UAEU Law Journal

Volume 2023
Number 95 *year 37 Issue No. 95 July 2023*

Article 5

July 2023

Contractual freedom: A fundamental right? A reading of the Texts of Tunisian Law

Hafidh Kithem Dr.
College of Legal, Political and Social Sciences Carthage University- Tunis, Miskithem@gmail.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Common Law Commons, and the Legislation Commons

Recommended Citation

Kithem, Hafidh Dr. (2023) "Contractual freedom: A fundamental right? A reading of the Texts of Tunisian Law," *UAEU Law Journal*: Vol. 2023: No. 95, Article 5.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in UAEU Law Journal by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Contractual freedom: A fundamental right? A reading of the Texts of Tunisian Law

Cover Page Footnote

Dr. Hafidh Kithem Assistant Professor, University of Carthage, Tunisia Miskithem@gmail.com

This article is available in UAEU Law Journal: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5

Contractual freedom: A fundamental right? A reading of the Texts of Tunisian Law*

Dr. Hafidh Kithem

Assistant Professor, University of Carthage, Tunisia
Miskithem@gmail.com

Abstract :

A fundamental right has the Constitution for cradle and its hoe is the public law. Which makes his access to private law and getting closer of contractual freedom impossible, if we recall "Rohm": “The wall separating the two branches of law is more robust than the Berlin Wall”.

It should also be recognized that the encounter between "contractual freedom" and "fundamental right" is not a simple matter because of a spice-time difference. The "fundamental right" (the young man) - in contrast to contractual freedom, which was likened to the old woman - is a modern concept.

But transcending the barriers of time and space seems to be an urgent need, perhaps because this is evidence of interaction with the phenomenon of “constitutionality,” which has been known for years by some comparative systems.

Perhaps a new reading of contractual freedom has come, in the light of the constitution, but rather in the light of supra-legislative texts in general.

Such a reading may require tracing the fundamentality of contractual freedom. But highlighting the essential nature of contractual freedom cannot be the most goals. Rather, it should also be concerned with the consequences

* Received on 3/09/2021 and approved for publication on 03/01/2022.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

of the fundamentality of contractual freedom, and most importantly, in the end, it should be wary of freedom "if its restrictions are loosened, it will itself become a fetter for a greater freedom than it[1]".

Keywords: Contractual freedom, fundamental right, constitution, positives obligations, principal of necessity, proportionality, legislations goals, Islamic legislation's five goals.

1 Gibran Khalil Gibran, The Prophet

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5 2

الحرَّية التعاقديّة، حقٌّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التُّونسيّ*

د. ختام عبد الكريم حفيظ

أستاذ القانون الخاص وعلوم الإجرام المساعد

كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية –جامعة قرطاج بتونس

Miskithem@gmail.com

ملخص البحث

إنّ الحقّ الأساسيّ مهده الدّستور و موطنه القانون العامّ، وهذا الأمر يجعل وصوله إلى القانون الخاصّ و تدانيه من الحرّية التعاقديّة أمرا مستحيلا، ألو استحضرنا مقولة "روم": إنّ الجدار الفاصل بين فرعي القانون أشد متانة من جدار برلين؟ كما ينبغي الاعتراف بأن اللّقاء بين "الحرّية التعاقديّة" و "الحقّ الأساسيّ" ليس أمراً هيّنا بسبب فارق في الزّمان، فالحقّ الأساسيّ (الشابّ اليافع) – خلافا للحرّية التعاقديّة التي شبّهت بالعجوز الهرمة– مفهوم حديث.

لكنّ تجاوز حاجزي الزّمان و المكان يبدو حاجة ملحّة ربما لأنّ في ذلك دليلاً على التّفاعل مع ظاهرة "الدّسترة" التي عرفت منذ سنوات عند بعض الفقه المقارن.

وربما آن الأوان من أجل قراءة جديدة للحرّية التعاقديّة على ضوء الدّستور، بل على ضوء النصوص "الفوق– تشريعية" عموماً.

---

* استُلم بتاريخ ٠٣/ ٠٩/ ٢٠٢١، و أجيز للنشر بتاريخ ٠٣/ ٠١/ ٢٠٢٢.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

إنّ مثل هذه القراءة قد تقتضي تعقب الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة، لكن لا يمكن أن يكون إبراز الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة أقصى ما تتوصل إليه هذه القراءة، بل ينبغي أيضًا أن يهتم بعاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة و الأهم في النّهاية ينبغي الحذر من حرّية "إذا حلت قيودها أمست هي نفسها قيدا لحرّية أعظم منها"[٢].

الكلمات المفتاحية: الحرّية التعاقديّة، الحق الأساسيّ، الدّستور، الالتزامات الإيجابية، مبدأ الضرورة، مبدأ التّناسب، جوهر الحق، مقاصد التشريع، الكليات الخمس للشريعة الإسلامية.

المقدّمة

ألا يعدّ من عبث المجازفة تخصيص الحرّية التعاقديّة بالدّرس؟ ماذا يمكن أن تضيف هذه الدراسة إلى ما قاله أفضل المختصين[٣] عن أقدم الحرّيات على الإطلاق، بل أشهر مفارقات القانون (حرّية التّنازل عن الحرّية[٤])؟

إن كانت جلّ المؤلفات التي تتناول الإلتزامات أو العقود بالدّرس تُعنى بإيضاح المقصود بالحرّية التعاقديّة أو ربما تعرّفها منتهية إلى أنها جزء من سلطان الإرادة أو ربما نواته[٥]، و أنها تقتضي-"من حيث الأصل"- أنّ كل شخص حرّ في التعاقد أو عدم التعاقد، و حرّ أيضًا في اختيار المتعاقد ثمّ تحديد محتوى العقد، و تقتضي بالنسبة إلى البعض[٦] "من حيث الشكل أنّ

---

(٢) جبران خليل جبران، النبي

(٣) عمومًا الفقه التّونسيّ و المقارن من الذين كتبوا في القانون المدنيّ و قانون الالتزامات .

(4)*Vinculumjuris.* **FrédéricRouvière,** « L'obligation comme garantie ». *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p.2. « Le lien de droit est image ou métaphore : il figure une chaîne symbolique qui lie de façon presque magique le débiteur ou l'assujetti. A cet égard, le caractère particulièrement vague de cette notion d'obligation en témoigne. L'obligation est également comprise comme contrainte, dette, devoir de respecter la loi ou le contrat ».

(5)Jean Carbonnier, Droit civil, Tome 4 : Les obligations, P.U.F., 1996, n° 16. La liberté contractuelle est « l'essentiel de l'autonomie de la volonté ».

(٦) في خصوص الحرّية التعاقديّة ثنائية الأبعاد، انظر :

التقاء إرادتي المتعاقدين كافية لنشأة العقد صحيحاً دونما حاجة إلى شكليات أخرى كالكتابة(٧)، أوصفة المحرر، أو ذكر بيانات معيّنة(٨)، أو الحصول على رخص أو الإشهارات، إلا أنه يندر أن نجدها تبحث طبيعتها(٩) أو حتّى تهتم بتأصيل هذه الحرّية كحق ذاتي، و يندر أن نجدها تجيب عن أسئلة من قبيل: لمَ يؤمن الجميع بالحرّية التعاقديّة دون أن يراها؟ ثمّ لما نسميها حرّية تعاقديّة حال أننا –عند استحضارها– تذهب أذهاننا بسهولة إلى حرّية الالتزام الإختياري(١٠) عموماً؟ و هل يمكن للحرّية التعاقديّة تغيير الطبيعة القانونية للأشياء (كاعتبار المنقول عقاراً...)؟ و هل تعني الحرّية التعاقديّة إمكانية الخروج من العقد(١١)؟...

واضح أنّ الحرّية التعاقديّة مفهوم لا يمكن القول إنه كشف عن كل أسراره، فهل يستبعد أنّ سؤالاً كالحرّية التعاقديّة حق أساسي؟ قد يسهم شيئًا ما(١٢) في تبيّنه؟

وينبغي على كلّ الاعتراف بأن اللقاء بين "الحرّية التعاقديّة" و"الحق الأساسيّ" ليس أمراً هيّنا. **أولاً** بسبب الفارق في الزّمان، فالحقّ الأساسيّ (الشابّ اليافع(١٣)) –خلافا للحرّية التعاقديّة (العجوز الهرمة(١٤))– مفهوم **حديث** حتّى إن هذا يستدعي محاولة تعريفه، أو على

Pierre-Yve Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008. p. 24 et 25.

(7)Formalisme de l'acte.

(8)Formalisme de la mention.

(٩) هذا يصح على الأقل في شأن الفقه التّونسيّ.

(١٠) أي الاتفاق(إنشاء، تعديل أو إنهاء التزام) والإرادة الأحادية.

(11)Marie-Laure Mathieu Izorche, « La liberté contractuelle », in: liberté et droits fondamentaux, RenéCabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 21 ème édition, Dalloz, 2015, p. 858.

(١٢) على الأقل بالنسبة إلى السؤالين الأول والثاني.

(١٣) صورة مأخوذة عن (متحدثا عن المجلس الدّستوري) Pierre-Yve Gahdoun, op.cit., p. 2.

(14) Idem.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

الأقلّ استعراض أهمّ المحاولات؛ لأنه عرّف وفقاً لأكثر من مقاربة(١٥)، فهناك من يذهب- وفق مقاربة تاريخيّة- إلى أنّ الحقّ الأساسيّ هو الصيغة الجديدة لحقوق الإنسان(١٦)، و هناك من يرى أنّ الحقّ الأساسيّ حقّ مكرس في صلب نصّ دستور أو معاهدة أي نصّ فوق- التشريع supra-législatif (المقاربة الشكلية) و يضيف بعضهم ميزة آخرى للحقّ الأساسيّ؛ إذ يحميه جهاز قضائي دستوري و أيضًا دولي ضدّ اعتداءات السلطة التنفيذية أو القضائية أو التشريعية، و لعل الأحوط هو الأخذ بما ذهب إليه الأستاذ "Favoreu"؛ إذ وضع تعريفاً يستوعب جلَّ ما قيل سابقاً.(١٧)

و يبدو من الحكمة الاقتناع أن الحقّ لا يكون أساسيًا بحق إلا إذا كان المقصد منه الحفاظ على الإنسان، و هذا على كل ما يقتضيه المعنى الوضعي(١٨) للعبارة، فلا يمكن عقلا أن يعدَّ حقاً أساسيا ذاك الذي يؤول - في الحال أو في الاستقبال-إلى هتك ولو واحدة من الكليات الخمس التي عددها الغزالي في كتابه المستصفى من علم الأصول، ومن هنا يفهم إذن أنّ الحقّ

(١٥) ينبغي القول إن المقاربات متعددة و مثيرة للاهتمام.

Il faut dire que les approches sont aussi multiples qu'intéressantes. Pour schématiser, elles peuvent se résumer comme il suit; il y a l'approche formelle, l'approche institutionnelle et l'approche chronologique.

(16) D'ailleurs, Rousseau parle de « deux expressions interchangeables » et soutient que « le choix entre l'une et l'autre est une affaire de génération ou de goût »Dominique Rousseau, « Droit Fondamentaux », in: Loïc Cadiet (dir), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 373.

(17) Louis Favoreu, Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle in: L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international de l'Ile Maurice, 29 septembre-1er octobre 1993, Ed. Aupelf-Uref, 1994, p. 48, in: RenéCabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, (sous la direction de), Libertés et droits fondamentaux, 13e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 6.

(18) « D'ailleurs, étymologiquement, « fondamental », s'entend d'essentiel. Un droit fondamental est donc un droit dont dépend l'essence de l'Homme ou plus exactement son être […] ». Idem.

الأساسيّ هو ذاك الذي يدور حول حفظ العقل، والدين، والنفس، والنسل، والمال(١٩).

إذن لو تناسينا ما تسبب فيه المفهوم من تعب لمن حاول ترويضه من الفقهاء(٢٠) أمكن الاتّفاق على أنّ الحقوق الأساسيّة هي " الحقوق و الحرّيات المحمية **دستوريًا"**(٢١).

أما السبب الثاني الذي يجعل تقريب المفهومين أمراً غير هيّن، ففارق في المكانإذا كان الحق الأساسيّ مهده الدّستور و موطنه القانون العام مما يجعل وصوله إلى القانون الخاص و تدانيه من الحرّية التعاقديّة أمرًا مستحيلاً لو استحضرنا مقولة "Rome": إن الجدار الفاصل بين فرعي القانون أشدّ متانة من جدار برلين(٢٢)؟

وفي المقابل فإن تجاوز حاجزي الزمان و المكان حاجة ملحة، ليس فقط أملاً في انتعاش مادة –اشتهرت بالاستقرار أو ربما بالجمود– ولاسيما من خلال تجدد(٢٣) مصادرها، بل أيضًا

---

(١٩) قد تختلف السياسات و الرؤى حول كيفية تكريس هذا الحقّ أو ضمانه أو ممارسته بحسب عوامل عديدة، لكن لا يعقل أن يصل الاختلاف إلى مستوى المرمى أي حفظ الكليات، إذن يمكن القول إنّ الحقّ الأساسيّ بهذا المفهوم هو الذي يسمح بالحديث عن كونية الحقّوق.

(20) Julien Raynaud (J.), Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges. p. 6. "Sa définition était apparue « insoluble » au Doyen Colliard 4. De même, pour le Doyen Madiot, « la notion de droits fondamentaux, énervante pour le juriste parce que fuyante et mouvante, porte en elle quelque chose de ²magique² qui défie les critères de l'analyse juridique »".

(21) «des droits énumérés dans la constitution qui bénéficient d'un statut spécial leur assurant une protection particulière tant par l'interdiction constitutionnelle de porter atteinte à la substance de ces droits que par l'instauration d'un recours spécifique devant la cour constitutionnelle qui permet de les protéger contre toute atteinte». Marie-Joelle Redor, «Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux», Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 1, 2002, p. 92.

(22) « Le mur académique qui sépare le droit public et le droit privé semble plus résistant encore que le défunt mur de Berlin et pour ainsi dire indestructible. ». FrançoisRome, « Droit public/Droit privé: « Jet'aime…moi non plus »… », Rec. Dalloz, Editorial, n° 31, 2008. « Le mur académique qui sépare le droit public et le droit privé semble plus résistant encore que le défunt mur de Berlin et pour ainsi dire indestructible».

(23) Nicolas Molfessis, «Les sources constitutionnelles du droit des obligations», in Le renouvellement

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

لأن في ذلك دليلاً على التفاعل مع ظاهرة "الدّستر"[٢٤] التي عرفت منذ سنوات عند بعض الفقه المقارن[٢٥]، وهي تتلخص عموماً فيولوج العديد من فروع القانون صرّح القانون الدّستوري[٢٦]، وفي معاينة أنّ مادة ما أضحت تحكمها الحقوق الأساسيّة وحماية الحرّيات؛ أي يحكمها القانون الدّستوري[٢٧].

إنّ تبعات هذه الظاهرة على قدر من الأهميّة حتّى إن معارضي الاتجاه القائل بالدّسترة يعترفون أنّ دسترة مادة تعني منعرجا في تصورها[٢٨]، وفي هذا الصدد يتحدث الأستاذان "Guinchard"، و"Drago"عن «ثورة قانونية أنجزت تحت أعيننا أو من دون أعيينا، أعين

---

des sources du droit des obligations, Journées Henri Capitant, LGDJ, 1997, p. 65 s.

(24) «La constitutionnalisation»,MartinLoughlin, « WhatisConstitutionalisation», in P. Dobner et M. Loughlin (eds), The Twilight of Constitutionalism ?, Oxford UP ? 2010, p. 47-69; R. Guastini, Leçons de théorie constitutionnelle, trad. présentation par V. Champeil-Desplats, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2010, chap. 8 et 9; L. Favoreu, «La constitutionnalisation du droit», in B. Mathieu et M. Verpeaux, (dir.), La constitutionnalisation des branches du droit, Paris, Economica, 1998. Cité par Pierre Brunet. La constitutionnalisation des valeurs par le droit. S. Hennette-Vauchez et J.-M. Sorel. Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisé le monde" ?, De Boeck, pp.245-260, 2011. <halshs-00009756v5> (Date de consultation : le 10 Mars 2019); SergeGuinchard et George Drago, «Droit constitutionnel et procédure civile, Répertoire de procédure civile», septembre 2013, p. 6, n°19.

(25) Selon Guinchard, la constitutionnalisation est contestée par Beignier qui y voit un mythe; SergeGuinchard et George Drago, « Droit constitutionnel et procédure civile », Répertoire de procédure civile, septembre 2013, p. 7, n° 24.

(٢٦) يمكن أن نعد المسالة خلافية، فبعضهم قد يرى الكأس نصف فارغة والآخر نصف مليئة: وإما أن نتحدث عن دسترة؛ أي ارتقاء فروع القانون الخاص إلى الدّستور أو عن تخصيص أي جذب القانون الدّستوري إلى مجال القانون الخاص.

(27) Le professeur Le Favoreu remarqua à juste titre, que le droit constitutionnel dépasse, aujourd'hui, de loin la simple organisation du pouvoir; son acquisition ou sa transmission. Cette discipline veille désormais à la réalisation de deux objectifs essentiels, «le système normatif et la protection des droits fondamentaux». LouisLe Favoreu, préface au précis de droit constitutionnel, Dalloz ,1998.

(28) Serge Guinchard, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in: Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, p. 361. « C'est tout une conception de la discipline qui est en cause ».

المختصين في القانون الخاص...باستثناء بعض العقول النيّرة..."[٢٩].

وعلى ضوء ما تقدم هلّا تشرع قراءة جديدة للحرّية التعاقديّة على ضوء الدّستور، بل على ضوء النصوص الفوق تشريعية[٣٠] عموماً ؟ بل ألا ينبغي الوصول إلى أنّ الحرّية التعاقديّة – في القانون التّونسيّ – حق أساسي؟

إن مثل هذا الاستفهام لا تنحصر جدواه في البعد النظري الذي يقتضي ولاسيما إبراز القانون التّونسيّ كقانون يكترث للحقوق الأساسيّة (المقصود الأساسيّة بحق[٣١]) خلافًا لما قد يتراءى لبعضهم. ثمّ إن مادة الالتزامات تبقى النبع الرئيسي الذي تنهل منه بعض مواد القانون العامّ كمادة العقود الإدارية مثلاً، وهو الأمر الذي يعني أنّ الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة قد تقتضي إعادة النظر في ثوابت القانون العامّ أو على الأقل بعض موادّه[٣٢]، بل على مستوى التطبيق خصوصاً، وقد تكون الإجابة عن السؤال عوناً وتوجيهاً للمشرع عند وضعه النصوص، وللقاضي في تطبيقه إياها، أو في مراقبة الأعمال القانونية... بل قد تنفع في إعطاء دفع une impulsion طالما افتقده الأشخاص لتحرير قدرتهم الخلاّقة على إيجاد أصناف جديدة من العقود أو حتّى التشجيع على إحياء ما أقبره[٣٣] المشرع منها دون مبرر يصمد أمام أحكام

(29) «La constitutionnalisation[…]. Il s'agit bien d'une révolution juridique qui s'est accomplie sous nos yeux ou plus exactement sans nos yeux, ceux des privatistes […], à l'exception toutefois de quelques esprits clairvoyants […]».Idem.

(٣٠) الدّستور و المعاهدات المصادق عليها.

(31) «C'est alors que l'on peut considérer que le fondamental est ce qui est nécessaire pour l'existence de l'homme et la continuité de la race Humaine. En application de ce critère tout semblant de droit qui irai à l'encontre de la prospérité et de la continuité du genre humain doit être exclu du cercle de la fondamentalité. L'exemple du pacte de solidarité que l'on assoie sur un faux droit est flagrant.»

(٣٢) مثلاً هل يستقيم الحديث عن حرّية تعاقديّة لذوات القانون العام و إلى أي مدى تقترب من المفهوم المدنيّ للحرّية التعاقديّة؟

(٣٣) إلغاء الأحباس، حقّ الهواء...

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

المادّة٤٩ من دستور ٢٠١٤. بل إن الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة قد تؤول إلى تمتع الأشخاص المعنويين بهذا الحق.

وفي الواقع ينبغي قطعًا الوصول إلى أنّ الحرّية التعاقديّة –في القانون التّونسيّ- حق أساسي، وهذا الأمر ينبغي؛ لأنه ممكن، و هذا سنراه من خلال تعقب الصيغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة (**المبحث الأول**)، و ينبغي أيضًا لأنه ضروري، وهذا سيتأكد من خلال التعرض إلى عاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة (المبحث **الثاني**).

المبحث الأول

تعقّب الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة

"الإنسان حيوان يلزم نفسه".(٣٤)

هل توجد حرّية تعاقديّة أصلاً حتّى تكيف كحق أساسي؟

لابدّ من ملاحظة أنّ تكريس(٣٥) الحرّية التعاقديّة كحق ذاتي، بل كمبدأ من مبادئ قانون العقود، لم يرد في إطار القانون المدنيّ إلا بصورة ضمنية،(٣٦) لو أرجعناه إلى قاعدة "**الأصل في الأمور الإباحة**"(٣٧). و إن جاز الذهاب إلى أنّ هذه القاعدة تتلوّن بحسب مواد القانون، و أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات(٣٨) من تطبيقاتها(٣٩)، فإنه من الواضح أنّ الحرّية التعاقديّة لم

(34) Alain Boyer, Chose promise, étude sur la promesse, à partir de Hobbes et quelques autres, PUF, Léviathan, 2014, p. 1 : « L'être humain est un animal qui s'engage».

(٣٥) سنتحدث عن تكريسه حتّى في حال غياب النص لكن مع التفريق بين التكريس الصريح والتكريس الضمني.(انطلاقًا من حجة كمال النظام القانوني).

(٣٦) حيث تستنتج من مقتضيات المادّة٢٤٢ من مجلة الالتزامات والعقود، وإذا استحضرنا أن الأمر يتعلق بحرّية إتيان عمل قانوني اختياري ينبغي أن نضيف المادّة ٣ من المواد التي تنصّ على أن " كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم ينصّ القانون على خلافه".

(37) Ce qui n'est pas interdit est permis.

(38) «Nullacrimen, nullapoena sine lege».

(٣٩)كل الأفعال على خطورتها ليست جرائم (أي هي مباحة) طالما لم يعيّنها القانون كذلك.

تحظَ بما حظي به نظيرها الجزائي من عناية. حيث احتل صدارة التقنين الجزائية، بل احتل –في الآن نفسه– منزلة صلب فصول الدّستور(٤٠) فضلاً عن نصوص دولية مهمة كالإعلان العالمي سنة ١٩٤٨ ... أما هي فلا تزال تبحث بعناء عن مستقرّ لها.

وعلى مستوى القانون الفرنسي أيضًا –ولفترة طويلة– لم يتجاوز مبدأ الحرّية التعاقديّة عتبة التقنين المدنية، فقد كرّس بصورة ضمنية(٤١)حتّى غرة أكتوبر ٢٠١٦(٤٢). و كثيراً ما تمسك المجلس الدّستوري الفرنسي بأن "لاوجود لنصّ صلب الدّستور يكرس الحرّية التعاقديّة"(٤٣). إلا أنّ الفقه لم يهنأ(٤٤) حتّى رفعت الحرّية التعاقديّة إلى مصافّ الحرّيات الدّستورية؛ لأن صمت القانون... لايفرض قانون الصمت(٤٥)، ولأن طرق التكريس متعددة؛ لأن دستورية الحق قد

(٤٠)المادّة ٢٨ من دستور ٢٠١٤، والمادّة ١٣ من دستور ١٩٥٩.

(41) L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, F. Alcan, 1912, p. 54

(42) L'article 1102 du Code civil français : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Legifrance, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(43) Décision n° 94-348 sur la Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes. « […] aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle ».

(٤٤) من بين الأسباب التي قدمت لشرح الموقف الرافض لمجلس الدّولة القول :إن الحرّية التعاقديّة تعرف عدّة قيود تشريعية، وعليه لايمكن أن تكون ذات صبغة / قيمة دستورية.

(٤٥) لا بدّ من تأمل بنية الحقّ الأساسيّ: فهو يتألف من عنصرين. عنصر مادي، و يتمثل في جوهر الحقّ الذي ينبغي أن يكون "وجوديا" بالنسبة إلى صاحبه. و الثاني شكلي يجد ترجمته في اعتراف أو تكريس قانوني، فإن وجد العنصر المادي دون العنصر الشكلي لم يمنع هذا من كوننا إزاء حقّ أساسي، لكن صبغته الأساسيّة غير تامة، و لن تكون حتّى يتحقّق العنصر الشكلي من خلال تكريسه

Fayez Hage-Chahine, «Y-a t-il un régime juridique des droits fondamentaux», in : Les Droits fondamentaux, inventaire et théorie générale, Colloque de Beyrouth 6 et 7 novembre 2003, Brullant, Bruxelle 2005, p. 62.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

تكون مباشرة حين يكرس بصورة صريحة صلب نصّ الدّستور أو أيّ نص يمثل جزأ من كتلة الدّستورية[٤٦] le bloc de constitutionnalité. و تكون غير مباشرة لو أنّ النصّ الصريح تضمن حقا لا يكون إلا بوجود حق آخر لم يذكر (لكنه مفترض)[٤٧]، وعموماً يكون الحق أساسيًا إذا ضمنته قاعدة فوق–تشريعية كمعاهدة (بصورة صريحة أو بصورة غير مباشرة)؛ لذا استنادا إلى ما جاء فإن تعقب الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة (في غياب التكريس الصريح)سيكون من خلال البحث[٤٨] لها عن مرساة دستورية (الفقرة الأولى)، و/ أو مرساة اتفاقية(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرساة الدّستورية للحرّية التعاقديّة l'ancrage constitutionnel

يقول الأستاذ " Picard" : إن الحقّ لا يعدّ أساسيًا؛ لأن الدّستور يجعله كذلك، و لكن لأنه عدّ أساسيا، فإنه يمكن، ويجب أن يلقى تكريسا دستوريًا أو قضائيًا تحديدًا؛ لأنه[(الحقّ)]أساسي، فالدّستور– مكتوباً أو مؤولاً – ينتهي إلى استقباله لتكريسه رسميًا"[٤٩].

---

(٤٦) كتلة الدّستورية تشمل الدّستور في ذاته، التوطئة التي عدت جزءا منه، و عموماً الأحكام التي تستند إليها المحكمة لممارسة رقابتها على القوانين. انظر مثلاً:

Mouna Tabei, Les normes de références du contrôle de la constitutionnalité dans les avis du conseil constitutionnel tunisien, Mémoire pour l'obtention, du Master en droit public et financier, FSJPS Tunis, 2007, p.41.

(٤٧) يتم تحليل هذه الفكرة أدناه..

(٤٨) سيثبت لدينا توفر عنصري الحقّ الأساسيّ، ولكن لن يظهر الفصل بين العنصرين. (تحديدًا الصبغة "الوجودية" لهذا الحقّ ستثبت بصورة ضمنية وتبعية للعنصر الشكلي).

(49)« Si un droit est fondamental, ce n'est pas réellement parce que la constitution le consacre comme tel : c'est bien plutôt parce que ce droit est jugé fondamental qu'il peut et doit, le cas échéant, recevoir cette consécration constitutionnelle ou jurisprudentielle : plus spécifiquement, c'est parce qu'il est fondamental que la Constitution écrite ou interprétée finit par le recevoir pour le formaliser ». EtiennePicard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in: L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Collection Droit et Justice, 2001, p. 40.

هذا التكريس الرسمي اتخذ شكلاً صريحاً بالنسبة إلى عدد من الحرّيات، فقد أقرها الدّستور صراحة كحرّية الرأي، والفكر، والتعبير، والإعلام، والنشر(٥٠)، وحرّية تكوين الأحزاب والنقابات و الجمعيات(٥١) أو حرّية الاجتماع و التظاهر السلميين...(٥٢).

فلو عمدنا إلى قياس هل تكون الحرّية التعاقديّة مثل(٥٣) (من حيث الأهمية و الحاجة إليها بالنسبة لكل إنسان بما في ذلك الأميّ مثلاً أو الكاره للسياسة، أو السجين، أو مختلّ المدارك العقلية...) هذه الحرّيات -التي حظيت بتكريس دستوري صريح- أم هي(للأسباب التي ذكرنا) أحرى(٥٤) منها بالدّستورية؟ ....هذا هو السؤال.

أما الإجابة فتبدو لصالح الحرّية التعاقديّة و لو أخذنا بالصيغة "الدنيا" للقياس؛ أي قياس المثل تحسباً لاختلاف النتائج في تقدير التقريب بين هذه الحرّية و غيرها.

وعلى كل فإن هذا التقريب في ذاته يبدو مبرراً إذا ما استحضرنا أنّ المحكمة الأوروبية بمقتضى قرار لها صادر في ٢٩ أبريل(٥٥) ١٩٩٩ ذهبت إلى إدانة الدّولة الفرنسية بسبب موقف

---

(٥٠) المادّة٣١ من دستور ٢٠١٤.

(٥١) المادّة٣٥ من دستور ٢٠١٤.

(٥٢) المادّة٣٧ من دستور ٢٠١٤.

(٥٣) عبد المجيد الزروقي، درس في المنهجية القانونية/ موجه لطلبة السنة الأولى بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، ٢٠١٨/ ٢٠١٩. "حجّة المثل (argument *a simili – a pari* - analogique) أو قياس المثل: لدينا فرضٌ وحكمٌ منطوق بهما، ولدينا فرضٌ نقيضٌ مسكوتٌ عنه وعن حكمه، ونبحث عن قصد الشّارع (في نصّ آخر، إلخ.)، فإذا لم نجد هذا القصد، وإذا لم نجد الفرض النّقيض أولى بالحكم الوارد للفرض المنطوق به، بل هو مثلٌ له على هذا المستوى أعطينا هذا الحكم للفرض المسكوت عنه".

(٥٤) قياس الأحرى هو قياس مثل مقوّى. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (التّأويل العكسي. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة)، ص ٦٠١ وما بعدها.

(55) Marie-Laure MathieuIzorche, « La liberté contractuelle », in: liberté et droits fondamentaux, RenéCabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 21 ème édition, Dalloz, 2015, p. ٨٥٠, n°1075, note de bas de page n°1.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

لها يتصل بالانخراط الإجباري في جمعية صيد، وعدّته المحكمة انتهاكًا لحرّية التجمّع الأساسيّة، ولو وفقت إلى موقف أقوى لكانت أشهرت الحرّية التعاقديّة.

فلو دققنا النظر في الحقوق الأساسيّة التي "صدح" بها الدّستور في صلب بابه الثاني، ومنها الحقّ في التنقل، والحقّ في التعلم، والحقّ في العمل، والحقّ في حياة خاصة، والحق في الصّحة...بل حتّى الحقّ في الماء، و يجب أن لا ننسى الحق في التقاضي[٥٦] وحقّ الملكية[٥٧]...، هل يتسنى ممارستها فعلياً في غياب حرّية تعاقديّة محمية دستوريًا؟

وحتى تتوضح المسألة أكثر قد يتعين تعديل السؤال بصياغته على النحو الآتي: ما العلاقة بين الحرّية التعاقديّة و الحقوق المذكورة أعلاه؟ وبدقة أكثر: ما هو الحكم الوضعي[٥٨] للحرّية التعاقديّة؟ أي هل الحرّية التعاقديّة يلزم من و جودها الوجود (الفعلي) لبقية الحقوق و يلزم من عدمها عدم الأخيرة في الذكر؟

إن قبلنا أنّ الحرّية التعاقديّة **سبب** موصل إلى ممارسة الحقوق الواقع تعدادها أو بعبارة أدقّ لفاعليته l'effectivité[٥٩]، فالإجابة لن تكون لا، وعندها ينبغي إن نأتي إلى سؤال جوهري: هل من المقبول عقلاً أن يوجد المسبب (حق الملكية، حق العمل...) دون السّبب (الحرّية التعاقديّة)؟

---

(٥٦) المادّة١٠٨ من الدّستور التونسي.

(٥٧) المادّة٤١ من الدّستور التّونسيّ.

(٥٨) عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس ٢٠١٧، ص.

(59) L'effectivité serait « la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit, qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, d'effets prévus ou non, désirés ou non, immédiats ou différés». YvesLeroy, «La notion d'effectivité du droit», Droit et société, 2011/3, p. 715, Cité par NicolasCayrol, op, cit., p. 12.

إن المشرع عاقل و يدرك تماماً أنّ السّبب و المسبب متلازمان مع أسبقية السبب، فعندما تنصّ المادّة٤١ على أنّ حق الملكية مضمون، فهذ يعني أنّ الدّستور يضمن للمالك حقّاً عينياً أصليًا كاملاً يخول لصاحبه سلطة استعمال ما له من مال، واستغلاله، والتصرف فيه، لكن كيف له الاستغلال دون حرّية إبرام عقد إيجار أو عارية مأجورة؟ و كيف له التصرف قانونياً في ماله بالهبة أو الرهن أو البيع ...في غياب الحرّية التعاقديّة بتفريعاتها عن الساحة الدّستورية؟ أكثر من هذا، والمادّة٤١ من الدّستور لاتضمن فقط "الملكية"[٦٠]، بل تضمن أيضًا حقّ التملك[٦١]، ولعل العقد من أهم أسباب اكتساب الملكية، مما يجعل العلاقة وطيدة بين فاعلية وجدوى هذا الحق والحرّية التعاقديّة، ثمّ يمكن أن نواصل الاستدلال من خلال تنزيل حق الملكية منزلته ضمن الحقوق الدّستورية عامة على نحو يجعلنا نقف على أهمية الحرّية التعاقديّة في ذاتها من جهة، و بصورة تبعية من جهة أخرى؛ أي كونها ضرورية لفاعلية الحق في الملكية الذي هو بدوره حياتي للأشخاص، ولا مناص في هذا الصدد من استحضار ما قاله :Portalis

Le « … droit de propriété… droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent et qui pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, parce qu'il lui assure les moyens de la conserver »[62].

لم يبق إلا أن نستنتج أنّ كل الحقوق تصبح–عبثاً– جوفاء من دون الحرّية التعاقديّة؛ إذ تكون حينها موجودة بالقوة و غير موجودة بالفعل، بل لا أمل في أن توجد الحقوق المكرسة دستوريا –حقاً– متى كانت علّتها الفاعلة؛ أي الحرّية التعاقديّة ناقصةتنزّه المشرع عن ذلك.

الآن لو اقتنعنا أن الحرّية التعاقديّة حارسة sentinelle[٦٣] بقية الحقوق، قد تبقى مشكلة

(60) Le droit de propriété.
(61) Le droit d'appropriation.
(62) Jean-Étienne-Marie Portalis,Discours, Rapports et travaux inédits sur le code civil, Joubert, librairie de la cour de cassation, Paris, 1844.
(63) Pierre-Yve Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008. p. 24 et 25.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

إمكانية إعطائها وصف الحق، بل الحق الأساسيّ تحديدًا !

في الواقع لا غرابة في الحديث عن حقّ لم تكرسه النصوص صراحة؛ لأن تكريس كل الحقوق صراحة أمر مستحيل حسًّا. أما عن كمال النظام القانوني(٦٤) فافتراض يقتضي إعمال قاعدة عامة تسدّ النقص.

وقد أوضح الفقه(٦٥) أنّ الحق(٦٦) يقتضي أنّ يملك صاحبه إمكانية الفعل أو عدم الفعل، فعندما يأتي القانون، ويحذف إمكانية الفعل نكون إزاء منع، وعندما يأتي القانون ويحذف إمكانية عدم الفعل نكون إزاء وجوب، وعندما يكرس القانون بصورة متزامنة إمكانيتي الفعل و عدم الفعل يكون الحديث عن حق. و أخيرًا إذا لازم القانون الصمت، يفهم أنه يكرس حقًا ضمنيًا؛ لأنّ الأصل في الأمور الإباحة، والإباحة باقية ما لم تُلْغَ؛ لأن "الأصل بقاء ما كان على ما كان"(٦٧).

ويخلص مما جاء إلى أنّ الحقوق التي لم تسحب منها إمكانية الفعل (لتصبح منعًا)،فإما أنها مكرسة صراحة، وإما أنّ تكريسها ضمني (من خلال عدم سحب إمكانية الفعل والإبقاء فقط على إمكانية عدم الفعل)، وإن مثل هذا التدقيق له أهميته حتّى إن بعضهم ذهب إلى الحديث عن نظرية في هذا الصدد عرفت تحت تسمية "نظرية الحقوق الضمنية"(٦٨).

---

(٦٤) مبدأ كمال النظام القانوني يقتضي أن المشرع منزّه عن أن يكون عمله مبتورًا، وكل ما في الأمر هو أن أحكامه- أحيانًا- ينبغي استنباطها؛ أي استنطاق النصوص، و من أولى نتائج هذه الافتراض تجريم القاضي الذي يمتنع عن الحكم لغموض أو حتّى لغياب النص.

(٦٥)عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس ٢٠١٧، ص ٢٣٢.

(٦٦) ينبغي الانتباه أن الحرّية التعاقديّة حقّ، فالنصوص التي سنستند إليها لتأسيس دستوريتها تتحدث عن "الحقّ في الحرّية ".

(٦٧)المادّة من م اع .

(68) "«La théorie des droits implicites ».La théorie s'est certes développée dans un contexte bien déterminé, cependant, la logique qui l'anime pourrait justifier l'élévation du droit à

ومدار هذه النظرية فكرة مفادها: أنّ وجود وفاعلية حقوق دستورية مكرسة صراحة تبقى رهينة حقوق أخرى لا أثر لها(٦٩)نصّاً، وعليه فإنه يتعين إن افترضنا كمال النظام القانوني عد الثانية موجودة (ضمنياً) بمناسبة وجود الأولى.

...موجودة ضمنيًا معناه أنّ المشرع لم ينس، ولم يرتكب هفوة، و معناه أيضًا أنّ النظام القانوني كامل أو يقترب من الكمال كلما أحسنّا فهم النصوص، ومثل هذا الفهم لايكون دون ربط مسألة الحقوق الضمنية (التي لم يفصح عنها) بروح القانون ولاسيما روح الدّستور؟

ويقصد بروح القانون أو " غاية القانون ratio legis [...] ما بعث على إيجاده، وما هو مطلوب أنّ يتحقّق حين يدخل القانون حيّز التّنفيذ"(٧٠).

عموماً (روح القانون) "تستقرأ من خلال الأعمال التّحضيريّة أو تساق في توّطئة أو دّيباجة(٧١)، أو حتّى في فصل من فصول القانون"(٧٢). وعند الرجوع إلى توطئة الدّستور،

---

l'exécution au rang d'un droit fondamental au même titre que d'autres droits ou principes inhérents à tout individu. La quintessence de cette théorie (des droits implicites) se résume en l'idée suivante; l'existence même, de certains droits déclarés et formulés, demeure tributaire d'autres droits auxiliaires. Donc, ceux-ci sont supposés inéluctablement exister au même titre que les premiers. Il s'agit à travers l'interprétation d'un texte de tirer une conception « élargie des droits proclamés », voire de soutenir l'existence de droits « primitivement non perçus comme en faisant partie ». En d'autres termes, l'opération consiste à induire le droit à l'exécution à priori hors du texte mais en se fondant sur le texte".Kithem Haffidh, L'exécution forcée et les droits fondamentaux, Thèse en droit, Université de Carthage, p178, n° 302.

(69) Frédéric Sudre, « Le recours aux notions autonomes », in: l'interprétation de la convention Européenne des droits de l'homme, Actes du colloques des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p. 124, cité par Aurélie- Anne Aurélie-Anne Dupre,op.cit., p. 433.

(٧٠) عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس ٢٠١٧، ص ١١٥، همش ١٧٧.

(71) Préambule.

(72) Idem.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

ومبادئه العامة، فإنّ روح الدّستور لا تعدو أن تكون علوية القانون(٧٣)، وهي مناط دولة القانون(٧٤). فهل للقانون علوية من غير فاعلية الحقوق الذاتية التي يكرسها هذا القانون(٧٥)؟ إذن الاعتراف بالحرّية التعاقديّة كحق أساسي كونها سبب فاعلية بقية الحقوق (القانون الوضعي)، هو إعلاء للقانون...و هل تكون الدّولة، إن لم تكن دولة قانون(٧٦)؟

... خوفاً على الدّولة الفرنسية، فإنه ليس من الغريب أن يمضي مجلسها (مجلس الدّولة الفرنسي) منذ ٢٠١٣ إلى الارتقاء بالحرّية التعاقديّة إلى مرتبة الحقّ الأساسيّ(٧٧)حتّى قبل أن تكرس صراحة كحقّ ذاتي في ٢٠١٦ من خلال ربطها بحرّية المبادرة، و المادّة ٤ من إعلان حقوق الإنسان و المواطن على أنّ بعضهم ظلّ يحدوه الأمل بقرب تأسيسها على المعاهدة

(73) La prééminence du droit
(74) Alain Douglass Wandji-kamga, op.cit., note de bas de page, n° 869.
(75) La prééminence du droit qui de prime abord, est comprise comme la suprématie du droit objectif, s'étend nécessairement et naturellement aux droits subjectifs dont ils sont l'émanation.
(76) Etat de droit est un pléonasme.
(77) "«Le chemin reconnaissant sa constitutionnalité a pourtant été long.[…]. S'il n'y avait pas de reconnaissance expressisverbis de la liberté contractuelle, il était fréquent que le Conseil constitutionnel rattache une liberté particulière à la plus large liberté définie à l'article 4 de la DDHC. […]. Ainsi, logiquement, si la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la DDHC, une valeur constitutionnelle lui est reconnue puisque la DDHC est intégrée au bloc de constitutionnalité depuis les conséquences tirées de la décision du 27 décembre 1973. La pleine reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle revient toutefois à la décision du 13 juin 2013qui place sur le même plan la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et qui retient que ces dernières peuvent recevoir « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel un article du Code de la sécurité sociale qui portait atteinte à la liberté de choisir son cocontractant et de déterminer librement le contenu du contrat. "MarieGoubinat, Les principes directeurs du droit des contrats. Université Grenoble Alpes, 2016, p.83 et 84. Disponible sur. <NNT: 2016GREAD001>. <tel-01392405> (Date de consultation, le 20 février 2019).

الأوروبية لحقوق الإنسان(٧٨).

الفقرة الثانية: المرساة "الاتفاقية" للحرّية التعاقديّة l'ancrage conventionnel

ذهب بعضهم (٧٩) في إحدى مؤلفات القانون الفرنسي (مستغربًا(٨٠)) إلى "أنّ المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان لازمت الصمت في شأن الحرّية التعاقديّة على الرغم من أنّ توطئتها أكدت على موروث أوروبي مشترك يتعلّق "باحترام الحرّية"، فضلاً عن كون الحق في حياة خاصّة الذي ضمنه فصلها ٨ يشمل " حقّ الفرد في ربط و تنمية علاقات مع بني جلدته". كما أحال الفقيه على دراسة أخرى اهتمّت بالميثاق الأوروبي و العقد، و قد نقل أن صاحبها يأسف أو يلوم(٨١) الجفاء بين هاتين.

فعلاً، فإن التوصل إلى إيجاد قاعدة اتفاقية للحرّية التعاقديّة ليست مطلباً نظرياً بحتاً، بل إن المرساة الاتّفاقية من شأنها أنّ تنتج آثارًا تدعم حماية قضائية ولاسيما دستورية للحرّية التعاقديّة لكن هذا سيتوضح معنا أكثر عند التعرض إلى عاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة(٨٢).

أما فيما يخصّ تعقب هذه الصبغة عبر نصوص المعاهدات، فيتوضح من خلال الإجابة

(78) Jean-Pierre Marguenaud, Unpetit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle a une liberté fondamentale, Revue des contrats, 2009, p. 1211.
(79)Julien Raynaud, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges. p.18.

(٨٠) الاستنتاج شخصي استنادًا إلى استعمال التعبير الآتي:

"La Convention européenne des droits de l'homme est muette sur la libertécontractuelle,encore que son préambule souligne le patrimoine commun européen de «respect de la liberté» et que le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8englobe «le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables»".
(81) Julien Raynaud, Idem, p. 18, note de bas de page, n°. 1. V. les regrets, pour ne pas dire les reproches, de Cl.Lalaut, Le contrat et la Convention européenne des droitsde l'homme, GP 1999, doctr. p 554."

(٨٢) المبحث الثاني.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

عن السؤال الآتي: عندما يحيوي نصّ القانون عبارة "مطلقة" كيف ينبغي أن نفهم المراد؟

هذا السؤال ينبغي أن يتبادر إلى الذهن بمجرد قراءة المادّة ٣ من الإعلان العالمي سنة ١٩٤٥، و أيضًا المادّة ٩ من العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية سنة ١٩٦٦، والمادّة ٦ من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب(٨٣)، وقد اقتضت النصوص المذكورة على التوالي الآتي: "لكل فرد الحق في الحياة، و في الحرّية ،و في الأمان على شخصه"، و"لكل فرد حق في الحرّية، و في الأمان على شخصه [...]"، و لكل شخص الحق في **الحرّية** و الأمن الشخصي، و لا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للدوافع و في حالات يحددها القانون سلفًا[...] ".

هل يحتمل أن تكون النصوص المشار إليها ركيزة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة كون هذه (الحرّية التعاقديّة) لوناً من الحرّية مثلها مثل حرّية المبادرة(٨٤)؟

إن التسليم بهذه النّتيجة يقتضي أن نصل إلى تحديد معنى "المطلق"؛ لأن واضعي النصوص الثلاث استعملوا عبارة "الحرّية" في صيغة إطلاق شموليّ(٨٥)، فلو ثبت أن المطلق أريد منه الإطلاق لأمكننا القول : إن الحرّية التي كرست كحق أساسي تنطوي بالضرورة على الحرّية التعاقديّة، وفي الواقع يكفي أن يثبت لدينا أن المطلق "حرّية " لم يقصد منه التقييد حتّى يصدق القول : إن المطلق يفيد الإطلاق؛ أي أن الحرّية تعني من ضمن ما تعنيه الحرّية التعاقديّة،

---

(٨٣) في كون هذه النصوص (و غيرها) جزءا من القانون الوضعي التّونسيّ انظر:
JasiDali, RafaaBen Achour et SlimLaghmani, Les droits de l'homme par les textes, Centre de publication universitaire, Tunis 2004.

(٨٤) هذا ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي.

(٨٥) عبد المجيد الزروقي، درس المنهجية القانونية، ..."فأمّا الشّموليّ فهو الذي يقتضي استيعاب الحكم لجميع أفراد الطّبيعة. ففي قول المادّة٥٦٥: "وإذا كان البيع لغير وارث يتنزّل عليه حكم المادّة٣٥٥"، عبارة "البيع" مطلقة إطلاقًا شموليًّا، ممّا يعني استيعاب حكم التّنزيل لجميع أنواع البيع"

أو لنقول :إن "الحرّية التعاقديّة من ما صدق "الحرّية".

لكن كيف نثبت أن المطلق لم يرد منه التقييد(٨٦)؟

أولاً: يمكن أن نستند إلى المعنى الوضعي للمطلق، وهو الإطلاق طالما غابت القرينة المقيدة، و هو المعنى الذي ينبغي إعطاؤه للنص أسوة بتوصيات المادّة٥٣٢ من مجلة الالتزامات والعقود. **ثانياً** :و بالنسبة إلى من يذهب إلى أن المطلق وضع للطبيعة المهملة أي أنه قد يفيد الإطلاق كما قد يفيد غير الإطلاق فإنه يبغي الاستناد إلى قرينة الحكمة (المتكلم العاقل ما قاله يريده و ما لم يقله لا يريده) طالما لا وجود لقرينة خاصة تلغيها.

وفي الأخير ولغياب قرينة خاصة مقيدة لا يمكن القول: إن المطلق "حرّية" يفيد التقيد، وإذا كان كذلك فإنه يفيد بالضرورة الإطلاق؛ لأننا إزاء نقيضين لا يجتمعان معاً، ولا يرتفعان معًا.

على هذا تكون الحرّية التعاقديّة حقاً أساسياً مرة ثانية لتكريسها صلب نصوص ثلاث هي فوق تشريعية.

وقد يقال : إنه حتّى في حال إعمال المعنى الوضعي أو قرينة الحكمة و الوصول إلى إعطاء المطلق معنى الإطلاق نبقى دائما أمام ظن؛ لأن المتكلم (شارع لكنه ليس معصومًا) ربما لم يرد الإطلاق، لكنه سها عن نصب القرينة المقيدة، على كل وإن كان يستبعد إن يلدغ عاقل من جحر مرتين فضلاً عن ثلاث، فإن النّتيجة المتوصل إليها التي هي ظن يؤخذ بها؛ إذ ليست وهمًا ولا شكّا ثمّ إنها قد تقترب كثيرًا من اليقين عندما نتفكر في عاقبتها.

(٨٦) يقول محمّد صنقور تحت عبارة "احترازيّة القيود": "المراد من القيود عادة هو كلُّ ما يُوجب التّضييق في دائرة موضوع الحكم أو متعلّقه، ولهذا فهي تشمل النّعت والحال والتّمييز والإضافة والشّرط والغاية وهكذا. عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس ٢٠١٧، ص ٦٢٣، هامش عدد ٩٣٣.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

المبحث الثاني

عاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة:

« Taking rights seriously means taking duties seriously »(87).

إنّ البرهنة على ارتقاء الحرّية التعاقديّة إلى مرتبة فوق تشريعية والإصرار على استحقاقها وصف الحقّ الأساسيّ ليس غاية في ذاته، بل إن الهمّة تعلّقت بما وراء الدّسترة...بعاقبتها؛ أي آثارها. فدسترة الحرّية التعاقديّة تقتضي أنها تصبح حقًا يحظى بحماية دستورية، بل تقتضي أنها ذاك الحق الذي لايسوغ أن تمتد إليه الأيادي أيًا كانت سواء أكانت يد المشرع أم يد القاضي أم يد السلطة التنفيذية أم غيرهم إلا راجفة، وهذا يعني أن آثار الدّسترة ممتدة، لكن يمكن اختزالها في بعدين، و عليه فسنرى تباعاً آثار دسترة الحرّية التعاقديّة عموديا (الفقرة الأولى)، ثمّ آثار دسترة الحرّية التعاقديّة أفقيّا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار الحرّية التعاقديّة عموديًا: التزامات المشرع:

المقصود بالآثار العمودية(٨٨) لدسترة(٨٩)حق، هي تلك الآثار التي تهمّ علاقة الدّولة و تفريعاتها بالأفراد، و هي علاقة تستلزم أن الأولى تحترم الحق و تضمن احترامه، و احترام

(87) Professor Henry Shue,Basic Rights : Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy, Princeton N.J., PrincetonUniversity Press, 2nd ed. 1996, p.167. Cité par Véronique van der Plancke et Nathalie Van Leuven, «La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?», C.R.I.D.H.O. WorkingPaper2007/03, p. 2. <www.cpdr.ucl.ac.be/cridho>. (Date de consultation: le 20 juillet 2017).

(88) Béatrice Moutel, L' « effet horizontal » de la convention Européenne des droits de l'Homme en droit privé Français, Essai sur la diffusion de la C.E.D.H. dans les rapports entre personne privés, Thèse en vue du doctorat en droit privé, université de Limoges, 2006, p. 12. <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf> (Date de consultation : Le 20 novembre 2014). « […] L'effet vertical qui vise les rapports entretenus entres les particuliers et l'Etat. Ce dernier effet permet de protéger la sphère juridique des individus contre l'immixtion de la puissance publique. […] ».

(٨٩) المقصود الصبغة الأساسيّة عمومًا للحقّ .

الحقوق أو ضمان احترامها محمول على كل سلطات الدّولة بلا شك لكن السلطة التشريعية تبدو معنية بدرجة أولى على هذا المستوى(٩٠)، فالمشرع و بموجب الدّسترة تحمل عليه التزامات إيجابية (أ) و أخرى سلبية (ب).

أ-الالتزامات الإيجابية المحمولة على المشرع:

ما المقصود بالالتزامات الإيجابية لدى الفقه المقارن(٩١)؟لا تكاد المؤلفات المهتمة بالحقوق الأساسيّة تخلو من الإشارة إلى الالتزامات الإيجابية كما لا يفوت أصحابها الإشارة إلى أن المفهوم من إبداع قضاة المحكمة الأوروبية(٩٢) الذي تحت تأثير الفقه الألماني و فقه قضاء المحكمة الدّستورية الفدرالية الألمانية.(٩٣) كما يتواتر أن ابتكاره كان بمثابة ردة فعل إزاء تقصير سلطات بعض دول الاتحاد الأوروبي على مستوى ترجمة الحقوق الأساسيّة المكرسة صلب المعاهدة الأوروبية على أرض الواقع.

ولد المفهوم سنة ١٩٦٨ بمناسبة قضية تعرف بـ «l'affaire linguistique Belge» حيث تعذر على بعض الأولياء تسجيل أبنائهم بمدرسة لغة فرنسية بسبب إقامتهم بمنطقة أحادية اللغة (اللغة الهولندية Néerlandaise)، وقضاة المحكمة الأوروبية انتهوا إلى أنه مع الصياغة السلبية للفصل ٢ من البروتوكول الأول الذي اقتضى: "لا يمنع أحد من التعلم"، فإنه لايمكن أن نستنتج أن الدّولة لا تتحمل أي التزام إيجابي بضمان احترام هذا الحق"(٩٤). فبموجب هذا المفهوم (الالتزامات الإيجابية(٩٥)) لم تعد الدّولة مطالبة-فحسب- بالامتناع عن التعدي على الحقوق،

(٩٠) أي عموديًا. ثمّ سنرى أفقيًا كيف أنّ القضاء يكون معنياً.

(91) «De leurs ennemis, les sages apprennent bien des choses. ». Aristophane, Les Oiseaux, (414) avant J.-C.

(92) Béatrice Moutel, op.cit.,p. 48.

(93) Samantha Besson, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux -Un essai en dogmatique comparative, p. 51, note de bas de page, n° 6.

(94) Béatrice Moutel, op.cit.,p. 49 .

(95) Samantha Besson, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux -Un

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

بل أضحت مطالبة باتخاذ التدابير اللازمة والضرورية لأجل فاعلية الحقوق وتعايشها.

ونخلص إلى أن الالتزامات الإيجابية وحدة تركيبية للحق الأساسيّ(٩٦) حتّى إنه يمكن القول : إن كل حق أساسي ترافقه التزامات إيجابية محددة.

وبالنسبة إلى المشرع التّونسيّ فإن تحمله لالتزامات إيجابية يعني أنه مطالب بإيجاد الآليات القانونية الكفيلة بضمان فاعلية الحقوق و بممارستها واقعاً، بل و دفعها la promotion des droits. لكن تحديدا ماذا يمكن أن تكون هذه الالتزامات؟

في الواقع إن الإجابة أشبه بتخمين "تخمين أولاً؛ لأنّ المفهوم غائب تماماً(٩٧) في الوسط الفقهي التّونسيّ ثمّ إنّ دسترة الحرّية التعاقديّة (بتفريعاتها) غير مطروحة –على الأقل بوضوح– و يبدو من غير الممكن العثور على فقه قضاء في هذا الصدد (و الحال أن صقل المفهوم أو بلورته يكون عادة(٩٨)–في القانون المقارن– رويدًا رويدًا و على يدّ فقه القضاء). لكن مع هذا يمكن الاقتراب ذهنياً أكثر من المفهوم بتصور مثالين لالتزامات إيجابية، والمطالبة بها واردة :

أما الأول فيتعلّق بصنف من الأعمال القانونية غير المكرس في القانون التّونسيّ، ومن شأن

---

essai en dogmatique comparative, p. 51. « Ces dernières se développent en application de presque tous les droits fondamentaux; les obligations reconnues et sanctionnées par la jurisprudence vont des obligations positives de l 'Etat de protéger la vie de l'embryon contre l'avortement aux obligations de l'Etat de protéger l'intégrité des individus contre les émissions polluantes. Ces obligations ont pour destinataires toutes les autorités étatiques, du législateur au juge en passant par l'exécutif. Finalement, elles ont pour objet de protection aussi bien les atteintes directes de tiers que certains phénomènes naturels ou personnels comme la pollution ou la maladie. ».

(96) Béatrice Moutel, op.cit., p. ٥١. « L'obligation positive est toujours présentée [...] comme une composante naturelle et implicite du droit garanti parce que nécessaire à son effectivité ».

(٩٧) أساس هذا الحكم ذاتي يستند إلى ما أمكننا الاطلاع عليه من أعمال.

(98) Idem, p. 52. « Le concept d'obligation positive a été précisé au gré des différentes affaires soumises aux instances strasbourgeoises ».

غيابه أن يعدّ تقصيرا من جهة المشرع في الوفاء بالتزام إيجابي (توفير الآليات التي تسمح بممارسة الحرّية التعاقديّة طالما لم يوجد مبرر لتضييقها أو حصرها).، وبوضوح أكثر تقتضي حرّية التعاقد من ضمن ما تقتضيه أنّ للملتزم اختيار شكل الالتزام و فحواه، وعليه ألا يدخل في هذا الصدد إرادة التزام ينشأ في قالب سند تنفيذي مثلاً(التزام يتضمن اعترافاً مسبقاً بالمسؤولية عن عدم التنفيذ؛ أي التزام قوته ليست ملزمة فحسب بل قوة تنفيذية)؛ أي سند من شأنه أن يفتح أمام ماسكه- بمجرد أن يحلّ الأجل- إمكانية طلب التنفيذ الجبري للالتزامات التي يتضمنها[٩٩] إزاء مدين كان قد قبل و أقرّ مسبقا إدانته إن هو لم يفِ اختياريًا بما عليه، وهل توجد مثل هذه الإمكانية قانوناً ليتسنى الانضواء تحتها؟

ويجيب عن هذا التساؤل De leval قائلاً: "بغض النظر عن صبغته الثبوتية الرسمية فإن السند الرسمي يخوّل ماسك النسخة المحلاّة بالصيغة التنفيذية الشروع في طلب التنفيذ الجبري للالتزامات التي يتضمنها دون حاجة إلى شكليات أخرى: كل طرف بقبوله الكتب المحرر بواسطة عدل الإشهاد يمضي مسبقاً الحكم عليه في حال لم يفِ بما التزم به."[١٠٠]

(99) Quelques exemples d'actes notariés pouvant faire objet d'un titre exécutoire:
- l'acte de délégation de loyer ou de cession de créance accepté par le débiteur
- la vente moyennant un prix payable à terme.
- Un bail qu'il soit commercial rural ou d'habitation mais en ce qui concerne seulement le loyer et les charges issues si le bail est suffisamment précis pour en permettre la liquidation.
- Un cautionnement solidaire ou une ouverture de crédit….

(100) «Indépendamment de son caractère probatoire authentique, l'acte notarié permet à celui qui détient l'expédition revêtue de la formule exécutoire (grosse) d'assurer, sans autre formalité habilitante, l'exécution forcée des obligations qu'il constate: chacune des parties en approuvant l'instrumentum dressé par le notaire signe par avance sa propre condamnation pour le cas où elle ne remplirait pas ses engagements.».
George De leval, Traité des saisies, p. 461, n° 233. Cité par : Jean Cruyplants, Michel Forges, Hakim Boularbah& Jacques Englebert, L'acte d'avocat entendu comme un titre exécutoire. (Chapitre rédigé par les membres de la commission créée au sein de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles). <http://www.slideshare.net/jeanproesmans/acte-d-avocat> (date de consultation le 08 juin 2017).

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

واضح إذن أن القانون الفرنسي يعرف صيغة من صيغ الالتزام تكفي الدائن –في حال عدم الوفاء – عناء مغامرة مضنية أمام المحاكم لأجل التحصيل على سند تنفيذي، فلو تجاوزنا نجاعة السند الموثق المحلى بالصيغة التنفيذية(١٠١)كحلّ لازدحام المحاكم ألا يظهر كترجمة للحرّية التعاقديّة مع أن التقنين الذي يحيطه صارم؛ لأنه لا يعد سندًا تنفيذيًا إلا ما تلقاه عدل إشهاد، و أمضاه و كساه بالصيغة التنفيذية، و يمكن أن يتعلّق الأمر بكتاب خطي بشرط أن يطلب الطرفان تضمينه بسجلات عدل إشهاد، ويحضرا لديه لإقرار الالتزام وللتعريف بإمضائهما، بل إن المشرع المقارن يمنع اعتماد هذا الصنف في بعض الصور (أي يمنع اعتبارها سنداً تنفيذياً)، فالكراء المحرر بواسطة عدل إشهاد و المتضمن شرطاً فاسخاً لا يصلح كسند تنفيذ لإخراج المكتري جبريا من المحل(١٠٢).

وعلى مستوى القانون التّونسيّ فإن الحرّية التعاقديّة –حتّى لو دسترت– لا تكفي لاعتماد السند التّنفيذي الموثق، فكما جاء أعلاه –فيما يهم التشريع الفرنسي المقارن– لابدّ من نصوص تقنن هذه الآلية لتعطى لعدل الإشهاد التّونسيّ صلاحية "التحلية بالصيغة التنفيذية" إضافة إلى تحديد الالتزامات التي يُقبل –دون ضرر و لا ضرار– أن تفرغ في هذا الشكل...

أليس إعراض المشرع التّونسيّ عن تكريس السند الموثق المحلى بالصيغة التنفيذية حاجزًا أمام الحرّية التعاقديّة ولاسيما أنه لا وجود مبرر لهذا الإعراض؟ على كل فإن موقفه يظل غريباً فهو من جهة لا يأخذ بالسند الموثق المحلى بالصبغة التنفيذية المحرر بواسطة مأمور عمومي (مؤتمن على جزء من سلطة الدّولة(١٠٣))، و لكنه من جهة أخرى يعترف بالسند المرسم(١٠٤)

(101) Bruno Bédaride, « Le caractère exécutoire de l'acte notarié en droit interne et Européen », Revue Droit et patrimoine, n° 174, octobre 2008, p. 24 et ss.
(102)KithemHafidh, L'exécution forcée et les droits fondamentaux, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Carthage, Facultés des sciences juridiques politiques et sociales DE Tunis 2016.
(103) Investi du sceau de l'Etat
(١٠٤) انظر في خصوص السند المرسم: خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاص، طرق التنفيذ، منشورات مجمع=

الذي لا يندر أن يكون مجرد كتب خطي[١٠٥] كسند تنفيذي.

إن ما قيل عن السند التنفيذي الموثق يمكن أن يقال عموماً عن أنماط أخرى من الأعمال القانونية يمكن أن تمتزج فيها القوة الملزمة بالقوة التّنفيذية، ومنها تلك التي يكرسها التشريع التّونسيّ لكن دون الاعتراف بها كسند تنفيذي، ومن ذلك مثلاً الأعمال الناتجة عن الطرق البديلة لحل النزاعات كالمصالحة. حيث استنادا إلى غياب نصّ عامّ (و صريح) يضفي عليها صبغة السند التنفيذي، وذهب بعضهم[١٠٦]إلى أنها لا تكون كذلك إلا في الأحوال التي قررها القانون حصريًا، و هناك أيضًا صيغ قد يكون من الوجيه تكريسها في القانون التّونسيّ كالإجراءات التشاركية la procédure participative[١٠٧]، لا فقط لنجاعتها في تقليص دور القاضي في حلّ النزاعات، بل أيضًا إيمانًا بوظيفة الحرّية التعاقديّة كمساعد لفاعلية العدالة[١٠٨].

=الأطرش للكتاب المختص، تونس ٢٠٠٨، ص٨٥. مبروك بن موسى، السند التنفيذي و السند المرسم، مسائل في فقه القانون المدنيّ المعاصر، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس ٢٠١٤، ص ١٢٢١.

(١٠٥) المادّة٢٧٥ من م ح ع" لا يصح الرهن العقاري إلا بكتب". انظر في هذا الصدد: فوزي بلكناني، دور الشكلية في رهن العقار، مجموعة أعمال مهداة للعميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي ٢٠٠٨، ص ٥٥٣.

(١٠٦) على كحلون، الصلح في المادّة المدنية، م ق ت، جويلية ١٩٩٨، ص ٧٩ "[..] على أنه يجوز تنفيذ حكم التصديق جبرا إذا أذنت المحكمة بتنفيذه، وإذا كان الصلح مجرد عقد فإن إمضاءه من طرف القاضي و الإذن بتنفيذه يعطيه شكل الأحكام، و ينفذ ليس بناء على إجراءات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الواردة بمجلة المرافعات المدنية، و إنما بناء على نصوص خاصة تسمح للقاضي بالإذن بالتنفيذ، ومعنى ذلك أنه في غياب النصوص الخاصة لا يسمح بالتمتع بإجراءات التنفيذ إلا بمقتضى قضية أصلية ذاك أن المشرع التّونسيّ و خلافاً لعدة تجارب لم يتخذ حلاً عاما يمكن من اعتبار حكم التصديق أو العقد العدلي سنداً تنفيذيا يمكن تنفيذه عند الاقتضاء مباشرة دون اللجوء إلى نشر قضية أصلية".

(107) NataliFricero, « La convention de procédure participative : Un nouveau règlement amiable assisté par avocat », Revue Droit et patrimoine, n°202 – avril, 2011, p. 30.

(١٠٨) المقصود هو أن الخصوم يتقبلون أكثر الحكم، و يسعون في تنفيذه اختياريا كلما كان لهم دور في اختيار نمط حل النزاع أو الجهة الموكولة لها المهمة. فقد ذهب بعضهم إلى أن ٩٠ بالمئة من الأحكام التحكيمية تنفذ اختياريا. انظر:

RemiroBrotons Antonio « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales=

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

إضافة إلى ما جاء يمكن أن نذكر مثالاً ثانياً لا يتعلّق بالحرّية التعاقديّة زمن إنشاء الالتزام كسابقيه، بل هذه المرة يخصّ مرحلة التمهيد للتعاقد و تحديدا الحق في العدول عن الالتزام.

عندما اتضح أن الحرّية لا تكون إلا مع العدالة حاول المشرع الوصول إلى العدالة من خلال مؤازرة الطرف الضعيف في العقد ولاسيما من خلال مبدأ حسن النية، والحق في المعلومة(١٠٩)...و حق العدول يندرج هو الآخر ضمن هذا الإطار.

وقد عرّف الفقه حق العدول على أنه: "الصلاحية التي منحها القانون للمستهلك لكي يتحلل من العقد المزمع إبرامه مع المهني، و ذلك بالتعبير عن رفضه الإيجاب المعروض عليه قبل انقضاء أجل العدول"(١١٠).

واضح أنه بموجب حق العدول يكون "الرضا في فترة اجتنان تنحصر بين إمضاء العقد وانقضاء أجل العدول"(١١١) على نحو يضمن "التكوين التدريجي للرضا".(١١٢)، والتدرج من شأنه أن يدعم حرّية الإرادة؛ لأنه يحصّنها ضدّ "الاستقواء الاقتصادي أو المعرفي" للمعاقد.

لكن ضيق نطاق الحق في العدول يبقى غير مبرر فهو يعد "امتيازًا فئويًا بما أن الاستفادة

=étrangères », R.C.A.D.I., 1984, p. 18.
ذكره: لطفي الشاذلي، التصدي للمماطلة و التعطيل في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة مع التحكيم الداخلي)، المجلة القانونية التّونسيّة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٤، ص١٠١ و ما بعدها، و في تنسيب هذا الرأي: لطفي الشاذلي، المرجع نفسه، ص ١٤٦: " [..]، و ذلك بتفادي تعطيل إجراءات التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، ولكن أيضا بتفادي التهرب من تنفيذ حكم التحكيم و القيام بطعون مصطنعة في هذا الحكم وهي معضلة أخرى للتحكيم اليوم.".

(١٠٩) في ربط الحرّية التعاقديّة بالرضا و الإرادة المستنيرة عموما انظر:
Marie-Laure MathieuIzorche, op.cit., p. 855, n°1085.

(١١٠) رابحة الغندري، الأجل في الالتزام، مركز النشر الجامعي، تونس ٢٠١٦، ص ٣١٧.

(١١١) رابحة الغندري، مرجع سابق، ص ٣١٦.

(١١٢) رابحة الغندري، مرجع سابق، ص ٣١٥.

منه لا تكون إلا من قبل الفئة التي حددتها النصوص المكرسة له دون إمكانية تعميمه على بقية الفئات المتعاقدة ولو وصفت بالضعيفة(١١٣)". وقد نفهم استنادًا إلى مبدأ الاستقرار أن لا يقرر حق العدول بمقتضى نصّ عام، لكن أيضًا عندما تكفي أصابع اليد الواحدة لتعداد النصوص المكرسة لهذا الحق (عددها أربعة(١١٤)، فمن الواضح أن الحرّية التعاقديّة تحتاج إلى إيجاد قواعد قانونية أصلية تدعمها، بل تحتاج أيضًا إلى قواعد قانونية إجرائية، فالالتزامات الإيجابية المحمولة على المشرع تشمل أيضًا التزامات **إجرائية**(١١٥)، ولا يمكن فيما يخصّ هذه الأخيرة أن ننسى ما يسميه القانون المقارن بـ "استعجالي الحرّية الأساسيّة" le référé liberté fondamentale(١١٦)، وهو إجراء كرسه التشريع الفرنسي المقارن بموجب قانون ٣٠

(١١٣) المرجع نفسه، ص ٢٩٩ .

(١١٤) قانون الإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت / قانون البيع بالتقسيط/ قانون طرق البيع و الإشهار التجاري/ قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية.

(115) Jean-François Akandji-Kombe,Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, Impression en Belgique, juillet 2006, p. 16 et ss. Voir <http://www.coe.int/human_rights/> (Date de consultation : le 20 novembre 2014). « Une autre distinction fondamentale opérée par le juge européen est celle qu'il établit entre obligations « procédurales » et obligations « substantielles » (On la retrouve explicitement dans l'arrêt, Öneryıldız c. Turquie, GC, 30 novembre 2004, §§ 97 et s.). […]Les obligations substantielles sont celles qui ont attrait aux mesures de fond indispensables à la pleine jouissance des droits garantis. Tel la fixation des règles adéquates d'encadrement des interventions de la police, interdire les mauvais traitements ou le travail forcé, aménager les prisons, reconnaître juridiquement l'état de transsexuel, intégrer les normes de la Convention dans les procédures d'adoption ou plus largement dans le droit de la famille. Quant aux obligations procédurales, ce sont celles qui appellent l'organisation des procédures internes en vue d'assurer une meilleure protection des droits, celles qui commandent finalement l'aménagement de remèdes adéquats aux violations des droits […] ».

(116) Olivier Le Bot, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, Thèse de Doctorat en droit public, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 2006.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

جوان[١١٧] ٢٠٠٠ الذي جاء يدعم[١١٨] فاعلية القضاء في حماية الحقوق الأساسيّة، ويلجأ إلى استعجالي الحرّية الأساسيّة عندما تعمد ذات معنوية من ذوات القانون العام أو هيئة من هيئات القانون الخاص –مكلفة بالتصرف في مرفق عمومي– إلى الاعتداء على حرّية أساسية بمناسبة ممارسة ما لها من سلطات، ويشترط أن يكون الاعتداء خطيرًا و عدم شرعيته بيّنا ويصدر القاضي حكمه في ظرف ٤٨ ساعة [١١٩]، ويظهر من شروط استعجالي الحرّية الأساسيّة كيفما نظّمه القانون المقارن أن التزامات المشرع الإيجابية ليست غير ذات صلة بالالتزامات السلبية المحمولة على بقية السلطات ،و لا على تلك المحمولة على المشرع نفسه؛ لأن ترك ما يجب فعله يبقى من وجهة أخرى فعلاً لما يجب تركه.

ب– الالتزامات السلبية المحمولة على المشرع:

إن الالتزام السّلبي هو الذي يقتضي الامتناع عن عمل، و العمل الذي على المشرع الانتهاء عنه هو التعدي على الحقوق الأساسيّة، وفي المقابل فإن المشرع مطالب بحلّ التنازع بين الحقوق الأساسيّة، "فالبطولة" ليست في إقرار الحقوق الأساسيّة، و لا حتّى في بعث الحياة في جلّها، بل في التوصل لا فقط إلى ضمان فاعلية كل الحقوق الأساسيّة، و لكن أيضًا في ضمان تعايشها وانسجامها ، وعند استعمال عبارات العميد عبد الفتاح عمر يمكن أن نقول البطولة في ضمان: " كل الحقوق...لكل الأشخاص... و أيّ حقّ لكل شخص.[١٢٠]

---

(١١٧) القانون عدد ٥٩٧–٢٠٠٠ المؤرخ في ٣٠ جوان ٢٠٠٠.

(118) Marie-JoelleRedor, «Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 1, 2002, p. 97. « la logique de l'effectivité des droits fondamentaux crée en effet une dynamique très forte qui conduit [...] au développement des garanties juridictionnelles»

(١١٩) في خصوص الحقّوق المحمية بموجب استعجالي الحرّيات، انظر :

René Chapus, Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 2002, p. 1426.

(120) «Tous les droits de tous les Hommes, chaque droit de tout Homme». !
AbdelfattehAmor, « Rapport introductif », in Les droits fondamentaux , Actes des premières

لكن حلّ التنازع فيما بين الحقوق لا يمكن معه إعمال قاعدة الترتيب (تحديدًا لتساوى المراتب)، وعلى هذا فإن الالتزام السّلبي للمشرع بالامتناع عن التعدي على الحقوق لا يفهم منه امتناعه عن الحدّ من هذا الحق أو ذاك.

لهذا قيل: إن "الحقوق الأساسيّة حقوق ذات علوية و لكنها ليست حقوقاً مطلقة"(١٢١)، وبعبارات أخرى لا يعدّ المشرع مخلاً بالتزامه السّلبي لمجرد كونه أدخل استثناءات على الحرّية التعاقديّة (بمختلف تفريعاتها)، لكنه يكون قد فعل (أخلّ بالتزامه)،إن هو لم يراعِ في تقريره الاستثناءات؛ أي في تحديده إيّاها، ومقتضيات المادّة ٤٩ من دستور(١٢٢) ٢٠١٤ التي جاء تبين ضوابط التحديد بمقتضى مبادئ "توجيهية" متلازمة، تنطبق –وجوباً(١٢٣) وبلا فرق–سواء تعلّق التحديد بحقوق أساسية تضمّنها الدّستور صراحة أو ضمناً، فالمنظور إليه ليس الحقوق التي تنبس بها كلمات الدّستور، بل الحقوق التي "يضمنها" (أي حتّى تلك التي تكتشف فيه).

فـ"الحقوق و الحرّيات" في عبارة المادّة٤٩عامّ"، قيدت بـمقتضى قرينة متّصلة تتمثّل في

journées du réseau des droits fondamentaux de l'Aupelf –Uref, tenu à Tunis du 9 au 12 octobre 1996, Bruyant, Bruxelles,1997. Cité par LotfiChedly, « Droit international privé et droit de l'homme », in Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor, C.P.U., Tunis, 2005, p353.

(121) Jean Pierre Gridel,Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2° éd. 1994, p. 419.«qu'ils prennent la dénomination technique de droits de l'homme, de droits de la personnalité, de libertés publiques, de libertés et droits fondamentaux, les droits de la personne humaine sont des droits supérieurs, non des droits absolus».

(١٢٢) تنص المادّة ٤٩ من الدّستور على الآتي: "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقّوق والحرّيات المضمونة بهذا الدّستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقّوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو للدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها، وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقّوق والحرّيات من أي انتهاكلا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقّوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور."

(١٢٣) رأينا أن الأسلوب الخبري يصلح لطلب الفعل (الوجوب).

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

وصف[١٢٤] "المضمونة بهذا الدّستور". لكن عبارة "المضمونة بهذا الدّستور " عامّ" أيضًا؛ لأنّ الدّستور- بمقتضى التراتبية- و كونه يحتل قمة الهرم التشريعي يفترض أن يضمن كل الحقوق أيا كان مصدرها (بل حتّى التي مصدرها العقد)، و من باب أحرى تلك التي تشتمل عليها توطئته (التي هي جزء لا يتجزأ منه) أو حتّى حقوقاً تتضمّنها معاهدة تتوفر فيها شروط المادّة٢٠ من الدّستور. فهذه المادّة تستقبل[١٢٥] القاعدة الاتّفاقية/ الدولية، وتضمّها إلى هرم التشريع التّونسيّ مولية إياها مكانة أسمى من القوانين و أدنى من الدّستور، لكن العموم تقيده هذه المرة قرينة منفصلة تتمثّل في المعقول.

فسلطة المشرع العادي على حقوق من وضعه، و كذا على حقوق مصدرها تحت القانون لا تحتاج إلى بيان، وفي المقابل فإنّ التشريع العادي أدنى من الدّستور و من المعاهدات النّافذة، و لا يطالها إلا بتفويض صريح من الدّستور، و هذا التفويض جاءت به المادّة٤٩؛ لذا فالمقصود ليس كل حق **يضمنه** الدّستور، بل الحقوق الأساسيّة التي يضمنها الدّستور؛ أي الحقوق التي مصدرها قاعدة فوق تشريعية، و طالما ثبتت الصيغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة فإنّ الحدّ منها لا يكون إلا بمراعاة المبادئ التي جاء بها النص" و التي يمكن إرجاعها إلى ثلاث:

أولاً مبدأ الشرعية le principe légalité ،فالحرّية التعاقديّة لا يقبل تضييقها إلا بمقتضى قانون[١٢٦]. لكن أي قانون؟ قانون عادي أم قانون أساسي؟ قد لا تهمّ طبيعة القانون بقدر ما تهم صفته الجوهرية، فمجرد الوجود المادي (الشرعية الشكلية أو النصيّة) للقانون المحدد للحقوق لا يعني ضرورة توفر شرط المادّة٤٩، و احترام مبدأ الشرعية المادية.

---

(١٢٤) عبد المجيد الزروقي، درس المنهجية (الاستثناء المتّصل، والشّرط، والصّفة، والغاية).

(125) Le Favoreu parle de la réception de la norme internationale. LouisFavoreu, (coord.), Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 6 ème édition, 2012, p. 446 et ss, préc, n°457.

(١٢٦) المقصود بالقانون في معناه الشكليla loi en son sens formel.

SlehMellouli, Droit civil, Introduction à l'étude du droit, Publication de l'imprimerie officielle de la république tunisienne, Tunis, 2000, p 65, n° 227.

إنّ عبارة "قانون" الواردة بالنصّ مطلقة، و تشمل القانون الجيّد Une loi de qualité، و القانون غير الجيّد، لكن الإطلاق لا يمكن أن يكون مراد واضع النص دون أن يؤول إلى نتائج غير معقولة كونها مجافية لغاية القانون العلوية. ثمّ إنّ القانون غير الجيّد قانون يصعب الوصول إليه ماديا non accessible، و كذلك ذهنيًا، inintelligible والنّتيجة أن هكذا "قانونًا" إن – صحت عليه التسمية– هو والعدم سواء، بل يمكن القول: إنّ مثله يتعذر "واقعيًا" دخوله حيّز النّفاذ(١٢٧)، ولو نشر ومضت المدة القانونية على نشره.

ثانياً مبدأ الضرورة: le principe nécessité، وهو يفيد أنه إذا تدخل القانون للحدّ من الحرّية التعاقديّة، فينبغي أن يكون ذلك لضرورة تدقيقًا(١٢٨)، والحد من الحق يتعين أن يكون ضرورياً لا "نافعاً" ولا "ممكناً" ولا "مقبولاً" ولا "معقولاً" ولا "ملائماً "، فالتدخل يشرع فقط لحاجة ملحة un besoin impérieux. و لا يخفى أن الضروري يستدعي هدفا مشروعا تتحقق من خلاله احتياجات "حياتية" للمجموعة أو للأفراد من قبيل " [...] حماية حقوق الغير، أو مقتضيات الأمن العام، أو للدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة"(١٢٩).

وبعبارات أوضح مفهوم الضرورة يقتضي تحقيق احتياجات عامة (الانتزاع للمصلحة العامة يحدّ(١٣٠) من حرّية عدم التعاقد وحرّية اختيار المتعاقد و حرّية تحديد محتوى العقد)، أو

(١٢٧) مبدئيًا نفاذ القانون رهين (افتراض) تمكين الجميع من الاطلاع عليه. مع قانون غير واضح (تكثر فيه الإحالات....) لا يمكن عقلًا حتّى إن نفترض هذا الاطلاع.

(١٢٨) هذه الفكرة وجدت عند:

Aline Schmidt Noël,La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 275 : «L'adjectif «nécessaire» n'a pas la souplesse d'autres termes comme «utile», «admissible», «normal», «opportun», «raisonnable». Il faut que l'ingérence réponde à un «besoin social impérieux»,

(١٢٩) المادّة٤٩ من الدّستور.

(١٣٠) بل يضرب عرض الحائط.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

خاصة (الشفعة حدّ للحرّية التعاقديّة لضرورة تقتضيها حماية حق الشفيع في ممارسة سلطات المالك)، و الملاحظ أن قائمة النص عريضة ،و مفاهيمه فضفاضة، فحتّى مفهوم النّظام العام الذي شبهه بعضهم "بالحصان الجامح"(١٣١) «the unruly horse» ، ما هو إلا إحدى حلقات القائمة المذكورة.

ثالثا مبدأ التّناسب: le principe proportionnalité وهو مبدأ غايته العدالة، وحسب أرسطو فإنّ التّناسب يتماهى مع العدالة، فما هو غير متناسب ليس عادلاً.(١٣٢)

لكن حتّى لا يظل الطرح نظريًا يمكن أن نقترب أكثر من مبدأ التّناسب من خلال الاستئناس بما جاء عند الفقه المقارن(١٣٣) الذي شرح الفكرة استنادًا إلى مثال يعتمد على الأرقام، فإذا كانت الفوائد أو المنافع التي يحققها المساس بالحق تزن ٣ من ١٠، فضرورة الموازنة تأبى أن تصل جسامة الأثر في حقوق (الضحية) إلى وزن ٥ من ١٠؛ ليكون الاعتداء مناسبًا يجب أن لا يتجاوز وزنه ٣ من ١٠.

فالتناسب يظهر بعد مقارنة الضوابط (أي الحدود) وموجباتها؛ أي الضرورة التي أملتها،

(131) Philippe Malaurie, L'ordre public et le contrat, Thèse, Paris, 1953; Voir aussi du même auteur, « L'ordre public ne varie-t-il pas avec la longueur des pieds des magistrats », D, 1956, jurisp, p. 517. Cité par DélphineArcher,Impérativité et Ordre public en droit Communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit des lois), Thèse pour le doctorat en Droit, Université de Cergy- Pantoise., p. 24.
<http://biblioweb.u cergy.fr/theses/06CERG0290.pdf> (Date de consultation: le 20 juin 2017).
(132) Le juste n'est autre qu'« une sorte de proportion »; l'injuste, « ce qui est en dehors de la proportion». Aristote, Éthique à Nicomaque, Livre V, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 1990, p. 230.
(133) Julien Raynaud, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges. p.106. « Pour réutiliser une image chiffrée, si les avantages, les bienfaits procurés par l'atteinte, ″pèsent″ 3 sur un plateau qui peut en compter 10, l'exigence d'équilibre s'opposera à ce que l'intensité de l'atteinte aux droits de la victime, pesée sur l'autre plateau de la balance, soit de 5 sur 10. Seule une atteinte d'intensité 3 sur 10 répondra à la règle de proportionnalité au sens strict ».

والنفع الذي تسمح بتحقيقه، ويتحدث الفقه المقارن عن "اختبار التّناسب" test de « proportionnalité »[١٣٤]، ويبدو أن كل المعضلة تكمن في تقدير التّناسب ولاسيما أنّ المشرّع هو أوّل[١٣٥] من يوازن بين الاعتداء وموجبه، وليفعل ذلك ينبغي أن يحظى بمؤهلات استشراف حقيقية، أي أن يكون -زمن وضع النصّ المقيّد للحقوق- قادراً على تقييم آثاره الإيجابية للمصلحة المحمية، و أيضًا السّلبية على الحقوق الأساسيّة المعنية ويتعين أن لا يصل به الأمر إلى النيل من جوهر الحق« substance »، أو نواته الصّلبة[١٣٦] كما ينعتها بعضهم[١٣٧]؛ لأنه في هذه الحالة يصبح عدم التّناسب[١٣٨] واضحاً للمشرع أو للقضاء.

الفقرة الثانية: آثار الحرّية التعاقديّة أفقيّا: دور القضاء.

يهمّ الأثر الأفقيّ[١٣٩] l'effet horizontal آثار الحقّ الأساسيّ في العلاقات بين الأفراد (بحضور القاضي)، وهذا الأثر ينقسم إلى شقّين فنجد: الأثر الأفقيّ المباشر l'effet horizontal direct (أ) ، والأثر الأفقيّ غير المباشر l'effet horizontal indirect (ب).

---

(134) Idem.

(١٣٥) قبل القاضي.

(136) «Le noyau intangible»

(137) Certains se contentent de prohiber une atteinte substantielle au droit. D'après une doctrine AlineSchmidt Noël, Thèse, op.cit., p. 87 et ss), il ne faut pas confondre «noyau intangible» et «iuscogens». Le premier est une portion du droit fondamental elle en constitue l'essence ce qui signifie que toute atteinte à celle-ci est fatale pour le droit […].

(١٣٨) ينبغي الخلاص إلى تطابق بين مفهوم التناسب و مفهوم "جوهر الحقّ" فلا يمكن اعتبار الحدّ من الحقّ مناسباً للموجب في الوقت الذي ينتج عنه نيل من الحقّ. (هذا ما يبرر الحديث عن ثلاثة مبادئ لا عن أربعة كما يمكن أن يذهب إلى ذلك بعضهم).

(139) Béatrice Moutel, Thèse op.cit.,p. 12. « […] L'effet horizontal tend à préserver les droits reconnus contre les ingérences individuelles »; L'Effet horizontal des droits fondamentaux, (dir), Thomas Hochmann et Jörn Reinhardt, Editions Pedone , Paris, 2018.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

أ-الأثر الأفقيّ المباشر: دور القاضي الداخلي.

حسب الأستاذ بيكار فإن الحقوق الأساسيّة من حيث فحواها ليست شيئاً جديداً ثمّ إنها "اسم يتبع الموضة لحقوق نتمتع بها منذ زمن بعيد"(١٤٠)، وفي المقابل فالثابت أن ما يصنع فرادة هذه الحقوق هو نطاق تطبيقها، ففي حين تحيل عبارة حق أساسي أو حرّية أساسية إلى علاقات ينظمها القانون العام، فإن الحقوق الأساسيّة تقتحم علاقات القانون المدنيّ، ولاسيما من خلال أثرها الأفقيّ؛ أي ذاك الذي يهم العلاقات بين الأشخاص الخاصيّن في علاقاتهم المتبادلة(١٤١).

ويقتضي الأثر الأفقيّ المباشر l'effet horizontal direct(١٤٢)-فيما يعنينا- إمكانية تذرّع المتقاضين (l'invocabilité) في نزاعاتهم أمام القضاء بالحقّ الأساسيّ في الحرّية التعاقديّة، وينبغي أن لا يغيب عن الفكر أن هذه الحرّية حق أساسي؛ أي تجد أساسها في الدّستور (اكتشفت بين طياته)، و تجد أساسها أيضًا في معاهدات دولية تلزم الدّولة التّونسيّة منها الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب.

و السؤال الذي يطرح هو هل يقبل القاضي العادي بتطبيق الدّستور و / أو معاهدة دولية لحل النزاعات بين المتقاضين (ذوات طبيعية أو ذوات معنوية)؟

وعن هذا السؤال تأتي الإجابة واضحة على لسان قاض(١٤٣): "صار القاضي أكثر

(140) Etienne Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA 7-8/1998 spécial, p. 4.
(141) Julien Raynaud,Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse en vue du doctorat en droit, Université de Limoges, p. 8 :
(142) Béatrice Moutel, op.cit., p. 14 « […] L'effet horizontal direct […] est mis en œuvre par les juridictions internes et permet, certes de résoudre les différends privés, qualifiés d'horizontaux, mais cette application n'est possible que lorsque la Convention bénéficie d'un effet direct dans leur ordre juridique. ».
(١٤٣) مالك الغزواني، من فقه القضاء حول الحقّوق الأساسيّة، المجلة القانونية التّونسيّة، ٢٠٠٢، مركز النشر الجامعي، ص ٢ .

«**حساسية**» لمفهوم الحقوق الأساسيّة[...]. وأصبح أكثر« **انفتاحًا** » على المصادر العليا للقانون (دستورًا و نصوصًا دولية) باعتبار أنّ الحقوق الأساسيّة تنبع عادة منها، و ذلك تأكيدًا لأهميتها و تعزيزا لحمايتها".

في الواقع ولاسيما مع صدور دستور ٢٠١٤، يمكن القول : إن ركون القاضي العادي إلى تطبيق الحقوق الأساسيّة في العلاقات بين الأفراد لم يعد ترفًا ولا اجتهادًا أبداً، فالمادّة ٤٩ من الدّستور ذيّلت بتكليف(١٤٤)واضح: "تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحرّيات من أي انتهاك".

أما عن الحقوق المكرسة ذات الأساس الاتّفاقي فإن المادّة ٢٦ من اتفاقية فيانّا سنة ١٩٦٩ تقتضي أنّ " كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها و عليهم تنفيذها بحسن نية". و استنادا إلى قاعدة "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل "، فإن إلزامية بنود المعاهدة للدولة التّونسيّة تعني إلزاميتها بالنسبة إلى الأشخاص حاملي جنسية الدّولة التّونسيّة. بل أيضًا ينبغي الخلاص إلى أن المحاكم التّونسيّة كونها جهازاً من أجهزة دولة تكون هي الأخرى مطالبة بإنفاذ بنود المعاهدة(١٤٥). ثمّ إن المعاهدات ولاسيما منها المتصلة بحقوق أساسية تصبح غير ذات جدوى إن لم يفتح المجال للتذرع بما تضمنه من حقوق أمام المحاكم العادية.(١٤٦)أما عن صور تعهد القاضي العادي

---

(١٤٤) ينبغي أيضا أن لا ننسى إلزامية فقه قضاء المحكمة الدّستورية . فقد اقتضت المادّة١٢١ من دستور ٢٠١٤ أنه: " تصدر المحكمة قراراها في أجل خمسة وأربعين يومًا من تاريخ الطعن بعدم الدّستورية [...]. و يكون قراره معللاً وملزمًا لجميع السلطات، وينشر بالرائد الرسمي. "

(145) Walter Jean Ganshof Van der Meersch, « Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de L'homme en droit international, la convention européenne », in: Mélanges FérnandDehousse, vol. 1, éd. Labor Bruxelles, 1979, p. 193, spéc. p. 199. Cité par JulienRaynaud, op.cit., p. 55.

(146) « La norme internationale n'offre de réelle protection que si l'individu peut s'en prévaloir utilement devant le juge national ». Sudre (Ph.), « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », Libertés et droit fondamentaux, Dalloz, Paris, 2007, p. 35.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

بحماية الحرّية التعاقديّة (أو الحماية منها) فهي عديدة، من ذلك مثلاً أنه قد يدعى إلى الرقابة على العقود أو غيرها من الأعمال القانونية، فإمّا أنه ينتصر للحرّية التعاقديّة من خلال التصريح ببطلان العمل القانوني أو إلغاء بنود تنتهك هذه الحرّية أو أنه على العكس ينتصر للحرّية التعاقديّة من خلال إقرار صحة التعاقد على بعض أصناف الحقوق الأساسيّة. (يتحدث عن تعاقديّة بعض الحقوق la contractualisation des droits fondamentaux، فإبرام اتفاقية تحكيم مثلاً يعدّ "تضييقًا "إراديًا للحق في التقاضي ...). بعد الرقابة على شرعية المساس الإرادي بالحقوق ولاسيما من حيث احترام شرط المصلحة و مبدأ التّناسب(١٤٧). على أنّ هذا الأمر ليس بالسهولة التي يمكن أن نتصورها ولا وجود لحلّ عام(١٤٨).

ومواصلة مع تقفي الأثر المباشر للحرّية التعاقديّة، فإن القاضي العادي ليس عليه فقط أن يقبل تذرّع المتقاضين بالحرّية التعاقديّة كحق أساسي، بل عليه – و إلا عدّ منكرًا للعدالة(١٤٩) (بالمفهوم المدنيّ)– أيضًا إثارة انتهاكها من تلقاء نفسه باعتبارها من علائق النظام العام، و هذا يعني أيضًا أنّ محكمة التعقيب تراقب مدى احترام أحكام المحاكم الدنيا لهذا الحق، و يمكن أن يثار الدفع أمامها لأول مرة. بل أكثر من هذا، من تمظهرات الأثر الأفقيّ المباشر للحرّية التعاقديّة أن يجد القاضي العادي نفسه قاضياً تحول إلى قاض دستوري "بالوظيف".

(147) Julien Raynaud, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés,op.cit.
(148) Julien Raynaud, op.cit., p. 21 et 22. « Un exemple significatif […] la convention de mécénat.Par ce contrat, un artiste, souvent un peintre, reçoit un salaire de la part d'un marchanden échange de l'engagement de produire et de lui céder un certain nombred'œuvres par an. Ilaliène donc sa liberté de création, qui peut être considérée comme un droit fondamental. Seprononcer systématiquement contre la validité de ce contrat de ″lancement″ irait cependant àl'encontre des intérêts des jeunes créateurs à la recherche d'une notoriété ».
(149) Hervé Croze, Recherches sur la qualification en droit processuel français, Thèse Lyon, 1981. n°494. «mal appliquer un modèle de jugement, c'est commettre une erreur de droit censurée naturellement par la voie de la cassation; en revanche, ne pas introduire dans le débat un moyen d'ordre public, c'est, en quelque sorte, un refus de juger, quelque chose comme un déni de justice partiel. ».

أليس مطالبًا- تأمينًا لعملية التصفية filtrage- بالتمحيص في دستورية قانون (آمر[١٥٠]) (يفترض به اعتماده لفصل النزاع المعروض عليه) ذي أثر في الحرّية التعاقديّة من حيث انسجامه و مقتضيات المادّة٤٩ من الدّستور سواء طلب منه الخصوم ذلك وفقاً لصريح مقتضيات المادّة١٢٠ من دستور ٢٠١٤ أم من تلقاء نفسه؛ لأن واجبه ومركزه يملي عليه ذلك فالـ" لادستورية" دفع يهم النظام العام بامتياز حتّى إن منعه من إثارتها تلقائياً ولو بموجب قانون لا يقبل لما في ذلك من "إفناء" للحق في محاكمة عادلة.

ويظهر إذن أن دور المحاكم العادية محوري في ضمان الحرّية التعاقديّة (و غيرها من الحقوق الأساسيّة) من خلال ما أسماه بعضهم "دفعا بالـ "لا دستورية"، و ما يسميه بعضهم الآخر بالمسألة التوقيفية الدّستورية[١٥١] ولاسيما في غياب إمكانية الطعن الفردي le recours individuel أمام المحكمة الدّستورية.

ولا جدال في أنّ مهمة القاضي الدّستوري بالوظيف ستكون شاقة -على الأقل- في بدايتها استناداً إلى فراغ فقه قضائي ينير سبيله، فكما يقال: "يجب أن نأمل الكثير من فقه قضاء محكمة دستورية" ولاسيما لكونها "هادي" بقية المحاكم[١٥٢] (بل باقي السلطات)...

ولاسيما أيضًا لكون فقه قضاء المحاكم الدّستورية قد يتجاوز نطاق السيادة التي ينتمي إليها، فتكون بالنسبة إلى غيرها (المحاكم العادية، بل ربما حتّى للمحكمة الدّستورية) فضاء[١٥٣] للتمحيص و الاعتبار ولاسيما إنضاج الخيارات.

---

(١٥٠) القواعد المكّملة لا يمكن أن تعدّ مساسا بالحرّية لأن الانفاق على ما يخالفها رهين الإرادة.

(151) Thierry Serge Renoux), L'exception telle est la question, R.F.D.C., 1990 p. 651. «Question préjudicielle de constitutionnalité».

(152) «Grand pilote guidant les pilotes habituels de l'Etat» ,Cité par Dominique Rousseau (D.), op.cit., p. 78.».

(١٥٣) ينبغي الاقتناع بأن القانون المقارن ليس بالضرورة أثقب و أبعد نظراً من القانون التّونسيّ، بل كثيرًا ما له انحرافات ذات نتائج غير قابلة للتدارك ولاسيما عندما يغالي في الحرّيات ولاسيما الفردية على شاكلة تكريس زواج المثليين...

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

و في هذا الإطار بالذات يتنزل إيراد بعض أمثلة الرقابة على القوانين التي تناهى من خلالها مجلس الدّولة الفرنسي إلى التصريح بالـ" لا دستورية" على أساس انتهاك حرّية التعاقد، فقد ذهب مجلس الدّولة الفرنسي مثلاً إلى أنه "إذا كان هدف ضمان سكن ملائم يستجيب لضرورة تقتضيها المصلحة الوطنية، فإنّ الاعتداء الذي يمسّ الحرّية التعاقديّة للمالكين الذين أصبحوا سجناء اتفاقات سابقة مبرمة، يعدّ مفرطا بالنظر إلى المنفعة المأمولة(١٥٤) ... كما تولى المجلس "إدانة" القانون المتعلّق بتقليص وقت العمل و قانون تمويل الضمان الاجتماعي سنة ٢٠٠١؛ لكونها نصوصا تقلب "فلسفة" العقد على نحو غير مبرر.(١٥٥)

ولا تفوتنا الإشارة إلى قرار المجلس الدّستوري الفرنسي الصادر بتاريخ ١٣ مارس ٢٠١٣(١٥٦)، و هو القرار الذي حسم الجدل الأسطوري حول القيمة الدّستورية للحرّية التعاقديّة و أساسها.

وقد تعلّقت تفاصيل القضية بطعن بالــلادستورية ضد إحدى مواد قانون الضمان الاجتماعي(١٥٧) كيفما اقترح تنقيحه و تمسك الطاعنون بالــلادستورية استنادا إلى كون التنقيح يقتضي من جهة وجوبية اتفاقاً على مستوى الفروع يعيّن هيئة حيطة (un organisme de prévention) تنضوي تحتها كل مؤسسات الفرع(١٥٨)، و يقتضي من جهة أخرى أنّ هذا التعيين يمضي في حقّ كل مؤسسات الفرع بما فيها تلك المتمتعة بعد بتغطية (لسبق تعاقدها مع هيئة مغايرة) و شرحوا أنّ النصّ المطعون فيه يعدّ انتهاكاً للحق الأساسيّ في الحرّية التعاقديّة، وانتهى

(154) Cons. const. 7 décembre 2000, n° 2000-436, AJDA 2001, p. 18.
(155) Cons. const. 19 décembre 2000, n° 2000-437, LPA 22 décembre 2000, p. 5, note Jean Eric Schoettl; RTD civ.
2001, p. 229, NicolasMolfessis
(156) C.C., Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, cons. n° 6, JORF du 16 juin 2013, P. 9976, texte n°2.
(157) L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.
(158) "les clauses de désignations "

المجلس إلى التصريح بلادستورية القانون بناء على خرقه "الحق في الحرّية التعاقديّة وتحديدًا الحق في اختيار المتعاقد، والحق في تحديد محتوى العقد".

وثمة أيضًا في فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي موقف قد يهمّ أكثر من غيره؛ لكونه يتعلّق تحديدًا بحسم التعارض بين حقي الحرّية التعاقديّة و التنفيذ(١٥٩).

وهذا الموقف تعلّق –آنذاك– بمشروع قانون يقترح تعريفاً للوعد الأحادي بالتعاقد(١٦٠) تضمن أنّ تراجع القواعد خلال المدة الممنوحة للموعود له لا تمنع تكوين العقد، والنّتيجة هي أنّ الموعود له الذي يرفع الخيار، فيجد واعده قد تراجع، فيمكنه طلب التنفيذ العيني الجبري؛ أي طلب حكم يقوم مقام البيع النهائي طرح على مستوى الفقه خلاف(١٦١) مداره دستورية النصّ المقترح بالنظر إلى الحرّية التعاقديّة. لكن يبدو أنه أقفل لفائدة الحق في التنفيذ؛ إذ تبنى المشرع الفرنسي مشروع النصّ منذ ٢٠١٦ منضمًا إلى الشقّ النافي لعدم الدّستورية(١٦٢) عن صواب ...أو ربما عن

(١٥٩) حقّ التنفيذ هو الآخر حقّ أساسي.

(160) L'article 1124: « la promesseunilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

(161) Murielle Fabre-Magnan, «De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente,dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats», D. 2015, p. 826. « Si le consentement a un sens, il veut dire que, jusqu'au bout (…),chacun est libre de donner ou ne pas donner son accord et donc que personne ne peut êtreforcé à le faire. Un contrat ne peut ainsi pas avoir pour objet de "figer" un consentementpour un contrat futur que l'autre partie pourrait décidé seule de former ou non».

(162)Marie Goubinat, op. cit., p.303. « […] En effet, le pouvoir des'assujettir à un ensemble de règles témoigne de la vigueur de la liberté contractuelle. Lepromettant, en contractant cet avant-contrat, s'est lui-même assujetti à des obligations,notamment celle de réaliser la vente si le bénéficiaire décide de lever l'option. L'objection d'inconstitutionnalité de l'exécution forcée en nature des promesses de vente au nom de laliberté contractuelle ne peut être retenue. La sanction des dommages-intérêts apparaît enréalité méconnaître bien plus la consubstantialité de la promesse unilatérale qui est un contratque l'exécution forcée en nature.».

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

خطأ، لكن موقفه سيظل ملزمًا إلا إذا رفع الأمر إلى القضاء الإقليمي. ذاك أنه إذا لم يجد الأثر الأفقيّ المباشر في ضمان الحرّية التعاقديّة أمكن الاتكال على الأثر الأفقيّ غير المباشر.

ب-الأثر الأفقيّ غير المباشر: دور القاضي الإقليمي (الإفريقي).

بداية ينبغي الإشارة إلى أنّ الأثر الأفقيّ غير المباشر عموماً يقتضي تدخل القضاء الإقليمي لاحتواء نزاعات بين الأفراد –بعد استنفاذ الطعون الداخلية[١٦٣]– عبر الالتزامات الإيجابية المترتبة على حقوق تتضمنها معاهدة دولية ممضاة ونافذة في حق الدّولة المقام ضدها بالدعوى، ويوصف هذا الأثر بغير المباشر؛ لأن الحكم الذي يصدر لايخاطب الطرفين (الأفراد)، ولا حتّى يفصل النزاع بينهما، بل يوجّه إلى الدّولة – ولاسيما السلطة المعنية– التي تكون بمثابة الوسيط[١٦٤].

فيما يخص الأثر الأفقيّ غير المباشر للحرّية التعاقديّة[١٦٥] في القانون التّونسيّ، فإنه لم تسبق تجربته إلى حدّ هذا التاريخ، ليس فقط لأن الصيغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة لاتزال مطمحا، و لا لأن سلوك السلطات عندنا مثالي و لا لغياب قاضي الأثر غير المباشر؛ إذ توجد فعلاً جهة قضائية إقليمية من شأنها–لو توفرت الظروف الإجرائية المطلوبة– أن تتعهد بالنظر في نزاع ينصب حول الالتزامات الإيجابية للدولة التّونسيّة ولاسيما تلك اللازمة للحرّية التعاقديّة.

إن الجهة المشار إليها هي تحديداً محكمة "أروشا" (تنزانيا) : المحكمة الإفريقية لحقوق

(163) L'épuisement des recours internes.
(164) Béatrice Moutel, L' « effet horizontal »de la convention Européenne des droits de l'Homme en droit privé Français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personne privés, Thèse de Doctorat en droit privé, université de Limoges, 2006. p. 12 et 13.
(١٦٥) وحتّى غيرها من الحقّوق الأساسيّة، كالحقّ في التنفيذ. فعلى سبيل المثال لو تعذر على دائن التحصيل على تنفيذ ضدّ مدين متلدد بسبب تشريع لا يقهر تمامًا و لا يردع) أو حتّى لا يوفر الآليات القانونية الكفيلة بعقلة مال معين) فإن الدّولة (المشرع، السلطة التنفيذية بل ربما القضاء) يمكن أن تثار مسؤوليتها أمام المحكمة الإفريقية لحقّوق الإنسان والشعوب.

الإنسان و الشعوب(١٦٦). مع قربها الجغرافي إلا أنّ هذه المحكمة ظلت بعيدة ليس فقط عن المتقاضين، بل حتّى عن الفقه التّونسيّ، وهو ما يفسر الحاجة إلى تبرير الاختصاص الوارد لهذه المحكمة (ولو بصورة عرضية) في نظر نزاعات تكون الدّولة التّونسيّة طرفا فيها، و يكون مقتضاها مرتبطًا بالحرّية التعاقديّة.

أولاً: فإنّ الدّولة التّونسيّة أمضت الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والبروتوكولات المكملة له ومنها البروتوكول المتعلّق بإنشاء جهاز قضائي(١٦٧) يسهر على ضمان الحقوق الأساسيّة للإنسان إقليميًا (المحكمة الإفريقية)، وكل النصوص الممضاة نشرت وأصبحت سارية المفعول(١٦٨).

ثانياً: إن المحكمة الإفريقية تمتلك ميزة تنفرد بها عن سائر مثيلاتها من محاكم إقليمية (المحكمة الأوربية و المحكمة الأمريكية)، فاختصاصها"شبه مطلق".

فحسب المادّة الثالثة من البروتكول المحدث لها يمكن للمحكمة البتّ في قضايا و نزاعات حول تفسير و تطبيق الميثاق الإفريقي و أي معاهدة لحقوق الإنسان المصادق عليها من الدول المعنية، وهذايعني أنّ ولايتها تنصب على حقوق يضمنها نصٌّ إفريقي(١٦٩) أو نصّ غير إفريقي(١٧٠)

(166)<http://www.africancourtcoalition.org/index.php?option=com_content&view=article&id=87:ratification-status-protocol-on-the-statute-of-the-african-court-of-justice-and-human-rights&catid=1>(date de consultation : le 12 juin 2015).

(١٦٧) توجد أيضاً أجهزة رقابة غير قضائية. (اللجنة الإفريقية لحقّوق الإنسان).

(168) Décret n°2007-2135 du 21 Aout 2007, portant ratification du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. J.O.R.T., n° 69, p. 3047. Voir aussi, Loi n° 2007-47 du 17 juillet 2007, portant approbation du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relative à la création de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples. J.O.R.T. n °58, p. 2453.

(169) Guide de la cour A.D.H.P., p. 58.
<https://www.fidh.org/IMG/pdf/GuideCourAfricaine.pdf>. (Date de consultation: le 20 septembre 2017).

(170) Idem.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

يهمّ الحقوق الأساسيّة للأفراد، فلو اقتنعنا بأن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب (المادّة٦)، وأيضًا الإعلان العالمي سنة ١٩٤٥ (المادّة ٣)، وكذلك العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية سنة ١٩٦٦ (المادّة ٩)، ونصوص تمثل مرساة للحرّية التعاقديّة ثمّ لو استحضرنا مفهوم الالتزامات الإيجابية الذي يفرض نفسه استنادًا إلى تأويل غائي للنصوص(١٧١)، والذي تعترف به الدول الممضية للميثاق الإفريقي (سيما) وفقاً لما تضمنته توطئة النصّ المذكور من أنّ "الدول الممضية تعترف بالحقوق والالتزامات والحرّيات المعروضة في صلب الميثاق، وتلتزم باتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية وغيرها لأجل تطبيقها"(١٧٢)، فإن اختصاص المحكمة الإفريقية كحامية للحرّية التعاقديّة يصبح أكثر من مرجّح.

وفي المقابل لايمكن في الوقت الحاضر إلا انتظار أن تتاح أمام هذه المحكمة فرصة النّظر في قضايا من هذا الصنف وبلورة فقه قضاء يسمح لسلطات الدّول الأعضاء بتعديل سلوكها في ضوء الحلول المقررة(١٧٣)، بل ربما أمكنها أن تصبح رائدة في هذا الصدد فتشعّ على مثيلتها المحكمة الأوروبية، وتبرهن عن خصوصية تصوّر الدّول الإفريقية للحرّية التعاقديّة وللحقوق الأساسيّة عامة كحقوق تحوم بالضّرورة حول الكليات الخمس (حفظ العقل، والدين، والنفس،

(171) «Téléologique »

(172) Préambule de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. « Les États membres de l'Organisation de l'unité africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer »

(١٧٣) في خصوص فقه قضاء المحكمة الأوروبية يتحدث البعض عن "حجية الأمر المؤول" باعتبار هذه الأخيرة تدين الدول التي لا تسعى في تعديل تشريعه على ضوء ما قضي به في حالات مشابهة.

«[…] Elle condamne pour violation de la convention les Etats qui n'ont pas respecté l'interprétation donnée par la cour dans une affaire précédente en l'absence d'ambiguïté sur l'interprétation délivrée précédemment et en présence de similitude des situations. Cette condamnation concerne aussi bien les Etats déjà condamnés que ceux qui ne l'ont pas été mais auraient dû tenir compte des solutions rendues dans l'affaires concernant les autres Etats.[…] ». DidierCholet, La célérité de la procédure en droit processuel, L.G.D.J. Paris, 2006, p. 339.

والنسل، والمال) التي لم يراعها الغرب حال أنها لبّ كونية للحقوق الأساسيّة، فإذا الحرّية التعاقديّة عنده و غيرها من "الحقوق " تتسبب في كوارث[١٧٤] و أزمات لم ترَ بعد نهايتها-.

وكانت نقطة البداية سؤالاً: هل الحريّة التّعاقدية حقّ أساسي؟ إنّ هذا السؤال فرض نفسه في زمن أضحى فيه كل شيّء حقًّا من حقوق الإنسان أو إن شئنا قلنا حقًّا أساسيًّا، أمّا الإجابة فلم تكن بديهية بالمرّة ولاسيما أن الحريّة تعاقدية في القانون التّونسي، ولكنها أيضًا في عدد من التشريعات في العالم لم تحظَ بتكريس صريح يجعل منها حقًّا ذاتيًّا؛ لذلك لم يبق إلاّ خيار تعقّب الصّيغة الأساسية للحريّة التّعاقدية من خلال البحث لها عن مرساة في صلب نصوص الكائنى فوق التّشريع من دستور ومعاهدات، وقد أمكن بعد قراءة دقيقة لهذه النّصوص الوصول إلى بذرة الحرية التّعاقدية، وتأكدت بذلك صبغتها كحقّ أساسيّ.

لكنّ المرمى من هذه الدّراسة لم يكن الكشف عن الصّيغة الأساسيّة للحريّة التّعاقدية، بل الكشف عن النّظام القانوني الذي يفترض أن تخضع له هذه أو تحظى به.

وقد اتّضحت عاقبة الحرية التّعاقدية بعد تعقبّ صيغتها الأساسية : إنهّا حقّ ولو لم تكرّس صراحة، فلا السّلطة التّشريعية ولا القضائية ولا التّنفيذية تملك إنكارها أو الانتقاص منها فضلاً عن إهدارها.

قد يبدو أنّ القانون التّونسيّ وغيره من القوانين المقارنة تسير بخطا مندفعة نحو الاعتراف بالحريّة التّعاقدية كحقّ أساسيّ مما يؤول إلى إخضاعها إلى مقتضيات المادّة ٤٩ من دستور ٢٠١٤، ومن ثم تحصينها ضدّ كل الاعتداءات، لكن المعضلة في أنّ هذه الحصانة قد تحوّل الحريّة التّعاقدية إلى تهديد للقيم و واستقرار و أمن المجتمعات .

يبدو واضحاً انّ القانون تتضاءل قوّته أمام الحقّ الأساسي ولاسيما كلّما تعلق الأمر

(174) La dépénalisation de la sodomie, le pacte de solidarité…

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

بتطويق الحق ضمانا لتعايشه مع بقية الحقوق، وفي المقابل يبدو أنّ كلاً من القاعدة الدّينية والقاعدة الأخلاقية أقدر على ضبط وفرض نطاق معقول لهذا الصّنف من الحقوق.

وفي النّهاية لا يخفى أنّه ينبغي الحذر من حرّية "إذا حلت قيودها أمست هي نفسها قيدا لحرّية أعظم منها"(١٧٥). و على كلّ ينبغي على الجميع نصر الحريّة ظالمة (بأن لا يدعها تظلم) قبل نصرها مظلومة.

(١٧٥) جبران خليل جبران، النبي

خاتمة البحث

أوّلاً: نتائج البحث:

-إثارة سؤال حول الطبيعة القانونية للحرية التّعاقدية.

-التّنبيه إلى الغياب الواضح، على مستوى التشريع التونسي وغيره، للحقّ في الحريّة التّعاقدية.

-الاستدلال على الحاجة إلى تكييف الحريّة التّعاقدية كحقّ ثم كحقّ أساسيّ.

-تأكيد العلاقة بين الحريّة التّعاقدية و حقوق أخرى و دور الأولى في جعل الثّانية فاعلة.

-المراهنة على دور القاضي في الرقابة على احترام الحرية التّعاقدية.

ثانيا: توصيات الباحث

-الحاجة إلى التّكريس الصّريح للحريّة التّعاقدية صلب النّصوص.

-الحاجة إلى مراعاة مبدأ التّناسب في الاعتراف بالحريّة التّعاقدية.

-الحرص كلّ الحرص على جعل نطاق الحقّ في الحريّة التّعاقدية، لا يتجاوز مقاصد التشريع الإسلامي.

-التّعويل على مقاصد التّشريع الإسلامي، كبوصلة لتوجيه الحق في الحرية التعاقدية.

-التّنبيه إلى سلبيات فهم الحقّ في الحريّة التّعاقدية كحقّ في "الفوضى" و خاصّة كأساس لممارسات ترفضها كرامة الإنسان على غرار ما يلاحظ في بعض البلدان الغربية فيما يخص زواج المثليين أو إلغاء شرط العدّة تحت مسمى ضمان حريّة التّعاقد و تحديدا حريّة الزّواج.

-التفكير في الدّور البنّاء للحقّ في الحريّة التّعاقدية في مجال فضّ النّزاعات و تقليص الضغط على المحاكم وخاصّة دورها في "تجويد" العدالة و فاعليّة الأحكام القضائية وتنفيذها بغير عنف و لا جبر.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

المراجع

باللّغة العربية

١) **خليفة الخروبي**، القانون العدلي الخاص، طرق التنفيذ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ٢٠٠٨، ص٨٥.

٢) **رابحة الغندري**، الأجل في الالتزام، مركز النشر الجامعي، تونس ٢٠١٦.

٣) **عبد المجيد الزّرّوقي**، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) و فلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس ٢٠١٧

٤) **عبد المجيد الزروقي**، درس في المنهجية القانونية/ موجه لطلبة السنة الأولى بكلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية، ٢٠١٨/ ٢٠١٩.

٥) **على كحلون** ، الصلح في المادّة المدنية ، م ق ت ، جويلية ١٩٩٨ ، ص ٧٩.

٦) **فوزي بلكناني**، دور الشكلية في رهن العقار، مجموعة أعمال مهداة للعميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي ٢٠٠٨، ص ٥٥٣.

٧) **لطفي الشاذلي**، التصدي للمماطلة و التعطيل في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة مع التحكيم الداخلي)، المجلة القانونية التّونسيّة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٤، ص١٠١ و ما بعدها.

٨) **مالك الغزواني**، من فقه القضاء حول الحقّوق الأساسيّة، المجلة القانونية التّونسيّة، ٢٠٠٢، مركز النشر الجامعي.

٩) **مبروك بن موسى**، السند التنفيذي و السند المرسم، مسائل في فقه القانون المدنيّ المعاصر، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس ٢٠١٤، ص ١٢٢١.

باللّغة الفرنسية

1) **Béatrice Moutel,** *L' « effet horizontal » de la convention Européenne des droits de l'Homme en droit privé Français, Essai sur la diffusion de la C.E.D.H. dans les rapports entre personne privés*, Thèse en vue du doctorat en droit privé, université de Limoges, 2006. <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf> (Date de consultation : Le 20 novembre 2014).
2) **Dominique Rousseau,** « *Droit Fondamentaux* », in: **L. Cadiet** (dir), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 373 et ss.
3) **Fayez Hage-Chahine,** « Y-a t-il un régime juridique des droits fondamentaux », *in : Les Droits fondamentaux, inventaire et théorie générale*, Colloque de Beyrouth 6 et 7 novembre 2003, Brullant, Bruxelle 2005, p. 62 et ss.
4) **Jean Carbonnier,** *Droit civil*, Tome 4 : *Les obligations*, P.U.F., 1996, n° 16. La liberté contractuelle est « *l'essentiel de l'autonomie de la volonté* ».
5) **Marie-Laure Mathieu Izorche,** « La liberté contractuelle », i*n: liberté et droits fondamentaux*, **RenéCabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet,** 21 ème édition, Dalloz, 2015.
6) **Murielle Fabre-Magnan,** « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, p. 826 et ss.
7) **Natali Fricero,** « La convention de procédure participative : Un nouveau règlement amiable assisté par avocat », *Revue Droit et patrimoine*, n°202 – avril, 2011, p. 30.
8) **Pierre-Yve Gahdoun,** *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008..
9) **Abdelmagid Zarrouki,** « Le raisonnement à contrario, Etude de méthodologie juridique comparée », Revue de droit international et de droit comparé, 2012-4, p 555 et ss.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023

Romanization of Arabic references

1) Khalifa Al-Kharoubi, alqanun aleadliu alkhasa, taruq altanfidhi, manshurat mujamae al'atrash lilkitab almukhtasa, tunis 2008, sa85.
2) Rabha Al-Ghandari, al'ajal fi alialtizami, markaz alnashr aljamiei, tunis 2016.
3) Abd al-Majid al-Zarrouqi, 'usul alfiqh masar eamaliat aistinbat alqanun al'iislamii (manhajiat alfiqah) w falsafatuhu, dar alkutub aleilmiati, mujmae al'atrash, tunis 2017
4) Abd al-Majid al-Zarrouqi, daras fi almanhajiat alqanuniati/ muajah litalabat alsanat al'uwlaa bikuliat aleulum alqanuniat w alsiyasiat w aliaijtimaeiati, 2018/2019.
5) Ali Kahlon, alsulh fi almaddt almadaniat , m q t , juiliat 1998 , s 79.
6) Fawzi Belkanani, dawr alshakliat fi rahn aleaqari, majmueat 'aemal muhdaat lileamid eiad bin eashur, markaz alnashr aljamieii 2008, s 553.
7) Lotfi El-Shazly, altasadiy lilmumatalat w altaetil fi altahkim altijarii alduwalii (dirasat muqaranat mae altahkim aldaakhili), almajalat alqanuniat alttwnsyt, markaz alnashr aljamiei, tunis, 2004, si101 w ma baedaha.
8) Malik Al-Ghazwani, min fiqh alqada' hawl alhqqwq alasasyt, almajalat alqanuniat alttwnsyt, 2002, markaz alnashr aljamieii.
9) Mabrouk bin Musa,, alsind altanfidhi w alsind almurasmi, masayil fi fiqh alqanun almdny almueasiru, taht 'iishraf muhamad kamal sharaf aldiyn, manshurat mujamae al'atrash lilkitab almkhtss, tunis 2014, s 1221.