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
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.
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
الحرية التعاقدية، حق أساسي؟
قراءة في نصوص القانون التونسي:

د. ختام عبد الكريم حفيظ
أستاذ القانون الخاص وعلوم الإجرام المساعد
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية - جامعة قرطاج بتونس
Miskithem@gmail.com

ملخص البحث
إن الحق الأساسي مهد الدستور وموطنه القانون العام، وهذا الأمر يجعل وصوله إلى القانون الخاص وتدانيه من الحرية التعاقدية أمرا مستحيلا، أو استحضرا مقولة "روم". إن الجدار الفاصل بين فرعي القانون أشد متانة من جدار برلين؟ كما ينبغي الاعتراف بأن اللقاء بين "الحرية التعاقدية" و "الحق الأساسي" ليس أمراً هيئا بسبب فارق في الزمان، فالحق الأساسي (الشاب البالغ) - خلافا للحرية التعاقدية التي شبّهت بالعجوز الهرمة - مفهوم حديث.
لكن تجاوز حاجزي الزمان والمكان يبدو حاجة ملحة لو أننا في ذلك دليلاً على التفاعل مع ظاهرة "الدسترة" التي عرفت منذ سنوات عند بعض الفقه المقارن.
وربما آن الأوان من أجل قراءة جديدة للحرية التعاقدية على ضوء الدستور، بل على ضوء النصوص "ال فوق- تشريعية" عموما.

* استلم بتاريخ 03/09/2021، و أُجري لنشر بتاريخ 03/01/2022.

العدد الخامس والتسعون - السنة 37 - ذو الحجة 1444 هـ - يوليو 2023
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 توصل إليه هذه القراءة، بل ينبغي أيضًا أن يهتم بعاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقديّة و الأهم في النهاية ينبغي الحذر من حرّية "إذا حلّت قيودها أمست هي نفسها قيدا لحرّية أعظم منها"(2).

الكلمات المفتاحية: الحرّية التعاقديّة، الحق الأساسيّ، الدّستور، الالتزامات الإيجابية، مبدأ الضرورة، مبدأ التناسب، 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(3) عن أقدم الحرّيات على الإطلاق، بل أشهر مفارقات القانون (حرّية التنازل عن الحرّة(4))؟ إن كانت جلّ المؤلفات التي تتناول الإلتزامات أو العقود بالدّرس تُعنى بإيضاح المصوصد بالحرّية التعاقديّة أو ربا تعرّفها منتهية إلى أنها جزء من سلطان الإرادة أو ربا نواته(6)، وأنا تقتضي- "من حيث الأصل" - أنّ كل شخص حرّ في التعاقد أو عدم التعاقد، و حرّ أيضًا في اختيار التعاقد ثمّ تحديد محتوى العقد، و تقتضي بالنسبة إلى البعض(1) "من حيث الشكل أنّ:

(2) جبران خليل جبران، النبي
(3) عمومًا الفقه التونسيّ المقارن من الذين كتبوا في القانون المدنيّ و قانون الالتزامات.
(6) في خصوص الحرّية التعاقديّة ثنائية الأبعاد، انظر:
التقاء إرادتي التعاقدية كافية لنشأة العقد صحيحاً دون الحاجة إلى شكليات أخرى كالكتابة، أو وصفة المحرر، أو ذكر بيانات معينة، أو الحصول على رخص أو الإشهارات، إلا أنه يندر أن نجدفا تبحث طبيعتنا (9) أو حتى تهم بتأسيس هذه الحرية كحق ذاتي، ويندر أن نجدوا تجنب عن أسئلة من قبل: لم يكون الجميع بالحرية التعاقدية دون أن يراها؟ ثم ما تسميها حرية التعاقدية حال أنا؟ - عند استحضارنا - تذهب أذهانا بسهولة إلى حرية الالتزام الإختياري عموماً؟ وهل يمكن للحرية التعاقدية تغير الطبيعة القانونية للأشياء (كاعتبار المنقول عقراً؟)؟ وهل تعني الحرية التعاقدية إمكانية الخروج من العقد؟ (10)...)

وأوضح أن الحرية التعاقدية مفهوم لا يمكن القول إنه كشف عن كل أسراره، فهل يستبعد أن سؤالا ك الحرية التعاقدية حق أساسي؟ قد يسهم شيء ما (11) في تبنيه؟

وينبغي على كل الاعتراف بأن اللقاء بين الحرية التعاقدية و الحق الأساسي ليس أمرًا هينًا. أولاً بسبب الفارق في الزمان، فالحرية الأساسي (الشاب البائع (12)) - خلافا للحرية التعاقدية (العجوز الهرمة (13)) - مفهوم حديث حتى إن هذا يستدعي محاولة تعريفه، أو على

(7)Formalisme de l’acte.
(8)Formalisme de la mention.
(9) هذا يصح على الأقل في شأن الفقه التونسي.
(10) أي الاتفاق (إشهار، تعديل أو إنهاء التزام) والأيداع الإختياري.
(12) على الأقل بالنسبة إلى السؤالين الأول والثاني.
(13) صورة مأخوذة عن (متحدثا عن المجلس الدستوري). 2.
(14) Idem.
الأقل استعراض أهم المحاولات؛ لأنه عرف وفقاً لأكثر من مقاربة(15)، فهنالك من يذهب- وفق مقاربة تاريخية- إلى أن الحق الأساسي هو الصيغة الجديدة لحقوق الإنسان(16)، وهناك من يرى أن الحق الأساسي حق مكرس في صلب نص دستور أو معاهدة أی نص فوق- (المقاربة الشكلية) و يضيف بعضهم ميزة أخرى للحق الأساسي؛ إذ يحميه جهاز قضائي دستوري و أيضا دولي ضد اعتداءات السلطة التنفيذية أو القضائية أو التشريعية، و لعل الأحوال هو الأخذ بها ذهب إليه الأستاذ "Favoreu"؛ إذ وضع تعريفاً يستوعب جل ما قبل سابقاً(17).

و يبدو من الحكمة الانتفاع أن الحق لا يكون أساسيّاً بحقل إلا إذا كان المقصد منه الحفاظ على الإنسان، و هذا على كل ما يقتضيه المعنى الوضعي(18) للعبارة، فلا يمكن عقلا أن يعد حقاً أساسياً ذاك الذي يؤول - في الحال أو في الاستقبال- إلى هكذا ولو واحدة من الكليات الخمس التي عدها الغزالي في كتابه المستصفى من علم الأصول، ومن هنا يفهم إذن أن الحق.

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.


الأساسيّ هو ذاك الذي يدور حول حفظ العقل، والدين، والنفس، والنسل، والمال(19).

إذن لو نسعنا ما تسبب فيه المفهوم من تعب لمن حاول ترويضه من الفقها(20) أمكن الاتفاق على أن الحقوق الأساسيّة هي "الحقوق و الحرّيات المحمية دستوريًا"(21).

أما السبب الثاني الذي يجعل تقرير المفهومين أمرًا غير ممكّن، ففارق في المكان إذا كان الحق الأساسيّ مهدّد الدّستور و موطنه القانون العام مما يجعل وصوله إلى القانون الخاص و تدانيه من الحرّية التعاقدية أمرًا مستحيلًا لو استحضرنا مقولة "Rome" إن الجدار الفاصل بين فريعي القانون أشدّ مثابة من جدار برلين(22)؟

وفي المقابل فإن تجاوز حاجزي الزمان و المكان حاجة ملحة، ليس فقط أمالًا في انتعاش مادة -اشتهرت بالاستقرار أو ربما بالجمود- ولاسنا من خلال تجديد(23) مصدراً، بل أيضًا

(19) قد تختلف السياسات والرؤى حول كيفية تكرير هذا الحق أو ضمانه أو ممارسته بحسب عوامل عديدة، لكن لا يعقل أن يصل الاختلاف إلى مستوى المرمي أي حفظ الكلمات، إذن يمكن القول إن الحق الأساسيّ هذا المفهوم هو الذي يسمح بالحداث عند كونية الحقوق.

(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 "magique" qui défie les critères de l’analyse juridique »".


(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. ». François Rome, « Droit public/Droit privé: « J’te 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
لأن في ذلك دليلاً على التفاعل مع ظاهرة "الدسترة"(24) التي عرفت منذ سنوات عند بعض الفقه المقارن(25)، وهي تلخص عموماً فيولوج العديد من فروع القانون صرح القانون الدستوري(26)، وفي معاينة أنّ مادة ما أضحت تحكمها الحقوق الأساسية وحماية الحرّيات؛ أي يحكمها القانون الدستوري(27).

إنّ تبعات هذه الظاهرة على قدر من الأهميّة حتّى إن معارضي الاتجاه القائل بالدسترة يعترفون أنّ دسترة مادة تعني منعرجا ف تصورها(28)، وفي هذا الصدد يتحدث الأستاذان "Drago" و "Guinchard" عن "ثورة قانونية أنجزت تحت أعيننا أو من دون أعيننا، أعين Des sources du droit des obligations, Journées Henri Capitant, LGDJ, 1997, p. 65 s.


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

(26) يمكن أن تعد المسألة خلافية، في بعضهم قد يرى الكأس نصف فارغة والآخر نصف مليئة: وإنما أن تحدث عن دسترة أي ارتفا العقدين الخاص إلى الدستور أو عن تخصيص أي جذب القانون الدستوري 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». Louis Le 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 ». 

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
الخصائص في القانون الخاص... باستثناء بعض العقول النيرة...” (29).
وعلى ضوء ما تقدم فهل تشرع قراءة جديدة للحرية التعاقدية على ضوء الدستور، بل على ضوء النصوص الفوق تشريعية (30) عموماً؟ بل لا ينبغي النوصول إلى أن الحرية التعاقدية - في القانون التونسي - حق أساسي؟ إن مثل هذا الاستفهام لا تتحصر جدويه في اليم السريع الذي يقتضي ولابد إبراز القانون التونسي كقانون يكثر للحقوق الأساسية (المقصود الأساسيًا بحق (31)) خلافًا لما قد يتراءى لبعضهم. ثم إن حالة الإلتزامات بين النيع الرئيسي الذي تنهل منه بعض مواد القانون العام كمادة العقود الإدارية مثلاً، وهو الأمر الذي يعني أن الصبغة الأساسية للحرية التعاقدية قد ت качествية إعادة النظر في ثوابت القانون العام أو على الأقل بعض مواده (32)، بل على مستوى التطبيق خصوصاً، وقد تكون الإجابة عن السؤال عونًا وتوجيها للمشرع عند وضعه النصوص، وللقارئ في تطبيق بإيابه، أو في مراقبة الأفعال القانونية... بل قد تنفع في إعطاء دفع طالما افتقده الأشخاص لتحرير قدرتهم الخلاقة على إيجاد أصناف جديدة من العقود أو حتى التشريع على إحياء ما أقربه (33) 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 [...]» Idem.

(30) الدستور والمعايير الصادقة 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 irait 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.»

(32) مثلاً هل يستقيم الحديث عن حرية التعاقدية لذوات القانون العام على مدى تقترب من المفهوم المدني للحرية التعاقدية؟

(33) إلغاء الأحباط، حق الهواء...
المادّة 49 من دستور 2014. بل إن الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقدية قد تؤول إلى تمتع الأشخاص المعنويين بهذا الحق.

وفي الواقع ينبغي قطع الوصول إلى أن الحرّية التعاقدية في القانون التونسيّ - حق أساسي، وهذا الأمر ينبغي؛ لأنه ممكن، وهذا ستراع من خلال تعبق الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقدية (المبحث الأول)، ويمكن أيضًا لأنه ضروري، وهذا سيتأكد من خلال التعرض إلى عاقبة الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تعبق الصبغة الأساسيّة للحرّية التعاقدية

"الإنسان حيوان يلزم نفسه".(34)

هل توجد حرّية تعاقديّة أصلاً حتى تكيف كحق أساسي؟ لا بدّ من ملاحظة أنّ تكريس الحرّية التعاقدية كحق ذاتي، بل كمبادئ من مبادئ قانون العقود، لم يرد ف إطار القانون المدنيّ إلا بصورة ضمنية،(35) لو أرجعنا إلى قاعدة "الأصل في الأمور الإباحة"(36). و إن جاز الذهاب إلى أن هذه القاعدة تتلوّن بحسب مواد القانون، وأن مبدأ شرعية الجرائم، و العقوبات(37) من تطبيقاتها(38)، فإنه من الواضح أن الحرّية التعاقدية 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».

(35) مستحدث عن تكريسه حتى في حال غياب النص لكن مع التفريق بين التكريس الصحيح والتكريس الضمني (انطلاقًا من حجة كمال النظام القانوني).

(36) حيث تستنتج من مقتضيات المادة 24 من مجلة الالتزامات والعقود، وإذا استحضرنا أن الأمر يتعلق بحرّية إتيان عمل قانوني اختياري ينبغي أن نضيف المادة 3 من المواد التي ننصّ على أن "كل شخص أهل للالتزام والالتزام ما لم ينص القانون على خلافه". (39) كل الأفعال على خطورتها ليست جرائم (أي هي مباحة) طالما لم يعيّنها القانون كذلك.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
تحظى بأحلى نظرها الجزائي من عنابة. حيث احتل صدارة التقنين الجزائي، بل احتل - في الآن نفسه - منزلة صلب فصول الدستور (4) فضلاً عن نصوص دولية مهمة كالإعلان العالمي سنة 1948 ... أما هذا فلا تزال تبحث بعفاف عن مستقر لها.

وعلى مستوى القانون الفرنسي أيضًا - ولفترة طويلة - لم يتجاوز مبدأ الحرية التعاقديّة صلب فصول الدستور (40) فضلاً عن نصوص دولية مهمة كالإعلان العالمي سنة 1948 ... أما هي فلا تزال تبحث بعناء عن مستقر لها.

(40) المادة 28 من دستور 2014، والمادة 13 من دستور 1959.

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

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.

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 ».

تكون مباشرة حين يكرس بصورة صريحة صلب نصّ الدّستور أو أيّ نص يمثل جزأً من كتلة الدّستورية {46} 😉 و تكوّن غير مباشرة لو أنّ النصّ الصريح تضمن حقا لا يكون إلا بوجود حق آخر لم يذكر (لكنه مفترض) 😉، وعموماً يكون الحق أساسياً إذا ضمنته قاعدة فوق-تشريعية كمعاهدة ( بصورة صريحة أو بصورة غير مباشرة)؛ لذا استناداً إلى ما جاء فإن تعقب الصبغة الأساسيّة للحرية التعاقدية { في غياب التكريس الصريح} سيكون من خلال البحث 😉 لها عن مرساة دستورية (الفقرة الأولى) و/أ د و مرساة اتفاقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرساة الدّستورية للحرّية التعاقدية

يقول الأستاذ "Picard" : إن الحقّ لا يعدّ أساسيًّا؛ لأن الدّستور يجعله كذلك 😊، ولكن لأنه عدّ أساسياً، فإنه يمكن، ويجب أن يلتقي تكريس دستوريّاً أو قطاعيّاً تقليديّاً؛ لأنه [الحقّ]أساسي، فالدّستور- مكتوباً أو مؤولاً - ينتهي إلى استقباله تكريسه رسميّاً 😉.


هذا الحقّ سببت بصورة ضمنية وتبعية للعنصر الشكلي 😊.

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 الحقوق، فقد أقرها الدستور صراحة كحرية الرأي والتعبير والإعلام، والشر (٥٠)، وحرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات (٥١) أو حرية الاجتياز والنظائر السلميين (٥٢).

فلو عمدنا إلى قياس هل تكون الحرية التعاقدية مثل (٥٣) (من حيث أهمية والحاجة إليها بالنسبة لكل إنسان بما في ذلك الأميّة أو الكار للسياسة، أو السجين، أو مختل المدارك العقلية...) هذه الحقوق التي حظيت بتكرير دستوري صريح - أم هي (بالأسباب التي ذكرناها أخرى (٥٤) منها بالدستورية؟ هذا هو السؤال.

أما الإجابة فتبعد لصالح الحرية التعاقدية ولو أخذنا بالصيغة "ال الدنيا" للقياس، أي قياس المثل تحسبا لاختلاف النتائج في تقدير التكريم بين هذه الحرية وغيرها.

وعلى كل فإن هذا التكريم في ذاته يبدو مبرراً إذا ما استحضرنا أنّ المحكمة الأوروبية بمقتضى قرارها صادر في ٢٩ أبريل (٥٥) ١٩٩٩ ذهبت إلى إدانة الدولة الفرنسية بخصوص موافق.

(٥٠) المادة ٣١ من دستور ٢٠١٤.
(٥١) المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤.
(٥٢) المادة ٣٧ من دستور ٢٠١٤.
(٥٣) عبد المجيد الزروقي، درس في المنهجية القانونية، موجه لطلبة السنة الأول بكلية العلوم القانوني والسياسية والاجتماعية.
(٥٤) قياس الآخر هو قياس مثل مقوّى. انظر: عبد المجيد الزروقي، م (التأويل العكسي، دراسة في المنهجية القانونية المقارنة)، ص ٢٠١ وما بعدها.
لها يتصل بالانخراط الإجباري في جمعية صيد، وعدّته المحكمة انتهاكًا لحرية التجمع الأساسية، ولو وفقت إلى موقف أقوى ل̀كانت أكثرها تحرّيًا التعاقدية.

فلمّا دققنا النظر في الحقوق الأساسية التي "صدح" بها الدستور في صلب بابه الثاني، ومنها الحق في التنقل، والحق في التعليم، والحق في العمل، والحق في حياة خاصة، والحق في الصحة... بل حتى الحق في الماء، يجب أن لا ننسى الحق في النقاض وحق الملكية (67)... هل يتسمى ممارستها فعليًا في غياب حرّية تعاقدية محمية دستورية؟

وحتى تتوصف المسألة أكثر قد تعنين تعديل السؤال بصياغته على النحو الآتي: ما العلاقة بين الحرّية التعاقدية و الحقوق المذكورة أعلاه؟ وبدقة أكثر: ما هو الحكم الوضعي (58) للحرية التعاقدية؟ أي هل الحرّية التعاقدية يلزم من وجودها الوجود (الفعل) لبقية الحقوق ويلزم من عدمها عدم الاخيرة في الذكر؟

إذن قبلنا أن الحرّية التعاقدية سبب موصل إلى ممارسة الحقوق الواقع تعدادها أو بعبارة أدقّ لفاعليته l'effectivité (59) فالأجبية لن تكون لا، وعندها ينبغي ان يأتي إلى سؤال جوهري: هل من المقبول عقلاً أن يوجد المسبب (حق الملكية، حق العمل...) دون السبب الحرّية التعاقدية؟

________________________
(56) المادة 108 من الدستور التونسي.
(57) المادة 41 من الدستور التونسي.
(58) عبد المجيد الزُّروقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس 2017، ص. 217.
إن المشرع عاقل ويدرك تماماً أن السبب والمسبب متلازمان مع أسبقيته السبب، فعندما تنص المادة 41 على أن حق الملكية مضمون، فهذا يعني أن الدستور يضم لما يكون حقاً أصلياً كاملاً يجوز لصاحبه سلطة استعمال ما هو من ماله واستغلاله، وصرفه فيه، لكن كيف له الاستغلال دون حرية إبرام عقد إيجار أو عارية مأجورة؟ وكيف له التصرف قانونياً في ماله باهبة أو الرهن أو البيع ... في غياب الحرية التعاقدية بتفرعاتها عن الساحة الدستورية؟ أكثر من هذا، المادة 41 من الدستور لا تضمن فقط "الملكية"(11)، بل تضمن أيضاً حق التملك(11)، ولعل العقد من أهم أسباب اكتساب الملكية، مما يجعل العلاقة وطيدة بين فاعلية وجدوى هذا الحق والحرية التعاقدية، ثم يمكن أن نواصل الاستدلال من خلال تكييل حق الملكية منتهه ضمن الحقوق الدستورية عامة على نحو يجعلنا نقف على أهمية الحرية التعاقدية في ذاتها من جهة، و بصورة تبعته من جهة أخرى؛ أي كونها ضرورية لفاعلية الحق في الملكية الذي هو
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 أن كل الحقوق تصبح -عبثاً- جوفاء من دون الحرية التعاقدية؛ إذ تكون حينها موجودة بالقوة وغير موجودة بالفعل، بل لا أمل في أن توجد الحقوق المكرسة دستورياً-حقاً- متأديبة علّتها الفاعلة؛ أي الحرية التعاقدية ناقصة تنزّه المشرع عن ذلك.
الآن لو اقتنعنا أن الحرية التعاقدية حارسة(13)sentinelle بقية الحقوق، قد بقي مشكلة

(60) Le droit de propriété.
(61) Le droit d’appropriation.
لا يمكن إعطائها وصف الحق، بل الحق الأساسي تحديدا!

في الواقع لا غرابة في الحديث عن حق لم تكرسه النصوص صراحة؛ لأن تكريس كل الحقوق صراحة أمر مستحيل حسبًا. أما عن كمال النظام القانوني (14) فافتراض يقتضي إعمال قاعدة عامة تسد النقص.

وقد أوضح الفقه (15) أن الحق (16) يقتضي أن يملك صاحبه إمكانية الفعل أو عدم الفعل، فإذا أتي القانون، ويحذف إمكانية الفعل نكون إزاء منع، وعندما يأتي القانون ويحذف إمكانية عدم الفعل نكون إزاء وجوب، وعندما يكرس القانون بصورة متزامنة إمكانية الفعل وعدم الفعل يكون الحديث عن حق. و أخيرًا إذا لما زم النظام القانون الصمت، يفهم أنه يكرس حقًا صريحة؛ لأن الأصل في الأمور الإباحة، والإباحة باقية ما لم تُلْغَ؛ لأن "الأصل بقاء ما كان" (17).

ويخلص بما جاء أن الحقوق التي لم تسحب منها إمكانية الفعل (تتصح منعًا)، فإنها مكرسة صراحة، وإما أن 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" (18).

(14) مبدأ كمال النظام القانوني يقتضي أن المشرع مترئ عن أن يكون عمله مبتوءًا، وكل ما في الأمر هو أن أحكامه أحيانًا ينفي استنباطها؛ أي استطلاع النصوص، ومن أولى نتائج هذه الافتراض تجريم القاضي الذي يمنع عن الحكم لغموض أو حتى لغب النص.

(15) عبيد المجيد الزروقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، جمع الأطرش، تونس 2017، ص 322.

(16) ينفي الأنصار أن الحرية التعاقديّة حق، فالنصوص التي تستند إليها لتأسيس دستوريتها تتحدث عن "حق" في الحرية.

(17) المادة 2 من إع.

(18) "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: أن وجود وفاعلية حقوق دستورية مكرسة صراحة تبقى راهنة حقوق أخرى لا أثر لها (نصًا)، وعلى افتراض أن كيان النظام القانوني عدد الثاني موجودة (ضمنياً) بمناسبة وجود الأول. موجودة ضمنيًا معناه أن المشرع لم ينس، ولم يرتكب هفوة، ومعناه أيضًا أن النظام القانوني كامل أو يقترب من الكمال كلما أحسنًا فهم النصوص، ومتلك هذا الفهم لا يكون دون ربط مسألة الحقوق الضمنية (التي لا يفصح عنها) بروح القانون ولا سيما روح الدستور؟ ويقصد بروح القانون أو "غاية القانون [... ما بعث على إيجاده، وما هو مطلوب أن يتحقق حين يدخل القانون حيّز التنفيذ"(70).

عموماً (روح القانون) "تستقر من خلال الأعماج التحضيرية أو تساق في توطئة أو ديناجة(71)، أو حتى في فصل من فصول القانون"(72). وعند الرجوع إلى توطئة الدستور، 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.


(70) عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفسلفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس 2017، ص 115، 116، 177.

(71) Préambule.

(72) Idem.
ومبادئه العامة، فإن روح الدستور لا تعدو أن تكون علويّة القانون، وهي مناط دولة القانون (73)، فهل لدى القانون علويّة من غير فاعلية الحقوق الذاتية التي يكرسها هذا القانون (74)? إن الاعتراف بالحرية التعاقدية كحق أساسي كونها سبب فاعلية بقية الحقوق (القانون الوضعي)، هو إعلاء للفنانون...هل تكون الدولة...?...خوفاً على الدولة الفرنسية، فإنه ليس من الغريب أن يمضي مجلسها (مجلس الدّولة الفرنسي) منذ 2013 إلى الارتجال بالحرية التعاقدية إلى مرتبة الحق الأساسي (75) حتى قبل أن تكريس صراحة كحق ذاتي في 2016 من خلال ربطها بحرية المبادرة، والمادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على أن بعضهم ظلّ يحذوه الأمل بقرب تأسيسها على المعاهدة...

(73) La prééminence du droit
Alain Douglass Wandji-kamga, op.cit., note de bas de page, n° 869.
(74) 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.
(75) Etat de droit est un pléonasme.
(76) "Le chemin reconnaissant sa constitutionnalité a pourtant été long.[…] S’il n’y avait pas de reconnaissance expressivervis 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. "Marie Goubinat, 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).
الهيئة الأوروبية لحقوق الإنسان(78).

ال الفقرة الثانية: المرساة "الاتفاقية" للحرية التعاقدية ا
ذهب بعضهم (79) في إحدى مؤلفات القانون الفرنسي (مستغرقاً(80)) إلى "أن المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان لا تسمت في شأن الحرية التعاقدية على الرغم من أن توطئتها أكدت على مروحة أوروبية مشتركة يتعلق "باحترام الحرية", فضلًا عن كون الحق في حياة خاصة الذي ضمنه فصلها 8 يشمل "حق الفرد في ربط وتنمية علاقات مع بني جلدته". كما أتاح الفقيه على دراسة أخرى اهتمت بالاتفاق الأوروبي والعقد، وقد نقل أن صاحبها يأسف أو يلوم (81) الجفاء بين هاتين.
فعلاً، فإن التوصل إلى إيجاد قاعدة اتفاقية للحرية التعاقدية ليست مطلباً نظرياً بحتاً، بل إن المرساة الاتفاقية من شأنها أن تنتج آثارًا تدعم حماية قضائية ولاسمها دستورية للحرية التعاقدية لكن هذا سيوضح معنا أكثر عند التعرض إلى علبة الصبغة الأساسية للحرية التعاقدية(82).
أما فيما يخصّ تعقب هذه الصبغة عبر نصوص المعاهدات، فيتوضح من خلال الإجابة

(78) Jean-Pierre Marguenaud, Un petit 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.
(80) الاستنتاج شخصي استنادًا إلى استعمال التعبير الآتي:
"La Convention européenne des droits de l’homme est muette sur la liberté contractuelle, encore qu’en 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 8 englobe « le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » ."
(82) المبحث الثاني.
عن السؤال الآتي: عندما يحوي نص القانون عبارة "مطلقة" كيف ينبغي أن نفهم المراد؟

هذا السؤال ينبغي أن يتباخر إلى الذهن بمجرد قراءة المادّة 3 من الإعلان العالمي سنة 1945، وأيضًا المادّة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية سنة 1966، والمواد 6 و 9 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب، وقد اقتضت النصوص المذكورة على التوالي آتي: "لكن فرد الحق في الحياة، و في الحرّية، و في الأمان على شخصه، و لكن 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 حرية إلا للدوافع و في حالات يحددها القانون سلفًا.

هل يحتمل أن تكون النصوص المشار إليها ركيزة الصبغة الأساسية للحرية التعاقديّة كون هذه (الحرية التعاقديّة) لوناً من الحرّية مثلها مثل حرّية المبادرة؟

إن التسليم بهذه النتيجة يقتضي أن نصل إلى تحديد معنى "المطلق"؛ لأن واضعي النصوص الثلاث استعملوا عبارة "الحرية" في صيغة إطلاق شمولي، فلو ثبت أن المطلق أريد منه الإطلاق لأمكننا القول: إن الحرّية التي كرست كحق أساسي تتطوري بالضرورة على الحرّية التعاقديّة، وفي الواقع يكفي أن يثبت لدينا أن المطلق "حرية" لم يقصد منه التقييد حتى يصدق القول: إن المطلق يفيد الإطلاق؛ أي أن الحرّية تعني من ضمن ما تعنيه الحرّية التعاقديّة، في كون هذه النصوص (و غيرها) جزءًا من القانون الوضعي التّونسيّ انظر:


(84) هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.

(85) عبد المجيد الزروقي، درس المنهجية القانونية،... "فأما الشمولي فهو الذي يقتضي استعباد الحكم لجميع أفراد الطبيعة. ففي قول المادّة 565، "و إذا كان البيع لغير وارث يتمّ أن حكم المادّة 565", عبارة "البيع" مطلقة إطلاقًا شموليًا، مما يعني استعباد حكم التنزيل جميع أنواع البيع."
أو لنقول: إن "الحرية التعاقدية" من ما صدق "الحرية".

لكن كيف تثبت أن المطلق لم يرد منه التقيد؟

أولاً: يمكن أن نستند إلى المعنى الوضعي للمطلق، وهو الإطلاق طالما غابت القرينة المقيدة، وهو المعنى الذي ينبغي إعطاؤه للنص أسوة بتصويبات المادة 132 من مجلة الالتزامات والعقود. ثانياً: وبالنسبة إلى من يذهب إلى أن المطلق وضع للطبيعة المهملة أي أنه قد يفيد الإطلاق كما قد يفيد غير الإطلاق فإنه ينبغي الاستناد إلى قرينة الحكمة (المتكلم العاقل ما قاله يريده وما لم يقله لا يريده) طالما لا وجود لقرينة خاصة تالجها.

وفي الأخير وليمواجهة قرينة خاصة مقيدة لا يمكن القول: إن المطلق "الحرية" يفيد التقيد، وإذا كان كذلك فإنه يقيد بالضرورة الإطلاق; لأننا إذا ازاء تقييد لا يجتمعان معاً، ولا يرتفعان معًا.

على هذا تكون الحرّية التعاقدية حقًا أساسياً مرة ثانية لتكريسها صلب نصوص ثلاث هي فوق تشريعية.

وقد يقال: إنه حتى في حال إعمال المعنى الوضعي أو قرينة الحكمة و الوصول إلى إعطاء المطلق معنى الإطلاق نبقي دائراً أمام من أن المتكلم (شارع لكنه ليس معصوماً) ربما لم يرد الإطلاق، لكنه سعى عن نصب القرينة المقيدة، على كل وإن كان يستبعد إن يبلغع عاقل من جحر مرتين فضلاً عن قرينة المتصلة إليها التي هي ظن يؤخذ بها؛ إذ ليست وهما ولا شكاً ثم إنها قد تقترب كثيرًا من اليقين عندما نتفكر في عاقبتها.

(86) يقول محمد صنقر تحت عبارة "احترازية القيود": "السمار من الفيود عادة هو كل ما ملزم التشبيك في دائرة الموضوع الحكم أو متعلقه، وهذا فهي تشمل النتائج والحال والتمييز والإضافة والشرط والغاية وهكذا. عبد المجيد الزروقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، مجمع الأطرش، تونس 2017، ص 236، هامش عدد 933.

العدد الخامس والترسون - السنة 37 - ذو الحجة 1444 هـ - يوليو 2023
المبحث الثاني

عاقبة الصبغة الأساسية للحرية التعاقدية:

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

إنّ البرهنة على ارتفاع الحرّية التعاقدية إلى مرتبة فوق تشريعية والإصرار على استحقاقها وصف الحقوق الأساسية ليس غاية في ذاته، بل إنّه تعلّق بوراء الدّسترة...بعاقبتها؛ أي آثارها. فدسترة الحرّية التعاقدية تقتضي أنها تصبح حقًا يحظى بحماية دستورية، بل تقتضي أنها ذاك الحق الذي لايسوع أن يقصد إليه الأيادي أياً 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 تباعًا آثار دسترة الحرّية التعاقدية عموديًا (الفقرة الأول)، ثمّ آثار دسترة الحرّية التعاقدية أفقيًا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار الحرّية التعاقدية عموديًا: التزامات المشرع:

المقصود بالآثار العمودية(88)حق، هي تلك الآثار التي مهمّ علاقة الدولة وتفريعاتها بالأفراد، وهي علاقة تستلزم أن الأولي تحتزم الحق وتضمن احترامه، واحترام


الحقوق أو ضمان احترامها المحمول على كل سلطات الدولة بلا شك لكن السلطة التشريعية تبدو معنية بدرجة أولى على هذا المستوى (90)، فالمشرع و بموجب الدّسترة تحمل عليه النزامت إيجابية (أ) وأخرى سلبية (ب).

أ-الالتزامات الإيجابية المحمولة على المشرع:

ما المقصود بالالتزامات الإيجابية لدى الفقه المقارن (91)? لا تكاد المؤلفات المهتمة بالحقوق الأساسية تخلو من الإشارة إلى الالتزامات الإيجابية كما لا يفوت أصحابها الإشارة إلى أن المفهوم من إبداع قضية المحكمة الأوروبية (92) الذي تحت تأثير الفقه الألماني و فقه قضاء المحكمة الدّستورية الفدرالية الألمانية (93) كما يتوارث أن إبتكاره كان بمثابة ردة فعل إثر تصعيدي سلطات بعض دول الاتحاد الأوروبي على مستوى ترجمة الحقوق الأساسية المكرسة صلب المعاهدة الأوروبية على أرض الواقع.

ولد المفهوم سنة 1968 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، اللغة الهولندية)، وقضية المحكمة الأوروبية انتهوا إلى أنه مع الصياغة السلبية للفصل 2 من البروتوكول الأول الذي أقتضى: "لا يمنع أحد من التعلم" فإنه لا يمكن أن نستنتج أن الدولة لا تحمل أي التزام إيجابي بضمان احترام هذا الحق (94). فموجب هذا المفهوم (الالتزامات الإيجابية (95)) لم تعد الدولة مطالبة -فصل- بالامتناع عن التعدي على الحقوق، (90) أي عموديًّا. ثمّ ستبقى أثلياً كيف أن القضاء يكون معيناً.

(91) "De leurs ennemis, les sages apprennent bien des choses.". Aristophane, Les Oiseaux, (414) avant J.-C.
(92) Béatrice Moutel, op.cit.,p. 48.
(94) Béatrice Moutel, op.cit.,p. 49.
(95) Samantha Besson, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux -Un
بل أضحت مطالبة باتخاذ التدابير اللازمة والضرورية لأجل فاعلية الحقوق وتعايشه. 

ومن ناحية أخرى، فإن الالتزامات الإيجابية وحدة تركيبية للحق الأساسي (96) حتى إنه يمكن القول: إن كل حق أساسي ترافقه الالتزامات إيجابية محددة.

وبالنسبة إلى المشرع التونسي فإن تحمله لالتزامات إيجابية يعني أنه مطالب بإيجاد الآليات la promotion des droits القانونية الكفيلة بضمان فاعلية الحقوق وبحraithستها واقعا، بل ودفعها.

لكن تحديداً ماذا يمكن أن تكون هذه الالتزامات؟ في الواقع إن الإجابة أشبه بتخمين "تخمين أولًا؛ لأنّ المفهوم غائب تماماً (97) في الوسط.

لفقه الحريّة التعاقديّ تمّ إنشاء دسترة الحريّة التعاقديّة (بتفريعاتها) غير مطروحة -على الأقل بوضوح- و يبدو من غير الممكن الغثور على فقه قضاء في هذا الصدد (و حال أن صقل المفهوم أو بلوّره يكون عادة (98)- في القانون المقارن - رويّداً و رويداً و على بدّل فقه القضاء). لكن مع هذا يمكن الاقتراب ذهنياً أكثر من المفهوم بتصور مثالين لالتزامات إيجابية، والمتطلبة بها واردية:

أما الأولى فيتعلق بصفن من الأفعال القانونية غير المكرس في القانون التونسي، ومن شأن

---

(96) Béatrice Moutel, op.cit., 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'État de protéger la vie de l'embryon contre l'avortement aux obligations de l'État 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. ».

(97)EditTextBase d'hui est toujours présentée [...] comme une composante naturelle et implicite du droit garanti parce que nécessaire à son effectivité».

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

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
غيابه أن يعدّ تقصيراً من جهة المشرع فلا يوجد مبرر لتضييقها أو حصرها)، ويوضح أكثر تقيضي حرّية التعاقد من ضمن ما تقضيه أنّ للالتزام لمبتدئ شكل الالتزام، وفهو حال، عليه ألا يدخل في هذا الصدد إرادة التزام بنشأ في قالب سند تنفيذي مثلاً(الالتزام يتضمن اعتراضاً مسبقاً بالمسؤولية عن عدم التنفيذ؛ أي التزام قوته ليست ملزمة فحسب بل قوة تنفيذية)؛ أي سند من شأنه أن يفتح أمام ماسك النسخة المحلاة بالصيغة التنفيذية الشروع في طلب التنفيذ الجبري للالتزامات التي يتضمنها(99) إزا لإذين كان قد قبّل وأقرّ مسبقاً إدانته إن هو لم يف اختيارياً بها 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 المحلاة بالصيغة التنفيذية الشرع 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 يف بما التزم به" (100)

(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.».

وأوضح إذن أن القانون الفرنسي يعرف صيغة من صيغ الالتزام تكفي الدائن - في حال عدم الوفاء - عناء مغامرة مضحية أمام المحاكم لأجل الحصول على سند تنفيذي، فلو تجاوزنا نجاعة السند الموافق المحلي بالصيغة التنفيذية (101) كحل لازداد المحاكم ألا يظهر كرجة للحرية التعاقدية مع أن التقنين الذي يحيطه صارم؛ لأنه لا يعد سندًا تنفيذيًا إلا ما تلقاه عدل إشهاد، وأمضاه وكسار بالصيغة التنفيذية، و يمكن أن يتعلق الأمر بكتاب خطي بشرط أن يطلب الطرفان تضمينه بسجلات عدل إشهاد، ويسحب له لإقرار الالتزام والتعرف بإمضاهما، فلن المشترع القانون يمنع اعتبار هذا الصنف في بعض الصور (أي يُعَتَبَر سندًا تنفيذيًا)، فالكراء المحوري بواسطة عدل إشهاد والمضمون شرطًا فاسخًا لا يصالح كسندر تنفيذي لإخراج الميتري جبريًا من المحل (102).

وعلى مستوى القانون التونسي فإن الحرية التعاقدية -حتى لو دوسترات- لا تكفي لاعتماد السند التنفيذي الموافق، فكما جاء أعلاه - فيهم التشريع الفرنسي المقران - لا بد من نصوص تقنن هذه الآلية لتعطى لعدل الإشهاد التُّونسي صلاحية "التحلية بالصيغة التنفيذية" إضافة إلى تحديد الالتزامات التي يُقبل - دون ضرر ولا ضرار - أن تفرغ في هذا الشكل...

أليس إعراض المشرع التُّونسي عن تكريس السند الموافق المحلي بالصيغة التنفيذية حاجزًا أمام الحرية التعاقدية ولا سيما أنه لا وجود مبرر لهذا الإعراض؟ على كل فإن موقفه يظل غريباً فهو من جهة لا يأخذ بالسند الموافق المحلي بالصيغة التنفيذية المحوري بواسطة مأمور عمومي مأمور عدل الإشهاد (103)، ولكن من جهة أخرى يعترف بالسندر المقران (104)

(103) Investi du sceau de l’Etat
(104) انظر في خصوص السند المقران: خليفة الخروبي، القانون الدولي الخاص، طرق التنفيذ، مشروعتان جميع
الذي لا يندر أن يكون مجرد كتب خطي (105) كمسند تنفيذي.

إن ما قبل أن ينص التنقيذ أو العقد التنفيذى الموثق يمكن أن يقال عموماً عن أنواع أخرى من الأعمال القانونية يمكن أن تتزوج فيها القوة المزمعة بالقوة التنفيذية، ومنها تلك التي يكسرها التشريع التنويري لكن دون الاعتراف بها كمسند تنفيذي، ومن ذلك مثل الأعمال الناتجة عن الطرق البديلة للنزاعات كالملفقة. حيث استنادا إلى غياب نص عام (و صريح) يضفي عليها صبغة المسند التنفيذي، وذهب بعضهم (106) إلى أنها لا تكون كذلك إلا في الحالات التي قررها القانون حسباً، وهنا أ difficoltà صيغ قد يكون من الوجهة تكريسها في القانون التونسي كالإجراءات التشغيلية (107) la procédure participative، لا فقط لنجاحها في تقليل دور القاضي في حل النزاعات، بل أيضًا إيلاءًا لوظيفة الحرية التعاقدية كمساعد لفاعلية العدالة (108).

=الأطرش للكتاب المختص، تونس 2008، ص 85. مبروك بن موسى، المسند التنفيذي والمسند المرسم، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، مشاركة للكتاب المختص، تونس 2014، ص 1221.

5) المادة 275 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 2008، ص 53.

6) المادة 97 من م قض. على كحلون، الصلح في المدة المتصلة، م ق ت، جويلية 1998، ص 79 [.] على أن يجوز تنفيذ حكم التصديق جيرا إذا أخذت المحكمة تنفيذه، وإذا كان الصلح مجرد عقد فإن إيجابية من طرف الفاضي وإنذ تنفيذه يعطيه شكل الأحكام، وينبغي أن يسند عليه جيرا إلى إجراءات التنفيذ المتعلقة بالحكم المتعلق بالأحكام الوراثية بفحص المراقبة المدنية، وإذا بأنه على النصوص خاصة تسمح للطفل بتنفيذ الإذن بالتنفيذ، معنى ذلك أنه في غياب النصوص الخاصة لا يسمح بالتمديد وإجراءات التنفيذ إلا بمقدرة قضية أصلية ذاك أن المشاريع التنفيذية وخلالًا لعدة تجارب لم يتخذ حالا عامًا يمكن من اعتبار حكم التصديق أو العقد العلني سندًا تنفيذًا يمكن تنفيذه عند الاقتضاء مباشرة دون اللجوء إلى نشر قضية أوصلية".


8) RemiroBrotons Antonio « La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales=
إضافة إلى ما جاء يمكن أن نذكر مثالاً ثانياً لا يتعلق بالحرية التعاقدية ومن إنشاء الالتزام كسابقه، بل هذه المرة يخص مرحلة التمهيد للتعاقد وتحديد الحق في العدول عن الالتزام.

عندما تتحسن أن الحرية لا تكون إلا مع العدالة حاول المشرع الوصول إلى العدالة من خلال مؤازرة الطرف البسيط في العقد ولاسيما من خلال مبدأ حسن النية، والحق في المعلومة (109) وحق العدول يندرج هو الآخر ضمن هذا الإطار.

وقد عزّف الفقه حق العدول عن أنه: "الصلاحية التي منحها القانون للمستهلك لكي يتحلل من العقد المزمع إبرامه مع المهني، وذلك بالتعبير عن رفضه الإيجاب المعروض عليه قبل انقضاء أجل العدول"(110).

و واضح أنه بموجب حق العدول يكون "الرضم في فترة اجتنان تتحصر بين إمضاء العقد والقضاء أجل العدول"(111) على نحو يضم "التكوين التدريجي للرضم"(112)، والترجع من شأنه أن يدعم حرية الإرادة، لأنها يتضمن ضد "المستويات الاقتصادية أو المعرفة" للمعاقد.

لكن ضيق نطاق الحق في العدول يبقي غير مبرر، فهو يعد "عتبرًا فلورًا بما أن الاستفادة

(109) رابحة الغندري، الأجل في الالتزام، مركز النشر الجامعي، تونس 2016، ص 317.
(110) رابحة الغندري، مرجع سابق، ص 316.
(111) رابحة الغندري، مرجع سابق، ص 315.
منه لا تكون إلا من قبل الفئة التي حددها النصوص المكرسة له دون إمكانية تعميمه على بقية الفئات التعاقدية ولو وصفت بالضعيفة(113)”. وقد نفهم استنادًا إلى مبدأ الاستقرار أن لا يقرر حق العدول بمقتضى نصّ عام، لكن أيضًا عندما تكون نصًا أصابع اليد الواحدة لتعداد النصوص المكرسة لهذا الحق (عدها أربعة(114)), فمن الواضح أن الحرّية التعاقدية تحتج إلى إيجاد قواعد قانونية أصلية تدعمها، بل تحتاج أيضًا إلى قواعد قانونية إجرائية، فالالتزامات الإيجابية المحمولة على المشرع تشمل أيضًا التزامات إجرائية(115)، ولا يمكن فيها يخص هذه الأخيرة أن تشير تشمل أيضًا التزامات إجرائية(116)، وهو إجراء كرسه التشريعي الفرنسي المقرر بموجب قانون 2006.

(113) المرجع نفسه. ص 299.
(114) قانون الإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت/ قانون البيع بالتقسيط/ قانون طرق البيع والتجاري/ قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية.


[العدد الخمس والعشرون - السنة 37 - ذو الحجة 1444 هـ- يوليو 2023]
الحرية التعاقديّة، حقٌّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التُّونسيّ

298

العدد
الخامس
والتسعون
- السنة
37
- ذو الحجة
1444 هـ
- يوليو
2023

الحرّية التعاقديّة، حقٌّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التُّونسيّ

جوان (117) الذي جاء يدعم (118) فاعلية القضاء في حماية الحقوق الأساسيّة، ويلجأ إلى استعجالي الحرّية الأساسيّة عندما تعمد ذات معنوية من ذوات القانون العام أو هيئة من هيئة القانون الخاص – مكملة بالتصرف في مرفق عمومي - إلى الاعتداء على حرّية أساسيّة بمناسبة ممارسة ما لها من سلطات، ويتمّ أن يكون الاعتداء خطيرًا و عدم شرعيته بيّنا ويصدر القاضي حكمه في ظرف 48 ساعة (119)، ويظهر من شروط استعجالي الحرّية الأساسيّة كيفما نظّم القانون المقرر أن التزامات المشرع الإيجابية ليست غير ذات صلة بالالتزامات السلبية المحمولة على يقين السلطات ولا على تلك المحمولة على الشرع نفسه؛ لأنّ تراك 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، والعمل الذي على المشرع الانتهاء عنه هو التعدي على الحقوق الأساسيّة، وفي المقابل فإن المشرع مطالب بحلّ التنافز بين الحقوق الأساسيّة، "فطلولة" ليست في إقرار الحقوق الأساسيّة، ولا حتى في بعث الحياة في قلّها، بل في التوصل لا فقط إلى ضمان فاعلية كل الحقوق الأساسيّة، ولكن 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.

(119) في خصوص الحقوق المحمية بموجب استعجالي الحريات، انظر:
(120) «Tous les droits de tous les Hommes, chaque droit de tout Homme»!
AbdelfattahAmor, «Rapport introductif », in Les droits fondamentaux , Actes des premières

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
لكن حل التنازع فيما بين الحقوق لا يمكن معه إعمال قاعدة الترتيب (تحديدًا لتساوي المراتب)، وعلى هذا فإن الالتزام السلبي للمشرع بالامتناع عن التعدي على الحقوق لا يفهم منه امتناعه عن الحد من هذا الحق أو ذلك.

هذا قبل: إن "الحقوق الأساسية حقوق ذات علوية ولكنها ليست حقوقًا مطلقة"((121)، وبعبارات أخرى لا يعد المشروع مجازًا بالتزامه السلبي لمجرد كونه أدخل استثناءات على الحرية التعاقدية (بمختلف تفريعاتها)، لكنه يكون قد فعل (أخل بالتزامه)، إن هو لم يراع في تقريره الاستثناءات، أي في تطبيقه، ومقتضيات المادة 9 من دستور (122) 2014 التي جاءت بين ضوابط التحديد بمقتضى مبادئ "توجهية" متلازمة، تنطبق -وبالجواب(123) بلا فرق- سواء تعلق التحديد بحقوق أساسية تضمنها الدستور صراحة أو ضمناً، فالمشرع قد تجاوز خطوط التمييز، وأي تحقّق فيها (أي حتى تلك التي تكتشف فيها).

ف "الحقوق و الحرّيات" في عبارة المادة 94 عام، قيدت بمقتضى قرينة متصلة تتمثّل في

(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».
(122) تنص المادة 49 من الدستور على الآتي: "حدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحرّيات المضمنة بهذا الدستور ومارسها بناء لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو لدفاع الوطن، أو للدفاع العام، أو الاداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط ونواضحها، وتكفّل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحرّيات من أي انتهاكات، يجوز لأي تعديل أن يتجاوز من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمنة في هذا الدستور."
(123) رأينا أن الأساليب الخبرية يصلح لطلب الفعل (الوجود).
وصف(124) "المضمونه بهذا الدّستور". لكن عبارة "المضمونه بهذا الدّستور" عامًا؛ لأنّ الدّستور- بمقتضى الترتيبية- و كونه جزء أهرم التشريعي يفترض أن يضمّن كل الحقوق أيا كان مصدرها (بل حتى التّي مصدرها العقد)، ومن باب أخرى تلك التي تشمل عليها توطئته (التي هي جزء لا يتجزأ منه) أو حتى حقوقًا تضمنها معاهدة تستوف فيها شروط المادة 20 من الدّستور. فهذه المادة تستقبل(125) القاعدة الأقتصادـية/ الدولية، وتضمنها إلى هرم التشريع التونسـي مولية إياها مكانة أساسيّة من القوانين وأدنى من الدّستور، لكن العموم تقيده هذه المرة قرينة منفصلة تتمّل في المعقول.

فسلطلة المشرع العادي على حقوق من وضعه، وكذا على حقوق مصدرها تحت القانون لا تحتاج إلى بيان، وفي المقابل فإنّ التشريع العادي أدنى من الدّستور و من المعاهدات النافذة، ولا يطالها إلا بتخويض صريح من الدّستور، وهذا التخويض جاءت به المادة 49؛ لأنّ المقصود ليس كل حق يضمّنه الدّستور، بل الحقوق الأساسية التي يضمّنها الدّستور، أي الحقوق التي مصدرها قاعدة فوق تشريعيّة، وطالما ثبتت الصيغة الأساسية للحرية التعاقدية فإنّ الحدّ منها لا يكون إلا بمراعاة المادة التي جاء بها النص، و التي يمكن إرجاعها إلى ثلاث:

أولاً مبدأ الشرعية، le principe légalité، فالحرية التعاقدية لا يقبل تضييقها إلا بمقتضى قانون(126). لكن أي قانون؟ قانون عادي أم قانون أساسي؟ قد لا تهمّ طبيعة القانون بقدر ما تهمّ صفته الجوهرية، فمجرد الوجود المادي (الشرعية الشكلية أو النصيّة) للقانون المحدد للحقوق لا يعني ضرورة توفر شرط المادة 94، واحترام مبدأ الشرعية المادية.

(124) عبد المجيد الزروقي، درس المنهجية (الاستثناء المتّصل، والشرّط، والصّفة، والغاية).

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
إنَّ عبارة "قانون" الباردة بالنَصّ مطلقة، وتشمل القانون الجيّد، وقانون غير الجيّد، لكن الإطلاق لا يمكن أن يكون مراد واضح النص دون أن يؤول إلى نتائج غير معقولة كونها مجافية لغاية القانون العلوية. ثمّ إنَّ القانون غير الجيّد قانون يصعب الوصول إليه مادياً، وكذلك ذهنيًّا، non accessible، intelligible، والنتيجة أن هكذا "قانونًا" إن - صحت عليه التسمية - هو والعدم سواء، بل يمكن القول: إنّ مثله يتعذر "واقعياً" دخوله حيّر التفاضل(127)، ولو نشر ومضت المدة القانونية على نشره.

ثانياً: مبدأ الضرورة: le principe nécessité، وهو يفيد أنه إذا تدخل القانون للحدّ من الحرّة التعاقدية، ينبغي أن يكون ذلك لضرورة تدقيقً(128)، والحد من الحق يتعين أن يكون ضروريّاً لا "نافعاً" ولا "ملائماً" ولا "مقولاً" ولا "مقبولاً"، فالتدخل يشرع فقط لحاجة، ول لا ينفي أن الضروري يستدعي هدفاً مشروعاً تتحقق من خلاله احتياجات "حياتية" للمجموعة أو للأفراد من قبل "[...]

حماية حقوق الغير، أو مقتضيات الأمن العام، أو للدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة"(129).

وبعبارات أوضح مفهوم الضرورة يقتضي تحقيق احتياجات عامة (الإنزاع للمصلحة العامة يحدّ(130) من حرّية عدم التعاقد وحرّية اختيار الطرفين وحرّية تحديد محتوى العقد)، أو


(127) مبدئيًا نفاد القانون رهن (افتراض) تمكين الجميع من الاطلاع عليه. مع قانون غير واضح (تكثي في الحالات...). لا يمكن عقلاً حتى إن نفترض هذا الاطلاع.

(128) هذه الفكرة وجدت عند:

(129) المادة 49 من الدستور.

(130) بل يضرب عرض الحائط.
الحرية التعاقديّة، حقٌّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التُّونسيّ

خاصة (الشفعة حدّ للحرية التعاقديّة لضرورة تقتضيها حماية حق الشفيع في ممارسة سلطات المالك)، والملاحظ أن قائمة النص عريضة، ومفاهيمه فضفاضة، فحتى مفهوم النظام العام الذي شبهه بعضهم "بالحصان الجامح"(131) «the unruly horse»، ما هو إلا إحدى حلقات القائمة المذكورة.

وهو مبدأ غايته العدالة، وحسب le principe proportionnalité:

أرسطو فإن التناسب ينكب مع العدالة، فإن هو غير متساوٍ ليس عادلاً(132).

لكن حتى لا يظل الطرح نظرية يمكن أن نقترب أكثر من مبدأ التناسب من خلال الاستناد إلى جاء عند الفقه المقارن (133) الذي شرح الفكرة استنادًا إلى مثال يعتمد على الأرقام، فإذا كانت الفوائد أو المنافع التي يحقّقها المساس بالحق تزن 3 من 10، فضرورة الموازنة تأتي أن تصل جسامة الأثر في حقوق (الضحية) إلى وزن 5 من 10؛ ليكون الاعتداء مناسبًا يجب أن لا يتجاوز وزنه 3 من 10.

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

(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 biensfaits 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 ». https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
والنفع الذي تسمح بتحقيقه، ويتحدث الفقه المقارن عن "اختبار التّناسب" proportionnalité(134)، ويبدو أن كل المعضلة تكمن في تقدير التّناسب ولاسيما أنّ المشرع هو أوّل (135) من بوازن بين الاعتداء وموجه، وليفعل ذلك ينبغي أن يحظى بمؤهلات استشراف حقيقية، أي أن يكون -زنم وضع النصّ المفيد للحقوق- قادراً على تقييم آثاره الإيجابية للمصلحة المحمية، وأيضًا السّلبيّة على الحقوق الأساسيّة المعنية ويعتبر أن لا يصل به الأمر إلى نفاذ الحقّ(136) كأو نواته الصّلبة، أي أن يكون -زمن وضع النصّ المقيّد للحقوق- قادرًا على تقييم آثاره الإيجابية للمصلحة المحمية، وتعتبر أن لا يصل به الأمر إلى نفاذ الحقّ(136) كأو نواته الصّلبة، لأنّه في هذه الحالة يصبح عدم التّناسب(138) واضحاً للمشرع وللفضاء.

الفقرة الثانية: آثار الحرّية التعاقدية أثريًا: دور القضاء.

(134) Idem.

(135) قبل القاضي.

(136) «Le noyau intangible»
(137) Certains se contentent de prohiber une atteinte substantielle au droit. D’après une doctrine Aline Schmidt 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 [...].

(138) ينبغي النظر إلى نطاق بين مفهوم التّناسب ومفهوم "جوهر الحقّ" فلا يمكن اعتبار الحدّ من الحقّ مناسبًا 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).

الحرَّية التعاقديّة، حقُّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التُّونسيّ

النظام القانونيغرِّد في النور تزامناً مع تطورات الحياة والمجتمع.

الأثر الأفقيّ المباشر: دور القاضي الداخلي.

حسب الأستاذ بيكار فإن الحقوق الأساسية من حيث فحواها ليست شيئاً جديداً ثمّ إنها "اسم يتبع الموضة لحقوق نتمتع بها منذ زمن بعيد"(140)، وفي المقابل فالثابت أن ما يصنع فرادة هذه الحقوق هو نطاق تطبيقها، ففي حين تمحى عبارة حق أساسي أو حرّية أساسية إلى علاقات ينظمها القانون العام، فإن الحقوق الأساسية تقتسم علاقات القانون المدنيّ، ولاسيما من خلال أثرها الأفقيّ؛ أي ذلك الذي يهم العلاقات بين الأشخاص الخاصين في علاقاتهم المتبادلة (141).

ويقتضي الأثر الأفقيّ المباشر (l'effet horizontal direct) فيها إمكانية تذرّع المتخاصمين (l'invocabilité) في نزاعاتهم أمام القضاء باحتقان الحقوق في الحُرّة التعاقدية، وينبغي أن لا يغيب عن النظر أن هذه الحُرّة حق أساسيّ؛ أي تجد أساسها في الدّستور (اكتُشفت بين طياته)، وتجد أساسها أيضًا في معاهدات دولية تلزم الدولة 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 المتخاصمين (ذوات طبيعية أو ذات معنوية)؟

وعن هذا السؤال تأتي الإجابة واضحة على لسان قاضٍ (143): "صار القاضي أكثر

(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. ».
(143) مالك الغزواني، من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية، المجلة القانونية التونسية، 2002، مركز النشر الجامعي، ص 2.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss95/5
«حساسية» لفهوم الحقوق الأساسية[...]. وأصبح أكثر انتهاكا على المصادر العليا للقانون (دستوراً ونصوصاً دولية) باعتبار أن الحقوق الأساسية تتبع عادة منها، وذالك تأكيداً لأهميتها وتعزيزا لحياتها.

في الواقع ولاسيما مع صدور دستور 2014، يمكن القول: إن ركون القاضي العادي إلى تطبيق الحقوق الأساسية في العلاقات بين الأفراد لم يعد ترغباً ولا اجتهاداً أبداً، فالمادة 49 من الدستور ذيلت بتكليف(144) واضح: "تتكفل هيئات القضاء بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

أما عن الحقوق المكرسة ذات الأساس الأتفاقي فإن المادة 26 من اتفاقية فيانّا سنة 1969 تقتضي أن "كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وهي تفيدها بحسن نية". و استنادا إلى قاعدة "من أمكنه الأكثر أمكنه الآخر" فإن إزراقة بنود المعاهدة للدولة التونسية تعني إلزامتها بالنسبة إلى الأشخاص حالي جنسيتها للدولة التونسية. بل أيضاً ينفي الخلاص إلى أن المحاكم التونسية كونها جهازاً من أجهزة دولة تكون هي الأخرى مطالبة بإلماع بنود المعاهدة(145). ثم إن المعاهدات ولاسيما منها المتعلقة بحقوق أساسية تصبح غير ذات جدوى إن لم يفتح المجال للتداعب بها تضمنه من حقوق أمام المحاكم العادية(146)أما عن صور تعهد القاضي العادي

(144) ينفي أيضا أن لا ننسى إزراقة فقه قضاء المحكمة الدستورية. فقد اقتضت المادة 121 من دستور 2014 أنه: "تصدر المحكمة قرارها في أجل خمسة وأربعين يوماً من تاريخ الطعن بعدم الدستورية [...]. و يكون قراره معطلًا وملزمًا لجميع السلطات، و ينشر بالرائد الرسمي. "


(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 droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2007, p. 35.
بحياة الحرّية التعاقدية (أو الحماية منها) فهي عديدة، من ذلك مثلاً أن قصد يدعى إلى الرقابة على العقود أو غيرها من الأعمال القانونية، فإنه ينتصر للحرّية التعاقدية من خلال التصريح ببطلان العقد القانوني أو إلغاء بنود تنتهك هذه الحرّية أو أنه على العكس ينتصر للحرّية التعاقدية من خلال إقرار صحة التعاقد على بعض أصناف الحقوق الأساسية. (يتحدث عن فايرام اتفاقية تحكيم la contractualisation des droits fondamentaux تعاقديّة بعض الحقوق، لفبراير أتّرضّى إرادة للحق في التقاضي ...). بعد الرقابة على شرعية المساس الإرادي بالحقوق ولاسيما من حيث احترام شرط المصلحة ومبادئ التناسب(147) على أنّ هذا الأمر ليس بالسهولة التي يمكن أن نتصورها ولا وجود لحلّ عام(148).

ومواصلة مع تقفي الأثر المباشر للحرّية التعاقدية، فإن القاضي العادي ليس عليه فقط أن يقبل تذرّع المتّقاّنين بالحرّية التعاقدية كحق أساسي، بل عليه - و إلا عدّ منكرًا للعدالة (149) - أيضاً إثارة انتهاكها من تلكّه نفسه باعتبارها من علاقّ النظام العام، وهذا يعني أيضًا أنّ محكمة التعقيب تراقب مدى احترام أحكام المحاكم الدنيا هذا الحق، و يمكن أن يثار الدفع أمامها لأول مرة. بل أكثر من هذا، من تمظهرات الأثر الأفقيّ المباشر للحرّية التعاقدية 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 nombre d’œuvres par an. Italiène donc sa liberté de création, qui peut être considérée comme un droit fondamental. Seproncer systématiquement contre la validité de ce contrat de "lancement" irait cependant à l’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. ».
كثفت حاليًا tended to the legislative process (آمر 150). يفترض أنه يتفرّج في الحرية التعادلية من حيث انسجامة ومقتضيات المادة 42 من الدستور سواء طلب منه الخصم ذلك وفقًا لتصريح مقتضيات المادة 120 من دستور 2014 أم من تلقوا نفسه؛ لأن واجبه ومركزه يعلي عليه ذلك فال" لا دستورية" دفع مهم النظام العام بامتياز حتى إن منهع من إثارة تلقهاً ولو بموجب قانون لا يقبل لما في ذلك من "إفان" للحق في محاكمة عادلة.

ويظهر إذن أن دور المحاكم العادية محوري في ضمان الحرية التعادلية (و غيرها من الحقوق الأساسية) من خلال ما أسماه بعضهم "دعاع بال" لا دستورية"، وما يسمي بعضهم الآخر بالمسألة التوقيفية الدستورية(151) ولاسيا في غياب إمكانية الطعن الفردي أمام المحكمة الدستورية.

ولام جدال في أن مهمة القاضي الدستوري بالموظف ستكون شاقة - على الأقل - في بدايتها استنادًا إلى فراعّ فقه قضائي ينير سبيله، فك ما يقال: "يجب أن نسأل الكثير عن حقيقة قضاء محكمة دستورية" ولاسيا لكونها "هادي" بقية المحاكم (152) (بل بقية السلطات).

ولايسا أيضًا لكون فقه قضاء المحاكم الدستورية قد يتجاوز نطاق السيادة التي ينتمي إليها، فتكون بالنسبة إلى غياب (المحاكم العادية، بل ينتمي حتى للمحكمة الدستورية) فضاء(153) للتمحيص و الاعتبار ولاسيا إنجاز الخيارات.

(150) القواعد المكملة لا يمكن أن تعد مساسا بالحرية لأن الاتفاق 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.».

(153) ينبغي الانتباه بأن القانون القرار ليس بالضرورة أن يكون وأبعد نظراً من القانون التونسي، بل كثيراً ما له انحرافات ذات نتائج غير قابلة للتدخير ولاسيا عندما يعمال في الحريات ولاسيا الفردية على شكلة تكرير زواج المثليين...
و في هذا الإطار بالذات يترنّز إيراد بعض أمثلة الرقابة على القوانين التي تناهي من خلالها مجلس الدولة الفرنسي إلى التصريح بال" لا دستورية" على أساس انتهاك حرية التعاقد، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي مثلاً إلى أنه "إذا كان هدف ضمان سكن ملائم يستجيب لضرورة تفشي المصالحة الوطنية، فإنّ الاعتداء الذي يمسّ الحرية التعاقدية للمالكين الذين أصبحوا سجناء اتفاقيات سابقة مبرمة، يعدّ مفرطاً بالنظر إلى المنفعة المأمولة"(144)... كما تولى المجلس "إدانة" القانون المتعلق بتوقيف وقت العمل وقانون منع الضمان الاجتماعي سنة 2001؛ لكونها نصوصا تقلب "فلسفة" العقد على نحو غير مبرر.(155)

ولا تفوتنا الإشارة إلى قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 13 مارس 2013(156)، وهو القرار الذي حسم الجدل الأسطوري حول القيمة الدستورية للحرية التعاقدية و أساسها.

وقد تعلّقت تفاصيل القضية بطعن بالـلايدستورية ضد إحدى مواد قانون الضمان الاجتماعي(157) كيفما اقترح تنقيحه وتسك الطعون بالـلايدستورية استنادا إلى كون التنقيح يقتضي من جهة وجوبية اتفاقاً على مستوى الفروع يعين هيئة حيطة (un organisme de prévention) يقتضي من جهة أخرى أن هذا التعيين ينتصي في حق كل مؤسسات الفرع بما فيها تلك المتمتعة بعد ينضوي كل مؤسسات الفرع(158)، ويفتخر من جهة أخرى أن هذا التعيين يضمن في حق كل مؤسسات الفرع بما فيها تلك المتمتعة بعد ينضوي كل هيئات معايير) وشرحوا أن التنصّ المطلوب في بهندًا انتهاكًا للحق الأساسي في الحرية التعاقدية، والتيهي

(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 الحرية التعاقدية وتحديدًا الحق في اختيار التعاقد، والحق في تحديد محتوى العقد".

وتم أيضًا في فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي موقف قد يهم أكثر من غيره؛ لكونه يتعلق بحسم التعارض بين حقي الحرية التعاقدية و التنفيذ.

وهو ذلك الموقف تعلق—آنذاك- بمشروع قانون يقترح تعريفًا للفوعود الأساسي بالتعاقد.

تضمن أن تراجع الموعود خلال المدة الممنوحة للموعود له لا تمنع تكوين العقد، والنتيجة هي أن الموعود له الذي يرفض الخيار، فيجد واعده قد تراجع، فمكنه طلب التنفيذ العيني الجبري؛ أي طلب حكم يقوم مقام البيع النهائي طرح على مستوى الفقه خلاف(111) مياده دستورية النصّ المقرح بالنظر إلى الحرية التعاقدية. لكن يبدو أنه أفضى لفائدة الحق في التنفيذ؛ إذ تبنى المشترع الفرنسي مشروع النص منذ 2016 منصبًا إلى الشق الثاني لعدم الدستورية(112) عن صواب ...أو ربما عن...

(159) حق التنفيذ هو الآخر حق أساسي.

(160) L’article 1124: « la promesse unilatérale 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 consentement pour un contrat futur que l’autre partie pourrait décidée 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-contract, s’est lui-même assujetti à des obligations,notamment celle de réaliser la vente si le bénéficiaire décide de lever l’option. L’objectif d’inconstitutionnalité de l’exécution forcée en nature des promesses de vente au nom de l’aliberté contractuelle ne peut être retenue. La sanction des dommages-intérêts apparaît enréalité méconnaître bien plus la consubstantialité de la promesse unilatérale qui est un contrat que l’exécution forcée en nature.».
خطأ، لكن موقفه سيظل ملزمً إلا إذا رفع الأمر إلى القضاء الإقليمي. ذاك أنه إذا لم يجد الأثر الأفقيّ المباشر، فإنه لم تسبق تجربته في القانون التونسي، فإن ذلك تسبّب تجريبه إلى حد هذا التاريخ، ليس فقط لأن الصيغة الأساسية للحرية التعاقدية لاتزال مطحّمة، ولا لأن سلوك السلطات عندما مثالي ولا لغياب قاضي الأثر غير المباشر، إذ تكون فعلاً جمهورية إقليمية من شأنها أنها توفر على الأفراد – لا سيما أهلية المطلوب – أن تعهد بالنظر في نزاع. فيما يخص الأثر الأفقيّ غير المباشر، فإن القضاء الإقليمي لاحتواء نزاعات بين الأفراد -بعد استنفاذ الطعون الداخلية- عبر الالتزامات الإجازية المترتبة على حقوق تتضمنها معاهدة دولية مماثلة وناضجة في حق الدولة المقام ضدها بالدّعوى، ويوصف هذا الأثر غير المباشر بأن الحكم الذي يصدر لاحتكاط الطرفين (الأفراد)، ولا حتى يتصل النزاع بينهما، بل يوجه إلى الدولة – ولا سيما السلطة المعنية- التي تكون بمثابة الوسيط.

فيها يخص الأثر الأفقيّ غير المباشر، للحرية التعاقدية في القانون التونسي، فإن القضاء الإقليمي لاحتواء نزاعات بين الأفراد -بعد استنفاذ الطعون الداخلية- عبر الالتزامات الإجازية المترتبة على حقوق تتضمنها معاهدة دولية مماثلة وناضجة في حق الدولة المقام ضدها بالدّعوى، ويوصف هذا الأثر غير المباشر بأن الحكم الذي يصدر لاحتكاط الطرفين (الأفراد)، ولا حتى يتصل النزاع بينهما، بل يوجه إلى الدولة – ولا سيما السلطة المعنية- التي تكون بمثابة الوسيط.

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

بداية ينبغي الإشارة إلى أن الأثر الأفقيّ غير المباشر عموماً يقتضي تدخل القضاء الإقليمي لاحتواء نزاعات بين الأفراد -بعد استنفاذ الطعون الداخلية- عبر الالتزامات الإجازية المترتبة على حقوق تتضمنها معاهدة دولية مماثلة وناضجة في حق الدولة المقام ضدها بالدّعوى، ويوصف هذا الأثر غير المباشر بأنه الحكم الذي يصدر لاحتكاط الطرفين (الأفراد)، ولا حتى يتصل النزاع بينهما، بل يوجه إلى الدولة – ولا سيما السلطة المعنية- التي تكون بمثابة الوسيط.

لا يكون تجربة الأثر الأفقيّ غير المباشر للحرية التعاقدية في القانون التونسي، فإن القضاء الإقليمي لاحتواء نزاعات بين الأفراد -بعد استنفاذ الطعون الداخلية- عبر الالتزامات الإجازية المتر تتضمنها معاهدة دولية مماثلة وناضجة في حق الدولة المقام ضدها بالدّعوى، ويوصف هذا الأثر غير المباشر بأنه الحكم الذي يصدر لاحتكاط الطرفين (الأفراد)، ولا حتى يتصل النزاع بينهما، بل يوجه إلى الدولة – ولا سيما السلطة المعنية- التي تكون بمثابة الوسيط.

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

(163) L’épuisement des recours internes.
الإنسان و الشعوب(166). مع قربها الجغرافى إلا أنّ هذه المحكمة ظلت بعيدة ليس فقط عن المتقاضين، بل حتّى عن الفقه التونسيّ، وهو ما يفسر الحاجة إلى تبريء الاختصاص الوارد لهذه المحكمة (ولو بصورة عرضية) في نظر نزاعات تكون الدّولة التّونسيّة طرفًا فيها، و يكون مقتضاها مرتبطًا بالحُرَّية التعاقدية.

أولاً: إنّ الدّولة التّونسيّة أمضت الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والبروتوكولات المكملة له ومنها البروتوكول المتعلّق بإنشاء جهاز قضائي (167) يسرح على ضمان الحقوق الأساسية للإنسان إقليميًا (المحكمة الإفريقية)، وكل النصوص المضافة نشرت وأصبحت سارية المفعول(168).

ثانيًا: إن المحكمة الإفريقية تتمتع مبيّنة تنفرد بها عن سائر مماثلاتها من محام إقليميّة (المحكمة الأوربية والمحكمة الأمريكية)، فاختصاصها"شبه مطلق". فحسب المادة الثالثة من البروتوكول المّحدث لها يمكن للمحكمة البتّ في قضايا ونزاعات حول تفسير وتطبيق الميثاق الإفريقي و أي معاهدة حقوق الإنسان المصادقة عليها من الدول المعنية، وهذای يعني أنّ ولايتها تنصب على حقوق يضمنها نص إفريقي (169) أو نصّ غير إفريقي (170).


(167) توجد أيضًا أجهزة قانية غير قضائية (المجنة الإفريقية لحقوق الإنسان).


(170) Idem.
يُهم الحقوق الأساسية للأفراد، فلو اقتنعنا بأن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب (المادة 5)، وأيضًا الإعلان العالمي سنة 1945 (المادة 3)، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسي سنة 1966 (المادة 9)، ونصوص تمثل مراسلة للحرية التعاقدية ثمة لم استحضرنا مفهوم الالتزامات الإيجابية الذي يفرض نفسه استناداً إلى تأويل غائي للنصوص (171)، والذي تعترف به الدول الممضية للميثاق الإفريقي (سبي) وفقاً لما تضمنته توطئة النص المذكور من أن "الدول الممضية تعترف بالحقوق والالتزامات والحريات المعرضة في صلب الميثاق، وتلتزم باتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية وغيرها لأجل تطبيقها" (171)، فإن اختصاص المحكمة الإفريقية كحامية للحرية التعاقدية يصبح أكثر من مرجح.

وفي المقابل لا يمكن في الوقت الحاضر إلا انطلاق أن تتاح أمام هذه المحكمة فرصة النظر في قضايا من هذا الصنف وبلورة فقه قضاء يسمح لسلطات الدول الأعضاء بتفسير سلوكها في ضوء الحلول المقررة (172)، بل رداً أمكنها أن تصبح رائدة في هذا الصدد فتشع على مثيلتها المحكمة الأوروبية، وترهن عن خصوصية تصور الدول الإفريقية للحرية التعاقدية وحقوق الإنسان عامة كحقوق تحوم بالضرورة حول الكليات الخمس (حفظ العقل، والدين، النفس، (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 »

والنسل، والمال) التي لم يراعها الغرب حال أنها لبّ كونية للحقوق الأساسية، فإذا الحرية التعاقدية عنده وغيرها من "الحقوق" تسبب في كوارث (174) وأزمات لم تزّ بعد نهائاتها.

وكان نقطة البداية سؤالاً: هل الحرية التعاقدية حق أساسي؟ إن هذا السؤال فرض نفسه في زمن أضحى فيه كل شيء حقاً من حقوق الإنسان أو إن شئت قلنا حقاً أساسيًا، أما الإجابة فلم تكن بديهية بالمرة ولا سيما أن الحرية التعاقدية في القانون التونسي، ولكنها أيضًا في عدد من التشريعات في العالم لم تحظّ بتكرير صريح يجعل منها حقًا ذاتيًا؛ لذلك لم يبقى إلاّ خيار تعقّب الصيغة الأساسية للحرية التعاقدية من خلال البحث لها عن مرساة في صلب نصوص الكاتب فوق التشريع من دستور ومعاهدات، وقد أمكن بعد قراءة دقيقة لهذه النصوص الوصول إلى بذرة الحرية التعاقدية، وأكّدت بذلك صيغتها كحق أساسي.

لكن المرمى من هذه الدراسة لم يكن الكشف عن الصيغة الأساسية للحرية التعاقدية بل الكشف عن النظام القانوني الذي يفترض أن تخضع له هذه أو تحظى به.

وقد اتّضحت عاقبة الحرية التعاقدية بعد تعقّب صيغتها الأساسية: إنها حقّ ولو لم تكرّس صراحة، فالأسرة التشريعة ولا القضائية ولا التنفيذية تملك إمكانها أو انطلاقا منها فضلاً عن إهدارها.

قد يبدو أن القانون التونسي وغيره من القوانين المقارنة تسير بخطا م등ّعة نحو الاعتراف بالحرية التعاقدية كحق أساسيّ مما يؤول إلى تخوّفها إلى مقتضيات المادة 49 من دستور 2014، ومن ثمّ تحصينها ضد كل الاعتداءات، لكن المحصلة في أن هذه الحصانة قد تحول الحرية التعاقدية إلى تهديد للقيم واستقرار وأمن المجتمعات. 

يبدو واضحاً أن القانون يثنى قوته أمام الحق الأساسي ولا سيما كلاماً تعلق الأمر

(174) La dépénalisation de la sodomie, le pacte de solidarité…
بتطويق الحق ضماناً لتعايشه مع بقية الحقوق، وفي المقابل يبدو أن كلاً من القاعدة الدينية والقاعدة الأخلاقية أقدر على ضبط وفرض نطاق معقول لهذا الصنف من الحقوق.
وفي النهاية لا يخفى أنه ينبغي الحذر من حرّية "إذا حلّت قيودها أمست هي نفسها قيداً لحرّية أعظم منها" (175). وعلى كلّ ينبغي على الجميع نصر الحرّية ظالمة (بأن لا يدعها تظلم قبل نصرها مظلومة.

(175) جبران خليل جبران، النبي
خاتمة البحث

أولاً: نتائج البحث:

- إثارة سؤال حول الطبيعة القانونية للحرية التعاقدية.
- التنبّه إلى الغياب الواضح، على مستوى التشريع التونسي وغيره، للحقّ في الحرّية التعاقدية.
- الاستدلال على الحاجة إلى تكييف الحرّية التعاقدية كحقّ ثم كحقّ أساسيّ.
- تأكيد العلاقة بين الحرّية التعاقدية وحقوق أخرى ودور الأول في جعل الثانية فاعلة.
- المراهنة على دور القاضي في الرقابة على احترام الحرّية التعاقدية.

ثانياً: توصيات الباحث:

- الحاجة إلى التّكريس الصرّح للحرّية التعاقدية صلب النصوص.
- الحاجة إلى مراعاةبدأ النّصاب في الاعتراف بالحرّية التعاقدية.
- المراقبة على حقل الحرّ في جعل نطاق الحقّ في الحرّية التعاقدية، لا يتجاوز مقاصد التشريع الإسلامي.

- التّوعيل على مقاصد التشريع الإسلامي، كبوصلة لتوجيه الحق في الحرّية التعاقدية.
- التنبّه إلى سلبيات فهم الحقّ في الحرّية التعاقدية كحقّ في "الفوضى" وخاصّة كأساس لمارسات ترفضها كرامة الإنسان على غرار ما يلاحظ في بعض البلدان الغربية فيها يخص زواج المثليين أو إلغاء شرط العدّة تحت مسمى ضمان حرّية التعاقد وتحديدا حرّية الزواج.
- التّفكير في الدّور البنيّ للحقّ في الحرّية التعاقدية في مجال فضّ النّزاعات وتقليص الضغط على المحاكم وخاصة دورها في "تجويد" العدلّة وفاعليّة الأحكام القضائية وتنفيذها بغير عنف ولا جبر.

Published by Scholarworks@UAEU, 2023
الحرِّية التعاقديّة، حقٌّ أساسي؟ قراءة في نصوص القانون التونسيّ

المراجع

باللّغة العربيّة

1) خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاص، طرق التنفيذ، منشورات جمع الأطرش
للكتاب المختص، تونس 2008، ص 85.

2) رابحة الغندري، الأجل في الالتزام، مركز النشر الجامعي، تونس 2016.

3) عبد المجيد الزروقي، أصول الفقه مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، دار الكتب العلمية، جمع الأطرش، تونس 2017.


5) علي كحلون، الصلح في المادة المدنية، مركز النشر الجامعي، تونس، جويلية 1998، ص 79.

6) فوزي بلكنا، دور الشكلية في رهن العقار، مجموعة أعمال مهداة للعميد عياض بن عاشور، مركز النشر الجامعي 2008، ص 53.

7) طلطي الشاذلي، التصدي للمماطلة وتعطيل في التحكيم الدولي (دراسة مقارنة مع التحكيم الديني)، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 101 وما بعدها.

8) مالك الغزواوي، من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية، المجلة القانونية التونسية، 2002، مركز النشر الجامعي.

9) مبروك بن موسى، السند التنفيذي والسند المراس، مسائل في فقه القانون المدني، المعاصر، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، منشورات جمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 1231.


8) Pierre-Yve Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008..

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 aliailtizami, markaz alnashr aljamiee, tunis 2016.
3) Abd al-Majid al-Zarrouqi, 'usul alfiqh masar eamalat aistinbat alqanun al'iislamii (manhajiat alfiqah) w falsafatuhu, dar alkutub aleilmiati, mujmae al'atrash, tunis 2017
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 aljamieeii 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 aljamie, tunis, 2004, si101 w ma baedaha.
9) Mabrouk bin Musa,, alsind altanfidhi w alsind almurasmi, masayil fi fiqh alqanun almdny almuesiru, taht 'iishraf muhamad kamal sharaf aldiyn, manshurat mujamae al'atrash lilkitab almkhhtss, tunis 2014, s 1221.