح ببطلان البنود المتعلقة بالمسؤولية دون أن يكون لذلك تأثير على العقد الذي يبقى ساري المفعول بين أطرافه. وكمثال على ذلك ورد بالفصل 161 مجلة التجارة البحرية أن كل شرط يرمي إلى النزول بالمسؤولية دون الحدود الواردة بها أو إلى الزيادة في أسباب الإغفاء القانوني يعد لاغيا، أي بمعنى غير مكتوب⁽²⁾. وفي الواقع البند غير المكتوب هو أحد تطبيقات البطلان الجزئي الذي ينبني على افتراض عدم وجود البند من أجل المحافظة على استمرار العلاقة التعاقدية⁽³⁾.

ب- المراقبة القضائية لبنود الإغفاء من المسؤولية:

لا تتعلق المراقبة القضائية بتنفيذ العقد فحسب، بل تشمل تكوينه، لأن هدف إرساء التوازن في المعاملات يعد من أولويات اهتمام القاضي في جميع مراحل العقد. وفي ذلك انسجام مع مبدأ حسن النية، وهو مبدأ عام وأزلي يجب أن يسود تنفيذ العقود وتكوينها.

وقد سبق للمحاكم اعتماد هذا المبدأ لإلغاء بنود الإغفاء من المسؤولية فيما يتعلق بعقود الإذعان. إذ ورد في قرار لمحكمة التعقيب بتاريخ 20 جوان 1994 أن: «العقد موضوع الدعوى، وهو عقد بين باعث عقاري ومستهلك عادي هو من العقود الخاصة التي تتطلب درجة عالية من الثقة وحسن النية ويستوجب أن تمتنع المعقب ضدّها عن القيام بأي عمل من شأنه التنقيص مما يتمتع به الطرف المقابل من المنفعة، لأن ذلك معناه في

(1) منذر شارني، التحديد الإتفاقي للمسؤولية العقدية، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق العلوم السياسية بتونس، 1996، ص 154.

(2) L'article 161 al 1er répute «non écrite toute clause contraire aux dispositions des chapitres ...IV du présent titre...».

(3) J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D, 1993, Chr. p. 60.

الواقع أنها تأخذ بيدها اليسرى ما أعطته اليمنى، وهو ما لا يجوز قانوناً. إضافة إلى أن هذا المبدأ يتعزز بما تفرضه المصلحة العامة من قيام الأطراف بواجباتها التعاقدية، ومن حماية الطرف الضعيف الذي لا يشارك في وضع الشروط التي يتضمنها عقد الوعد بالبيع أو عقد البيع النهائي، أي أن هذه العقود هي بمثابة عقود إذعان ينخرط فيها من يريد التحصيل على مسكن دون أن تتاح له فرصة مناقشة تلك الشروط أو تعديلها⁽¹⁾. ولا شك أن فكرة حسن النية بما تتسم به من مرونة تصلح أن تكون ركيزة لتدخل القاضي عندما يتولى فصل نزاع ليقوم الموازنة بين حماية الروابط القانونية ومقتضيات العدالة التعاقدية فيكون المبدأ بمثابة «الورقة الرابحة» التي يلجأ إليها القاضي كلما اصطدم بقصور القواعد القانونية. إضافة للأسس السابقة، يمكن للقاضي الاستناد على أسس أخرى كمفهوم النظام العام⁽²⁾.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 31607، مؤرخ في 20 جوان 1994، ن. م. ت، 1994، القسم المدني، ص 456.
 (2) V. sur l'ordre public et les bonnes mœurs : E. JEULAND, Droit des obligations, 2ème éd., Montchrestien, Paris, 2001; D. BODEN, L'ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique, Thèse, Paris I, Dactyl, 2002 ; E-B. AYISSI MANGA, L'ordre public en droit judiciaire privé, Thèse, Rennes I, Dactyl, 1998, n° 16, p. 16: « (...) l'ordre public qu'il soit interne, international ou communautaire, tendrait au même objectif, qui est la sauvegarde des valeurs fondamentales propres à un ordre juridique déterminé »; G. FARJAT, L'ordre public économique, Thèse, Dijon, 1962; Ph. MALAURIE, L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS, Thèse, Paris, 1951 ; Ph. PASCANU, La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1937, p. 7 et s, spé p. 8; A. SIMON, L'ordre public en droit privé, Thèse, Rennes, Imprimerie réunies, 1941, p. 251 et 252: « La notion d'ordre public fait naître l'idée de soumission à une idée directive, à certains « principes » (...) elle implique l'existence d'un certain nombre d'idées, de « notions », à l'intérieur d'un groupement social donné et auxquelles il convient de se conformer » ; P. CATALA, « A propos de l'ordre public », in Le juge entre deux millénaires, Mélanges., P. DRAI, Préf. J. FOYER, D. 2000, p. 511-522 ; D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! vive l'ordre public philanthropique », In le droit privé français à la fin du XX ème siècle, Etudes P. CATALA, Litec, 2001, p. 487-528 ; J. HAUSSER, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Civ., D, spé n° 36, p. 7 ; « Bonnes mœurs dans le droit privé », Travaux de l'association H. CAPITANT, t. VIII, 1952, p. 625.

والتعسف في استعمال الحق⁽¹⁾ أو الإثراء بدون سبب⁽²⁾، لأن العقد وإن كان ثمرة اتفاق الطرفين فإنه لا ينبغي أن ينقلب إلى أداة لتكريس هيمنة الطرف القوي على الطرف الضعيف لتحقيق الربح السهل دون موجب.

(1) حول التعسف في استعمال الحق يراجع: أحمد إبراهيم سيد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، 2000؛ أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991؛ فتحي دريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، 1988؛ محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساسه ونطاق تطبيقه (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991؛ محمد محفوظ، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق الذكر، ص 238 وما يليها؛ سامي الجري، محاضرات في القانون المدني للسنة الثانية حقوق، السنة الدراسية 2005 - 2006. يراجع أيضا بالفرنسية:

J. GHESTIN et G. GOUBEUX, Traité de droit civil, Introduction, 1ère éd., L.G.D.J, Paris, 1977 ; L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leurs relativité (théorie dite de l'abus des droits), 1929 ; A. KARIMI, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, Bib. dr. privé, Préface Ph. SIMLER, L.G.D.J, Paris, 2001 ; Ph. MALINVAUD, Introduction à l'étude de droit, 9ème éd., Litec, Paris, 2002 ; Ph. STOUFFEL-MUNCK, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Bib. dr. privé, T. 337, L.G.D.J, Paris, 2000 ; N. BEN AMMOU, Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du C.O.C, mémoire D.E.A, F.D.S.P. de Tunis, 1984, p. 63 ; G. GHES-TIN, « L'abus dans le contrat », Gaz.Pal, II, Doctr., 1981, pp. 379-384 ; A. MION, « L'abus dans le droit des contrats », Dt et Patrimoine, Juin 2000, n° 83, p. 42-45.

(2) يراجع: جميل الشرفاوي، الإثراء بلا سبب على حساب الغير كمصدر للإلتزام في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1990؛ محمد المالقي، مرجع سابق الذكر، ص 83؛ سليمان مرقس، الإثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، طبعة ثانية، مبحث البحوث والدراسات العربية، 1971؛ صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للإلتزام، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1959؛ زين العابدين جعيط، «مبدأ الإثراء بدون سبب في القانون التونسي والقوانين الأخرى»، م.ق.ت، أفريل، 1961، ص 5. يراجع أيضا:

M. DOUCHY, La notion de quasi-contrat en droit positif français, Economica, 1997 ; J-L. AUBERT, « Quelques remarques sur la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause », Mél. DUPICHOT, Bruylant, 2004, p. 1 et s ; J. DJOUDI, « La faute de l'appauvri: un pas de plus vers la subjectivisation de l'enrichissement sans cause », D, 2000, chr., p. 609 et s ; M-P. PEIS, « La cause de l'appauvrissement dans la théorie de l'enrichissement sans cause », Note sous Cass., 1e civ., 25 Février 2003, D, 2004, Jurisp., p. 1766 et s ; H. PÉRINET-MARQUET, « Le sort de l'action « de in rem verso » en cas de faute de l'appauvri », J.C.P, G, 1982, I, 3075 ; A-M. ROMANI, « Enrichissement sans cause », Rép. Civ., D, 2006 ; P. ROUBIER, « La position française en matière d'enrichissement sans cause », Travaux de l'association H. CAPITANT, T. IV, 1948, p. 38 et s ; M. BILLIAU, Note sous cass, 1e civ., 04 Avril 2001, D, 2001, jurisp, p. 1824 et s.

قد يتبادر للذهن، أيضاً، اعتماد الغبن⁽¹⁾ لتبرير تدخل القاضي لمراجعة بنود المسؤولية إذا تم تبني مفهوم موسع للغبن يشمل كل أنواع الإستغلال⁽²⁾.

وهذا الحل نادى به جانب من الفقه⁽³⁾. وهو لا يخلو من فائدة على مستوى التطبيق لتتوّع أسباب الإستغلال التي تؤدّي إلى الغبن «فقد يكون المعاهد المغبون قليل الدراية عديم الحنكة قليل التجارب شديد الرعونة والطيش أو مدفوعاً بضغوط الإضطراب إلى التعاقد. كل هذه الأسباب تجسم ضعفاً نفسياً في المغبون يستغله الطرف الآخر فتجعل مصالحه في العقد تطفئ بصورة غير معقولة ولا مقبولة على مصالح معاقده المغبون»⁽⁴⁾ وهو ما يتيح للقاضي أحقيّة مراجعة الإتفاقات.

(1) الغبن لغة النقص واصطلاحاً الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في العقود التبادليّة. ولقد عرفه المشرّع بالفصل 61 م. 1. ع بأنه ما إذا كان الفارق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.

(2) حول تعريف الإستغلال راجع: أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، 1983، ص 160؛ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، 1988، ص 143: «فالإستغلال يؤدّي إلى الغبن ولكن ليس بالحثم أن يرتبط تحقق الغبن في بعض العقود بالإستغلال المتعاقد الآخر. والإستغلال يعد عيباً مفسداً للإرادة، إذ يجعل رضا المتعاقد المستغل بالعقد غير سليم. أما الغبن فلا يعد كذلك فمجرد التفاوت بين ما أعطاه العاقد وبين ما أخذه حتى ولو كان التفاوت فادحاً لا يؤدّي إلى إبطال العقد طالما لم يكن هذا الغبن نتيجة إستغلال»؛ شمس الدين الوكيل، دروس في الإلتزامات، منشأة المعارف، مصر، 1960، ص 103؛ محمّد بقيق، مرجع سابق الذكر، ص 121: «يختلف عيب الإستغلال عن عيب الغبن الموضوعي من كونه لا يعنى بالجانب الإقتصادي للإلتزامات المتبادلة ولا يهتم بالعدالة العقدية المتجسمة في الثمن العادل لما قد يحدثه هذا المعطى من اضطراب في المعاملات الإقتصادية والمالية. يحاول عكس ذلك عيب الإستغلال ردع سلوك خبيث، وإرساء أخلاقيات سليمة للمعاملات الاقتصادية بعيداً عن كل معطى مثالي لضمان الإستقرار التعاقدية». (و) «نتيجة للطبيعة الخاصة لمؤسسة الاستغلال يكون ميدان هذه المؤسسة أوسع وأفسح من ميدان الغبن التقليدي أو الغبن المجرد»؛ معتصم سليم أبو راس، نحو تكريس نظرية الغبن على وجه الاستغلال في القانون التونسي، مذكرة في شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 2004 - 2005.

(3) J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, Thémis. Droit privé, Paris, 1994, p. 151.

(4) محمّد صالح العيّاري، مجلة الإلتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضريّة، الطبعة الأولى، مطبعة فن الطباعة، تونس، 1997، ص 166: حسب المؤلف الفصل 60 م. 1. ع قد أهمل بقية وسائل الإستغلال التي يحصل بها الغبن على خلاف النصوص الخاصة كقانون حماية المستهلك أو المنافسة والأسعار التي تمنع الاستغلال.

الحل المتمثل في اعتماد مفهوم الغبن له ما يبرره قانونا ومنطقا. فإذا أخذنا المستهلك على سبيل المثال نجد أنه يتمتع بقرينة جهل أمام المحترف الذي يعتبر عالما بمتعلقات الشيء وخصائصه وطرق استعماله⁽¹⁾. وبالتالي أليس من المعقول تمكينه من طلب تعديل اختلال التوازن في العقد إذا وقع في حالة استغلال؟ كذلك أليس من الفائدة أن يتدخل القاضي بناء على فكرة الإستغلال المفضي إلى الغبن لمعالجة الإختلال؟

رغم وجاهة اللجوء إلى مفهوم الغبن لإضفاء الشرعية على المراقبة القضائية للبنود المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية، لا يمكن اعتماد هذا الأساس لأن المشرع على خلاف عديد الأنظمة القانونية المقارنة سواء الغربية كالقانون الألماني⁽²⁾ أو القانون السويسري⁽³⁾.

(1) طبقا للفصل 655 م.1.ع يعتبر البائع المحترف عالما بالعيوب وبالتالي يمكن القول أيضا أن المشتري المستهلك يتمتع بقرينة جهل أمام المحترف. انظر حول قرينة العلم بالعيوب: قرار تعقيبي مدني عدد 60307، مؤرخ في 15 جانفي 1998، ن.م.ت، 1998، ج. 2، ص 112: «(...) الباعث العقاري الذي هو محمول على معرفتها بحكم اختصاصه فتقوم ضده قرينة العلم الواردة بها الفقرة الثانية من الفصل 655 م.1.ع (...)»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 52515، مؤرخ في 25 فيفري 1998، ن.م.ت، 1998، ج. 2، ص 130: «إن البائع إذا كان تاجرا أو صناعا وباع شيئا من متعلقات تجارته حمل على العلم بالعيوب الخفية بالمبيع (...)»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 28132، مؤرخ في 16 فيفري 2004، ن.م.ت، 2004، ج. 2، ص 33: «طلما أن البائعة في قضية الحال هي شركة مختصة في شؤون الأراضي والبناء وأن المبيع هو من متعلقات نشاطها التجاري فإنها تعتبر قانونا وعملا بأحكام الفصل 655 م.1.ع على علم بالعيوب التي ظهرت على المبيع (...)».

(2) L'art. 138 du B.G.B: « L'acte juridique contraire aux bonnes mœurs est nul. Est nul notamment celui par lequel, en profitant des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience d'une personne, on se promet à soi ou à un tiers pour une prestation, des avantages pécuniaires qui excèdent la contre-valeur, de telle sorte que d'après les circonstances, la disproportion est évidente ».

(3) L'art. 121 du Code des obligations Suisse: « En cas de disproportion évidente entre la prestation de l'autre, la partie lésée peut dans le délai d'un an déclarer qu'elle résilie le contrat et répète ce qu'elle a payé. Si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience», In site www.lexinter.fr. (Le 23 Mai 2009).

أو حتى العربية كالقانون اللبناني⁽¹⁾ أو المصري⁽²⁾ يتبنى المفهوم الضيق للغبن، وبالتالي لا يمكن تطبيق فكرة الغبن خارج الصور التي أقرها المشرع إلا إذا أعطى القاضي لنفسه فرصة تجاوز تصلب النصوص وعدم مسايرة فقه القضاء السابق الذي طالما أكد في قراراته أن الغبن لا يؤدي إلى بطلان العقد⁽³⁾ ولا يقوم عيباً مستقلاً بذاته منفصلاً عن التغير⁽⁴⁾.

إضافة للأسس السابقة، يمكن للقاضي اعتماد مفهوم اقتصاد العقد⁽⁵⁾، لأن مجرد النظر في بند من البنود لا يستنتج منه اختلال التوازن، بل يجب الإطلاع على بقية بنود العقد والى بنود أخرى ضمنت في عقود لها اتصال بالعقد الذي تضمن بند الإعفاء. فالتوازن لا ينظر إليه من منظار ضيق بل بالنظر في جميع البنود، لأن فحص جوانب العقد بأكثر شمولية يسهم بشكل كبير في الوصول إلى حل عادل وغير متسرع.

وبرز دور القضاء في التصدي لمظاهر الجور والحيف في مجالات متفرقة على غرار العقود المتصلة بالبعث العقاري وفي تفسير البنود⁽⁶⁾ لفك رموزها والبحث في معاني الألفاظ التي صيغت بها واكتشاف التزامات خفية في

(1) الفصل 213 من قانون الموجبات والعقود: «الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض».

(2) الفصل 129 من المجلة المدنية: «إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 7868، مؤرخ في 21 أكتوبر 1971، ن. م. ت، 1971، ج. 2، ص 93.

(4) استئنافي مدني بتونس عدد 97294، مؤرخ في 28 ديسمبر 1991، م. ق. ت، 1992، عدد 6، ص 96.

(5) J. MESTRE, « L'économie du contrat », R.T.D. civ., 1996, p. 901: « Après la bonne foi, dont on connaît et vient encore de constater l'importance dans le droit contemporain de l'exécution du contrat, va-t-on assister à l'avènement d'une nouvelle notion : celle d'économie du contrat ? ».

(6) قرار تعقيبي مدني عدد 2154، مؤرخ في 23 جانفي 2001، ن. م. ت، 2001، ج 2، ص 43: «تفسير العقود للتعرف على حقيقة القصد منها هو من اختصاص قضاة الأصل بشرط بيان الأسباب التي أقنعتهم بأن المعنى الذي أخذوا به هو المقصود»؛ قرار تعقيبي مدني عدد 20824، مؤرخ في 18 أكتوبر 2008، ن. م. ت، 2008، ج 2، ص 139. أنظر أيضاً:

Cass. 14 Février 1996 (non publié), in site www.legifrance.gouv.fr, (Le 13 Mars 2010) ; C.A, Caen, 28 Février 2002, In site précité (Le 13 Mars 2010).

متونها يفرضها واجب حسن النية ولم يتعرض إليها الأطراف. هذه المهمة الذهنية التي يقوم بها القاضي ليست بالأمر الهين ويصعب تحقيق مطمح المشرع في حماية الطرف الضعيف لضعفه في الإحاطة بهذه المسألة. فإذا أخذنا مثلا الفصل 17 من قانون حماية المستهلك لسنة 1992 نبتين أنه يمكن للقاضي إلغاء كل بند يعفي من المسؤولية في مجال الضمان، ولكن لا يستطيع سحب جزاء البطلان على الاتفاقات التي تحد من الضمان بشكل لافت يكون أشبه بالإعفاء وتفلت من جزاء الإلغاء. ويتأكد هذا التأويل بقراءة الفصل 17 من قانون حماية المستهلك الحرفية، سواء في النسخة العربية أو الترجمة الفرنسية⁽¹⁾ أو بما ورد في الفصل 17 من قانون حماية المستهلك في فقرته الثالثة الذي يخضع الضمان للأحكام العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود والتي تفسح المجال أمام الأطراف الذين يمكنهم الاتفاق على تحديد الضمان. أو عملا بالفصل 540 م. ا. ع، لأنه لا يمكن التوسع في الاستثناء⁽²⁾، فبنود الإعفاء تعد استثناء للتعويض القانوني.

كذلك، لا يمكن التوسع في تطبيق الفصل 17 من قانون حماية المستهلك عملا بقاعدة لا بطلان بدون نص⁽³⁾، ولئن كانت هذه القاعدة الأخيرة من «الضمانات القانونية الناجعة ضد مخاطر تجاوزات القاضي أو تعسفه»، فإن من نتائجها الوخيمة «أنها تجعل القاضي عاجزا لا عن تطوير القانون فحسب، وإنما أيضا عن سد ثغراته العديدة التي غالبا ما يكشف عنها التطبيق».

من أجل ذلك، تبرز الحاجة ملحة لتدخل تشريعي في بعض الفصول التي

(1) الفصل 17 من قانون حماية المستهلك المذكور أورد عبارة «non garantie» وليس «limitatives de garantie». أنظر أيضا:

Cass., 18 février 1997, disponible in www.Legifrance.gouv.fr (consulté le 13 mars 2010): « Que le vendeur professionnel est responsable de droit des vices cachés de la machine fabriquée et livrée envers l'acheteur, nonobstant toute clause de non-garantie ou de limitation de garantie ».

(2) الفصل 540 م. ا. ع: «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة».

(3) في القانون المقارن لا يؤخذ بقاعدة «لا بطلان بدون نص» إلا بصورة استثنائية. يراجع: J. GHESTIN, Les obligations, Le contrat, In traité de droit civil, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J, Paris, 1980, n° 728.

تعنى بالتفاوت لأنها تمثل على حد عبارة المرحوم محمد الزين «ثغرة من أخطر الثغرات التي استحال على المحاكم التونسية إبطالها»⁽¹⁾، تدخلا يضيفي جدية وفاعلية، تراعى فيه الذات البشرية ويصد الباب أمام كل متحايل يتخذ من ألفاظ القانون معقلا للمكر والخديعة حتى لا تصاب العلاقات التعاقدية بنكسة نتيجة تضخم الفوارق بين الأطراف «وطرو هزات عنيفة من فقدان الثقة وانهيار دعائم الاستقرار»⁽²⁾، بشكل يرسى المعادلة الصعبة بين حرية المعاملات والتوازن في المعاهدات ولا يتحقق هدف المشرع بمجرد الاقتصار على النظريات التقليدية المكبلة بالحرية التعاقدية وإنما بانتهاج وسيلة قضائية تحل فيها إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين كلما ثبت زيغها عن جادة حسن النية بشكل يجعل القاضي «مشرع الحالات الخاصة»، حتى لا تكون «الرقابة مجرد رياضة يتسلى بها القاضي» على حد تعبير بعضهم⁽³⁾.

(1) محمد الزين، مرجع سابق الذكر، ص 174.

(2) محمد صالح العياري، «حول تطبيق الفصل 38 م. 1. الطرقات»، ع في حوادث م. ق. ت، عدد 2، فيفري 1968، ص. 10.

(3) MESTRE (J.), « De la notion de clause pénale et de ses limites », R.T.D. civ., 1985, p. 360.