



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأنبار

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

الحماية الدستورية لحرية التعاقد (دراسة مقارنة)

رسالة ماجستير تقدم بها الطالب

محمد محمود سليمان عبود الحياني

إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة الأنبار
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الاستاذ الدكتور

ماهر فيصل صالح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً
قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ
وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا
تَعْلَمُونَ "

صدق الله العظيم

سورة البقرة " الآية ٣٠ "

إقرار المشرف

أشهد بأن هذه الرسالة الموسومة بـ(الحماية الدستورية لحرية التعاقد ((دراسة مقارنة))
جرى تحت إشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية - قسم القانون/ جامعة الأنبار وهي جزء من
متطلبات نيل شهادة الماجستير في (القانون العام).

التوقيع :

الاسم : أ. د ماهر فيصل صالح

التاريخ : / / ٢٠٢٠

إقرار الخبير اللغوي

أشهد بأن هذه الرسالة الموسومة ب (الحماية الدستورية لحرية التعاقد (دراسة مقارنة) تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وتصحيح ما ورد من أخطاء لغوية وتعبيرية؛ وبذلك أصبحت الرسالة مؤهلة للمناقشة قدر تعلق الأمر بالأسلوب وصحة التعبير .

التوقيع :

الاسم :

التاريخ : / / ٢٠٢٠

إقرار الخبير العلمي

أشهد بأن هذه الرسالة الموسومة ب (الحماية الدستورية لحرية التعاقد (دراسة مقارنة)) المقدمة من الطالب (محمد محمود سليمان عبود الحياني) في كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون/ جامعة الأنبار ، تمت مراجعتها وأصبحت مؤهلة للمناقشة قدر الأمر بالسلامة العلمية

التوقيع:

الاسم :

التاريخ : / / ٢٠٢٠

إقرار رئيس القسم

استناداً إلى التوصيات المقدمة من المشرف والمقوم اللغوي والمقوم العلمي ومقرر الدراسات العليا
أرشح الرسالة للمناقشة .

التوقيع:

الاسم :

التاريخ: / / ٢٠٢٠

إقرار مقرر الدراسات العليا

استنادا الى التوصيات المقدمة من المشرف والمقوم اللغوي أرشح هذه الرسالة للمناقشة

التوقيع:

الاسم :

التاريخ: / / ٢٠٢٠

الأمهات

إلى من يفخر بدراستي أينما حل وأرتحل، إلى من يستنهض الهمم فيه للوصول الى مبتغاي في العلم، إلى من رفعت راسي عالياً أفخر به ...
أبي العزيز أدامه الله ذخرا لي.

إلى التي راني قلبها قبل عينها، إلى شجرتي التي لا تذبل، إلى الظل الذي أوي إليه في كل حين، أُمي الحبيبية حفظها الله.

إلى سندي ... إخوتي (نور، انور، ضحى، ثوبان، تماضر) حفظكم الله
إلى الفرحين بدراستي ومنبع الوفاء ... اصدقائي، وفقكم الله لما يحب ويرضى.

إلى من وقفت معي في غربتي خالتي (ام امير) رعاك الله بعينه التي لا تنام.

إلى موطن الرسل والأنبياء والحضارة ... وطني الحبيب العراق

اهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وعرهان

الحمد لله رب العالمين الذي أعانني على إنجاز هذه الرسالة، حمداً
يوافي نعمة، واصلي على جميل الوجه وبدر التمام شفيع الناس يوم
الزحام، نبينا محمد (صلى الله عليه وسلم)، وعلى آله الطيبين
الطاهرين، واصحابه الغر الميامين... وبعد:

يطيب لي أن أتقدم بخالص شكري وامتناني لأستاذي الدكتور (ماهر
فيصل صالح) لقبوله ان اكون تحت اشرافه والذي اعانني كثيرا على
اتمام هذه الرسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

وأتقدم بالشكر الجزيل والعرهان لكل أساتذتي في كلية القانون
والعلوم السياسية، وخص منهم بالذكر، الدكتور رعد فجر فتيح الراوي،
والدكتور سعد ربيع العاني، والدكتور محمد خالد برع، والدكتور عباس
مفرج الفحل، والدكتور معتز علي صبار، والدكتور أركان، والدكتور عارف
صالح، وأتقدم بالشكر والامتنان إلى كل من الدكتور انس غانم، والدكتور
احمد عودة، والدكتور علاء حسين على مساعدتهم لي بتقديم الإرشادات
والتوجيهات في سبيل إنجاز هذه الرسالة.

ومن واجب الوفاء أن اتقدم بالشكر لزملائي في الدراسة الأولية
وفي الدراسات العليا ممن كان لهم دور في تشجيعي اثناء كتابة
الرسالة، كما اتقدم بالشكر والامتنان لكل شخص من اقاربي قدم لي
ولو كلمه دعم بسيطة.

ولجميع هؤلاء ولمن فاتني ذكرهم اتقدم بالشكر والعرهان وجزاهم الله
عني خير الجزاء.

المستخلص

الحماية الدستورية لأي حرية تستند الى مصادرها من إعلانات حقوق ومقدمات دساتير والنص عليها في ذات الدستور وفي ابواب الحريات، والأخير أكثر فعالية في حماية الحريات، وأن حرية التعاقد حرية لم يرد بها نص يحميها حماية دستورية، إلا أن ذلك لا يعني أنّ هذه الحرية لا قيمة دستورية لها، لأنّ الحماية الدستورية لا تقتصر على الحريات المدونة صراحة في الوثيقة الدستورية انما تشمل ايضاً ما ضمن في نطاق حريات اخرى، سيما أن الاعتماد على المعيار الشكلي في تعريف الدستور يمكن من تعديله وتضمينه حرية لم ترد في ابواب الحريات المدونة فيه، دون الاعتماد على القول: إنها ذات طبيعة دستورية ولا تتطلب تعديلاً دستورياً لحمايتها، فحرية التعاقد حرية تنفرع من الحريات الشخصية وتعتبر احدى نتائج مبدأ سلطان الإرادة فهي حرية كلا طرفي العقد في الإقبال على التعاقد من عدمه وحرية في اختيار المتعاقد معه وفي تحديد شروط وآثار العقد وتعديله، فان اتفقا على ذلك- أي مبدأ الرضائية- جاء دور القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)، لكن نطاق العمل بها اضيق في مجال القانون العام عنه في القانون الخاص بسبب طبيعة عقود القانون العام، كما ان نطاقها في مرحلة ما قبل ابرام العقد أوسع من نطاقها في باقي مراحلها من إبرام وتنفيذ، وان أيّ تقييد يرد عليها هو لتنظيمها لا أن يؤثر على قيمتها الدستورية لأنّ في ذلك اهدار لها، وقد أكدّ القانون المدني على حرية التعاقد وبما أن نصوصه امتداد للنصوص الدستورية، ففي ذلك تأكيد لقيمتها الدستورية، واستندت هذه القيمة على الرغم من عدم وجود نص يقر بها على الاعتراف بها بطريقة ضمنية من قبل المشرع الدستوري الفرنسي، وسائر كل من المشرع الدستوري المصري والعراقي هذا الاتجاه لكنهما لم يعترفا بها بصورة ضمنية، إنما اقتصرتا على تضمين دساتيرهما نصوصاً تتعلق بالحريات الشخصية فقط، ليتمكن بذلك تعديل تلك النصوص وتضمين هذه الحرية كفرع منها، ثم جاء دور القضاء الفرنسي فتردد ثم اعترف بقيمتها الدستورية في عدة احكام، ليستتبعه القضاء المصري واعترف بها كفرع من الحريات الشخصية، وبقدر تعلق حرية التعاقد بالإنسان(حرية شخصية) وبقدر ما اعترف القضاء الدستوري المقارن بقيمتها الدستورية فهي من الحريات الاساسية، وحتى تضمن للحرية التعاقد هذه الحماية لا بد ان تحاط بضمانات دستورية من احترام للمشروعية وإقرار بمبدأ الفصل المرن بين السلطات واستقلال للقضاء وصول إلى مبدأ مساواة يجعل الكل يتمتع بهذه الحرية إن لم يكن هذا التمتع

يتناقض مع مقتضيات المصلحة العامة، ثم تحاط بضمانات قضائية تحول ضمانتها الدستورية من مجالها النظري إلى مجالها العملي، فالجهة الوحيدة التي تستطيع الرقابة على أعمال السلطات هي القضاء وذلك عن طريق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين والرقابة على الأعمال الإدارية التي تمس بالحريات الشخصية ومنها حرية التعاقد.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع	
ب	الآية القرآنية	
ج	الإهداء	
د	الشكر والتقدير	
هـ	المستخلص	
و- ح	فهرست المحتويات	
٥-١		المقدمة
٦- ٦٣	ماهية الحماية الدستورية لحرية التعاقد	الفصل الأول
٧	التعريف بالحماية الدستورية	المبحث الأول
٨	مفهوم الحماية الدستورية	المطلب الأول
٨	الحماية الدستورية لغة	الفرع الأول
١٠	الحماية الدستورية اصطلاحاً	الفرع الثاني
١٤	أهمية الحماية الدستورية ومصادرها	المطلب الثاني
١٤	أهمية الحماية الدستورية	الفرع الأول
١٦	مصادر الحماية الدستورية	الفرع الثاني
٢٠	مدى فاعلية الحماية الدستورية للحريات	المطلب الثالث
٢١	دور إعلانات الحقوق في حماية الحريات	الفرع الأول
٢٥	دور الدساتير في حماية الحريات	الفرع الثاني
٢٩	التعريف بحرية التعاقد	المبحث الثاني
٢٩	موقع حرية التعاقد من الحريات العامة ومعناها	المطلب الأول
٣٠	تقسيمات الفقه للحريات	الفرع الأول
٣٣	معنى حرية التعاقد	الفرع الثاني
٤٤	نطاق حرية التعاقد والقيود الواردة عليها	المطلب الثاني

٤٤	نطاق حرية التعاقد	الفرع الاول
٥٤	القيود الواردة على حرية التعاقد	الفرع الثاني
-٦٣ ١٠١	مدى الحماية الدستورية لحرية التعاقد	الفصل الثاني
٦٤	القيمة الدستورية لحرية التعاقد وموقف التشريع الدستوري المقارن منها	المبحث الأول
٦٤	القيمة الدستورية لحرية التعاقد	المطلب الأول
٧٢	موقف التشريع الدستوري المقارن من القيمة الدستورية لحرية التعاقد	المطلب الثاني
٨٥	دور القضاء الدستوري في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد	المبحث الثاني
٨٥	دور القضاء الدستوري الفرنسي في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد	المطلب الاول
٩٤	دور القضاء الدستوري المصري والعراقي في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد	المطلب الثاني
- ١٠٢ ١٥٩	الضمانات الدستورية والقضائية لحرية التعاقد	الفصل الثالث
١٠٣	الضمانات الدستورية لحرية التعاقد	المبحث الأول
١٠٤	مبدأ سيادة القانون (المشروعية)	المطلب الأول
١٠٩	مبدأ الفصل بين السلطات	المطلب الثاني
١١٥	استقلال القضاء	المطلب الثالث
١١٩	مبدأ المساواة أمام القانون	المطلب الرابع
١٢١	الضمانات القضائية لحرية التعاقد	المبحث الثاني
١٢٢	الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التشريعية	المطلب الأول
١٢٤	ميررات القضاء الدستوري في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين	الفرع الاول
١٢٩	آليات القضاء الدستوري لإهدار التشريعات التي تتعارض مع الدستور	الفرع الثاني
١٣٩	الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التنفيذية	المطلب الثاني
١٤٠	الرقابة القضائية على اعمال الضبط الادارية المتعلقة بالحرية الشخصية	الفرع الاول
١٤٧	النظام القضائي المتبع لرقابة على اعمال الإدارة	الفرع الثاني
١٥٩		الخاتمة
-١٦٠ ١٧٥		المصادر والمراجع
		Abstract

المقدمة

المقدمة

إنّ الإنسان في عصرنا الحالي قد أصبح يُقلب كفية على ما في حوزته من حقوق إنسانيه، فإذا ما صافحتها وجدتها خاويةً فليس له إلا من ما ألقته الدولة إياه، راضياً بها معللاً ذلك بأنّ الدولة قد حمت حقوقه حمايةً دستورية، فوضعوا الدستور قد تفكروا كيف تنتهك حقوق وحرّيات الإنسان وهي حبيسة ما سطره في الوثيقة الدستورية، فكان لسان حالهم أنّ تعدد الحقوق والحرّيات فيها هو بحد ذاته تنويجاً لها بالقدسية فهي مبادئ سرمدية لا يعقل المساس بها، لكن هيهات أن يترك الإثبات للنصوص فحسب؛ لأنّ الحقوق والحرّيات تتطلب وعي مستحقها وتمسكهم بأهدابها، فوعاؤها الإنسان تعود إليه بدايتها ونهايتها، لذا فالحقوق والحرّيات لم يُلق لها بالٌ واسعاً في عصر الإنسان البدائي الذي لا يتعامل مع غيره فهو لذاته ومنها واليها، أما أن تعامل مع غيره تشرق الحقوق والحرّيات - أيما إشراق - كل منها على حسب الضرورة التي تتحقق، فأن تعاقد مع غيره تلوح في الأفق ضرورة إثارة حرية الاختيار والحرية الشخصية.

لكن بزوغ أي حرية يتطلب حماية دستورية لها تشكل ضمانات مرصودة دستورياً لها تكفل ممارستها ممارسة حقيقية وتمنع انتهاكها وإبطال أي اعتداء عليها، وفرض احترام الكافة لها، وهذه الحماية تمثل برهاناً على تبنى الدولة للشريعة ووقوفاً على مراقبي الديمقراطية، وإعلاءً لشأن الحرية الإنسانية، فلا قيمة لأي حرية بلا حماية، وارتباط الحماية بوصف الدستورية يجعل من الحرية - محل الحماية - محصنه بأعلى حصن قانوني في الدولة ألا وهو (الدستور).

وحيثما نتناول حرية التعاقد يجب أن نضع في الحسبان أن ما يحكم القواعد التي تسري على العقود في تكوينها وترتيب آثارها مبدأ هام هو (مبدأ سلطان الإرادة)، الذي مقتضاه أنّ الإرادة الفردية هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، لا تكون مقيدة بأنواع العقود التي نظمها القانون أي (العقود المسماة) وفي تحديد ما يترتب من آثار قانونية على العقد وفي تعديل هذه الآثار أو إنهاء العقد بعد إبرامه، ولا يحد من سلطانها في كل ذلك إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة، ولما كان العقد وليد إرادتين حرتين فهو الأنسب لإنشاء العلاقات والمصدر الذي تتولد فيه جميع الحقوق والالتزامات، لذا يسمح للأفراد بتنظيم علاقاتهم بأنفسهم وتبادل الثروات بمقتضى إرادتهم الحرة باعتبار أن العقد يمثل الأسلوب الأفضل في صياغة علاقات أكثر عدلاً بينهم.

أولاً: أهمية الدراسة:

إن التعاقد يُعدّ حرية مهمة تثبت لأنسان باعتباره إنساناً ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا عدّ ذلك اعتداء على شخصيته ذاتها، وكما تلعب الحرية التعاقدية دوراً مهماً ليس فقط في إطار القانون الخاص بل في العقود الإدارية، فمن خلالها تستطيع الإدارة أن تبرم عقوداً في إطار نشاطها المتعلق بتشغيل المرافق العامة بغرض أداء خدمات للجمهور، لكن هذه الحرية ليست كنظيرتها في عقود الافراد، لأنّ الحرية التعاقدية للأفراد هي حرية حقيقية منبعثة من الطبيعة الانسانية، اما الحرية التعاقدية للإدارة ليست في جوهرها سوى اجراءات إدارية تهدف لتحقيق النفع العام، لذا أصبحت هذه الحرية ضرورة عصرية في العصر الحديث، ولكنها تبقى مجرد أمانى لممارسيها مالم تُحاط بحماية دستورية تجعل دراستها أكثر أهمية لأنها تفقد قيمتها بدون الحماية الدستورية المخصصة لها وبالتالي لا يمكن ممارستها ممارسة فعلية، وتكمن أهمية الدراسة أيضاً في عدم وجود دراسات وبحوث أكاديمية عليها في العراق - وأن وجدت في الدول (محل المقارنة) سيما في مصر فأنها اقتصرت على مفاهيم عامة وأسلوب موسع في جزئيات حرية التعاقد ذاتها دون التطرق لحمايتها الدستورية وقيمتها ومداهها بشكل الذي سنبينه في هذه الدراسة، ناهيك عن عدم البحث اصلاً في ضمانتها الدستورية والقضائية فضلاً أن دراسته لم تكن مقارنة بالعراق.

ثانياً: إشكالية الدراسة.

تتمثل إشكالية الدراسة بعدم نص دساتير الدول محل المقارنة على حرية التعاقد كحرية من الحريات المنصوص عليها في تلك الدساتير لا باعتبارها حرية مستقلة ولا باعتبارها حرية منطوية تحت لواء إحدى الحريات الموثقة دستورياً، مما يؤدي إلى إنعدام الحماية الدستورية لها؛ لأن الدساتير تصبح مجرد سطور لا يهتم لها الشعب مالم تتضمن مسائل الحرية أياً كان نوعها حتى تكتسب حمايتها من النص عليها في الدستور، لذا سنحاول البحث في إمكانية وضع هذه الحرية ضمن عداد الحريات المنصوص عليها دستورياً ليضمن بذلك حمايتها دستورياً بوسيلة الضمانات الدستورية والقضائية، الأمر الذي يتطلب الاجابة على التساؤلات الآتية:

١- هل عدم النص على حرية التعاقد في الدساتير (محل المقارنة) يعني عدم الاعتراف بها ومن ثم تنعدم قيمتها الدستورية؟ وهل الحماية الدستورية تأخذ قيمتها الدستورية من قيمة ما رصدت لحمايته أم لها قيمتها المستقلة؟

٢- ما المعيار الأنسب في تعريف الدستور الذي يكمن الأخذ به لغرض التعديل الدستوري وحماية حرية التعاقد حماية دستورية؟ أهو المعيار الموضوعي أم الشكلي؟

٣- ما الموقع الأكثر تناسبا في تصنيف الحريات لإدراج حرية التعاقد فيه أترج كحرية مستقلة أم تحت لواء حريات أخرى؟

٤- هل حرية التعاقد يقتصر مضمونها على حرية الأطراف في التعاقد وحريرتهم في الإحجام عن التعاقد أي حريره إبرام العقد، أم يشمل هذا المفهوم حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد وفي تحديد إثارة وتعديل العقد أو إنهائه؟

٥- ما أثر مبدأ سلطان الإرادة على حرية التعاقد، فإذا كانت الإجابة أن حرية التعاقد تعد من نتائج هذا المبدأ، فهل أن تمتع الفرد بحرية التعاقد استناداً الى هذا المبدأ يطبق على إطلاقه وبكل محاورة على التعاقدات الإدارية؟ وما مستوى هذه الحرية في كل مرحلة من مراحل العقد، هل هي بذات المستوى؟

٦- ما مدى أثر القيود الواردة على حرية التعاقد على قيمتها الدستورية؟

٧- هل يكفي الاقتصار على فكرة سلطان الإرادة كأساس لتبرير حرية التعاقد في إطار أحكام القانون الخاص وتمتع الإدارة بسلطات استثنائية في تعاقداتها الإدارية، للقول بأنها محمية دستورياً، أم لابد من تدخل المشرع سواء العادي أم الدستوري لإقرار قيمتها الدستورية في كلا علاقات القانون الخاص والعام.

٨- هل تعد نصوص القانون المدني امتداداً لنصوص الدستور وتطبيقاً لها وبالتالي تكون لحرية التعاقد قيمة دستورية أم هي تشريع منفصل؟ وهل أن القيمة الدستورية لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص هي ذاتها في مجال القانون العام أم تختلف عنها؟

٩- ما مكانه حرية التعاقد بين الحريات؟ هل تدرج ضمن الحريات العامة أم ضمن الحريات الأساسية؟ وما أثر ذلك على توجه المشرع والقضاء الدستوري حيال هذه الحرية؟

١٠- ما آلية التي أتبعها كل من المشرع الدستوري الفرنسي والمصري والعراقي في إرساء حرية التعاقد، وتأكيد قيمتها الدستورية؟

١١- هل اعترف القضاء الدستوري المقارن بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد وما الأسلوب الذي اتبع في ذلك الاعتراف؟

١٢- هل تتوفر ضمانات دستورية لحرية التعاقد؟ وهل توفر هذه الضمانات يغني عن وجود ضمانات قضائية، ام أن أحدهما تكمل الأخرى؟

١٣- ما مبررات وآليات القضاء الدستوري لحماية حرية التعاقد في مواجهة السلطة التشريعية؟ وكيف يمكن للقضاء الإداري حماية حرية التعاقد في مواجهة السلطة التنفيذية؟ وما النظام القضائي الأكثر ضماناً لهذه الحرية في الرقابة على أعمال الإدارة؟

ثالثاً: منهجية الدراسة.

أقتضى موضوع الدراسة اتباع المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، وذلك بوصف الحماية الدستورية، ووصف الحرية والعقد ومبدأ سلطان الإرادة للتوصل الى وصف دقيق للحرية التعاقد، كما سنعتمد على المنهج التحليلي للنصوص القانونية، الدستورية والتشريعية المتعلقة بحرية التعاقد وتحليل احكام وقرارات المحاكم ذات الصلة بها، لبيان دورها في ارساء حرية التعاقد، وكذلك وصف الضمانات الدستورية والقضائية للحرية التعاقد وتحليل ما يتعلق بها من نصوص قانونية، ولن نتناول في دراستنا الدفاع عن وجهة نظر فردية او اشتراكية الا ما يوصل دور كل منهما في البحث، واخيراً سنتبع في دراستنا المنهج المقارن بين دول ثلاثة، هي كل من فرنسا ومصر والعراق.

رابعاً: هيكلية الدراسة.

لأجل الإحاطة الكافية بموضوع الدراسة، سنبحثه في ثلاثة فصول وخاتمة، وعلى وفق الهيكلية الآتية:

الفصل الأول: سنخصصه لماهية الحماية الدستورية لحرية التعاقد، وسنقسمه على مبحثين، نوضح في المبحث الأول التعريف بالحماية الدستورية، وذلك ببيان مفهومها وأهميتها، ومصادرها، ومدى فاعلية الحماية الدستورية للحريات، بينما سنتناول في المبحث الثاني التعريف بالحرية التعاقدية، وذلك، ثم نبين موقع حرية التعاقد من الحريات ومعناها، ثم نوضح نطاق هذه الحرية والقيود الواردة عليها.

الفصل الثاني: سنخصصه لمدى الحماية الدستورية للحرية التعاقد، وذلك بتقسيمه على مبحثين، نتطرق في المبحث الأول للقيمة الدستورية لحرية التعاقد وموقف التشريع الدستوري المقارن منها، بينما سنتطرق في المبحث الثاني لدور القضاء الدستوري في ترسيخ مبدأ حرية

التعاقد، الذي يتجسد بدور القضاء الدستوري الفرنسي في ترسيخ هذه الحرية، ثم دور كل من القضاء الدستوري المصري والعراقي في ترسيخها.

الفصل الثالث: سنخصصه للضمانات الدستورية والقضائية لحرية التعاقد، وذلك عن طريق تقسيمة على مبحثين، نخصص المبحث الأول للضمانات الدستورية لحرية التعاقد، التي تتمثل بمبدأ سيادة القانون، ومبدأ الفصل بين السلطات، واستقلال القضاء، ومبدأ المساواة أمام القانون، بينما سنخصص المبحث الثاني للضمانات القضائية لحرية التعاقد، والتي تتمثل بالحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التشريعية، وتجاه السلطة التنفيذية.

الخاتمة: سنخصصها لعرض الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل إليها بعد انتهاء بحثنا في موضوع الدراسة.

الفصل الأول

ماهية الحماية الدستورية لحرية التعاقد

الفصل الأول

ماهية الحماية الدستورية لحرية التعاقد

إن الحرية لا يدرك قيمتها إلا من فقدها، ولا يتمناها إلا من حرم منها فلها أهمية ومنزلة سامية لدى البشر حيث اجتمعت البشرية في فتراتها المختلفة على الإيمان بها، فلا يتحقق للإنسان حياة كريمة بدونها، التي أرتبط وجودها بوجود الدستور، على اعتبار أن هذا الأخير لا يضمن فقط المبادئ المجسدة والراعية للسلطة السياسية، وإنما مع ذلك يضمن تمتع الأفراد بالحرية^(١).

فالحرية المنصوص عليها في الدستور تأخذ قدسية الدستور في قمة التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة، فنظراً لهذه الأهمية المُعطاة للحرية فإن هناك من الفقهاء من قد أقر انه لا وجود للدساتير إلا في الأنظمة الديمقراطية التي تكون حماية الحريات فيها من غاياتها الأساسية، وتضع لذلك ما يجب من نصوص قانونية لضمان عدم انتهاكها وحمايتها، كما أن ممارسة الحرية خارج نطاق السلطة يؤدي الى الفوضى لذا يجمع فقهاء القانون المعاصر على أن الدستور يعد وسيلة لتحقيق التوازن بين الحرية والسلطة^(٢).

فعند التطرق للحرية والدستور تتجلى بصورة واضحة الحماية الدستورية للحرية ما، فلا تزاول الحرية إلا في إطار الحماية المخصصة لها، فبدونها لا تكون هناك قيمة للحرية ولا يمكن ممارستها ممارسة فعلية، فتعد الحماية أمراً محتماً وملزماً للوضع الدساتير ودليلاً مهماً لانتهاج الدولة لمنهج الشرعية والعدالة الإنسانية، كما وتعتبر من معطيات الدولة الدستورية وبهذه الحماية أعلاءً للحرية الإنسانية^(٣).

إن الدساتير دائماً ما تتضمن أبواباً مخصصة للتطرق إلى أنواع من الحريات من حريات اقتصادية واجتماعية وشخصية... الخ، إلا أن التكلم على حرية كالحرية التعاقدية

(١) د. محمود سلامة جبر: الحماية الدستورية والقضائية للحقوق الأساسية في العمل، ط١، مطبعة ابناء وهبه

حسان، بدون مكان نشر، ٢٠٠٥م، ص٣.

(٢) بلحمزي فهيمة: الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه عبد الحميد ابن باديس _مستغانم (الجزائر)، ٢٠١٧م، ص٨.

(٣) أسامة أحمد عبد النعيم: مبادئ الحماية الدستورية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنه نشر، ص١٢.

يستوقفنا عنها تساؤل أن لم تكن الدساتير قد إشارت إليها صراحة، فما هيها؟ وما موقعها من الحريات الأخرى؟ أدرج كحرية مستقلة أم تتطوي تحت ظل حريات أخرى؟ وما مدى ارتباطها بمبدأ سلطان الإرادة؟ وما مستوى هذه الحرية في المراحل المختلفة للعقد من تفاوض وإبرام وتنفيذ وما القيود الواردة على هذه الحرية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنحاول في هذا الفصل إيضاح مفاهيم متعلقة بموضوع الدراسة وفك الغموض الذي يكتنفها، أذ سيكون هذا الفصل منطلق رئيسي للحديث عن الفصلين الآخرين، لذلك سأنقسم هذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول التعريف بالحماية الدستورية، بينما نتناول في المبحث الثاني التعريف بالحرية التعاقدية، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

التعريف بالحماية الدستورية

لكي نتعرف على مضمون الحماية الدستورية لابد من أن نتطرق إلى ماهيتها، متناولين تفاصيلها الذاتية، وذلك بالخوض في مفرداتها من حماية ودستور فالحماية يشوبها الغموض والإبهام بدون ما يلحق بها من وصف يوضح المراد منها ويكشف حقيقتها حتى يمكن الوصول الى النطاق الذي تدور فيه، فالحماية الدستورية تعد في مقدمة الضمانات لأي حرية فحيث الكلام عن المكانة السامية للدساتير، التي سيطرت على أفكار الشعوب يصبح مجرد سطور تذكر فيها قواعد وأسس عامة لا يكثر لها الشعب مالم تتضمن هذه الدساتير مسائل الحرية التي تكتسب حمايتها من النص عليها في الدستور وفي الوقت ذاته تحفظ للدساتير تلك المكانة السامية في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية تجاه المخاطبين به^(١).

إن هنالك مصادر مختلفة للتنظيم الدستوري للحريات تتنوع باختلاف دساتير العالم من أسلوب النص عليها في إعلانات الحقوق الى ديباجة الدستور الى متن الدستور والدور الذي يلعبه المشرع العادي تجاه النص على الحرية في إحدى الصور أعلاه، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول مفهوم الحماية الدستورية وفي المطلب الثاني نتناول أهمية الحماية الدستورية وصورها، اما المطلب الثالث فسوف نخصصه لبيان مدى فاعلية الحماية الدستورية للحريات وعلى النحو الآتي:

(١) اسامة احمد عبد النعيم: مبادئ الحماية الدستورية في الدولة الحديثة، المصدر السابق، ص ١٣.

المطلب الأول

مفهوم الحماية الدستورية

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الحماية الدستورية، وذلك في فرعين، يخصص الفرع الأول لتعريف بالحماية الدستورية متطرقاً الى تعريف كل من الدستور والحماية لغةً، ويخصص الفرع الثاني للتطرق الى مفهومي الدستور والحماية اصطلاحاً للوصول الى تعريف دقيق للحماية الدستورية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الحماية الدستورية لغةً

لبيان المعنى اللغوي للحماية الدستورية، يقتضي التعرف على معنى كل من كلمة (الحماية، والدستور) على انفراد، وذلك تباعاً.

اولاً. الحماية:

أخذت كلمة الحماية من الفعل الثلاثي المجرد (حَمَى)، فكأن يقال حَمَى فلاناً الشيء يحميه حَمياً وحَمَى وحماية أي مَنَعه ودفع عنه، وهذا شيء (حَمَى) اي محضور لا يُقرب، ومنه أيضاً حَمَى الحما حَمياً وحماية وحموه، وحَمَى عنه مُحاماة وحماه مَنَع عنه، وفي الحديث النبوي الشريف (لا حَمَى إلا لله ورسوله)^(١)، ويختلف المعنى اللغوي للحماية عن معنى الحفظ، فالأولى تطلق لما لا يمكن حفظه وأحراره والثانية تطلق على ما يحفظ ويحصر^(٢).

أما في القواميس الأجنبية فيحاذي معنى الحماية في اللغة الإنكليزية مصطلح (protection) أما في اللغة الفرنسية فيقابلها مصطلح (protection)^(٣).

ومنهم من عرف الحماية في معناها العام بأنها (النهوض لحماية شخص حيث تعوزه الحماية ضد شخص آخر لمنع الاعتداء عليه، أو وقفة في حالة حدوثه، وتعويضه عن الأضرار التي تعرض لها نتيجة هذا الاعتداء)^(١).

(١) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٩٣. منشور

على الموقع الالكتروني: <https://www.almaany.com/>، تاريخ الزيارة: ١٩/١٠/٢٠١٩م.

(٢) بطرس البستاني: قطر المحيط، ط ٢، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥م، ص ١٢٨.

(٣) فرانسوا بوشية سو لفينة: القاموس العلمي للقانون الانساني، ترجمة محمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان،

٢٠٠٦م، ص ٧٠٨.

ثانياً. الدستور:

كلمة الدستور لغةً كلمة دخيلة على اللغة العربية حيث لم ترد في المعاجم العربية، وإنما هي في أصلها كلمة فارسية دخلت اللغة العربية عن طريق اللغة التركية، وفي اللغة العربية تعني كلمة دستور الأساس أو القاعدة، كما تأتي بمعنى الأذن والترخيص، وكلمة الدستور تماثل اصطلاحاً (القانون الأساسي)^(٢)، الذي استعمله الدستور العراقي الأول الصادر ١٩٢٥، إما في اللغة الفرنسية فتعني كلمة الدستور (constitution) التأسيس أو التكوين^(٣)، وعرفته مصر مثلاً على وجه التحديد عام ١٩٢٣م، بعدما صدر دستورها في العام نفسه، ولكن قبل ذلك فقد عرف الدستور باسم القانون الأساسي أو القانون النظامي أو نظام السلطات العامة^(٤)، فمن الناحية اللغوية يمكن تعريف الدستور على أنه (مجموعة القواعد التي تحدد الأسس العامة لطريقة تكوين الجماعة وتنظيمها)^(٥)، من خلال ما تقدم؛ يتبين أن الحماية الدستورية لغةً هي الدفاع الذي يؤمنه القانون للنصوص الواردة فيه.

(١) د. محمود سلامة جبر: مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) لأبد من الإشارة هنا، الى السرد التاريخي الوجيز لهذه الكلمة، ان استعمال كلمة القانون الاساسي او " القوانين الاساسية " كانت في فرنسا قبل عام ١٧٨٩، وتعني بذلك القواعد المتعلقة بممارسة السلطة السياسية، ثم جاءت الثورة الفرنسية فاستعملت كلمه (دستور) وكان يراد بها الفعل المؤسس للدولة، فان كلمة الدستور لها صدى تقديمي اكثر من كلمة القانون الاساسي، لان كلمة الدستور في الفرنسية كانت مشبعة بروح التجدد، اما القانون الاساسي فكان يعطي المفهوم الرجعي عند الفرنسيين، ولذلك هنالك فرق بين الكلمتين في الفرنسية، اما في اللغة العربية ان كلمة الدستور لا تثير نفس الجدل او المفهوم الفرنسي بين الكلمتين، لكن كلمة الدستور فيها القداسة والاحترام اكثر في الاستعمال، ينظر د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتاب، ج٢، ط٢، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٦١.

(٣) د. هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م، ص ٢٨٦.

(٤) د. ابراهيم ابو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ج١، ط٢، دار الكتب الجديدة المتحدة، بدون مكان نشر، ٢٠١٠م، ص ٢١.

(٥) د. احسان حميد ود. كطران زغير نعمه ود. رعد الجدة: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩١م، ص ١٦١.

الفرع الثاني

الحماية الدستورية اصطلاحاً

إن الفقه تناول الحماية على ضوء ما يلحق بها من وصف، كأن يقال الحماية الدبلوماسية، أو الحماية المدنية، أو الحماية الإدارية، أو الحماية الجنائية، أو غيرها، ولم يتطرق لها بصورة مجردة ومنفرده، كما لم يرد تعريف اصطلاحى للحماية الدستورية بخلاف مصطلح الدستور الذي أسهب الفقه في بيان المقصود به اعتماداً على معيارين متباينين هما (المعيار الشكلي، المعيار الموضوعي)، لذا سنوضح تعريف الدستور استناداً لهذين المعيارين للتوصل للتعريف اصطلاحى للحماية الدستورية وذلك تباعاً.

أولاً. المعيار الشكلي:

يستند هذا المعيار في تعريف الدستور على الجانب الشكلي الذي يخص الدستور، فوجود "الوثيقة الدستورية" هو الأساس الذي يركن إليه بعض فقهاء القانون الدستوري فيقصد بالوثيقة الدستورية (هي تلك الوثيقة القانونية التي تصدر من هيئة خاصة غير الهيئة التي تضع القوانين العادية وطبقاً لإجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية وتتضمن القواعد والأصول المتعلقة بنظام الحكم في دولة معينة وفي وقت معين)^(١)، أذن وفقاً لهذا المعيار، الدستور يعني: (مجموعة القواعد والأحكام، والنظم المكتوبة التي تحتويها الوثيقة الدستورية)^(٢)، والملاحظ على هذا التعريف أنه لا يلتفت الى طبيعة هذه القواعد، أو نظم أخرى ذات طابع دستوري قد توجد في أعراف أو تشريعات أو مبادئ عامة، وهذا يقود الى حقيقه فحواها أنه بالاستناد الى هذا المعيار أن كل ما لا يدون في الوثيقة الدستورية المعلنة لا يعد قواعد دستورية، فالدستور يعبر عن إرادة القابضين على السلطة والقواعد الدستورية لا تعد قواعد قانونية لأن الحكام يستطيعون مخالفتها دون وجود جزاء يفرض عليهم من قبل سلطة أعلى^(٣).

(١) ليس المقصود بان الدستور هو الوثيقة القانونية، ضرورة أن يصدر الدستور في وثيقة واحدة فمن الممكن ان يصدر الدستور في اكثر من وثيقه، مثال ذلك دستور جمهورية الفرنسية الثالثة الذي تكون من ثلاث وثائق دستورية، صدرت الاولى في ٢٤ شباط والثانية في ٢٥ شباط والثالثة في ١٦ تموز سنة ١٨٧٥م، ينظر د. حسن البحري: القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ٢٠١٨م، ص ٥٦.

(٢) د. ابراهيم ابو خزام : المصدر السابق، ص ٢٨.

(٣) د. حميد حنون خالد: مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط ٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م، ص ٨٩.

ثانياً. المعيار الموضوعي:

إذا كان المعيار الشكلي يعتمد أساساً على ضوابط شكلية تتصل بالجهة التي قامت به والاجراءات التي أتبعت في اصداره وتعديله، فأن المعيار الموضوعي على العكس تماماً يهتم بجوهر العمل القانوني وموضوعه لا الشكل والإجراءات المتبعة في إصداره، لذلك فانه وفقاً للمعيار الموضوعي يكون القانون الدستوري جامعاً لكل القواعد والمسائل ذات الطبيعة الدستورية سواء كانت هذه القواعد قد جاءت في قوانين عادية أم مدونه في الوثيقة الدستورية^(١).

وبالتالي فان المعيار الشكلي مع بعض المزايا التي يتسم بها، إلا أنه يبقى عاجزاً بمفرده عن وصف الدستور أو تقديم تعريف دقيق له، كما أن المعيار الموضوعي قد يكون قاصراً عن تحديد ماهية القاعدة الدستورية، فكل منهما يعجز من خلال تطور التجربة الدستورية عن تلافي العيوب والانتقادات^(٢)، وعند التوفيق بين المعيارين يتضح لنا أن الدستور هو مجموعة القواعد الصادرة من المشرع الدستوري التي تنظم عمل السلطات العامة، وتتناول الحريات، والحقوق الأساسية للمواطنين، وآليات حمايتها، فمعالجة الدستور للقواعد لا تخرج عن إطارين سواء اعتمد على المعيار الموضوعي أو الشكلي، هما^(٣):-

أولاً: القواعد التي تنظم عمل سلطات الدولة (التشريعية، التنفيذية، القضائية) من حيث صلاحياتها، وطرق ممارستها لهذه الصلاحيات، والعلاقة التي تحكم آلية عمل السلطات (فصل أو وحدة السلطة).

ثانياً: الحريات والحقوق الأساسية للمواطنين، وكيفية حماية هذه الحقوق والحريات، والوسائل القانونية والدستورية التي تضمن هذه الحماية، وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف

(١) د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠م، ص ٧٢.

(٢) ان السبب في ظهور الخلاف بين المعنيين هو أن الدساتير في الماضي اقتصر على تدوين القواعد والمبادئ والنظم الخاصة بالحكم في الدولة ولكن مع تطور الايام اصبحت الدساتير تشمل، الى جانب ذلك موضوعات لا تتعلق بالحكم أي - لا تعد دستورية بالمعنى المادي - لسبب او لأخر تستدعيه الظروف الخاصة بكل دولة عند وضع دستورها، وقد ادى هذا التطور بشأن الوثيقة الدستورية من حيث مضمونها الى عدم توافق المعنى المادي والشكلي للدستور بصورة مطردة، فاذا كان الاصل هو تطابق المعنيين فان الحقيقة الواضحة في دساتير العالم هي ان الدساتير بالمعنى الشكلي كثيرا ما تتضمن مسائل غير دستورية من الناحية الموضوعية، وعلى العكس فكثيرا ما تكون هنالك مسائل دستورية من الناحية الموضوعية في غير الوثيقة الدستورية، ينظر د. عبد الفتاح ساير: مبادئ القانون الدستوري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، دون سنة نشر، ص ٧٠.

(٣) د. ابراهيم ابو خزام: مصدر سابق، ص ٢٩.

الحماية الدستورية اصطلاحاً بأنها المنع والدفع الذي يقدمه الدستور للمجموعة القواعد القانونية الموجودة في صلب الوثيقة الدستورية والمتعلقة بتنظيم شؤون الحكم وعمل السلطات العامة وصلاحياتها أو المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، ضد أي انتهاك قد تتعرض له أو تعرضت له فعلاً.

فيمكن أن يثار هنا تساؤل .. ماذا عن الحريات المدونة في صلب القوانين الأساسية ذات الطبيعة الدستورية؟ اليس من باب اولى أن يتم شملها بالحماية الدستورية؟

إنَّ الإجابة عن ذلك تكون بالإيجاب، وذلك إذا ما أخذنا بالمعيار الموضوعي في تعريف القاعدة الدستورية، لكننا نرى الأخذ بالمعيار الشكلي في تعريفها؛ لان الانتقادات التي وجهت لهذه المعيار وأهمها والذي يهمننا منها في موضوع دراستنا كون حرية التعاقد حرية غير منصوص عليها في الدستور، هي أن المعيار الشكلي لا يعطي صورة حقيقية للقانون الدستوري حتى في بلاد الدساتير المدونة، وذلك لوجود بجانب الوثيقة الدستورية قواعد اخرى ذات طبيعة دستورية، فيمكن الرد على فائدة مع افتراض حدوثه يمكن معالجه الأمر عن طريق التعديل الدستوري، وأضافه هذه القواعد الى صلب الوثيقة الدستورية، وهذا ما سنسلكه حيال حرية التعاقد لحمايتها دستورياً.

أن الحماية الدستورية هي واحدة من أهم أنواع الحماية القانونية، ذلك لأن النصوص الدستورية لها مرتبة أسمى من نصوص القوانين العادية، ومن الناحية القانونية فإلم يكن هنالك نصاً يوضح معنى الحماية الدستورية سواء بصورة عامة أو تبعاً لحماية مصلحة ما وذلك في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والدساتير المقارنة، وكذلك الحال بالنسبة للقضاء العراقي لم يرد تعريفاً لمصطلح (الحماية الدستورية) بحسب ما أطلعت عليه من أحكام قضائية بهذا الشأن، وربما هذا الأمر مسلك يحمد عليه لأنه يفتح المجال واسعاً أمام الباحثين، سواء بتعريفها بصورة مستقلة أم تبعاً لمصلحة ما، حيث عُرفت الحماية الدستورية بأنها (الإمكانات والضمانات المتاحة للاهتمام والنهوض بها وذلك بمجموعه سبل تكفلها من خلال التحديد الدستوري وما يطرحه من خصائص التي تتكرس بموجب النصوص التشريعية)^(١).

وقد عرف الفقه المصري الحماية الدستورية على أنها (الضمان الدستوري لحق أو حرية ما بالنص عليها في صلب الوثيقة الدستورية أو بإقرار القضاء الدستوري لها، مع كفالة

(١) بجزو عبد الحكيم: الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعه بانته، ٢٠٠٦م، ص٢٨٥.

رد الاعتداء على هذا الحق أو الحرية حال وقوعه^(١)، وعلى ضوء هذا التعريف تكون الحماية مرصدة لكل ما يكون محلاً لاعتداء فصيانة مصالح الأفراد وأموالهم وأنفسهم وحررياتهم تعد محل حماية.

أما الفقه الفرنسي فقد عرفها على أنها (الحماية التي تكمن في النصوص التي لها القدرة على كشف الطابع الأساسي للحقوق، من خلال النص عليها صراحة في النصوص الدستورية، ومن ثم منحها قيمة أسمى من تلك التي يمنحها التشريع العادي، وتعد حقوقاً أساسية تلك التي تحظى بالحماية الدستورية، سواءً بالنص عليها صراحة أم ضمناً، أم بإحالتها إلى قوانين عادية)^(٢).

والواقع أن التعريف الأقرب الى واقع الحماية هو أن الحماية الدستورية هي (الآليات المقررة دستورياً لكفالة ممارسة الحقوق والحرريات واحترام الدستور والتوفيق بين السلطة والحرريات أو العمل على تكاملها ضماناً للقيام الدولة القانونية)^(٣)، ونرى أن سبب اقتراب هذا التعريف الى واقع الحماية انه وفق بين ممارسة الحقوق والحرريات وبين احترام الدستور، فلا يخرج عن اعتبار الدستور اعلى وثيقة في الدولة وفي الوقت ذاته لم يطلق عنان الدستور دون ان يكون حامياً للحقوق وحرريات سواء وردت به ام لم ترد فيعدل فتحمي حماية دستورية استناداً الى ما اسلفنا إليه من الاخذ بالمعيار الشكلي للتعريف الدستور.

وإن ارتباط الدستورية بالحماية، إنما هو تحصين الحماية بأعلى حصن قانوني يمكن اللجوء إليه ألا هو الدستور الذي يعد الوثيقة الأسمى في الدولة فهو معين الأمان ومصدر الحماية، فأبي حرية لا يمكن ممارستها ممارسة حقيقة إلا في إطار الحماية المرصدة لها فلا قيمة لها بدون حماية، لذا يمكننا أن نعرف الحماية الدستورية على أنها: الكفالة الدستورية للحقوق والحرريات الواردة في صلب الوثيقة الدستورية سواء كانت تلك الحقوق والحرريات مدونة في تلك الوثيقة صراحة أم ضمناً في إطار حرريات أخرى.

(١) د. حسام فرحات ابو يوسف: الحماية الدستورية للحق في المساواة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٣.

(2) MARK JANIS: Lanotion de droits fondamentaux Etat U Amerique Aetualite juridique juillet _ Aout 1998p..52.53.

(٣) أسامة أحمد عبد النعيم: مبادئ الحماية الدستورية في الدولة الحديثة، مصدر سابق، ص ١٣.

المطلب الثاني

أهمية الحماية الدستورية ومصادرها

إنَّ الحماية الدستورية للحرية ما تعد في مقدمة ضماناتها؛ وذلك لما تتمتع به النصوص الدستورية من أهمية كبيرة عند الشعوب رفعتها الى أعلى منزلة في التدرج الهرمي لسلم البناء القانوني للدولة لذا يستقر الفقه على أن النص على الحريات في الدستور يضيء عليها قيمة دستورية ويكون خير ضامن لها^١ وتتنوع المصادر التي تسيير عليها الدول في إقرارها للحريات وبتالي إضفاء الحماية الدستورية على هذه الحريات، فمن الدول ما أخذت بالنص عليها في صلب دستورها، ومنها ما تدون الحريات في وثائق دستورية قائمة بذاتها تسمى إعلانات الحقوق، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول أهمية الحماية الدستورية ونتناول مصادرها في الفرع الثاني وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

أهمية الحماية الدستورية

إن الدساتير وبالرغم من المنزلة الرفيعة التي تتصف بها باعتبارها أرقى ما يمكن أن يتوصل له الفكر البشري في تنظيم أمور الحياه وتحقيق أمانى الشعوب، إلا أنه لا يمكن أن تكتمل صورة هذه المكانة ولا يمكن الحديث عن الأمانى التي ترسخت بأذهان الشعوب التي تعد الدساتير محققه للحرية ومنظمه لعلاقة الحاكم بالمحكوم، مالم تشمل الدساتير قضايا الحرية التي تعد الأساس لكل القيم الأخرى، لذا فالحرية تكسب أول حماية عرفتها بالنص عليها في صلب الدستور^(٢).

ويتجه العَلامَة هوريو الى القول بأن وجود الدستور يعد حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية، حيث يعد وضع دستور للدولة هو ظاهرة تدل على بلوغ الدولة سن الرشد القانوني، فيعد الدستور هو الأساس الذي تستند إليه الدولة في ممارستها لكل الأنشطة القانونية^(٣).

(١) د. نعيم عطية: النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ١٣٩-١٤٠

(٢) د. حسام فرحات ابو يوسف: المصدر السابق، ص ١٥.

(3) André Hauriou: droit constitutionnel et institutions politique 6eme éd paris 1975p.32.

فالنصوص الدستورية التي تقر بالحريات هي من تحول هذه الحريات الى حقائق قانونية بعد أن كانت مجرد مطالب اقتصادية، واجتماعية، أو أخلاقية، تتمتع بحماية السلطة التي تضحي مكانات اقتضاء متكاملة بإمكان تسميتها بالحقوق العامة، لما تنطوي عليه من التزام من جانب السلطة... بأن تضع أجهزتها وإمكاناتها في خدمتها^(١).

فالقاعدة الدستورية لا يمكن تعديلها إلا بمقتضى قاعدة دستورية مساوية لها، كما ولا يمكن مخالفتها بقاعدة أدنى منها، لذا واستناداً الى تلك المنزلة الرفيعة التي يتمتع بها الدستور؛ فإن النص على الحرية في صلب الدستور يعطيها قيمة دستورية ويجعلها قيماً على السلطات العامة، بحيث إذا تعدى عليها المشرع أو أنتقص منها أو أهدرها خارج الحدود والأوضاع المسموح بها التي يختطها الدستور ذاته، فإن سلطته التقديرية تكون مشوبة بالانحراف باستعمال السلطة^(٢)، لكن ذلك لا يعني غض النظر عن حالة إذا ما كان الدستور مرناً يعدل بإجراءات تعديل القوانين العادية، الا اننا لم نورد له ذكر ايضاحاً لأهمية وضع الحرية في دستور جامد يضمن حمايتها من تعديلات المشرع العادي إلا لغرض تنظيمها، كما في دساتير (محل المقارنة) كما سنرى ذلك في ثنايا بحثنا.

ولكن يثار تساؤل أنه إذا ما جاء الدستور أصلاً خالياً من النص على حرية ما، فإذا ما كان هنالك نزاع بخصوص حرية لم ينص عليها الدستور، فهل يعني ذلك أن هذا الدستور لا يقيم لهذه الحرية وزناً ولا يعترف بها؟ أي تنعدم قيمتها الدستورية !

كنتيجة منطقية تنعدم القيمة الدستورية لهذه الحرية التي صمت الدستور من أي ذكر لها، لكن الإقرار بهكذا نتيجة سيلزمنا بالتوقف عن الاستنتاج والبحث، لذا فعدم النص في الدستور على حرية ما، لا يعد ذلك انتقاصاً منها وانعداماً لقيمتها الدستورية، فلا يلزم التقيد بالنص الحرفي للحريات الواردة في الدستور فالحريات تكون مترابطة مع بعضها البعض، فإهمال البعض منها إنما يؤثر على قيمة البعض الآخر، فإذا ما كان القضاء الدستوري يعترف بالقوة الإلزامية لمقدمات الدساتير أو إعلانات الحقوق كالقوة الزامية للدستور أو تعنتيه مرتبه، فالنقص يمكن تداركه بالاستناد الى المبادئ التي تتضمنها هذه الوثائق، ولكن تظهر المشكلة عندما لا يعترف القضاء الدستوري بالإلزامية هذه المبادئ فهنا سنكون أمام نقص حقيقي لا

(١) د. نعيم عطية: المصدر السابق، ص ١٤٥ - ١٤٦.

(٢) د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٤٧.

يمكن سده، فمثل هذه الحالة سيكون على القضاء الدستوري الرجوع الى المصادر الأخرى للقانون الدستوري لسد هذا النقص سواءً باللجوء الى العرف أو التفسير أو الفقه أو العدالة^(١) .

لذا نرى بأن حرية التعاقد من الحريات التي صمت المشرع الدستوري عن ذكرها، فيكون الحل باتباع الوضع الدستوري الذي تناولنه أنفاً بأدراجها ضمن حريات رئيسة أخرى كما سنرى ذلك في اطار البحث.

فإهمال النص على الحرية قد يكون مقصوداً وذلك إذا ما حكم المشرع الدستوري اعتبارات اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية، تتصل بحدائه نشوء الدولة وطبيعة نظامها السياسي والاقتصادي أو أن في الحرية من المرونة بحيث يمكن ترك تنظيمها للمشرع العادي، أو يكون إهمالها غير مقصود ففي هذه الحالة لا ضير فقد تكون الحرية إحدى الحريات الحديثة التي لم تظهر حينما تم كتابة الدستور كالحق في الرفاهية.. الخ.

وما يؤيد وجهة النظر التي اعتمدها، هو أن وضع الدستور أو تعديله إنما يأتي بالعادة استجابة لمعطيات اقتصادية واجتماعية وسياسية ومن الطبيعي أن يترك ذلك أثراً واضحاً على الوثيقة الدستورية^(٢).

الفرع الثاني

مصادر الحماية الدستورية

لكل حماية أساس يتجلى في المسمى الذي تنهل منه الحماية أصل وجودها، وتستمد منه فاعليتها، وتستند عليه في تحقيق أغراضها.

وبما أنه لا بد من أن الحماية الدستورية تأتي على ما رصدت لحمايته، فإن قيمة الحماية الدستورية تأتي من قيمة ما أنصبت عليه، فالحماية الدستورية - لمبدأ ما - مأخوذة من القيمة الدستورية لهذا المبدأ، وتكون تلك الحماية متأصلة فيما لهذه الحرية من قيمة دستورية، لذا فما لا يكون محلاً لقيمة دستورية كمسألة من المسائل الدستورية أو حق أو حرية من الحقوق أو الحريات، لا تثار بشأنه الحماية الدستورية، فتضحى قيمة الحماية هي ذات

(١) أسامة أحمد عبد النعيم: مبادئ الحماية الدستورية في الدولة الحديثة، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد: التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ١١.

قيمة الحرية التي تحميها، فأحدهما تقتزن بالأخرى فإن تخلفت أحدهما غابت الأخرى، وكلتاها تستقي قيمتها من الدستور المنسوبة إليه^(١).

فالحماية الدستورية في فرنسا تجد مصدرها وفقاً لما هو مستقر عليه فقهاً، في الأساليب الآتية :

أولاً: يعتمد أسلوب الحماية الفرنسي في تقرير الحقوق والحريات كما هو الشأن في الأسلوب الحماية الانكليزي^(٢)، على الإعلانات الحقوق ويأتي في طليعتها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لذا اذاعت الجمعية الوطنية في السادس والعشرين من أغسطس عام ١٧٨٩م اعترافها بحقوق الإنسان والمواطن التي تضمنت (١٧) مادة في هذا الإعلان، ومن هذه المواد نص الإعلان (لا يجوز للقوانين أن تحرم شيئاً مالم يكن فيه ضرراً للمجتمع)^(٣)، وأكد أن الناس يولدون وبيقون متكافئين في الحقوق وأن غاية كل مجتمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة وهي الحرية، الملكية، والحق في الأمن، ومقاومة الاستبداد^(٤).

ثم توالى الإعلانات الصادرة من قبل المنظمات بهذا الشأن مستنده على إعلان الحقوق الفرنسي نذكر منها، إعلان حقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م الذي جاءت به الجمعية العامة للأمم المتحدة، كما أقرت الجمعية العامة وثيقتين في عام ١٩٦٦م لتوفير الضمانات اللازمة لهذه الحقوق الأولى^(٥).

(١) أسامة أحمد عبد النعيم: الحماية الدستورية للحق في بيئة آمنة، ورقة بحثية منشورة على الرابط <http://law.tanta.edu.eg>، تاريخ الزيارة ١٠/١٢/٢٠١٩، ص ٢.

(٢) كان تقرير الحقوق والحريات يركز على عدد من المواثيق واعلانات الحقوق في انكلترا تمثلت في العهد (magna Charte) الصادر ١٢١٥، وقائمة الحقوق (Bill of Rights) الصادر ١٦٨٩ وغيرها ينظر في ذلك د. محمود عاطف البنا: حدود سلطات الضبط الاداري، مطبعة جامعه القاهرة، دون مكان نشر، ١٩٨٠م، ص ٣٩.

(٣) المادة (٥) من الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩م.

(٤) ينظر: المواد الأولى والثانية من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، نقلاً عن د. حسان شفيق العاني: نظرية الحريات العامة تحليل ووثائق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، جامعة بغداد، ٢٠٠٩م، ص ٢٧.

(٥) تمثلت هاتان الوثيقتان بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في عام ١٩٦٦، والأخرى تمثلت في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر ١٩٦٦ وغيرها من الإعلانات التي خلفت صدور الإعلان الفرنسي.

ثانياً: أعلاه كانت الصورة الأولى لتقرير الحقوق والحريات في فرنسا، أما الصورة الثانية تتمثل في مقدمة الدساتير الفرنسية فقد أكدت هذه المقدمات على ما ورد من حقوق وحريات في الإعلان وتمسك الشعب بها كما هو حال دستور ١٩٤٦م، بل أن الحال لم يقف عند هذا الحد وإنما تناول حريات أخرى لم يتطرق لها الإعلان السالف الذكر، كحق اللجوء السياسي وكفالاته وبعض الحريات الاجتماعية والاقتصادية حيث أكد دستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م المعدل على عدم تمسكه بما جاء في الإعلان فقط وإنما بما ورد في مقدمة دستور عام ١٩٤٦م من حقوق وحريات فقد أبرز دستور عام ١٩٥٨م في مقدمته هذا المعنى حيث قرر:

(أعلن الشعب الفرنسي رسمياً التزامه بحقوق الإنسان وبمبادئ السيادة الوطنية على النحو المحدد في إعلان عام ١٧٨٩م الذي أكدته ديباجة دستور عام ١٩٤٦م)^(١)، حيث اشتملت مقدمات الدستورين أنفي الذكر على بعض المبادئ القانونية العامة التي اعتبرت أساساً هاماً ارتكز إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه، من هذه المبادئ حماية الحريات الفردية^(٢).

إلا أن ما يمكن ملاحظته على الأسلوب الحماية الفرنسي في تقرير الحقوق والحريات أنه يركز على إعلانات الحقوق وينقصه وجود جزاءات قانونية يمكن في حاله إخلال المشرع العادي بإحدى الحريات التي ينص عليها الإعلان إيقاعها عليه.

أما دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ فقد تضمنت ديباجته الإشارة إلى تأريخ البلاد والمبادئ الأساسية للمجتمع وكذلك الغرض من كتابة الدستور، وكذلك أكدت على أن الشعب هو مصدر السلطات.

وأشتمل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ على ديباجة احتوت المقومات الأساسية التي يركز عليها المجتمع العراقي وأرست مجموعة من المبادئ الدستورية مثل:

(1) La conquête de droits de l'Homme fondamentaux , par Guy La gelée et Jean _louis Vergnaud, éd Le cherche midi éditeur 1988 p.165

(٢) أن الفقه اختلف في قيمة هذه المقدمات وبالتالي الحماية المرصودة لها، ألا ان الراي الراجح هو الذي يفرق بين المبادئ والاحكام القانونية التي جاءت بها، والتوجهات الفلسفية، حيث يعتبر الاولى بمثابة احكام الدستور ذاته، أما الثانية فمجرد توجهات للمشرع فيما يصدره من قوانين مستقبلية، ينظر د. عبد الغني بسيوني: القضاء الاداري، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص١٥.

التداول السلمي للسلطة، دولة القانون تكافؤ الفرص، التوزيع العادل للثروة، والاهتمام بالطفل وشؤون المرأة وحقوقها^(١).

فكل من ديباجة الدستور المصري والعراقي أنف الذكر لم تكن بنفس فعالية مقدمات الدساتير الفرنسية في التمسك بإعلانات الحقوق المتضمنة للحريات؛ ذلك لأنهما أكدا على الحريات بشكل أكثر وضوحاً في متن الدساتير كما سنرى، كما أن المشرع الدستوري العراقي منذ إقامة الدولة العراقية لم ينتهج نمط تنظيم الحقوق والحريات في إعلانات الحقوق أو في الديباجة اجتناباً لما قد يثار بخصوص القيمة القانونية لهذه النصوص.

أما النظام الدستوري المصري فالأسلوب الحماية المتبع في تقرير الحقوق والحريات هو ذاته الأسلوب المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية، سواء من ناحية الإقرار الدستوري عن طريق النص على الحقوق والحريات في صلب الوثيقة الدستورية، أم من ناحية وجود رقابة قضائية على دستورية القوانين تحميها في مواجهة المشرع العادي، تتكفل بهذه الرقابة المحكمة الدستورية العليا^(٢).

فمن ناحية النص الدستوري فقد خصصت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣ باباً مستقلاً لتقرير الحقوق والحريات العامة في صلب الدستور نفسه ونسقتها تنسيقاً دقيقاً، وشددت على احترامها وضمان ذلك الاحترام، إضافة إلى الإقرار القضائي الدستوري بأن الحقوق التي يعد الإقرار بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، فبتالي يشكل ذلك الإقرار مصدراً للحماية الدستورية وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا "..... في مجال حقوق المواطن وحرياته الأساسية، فإن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتنقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، وأسنقر العمل بالتالي على أنتهاجها في مظاهر سلوكها، وفي هذا الإطار، والتزاماً بأبعاده، لا يجوز للدولة القانونية في تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيوداً تكون في جوهرها أو مداها مجافية لتلك التي درج العمل في النظم الديمقراطية على تطبيقها، بل أن

(١) ديباجة دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥م، منشور بالوقائع العراقية، العدد ٤٠١٢ في ٢٨/١٢/٢٠٠٥م، ص ١.

(٢) د. ثروت عبد العال أحمد: الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٥٧.

خضوع الدولة للقانون محددًا على ضوء مفهوم ديموقراطي مؤداه : إلا تخذ تشريعاتها بالحقوق التي يعد التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة"^(١).

فالرقابة على دستورية القوانين تعد مكملاً لحماية الحقوق والحريات، فلامعنى للنصوص التي يحتويها الدستور المتعلقة بحماية الحقوق والحريات مالم توجد رقابة قضائية تكفل احترام وتنفيذ أحكام الدستور وإلزام الجميع به، وسنتكلم على هذه الرقابة في موضعها باعتبارها احدى ضمانات الحرية موضوع البحث.

أما النظام الدستوري في العراق يسلك ذات مسلك النظام المصري، بالنص على حماية الحقوق والحريات في صلب الدستور عام ٢٠٠٥ النافذ، فإضافة الى تقرير هذه الحقوق والحريات في الباب الثاني منه، فقد بينت المادة (الثانية/ الفقرة ج) منه على ((عدم جواز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية التي كفلها الدستور العراقي، وأن العراقيين متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)) "وحيث أن الغاية من التشريع ضمان حريات المواطنين التي وردت في الدستور كون نصوصه تتمتع بالعلوية المطلقة لذا قضت المحكمة الاتحادية العليا باعتبار أن المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ معطلة لمخالفتها للدستور"^(٢)، وأن كفاله هذه الحماية تجسدت بالرقابة على دستورية القوانين التي تكون المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة المنوطة بها الرقابة، التي تعد الحارس الأمين لحماية نصوص الدستور من أي انتهاك سواءً أكان تشريعياً أم لائحياً"^(٣).

من هذا يتبين لنا حجم الحماية التي يكون مصدرها هذه الركائز التاريخية، وبتالي تكون خير حامي للحقوق والحريات.

(١) قضية رقم (٢٢) قضائية المحكمة الدستورية العليا، بالجلسة العلنية المنعقدة ٤ يناير سنة ١٩٩٢م، الموقع

الالكتروني لمحكمة <http://www.sccourt.gov.eg/> تاريخ الزيارة ٢٧/١٢/٢٠١٩.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١٤/اتحادية / ٢٠١٣ والصادر ٢٠١٣/١٢/١٤م. القاضي /جعفر ناصر حسين وفتحي الجوراني: أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة التشريع والقضاء، المجلد السادس، ٢٠١٣م، ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٣) لمياء حليم عبد العظيم علوش: المحكمة الاتحادية في العراق ودورها في حماية الحرية الشخصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٢-٣.

المطلب الثالث

مدى فاعلية الحماية الدستورية للحريات

بعد ما تعرفنا على معنى الحماية الدستورية وأهميتها ومصادرها التي تتوزع ما بين أسلوب إعلانات الحقوق كما هو الحال بالنسبة لإنكلترا وفرنسا، أو أسلوب النص على الحريات في صلب الدستور كما هو الحال في مصر والعراق وراينا أهمية الوثائق الدستورية (إعلانات الحقوق والديساتير) في حماية الحريات، وأن الدستور أفضل حاماً للحريات والذي يعد مانع يحمي الأفراد من طغيان الحكام.

وذاذ المعنى يمكن تطبيقه على إعلانات الحقوق التي تشكل ضمانة كبيرة لحماية الحريات على اعتبار أن قيمتها تعادل قيمة القواعد الدستورية نفسها^(١).

وبما أن الحماية كما وسبق أن قلنا أنه لا يشترط النص على حماية حرية في الدستور أو الإعلان لأنها تأخذ قيمتها من قيمة ما تحميه، فتعد هذه الحماية نتيجة حتمية لتبني المشرع الدستوري لهذه الحماية، فسنتناول في هذا المطلب القيمة الفعلية لهذه الوثائق الدستورية (إعلانات الحقوق والديساتير) مقسمين هذا المطلب الى فرعين نتكلم في الفرع الأول على إعلانات الحقوق وحماية الحريات العامة متسائلين عن ما إذا كان النص على الحريات في إعلانات الحقوق يوفر الضمانات كتلك التي يوفرها النص عليها في صلب الديساتير، وفي الفرع الثاني يكون حديثنا عن الديساتير وحماية الحريات العامة وهل يكفي التعرف على الحريات في دولة ما الاطلاع على دستورها فقط؟ وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

دور إعلانات الحقوق في حماية الحريات

أن قيمه هذه الإعلانات تتجلى بحسب من جعلوا لها قدسية ومنزلة رفيعة، على أنها تلزم كل مشرع يأتي لاحقاً سواء كان عادياً أم دستورياً سيما الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان

(١) د. كريم يوسف كشاكش: الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧م، ص ٣٦٣.

والمواطن الصادر ١٧٨٩م الذي لم تكن مبادئه حكراً لفرنسا فقط، إنما امتدت الى عدد كبير من الدول وتبنته إعلاناً للحقوق في دساتيرها^(١).

فاذا ما بحثنا القيمة القانونية لهذه الإعلانات نجد أن الفقه تفاوت بين مؤيد لها يرتفع بها الى قيمة أسمى من قيمة الدستور وفيهم من يعارض الاتجاه المؤيد وينكر عليها أي قيمة قانونية تذكر، كما أن هنالك من يتوسط الرأيين، ومع ذلك يمكن التمييز بين آراء خمس بهذا الشأن وعلى ضوء النقاط التالية:

١- أتجه جانب من الفقه الى القول إن ما تتضمنه الإعلانات من مبادئ، لها قيمة قانونية أسمى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها استناداً على أنها تعبير عن إرادة الأمة فهي القانون الأساسي الذي يرضخ له جميع الحكام والقانون العادي يخضع للدستور وهذا الأخير بحسب هذا الاتجاه يخضع لإعلانات الحقوق.

٢- ينكر جانب آخر أي قيمة قانونية لهذه الإعلانات ويصبغها بصبغه أدبية فقط؛ لأنها لا تتضمن سوى مبادئ سياسية وفلسفية تعبر عن توقعات وآمال كاتبها الدستور.

٣- هناك من يتجه الى إعطائها قيمة مساوية لقيمة النصوص الدستورية، لاعتبارها معبرة عن إرادة السلطة التأسيسية فالواجب احترامها من قبل المشرع العادي والقاضي والإدارة ما دامها لاتزال نافذة لم تلغى، فيسقط إعلان الحقوق بسقوط الدستور الذي يحتويها.

٤- وهناك من الفقه أتجاه لا يجعل من إعلانات الحقوق ترقى الى مصاف النصوص الدستورية إنما يجعلها بمنزلة القوانين العادية وذريعتهم في ذلك أن واضعي الدستور لو أنهم ابتغوا لها تلك القيمة لأنزلوها بمنزلة النصوص الدستورية.

٥- أما الاتجاه الأخير فأنصاره يميزون بين نوعين من المبادئ التي تتضمنها إعلانات الحقوق، فالذي يصاغ منها على هيئة قواعد قانونية تنشأ مراكز قانونية محددة وواضحة المعالم يكون لها ما للنصوص الدستورية من قوة الزام، وأما ما أعلن منها على هيئة مثل عليا وأهداف فأنها لا تتمتع بأي قيمة قانونية^(٢).

ويلاحظ أن المبادئ التي تتضمنها الإعلانات تنسم بالعمومية والغموض الذي له تأثير كبير في جعل هذه المبادئ تفقد التحديد الذي تتصف به القواعد القانونية، الأمر الذي يجعل

(١) د سعاد الشرقاوي: نسبية الحريات العامة وإنعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ١٢٢.

(٢) د. وسام صبار العاني: القضاء الإداري، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م، ص ١٢-١٣.

هذه الإعلانات غير قابله للتطبيق الفوري، فهي بهذا الحال لا يمكن الاستناد عليها من قبل القاضي عند الفصل فيما يطرح عليه من منازعات، كما لا يمكن الاحتجاج بها من قبل الأفراد.

ومما يدعم ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لا يجعل من إعلان الحقوق نصوصاً قانونية ذات طبيعة تشريعية أو دستورية، فكان يقيم قضاؤه على المبادئ العامة للقانون بحيث إنه وأن كان يرتكز في أحكامه الى ما تتضمنه الإعلانات من مبادئ إلا أنه لا يشير إليها إلا بصدد تأكيده وتضمينه لمبدأ من المبادئ العامة للقانون، فالعمومية وعدم التحديد الذي تتسم به هذه الإعلانات وما تحويه من مبادئ لا تجعل منها قيماً على المشرع العادي إلا في أضعف صورته، فالمشرع الفرنسي تكون له سلطه شبه مطلقة في تنظيم الحريات بالرغم من تواجد هذه الإعلانات، التي أكدت أن أمر الحريات يتجاوز سلطة المشرع حتى ولو كان المشرع الدستوري ذاته^(١).

وعلى ضوء ذلك؛ فإن هذه الإعلانات لم تتحقق في مواجهة المشرع ضماناً حقيقي لحماية الحريات، وذلك لأنها لا تشكل قيماً على السلطات التي تحاول التعدي عليها، أو الحد منها أو حتى يمكن أن تصل الى حد إهدارها، حيث يمكن للمشرع تقييد نطاق الحريات وتحديد مداها حتى وأن بدت من ظاهر النصوص أنها قد جاءت مطلقة لا يمكن تقيدها^(٢).

ومن ذلك يتبين لنا أن الوضع القانوني الفعلي لحماية الحريات يبقى أسيراً في الدول التي اعتنقت أسلوب الإعلانات لكفالتها بما تضع السلطة التشريعية من تشريعات، ليس بما تم النص عليه في تلك الإعلانات.

فإذا ما أخذنا نموذج للدول التي أخذت بأسلوب الإعلانات كفرنسا نرى بأن الفلسفة التي يتبناها الإعلان الفرنسي من الناحية النظرية تبعد سلطة المشرع مهما علت منزلته من تناول الحريات العامة سواءً بالتنظيم أو التقييد، وما يؤكد ذلك ما جاء في دستور ١٩٤٦ ودستور ١٩٥٨ من تشبث الشعب الفرنسي بما جاء في الإعلان من مبادئ، ولكن الواقع يدل على خلاف ذلك بحيث إن مبادئ الحرية التي تتبع من إعلانات الحقوق ماهي إلا نتاج مباشر

(١) د. نعيم عطية: مصدر سابق، ص ٥٤ - ٥٦.

(٢) د. ثروت عبد العال أحمد: مصدر سابق، ص ٧٨.

للضمير الفرنسي لا تجد لها أثراً في المجال الوضعي، فالسلطة التشريعية يمكنها تقديمها بقوانين عادية^(١).

ولابد من الإشارة الى أن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في دستوري عام ١٩٤٦ وعام ١٩٥٨ كانت رقابة سياسية وما تنطوي عليه من مساوئ سواء من حيث الجهة التي توكل إليها هذه الرقابة أم من حيث ممارسة اختصاصها الأمر الذي أضعف رقابتها بما سمح للبرلمان أن يتحول الى سلطة شبه مطلقة في تقييد الحريات والانتقاص منها، فقد تعهد بمهمة الرقابة السياسية في دستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م الى هيئة سميت باللجنة الدستورية^(٢).

فيلاحظ على تشكيل هذه اللجنة أن العوامل السياسية والحزبية قد لعبت دوراً كبيراً بها حيث تخضع لاعتبارات السياسية بالمقام الأول تجعل من آراء أعضائها ما هي إلا عبارة عن توجهات وآراء الأحزاب ذاتها التي يتبعونها فلا يهم أعضاء هذه اللجنة عندما يعرض عليهم قانون ما بالبحث في مدى تطابقه من عدم تطابقه مع الدستور بقدر انشغالهم مع وجهة نظر الحزب الذي يتبعونه، ومدى تطابق القانون أو عدم تطابقه مع وجهة النظر هذه^(٣).

أما من ناحية اختصاصها فاللجنة الدستورية فقدت الكثير من قيمتها لكثرة القيود التي أحاطت بها، حيث أن رقابتها على دستورية القوانين لم تكن تمتد الى مبادئ الحرية الواردة في إعلان الحقوق، وإنما تقتصر على تلك التي تصدر مخالفه لأحكام الأبواب العشرة من الدستور، مما أدى الى أن الرقابة التي تطبقها هذه اللجنة فقدت أهميتها في نطاق حمايه الحريات، كما أن اللجنة كانت مقيدة بضرورة أن يحال إليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية لكي تتصدى للرقابة فلا تستطيع ذلك من تلقاء نفسها، فاذا ما أتفق رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية على عدم الاعتراض على القانون أو لم يتفقا على طلب بحث مدى

(١) د. محمد عصفور: الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١م، ص٥٤.

(٢) تتألف هذه اللجنة وفقاً لمادة (٩١) من دستور ١٩٤٦ الفرنسي الملغي، من رئيس الجمهورية رئيساً وعضوية رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) ورئيس مجلس الجمهورية (مجلس الشيوخ) وسبعة أعضاء ينتخبون من الجمعية الوطنية على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية، وثلاثة أعضاء من قبل مجلس الجمهورية.

(٣) د. ابراهيم عبد العزيز شياح: المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٢١٥-٢١٦.

دستوريته فإن القانون يصدر وأن كان مخالفاً للدستور^(١)، لذلك أصبحت الرقابة التي تمارسها اللجنة ماهي إلا رقابة وهمية وعديمة الفائدة.

أما في دستور ١٩٥٨ فقد عهد بالرقابة على دستورية القوانين الى هيئة أطلق عليها اسم المجلس الدستوري^(٢)، ويتضح من تشكيل هذا المجلس أنه يخضع كما خضعت اللجنة الدستورية للاعتبارات سياسية وبالرغم من أن رقابة المجلس أكثر فعالية من رقابة اللجنة في دستور ١٩٤٦، إلا أن مما يقلل من أهمية هذه الرقابة ويضعفها كضمانة للاحترام الأحكام الدستورية، وبصفه خاصة تلك التي تتعلق بحريات الأفراد، هو أن هذا الدستور لم يقر للأفراد الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري^(٣)، لكن المجلس الدستوري يعد الجهة القضائية التي ستختص بالاعتراف التدريجي لحرية التعاقد استناداً الى أن قراراته تعد قضائية بغض النظر عن تشكيلة السياسي كل ذلك سنراه عند الحديث عن موقف القضاء الدستوري الفرنسي في ترسيخ حرية التعاقد في ثنايا الفصل القادم، ويتضح مما سبق أن الرقابة السياسية مهما تباينت صورها لا تحقق رقابة فعالة إذ أن الرقابة لا تكون محققة لأغراضها ما لم تكن من اختصاص هيئة قضائية تتمتع بالحيدة والاستقلال اللازمين لضمان عدم تأثرها بالتغيرات الحزبية والسياسية^(٤)، وهذا سنتناوله في سياق بحثنا عند الحديث عن الحماية القضائية للحرية التعاقد باعتبارها إحدى ضمانات المهمة للحريات، إلا أن سبب تطرقنا للرقابة السياسية في هذا الفرع وأن كانت أحد صور الرقابة على دستورية القوانين، هو أن دستوري فرنسا ١٩٤٦ و١٩٥٨ قد تبنا المبادئ التي تضمنها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وفي الوقت ذاته أوكلت الرقابة الى هيئات سياسية فكان من الضروري البحث في مدى فعالية تلك الرقابة في حمايه الحريات التي أثبتت عدم جدوها.

(١) د. ابراهيم عبد العزيز شيجا: المصدر السابق، ص ٢١٧ - ٢١٨.

(٢) ويتألف هذا المجلس وفقاً لمادة (٥٦) من دستور ١٩٥٨ المعدل من طائفتين من الاعضاء، حيث تشمل الطائفة الاولى على اعضاء لمدى الحياه وهم رؤساء الجمهورية السابقين، والطائفة الثانية تسع اعضاء مده عضويتهم تسع سنوات غير قابله للتجديد يعين رئيس الجمهورية ثلاثة منهم، ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة اخرين، ويعين رئيس مجلس الشيوخ الثلاثة الباقين.

(3) André Hauriou, op. cit, p. 113

لذلك يقرر الفقه الفرنسي ان الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا مقررة اصلا لحماية السلطات العامة.

(٤) د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص ١٦١.

الفرع الثاني

دور الدساتير في حماية الحريات

إن ما تتمتع به الدساتير خلافاً لإعلانات الحقوق من قيمة قانونية وما تحتويه صفحات الدساتير من حريات والضمانات التي تزخر بها هذه الحريات بتواجدها في صلب الوثيقة الدستورية والمنزلة التي يتبوها الدستور في قمة التدرج الهرمي للنظام القانوني للدولة، الأمر الذي يشكل قيلاً على إرادته المشرع العادي فيما يضعه من قوانين تتعلق بالحريات التي نص عليها في دستور الدولة، وأن هذه المنزلة الرفيعة للدستور دائماً ما تحرص الشعوب بإحاطتها بإجراءات تحقق لهذا الدستور فكرة الجمود النسبي فلا يمكن تعديلها بنفس الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية إنما يشترط لذلك إجراءات خاصة تكون أشد وأكثر تعقيداً من تلك المتبعة في تعديل التشريعات العادية^(١)، فهذا الجمود يحقق الثبات والاستقرار للدستور، ويكفل الحماية الحقيقية للحقوق والحريات العامة لكي يمنع السلطة التشريعية من الانتقاص من الحقوق والحريات أو تقيدها عند مزاوله اختصاصها التشريعي، لذا نجد أن جمود الدستور هو الذي يحقق سموه القانوني على باقي القواعد القانونية، ويجعل القواعد الدستورية في قمة التدرج التشريعي، وهذا ينعكس على ما تحتويه القواعد الدستورية من حقوق وحريات عامة^(٢)، لكن ومع الحفاظ على هذا السمو يمكن تعديل الدستور الجامد وتضمينه حرية مهمة كحرية التعاقد لضمان عدم إجهاضها كونها حرية لم تنص عليها الدساتير المقارنة وهذا ما سنستأنف الحديث عنه في موضعه في الفصل القادم.

ونظراً لهذه القيمة القانونية التي تتصف بها النصوص الدستورية دون غيرها؛ لذا دائماً ما نجد أن الحريات موضعها الحقيقي في أحضان الدستور، لأنها تعد أعلى القيم المتصلة بشخص الإنسان الذي يعد خير ضامن لها لما يضيفي على الحريات الموثقة فيه ذات الأهمية وذات المنزلة القانونية المقررة لنصوصه^(٣)، فكلما كان الدستور جامعاً لتنظيم الحريات كلما كان ذلك دافع لاستقرارها وحمايتها، ولكن لأسباب فنية وقانونية تقيد واضعي الدستور ولا تسمح لهم الدخول بالتفصيلات لما يتطلب الدخول بها تعريض الدستور لكثرة التعديلات، فتصاغ عادة نصوص الدستور بطريقة عامة تتناول الحريات بصفه عامة وكلية تاركة الأمور التفصيلية كمعنى الحريات والحدود التي يجب أخذها بالاعتبار عند ممارستها وما الى ذلك من أمور

(١) د. هاني علي الطهراوي: مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(٢) د. عبد الحميد متولي وآخرون: القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١م، ص ٧٥.

(٣) د. هاني علي الطهراوي: مصدر اعلاه، ص ٣٥٠.

تفصيليه تتعلق بالحريات الى المشرع العادي حتى يستطيع معالجتها بقسط كبير من الحرية وبما يتوافق مع الظروف الجديدة المتغيرة التي قد لا تكون معروفة لدى واضعي الدستور عند وضعه، وبالصيغة التي تساير حركة المجتمع وتطوره، فالسلطة الممنوحة للمشرع هنا جاءت كاستثناءٍ ورد خلافاً الأصل العام لذلك يجب حصرها في أضيق نطاق ممكن^(١).

وعلى ضوء ذلك؛ ستفرغ الحماية الدستورية للحريات من مضمونها فأضحت النصوص الدستورية التي تقرر الحريات بعد ان توكل أمر تنظيمها للمشرع العادي مجرد وعد دستوري غير قابل لتطبيق العملي إلا بتدخل المشرع العادي لوضع هذا الوعد موضع التنفيذ عن طريق إصدار تشريعات تتكفل بتنظيم الحريات الموثقة دستوريا، لا التي لم ينص عليها اصلاً.

فالمشرع الدستوري وجهتان حيال الحرية إما أن ينص عليها ثم يحيل تنظيمها للمشرع العادي، وبما أن حق المشرع العادي وفقاً لهذه الصورة تنظيم الحرية فمن البديهي يكون له الحق في الانتقاص منها بوضع القيود عليها، فمن الناحية القانونية لا يكون على المشرع إلا قيد قانوني واحد هو عدم هدم أو الغاء تلك الحرية التي تناولها بالتنظيم، أما غيرها من القيود فهي قيود سياسية يرجع فيها الأمر الى السلطة التشريعية، فتكون للمشرع سلطة تقديرية كبيرة في القيام بهذا التنظيم، ونرى بأن النصوص الدستورية التي تتناول هذه الصنف من الحريات عادة ما تتضمن على جمل " وينظم ذلك بقانون أو على وفق القانون أو بموجب القانون" حيث إن أكثر الفقه يرون أن معظم هذه الحريات إنما هي حريات ليست مطلقة بل نسبية فيمكن للسلطة التشريعية تقييدها لكن دون أن يؤدي ذلك الى مصادرتها نهائياً؛ لأن عدم تنظيمها يفضي إلى المساس بالنظام العام وحقوق الآخرين فلا تعد من خصوصيات الفرد بل تتخطى ذلك إلى المجتمع والسلطة^(٢).

ومثال هذه الوجة ما نص عليه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ((تكفل الدولة حق تأسيس النقابات والاتحادات المهنية، والانضمام إليها، وينظم ذلك بقانون))^(٣)، وما نص عليه دستور مصر لعام ٢٠١٤ ((الأضراب السلمي حق ينظمه القانون))^(٤)، أما ما نص عليه

(١) د. محمد عصفور: مصدر سابق، ص ٨١.

(٢) حسين أحمد علي: ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٢.

(٣) المادة (٢٢) البند (ثالثاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥م النافذ.

(٤) المادة (١٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م النافذ.

دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ (يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي الجنسية ووضع الأشخاص وأهليتهم وانظمة الزواج والتركات والهبات))^(١).

أما الوجهة الثانية التي لا يحيل فيها المشرع الدستوري الى المشرع العادي تنظيم الحريات إنما فقط ينص عليها بصورة مطلقة، فيتحتم على السلطة التشريعية احترامها بعدم سن قانون يقيدتها لأن ذلك يعد انتهاك مباشر للدستور، كما لا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار أنظمة مستقلة تقيدها^(٢).

حيث جاء في أغلب الدساتير النص على الحريات بصورة مطلقة فقد ورد في الدستور المصري على أن ((الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونه لا تمس....))^(٣)، كذلك الدستور العراقي اذ نص على ((حرية الإنسان وكرامته مصونه))^(٤).

إلا أن الواقع دائماً ما يؤكد أن الحريات التي توصف بأنها مطلقة لا تكن بمنأى من تدخل المشرع بالتنظيم وقد يصل مدى التعرض لهذه الحريات الى حد تقيدها بقيود جديدة، مما يعني أنه في الواقع لا وجود للحريات مطلقة تستعصي على التنفيذ^(٥).

فالحرية لاتعد حقاً مطلقاً لا ترد عليه قيود حيث أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش حياه فردية في العصور الأولى، فلما اقتضت الحياه العيش في إطار الجماعة أفترض الأمر من كل فرد احترام القواعد والأصول التي تضعها الجماعة وهذه القواعد والأصول هي من تحد من حرية الشخص لتحول دون الاعتداء على غيره من أعضاء المجتمع؛ لأن الحرية لو تركت بلا قيد لعمت الفوضى وأختل الأمن والنظام، اذ إن نصوص الدساتير أعلاه تطرقت للحرية الشخصية بصورة مطلقة، لكن ذلك لا يمنع المشرع من تقيدها خدمة لصالح العام.

وذلك لتحديد الوضع القانوني والتعرف على الحريات في دولة ما فإن مجرد الاطلاع على دستورها غير كافٍ، وإنما ينبغي الرجوع الى القوانين الصادرة بكيفية تنظيم الحريات وبيان كيفية ممارستها^(١).

(١) المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ م المعدل.

(٢) ماهر فيصل صالح: الحماية الدستورية لحقوق الأقليات في النظم الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧م، ص ٧٥.

(٣) المادة (٥٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ م النافذ.

(٤) المادة (٣٧) الفقرة (أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ م النافذ.

(٥) د. وجدي ثابت غيريال: حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٣٨.

ومن ما مر ذكره في هذا المطلب يتبين لنا أن كل من إعلانات الحقوق والدساتير تلتقيان في زاوية واحدة وهي حالة العمومية التي تتصف بها نصوصهما وأحاله تنظيم الحريات للمشرع، فكلاهما يكتفي برسم الخطوط والأطر الرئيسية للحريات دون الدخول بالتفاصيل، لذا يضل الوضع القانوني للحريات رهيناً بالتشريعات التي تصدر من السلطة التشريعية بشأنها لا بما تحتويه النصوص الدستورية، إلا أن هذا السلطة المطلقة للمشرع يجب أن تقيّد لتحقيق ضمان أفضل واستقرار أكبر للنصوص الدستورية المتضمنة للحريات وذلك لا يتحقق إلا بتفعيل دور الرقابة على دستورية القوانين، الذي سنتناوله عند الحديث عن الضمانات القضائية لحرية التعاقد.

المبحث الثاني

التعريف بحرية التعاقد

إن حرية الإنسان هي أفضل ما يملك وأساس وجوده وحياته، فهي أقصى ما تحققه الإرادة من استقلال بغية تحقيق الهدف الذي تنشده فيختلط تعريف الحرية لذاتها لما يكتنفها من غموض، فمهما تكلمنا عنها فهي تعني أكثر مما نتكلم ولها قيمة أكثر من معناها^(١)، وبالرغم من ذلك فالبحث في الحرية بصفه عامة وأن تعترها صعوبات إلا أنها صعوبات لا ترقى لمستوى البحث بحرية ألحق بها وصف خصوصاً إذا كان ذلك الوصف غير مطروق صراحة في ساحة الدساتير أو إعلانات الحقوق، أن ما نتكلم عنها هي "الحرية التعاقدية" حرية لا يمكن الوصول الى مدلولها مالم نتعرف على موقعها من الحريات لنرى هل هي حرية مستقلة أم حرية تنطوي تحت ظل حريات أخرى ثم التطرق لمفهوم العقد وكيف تطورت الحرية في العقد ثم الانتقال لحديث عن ماهية مبدأ سلطان الإرادة الذي لا يكتمل مدلول حرية التعاقد إلا بالتطرق لهذا المبدأ.

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نبحت في المطلب الأول موقع حرية التعاقد من الحريات العامة ومعناها، وفي المطلب الثاني نخصه لبيان نطاق حرية التعاقد والقيود الواردة عليها وعلى النحو الآتي:

(١) د. فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤م، ص ١١.

(٢) عبد القادر عمرسي: الحماية الدستورية للحريات الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه الحاج لخضر (الجزائر)، ٢٠١٥م، ص ١٣.

المطلب الأول

موقع حرية التعاقد من الحريات ومعناها

سنتناول في هذا المطلب تقسيمات الفقه للحريات لكي نتمكن من التوصل الى الحرية التعاقدية من بين هذه التقسيمات المختلفة، والى أي نوع من الحريات يمكن ادراجها، وما مدى ارتباط هذه الحرية بمبدأ سلطان الإرادة وهل يكون مجال هذه الحرية في العقود المدنية هو ذاته في العقود الإدارية.

لفك الغموض الذي اكتنف هذه التساؤلات يقضي الأمر منا أن نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تقسيمات الفقه للحريات وموقع حرية التعاقد من الحريات ونتناول في الفرع الثاني معناها بدءاً من التعرف على مفهوم العقد وكيف نشأت الحرية في العقد وصولاً الى الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة الذي تعد حرية التعاقد احدى نتائجه كما سنرى وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تقسيمات الفقه للحريات

إن ما تنص عليه الدساتير من حريات متنوعه بقدرها تختلف تقسيمات الفقه، إلا أن ذلك لا يؤثر في مضمون الحريات الداخلة في أطرافها، ذلك لأن التقسيمات الغاية منها تجميع الحريات في مجموعات رئيسة لكي يسهل إحصاؤها والتعرف على مضمونها^(١).

لذا سنتطرق الى هذا التقسيمات في ضوء الفقه التقليدي ابتداءً ثم تقسيمات الفقه الحديث لها وعلى النحو الآتي :

أولاً: تقسيم الفقه التقليدي للحريات

إن الحريات مكتملة ويرتكز بعضها على البعض الآخر؛ لأنه غالباً ما نحتاج الى ضمان العديد من الحريات من أجل مزاوله حرية ما بصورة فعلية، كما أن تقسيمات الحريات يختلف باختلاف المذهب السياسي الذي يقام عليه التقسيم، كما يختلف باختلاف الزاوية التي ينظر لهذه الحريات من خلالها، إلا أننا لا نأخذ جميع هذه التقسيمات إنما فقط تلك التي يمكن من خلالها التقرب الى مقصدنا المنشود إلا وهو الوصول الى الحرية التعاقدية من بينها.

أ. تصنيف " موريس هوريو " للحريات

(١) عبد الخالق محمد مفتاح: الضمانات الدستورية والقضائية للحرية التعبير عن الراي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١١.

صنف العميد هوريو الحريات الى ثلاثة أصناف :

- ١- الحريات المعنوية وتشمل حرية الاجتماع والتعليم والصحافة والعقيدة
 - ٢- الحريات الشخصية وتحتوي الحرية العائلية والفردية وحرية العمل وحرية التعاقد
 - ٣- الحريات المنشئة للمؤسسات الاجتماعية وهي حرية تكوين الجمعيات والحريات الاقتصادية والاجتماعية^(١).
- ب . تصنيف " أسمان " للحريات

أما أسمان فقد صنف الحريات على أساس مضمونها، فصنفها الى:

الحريات ذات المضمون المادي التي تقترن بمصالح الأفراد المادية وتتضمن حرية الشخصية بالمعنى الضيق ألا وهي حرية الأمن وحرية التنقل أي عدم القبض عليه أو معاقبته إلا بمقتضى القانون وكذلك حرية التجارة والصناعة وحرية الملكية

أما الحريات ذات المضمون المعنوي فترتبط بمصالح الأفراد المعنوية وتضم: حرية العبادة والعقيدة وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات وحرية التعليم وحرية الصحافة^(٢).

ثانياً: تقسيم الفقه الحديث للحريات

بعد أن انتهينا من تقسيمات الفقه التقليدي في محورين حيث أنتهى المحور الأول بتقسيمها إلى حريات معنوية وأخرى شخصية بضمنها حرية التعاقد، وحريات اقتصادية ونقابية واجتماعية، أما المحور الثاني فقد صنفها الى حريات ذات فحوى معنوي وحريات ذات فحوى مادي بضمنها حرية التجارة والصناعة، ولاحظنا وفقاً للرأي الأول الذي قال به العميد (هوريو) بأن أورد حرية التعاقد ضمن الحريات الشخصية بينما التزم الرأي الثاني الصمت تجاه حريه التعاقد ولم يرد لها ذكر .

ولكن سنتعرف على ما قال الفقه الحديث ولكن بالاختصار على التصنيفات التي يمكن من خلالها أن توفدنا الى ما نسعى اليه من تعقب لحرية التعاقد.

١. تصنيف (جورج بيردو) للحريات

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٣٩٦ - ٣٩٧.
(٢) أسمان: أسس القانون الدستوري، ص ٥٨٣ وما بعدها. نقلا عن د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

قسمها (بيردو) الى حريات جماعية كحرية المظاهرات وتأسيس الجمعيات وحرية الاجتماع، والحريات الاقتصادية والاجتماعية كحرية التجارة والصناعة وحرية التملك وحرية العمل، والحريات الفكرية وتتضمن الحرية الدينية والعقائدية وحرية التعليم وحرية الإعلام وحرية الرأي، والحريات الشخصية البدنية وتشمل حق الأمن وحرمة الحياة الخاصة وحرية التنقل^(١)، والملاحظ أن هذا التصنيف مصمم على أساس ما تحققه الحرية من منفعة.

٢. تصنيف الأستاذ الدكتور (مصطفى أبو زيد فهمي) للحريات إذ قسمها إلى حريات الذهنية (الفكرية) وتضم حرية التعليم وحرية الإعلام وحرية الاجتماعات وحرية الراي وحرية تكوين الجمعيات وحرية الصحافة، والحريات الاقتصادي وتضم حرية التجارة والصناعة من ناحية ومن ناحية أخرى تضم حرية التملك، والحريات الشخصية وتشمل حق التنقل والأمن وتقدير السلامة الذهنية للإنسان وحرية المراسلات^(٢).

٣. تصنيف الفقيه "اندرية هوريو" للحريات

حيث صنفها الى صنفين، فالصنف الأول خاص بحريات الحياة العامة ويشمل الحقوق السياسية كحق التصويت في الانتخابات وحق الترشيح لعضوية المجالس النيابية، وحق تولي الوظائف العامة واداء الخدمة العسكرية، والصنف الثاني يتعلق بحريات الحياة المدنية كحريات العائلية وحرية التملك وحق الأمن والتنقل وحرية التجارة والصناعة وحرية التعاقد^(٣).

إلا أننا نميل الى ما اتجه إليه الدكتور أحمد فتحي سرور بتقسيم الحريات وفقاً للأجيال حقوق الإنسان وعلى النحو الآتي:

١. الجيل الأول لحقوق الإنسان:

ويشمل الحقوق السياسية والمدنية، وتستلزم هذه الحقوق من الدولة التزام سلبي بعدم التدخل في ميدان نشاط الأفراد، فالحريات هنا حريات مطلقة إلا فيما يتعارض مع حريات الآخرين، كحريات الشخصية وحريات الفكرية وحرية التعليم والتملك وحرية التجارة والصناعة.

٢. الجيل الثاني لحقوق الإنسان:

(١) نوال بن الشيخ: الضبط الإداري واثرة على الحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه ورقلة، ٢٠١٣م، ص ٩.

(٢) اندرية هوريو: القانون الدستوري والنظم السياسية، ترجمة علي مقلد وآخرين، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧١م، ص ١٧٤ وما بعدها.

(٣) د. نعيم عطية: مصدر سابق، ص ٢٢٦ - ٢٢٧.

في هذا الجيل يكون تدخل الدولة لكفالة الحقوق وتمكين الأفراد من التمتع بها، كحقوق الاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية، حيث ما يميز هذا الجيل من الحقوق أن تدخل الدولة ولاسيما بالنسبة للحقوق الاقتصادية تدخلًا له ما يبرره من توفير توازن اجتماعي واقتصادي وعدالة اجتماعية إلا أنه يقلص من حجم الحريات.

٣. الجيل الثالث لحقوق الإنسان:

وفقاً لهذا الجيل من الحقوق فإن الدولة تتدخل أكثر في نشاط الأفراد لإقرار حقوقاً جديدة، وأن كان هذا النوع من الحقوق لا يزال غامضاً ولم يدرج صراحةً في النصوص الدستورية للدول^(١).

لذا واستناداً الى ما سبق ذكره؛ فإننا لا نسلم بالتصنيف الحديث للحريات بمجملة فبعضهم أوردتها ضمن الحريات الاقتصادية وآخر أوردتها ضمن حريات الحياة المدنية وآخر ضمن الحريات الشخصية، فمن وجهة نظرنا أنها من ضمن الحريات الشخصية لكنها حرية تستند الى الجيل الثالث لحقوق الإنسان سابق الذكر بأنها لم تدرج في أغلب الدساتير بصراحة إنما يكون لها كيان ضمني ينطوي تحت حريات أخرى أقرب ما يكون إليها هو أستزلالها بظل الحريات الشخصية، والسبب في ذلك أن الحريات الشخصية تعتبر لازمة وضرورية للتمتع بغيرها من الحريات، بل أنها تعد شرط وجود غيرها من الحريات الفردية.

حيث لا يكون هنالك قيمة مثلاً لحرية التجارة والصناعة والتملك إذا ما سلب الفرد مكنة التنقل اللازمة لأجراء عمليات البيع والشراء والتعاقد عموماً، أو إذا حبس الشخص وامتنع عليه إمكان التواصل بمن يريد التعامل معهم^٢.

وسنرى توجه المشرع والقضاء الدستوري المقارن حيال هذه الحرية هل ساير هذا التوجه أم ناقضه؟ كل ذلك سنتناوله عند الحديث عن مدى الحماية الدستورية لهذه الحرية في جنابات الفصل القادم.

الفرع الثاني

معنى حرية التعاقد

بعد ما انتهينا من تصنيف الحريات وتعرفنا على أن حرية التعاقد تندرج ضمن الحريات العامة تحت مظلة الحريات الشخصية لعدم النص عليها صراحةً، نستأنف الحديث في هذا الفرع عن مفهوم العقد ثم التعرف على الكيفية التي نشأت فيها الحرية في إطار العقد، وصولاً

(١) د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٤١ - ٤٢.

(٢) المصدر نفسه: ص ٤٦.

للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة باعتبار حرية التعاقد نتيجة من نتائجه، لُتمهد بذلك الطريق لدراسة نطاق حرية التعاقد والقيود التي ترد عليها في المطلب القادم، وذلك على النحو الآتي:
أولاً: مفهوم العقد

للعقد مفهوم في دائرة القانون الخاص ومفهوم في دائرة القانون العام سنتناول ذلك متطرقين الى الفروق الجوهرية بين العقد في هذين المجالين وهل أن الحرية التعاقدية في العقود الإدارية بنفس المستوى التي يتمتع بها المتعاقد في العقود المدنية كل ذلك نبينه وعلى النحو الآتي:

١- مفهوم العقد في دائرة القانون الخاص

عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي العقد على أنه ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))^(١) إلا أن في هذا التعريف تزيد غير مبرر من حيث الصياغة فقد كان بإمكان تجنبه بحذف العبارة " .. الصادر من أحد العاقدين... بقبول الآخر" ويكتفي بالقول " العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول " لان الإيجاب والقبول ما هو إلا تعبير عن الإرادة والتعبير عن الإرادة لا يصدر إلا من الإنسان الذي يبريد الدخول في علاقة تعاقدية كما عرفته المادة (١١٠١) من التقنين المدني الفرنسي على انه ((اتفاق يلزم بمقتضاه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو يفعله أو بالامتناع عن فعله)) أما القانون المصري فلم يعرف العقد^(٢) .

ويلاحظ على المادة أعلاه أنها تعرف العقد بأنه اتفاق حيث يميل بعض الفقهاء الى التمييز بينهما فيعتبرون الاتفاق أعم من العقد ويعرفونه على أنه (توافق أردتين على إنشاء التزام أو نقلة أو تعديله أو أنهائه) أما العقد فهو الاتفاق على إنشاء التزام أو نقلة فهو أخص من الاتفاق، وعليه فكل عقد هو اتفاق أما الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو نقلاً له أما إذا كان ينهي الالتزام أو يعدله فلا يعد عقداً، إلا أن غالبية القوانين المدنية الحديثة لا تأخذ بهذا التمييز وترى أن العقد والاتفاق مرادفين في المعنى، وبمقارنة بين التعريف الفرنسي والعراقي نجد اتجاه الفقهاء الفرنسيين يتمحور في نزعة شخصية أو ذاتية ناضرين الى العقد على انه منشئ للالتزام فقط عكس اتجاه الفقهاء الإسلاميين الذي اخذ القانون المدني العراقي تعريف العقد منه كان يتمحور في نزعة مادية استناداً الى فقرته الأخيرة (ويظهر أثره

(١) المادة (٨٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ النافذ.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧م، ص٣٣.

في المعقود عليّة) فهذا الأثر هو من يحول الشيء من حالٍ الى حالٍ آخر، أذن الاتجاه الاول ينظر الى العقد من حيث أثره أي نهايته أما الاتجاه الثاني ينظر إليه من حيث بدايته، لذا فالتعريف السائد في الفقه المدني هو ((توافق أردتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم أنهاؤه)^(١).

ومن التعريف أعلاه يتبين لنا أن العقد يقوم على أمرين اساسيين:

أولهما يتجسد في التراضي أي ارتباط الإيجاب بالقبول، وثانيهما أن يحدث العقد أثراً يرتبه القانون، فليس كل توافق أردتين عقداً إنما يجب إحداث أثر قانوني أما المجاملات الاجتماعية التي لا ترتب التزاماً قانونياً فلا تعد عقداً كدعوة لوليمة أو ما شابه ذلك، وحتى ينفذ الالتزام القانوني المترتب على العقد يجب أن يقرن بجزء تؤمنه السلطة العامة^(٢).

غير أن الأثر القانوني الذي يرتبه العقد لا يكفي للقول بوجود عقد قائم وإنما يجب أن يكون الاتفاق الذي حصل بين الطرفين واقعاً في دائرة القانون الخاص، فتعيين شخص في وظيفة عامة اتفاق بينة وبين الحكومة والمعاهدة اتفاق بين دولتين، ففكرة العقد مصبغة بصبغه القانون الخاص مما يجعلها لا توائم طبيعة علاقات القانون العام حتى لو كانت هذه العلاقات تقوم على توافق إرادتين لإحداث أثراً قانوني^(٣).

هذا راي للفقه بينما ينادي راي آخر بأبعد من هذه الصورة إذ يرى أنه لا يكفي أن يكون الاتفاق قد وقع في إطار القانون الخاص بل لابد أن يقع في دائرة المعاملات المالية، لان من خصال العقد أن التزامات الناشئة عنه ذات قيمة مالية، فالزواج مثلاً اتفاق بين زوج وزوجه إلا أنه ليس بعقد لكنه مركز قانوني منظم؛ لأن إرادة الزوجين ليست هي من ترتب أثارة إنما القانون من يفعل ذلك، فلا يفسر هذا المركز كما يفسر العقد وإنما كما تفسر القاعدة القانونية وفقاً للظروف وما يحكم به الصالح العام، ولا يقتصر الأمر في إطار الأحوال الشخصية إنما لا تعتبر عقود الاتفاقات الواردة في مجال القانون العام (دستوري - إداري - دولي)^(٤).

(١) د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، ج ١ في انعقاد العقد (اركان العقد)، ط ١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧م، ص ٦٢-٦٣.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والارادة المنفردة، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ١٩٨٤م، ص ٣٣.

(٣) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني (نظرية العقد والارادة المنفردة)، ج ٢، ط ٤، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ١٩٨٧م، ص ٩٥.

(٤) د. احمد حشمت ابو سنيت: نظرية التزام في القانون المدني الجديد، ج ١ (مصادر التزام)، ط ٢، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ١٩٥٤م، ص ٣٩-٤٠.

لكن يمكن التعقيب على ما سلف ذكره من أن العقد نطاقه القانون الخاص ويقتصر على المعاملات المالية، بأن العقود هي أداة للتعامل في شتى المجالات وكل مجال يضيف على العقود التي تنطوي تحته بطابع خاص، فالاتفاقات الأخرى تبقى تخضع للمبادئ العامة للعقود في آثارها وتكوينها وأن تمايزت عن عقود القانون الخاص مادامت لا تخرج عن كونها اتفاقات بالتراضي وقوامها توافق إرادتين.

وبما أن تعريف العقد كما ورد أنفاً بأنه (اتفاق إرادتين أو أكثر.... الخ) فأذن يخرج من إطار العقد الالتزام الذي ينشئ بالإرادة المنفردة لما تنشئه من الالتزامات يصعب فيها الوصول إلى ميلاد الالتزام على أساس التعاقد، ومثال التزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة، الوعد بجائزة، الإيجاب الملزم، الاكتتاب في أسهم الشركات المساهمة^(١).

٢ _ مفهوم العقد في دائرة القانون العام

إن العقد كما أنه عصب النشاط الاقتصادي وأداة التبادل التجاري في دائرة القانون الخاص، فهو كذلك بالنسبة للإدارة في معاملاتها، فالإدارة تبرم العقود تقضي بها رغبات وتشبع حاجات وتخلق بها أسواق وترغم بها سياسيات تسعيرية وتتعش بها استثمار.

فقد تظهر الإدارة طرفاً في العقد باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص لا تختلف عن العقود الخاضعة للقانون الخاص، وقد تكون طرفاً فيها باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام، فالأولى تسمى بعقود الإدارة والثانية تسمى بالعقود الإدارية التي وأن تعد اتفاق لإحداث أثر قانوني لكن بعض خصائص العقد الخاص فقدت من العقد الإداري، لذا تختلف اختلافاً كبيراً عن عقود القانون الخاص، لكن العقود بمظهر عام المدنية أو الإدارية ترسخ للأحكام العامة للعقود أي للقواعد التي تحكم الإيجاب والقبول بما معناه أن إرادة الطرفين قائمة على التراضي، كما تخضع إرادة كل طرف لقواعد نظرية عيوب الإرادة سيان تعلق الأمر بغلط أو تدليس أو إكراه ولا تُغاييرها إلا بما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية لكن لا يمكن الاستدلال على العقد الإداري وتميزه عن غيره من العقود إلا وفقاً للمعايير معينة تتمثل في أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، فيجب أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام إلا أن القضاء الإداري لم يتشدد في ذلك إنما اقر بإمكانية أبرامه من أحد أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن الشخص العام، إلا أن صفة المتعاقد وحدها لا تغني إنما يستلزم أيضاً أن يرتبط موضوع العقد بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله

(١) د. محمد حسني عباس: العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص ٣٤.

أو المساهمة فيه، ومتى انقطعت الصلة بين العقد واتصاله بمرفق عام أصبح العقد من عقود القانون الخاص ولو كان أحد طرفية من أشخاص القانون العام، وأيضا مما يميّز العقود الادارية أتباع الإدارة وسائل القانون العام باحتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تتجلى بأن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة لا يتمتع بها الفرد العادي^(١).

ويبدو أن محكمة التمييز أخذت بهذه العناصر مجتمعة في تعيينها للعقد الإداري، فقد قررت ما يأتي " ولما كان العقد الذي أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل انشاء مرفق عام.. متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام، وشروط غير مألوفة من إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات تأخير.. فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية"^(٢).

كما أن المحكمة الدستورية نهجت ذات النهج الذي أتبعته محكمة التمييز بخصوص العناصر المحددة للعقد حيث قضت "..... كان يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه وان تتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بالمرفق العام وأخذة بأسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط غير مألوفة في القانون الخاص....." ^(٣).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المقصود ب(الشروط الاستثنائية) كما عرفها رجال القضاء الفرنسي بانها (الشروط التي تمنح المتعاقدين حقوقاً وتضع عليهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يقبلها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية)^(٤).

(١) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي: مبادئ واحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣.

(٢) ينظر حكم محكمة تمييز العراق رقم الإضبارة (٢٥٢٧/حقوقية/٩٦٦) في (١٢/١١/١٩٦٦).

(٣) طعن رقم (٥١٤) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٨.

(٤) اما فقهاء القانون فيرون ان الشروط الغير مألوفة هي (تلك الشروط التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقا او تحملهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يحق للمتعاقدن الاتفاق عليها بحرية في ضل القوانين المدنية والتجارية) مثل الشروط التي تمنح الادارة امتيازات لا يمكن ان يتمتع بها المتعاقد الاخر، وكذلك الشروط التي تخول المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير كشارك المتعاقد مع الادارة في تيسير المرفق العام، او شرط جعل الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الاداري وهذا الشرط هو العامل الحاسم في ابراز صفة العقد الإدارية. ينظر في ذلك د. ماهر صالح علاوي: مبادئ القانون الاداري، جامعه بغداد، بغداد، ١٩٩٦م، ص ٤٢٤.

فوجود الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية يفتح الباب أمام كل عقد إداري بعدم التقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تلك القاعدة التي تصب في مبدأ حرية التعاقد كما سنرى خصوصا أن هذه الشروط والامتيازات قد منحت للإدارة لضمان انتظام المرفق العام خدمة لصالح العام.

وفي ذلك أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن "المشرع بعد أن ترك لطرفي التعاقد حرية تكوين العقد بإرادتها قضى بأنه لا يجوز نقض هذا العقد أو تعديله إلا باتفاقهما أو لأسباب التي يقرها القانون وعلى أن يتم تنفيذه وفقاً لموجبات حسن النية، وفي مجال العقود الإدارية فإنها تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات فيما لم يشترط المشرع صراحةً إجراءً شكلياً معيناً في إبرام عقد محدد، فإنه يكفي التقاء إرادتي الإدارة والمتعاقد معها لقيام الرابطة العقدية"^(١).

ثانياً: ظهور الحرية في العقد

إن جوهر العقد يتمثل في الإرادة الحرة، فالعقد يلزم أن ينشعب بالحرية بدءاً وانتهاءً، لذا يجب أن لا تتخلف الحرية في أي مرحلة من مراحل العقد، وهذه الحرية من أعظم مظاهرها أن يكون للمتعاقد حرية الاختيار بين التعاقد وعدمه، وحرية اختيار التعاقد معه، وذلك عندما تكون إرادات الأطراف حرة وتكون غاية العقد إنشاء الحقوق والالتزامات، أما إذا كانت الإرادات غير حرة عندئذٍ تفتقد الحرية، وبالتالي لا تكون بصدد روابط عقدية^(٢).

لكن بما أن العقد ينشأ عن تقابل إرادتين أو أكثر ويعد أساساً مهماً في النشاط الاقتصادي، هذا يجعله معرضاً لمؤثرات خارجية وقيود عديدة توائم هذا الكيان الإرادي، لذا فالحرية لم ترتبط بالعقد منذ القدم فقد كانت ضرورة سد الحاجات المتزايدة وظهور النقود بصورتها البدائية ثم النقود المصنعة من المعادن، أدى ذلك لظهور المبادلات التي بدورها أفرزت الحاجة إلى العقود، ففي ظل القانون الروماني كان العقد ينعقد بمجرد اتمام الشكل، حيث نشئ العقد مرتبط بين ديني كانت سبباً في الزام أطرافه، حيث يتلاشى دور الإرادة عند

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٨ بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٣، جلسة ٨/١/٢٠٠٣ ملف رقم ٣٢٥٣/٢/٣٢، المبادئ القانونية التي اقترتها الجمعية، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج٣٥، قاعدة رقم ١٥٨، ص٢١٠.

(٢) رمضاوي سليمان: الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، معارف (مجلة علمية محكمة) قسم: العلوم القانونية (الجزائر)، العدد (١٦)، ٢٠١٤م، ص ١٧٠ - ١٧١.

اختيار نوع التصرف ثم نوع العقد فلم تكن الإرادة هي من تنشئ الالتزام، إنما ينشئ بتمام الإجراء الشكلي على الوجه الصحيح وهذه الشكلية أتصف بها القانون الروماني في بادئ تطوره، إلا أن الشكلية لم تعد ملائمة مع ما حصل في المجتمع الروماني من تطور في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، مما أدى الى ظهور مبدأ سلطان الإرادة إلا أن ظهوره لم يجعل منه الأصل بل بقي استثناءً والقاعدة تتمثل بالشكلية، فلم يكن الرضا مصدرًا للالتزام حيث يضمحل دور الرضا عندما تبدأ المراسيم الشكلية الضرورية لإبرام التعاقد^(١).

وهذا ما كانت عليه الجاهلية قبل الإسلام، فقد عُرفت العقود الشكلية في هذه الحقبة مثل المنابذة وبيع الحصة^(٢).

إلا أن التصارع بين الشكلية والرضائية أستمّر في القانون الروماني حتى كتب للرضائية الغلبة، فالعقد تدرج من الشكلية المسرفة الى الشكلية المخففة وصولاً الى العقد الرضائي، إلا أن الشريعة الاسلامية عدت الرضا لوحدة هو الركن الكافي لإنشاء العقود إلا في حالات محددة، فالأصل في شريعتنا الغراء هو الاتفاق الكلي على حرية التعاقد والرضائية في العقود، مالم يكن في الشريعة أو قواعدها ما يحرم من عقد أو شرط.

ومما يستوجب التنويه إليه أن الرضائية في العقود لاتعد من النظام العام، إذ يمكن أن يتفق الطرفان بأن لا ينعقد العقد إلا وفقاً لشكلية معينة كتدوين العقد في ورقة رسمية أو عرفية، فلا يكفي مجرد الرضا لتمام العقد فلا بد من استيفاء الشيء المتوافق عليه^(٣).

لذا نرى أن الشكلية تمخضت عن رضا الطرفين فلو لم يتفق الطرفان على شكلية معينة لتم العقد بدون أن يستوفي تلك الشكلية.

(١) دور الإرادة كان يقف عند أقدام الطرف الاول على اداء الواقعة التي ينشأ عنها التزام واستكمال الطرف الثاني لهذه الواقعة بأن يحضر بنفسه ليستلم الشيء أو ليستمع الى العبارة المنشأة للالتزام ويجب عليه ويقتصر دوره في العقود الكتابية على استكمال الصك الكتابي. ينظر في ذلك د. عبد المنعم درويش: محاولة لتحليل فكرة التزام العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١١٩.

(٢) يقصد بالمنابذة كما رواه مسلم ومالك " هو أن يطرح كل من المتبايعين ثوبه الى الآخر من دون نظر أو تراضي فيقال هذا بهذا أي كل منهما نبذ ثوبه لآخر" وكذلك الملامسة "بيع بأن يتم بأن يلمس كل من المتبايعين ثوب الآخر دون تأمل، أما بيع الحصة كما فسره ابن عبد البر" هو بيع تكون فيه الثياب مبسوطه، فيقول المشتري للبائع: أي ثوب من هذه وقعت عليه الحصة التي أرمي بها فهو لي بمقابل يعينه، فيقول البائع: نعم.

(٣) د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص ٨١.

ففكرة حرية التعاقد كان أول ظهور لها على يد المدرسة النفعية ذات الاتجاه الفكري الذي ظهر في انكلترا، والتي تجعل من مبدأ السعادة العظمى رمزاً لها، وتجعل للأفراد حقوق قانونية يجب أن تمنع عنهم أو تُمنح لهم حسب اعتبارات المنفعة العامة، كما أن المذهب الفردي بدعماً للحرية الفردية في المجال الاقتصادي فإنه يكون داعماً للحرية التعاقدية بالضرورة، لأن انصار هذا المذهب يرون أنه لتشجيع التبادل الاقتصادي لا بد من إزاحة كافة العقبات التي تُعوق الحرية التعاقدية، ولتدعيم مبدأ حرية العمل والتجارة، الذي يشار إليه بمبدأ دعه يعمل دعه يمر، الذي يكمل ضمناً مبدأ دعه يتعاقد^(١).

فالحقيقة هي أن حرية التعاقد نتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي يعد من نتاج النظريات الفردية التي تجعل الإرادة الإنسانية مصدراً للأوضاع القانونية كافة سواء في إطار القانون العام بالقول: إن الشعب مصدر السلطات، التي تكون فيها العلاقات التي تنشأ بين الفرد والدولة يحكمها مبدأ سلطان الدولة، في حين تكون الروابط التي تربط الفرد بغيره من الأفراد في إطار القانون الخاص تنظمها فكرة سلطان الإرادة^(٢).

ومن ما مر ذكره يتبين لنا؛ أن حرية التعاقد وأن أتضحت بعض معالمها عند الحديث عن مفهوم العقد والحرية في العقد إلا أنها لا تتبين بصورة أدق وبشكل مجمل إلا بالحديث عن مبدأ سلطان الإرادة وماهيته.

ثالثاً: ماهية مبدأ سلطان الإرادة

سبق ورثينا أن المبدأ الذي ينادي بوجوب إعطاء الإرادة الحرية المطلقة في ترتيب ما تنشأ من الآثار على العقود التي تبرمها قد نشأ كرد فعل ضد شكليات القانون الروماني، إلا أنه لا يمكن التعويل على ذلك فالإرادة ليست لها الحرية المطلقة في إنشاء العقود وترتيب آثارها بلا حدود، فقد شهد مبدأ سلطان الإرادة تطورات بين مناصرين لهذا المبدأ ومنتقدين ومعتدلي الرأي تجاهه.

فقد ظهر المذهب الفردي وأنصاره الذين يغالون بإعطاء الإرادة الحرية التامة والسلطان الكامل في ترتيب ما تنشأ من الآثار فلم يقتصر سلطانها عندهم على توليد الالتزامات فحسب، بل ينتج كل الحقوق الأخرى فمثلاً حقوق الأسرة بنظرهم قائمة على عقد الزواج أي على إرادة،

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوي: مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٩.

(٢) د. عبد الحميد علي فوده: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ١٣.

فيما أتجه منتقدي هذا المبدأ إلى عدم إعطاء الإرادة الحرية التامة بل لابد من تقيدها الى أقصى الحدود وهذه الانتكاسة لمبدأ سلطان الإرادة كانت نتيجة ظهور الروح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي فأتجه انصار المذهب الاشتراكي الى القول أن العقود لا تستمد قوتها مما للإرادة من سلطان بل من اعتبارات اجتماعية تعود الى الاستقرار والثبات الواجب توفرهما في المعاملات، والثقة التي يولدها التعاقد لدى المتعاقدين^(١)، إلا أن رأي المعتدلين يتجه بالقول إلى الرجوع الى مبدأ سلطان الإرادة ولكن في حدود معينة، وهذا ما مسلم به في الفقه حيث إن الإرادة تقوم عليها اغلب التزامات، سواء تلك التي تعتمد على الإرادة وحدها (كالتصرفات من جانب واحد) أم تلك التي تعتمد على توافق إرادتين (كالعقود)، فالإرادة قادرة لوحدها على إنشاء من التصرفات القانونية والعقود ما تشاء، وحرّة في تحديد آثار العقد ومضمونه وحتى إنهائه مادامت ملتزمة بحدود النظام العام والآداب العامة في ذلك^(٢)، وهذه الحدود سنبينها عند الحديث عن القيود الواردة على الحرية التعاقدية باعتبار هذه الحرية من نتائج مبدأ سلطان الإرادة كما سنرى.

فيُعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه (قدرة المتعاقدين على انشاء ما يرتضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد)^(٣).

ومبدأ سلطان الإرادة يقوم على اساس فكرتين^(٤): **الفكرة الأولى** تتمثل في أن الإنسان غاية ولا يمكن عده وسيلة، فالشخص على ضوء هذه الفكرة لا يلتزم بإرادة غيره (لا يرتب العقد التزام في ذمه الغير)^(٥)، أما **الفكرة الثانية** فهي أن الإنسان كائن له إرادة حرة بمعنى أنه يلتزم بإرادته وحدها حيث إن الإرادة قانون صاحبها فالشخص يلتزم لأنه أراد ذلك.

فإذا كان من إحدى نتائج المذهب الفردي وتطور الحرية الاقتصادية هو مبدأ سلطان الإرادة فانه لابد من القول: إن الإرادة في مجال تكوين العقد توول الى مبدأ حرية التعاقد بمضمونه الواسع، وكما أن الإرادة هي من تجعل للعقد عند أنشائه وجوداً قانونياً لذا فهذه الإرادة لابد من ان تكون خالية من العيوب، الأمر الذي يدفعنا للحديث عن مبدأ الرضائية.

(١) د. عبد الحميد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ٦٢-٦٣.

(٢) د. عبد الحميد علي فوده: المصدر السابق، ص ١٣.

(٣) د. أيمن ابراهيم العشماوي: المصدر السابق، ص ٢٣.

(٤) د. فاروق عبد البر: مصدر سابق، ص ٤٠٩.

(٥) المادة (١٥٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل.

هذا المبدأ الذي يعد من البديهيات التي لا بد من وجودها قبل مزاوله حرية التعاقد، فالرضائية ركن اساسي في العقد لا يقوم بدونها والتي تعني أن تكون هنالك إرادة لدى كل من العاقدين وأن تتجه إرادة كل منهما الى إحداث اثر قانوني معين، فلا وجود للعقد ان لم يكن هنالك رضا وبدون الإرادة لوجود لرضا، لكن هذه الإرادة يجب أن تكون جدية حيث لا بد من التعبير عنها صراحة أو ضمناً، وأن تتطابق هذه الإرادة مع إرادة اخرى تعبر عنها بدورها^(١)، فلا يمكن التكلم عن الحرية التعاقدية دون أن يكون هنالك تراض الذي يعد من لوازم مبدأ حرية التعاقد.

فالإرادة ظاهرة نفسية لا تهم القانون في شيء وحتى يهتم القانون بالإرادة لا بد أن تخرج من كوامن النفس بالتعبير عنها لأن التعبير عن الإرادة علامة وجودها ووجود أثرها، إلا أن التعبير عن الإرادة ليس شرط أن يكون موافقاً للحقيقة فقد يكون مغايراً لها فقد يعترها عيب ينال من حريتها تقييداً ومن سلامتها نقصاً، فالإرادة هي أن يستوعب الشخص مضمون التعاقد وأن يكون على دراية كاملة بظروف التعاقد وقادر على الاختيار بين الاحجام عن التعاقد أو الإقدام عليه ووزن مصالحه المادية والأدبية، ويكون هذا التعاقد مقصده في النهاية ويكون متفهماً للتصرف والحقوق والتزامات المترتبة عليه وله، وأن يكون قاصداً لكل ذلك وأن لا تكون إرادته مدفوعة بأي غلط وقع فيه سواء من تلقاء نفسه أو عن طريق الحيل والتدليس التي يتعرض لها من قبل الغير^(٢)، فالأهلية تدور وجوداً وعدمياً مع الإرادة، فاذا كان الشخص منعدم الأهلية انعدمت إرادته، واذا كنا بصدد شخص كامل الأهلية فان إرادته موجودة، واذا كان ناقص الأهلية فإرادته معيبة، فنقص أهلية المتعاقد بعيب إرادي لا يؤثر في وجود الإرادة وإنما يمس سلامتها ويجعل بطلان العقد بطلاناً نسبياً (اي قابل للأبطال من قبل القاضي بطلب من تقرر الإبطال لمصلحته وهو الطرف الناقص الأهلية أو الذي عيبت إرادته) وأن يكون هذا العيب الإرادي هو الدافع الى التعاقد ويتصل بالمتعاقد الآخر^(٣).

ولقد رتب الفقه نتائج لمبدأ سلطان الإرادة تمثلت في نتائج ثلاث هي:

الأولى: إن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) بمعنى أن الشخص حر من البداية في أن يتعاقد فيلتزم بالعقود التي يبرمها أو أن يمتنع عن إبرام عقد محدد وبالتالي لا تتكون في ذمته أي التزامات، كما يمكن للأشخاص المساومة على أوصاف

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق، ص ٨٨ - ٨٩.

(٢) د. عبد الحميد علي فوده: مصدر سابق ص ٨٩.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي: المصدر اعلاه، ص ٩٣.

العقد وشروطه ونوع التعاقد الذي يبتغونه دون التقيد بأصناف العقود التي ينظمها القانون ولا يجبر على التعاقد مع شخص لا يرغب بالتعاقد معه أو يمنع من التعاقد مع من يريد^(١).

الثانية: إن الإرادة حرة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد (الرضائية) فالرضا هو العنصر الجوهري لأنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عليه فلا يمكن أن يقيد بأي قيد يقلل من حرية التعاقد، فلا تكون هنالك آثار غير التي اتجهت إليها أرادتهما^(٢).

إلا أن هناك تساؤل يثار حول هذا النتيجة إلا وهو ما الحل في حالة اختلاف أثر من آثار العقد عما اتفقا عليه بداية؟ هنا يتعين على القاضي أن لا يطبق عليهما ما يراه هو بل يتجه الى نيتهما فأن كانت واضحة يطبقها ويلزمهما بتنفيذها فلا يمكن له أن يعدل أو يبديل فيها أو يقلل أحدهما من تنفيذها^(٣).

الثالثة: إن التزام الإرادي التزام عادل.

فالنتيجة الأولى والثانية تصب في مبدأ حرية التعاقد، أي أن جانبي مبدأ سلطان الإرادة هما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ حرية التعاقد^(٤)، إذن يتفرع عن مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ الرضائية وما يترتب عليه من عد الإرادة اساس القوه الملزمة للعقد، وعلى ذلك فان الشكلية تعد تقييداً للحرية التعاقدية القائمة على الرضائية، فالإرادة لن تكون حرة ولن تحتفظ بفعاليتها في إنشاء التزام إذا ما توقفت أثارها بسبب الحاجة إلى إفراغها في شكل أو قالب معين^(٥).

يتبين لنا أن حرية التعاقد والرضائية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ جميعها نتائج تَحْتطها الإرادة فهي المصدر والأصل الذي تَسْتند عليه تلك المبادئ الفرعية.

وسبق وقلنا: إن الإرادة هي أساس القوه الملزمة للعقد أي اساس قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) التي تعني تنفيذ ما ورد في العقد لأنه يمثل إرادة المتعاقدين، فالشخص وأن كان حراً في الدخول في العلاقة العقدية أم لا إلا أنه بعد دخوله يتقيد بها، فلا يجوز للأطراف نقض العقد أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر ولا يمكن فسخة إلا إذا أحل الطرف الآخر،

(١) د. فاروق عبد البر: مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) د. دنون يونس صالح المحمدي: نظرية الامن التعاقدية، دار نون لطباعه والنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠١٨م، ص ٢٧.

(٣) د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص ٦٥.

(٤) د. محمد حسني عباس: مصدر سابق، ص ١٩.

(٥) د. عبد الحميد علي فودة: مصدر سابق، ص ١٤ وما بعدها.

فالمتعاقدون هم من يلزمون أنفسهم بإرادتهم الحرة^(١)، وسنتكلم على هذه القاعدة بصورة أكثر وضوحاً عن الحديث عن مرحلة تنفيذ العقد ومدى أعمال حرية التعاقد فيها وذلك في مجال العقد المدني والإداري.

المطلب الثاني

نطاق حرية التعاقد والقيود الواردة عليها

بعد ما انتهينا من التطرق للعقد من الجانب التعريفي وتوصلنا إلى أنّ الحرية التعاقدية قد تمخضت عنه، نستتبع هنا هذه الحرية خلال مراحل العقد لنرى مستواها في كل مرحلة فالحرية التعاقدية كما سنرى إنما تمارس في المرحلة الأولى والثانية وهما مرحلة التفاوض وأبرام العقد، أما مرحلة تنفيذ العقد ليست مجال تمارس فيه حرية التعاقد إنما تكون مرحلة ناتجة عما قبلها فهي أثر من آثار ممارسة الحرية التعاقدية في المرحلتين السابقتين، فمرحلة التنفيذ مرحله لا يتدخل فيها أحد سواء من أطرافها أم الغير إلا أنه واستثناءً يمكن التدخل فيها لإعادة التوازن العقدي المختل نتيجة هيمنة الطرف القوي على الطرف الضعيف لسوء استخدام الحرية التعاقدية في مرحلة ما قبل التعاقد والإبرام أو نتيجة ظروف طارئة أو ضمان لدوام استمرار سير المرفق العام بانتظام واستمرار^(٢).

كما إن حرية التعاقد في المراحل أنه الذكر تكون مقيدة بقيود خاصة بكل مرحلة نتكلم عنها عند تناول نطاق هذه الحرية فضلاً عن ذلك عليها قيد عام يتمثل بفكرة النظام العام والآداب فلا يمكن للأفراد أن تكون إرادتهم متجهة للأحداث أثر معارض للنظام العام والآداب فضلاً عن تدخل المشرع والقاضي حماية للطرف الضعيف وتعديل العقد لإعادة التوازن بين طرفية.

لذا لنتناول ذلك بشكل أكثر تفصيلاً وتوضيحاً لما نريد الحديث عنه من نطاق وقيود واردة على حرية التعاقد نقسم هذا المطلب الى فرعين نتطرق في الفرع الأول لنطاق حرية التعاقد وفي الفرع الثاني سنخصصه للقيود الواردة على الحرية التعاقدية وعلى النحو الآتي:-

(١) د. سمير عبد السيد تناغو: مصادر الالتزام، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥م، ص١٠.

(٢) د. مصطفى جمال: السعي الى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢م، ص٣٧.

الفرع الأول

نطاق حرية التعاقد

لكل عقد مراحل يمر بها لتمامه بدأ من مرحلة التفاوض مروراً بأبرام العقد وصولاً الى تنفيذه واكتسابه القوة الملزمة، ويختلف مستوى حرية التعاقد في هذه المراحل من مرحله لأخرى سواء في الجانب الخاص أو العام، كما أن الحرية التعاقدية تقيّد بقيود خاصة تزامن كل مرحلة لا نتطرق لجمعيتها إلا بالقدر اللازم الموضح لمستوى تلك الحرية في نطاق المرحلة التي نتطرق لها وعلى النحو الآتي:

أولاً: الحرية التعاقدية في مرحله ما قبل ابرام العقد

إن الحرية التعاقدية التي تتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة تبدو من النظرة الأولية لها أنها مثبتة الصلة في حرية التفاوض، لأننا لا نكون أمام تعاقد قد بدأ مالم يمر بهذه المرحلة حيث أن الشخص لا يمكن أن يلتزم إلا بموجب عقد أو قانون أو يمكن بإرادته المنفردة، فلا يجبر أي شخص على التفاوض فله الامتناع عن ذلك.

قبل الدخول في تعريف المفاوضات لابد من أن نتعرف كيف تأتي المفاوضات؟ أن المفاوضات أما أن تأتي بدعوه الى التفاوض توجه من احد الطرفين الى الآخر، أو تأتي بتوجيه ايجاب بات لا يقبل به من وجه إليه ودون أن يتقدم من ناحيته بإيجاب بات، فيسقط الإيجاب في هذه الحالة ويدخل الطرفان في دائرة المفاوضات الى أن تنتهي^(١).

فالمفاوضات تعني (هي أثبات حرية أطراف العقد في تبادل المناقشات والمراسلات والاتصالات للوقوف على طبيعة العقد المقدمين على إبرامه وتحديد آثاره من حقوق والتزامات)^(٢)، كما عرفت بانها (حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد)^(٣).

على ضوء هذين التعريفين يتضح أن التفاوض على العقد إنما هو تصرف إرادي فلا إجبار فيه فهو لا يحدث إلا عندما تكون إرادة الطرفين قد اتجهت الى الدخول في التفاوض لغرض أبرام عقد محدد، أذن التفاوض على العقد مرتبط بالحرية التعاقدية لأن كلا الطرفين لا

(١) د. مصطفى جمال: المصدر السابق، ص ٣٨.

(٢) رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٣.

(٣) د. محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضاتها، ابرامها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧م، ص

يقيد بغير إرادته، فلكل منهما مطلق الحرية في اختيار شخص من يتعاقد معه ومضمون العقد وطبيعة محله وتحديد شروطه وآثاره كما لهما حرية قبول التعاقد أو رفضه، فالمفاوضات تُعتبر خطوة جداً مهمة لتحقيق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف من وقوعه في غبن الطرف الأقوى فيكون من يقبل على التعاقد مطمئناً الى وجود مرحلة سابقة على التعاقد تمكنه من دراسة جدوى العقد والاطلاع على كل جوانبه الإيجابية والسلبية^(١).

فالمفاوضات التي تسبق العقد تقوم على مبدئين أولهما: حرية التعاقد - أي أنه بموجب هذا المبدأ يمكن للأطراف عدم الاستمرار بالمفاوضات التي بدئوا فيها لأن الحرية إنما تعني القدرة على السير في مفاوضات عديدة في وقت واحد لاختيار الأفضل منها وثانيهما: مبدأ حسن النية أي أن المتفاوضين يجب أن يتفاوضوا بأمانه وشرف وثقة متبادلة^(٢)، إلا أن التزام بحسن النية قد ينتج عنه التزام بالتفاوض، لكن الاستمرار بالتفاوض لا يعني الزام المتفاوضين بالتوصل الى أبرام العقد؛ لأن القول بذلك معناه مصادرة لمبدأ حرية التعاقد لأنه قد يجد أحد المتفاوضين أن العقد لا يصب في مصلحته من الناحية الفنية أو الاقتصادية^(٣).

ومن الجدير بالذكر أن التفاوض ليس له دور في كل أنواع العقود فهناك من العقود ما لا تستوجب أن يكون هنالك تفاوض يسبق أبرامها، حيث يكون هنالك تلاقي مباشر بين الإيجاب والقبول كالعقود البسيطة المتداولة يومياً ك شراء جريدة أو خبز، كما أن هنالك عقود لا تسمح طبيعتها بالتفاوض (كعقود الإذعان) فهذه العقود مستبعد عنها كلياً التفاوض ذلك لأن تحديد شروط العقد يخضع الى كامل إرادة أحد الطرفين ولا يتمكن الطرف الآخر إلا الإذعان لبنود العقد، فعقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون ان يكون له ان يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد، ومن هذا وصفت هذه العقود "بالإذعان"، وقيل ان أول من سماها كذلك القانوني الفرنسي في مطلع القرن العشرين، وذلك نتيجة الي التطور الصناعي والتكنولوجي والتقني في الآونة الأخيرة وما صاحبه من تطور في الخدمات والمنتجات أبلغ

(١) رجب كريم عبد اللاه : المصدر اعلاه، ص ٥٣-٥٤.

(٢) مصطفى خضير نشمي: النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد، رساله ماجستير، كليه الحقوق، جامعه الشرق الاوسط، ٢٠١٤م، ص ٣٥-٣٦.

(٣) د. اكرم البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله: اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٤٩)، مجلد (١٣)، ٢٠١٦م، ص ٤٠٩-٤١٠.

الأثر في تطوير صياغة العقود وتعدد صورها، كما أدى ذلك إلى ظهور فئة من العقود التي لم تكن موجودة في المجال القانوني، حيث كان لظهور العولمة الأثر الكبير في تحرير التجارة وانتشار سياسة الانفتاح الاقتصادي في العلاقات الدولية من خلال منظمة التجارة العالمية، ومن أمثلة عقود الإذعان : عقود الخدمات الضرورية مثل عقود شركات الكهرباء، والمياه، والتليفونات، عقود التأمين، وايضا النقل بوسائل النقل المختلفة سواء كانت وسائل برية (السيارات والاتوبيسات العامة) أو جوية (الطيران) أو بحرية (السفن)

ويمكن اجمال خصائص عقد الإذعان في خمس خصائص:

أولاً: الإيجاب في عقد الإذعان يتميز بأنه معروض بشكل مستمر على كافة الناس

ثانياً: الإيجاب يكون ملزماً للموجب لمدة أطول من الإيجاب في العقود المعتادة

ثالثاً: عقد الإذعان غالباً ما يكون مكتوباً بصفة مسبقة

رابعاً: الطرف القوي في عقد الإذعان غالباً ما يكون محتكراً للسلعة أو الخدمة

خامساً: غياب مناقشة بنود العقد

وفي النهاية إذا تم التوقيع على العقد المذعن من قبل الطرف الثاني المتعاقد (المذعن إليه) فإن ذلك يعتبر رضاً منه بكافة بنود العقد ولا يمكنه التوصل منها ولكن يكون له حق المطالبة بتخفيف هذه الشروط المتعسفة والتي تصب فقط في مصلحة الطرف الأول الأقوى (الذاعن)، إضافة الى هذه هنالك ما يسمى **(بالعقود النموذجية)** التي توضع بنودها بواسطه تجمعات مهنية غايتها الاهتمام بمصلحه الفئة التي تتبع لها، وما على الطرف الآخر الضعيف سوى القبول بها^(١)، فهذه العقود إنما تعد قيود على الحرية التعاقدية في هذه المرحلة.

ويستوقفنا تساؤل هل أن المفاوضات محكومة بنظام قانوني يمكن الرجوع إليه؟ الواقع يشير إلى أن القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ يخلو من نص ينضم هذه المرحلة كذلك القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، ولعل ذلك راجع الى عدم أنتباه مشرعي هذه القوانين الى أهميه هذه المرحلة لبساطه المعاملات وسهولتها آنذاك، أما المشرع العراقي وإن سايرهم بالاتجاه بعدم وضع قواعد منظمة لهذه المرحلة إلا أن القانون المدني العراقي يعترف بها على أساس أنها مرحله توصل الى أبرام العقد النهائي إذا ما توصل الطرفان الى

(١) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر التزام، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٢م، ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

اتفاق على المسائل الأساسية الجوهرية حتى ولم يتفقا على المسائل الثانوية إلا إذا علق انعقاد العقد من قبل طرفي التفاوض على توافقهما على هذه المسائل الثانوية^(١)، لكن بالرغم من المسلك الذي يُحمد عليه واضعو القانون المدني العراقي إلا أننا نرى بأن يكون موقف المشرع أكثر وضوحاً بتنظيم هذه المرحلة بنصوص خاصة باعتبارها مرحلة مهمة يستهل بها أي عقد للوصول ابرام عقد يرتضيه طرفا التعاقد دون وقوع طرف في شرك طرف آخر أكثر منه علماً بالعقد وظروفه وجدواه.

كما أن الإدارة حرة في الأسلوب الذي تتبعه لاختيار المتعاقد معها ولكن عند وجود نص أو أن تلزم الإدارة نفسها باتباع أسلوب المناقصة فأنها حينئذ تنقيد بالقواعد المنظمة لتلك المناقصات، ولكن هل الإدارة حرة في التفاوض مع من رست عليه المناقصة؟ أن الإدارة حرة في ذلك؛ لأن الأصل هذه الحرية وباعتبار أن التفاوض مرحلة أساسية في كل العقود، وأن حرية التفاوض جزء من الحرية التعاقدية، لكن هذه الحرية يلزم تعيين نطاقها بنصوص قانونية تقيدتها بقيود ترسم نطاقها في ضوء تحقيق مصلحة المرفق العام من أن يكون هنالك أخلاص بما للمتعاقد مع الإدارة من حق المشاركة في صياغة العقد وتعيين شروطه^(٢).

فمجال التفاوض في حال أذا ما تم التعاقد بأسلوب المناقصة يقتصر على التحفظات والسعر، فالإدارة تتفاوض مع مقدم العطاء الأقل الذي اقترن عطاؤه بتحفظات بعد أن تنتهي لجنه البت بالعطاءات من التقييم للتوصل إلى أفضاه بتنازل عن هذه التحفظات كلها أو جزء منها، أما بخصوص التفاوض على السعر فذلك يكون عندما يفوق العطاء الأقل المقدم مستوى السعر السائد في السوق، فالإدارة تقوم بالتفاوض مع صاحب هذا العطاء لجعله بمستوى سعر السوق^(٣).

(١) نصت المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ (١) يقابل الايجاب القبول اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها، اما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة ٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيليه يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعد العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع واحكام القانون والعرف والعدالة) ينظر في ذلك مصطفى خضير نشمي: المصدر السابق، ص ٢٧- ٢٨.

(٢) د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٠٥.

(٣) د. محمد احمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الادارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١١٨.

إلا أن الإدارة قد تلجئ في اختيار المتعاقد الى أسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر، فسلوك الإدارة طريق الممارسة يعني أنها غير ملزمة بالتعاقد مع الشخص الذي وقع عليه اختيار لجنه البت بالعطاءات فللجنة الممارسة لا تصدر قرارها باختيار المتعاقد معها إلا بعد أن تقوم بمفاوضه الممارسين في اجتماعات علنيه وقرار الترسية يصدر على ضوء هذه المفاوضات ومن أمثلة العقود التي تتم بهذه الطريقة عقود المعاونة أو المساهمة، أما أسلوب الاتفاق المباشر فأن الإدارة تتعاقد وبصورة سريعة ومباشرة دون الإخذ بإجراءات المناقصة المعقدة مع صاحب الاحتكار أو الخبرة التخصصية، وقد تلجأ الإدارة الى هذا الأسلوب إذا كان العقد يتسم بالسرية أو يتسم بالاعتبار الشخصي كعقد التزام المرفق العام^(١).

من ما مر ذكره يتبين لنا أن في أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر تتمتع الإدارة فيهما بمرونة في المفاوضات وحرية أكبر في اختيار المتعاقد معها من أتباعها أسلوب المناقصة التي يتحدد دور المفاوضات التي تقوم بها الإدارة على التحفظات والسعر فقط، إلا أن ذلك لا يعني اطلاق يد الإدارة عند اختيار المتعاقد وفقاً لهذين الاسلوبين من أي قيد فيجب أن تنقيد بالمصلحة العامة وعدم أهدار حقوق المتعاقد الأساسية.

فقد نظم أسلوب المناقصة والممارسة والاتفاق المباشر بموجب قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ النافذ، فالحال في مصر أن الإدارة حرة في اختيار المتعاقد إلا إذا وجد نص تشريعي يوجب على الإدارة اتباع الإجراءات الواردة في القانون أنف الذكر^(٢)، كذلك الحال في فرنسا فالإدارة أيضاً حرة في اختيار المتعاقد مالم يلزمها المشرع باتباع أسلوب معين، أما في العراق فلا يوجد تشريع واحد ينظم كيفية أبرام العقود من قبل الإدارة وإنما هنالك تشريعات مختلفة تتهم بنوع معين من العقود دون غيرها ... فنجد مثلاً قانون رقم (٣٢) لعام ١٩٨٦ الخاص ببيع وإيجار أموال الدولة وقانون شركة المقاولات رقم(٦٦) لعام ١٩٨٧..الخ^(٣)، لذا نرى أنه من مصلحة الإدارة والافراد جمع الاحكام المختلفة هذه في تشريع خاص للمناقصات والمزايدات في العراق كما هو الحال في مصر.

(١) د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ٤٣٦.

(٢) نصت المادة (١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ النافذ على (يكون التعاقد على شراء المنقولات او على مقاولات الاعمال او النقل وعلى تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والاعمال الفنية عن طريق مناقصات عامه....) ويجوز استثناء بقرار مسيب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الأتية: كمناقصه المحدودة، الممارسة، الاتفاق المباشر.

(٣) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي: مصدر سابق، ص ٤٩٦-

وأخيراً نبين بما أن حرية التفاوض تستقي قوتها من حرية كل طرف من أطراف التفاوض في اختيار ما يراه ملائماً من شروط للعقد الذي يروم الدخول فيه، لذا فهي حرية متصلة أساساً بالحرية الشخصية فينطبق عليها الوصف على أنها من المبادئ الدستورية لذا ينبغي احترامها بعدها أصلاً من الأصول القويمة في مزاوله الحرية الشخصية، وباعتبار هذه الحرية تُعد استفتاحاً للممارسة الحرية التعاقدية مما يُعلي من شأنها ويحفظ لها قيمتها القانونية، مما ينبغي على المتعاقدين عدم فرض قيود عليها تهدر قيمتها.

ثانياً: الحرية التعاقدية في مرحلة أبرام العقد

للشخص المقبل على التعاقد له الحرية في الدخول في التعاقد أو عدم الدخول وله الحرية في اختيار شخص المتعاقد معه وتحديد شروط التعاقد المقبل عليه وتحديد مضمونه وأثره، فإن رآه عادلاً محققاً مصلحة أبرم ذلك العقد وأن رآه ظالماً مخيباً لرغبته فإنه يرفضه باحثاً عن عقد آخر يرضى به وهذا تأكيداً من المشرع المدني للقاعدة الرضائية التي لا تتم إلا بتراضي المتعاقدين على شروط العقد وأركانه، حيث تكمن أهمية اختيار شخص المتعاقد في العقود الشخصية التي يكون فيها ذلك المتعاقد محل اعتبار عند المتعاقد الآخر، كعقد الإيجار والشركة، كما أن أهمية تحديد شروط ومضمون العقد تبرز في جميع العقود التي يبرمها الشخص معتقداً أنه يمارس حرية تعاقدية^(١).

إلا أن الحرية التعاقدية في هذه المرحلة تقيد بقيد وارد على حرية التعاقد في اختيار شخص المتعاقد معه وهذا القيد هو قيد الشفعة، الذي تكون صورته بأن هنالك عقد يبرم بين طرفين يتضمن بيع أحدهما عقاره للآخر فيفرض القانون شخصاً آخر غير المشتري يكون بالنسبة لطرفي التعاقد دخيلاً عليهم، فتلغى حرية البائع في اختيار شخص المتعاقد معه، فسبب اعتبارها - قيداً على حرية التعاقد - لأنه بتمام الشفعة للشفيع بحكم قضائي أو رضائي يكون قد حل محل المشتري في عقد البيع جبراً على طرفي هذا البيع، فهي قيد على حرية التصرف بين البائع والمشتري^(٢).

(١) د. ذنون يونس صالح المحمدي: مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) عرّفت المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ الشفعة بأنها " حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة" ينظر في ذلك، نبا نزار الربيعي: حق الشفعة في القانون المدني العراقي، مقال منشور في شبكة الانترنت على الموقع-

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6211

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٥.

أما في مجال العقد الإداري فالقيد أنه لا يجوز التنازل عن العقد من قبل المتعاقد مع الإدارة، كذلك الامتيازات التي تمنح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا يمكن التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام، لان العقود الإدارية مرتبطة بمصالح المرفق العام وضرورة الاستمرار بتسييره، فلا يمكن للمتعاقد الاحتجاج بقاعدة -العقد شريعة المتعاقدين- فمصالح الطرفين غير متكافئة في هذه العقود كما في العقود المدنية^(١)، لذا فالإدارة على خلاف المتعاقد معها في هذه المرحلة لا تكون ملزمة بترسيه المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً ما لم يصدر القبول بالمناقصة من السلطة المختصة باعتمادها التي لها مطلق الحرية في اعتماد المناقصة وتبرم العقد ولها أن تتجاهل هذه المناقصة ولا تقدم على أبرامه^(٢)، لأن الإدارة أن كانت لا تمتلك إلا أن تتعاقد مع من رست عليه المناقصة إلا أنها تستطيع أن لا تتعاقد أصلاً حتى لا يتم فرض عليها متعاقد لا ترغب به وهذا وفقاً لسلطة التقديرية للإدارة في عدم اتمام العقد والغاء المناقصة^(٣)، لكن حرية الإدارة وسلطتها التقديرية في ذلك تقييد في حالات محددة، فعلى ضوء قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري تلغى المناقصة على ضوء ما يلي ((الغاء المناقصة قبل البت بها إذا أستغنى عنها قبل البت بها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو في الحالات الآتية: إذا لم يقدم سوى عطاء واحد، أو لم يبقى بعد العطاءات المستبعدة سوى عطاء واحد، أو إذا اقترنت العطاءات كلها أو اغلبها بتحفظات، أو كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية، أو قد يكون الغاء بقرار مسبب استناداً الى توصيه من لجنة البت بالعطاءات))^(٤)، أما المشرع العراقي لم يحدد تلك الحالات، لذا ينبغي التدخل للتحديد للحالات التي يمكن الغاء بها المناقصات ضبطاً للحرية الإدارية في التعاقد وعدم اعطاء الإدارة كامل الحرية في الغاء المناقصة حفاظاً على حرية المنافسة وعدالة إجراءات المناقصة.

ثالثاً: الحرية التعاقدية في مرحلة تنفيذ العقد

إن الالتزامات التي تنشأ عن العقد توجب على الأطراف المتعاقدة الالتزام بتنفيذها بصورة كاملة دونما نقص أو تعديل زيادة أو نقصان، وهذا المبدأ من المبادئ الأساسية المترتبة على القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أن ذلك لا يتعارض مع إمكانية تعديله باتفاق الطرفين، فطالما أن العقد نشأ من خلال إرادتين متطابقتين فإن تعديله يكون بمثل هاتين

(١) ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ٤٣٨.

(٢) جابر جاد نصار: مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٣) أمنه عباس حسين الجابري، د. علي يوسف عبد النبي الشكري: السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة جامعه كربلاء العلمية، العدد (٣)، مجلد (١١)، ٢٠١٣م، ص ٧.

(٤) المادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨م.

الإرادتين^(١)، لذلك فالحرية التعاقدية تقوم على هذا المبدأ؛ لأن تنفيذ العقد هو أقل ما يمكن فعله لاحترام الإرادة التعاقدية بشكل عام فلا يفرض عليها مالم ترتضيه منذ الأبرام فيجب أن ينفذ العقد وفقاً لما تطلع إليه المتعاقدان بلا تحوير أو تبديل، فلا قيمة للإرادة لا تحترم ولا قيمة لعقد لا ينفذ.

فأول من تبني هذا المبدأ هو التقنين المدني الفرنسي حيث صاغة المشرع في المادة (١١٣٤) والتي جاء فيها ((الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرموها))، كما تبني القانون المدني المصري هذا المبدأ أذ جاء في المادة (١٤٧/١) منة بقولها ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب يقررها القانون))، كما صاغة المشرع العراقي في المادة (١٤٦) من القانون المدني والتي جاء فيها ((إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)).

ويجب التنويه أن استكمال صورة الاحترام لإرادة التعاقدية لا تكمن فقط في تنفيذ أصل العقد وإنما يشمل ما يعتبر من مستلزماته وفقاً لنصوص القانون المفسرة والعرف ومبادئ العقد وطبيعة المعاملة ووفقاً لمبدأ حسن النية^(٢)، فمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يتخذ موقفاً إيجابياً من حيث وجوب التعاون بين المتعاقدين فالعقود هي وسيلة قانونية للتعاون بين الطرفين ليست مجرد وسيلة للتقريب بين إرادتين متعارضتين تعبران عن مصالح متعارضة، كما لمبدأ حسن النية موقف سلبي يتمثل بامتناع المتعاقد عن القيام بأي عمل يتنافى مع الشرف والأمانة والثقة المتبادلة بين الناس لذا عليّة الامتناع من القيام بأي غش أو تدليس في تنفيذ العقد أو اللجوء الى حيل تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً أو مرهقاً أو جعله يتحمل مبالغ كبيرة لا توائم مع المنفعة المنتظرة من العقد^(٣)، كما أن العقد الذي نشأ صحيحاً^(١)، إضافة الى التزام طرفية في حدود ما

(١) د. احمد حشمت ابو ستيت: مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٢) حيث اشارت المادة (١١٣٤) الفقرة (٣،٢) من التقنين المدني الفرنسي (هذه الاتفاقات لا تلغى إلا بالتراضي المشترك أو للأسباب التي يسمح بها القانون، ويجب تنفيذها بحسن نية) ونصت المادة (١٤٨) الفقرة (١،٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل وكذلك المادة (١٥٠) الفقرة (١،٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل بانه (١- يجب تنفيذ العقد . طبقاً لما اشتمل عليه وبالطريقة تتفق وحسن النية-٢ لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التزام).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٣-١٢.

جاء فيه مالم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب باعتبارها قيد عليه كما سنرى، يلزم القاضي كذلك فلا يجوز له التدخل ليتمكن الطرفين من التحلل منه فللعقد قوته الملزمة بين طرفية وللقاضي^(٢).

إذن وفقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لا يمكن مراجعة العقد وتعديله بصورة انفرادية من أحد طرفي العقد فما نشأ بالتراضي لا يمكن تعديله أو إنهاؤه إلا بالتراضي، إلا أنه واستثناء يمكن الخروج عن هذا المبدأ ومراجعته العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة وذلك أما بموجب نص في العقد كان يعترف أحد المتعاقدين للأخر بسلطة إنهاء العقد وتعديله بإرادته المنفردة، أو رخصه يمنحها القانون لأحد المتعاقدين بإمكانية التنصل من العقود غير محددة المدة شرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق ووجود سبب جدي ومقبول لإنهاء الرابطة العقدية وأعلام المتعاقدين الأخر مقدماً بنية إنهاء هذه الرابطة^(٣).

فالأسلوب التعاقدية سواء في إطار القانون الخاص أو القانون العام يقوم على توافق إرادتين أو أكثر لترتيب آثار قانونية ويحتكم العقد في كلاهما إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي كما سبق وقلنا أنها من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، فركن العقد الإداري كما في العقد المدني - الرضا - والآخر القانوني ينشأ من إرادة الأطراف؛ لأن إرادتهما قد اتجهت إلى أحداث هذا الأثر، فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد الإداري^(٤)، وقد أستقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على هذه القاعدة.

ففي فرنسا يجمع الفقه على أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، على أساس أن العقد الإداري كما في أي عقد ما هو إلا اتفاق إرادتين أو أكثر لإنشاء مراكز قانونية، بمعنى أن الحقوق والالتزامات التي يحتويها أي عقد إداري إنما هي من صنع إرادات الأطراف في

(١) د. سه ربه ست قادر حسين: الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مجلة قه لآى زانست العلمية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعه صلاح الدين، العدد(٣)، مجلد (٣)، ٢٠١٨م، ص ٢٨٥.

(٢) تنص المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ على انه: (١ - العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمه من الخلل).

(٣) عماد خضير علاوي: دور الارادة المنفردة في انتهاء العقد، مجلة جامعه الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٣)، المجلد (٢)، ٢٠١١م، ص ١٤ وما بعدها.

(٤) د. مهنت مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م، ص ١١١.

الأصل، فالاتجاه الأكثر وضوحاً بهذا الشأن كان للأستاذ **Debbasch** إذ يتجه الى(أن) التقنية التعاقدية في القانون العام كما هي في القانون الخاص تقوم على اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر في سبيل توليد آثار قانونية، وأن العقد على ضوء ذلك يصبح شريعة المتعاقدين، ويفرض نفسه عليهم، ولا يطبق إلا بينهم^(١).

كذلك يجمع الفقه في مصر والعراق على استناد العقد الإداري على هذه القاعدة فيرى الأستاذ ثروت بدوي (... أن العقد الإداري يفترض توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، تكون له قوه ملزمة لطرفية...)^(٢)، حيث أن أجماع الفقه على هذه القاعدة يجد سنداً بتوجه القضاء صوبها سواء قضاء مجلس الدولة الفرنسي إذ قرر "... أن العقد الإداري كما العقود المدنية يقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمكن للأطراف أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة"^(٣)، كما أكدت على هذه القاعدة المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ جاء في حكم لها "... أن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها أصل عام هو أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفية"^(٤)، كما أكدت على هذه القاعدة محكمة التمييز العراقية إذ جاء في حكمها " إذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين ولا تنفذ بحقه القرارات الصادرة من الجهات المعنية لدائرة الطرف الآخر"^٥

وعلى الرغم من أن هذه القاعدة تأكدت كما سبق ذكره فقهاً وقضائياً في مجال العقد الإداري، إلا إن مجالها الرحب في نطاق العقود المدنية فالعقد الإداري أبعد من أن يحتوي علاقات ثابتة لا يمكن الاقتراب منها بل هي علاقات مرنة، تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة تعديلها أو فسخها وحتى لو لم يوجد شرط أو نص في القانون يخول الإدارة هذا الحق، فلا يكون للعقد الإداري ذات القوة الملزمة التي تكون للعقود المدنية بين الأفراد، فالإدارة لا تنقيد

(١) المصدر نفسه، ص ١١٧.

(٢) د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ١٢١.

(٣) C.E, 19-1-1946, Ville de Limoge, Rec., p15

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم/٣٥٦٥ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥ مذكور عند د. حمدي ياسين

عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأ المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣م، ص ٦٦.

٥ حكم محكمة التمييز رقم/ ٢١٧ استئنافية لسنة ٢٠١٠م، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة

<https://www.hjc.iq/qview.1415> تاريخ الزيارة ١٩/١١/٢٠٢٠.

بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(١)، وهذا الحق تستلزمه متطلبات تيسير المرافق العامة بانتظام واستمرار، فلا يمكن للعقد الذي تبرمه الإدارة لتيسير المرفق أن يقف حالاً أمام تطوره وتعدّله، ورجحان كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أمر تستلزمه المصلحة العامة بينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية^(٢).

أضافةً الى متطلبات دوام استمرار وانتظام عمل المرفق العام هنالك ثمة استثناء يرد على هذه القاعدة يتمثل بنظرية الظروف الطارئة التي تتلخص بأنه قد تطر بعد انعقاد العقد حوادث استثنائية لم يتوقعها المتعاقدان ولم يكن باستطاعتهم دفعها تجعل تنفيذ العقد للمتعاقد مع الإدارة مرهقاً لا مستحيلاً، فيجوز للقاضي التدخل لرد التزام الى الحد المعقول فيمكن تعديل العقد دون موافقة الطرف الآخر لإعادة التوازن المالي للعقد^(٣)، وكذلك ذات النظرية يعمل بها بين الدائن والمدين في إطار العقود المدنية^(٤)، ومما يجب التنويه إليه أننا لسنا بصدد الخوض في أبعاد هذه النظرية وتطورها كل ما في الأمر ورد ذكرها هنا كونها استثناءً مهم لإعادة التوازن المالي للعقد بعد أن قيدته القوه الملزمة للعقد.

وعلى ضوء ذلك وبما تتمتع به الإدارة من شروط استثنائية فان العقود الإدارية تتمسك بالحرية التعاقدية كما يخضع لها العقد المدني وعلى النحو الذي يلائم طبيعة هذه العقود، فالمتعاقد يتمتع بالحرية التعاقدية وبمثل ذلك تتمتع الإدارة بهذه الحرية، لكن كل من الطرفين (المتعاقد والإدارة) لا يتساويان في الحرية التعاقدية التي يزاولانها وفقاً للقواعد العامة، كما أن الحرية التعاقدية هنا أقل بكثير من تلك التي يتمتع بها المتعاقد في العقود المدنية^(٥).

(١) ضياء عبد الرحمن احمد عثمان: مدى حرية الادارة في التعاقد في القانون اليمني (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تعز، ٢٠٠٧م، ص ٢١.

(٢) د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ٤٤٠.

(٣) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي: مصدر سابق، ص ٥١٢-٥١٣.

(٤) أذ جاء في المادة (١٤٦) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل انه (أذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ التزام التعاقد، وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً لمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص التزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق خلافاً لذلك).

(٥) ضياء عبد الرحمن احمد عثمان: المصدر السابق، ص ٣٣.

الفرع الثاني

القيود الواردة على حرية التعاقد

بعد ما انتهينا من الحديث عن مستوى الحرية التعاقدية في كل مراحل العقد وأوردنا بعض القيود الخاصة التي رافقت كل مرحله نتطرق في هذا الفرع الى القيود العامة ومدى تأثيرها على كل مرحلة، هذه القيود التي تتمثل بالنظام العام و الآداب، حيث ارتبط مفهوم النظام العام والآداب بالضبط الإداري في مجال القانون العام، فلها في هذا المجال مضمون تقليدي يتمثل بالمحافظة على عناصر النظام العام المتمثلة بتحقيق الأمن العام والمحافظة على الصحة العامة وتأمين السكينة العامة فالمشرع في كل من العراق ومصر وفرنسا اكتفى بإيراد هذه العناصر أنفه الذكر تاركاً مهمه وضع تعريفاً مانعاً جامع يتصف بالمرونة للفقهاء والقضاء، أما المضمون الغير التقليدي إنما يرتبط بأفكار المذهب الفردي فالحرية لديهم هي الأصل وتقيدها استثناءً باعتبار أن لها حد تكون ممارستها خارجه اعتداءً، لذا فتدخل سلطات الضبط يكون تدخلًا للتوفيق بين مزاولة الحرية وصيانه النظام^(١).

لكننا نقصر الحديث عن فكرة النظام العام والآداب باعتبارها قيد على حرية التعاقد التي ترعرعت في احضان العقد كأحد مواضيع القانون الخاص، تلك الفكرة التي تحد من سلطان الإرادة والدور الذي تقوم به في التصرف القانوني من حيث انشائه أو تحديده آثاره، لذا نستهل الحديث في هذا الفرع بتعريف بفكرة النظام العام و الآداب ، فهي فكرة فضفاضه ونسبية فقد ثار جدل حول إيجاد معنى جامع مانع، فقد عرفها الدكتور سليمان مرقس (مجموعه القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر ماتهم الأفراد سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اقتصادية أو خلقية ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي لان النظام العام يجاور نطاق التشريع)^(٢).

كما أن هذه الفكرة تتصف بأنها متغيرة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فالمجتمع يتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر ويتطور مع تغيير العقائد الفكرية والسياسية والاجتماعية فتختلف من مجتمع لآخر وفي ذات المجتمع من فترة زمنية لأخرى، وتتصف ايضاً بالمرونة فتضيق عندما يكون المذهب الفردي هو الذي يطلق عنان سلطان الإرادة وتتسع هذه الفكرة

(١) علي عبد الحسين محسن: مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع http://www.nazaha.iq/%5Cpdf_up%5C1016%5Cali_report.pdf، ٢٠١٠م،

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠ / ٢ / ٤ ص ٧-٨.

(٢) د. سليمان مرقس: مصدر سابق، ص ١٩٢.

بانتشار المبادئ الاشتراكية وما يستتبعها من تدخل المشرع بكثرة في العقود وفقاً لنصوص أمره تحتوي على قيود تقييد سطوه سلطان الإرادة^(١)، ومن ما يجدر التنويه الى أن مصطلح الآداب ما هو إلا امتداد لفكرة النظام العام عند التوسع به ليشمل النظام العام الأدبي أو الخلفي^(٢)، لذا لن نتوسع بها بحثاً بالقدر الذي نولي اهتمامنا بفكرة النظام العام.

وعلى ضوء ذلك يمكن تصنيف فكرة النظام العام من ناحية تأثيرها على حرية التعاقد وسلطان الإرادة الى مفهومها التقليدي والذي يعرف بالنظام العام السياسي والأخلاقي ومفهومها الحديث الذي يعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي وهذا ما سنتناوله تباعاً وعلى النحو الآتي:

أولاً: النظام العام في إطار المذهب الفردي

يعد هذا النظام هو المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام الذي يعد معبراً للمضمون السائد في إطار المذهب الفردي، فيهدف هذا النظام الى حفظ التوازن والاستقرار السياسي في الدولة وضمان سلامتها وسلامة مؤسساتها الدستورية وضمان حسن قيامها بوظائفها وحماية بعض قواعد الأخلاق وليس جميعها بل بالقدر اللازم لحماية المجتمع من الانحلال الأخلاقي، فالقاضي من يحدد ما يعد من النظام العام الأخلاقي وما لا يعد كذلك، فيشمل النظام العام السياسي والأخلاقي النظم المالية فمثلاً يقع باطلاً الاتفاق على عدم اداء الضريبة إذا أقر قانون الضريبة وجوب دفعها^(٣)، أما فيما يتعلق بالنظم الإدارية فكل عقد يرمي الى جعل الموظف يستفيد من وظيفته فيتعاقد على شيء متصل بها يجني من ورائه ربحاً فيقع ذلك العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام المتمثل بالمصلحة العامة^(٤)، ويشمل كل قواعد القانون الجنائي فيقع مثلاً باطلاً كل اتفاق يكون موضوعه ارتكاب جريمة، كالوعد بمكافأة عند مساعدة مرتكب الجريمة على الهروب، والقانون الدستوري فيقع باطلاً الاتفاقات التي يحصل الناخبون بمقتضاها على سلع مجانية لتأثير على سير الانتخابات، وبمثل هذه الاحوال يكون قيماً يمنع الإرادة اصلاً من

(١) نور عبلة: تقييد الحرية التعاقدية، رساله ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه أكلي محند اولحاج _البويرة_ (الجزائر)، ٢٠١٨م، ص ٤٤.

(٢) حيث يتجه جانب من الفقه الى تعريف فكرة النظام العام والآداب بانها " القواعد التي ايراد بها تحقيق مصلحه عامه سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية او سياسية او اقتصادية او خلقية، وهذه الاخيرة هي التي تعرف اصطلاحاً بالآداب)، ينظر في ذلك د. احمد حشمت ابو ستيت: المصدر السابق، ص ٢٠٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص ٥٥.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعه جامعه القاهرة، القاهرة، ١٩٨٧م، ص ١٨٩.

التعاقد أو التفاوض بشأن العقد فيكون مقاوم لإرادة التعاقد فيهدف الى منع الأفراد من القيام ببعض التصرفات القانونية^(١).

فتفرض حسب المفهوم التقليدي للنظام العام قيود تحد من سلطان الإرادة وتضبط ممارسة حرية التعاقد، لكن معظم هذه القيود التقليدية تقرر في مرحلة إنشاء العقد من خلال احترام الشروط اللازمة لانعقاد العقد من (رضا ومحل وسبب)، حيث أن نصوص القانون المدني في مصر وفرنسا والعراق جاءت واضحة وبصورة قاطعة في هذا الخصوص، فيما يتصل بمحل العقد فقررت المادة (١٣٠) الفقرة (١) مدني عراقي أنه ((يلزم أن يكون محل التزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً لنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً)) وذات المنطوق تقرر (بالمادة ١٣٥ مدني مصري والمادة ١١٢٨ مدني فرنسي) أما فيما يتصل بركن السبب فقد أقرت المادة (١٣٢) الفقرة (٢) مدني عراقي انه ((يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب او سبب منوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب)) وذات الصياغ تقرر (بالمادة ١٣٦ مدني مصري والمادة ١١٣٣ مدني فرنسي) وعلى ضوء ذلك يتبين لنا؛ أن النظام العام السياسي والأخلاقي يتصف بطابع سلبي فيقتصر دورة على حضر العقود التي تعد غير مشروعته من ناحية محل العقد أو الباعث الدافع للتعاقد، أي عدم مشروعية السبب.

أما ركن الرضا فينظر الى تلك القواعد التي تتطلب شكلاً معيناً للتصرف سواء لإثباته أو انعقاده باعتبارها قيوداً تحد من سلطان الإرادة، حيث أقرت المادة (٩٠) الفقرة (١) مدني عراقي انه ((إذا فرض القانون شكل معين للعقد فلا ينعقد العقد إلا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك))^(٢)، فيتضح من ذلك أن قواعد النظام السياسي والأخلاقي تتضمن جملة من الممنوعات، إذا ما خالفها المتعاقدان كان اتفاقهما باطلاً بطلاناً مطلقاً.

فالحرية التعاقدية لم تشهد في ضل هذا النظام التقليدي عدا بعض القيود المحدودة انصبت حول حرية إبرام العقد بينما بقت حرية الأطراف مطلقة في تحديد آثاره، الأمر الذي يدفعنا للحديث عن العقد المفروض (العقد الجبري)؛ لان هذا العقد يتعلق بحرية إبرام العقد لا حرية تحديد آثاره، فيقيد حرية إبرام العقد فقط، ففي هذا الفكرة يلزم القانون الفرد بإبرام عقد معين وإلا تعرض لجزاء قانوني قد يكون مهنياً أو إدارياً أو مدنياً حسب كل حالة، إلا انه حر

(١) د. محمد حسين عبد العال: الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لحرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٥٠ - ٥١.

(٢) كما اقرت المادة (١٠١) الفقرة (٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل انه (إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بأبرام العقد).

في اختيار المتعاقد الآخر ومن أمثاله ذلك الزام صاحب السيارة إبرام عقد تأمين مسؤوليته عن أضرارها حتى يمكن الحصول على ترخيص بتسييرها، فيلتزم بإبرام عقد التأمين ويكون هذا العقد عندئذ مفروضاً عليه لكن تبقى له إمكانية إبرامه مع أي شركة تأمين يرغب بها^(١)، بمعنى أن تقييد الحرية التعاقدية تقييد جزئي في جانب من جوانبها باعتبار إحد جوانبها هي حرية التعاقد أو عدم التعاقد، فحرية عدم التعاقد قيدت بالعقد الجبري، إلا أننا نرى أن الشخص في مثل هذه الحالة أنه الذكر وما مثاله يبقى محتفظ بعنصر رضائي يتجسد في حريته في اختيار شخص المتعاقد الآخر معه حيث يبقى للإرادة دورها الكبير في إبرام العقد، إذ إن الفرد يستطيع رفض إبرام العقد فالعقد لا يعقد على الرغم مخالفه الفرد للقانون وأن ترتب عليه جزاء نتيجة لذلك.

ثانياً: النظام العام في اطار المذهب الاشتراكي

بعد أن تطرقنا لفكره النظام العام في اطار المذهب الفردي ووجدنا أن لهذه الفكرة اهداف اقتصرت على حمايه كيان المجتمع السياسي والاخلاقي ولم يكن على الحرية التعاقدية من القيود سوى ما تركز منها حول حرية إبرام العقد ومنع القيام ببعض التصرفات القانونية، بينما كانت بمنأى عن التقييد حرية أطراف العقد في تحديد آثاره ولكن يلزمون على احترام بعض الشروط عند إبرام بعض العقود.

فلا يمكن مثلاً اتفاق بين الزوجين على تعديل ما لزوج من حقوق على زوجته في الأمانة الزوجية والطاعة أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها في الرعاية والنفقة، كما لا يجوز الاتفاق على منع المالك من التصرف فيما يملكه إلا في حدود معينة أو كان المنع لسبب مشروع^(٢).

ففكرة النظام العام شهدت تطور نتيجة زيادة تدخل الدولة في مختلف جوانب الحياة بعد أن سادت المذاهب الاشتراكية بنهاية القرن التاسع عشر، مما أدى الى ظهور ثوب جديد للنظام العام عرف **(بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي)** كبل سلطان الإرادة بقيود عديدة لإرغام

(١) أن عقد الادعان غايه الامر فيه أنه يتم دون مفاوضه بين طرفية حيث يوجد احد طرفيه في مركز اقتصادي يفرض إرادته على الطرف الاخر الذي يكون في مركز ضعيف لا يستطيع مناقشة شروط العقد ومضمونه أو التفاوض بشأنه، غير أن حريته تبقى قائمة في قبول العقد أو رفضه، أما العقد المفروض هو أجبار على التعاقد يستند الى القانون ذاته الذي يلجا إليه تحقيقاً لأغراض معينه تقييد بها حرية التعاقد تبعاً للهدف الذي ينشده القانون، فيخضع لحكم القانون لا إرادة الطرف الاخر، ينظر في ذلك: محمد حسين عبد العال، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٢) نور عبلة: مصدر سابق، ص ٥٤.

الأفراد احترام قواعد هذا النظام ، وبالرغم من ذلك إلا أن هذه الفكرة تسعى لتحقيق هدفين كل هدف يقتضي خضوع حرية التعاقد لقيود متجانسة، فكانت هذه الفكرة في بدايتها تقصر على تقييد سلطان الإرادة الطرف الأضعف في العقد، لكن الإرادة شهدت قيوداً أخرى تهدف اجبار الافراد على احترام السياسية الاقتصادية للدولة وتوجيههم صوبها عرفت الفكرة الأولى للنظام **(بالنظام الحمائي)** بينما الفكرة الثانية عرفت **(بالنظام الموجة)** لذا سنتناول ذلك تباعاً على أساس ما شهد سلطان الإرادة من قيود في إطار فكرة النظام العام الاقتصادي وعلى النحو الآتي:

١. النظام العام الحمائي

أقر المشرع وفقاً لهذا النظام قيوداً عديدة هادفاً لحماية الطرف الضعيف في العقد، فتدخل الدولة كان تدخلاً تقويمياً للعقد لا تصنع ذلك العقد إنما تضع قواعد تحمي الطرف الضعيف وتكبح جماح الطرف الأقوى، وهذه الحماية إنما مردها الى المهمة التي كانت تقع على مسؤولية الدولة من إعادة توزيع الثروة بين طبقات المجتمع نظراً للتفاوت الاجتماعي والاقتصادي بينهم، وتقرر قواعد النظام الحمائي بخصوص أن مضمون العقد لا يمكن التفاوض فيه بين أطرافه بحرية كعقود الاستهلاك والإذعان فيكون أحد الأطراف في مركز ضعف من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية، فهنا المشرع يسمح للقاضي بالتدخل لتحديد ما يجب أن يكون عليه العقد فيما يتعلق بمضمونه تدخلاً يستلزمه تعديل أحد شروطه أو الغاؤه أو إدراجه شرطاً لم يكن الأطراف قد أقرّوه صراحةً، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة^(١).

فتجد فكرة النظام الحمائي نطاقها الرئيسي في عقود الإذعان التي سبق وأن تكلمنا عنها باعتبارها قيد على حرية التفاوض لكن بالنظر لها في ضوء هذه الفكرة، نجد أن القانون يقيد من حرية الطرف الأقوى الذي أملى شروطه على الطرف الضعيف لصالح الاخير كل هذا يكون بمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد أو أعفاء الطرف المدعن منها^(٢)، فنلاحظ في ذلك أن عقد الإذعان قيد الطرف الضعيف في مرحلة المفاوضات إلا أنه وفقاً لفكرة النظام الحمائي قيد الطرف الاقوى تحقيقاً لعدالة التعاقد، لكن التفاوت الاقتصادي بين الاطراف لا يعد شرطاً لتمامه مادام العقد لا يحتاج لتمامه سوى توافق إرادتين، إذن التقييد في ضوء هذه الفكرة ليس إلا حماية لطرف المدعن.

(١) د. محمد حسين عبد العال: مصدر سابق، ص ٨٦.

(٢) د. عبدالفتاح عبد الباقي: مصدر سابق، ص ٢١٣.

فلا يجوز الاتفاق على تجنب سلطة القاضي تجاه البنود التعسفية، بخصوص عقود الإذعان أو الظروف الطارئة بعد أبرام العقد، ولا يجوز الاتفاق أنقص حقوق العامل على الوجه المحدد في القانون، غير أن دائرة النظام العام الحمائي لا تشمل عقود الإذعان فحسب، بل قد يتدخل المشرع لحماية مستأجري العقارات بما يضعه من تشريعات تفرض قيوداً تقييد حرية المؤجر بخصوص تحديد مضمون عقد الايجار سواءً بالنسبة لمدة الايجار أو الأجرة المستحقة^(١).

٢. النظام العام الموجه:

بدأت الدولة في العصر الحديث التدخل لتنظيم عمليات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات فلم تكن بذلك تقصد حماية طبقه ضعيفة كما في النظام سالف الذكر إنما يمكن ارجاعها إلى ظهور نظام عام موجه يعد شكل متطوراً لفكرة النظام العام الاقتصادي، فتدخل الدولة في عمليات التبادل الاقتصادي يشكل توجيهها للعقد فلا يعد العقد بهذا التوجيه مطابقاً لما يريده أطرافه فأياتي هذا التوجيه على حساب حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة وبالتالي تقيدها، خلافاً لحالة عدم تدخل الدولة أو تضاول تدخلها تكون المعاملات معبرة عن إرادة الأطراف والحرية التعاقدية تبقى قائمة لا مراة فيها^(٢).

فهذا التدخل إنما يكون بواسطة المشرع في كل مراحل العقد فتدخل المشرع في تكوين العقد يفرض قيوداً عديدة كان يتطلب شكلاً معين لانعقاد التصرف كالتسجيل والكتابة فعلى أثر ذلك يكون العقد موجهاً من حيث شكله، وحضر الاتفاق على شروط عديدة كالإعفاء من المسؤولية، فيبدو النظام العام أكثر تقييداً للحرية التعاقدية^(٣).

اما بالنسبة لأثار العقد فان المشرع والقضاء يتجه صوب التوسع في أثر العقد وزيادة مضمونه الملزم فأضحى العقد يترتب التزامات لم تكن سابقا تتولد عنها، فلم يعد مضمون العقد وفقاً لهذا التوجيه بيد طرفية إنما أصبحت إرادتهم خاضعة لإرادة موجهة، فيتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف أثناء تنفيذ العقد على حساب الطرف الأقوى والمحافظة على المصلحة الاقتصادية من العقد والحيلولة دون الاحتكار والاستغلال فينال من القوه الملزمة للعقد لكن لا يحد من الحرية التعاقدية كما بالنسبة لتدخله في تكوين العقد فالقواعد التي يضعها

(١) نور عبلة: مصدر سابق: ص ٥٦.

(٢) د. محمد حسين عبد العال: مصدر سابق، ص ٩٩.

(٣) د. حاج احمد عبد الله: فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقاه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق العلمية، العدد (١)، المجلد (١٢)، ٢٠١٩م، ص ٧٤٣.

المشرع إنما تكمل ما لم يلاحظه طرفاه في أتفاقهم وليست قواعد أمره، أما تدخل القاضي تدخلًا لا يستطيع تعديل مضمون العقد إنما يفسره تفسيراً يظهر إرادة الطرفين من ورائه^(١).

أما معنى (الأداب) أنها (الناموس الأدبي الذي يسود العلاقات الاجتماعية في دولة معينة وزمن معين، وهو مجموعه من القواعد وجد الناس انفسهم ملزمين باتباعها ولو لم يأمرهم القانون بذلك، فهي كل ما تفرضه قواعد الأخلاق وما يخلد في الضمير العام من مبادئ وحرمانت)^(٢).

فمقتضيات هذه الفكرة تعرف بالنظام العام الأخلاقي والتي تحدد بالأخلاق الجماعية المستقرة في قيم المجتمع وأعرافه وجدانه، فهناك أمثلة تدل على الاتفاقات المخالفة للأداب كالاتفاقات التي محلها الرشوة وبيع بيت لمقامرة أو إيجاره أو اتفاق لاستغلال بيوت للدعارة أو دفع مبلغ من المال لإنشاء علاقة جنسية غير شرعية ... الخ كل هذه الاتفاقات تقع باطله لمخالفتها للأداب، أذن توقف الحرية التعاقدية ويقيد سلطان الإرادة التي لم تراعي القيود الخاصة بالنظام العام والأداب^(٣).

(١) د. سه ربه ست قادر حسين: مصدر سابق، ص ٢٨٦-٢٨٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر السابق، ص ٤٠٠-٤٠١.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو: مصدر السابق، ص ١٠٨.

الفصل الثاني

مدى الحماية الدستورية لحرية التعاقد

الفصل الثاني

مدى الحماية الدستورية لحرية التعاقد

تبين لنا من الفصل السابق أن ارتباط الحماية بالدستورية هو تحصين لهذه الحماية بأعلى حصن قانوني هو الدستور، وأي حرية لا يمكن ممارستها ممارسة حقيقة بدون الحماية التي رصدت لها، فلا قيمة لها بدون الحماية، وهذه الحماية استندت على مصادر متنوعة جعلتها خير حامي للحريات، وبعد ما تناولنا تقسيمات الحريات اتضح لنا أن حرية التعاقد حرية لم يتم النص عليها في الدساتير وتوجهنا صوب ادراجها تحت مضلة حريات أخرى وأقربها إليها هي الحريات الشخصية.

ثم اتضحت الصورة لنا أنه بدون الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة لا تكتمل صورة حرية التعاقد بشكل دقيق وأن تكلمنا عن العقد والحرية فيه، فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي حرة في تحديد الآثار المترتبة على العقد وهاتين النتيجتين تصب في إطار حرية التعاقد، واستتبعنا مستوى هذه الحرية في كل مرحلة من مراحل العقد الخاص والعام لكل مرحلة خصوصيتها، ومن ثم استتبعنا قيود لتنظيمها لا لإهدارها.

لكان هذه الحرية تتطلب الحديث عن مدى الحماية الدستورية لها لبيان قيمتها الدستورية وهل أن نص القانون المدني عليها يعد اعترافاً بقيمتها الدستورية؟ وهل قيمتها الدستورية واحدة في كلا علائق القانون الخاص والعام أم أن القيمة الدستورية للحرية التعاقد في القانون الخاص تختلف عن قيمتها في القانون العام؟ وما موقف التشريع الدستوري المقارن منها، هل نص عليها صراحة أم اتبع أسلوب آخر حيالها؟ وما موقف القضاء المقارن منها اعترف بها أم لا؟ وإذا كان قد اعترف بها! فما آلية اعترافه بها؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تنقضي منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول القيمة الدستورية لحرية التعاقد وموقف التشريع الدستوري المقارن منها، ونتناول في المبحث الثاني دور القضاء الدستوري في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

القيمة الدستورية لحرية التعاقد وموقف التشريع الدستوري المقارن منها

إن الحرية التعاقدية تجعل من الفرد غاية في ذاته وسيداً لنفسه، فتساوي المراكز القانونية للأفراد هي أصلح الوسائل لإنشاء علاقات عادلة بينهم، أما إذا كانت هنالك الالتزامات تفرض على الفرد من غير رضاه فهي تتضمن اعتداء على حقة ومساساً بحريته، فتكون بتالي الإرادة الفردية مُطلقة السلطان، إلا أن مجال هذه الإرادة يضيق في عقود الإدارة المدنية والإدارية لاعتبارات ينصب جُلها في إطار تحقيق الصالح العام.

ومعرفة القيمة الدستورية لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص والعام تقتضي معرفة موقف المشرع الدستوري المقارن منها لتأكيد الاعتراف أو عدمه حيال تلك القيمة الدستورية، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول القيمة الدستورية لحرية التعاقد وفي المطلب الثاني نتناول موقف التشريع الدستوري المقارن منها وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول.

القيمة الدستورية لحرية التعاقد

عند حديثنا عن مبدأ سلطان الإرادة وجدنا أن القانون المدني سواء العراقي أم في القوانين المقارنة محل الدراسة قد اعتنقوا مبدأ حرية التعاقد، من حيث إن القانون المدني قد ترك تنظيم وتحديد آثار العقد لطرفية، كما تم تأكيد على ضرورة توافر شرط الرضا لتمام صحة العقد، فقد صاغ التقنين المدني الفرنسي هذا الشرط مع الشروط الأخرى بالنص على أن ((الشروط الجوهرية لصحة الاتفاق هي رضا الملتمزم ومحل معين هو موضوع التعهد وسبب مشروع للالتزام))^(١).

ويمكن أن نلتمس هذا الشرط من المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها أن العقد ((هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر)) كما أشار القانون المدني المصري الى هذا الشرط إذ جاء فيه ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان

(١) Act (1108) du Code civil français de 1804, tel que modifié ، منشور على الموقع الالكتروني

https://www.legifrance.gouv.fr/initRechTexte.do?fbclid=IwAR1xQYzhN3dmpB_32M503

ss6Rt_3JwrOeHjNwE5YUY7Fq5_vY4CrPnNnNdc تاريخ الزيارة ١٠/٤/٢٠٢٠.

التعبير عن إرادتين متطابقتين^(١)، فهذا الشرط أن دل على شيء إنما يدل على استلزام القوانين المدنية لمبدأ الحرية العقدية.

ويلحق بشرط الرضا شرطي المحل والسبب كما أكد عليهما التقنين المدني الفرنسي في المادة (١١٠٨) وصيغت في المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه ((لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمة.....))، وأكد القانون المدني المصري على ضرورة توافر شرطي المحل والسبب لصحة العقد فقد جاء في المادة (١٣٦) منه أن ((كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن يكون له سبباً مشروعاً، مالم يقدّم الدليل على غير ذلك))^(٢)، لذا يمكن القول استناداً إلى؛ شرطي المحل والسبب أنهما يعدان وسيلة للتحقق من توافق الإرادة العقدية مع المصلحة والقيم الأساسية في المجتمع وتحقيق أدنى حد ممكن من العدالة ما بين الطرفين.

من ما مر ذكره يتبين أن القانون المدني قد أكد على مبدأ حرية التعاقد الأمر الذي يجعلنا نتساءل هل أن نصوص القانون المدني امتداداً لنصوص الدستور وتطبيقاً لها وبالتالي تكون للحرية التعاقد قيمة دستورية أم هي تشريع منفصل؟

أن التنظيم الذي يرد في القانون المدني لبعض الحقوق والحريات كحرية التعاقد وحق الملكية يكون له طابع دستوري مادام أنه يتوافق مع نصوص الدستور وينطوي في إطاره، فالأمر عندئذٍ إنما يتعلق بمبادئ دستورية مدنية وأن الارتباط القائم بين التنظيم الدستوري وتنظيم القانون المدني يكون مبرراً للقول بوجود قانون مدني ذي قيمة دستورية، فهي مبادئ تعد امتداداً للنصوص الدستورية وإن وردت في القانون المدني، كما أن القاضي يستهدي بما يصدره من أحكام بتلك المبادئ الدستورية كما للأفراد التمسك أمام القضاء العادي بهذه المبادئ الدستورية، وبخضع الأفراد فيما يبرمونه من عقود لهذه القواعد ذات القيمة الدستورية^(٣)، وبالتالي لا يُنظر إلى نصوصه على أنه مجرد تنظيم تشريعي منفصل عن التنظيم الدستوري.

والقول إن حرية التعاقد ماهي إلا مجرد تطلع أو فكره لا تستوجب التعقيد يؤدي إلى نفي قيمتها وتستحيل الخصوصية لممارستها، وإذا قيل أنها فروض وتوجهات لا يكتن لها المشرع أيه

(١) المادة (٨٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل.

(٢) كما اكدت المادة (١٣١) // أولاً من القانون نفسه" يجوز ان يكون محل التزام شيئاً مستقبلاً" أي في الاصل أن محل الالتزام شرط لازماً لصحة العقد والاستثناء يمكن أن يكون مستقبلاً.

(٣) د. أحمد عبد العال أبو القرين: الحماية الدستورية للملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة الجامعية، دون مكان نشر، ١٩٩٩م، ص ١٤-١٥.

أهمية ولا يتحسب لتعقيدها بقانون فذلك يجعلها تسلب من مصاف الحريات، لذا فلا بد من الاتفاق على وجود القيمة القاعدية لها فالواقع يشير الى أنها تشكل مبدأ مستقراً لدى الفقه القانوني مستخلصاً ذلك من الدستور والتشريع المحاذي لها^(١).

وبما أن حرية التعاقد تتمثل بحرية الإرادة في الاختيار التي تكون لصيقة بالشخص وتعد حقاً طبيعياً له فبواسطتها يحدد ما ينفعه وما يضره لذا؛ فهي حريه تنفرع عن الحرية الشخصية التي تعني إن الإرادة حرة في التصرف والاختيار.

ولكنها تتخطى حدود الذات الإنسانية فهي ذات مضمون اجتماعي تتطلب دخول الفرد الذي يزاولها في روابط مع غيره، فيما أن العقد يبرم بين شخصين أو أكثر فهؤلاء المتعاقدين يشاطرون فيما بينهم بالعدل والمساواة هذه الحرية التعاقدية، فالحقوق والحريات أغلبها يتحكم بها عقل الإنسان وفكرة لكنها تكون اجتماعية فقط لأنها تزاول في مواجهة الجماعة وفي نطاقها، فعموم الحريات فردية أي مخصصه للفرد حتى ولو كانت هذه الحريات جماعية فلا تتميز بهذا الخصوص عن غيرها من الحريات الأخرى إلا من جانب عدم مقدرة صاحبها على ممارستها إلا باتفاق مع الآخرين^(٢).

لذلك فحرية التعاقد وأن تمارس في نطاق الجماعة تبقى محتفظة بطبيعتها الخاصة كونها حرية متفرعة عن الحرية الشخصية وهذا ما سنؤكد عند الحديث عن موقف المشرع والقضاء ازاء هذه الحرية، فالطبيعة الخاصة لهذه الحرية تجعل الاعتراف لها بالقيمة الدستورية امراً مقضياً لا يتمكن المشرع من تنظيمها أو تنظيم ممارستها إلا لجعلها أكثر فاعلية.

إلا أن التوجه الاجتماعي للعقود يفرض قيوداً على سلطان الإرادة فما مدى أثر القيود الواردة على القيمة الدستورية لحرية التعاقد؟

سبق وأن تحدثنا عن القيود الواردة على حرية التعاقد في الفصل الأول إلا أننا هاهنا سنتكلم عنها بالفدر اللزم الموصل لمعرفة أثرها على القيمة الدستورية لحرية التعاقد، في بداية سطوه سلطان الإرادة وعنفوانه وفقاً للمذهب الفردي كان تدخل المشرع بتنظيم العقود من خلال القواعد المكملة للإرادة طرفي العقد، أن أرادوا تخلصوا عن هذا التنظيم واستعاضوا بتنظيمات تكون

(١) أسامه احمد عبد النعيم: الحماية الدستورية لحرية التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه اسويط، ٢٠١٤م، ص٥٣٦.

(٢) هاله احمد سيد احمد المغازي: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠٠٤م، ص١٩.

خاصة بإرادتهم، فالإرادة الحق في إنشاء ما نشاء من العقود وتحديد أثارها أو لها الحرية بتوسيع أو تعديل هذه الآثار بعد قيامها أو إنهاء العقد بعد أبرامه من دون أن تكون مقيدة بالعقود التي ينظمها المشرع والتي تُعرف **(بالعقود المسماة)** ولا تنقيد كذلك بما يرتبه المشرع من آثار على عقد من العقود^(١).

لكن الصالح العام وتطور المجتمع يخول الدولة بالتدخل لتحقيق مساواة فعلية بين المتعاقدين، ومنع سيطرة فريق استناداً الى قوه اقتصادية كبيرة أو استغلال ظروف الطلب والعرض المواتية، لذلك فان إرادة الأفراد لم يبق لها ذلك السلطان فلا يمكنها الخروج عن التنظيم الذي قد يضعه المشرع لعقد من العقود، فقبل إن العقد يتغير في ذاته من عقد حر الى عقد موجه^(٢)، فذهب جانب من الفقه ازاء تدخل المشرع بنصوص أمرة الى القول بانتفاء الصفة الإرادية للعقد ويكون خاضعاً بشكل كامل في أبرام وتحديد أثاره للشروط التي يضعها القانون^(٣).

ويمكن لنا أن نعزو هذه القيود من تزايد سلطان القانون وضعف في سلطان الإرادة الى علاقة التدرج الواجب قيامها بين قواعد النظام القانوني، فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يسمو على العقد باحتسابه مصدراً للحقوق الشخصية، لذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يعلو عليه في هرم التدرج.

فالقوانين المدنية المعاصرة تقر بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، لكن في الحدود المنطقية التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والمصلحة العامة^(٤)، ومن ما يجب التنويه إليه إن الحرية في المجتمعات الحديثة لا تعرف الإطلاق ولا يقتصر التقيد على حرية التعاقد بل هو صفة جميع الحريات مهما كان نوعها، ففكرة النظام العام والآداب كما أنها تقيد حرية التعاقد فهي تضع حدوداً معينة تمارس الحريات في أطارها لحماية مصالح المجتمع العليا^(٥).

(١) د. اكرم محمود حسين، د. محمد صديق محمد عبد الله: موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)

مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٣١) مجلد (٩)، ٢٠٠٧م، ص ٣-٤.

(٢) د. احمد حشمت ابو ستيت: مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي: النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهرين،

٢٠٠٢م، ص ٤٩.

(٤) المصدر نفسه، ص ٥١.

(٥) د. وجدي ثابت غريال: المصدر السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

لذا فأقرب ما يكون الى حرية التعاقد هو الحق في الملكية للتلازم الكبير بينهما ذلك؛ لأن العقود إنما تنظم حقوقاً لأطرافها تجعلهم يتعلمون في هذه الملكية، فيرد الى العقود التصرف بالملكية واستغلالها وكسبها وتلقيها، فاذا ما أطلق عنان حرية التعاقد ازدادت المنفعة العائدة لممارستها بشأن الملكية وإذا ما تقيدت حريته التعاقدية فالمنفعة تلك تقل الى أن تصل الى حد إن زاد فيه تقييد الحرية التعاقدية لأهدرت تلك الحرية وافتقدت جزءاً من قيمتها، و تنسحب الحماية التي يضمنها الدستور للملكية الخاصة الى كل صور كسبها المشروعة التي تعتبر مبرراً لتلقيها أو انتقالها من أصحابها الى الآخرين^(١).

فالشيء المملوك لصاحبه يخوله سلطات مطلقة عليه استناداً الى أن ما كان عليه حق الملكية هو حق مطلقاً، إلا أنه وكما في حرية التعاقد نتيجة اجتياح المبادئ الاشتراكية وعلو كعب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فتنزاييد القيود على هذا الحق لتحقيق الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق، وذلك ينسحب على حرية المالك فتقييد سلطاته في التصرف والاستعمال والاستغلال لتحقيق مصالح المجموع، لذا فان مبدأ إطلاق الملكية أصبح مبدأً خاوياً^(٢).

لهذا فالمصلحة العامة عندما تتعارض مع حق الملكية تقدم هي على هذا الحق، وإذا تعارضت مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية مع حق المالك تقدم هي على حقه على أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً، فقد جاء في المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي أنه ((لا يجوز أن يحرم أحد من ملكة، إلا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً)) كما أشار القانون المدني المصري^(٣)، الى ذات الصيغة الواردة في المادة أعلاه من القانون المدني العراقي، كما نص الإعلان الفرنسي الصادر ١٧٩١ في المادة(٢) منه على أن (غاية كل مجتمع سياسي هو الحفاظ على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان، هذه الحقوق هي الحرية، الملكية.....) وهذا الاهتمام التشريعي يسنده اهتمام دستوري يتجسد في المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ والمادة (٣٤) من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ المعدل، أذ صيغت كلا المادتين على أن ((لا يجوز نزع الملكية إلا لمنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون)).

(١) د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية _ جان دبوي للقانون والتنمية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣م، ص ٨٥٠.

(٢) د. توفيق فرج: الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٣م، ص ٩٣.

(٣) ينظر في ذلك المادة (٨٠٥) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل.

كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا على ذلك بقولها " إن نزع ملكية أي عقار تابع للأفراد يجب أن يكون بتعويض عادل لأن الملكية الخاصة مصنونه على وفق أحكام المادة (٢٣) من الدستور"^(١).

وتقول المحكمة الدستورية العليا إن " الدستور حرص على صون الملكية الخاصة وكفل عدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود القيود التي أوردتها باعتبارها الأصل مترتبة على الجهد الذي بذله صاحبها بكده وعرقه إذ يختص دون غيره بالأموال التي يملكها وبتهيئة الانتفاع المفيد بها لتعود الية ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها...."^(٢).

فهذا الاهتمام التشريعي والدستوري والقضائي بحق الملكية بوصفها حقٍ مقيد كسائر الحريات إنما يؤكد بأن التقييد حرية التعاقد لا يكون مبرراً لتجريدتها من الحماية الدستورية التي تتمتع بها صور الأخرى للحرية.

وبتالي فإنه لا يمكن الاستناد الى ما تعرضت له حرية التعاقد من قيود الى القول بإجهاض وانتفاء هذه الحرية لأن كفالتها وأن كان لا بد ألا تفرض عليها قيود متعسفة إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصيلها من قيود تنظمها، فهي الأصل والتدخل بها استثناءً وهذه التدخلات تُصاغ كقيود يتحتم أن تكون موضوعية وموافقة للدستور^(٣)، ولا يصح الاستناد الى تقيدها لتأسيس أو لتبرير انتفاء قيمتها الدستورية فننقد بذلك حماية الدستور لها في مواجهة أي تجاوز بتقيدها.

أما القيمة الدستورية لحرية التعاقد في مجال القانون العام يقتضي بحثها كما بُحثت في مجال القانون الخاص لأتحد نقطة الارتكاز والعلو لهذه الحرية في المجالين فهي واحدة في كلا الموضوعين لأنها حرية تتأصل من الإرادة واختيارها، لكن مجال أعمال هذه الحرية في الحالتين يقتضي تباين مظهر هذه الحرية في كل منهما واختلاف أثرها فيهما.

فعلى الرغم من ما للإرادة من دور مؤثر وواسع في إنشاء العقود المدنية إلا أن دورها يضيق في مجال إنشاء عقود الإدارة المدنية منها أو الإدارية للخصوصية التي ترتبط بهذه

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٥/٢٠٠٧ في ١/٨/٢٠٠٨م، منشور على موقع المحكمة <https://www.iraqfsc.iq/news.4562/>

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٥/٥/١٩٩٣، قضية رقم ١٨ لسنة ق ١٣ "دستورية" مجلة المحاماة السنة ٧٣ ديسمبر ١٩٩٤، ص ٣٦.

(٣) د. عوض المر: المصدر السابق، ص ٨٥٠.

العقود، فنتوجه القوانين صوب تنظيم العقود الإدارية سيما الرئيسية منها، وسبب هذا التدخل يرجع الى اعتبارات عدة كالاختبار المالي وتأمين تنفيذ المشاريع العامة عن طريق اختيار المتعاقد على أساس القدرة المالية والمقدرة الفنية لإمكانية تحقيق أفضل النتائج المرجوة من القيام بمثل هذه المشاريع، وهناك اعتبارات يفتضي الإخذ بها أيضاً لتحقيق العدالة بين المتناقضين في اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة منهم تتمثل باختيارهم على أساس العلانية والمنافسة والشفافية، بوضع ضوابط تضمن وتهيء الفرصة للجميع المتناقضين، هذه الاعتبارات تعد قيوداً على حرية الإدارة في التعاقد^(١)، قيوداً منضمة كما في العقود المدنية لا لاغية لحرية الإدارة في التعاقد، فتعد هذه القيود بحد ذاتها أن صح التعبير مجازاً هي الحرية التعاقدية للإدارة في ضوء سلطتها التقديرية التي تضيق أحياناً وتتسع أحياناً أخرى حسب نوع العقد وظروفه ومدى تأثيره على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

إلا أنه يثير في ضوء ذلك تساؤلاً عن القيمة الدستورية لحرية التعاقد في نطاق القانون العام، هل مع الخصوصية التي تتمتع بها الإدارة انفه الذكر تبقى محتفظة بالقيمة الدستورية التي تتمتع بها هذا الحرية في نطاق القانون الخاص؟ أم ان قيمتها الدستورية تختلف عن قيمتها في نطاق القانون الخاص؟

إن حرية التعاقد كغيرها من الحريات بعدها فرع من الحرية الشخصية لا يتوقف مصيرها على سبب لإنعاشها ولا لفرص لتقدير قيمتها، لكنها تحتاج فقط مناسبة لطرح مداها، فلا يكون الاعتراف بها منشئ لها إنما اعتراف كاشفاً لها لان القول خلافاً لذلك يجعل حرية التعاقد تستمد قيمتها من المحيط الذي هيأ لممارستها وفي ذلك نسفاً واهدرا للإرادة وسلطانها بشكل كلي، فحرية التعاقد كحرية واحدة في جميع العقود تتبع من الإرادة واختيارها لا تنفصل عن اطرافها وأن تباينت نسب تقيدها حسب تباين ظروف كل عقد فهي تركيب خالد في سائر العقود، بدون هذه الحرية تفقد العقود مظهر طبيعتها^(٢).

لذا فالقيمة الدستورية لحرية التعاقد مستقرة في سائر العقود فأينما وجد العقد اقترنت به، لكن اختلاف درجات تقييد هذه الحرية بكونها أشد في عقود القانون العام منها عن عقود القانون الخاص لاعتبارات سبق ذكرها، فتحدث مفاضله بين هذه الاعتبارات وبين جامع القيمة الدستورية لحرية التعاقد كعلاقة مد وجزر تأخذ تلك العقود القدر الأوفى من تلك القيمة لكن

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي: ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٦٥.

(٢) أسامه احمد عبد النعيم: الحماية الدستورية لحرية التعاقد، مصدر سابق، ص ٥٤٦.

على النحو الذي يحفظ تكوينها كعمل إرادي، وفي الوقت ذاته تتخلى عن كل ما يخالف الاعتبارات المصنفة فيها لتلك القيمة لترتقي بها.

فالقيمة الدستورية قائمة لحرية التعاقد في كلا المجالين؛ لأن مرد هذه القيمة الى كنه هذه الحرية وحقيقتها لا الى مجالها الرحب في علائق القانون الخاص أو ضيق مجالها في علائق القانون العام وأن كانت لا تثار هذه القيمة بذات الاهمية في الثانية عنها في الأولى.

هذا ما توصلنا الية حول القيمة الدستورية للحرية التعاقد في مجالي القانون الخاص والعام، فما موقف التشريع الدستوري المقارن منها؟ هذا ما سنتناوله في المطلب القادم.

لكن قبل الحديث عن موقف التشريع الدستوري المقارن يثار تساؤل ألا وهو ما مكانه حرية التعاقد من الحريات؟ هل تعد حرية التعاقد من عداد الحريات العامة أم الاساسية؟

سبق وأن اتضح لنا أن حرية التعاقد يمكن ادراجها تحت طائلة الحريات الشخصية كفرع منها، لكن الاجابة على التساؤل أعلاه إنما يعضد توجه المشرع والقضاء القائل بأنها حرية متفرعة عن الحريات الشخصية ويمهد الطريق للتعديل الدستوري وتضمينها تحت لواء تلك الحريات امام المشرع الدستوري الذي صمت عنها والقضاء الذي لم يتطرق لها اعترافا بها صراحة.

إن أولى الدول التي عرضت الحريات الأساسية واضفت عليها قيمة دستورية هي فرنسا، لكن دساتيرها خلت من تعريف لها، فاتجه الفقه لتعريفها نتيجة هذا الفراغ الدستوري فعرّفها (روبرت بادنتير) على أنها (مجموعة من الحقوق والضمانات التي يقرها النظام الدستوري للأفراد في علاقتهم مع الدولة وتسمى بالأساسية، لكونها تتعلق بالإنسان الذي يعد أساس كل حق من جانب، ولأنّ نتائج الاعتراف بها تتجاوز أو كان يجب أن تتجاوز أي نظام قانوني من جانب آخر)^(١)، ولكن هل أن تعبير الحريات الأساسية يختلف عن تعبير الحريات العامة؟

أجاب بعض الفقه عن هذا التساؤل بالإيجاب على أساس أن تعبير الحريات الأساسية يختلف عن تعبير الحريات العامة، فقد ميزها الفقيه (فافورو) بقوله أنها (الحريات الدستورية

(١) أحمد عودة محمد الدليمي: تدرج القواعد الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، ٢٠١١م، ص ١٣٥.

التي تختلف عن الحريات العامة^(١)، وبذات المعنى حاول الدكتور عبد الحفيظ النشمي تمييزها من عدة وجوه وكما يأتي:

١_ إن الحقوق والحريات العامة تكون محل حماية في مواجهة السلطة التنفيذية فقط، بينما تتمتع الحقوق والحريات الأساسية بحماية في مواجهه سلطات الدولة الثلاث.

٢_ إن الحريات العامة تتفق مع مبدأ المشروعية الإدارية، بينما الحريات الأساسية تتفق مع مبدأ القواعد الأعلى من التشريع أي المشروعية الدستورية.

٣_ إن حماية الحقوق والحريات تعتمد بصورة رئيسة على القانون العادي والمبادئ العامة للقانون، بينما الحريات الأساسية الدستورية اساس حمايتها هي القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية.

٤_ إن الحريات العامة تكون محل حماية من جانب القضاء العادي والإداري وذلك بالاعتماد على التشريع العادي، بينما الحريات الأساسية تكون محل حماية من جانب القضاء الدستوري^(٢).

فمن جماع ما تقدم ويقدر تعلق الحريات الأساسية بالإنسان واتفاقها مع المشروعية الدستورية ومصدر حمايتها يوجد في القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية ومحل حمايتها القضاء الدستوري، لذا فإن حرية التعاقد تعد من عداد الحريات الأساسية، وما يؤكد ذلك الاستنتاج أن كل من التشريع والقضاء الدستوري المقارن قد حماها بمنهاج معين ساير أو اختلف عن نظيره كما سنرى في قادم بحثنا.

المطلب الثاني

موقف التشريع الدستوري المقارن من القيمة الدستورية لحرية التعاقد

إن حرية التعاقد أو بعضاً من صيغها في فرنسا كان أول اعتراف لها من قبل المشرع الدستوري إنما كان اعترافاً ضمناً عبر حقوقاً أساسية أخرى، فكانت حمايتها ضمنية من خلال الضمانة الممنوحة لحقوق وحريات أخرى، فقد أكد المجلس الدستوري على الاعتراف الضمني لحرية التعاقد بالقدر الذي كانت تشكل فيه مظهراً لحقوق وحريات أخرى سبق أن أضيف عليها

(١) د. عبد الحفيظ النشمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٦١.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٦٢.

طابع دستوري، فلذلك كانت تحمي بصورة غير مباشرة عندما كان المجلس يضمن مبادئ ذات قيمة دستورية نص عليها المشرع الدستوري كحرية الزواج وحرية التعليم وحق الملكية ... الخ^(١).

فلم تكن هذه الحرية محمية بصورة مستقلة وبالتالي لا يمكن التذرع بانتهاكها إلا حينما تكون بعض الحقوق والحريات في موضع خلاف.

من هذا الاعتراف الضمني للمشرع الدستوري الفرنسي نتجه صوب الاعتراف المثبت ذي الأسس المتعددة، فهناك بعض النصوص في الدستور يمكن أن تستعمل كأساس لحرية التعاقد، وذلك بربطها بالمادة (٤) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، ثم قيام المشرع الدستوري بربط حماية العقود التي تبرم بشكل قانوني بالمادة (١٦) من الإعلان إنما يكشف من أن بعضاً من وجوه هذه الحرية يقترن في القانون الدستوري بفكرة ضمان الحقوق.

ربما يثار تساؤل ما ربط الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن بالتشريع الدستوري؟

إن الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩م أحد المصادر الدستورية المهمة في أرساء حقوق الإنسان وحياته، فقد أكد الدستور الفرنسي ١٩٥٨ المعدل على التمسك بما ورد في هذا الإعلان من حقوق وحيات إضافة الى تمسكه على ما زاد عليها بمقتضى دستور ١٩٤٦ وكذلك المبادئ التي تقرها قوانين الجمهورية^(٢).

واستناداً الى اتجاه المشرع الدستوري؛ سلم المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية ليس فقط لنصوص الدستور الحالي بل لكل ما تمسك به هذا الدستور من حقوق وحيات، فيتجه (لوشير **luchaire**) الى القول (عندما يتعلق الأمر بقانون جمهوري، ينبغي التعرف أولاً فيما إذا كان القانون يقر هذا المبدأ وهل لايزال ساري المفعول، وهل يعد المبدأ أساسياً، وهل يتضمن أحد حقوق الإنسان، فاذا اجتمعت فيه هذه العناصر الأربعة نكون أمام قاعدة دستورية)^(٣).

(١) اوريلي دوفي: دسترة حرية التعاقد، مجلة القانون العامة وعلم السياسة الفرنسية، العدد(٦)، ٢٠٠٦م، ترجمة د.

محمد عرب صاصيلا، مراجعه د. وسيم منصوري، ص ١٥٨٨.

(٢) د. ثروت عبد العال: مصدر سابق، ص ٥١.

(3) Lu chaire (f): Le conseil constitutionnel, éd. Economica, 1980, p.174 et

ونرى أن الأخذ بالتحليل الذي أشار إليه لوشير بخصوص حرية التعاقد يؤدي الى الإقرار بالقيمة الدستورية لهذا الحرية، باعتباره يتضمن أحد حريات الإنسان وبصفته إحدى المبادئ الأساسية التي تم التسليم بها في القانون المدني الذي يعتبر قانوناً جمهورياً.

كما يؤكد على أن القواعد الدستورية المرتبطة بالقانون المدني تجد مصدرها في ذات المبادئ والنصوص التي ترسخ حقوق وحريات الشخص الطبيعي، فهذه القواعد وليدة الحقوق التي أشار إليها الإعلان ١٧٨٩، كالحق في المساواة والحرية والأمن والملكية إذ جاء في المادة الثانية منه (أن هدف كل جماعه سياسية هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية والخالدة، وهذه الحقوق هي الحرية والمساواة والأمن والملكية ومقاومة الظلم) دون أن يتضمن أي إشارة صريحة لحرية التعاقد لكن ذلك لا ينفي عنها قيمتها الدستورية، وأن كان النص في الوثائق الدستورية على حرية ما يعتبر ضمانه مهمة لحمايتها^(١)، فنتحول من مجرد أمنية الى حقيقة قائمة تحقق أعلى صيغ الحماية القانونية في ضل مبدأ سمو الدستور^(٢)، لكن هذه الوثائق لا تحرص على تعداد صور الحرية وأنواعها بقدر تأكدها على الحق بالحرية بصفه عامة؛ وذلك لتعدد مجالات الحرية وصعوبة تحديدها معناها، إضافة الى الطابع النسبي الذي تتصف به^(٣).

وهذا هو الحال الذي عليه إعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، فهذا الإعلان وأن خص بعض الحريات بالذكر كما في المادة الثانية منه إلا أن ذلك لا ينفي ما تتصف به نصوصه من عمومية.

فبالرجوع الى المادة الرابعة من الإعلان والتي جاء فيها (أن الحرية هي القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير، فمن ثم أن ممارسة كل أنسان لحقوقه الطبيعية لا ترد عليها حدود إلا تلك التي تضمن للآخرين التمتع بالحقوق ذاتها، وهذه الحدود لا يتم تحديدها إلا بمقتضى قانون) فالشمول والعمومية التي يركز عليها هذا النص نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أستند اليه لإعطاء قيمة دستورية لعدد من الحريات على الرغم من عدم النص عليها في هذه المادة استناداً الى فحواها ومضمونها.

فإن نص المادة الرابعة من الإعلان لم يحتوي على أي إشارة للحرية الشراكة أو الحرية المهنية، لكن المجلس الدستوري أعتترف بأن الحرية المهنية من الحريات الدستورية استناداً

(١) د. ثروت عبد العال: مصدر سابق، ص ٤٦.
(٢) د. نعيم عطية: مصدر سابق، ص ١٤٥ وما بعدها.
(٣) د. سعاد الشراوي: نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، مصدر سابق، ص ٣ وما بعدها.

على أن الحرية تتجسد بالقدرة على إيتان كل ما لا يضر بالغير كما هو وارد في المادة الرابعة، فاذا خضعت الحرية المهنية لقيود تعسفية أو تحكيمية لن تبقى مصونه كما هي، كما أكد في عام ١٩٩٨ أن الحقوق والحريات الأساسية كمساواة أمام القانون والأعباء العامة والحق في العمل وحق العمال في تحديد شروط العمل تعد كلها حقوق دستورية ناجمة عن المادة الرابعة؛ لان لفظ الحرية الوارد في نص هذه المادة قد جاء عاماً وشاملاً^(١).

وربط المجلس في حكمة الصادر في ديسمبر عام ٢٠٠٠ بين المادة الرابعة من الاعلان وحرية التعاقد^(٢)، لذلك فان المجلس بعد استناده إلى المادة الرابعة لإضفاء قيمة دستورية على حقوق وحريات لم يرد النص عليها في هذه المادة لم يعد مقبولاً منه القول بعدم دستورية حرية التعاقد استناداً لعدم ذكر هذه الحرية في هذه المادة؛ لأن المجلس ان أعترف بالقيمة الدستورية للحريات سالفه الذكر وينكرها على حرية التعاقد على الرغم من وحدة الأساس الذي ترجع اليه، يكون بذلك قد فرق بين الحريات دون أن يكون هنالك مقتضى أو مفرق بينهما.

وبالرغم من ذلك فالمجلس لم يؤكد بصورة واضحة وغير مبهمة بأن حرية التعاقد ذات قيمة دستورية، استناداً الى؛ أن المشرع الدستوري لم يرد لها ذكر في الدستور صراحةً فجعلها تتناسب مباشرة من المادة (٤) من الإعلان، فلم تكن هذه الحرية تعد مبدأً دستورياً وإنما مبدأً حارساً " ذا قيمة تشريعية" مستمداً من الحرية بصورة عامة ولا ينجم انتهاكه عن إغفال حرية التعاقد وإنما عن الاعتداء على مبدأ الحرية المنصوص عليه في المادة (٤) من الإعلان، فأصبحت بذلك حرية التعاقد محميةً على المستوى الدستوري على أساس هذا النص من الإعلان^(٣).

إلا أن المادة (٤) من الإعلان تبقى غامضة عندما يتعلق الأمر بمبدأ الأمن القانوني، لكن المشرع الدستوري الفرنسي قد أوضح هذا الغموض عندما ربط حماية العقود بالمادة (١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، حيث جاء في المادة (١٦) من الإعلان على أنه (كل مجتمع لا يضمن الحقوق ولا يفصل بين السلطات مجتمع لا دستور له)

(1) ats publics et rôle du juge." (2019).Amilhat, Mathias. "Liberté contractue lle.

(2) Stocquart, E. Restrictions de la Liberte des Contrats en Legislation Comparee, Les. Rev. Droit Int'l & Legis. Comp., 27.

(3) B. Mathieu et M. Verpau, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle", LPA, 1998, n144, pp. 18_22 , p.20.

يقتضي الأمر بيان مفهوم الأمن القانوني فهو (فهو نظام قانوني للحماية يهدف الى تأمين ومن دون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون)^(١)، فيعتبر بذلك شرطاً جوهرياً وضرورياً لمزاولة الأفراد لحقوقهم واستقرار المعاملات التعاقدية فيما بينهم.

فيرى المجلس الدستوري الفرنسي أن فكرة الأمن القانوني لا تقتصر على مفهوم الأمن الوارد في المادة (٢) من الإعلان إنما على الحقوق المكفولة بموجب المادة (١٦) من الإعلان، في إشارة من المجلس بأن هذه الحقوق لا يمكن أن تكون ذات فاعلية إذ لم يكن للمواطنين اطلاع كافٍ بالمعايير التي يُعمل بها^(٢).

لذا تقوم حماية العقود على أساس المادتين (٤) و (١٦) من إعلان ١٧٨٩ فالأولى منها تكرر مبدأ الحرية، والثانية تُكرس ضمان الحقوق وفصل السلطات، فحمى المجلس الدستوري عند أشارته الى المادة (١٦) استقرار العلاقات التعاقدية، لأنه أختار على ما يبدو ومن خلال مفهوم ضمان الحقوق التي تحميها المادة السالفة الذكر من الإعلان، استعمال مظهر الأمن القانوني الذي تُعد من مظاهر المحافظة على استقرار العلاقات التعاقدية، فأصبح النص على هذه المادة يشكل أساساً دستورياً يكمل ما جاء في المادة (٤) من الإعلان ويشهد على الواجهة المزدوجة لحرية التعاقد، والتي تتذبذب بين حرية التعاقد و ضمان ما تم الاتفاق عليه^(٣).

وهكذا كانت حرية التعاقد ملائمة للاتجاه صوب شكل من أشكال الاعتراف بمبدأ الأمن القانوني.

بعد أن بينا مفهوم حرية التعاقد في ضوء المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان التي أُستند إليها المجلس الدستوري الفرنسي لتقرير حقوق وحرّيات لم ينص عليها في هذه المادة ومنها حرية التعاقد، وكذلك ربطها بالمادة (١٦) لإيضاح غموض المادة (٤) من ناحية الأمن القانوني، نتجه للحديث عن الدور الذي يقوم به المشرع الدستوري في إرساء هذه الحرّية هل يقتصر على الاستناد بما جاء في الإعلان؟ أم له الدور المستقل في ذلك؟

(١) بلحمزي فهيمية: مصدر سابق، ص ٣١.

(2) ANNE-LAURE valembois, la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, CCC n°17 , mars 2005,p2

(٣) أوريلي دوفي: مصدر سابق، ص ١٥٩٥.

إن الدستور الفرنسي للجمهورية الرابعة الصادر في عام ١٩٤٦ نص في المادة (٨٧) منه أن ((تتولى مجالس منتخبة بالاقتراع العام إدارة الجماعات المحلية بحرية)) لكن عدم وجود نظام للرقابة على دستورية القوانين واللوائح أدى إلى أن لا يكون هنالك حماية فعلية لمبدأ حرية أدرة الجماعة المحلية، لكن بصدور دستور فرنسا عام ١٩٥٨ نظم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح عن طريق إنشاء مجلس دستوري خصص لهذا الغرض.

أكد دستور فرنسا الحالي في المادة (٧٢)/٢ على حرية إدارة الجماعات المحلية حيث جاء فيها ((تتولى مجالس منتخبة إدارة هذه الجماعات بحرية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون وتتمتع بسلطة تنظيمه لممارسة اختصاصها))^(١).

فإذا لم يعين مضمون مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية ومحتواه وفقاً لهذا النص الدستوري، نجد في هذا النص أن المجلس المنتخب هو الذي يباشر إدارة هذه الجماعات وفحوى مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية ومضمونه وعلى هذا الأساس؛ لا يستطيع المشرع العادي أن يعدل بهذا النظام وإلا أصبح التشريع غير دستوري.

أما إذا لم يتم تحديد فحوى هذا المبدأ ومضمونه من قبل المجلس المنتخب، فالمشرع العادي هو من يتولى القيام بإصدار تشريع يعين فيه ضوابط حرية إدارة الجماعات المحلية ومداهها، فالمشرع الدستوري أشار في المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي الحالي بأن ((يحدد المشرع المبادئ الأساسية الخاصة بحرية إدارة الجماعات المحلية واختصاصاتها ومواردها))^(٢)، لذا فيقتصر دور المشرع العادي على ضوء هذه المادة على تعيين المبادئ الأساسية تاركاً التفاصيل للمجلس المنتخب وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٢) من الدستور الفرنسي الحالي^(٣).

لذا نجد أن علاقة موضوعية تجمع بين مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية ومبدأ حرية التعاقد تتعلق بفحوى العمل ومضمونه لا بظاهرة وشكله، فهذه الجماعات بواسطة هيئاتها(المجالس المنتخبة) تكون لها حرية اللجوء الى التعاقد أو عدم اللجوء اليها، كما لها

(١) المادة (٧٢) (الفقرة الثالثة) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

(٢) د. شريف يوسف خاطر: مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣م، ص ٦٧.

(٣) فجاء في المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل، أن القانون يضبط المبادئ الاساسية الآتية" التنظيم العام لدفاع الوطني، الاستقلال الاداري لجماعات الاقليمية واختصاصها ومواردها، التعليم، المحافظة- على البيئة، نظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية، حق العمل والحق النقابي والضمان الاجتماعي".

حرية الاستمرار بالتعاقد أو عدم الاستمرار، ولها الحرية في انتقاء طريقة تنفيذ الأعمال وطريقة استعمالها.

ولكن على الرغم من الحرية التي تتمتع بها تلك الجماعات المحلية لإدارة مشاريعها بواسطة المجالس المنتخبة إلا أن حريتها لا تكون مطلقة كما هو عليه الحال في حرية التعاقد، فتكون هذه الجماعات متقيدة باحترام الدستور والقوانين الواجبة التطبيق ومراعاة المصلحة العامة التي تعد قيدا على مزاوله الحرية بصورة عامة وحرية التعاقد والحرية في إدارة الجماعات المحلية بصورة خاصة^(١).

يتضح مما سبق أن المشرع الدستوري الفرنسي قد أرسى حرية التعاقد على الرغم من عدم النص عليها في الدستور وذلك بطريقة ضمنية وذلك عندما جعل من مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية مبدأ ذي قيمة دستورية، عن طريق إعطاها الحرية في أبرام العقود أو عدم أبرامها والاستمرار في تنفيذ العقود أو عدم الاستمرار في تنفيذها مراعاة لمصلحة العامة.

وكما هو الحال في الدستور الفرنسي الحالي لم يكن دستور مصر الصادر عام ١٩٧١ الملغى متضمن نص خاص يقرر حرية التعاقد، بما يؤكد قيمتها الدستورية، كما أن الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ والدستور الحالي الصادر عام ٢٠١٤ لم يحتوي أي نص يتضمن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد.

لكن يثار تساؤل فيما يتعلق بحرية التعاقد ، فهي ان كانت حرية غير منصوص عليها في الدساتير! فكيف يمكن ضمان حمايتها سيما اننا قلنا ان الحريات الواردة في الدستور وخصوصا الدستور الجامد تتوفر لها الحماية اكثر مما لوكان الدستور مرن واكثر من تلك التي لم ينص عليها؟

أن الاجابة على ذلك تكمن في تعديل الدستور وتضمين حرية التعاقد فيه بنص صريح وجعلها من عداد الحريات المنصوص عليها في الدستور، لذا نرى أن تعدل الدساتير محل المقارنة وتضمن هذه الحرية بنص صريح مع الإبقاء على هذه الحرية منطوية في ظل الحريات الشخصية.

(١) د. شريف يوسف خاطر: المصدر السابق، ص ٦٩.

فلقد نادى جانب من الفقه المصري بضرورة الإصلاح الدستوري وتعديل دستور ١٩٧١ لأنه أصبح لا يلائم الظروف الاقتصادية الجديدة، ولا يتفاعل مع مطالب الإصلاح الاقتصادي والتوجه صوب تحرير الاقتصاد وإعمال آليات السوق^(١).

وبخصوص مدى هذا الإصلاح الدستوري فقد خلصَ الى " ضرورة إدخال تعديلات أساسية وجوهرية على نصوص الدستور، وأضافه نصوص جديدة توفر الأرضية القانونية الدستورية لاقتصاد السوق الحرة"^(٢)، ويتحقق ذلك في تصورنا عن طريق إرساء مبدأ التراضي في العقود، وأن كان هنالك اتجاه يذهب للقول لا مبرر لإدخال تعديلات على نصوص الدستور بهدف تقرير القيمة الدستورية لحرية التعاقد، لأن تلك القيمة يمكن ان تستخلص دون تعنت من نصوص الدستور بوضعها الحالي بتضمينها ضمن الحريات الشخصية، وهو ما يتجنب بذلك إجراءات معقدة وطويلة تطلعاً لتعديل دستور يعتبر من الدساتير الجامدة^(٣)، لكننا نرى أن التعديل وتضمين حرية التعاقد ضمن الحريات الشخصية امر ضروري يجعلها محاطة بضمانات لا تتوفر لها لو تم استنباطها واستخلاصها من الحريات الشخصية دون تضمينها فيها بنص صريح.

فنص المشرع الدستوري المصري في صلب الدستور في عدة مواد على الحريات الشخصية (٥٦، ٥٥، ٥٤، ٥٢، ٨٩، ٨٧، ٦٢، ٦٠، ٩٥، ٨٥، ٥٧) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ مما اضى عليها سمواً على التشريعات العادية ودفع عنها إمكانية الجدل حول قيمتها القانونية الأمر الذي يجعل مهمة المشرع الدستوري اسهل في إجراء تعديلات عليها وتضمين حرية التعاقد في اطار الحريات الشخصية باعتبارها فرعاً منها، خلافاً للمشرع الدستوري الفرنسي الذي وأن كان كما اعترف بها بصورة ضمنية إلا أنه لم ينص اصلاً بصورة صريحة ومباشرة على الحريات الشخصية في دستور ١٩٥٨، وإنما اتجه إلى تقرير الحريات الشخصية من خلال الاحالة الى مقدمة دستور عام ١٩٤٦ وإعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩، الذي أشار في مواده (٩، ٨، ٧، ٢) على الحريات الشخصية الأخرى فتعديل الدستور الفرنسي يقتضي النص على الحريات الشخصية ومن ثم النص على حرية التعاقد كفرع لها ليس فقط النص على حرية التعاقد.

(١) د. سعاد الشرقاوي: تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٣

(٢) المصدر نفسه، ص ٥٠.

(٣) د. محمد عطية فودة: الحماية الدستورية لحقوق الانسان، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١م،

وما يؤكد ذلك أن القيمة الدستورية لحرية التعاقد تجد لها أساساً منطقياً بالرجوع لنص المادة (٤١) من دستور مصر الصادر عام ١٩٧١ والذي الغي العمل به بصدر الاعلان الدستوري في ٣٠ مارس ٢٠١١^(١)، لكن أبقى على بعض نصوص الدستور الملغي ومنها نص المادة (٤١) والتي تعادل نص المادة (٨) من الإعلان الدستوري كما تقابل المادة (٥٤) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ والتي جاء النص في هذه المواد أن ((الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونه لا تمس....)).

واعتماداً بذلك وبعبارات واضحة وقاطعه أكدت المحكمة الدستورية العليا في عدة أحكام صدرت منها على ذلك نذكر منها حكمها الصادر في السابع من يونيو عام ١٩٩٧ بأن قضت فيه أن " حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوتاً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها الى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يمتلكها كل شخص، فلا يكون بها كائن يحمل على ما لا يرضاه، بل بشر سوي بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القانون المقارن حقاً طبيعياً، ولازماً كذلك لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئناناً لغده، يستحيل وصفها بالإطلاق بل يجوز فرض قيوداً عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان، فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوف، ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من اهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، بين تمرداها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحد من اندفاعها، ورداها الى ضوابط لا يملئها التحكم، وفي اطار هذا التوازن تحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتضى"^(٢).

ودور المحكمة هذا سوف نتناوله تفصيلاً عند الحديث عن دور القضاء الدستوري في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد، فهذا الحكم إنما جاء لتأكيد ما جاء به المشرع الدستوري بخصوص

(١) بعد قيام ثورة ٢٥ يناير في مصر وتحتي الرئيس حسني مبارك عن السلطة في ١١ فبراير عام ٢٠١١ وتكليفه لمجلس الاعلى لقوات المسلحة بإدارة شؤون البلاد، قام المجلس المذكور بإصدار عدد من الاعلانات الدستورية التي سوف تحكم المرحلة الانتقالية كان الاعلان الدستوري الاول في ١٣ فبراير ٢٠١١ أي بعد يومين من تحتي مبارك، والاعلان الثاني في ٣٠ مارس بناءً على نتيجة الاستفتاء على التعديلات الدستورية في ١٩ مارس ٢٠١١.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، ١٩٩٧/٦/٧، القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية، ص ٦٦٧.

هذه الحرية، ونرى أن توجه المشرع والمحكمة جاء لتدعيم القيمة الدستورية للحرية التعاقد عن طريق التأكيد على الحريات الشخصية لكنه لم يتضمن نصاً صريحاً في الدستور يذكر هذه الحرية بنص صريح لذا اقتضى التعديل وأن كان بإجراءات صعبة ومعقدة لتحظى هذه الحرية بالضمانات المقررة في الدستور للحريات الشخصية.

والية التعديل التي تطلبها الدستور المصري هي ((يشترط للتعديل الحصول على موافقة أغلبية الناخبين من أفراد الشعب على التعديل عن طريق الاستفتاء الدستوري))^(١).

أما في العراق نجد أن المشرع الدستوري في دستور عام ٢٠٠٥ النافذ قد اعتنق الأسلوب الذي سلكه المشرع المصري، فقد نص على الحريات الشخصية في صلب الوثيقة الدستورية وذلك بالمواد (١٥،١٧/أولاً، ١٩،٣٧/أولاً/ج-٣٧/ثالثاً-٣٧/ب، ٤٠،٤٤، ٧٣/ثامناً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، مما أضفى عليها القوة التي تتمتع بها النصوص الدستورية الأخرى، لكنه أيضاً لم ينص على حرية التعاقد.

إلا أن توجه المشرع الدستوري المصري كان أفضل وذلك عندما قام بتدعيم القيمة الدستورية لحرية التعاقد وأن لم ينص عليها أيضاً بإسنادها إلى المادة (٤١) من دستور ١٩٧١ الملغي والمادة (٥٤) التي تقابلها في دستور ٢٠١٤ النافذ، لكنهما يسلكان ذات المسلك من عدم النص عليها صراحة والنص على الحريات الشخصية كما في المواد التي سبق الإشارة إليها.

أما المشرع الدستوري العراقي فقد جاء بنصوص تدعم الحرية التعاقدية إذ جاء في المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ فيما يتعلق بالملكية ((أولاً:- الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانياً:- لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون))، كذلك دعم هذه الحرية في مجال الاستثمار إذ جاء في المادة (٢٦) ((تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون)) والمادة (٢٥) ((كفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته)) كذلك دعمت هذه الحرية في مجال الأحوال الشخصية فجاء بالمادة (٤١) ((العراقيون احرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون)).

(١) المادة (١٨٩) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي.

من جماع ما سبق ذكره نرى أن المشرع الدستوري العراقي قد اشار الى حرية التعاقد بصورة ضمنية ولم يدعمها بنص صريح يضمن استقلالية حمايتها حماية دستورية صريحة لا تقبل التأويل أو التفسير.

لذا نرى ايضاً كما بالنسبة للدستور المصري تعديل الدستور العراقي وتضمن نصوصه حرية التعاقد ضمن الحريات الشخصية المشار إليها انفاً لان المغزى من النص على أي حرية سواء حرية التعاقد أو غيرها من الحريات هو اثباتاً لوجود هذه الحرية أو تلك وتمكيناً لأفراد من المطالبة بحقوقهم حال الاعتداء عليها سواء كان الاعتداء عليها من قبل السلطات العامة أم من قبل الأفراد، وهذا الأمر لا يتحقق إلا اذا كان الدستور المتضمن للحرية المراد حمايتها جامداً.

فالدستور الجامد هو الدستور الذي لا يعدل ولا يلغى بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية إنما يشترط لتعديله اتباع إجراءات أكثر تعقيداً من تلك الإجراءات التي تتبع في تعديل القوانين العادية^(١).

فما يوفر الحماية الكافية للحريات العامة هو وجود دستور جامد يجعل من هذه الحريات أن تكون بمنأى عن التعديل أو التلاعب من قبل السلطة التشريعية وذلك بتقييدها أو حتى إلغائها، فبجمود الدستور يتحقق سموه، وسمو قواعد الدستور يعني أن تعلق على باقي القواعد القانونية على اختلاف تدرجها من تشريعات وقوانين ولوائح وقرارات إدارية، فإذا تنظمت التشريعات بشكل هرمي فإن القواعد الدستورية بالذي فيها من حقوق وحريات تعطي قمة هذا الهرم ويسيطر على جميع التشريعات والقواعد الأخرى التي يتألف منها هذا الهرم^(٢).

لكن لربما يثار تساؤل كيف يمكن التوفيق بين المحافظة على سمو الدستور وجموده باعتبار أن الدساتير الجامدة تشكل ضمانة هامة لهذه الحرية وغيرها من الحريات تجاه السلطة الحاكمة وبين تعديل الدستور وتضمن هذه الحرية فيه؟

(١) د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٢) م. م. اياد خلف محمد جويعد، م. ايمان عبيد كريم: الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد (٢٣)، ٢٠١٣م، ص ٤.

إن مبدأ تعديل الدستور يعتبر من المبادئ التي اقرت في أغلب الدول فلا بد للنظام الدستوري من مواكبة مقتضيات التطور المستمر^(١)، فتغير الحياة وتطورها في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لا يتفق مع وجود نصوص ثابتة ليس من الممكن تعديلها لذلك يتطلب الامر جعل تعديل الدستور أمراً صعباً ويحتاج لتعديله اجراءات خاصة^(٢).

فلا يعني وصف الدستور بالجامد أن يكون ثباتاً ونصوصه وقواعده مستعصية على التعديل والإلغاء ولكن يعني ذلك اشتراط إجراءات معينة وأغلبية معينة كبيرة لتعديل أحد أحكامه او نص فيه والجمود بهذا المغزى يحقق سمو شكلي للدستوري يجعله فوق مرتبة القوانين العادية^(٣).

لذا وعلى ضوء ذلك؛ يمكن المحافظة على جمود الدستور وسموه باعتباره يشكل ضمانه مهمة لحرية من تعنت السلطة، وفي الوقت ذاته يمكن تعديله بتضمينه نص يجعل من حرية التعاقد حرية اصلية أو فرعية ضمن الحريات الاقرب لها في صلب الوثيقة الدستورية كحريات الشخصية، وأن كان الامر يتطلب إجراءات صعبة للتعديل لكن الغاية الاعظم تتطلب ذلك للمحافظة على حرية من تجاوزات تقع عليها كونها غير موثقة دستورياً.

فمثلاً على الدستور الجامد والإجراءات الصعبة بتعديله هو الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ حيث يتطلب لتعديل نص أو تضمين نص فيه يضمن هذه الحرية، اجراءات صعبة نصت عليه المادة (١٢٦) منه والتي تتمثل بالخطوات الآتية^(٤):

((أولاً- اقتراح التعديل: اجاز الدستور لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو خمسة اعضاء من مجلس النواب اقتراح التعديل.

ثانيا- اقرار التعديل: يقر التعديل بعد اتباع الخطوات الآتية:

١- موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب.

٢- موافقة الشعب باستفتاء العام .

(١) عبد الباقي البكري، د. علي بدير، د. زهير البشير: المدخل لدراسة القانون، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦م، ص٢٧.

(٢) د. ابراهيم ابو خزام، مصدر سابق، ص٣٣٥.

(٣) م. م. اياد خلف محمد جويعد، م. ايمان عبيد كريم: المصدر السابق، ص٥.

(٤) المواد (١٢٦) و(١٤٢) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، ينظر في ذلك د. حميد حنون خالد، المصدر السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

٣- مصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام، وفي حالة عدم المصادقة خلال هذه المدة يعد التعديل مصادقا عليا.

ويعد التعديل نافذا من تاريخ نشرة في الجريدة الرسمية)).

لكن مما يؤخذ على هذه الإجراءات أنها جاءت عامة تقتضي تعديل الدستور برمته وبإجراءات معقدة جدا لذا جاء في مضمون المادة (١٤٢) من هذا الدستور كاستثناء من نص المادة (١٢٦) ما يلي:

((أولا- تتشكل في بداية عمل مجلس النواب لجنة من أعضائه تمثل مكونات المجتمع العراقي تقدم تقرير لمجلس النواب بالتعديلات التي تروم اجراءها على الدستور خلال اربعة أشهر ثم تحل هذه اللجنة بعد البت بمقترحاتها.

ثانيا- تعرض التعديلات المقترحة على مجلس النواب دفعه واحدة للتصويت عليها وتعد مقرة بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس.

ثالثا- تطرح المواد المعدلة من قبل مجلس النواب على الشعب لاستفتاء عليها خلال شهرين من تاريخ اقرار التعديل من قبل المجلس النواب.

رابعا- يكون الاستفتاء على المواد المعدلة ناجحا بموافقة أغلبية المصوتين أو لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو اكثر))

فالمشرع الدستوري هنا اجاز تعديل أي مادة من مواد الدستور وفق إلية السابقة، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك قد نص على الحضر الموضوعي الجزئي المؤقت^(١)، على أنه لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الأول ولا الحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني، الابعد دورتين انتخابيتين، أي بعد مضي ثمانية أعوام على نفاذ الدستور.

هذا الحضر وأن لم تكن له مبرراته سيما ما يتعلق بالحقوق والحريات بأن يتركها على ماهي عليها على الرغم من التطور الكبير في مختلف جوانب الحياة وظهور حريات لم تكن معروفة لدى واضعي الدستور عند وضعهم له كحرية التعاقد مثلاً، فهو حضر جزئي مؤقت ليس حضراً كلياً يمنع تعديل الدستور بأكمله إذ يمكن بعد انتهاء المدة استئناف التعديل.

(١) الحضر الجزئي المؤقت هو (منع تعديل حكم من أحكام أو بعض أحكامه بشكل مطلق او لمدة محددة)

ينظر د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص ١٤٥.

ومما يبرر إمكانية التعديل وتضمين هذه الحرية ضمن الحريات الشخصية، أن الدساتير في كل من مصر والعراق قد اشارات الى الحريات الشخصية في دساتيرها، لذا فتضمن هذه الحرية كفرع من الحريات الشخصية لا يكون أمراً صعباً أو مستحيل قياساً فيما لو كانت تلك الدساتير لم تنظم هذه الحريات في وثيقة دستورها لأصبح في الأمر مشتقتين مشتقة البحث عن الحريات الشخصية ومشتقة تضمين حرية التعاقد في اطارها كالدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

فإذا ما ضمنت هذه الحرية في الوثيقة الدستورية كحرية من الحريات الشخصية، فإنها ستكون من طائفة الحريات التي لم يترك المشرع الدستوري تنظيمها للمشرع العادي وانما نص عليها بصفة مطلقة، لكن الواقع كما سبق وقلنا لا يوجد فيه حرية مطلقة لا قيد عليها.

فالنص على هذه الحرية أو أي حرية أخرى في الدستور إنما ينجم عنه أثران مهمان: اولهما أثر ايجابي يظهر للفرد ما مدى قبول الدولة لهذه الحرية أو رفضها لها بشكل رسمي، أما ثانيهما أثر سلبي يتمثل في أن النص على هذه الحرية يوضح مدى صرامة القيود أو خفتها التي وضعتها أعلى وثيقة قانونية في تلك الدولة على هذه الحرية^(١)، فالدستور عندما يضمن أي حرية سواء كانت حرية تعاقد أم غيرها فيه فانه يعطيها ضمانه كبيره تتجسد بالضمانات الدستورية التي سنتحدث عنها في الفصل القادم.

المبحث الثاني

دور القضاء الدستوري في ترسيخ مبدأ حرية التعاقد

بعد ما بينا القيمة الدستورية لحرية التعاقد، وتعرضنا لموقف المشرع الدستوري في فرنسا ومصر والعراق وما أتضح من تلك المواقف من عدم النص عليها صراحة في الدستور وضرورة التعديل لتضمينها كفرع من الحريات الشخصية، يثار تساؤل عن موقف القضاء الدستوري من إقرار أو عدم إقرار القيمة الدستورية لحرية التعاقد في كل من فرنسا ومصر والعراق؟

وهل تأكيد المجلس الدستوري الفرنسي على جاء به المشرع الفرنسي من تقرير لحقوق وحرريات لم يرد النص عليها في الدستور كحرية التعاقد بربطها بالمادة (٤) من الإعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩، وبالمادة (١٦) من ذات الإعلان لإيضاح غموض

(١) د محمد عبد الله محمد الركن: التنظيم الدستوري للحقوق والحريات، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٨)،

١٩٩٤م، ص ٣٩٤.

المادة (٤) يجعل من المجلس أداة يستخدمها المشرع الدستوري لوصول لمبتغاه من إقرار هذه الحرية أو تلك؟ أم له دور مستقل في ذلك؟

فَيَقْتَضِي لتعرف على مدى ما تتمتع به حرية التعاقد من قيمة دستورية أم لا، أن نتناول موقف القضاء الدستوري الفرنسي في المطلب الأول وموقف القضاء الدستوري المصري وموقف القضاء الدستوري العراقي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

دور القضاء الدستوري الفرنسي في ترسيخ حرية التعاقد

قبل إيضاح دور القضاء الدستوري متمثلاً بالمجلس الدستوري لابد من معرفه ما إذا كان المجلس ذا طبيعة قضائية أم سياسية؟ حتى نستطيع الحديث عن دورة في ترسيخ هذه الحرية. أن للمجلس طبيعة مختلطة فهو من حيث أعضاءه فتشكيلة سياسي بحت لأن ملاحظه مما يتكون توجي بذلك، فيتألف هذا المجلس من طائفتين من الأعضاء^(١).

إلا أن قرارته تتصف بأنها قضائية، لأن هذا المجلس يفصل في المنازعات المعروضة عليه وفقاً لأحكام القانون إضافة الى ذلك فإن أحكامه قطعية تحوز حجية الأمر المقضي به ولا يجوز الطعن بها أمام أي محكمة، هذا الأمر إنما يؤيد الدور الرئيس الذي يلعبه المجلس بخصوص حماية الحقوق والحرريات، لأن هذه الحماية لا تتوقف على طبيعة العضو الممارس للرقابة، إنما على الدور الفعال الذي يلعبه العضو الممارس بخصوص القوانين المنظمة للحقوق والحرريات^(٢).

وعلى هذا الأساس فموقف القضاء الدستوري في فرنسا بصدد ترسيخ هذه الحرية يتجسد بموقف المجلس الدستوري منها، فقد تمت الإشارة الى مبدأ حرية التعاقد في القضاء الدستوري الفرنسي بشكل غير مباشر في الحقبة السابقة على تسعينيات القرن الماضي خصوصاً بعدما تم إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي عام ١٩٥٨، حيث كان المجلس آنذاك متشدداً من خلال

(١) حيث تشمل الطائفة الاولى على أعضاء لمدى الحياه وهم رؤساء الجمهورية السابقين، والطائفة الثانية تتكون من تسع أعضاء مده عضويتهم تسع سنوات غير قابله للتجديد يعين رئيس الجمهورية ثلاثة منهم، ويعين رئيس لجمعية الوطنية ثلاثة آخرين، ويعين رئيس مجلس الشيوخ الثلاثة الباقيون. تنظر المادة (٥٦) من دستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

(٢) د. محمد يوسف محيميد: الاشكالية القانونية لمجلس الدستوري الفرنسي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد (١)، المجلد (١)، ٢٠١٦م، ص ٣١٩.

المنازعات المعروضة أمامه تجاه الاعتراف بحرية التعاقد، حيث أهمل المجلس الدستوري المبادئ الأساسية التي تضمنها المادة (٣٤) من الدستور ١٩٥٨ المعدل خصوصاً المتعلقة بحق الملكية واحترام التزامات المدنية واستقلال الإدارة وذلك عندما تم الطعن من قبل مجلس الشيوخ على قرار صدر من الوزير الأول في السابع من يناير ١٩٥٩ والقاضي بتعديل قيمة إيجار مزرعة، حيث جاء في طعنهم أن ذلك القرار يمثل اعتداءً على هذه المبادئ، كما أنه من اختصاص السلطة التشريعية وفقاً لما جاء في الدستور انه ((إذا تبين أثناء تطبيق الأجراء التشريعي أن اقتراحاً أو تعديلاً لا يدخل ضمن نطاق اختصاص القانون يجوز للحكومة أو لرئيس المجلس المختص أن يعترض عليه بعدم القبول))^(١)، لذا فلا بُد من تدخل المشرع في حاله تعديل هذه المراكز القانونية وفقاً لقانون وليس بقرار لائحي من السلطة التنفيذية.

إلا أن المجلس الدستوري رفض هذا الطعن من قبل مجلس الشيوخ فلم يعتبر القرار الصادر من الوزير الخاص بتعديل قيمة إيجار المزرعة اعتداءً على تلك المبادئ الأساسية التي تحميها المادة (٣٤) من الدستور، وأعطى للسلطة التنفيذية الحق في التدخل ووضع حدود لنطاق حرية المتعاقدين^(٢).

لكن هذا التوجه القضائي للمجلس تعرض للنقد من قبل بعضاً من الفقه الفرنسي، حيث لا يمكن أن تصدر السلطة اللائحية قرار تعدل بموجبة الاتفاقات التي تمت بين الطرفين، ومن ثم ذلك يشكل انتهاكاً لحرية الإدارة واستقرار العقود خصوصاً عندما يتعلق الأمر بعقود تُبرم في إطار القانون الخاص^(٣).

كما كان المجلس قد أشار إلى القيمة القانونية لحرية التعاقد بصورة غير مباشرة دون أن يذكر هذا المبدأ صراحةً وذلك عندما بسطت أمامه منازعات تتعلق بتطبيق القانون على اتفاقات عقدية مازالت سارية - أي تتعلق بتطبيق القانون بأثر رجعي على هذه التعاقدات - ففي حكم للمجلس الدستوري في ٢٧ يوليو ١٩٨٢ الذي كان يخص بحث مدى دستورية القانون المعروض أمامه في هذا النزاع والخاص بإعادة التخطيط، حيث جاء في هذا القانون تعديلاً

(١) المادة (٤١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

(2) stępnik, Lechosław. "Le problème de la liberté des contrats et de la responsabilité dans les échanges économiques socialisés." *Contemporary Central & East European Law* 3-4 (51-52) (1981): 51-63.

(3) ROUHETTE (G), "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat, in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p.247.

لعقود الخطة التي مازالت سارية المفعول، لكن الطاعنون دفعوا أمام المجلس على أن المشرع لا يملك بمقتضى المادة (٣٤) من الدستور أن يصدر تشريعات تَمس بالعقود التي لازالت سارية المفعول.

لكن المجلس قضى على أنه " لا توجد قاعدة أو مبدأ دستوري يمنع المشرع، الذي يستمد اختصاصاته من الدستور من أن يصدر التشريعات التي تعدل أو تلغي التشريعات السابقة"^(١).

ففي فترة ما بعد إنشاء المجلس الدستوري وقبل فترة التسعينيات من القرن الماضي نجد أن المجلس قد تجاهل الإشارة صراحة الى حرية التعاقد ولم يرد على أيّ من الطعون المتعلقة بها سواء فيما يتصل بتحديد قواعد الاختصاص فيما بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية أو بما يتصل بتطبيق القانون بإثر رجعي على التعاقدات السارية المفعول.

ولكن بعد هذه الفترة - أي من فترة التسعينيات الى حد الآن - كان للمجلس الدستوري عدة أحكام أصدرها نتيجة الدفع الذي قدمه الطاعنون تجاه عدد من القوانين، فكان موقفه ابتداءً بعدم تمتع حرية التعاقد بأي قيمة دستورية، إلى أن تدرج في أحكامه وصولاً إلى الاعتراف بقيمتها الدستورية.

بالرجوع إلى مشروع قانون الضمان الاجتماعي التكميلي للعمال، نجد أن المادة (١١) منه قد جاء فيها ((أن يكون هنالك حظر مطلق على أي مشروع أو مجموعه مشاريع أو فرع مهني أن ينشئ فقط لصالح العاملين به نظاماً للمعاش التكميلي إلا في حالات الاستثنائية محدودة وبناءً على موافقة الوزير المختص بالتأمين))^(٢)، لكن بالاستناد الى المادة (٦١) من الدستور طعن ستين عضو من أعضاء مجلس الشيوخ بعدم دستورية المادة (١١) من مشروع القانون أنف الذكر^(٣)، حيث بني طعنهم على أساس أن إخلالاً بالمساواة تتضمنه هذه المادة

(1) Cons. Constitue, Décision N 82-142 DC, du 27 juillet 1982, J. o. du 29 juillet, p. 2424.

(2) Art (11) de la loi complémentaire sur la sécurité sociale des travailleurs no (128)، منشور على الموقع الإلكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/initRechTexte.do?fbclid=IwAR1xQYzhN3dmpB_32M503ss6Rt_3JwrOeHjNwE5YUY7Fq5_vY4CrPnNnNdc تاريخ الزيارة ٢٧/٥/٢٠٢٠.

(٣) جاء في المادة (٦١) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل على انه " يجب عرض القوانين الاساسية قبل اصدارها واقتراحات القوانين قبل عرضها على الاستفتاء والنظام الاساسي لمجلسي البرلمان قبل تطبيقها على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور"

مما يعتبر ذلك مخالفه دستورية من جانبين : **فالجانب الأول** يبين بأن المخالفة في النص أنه يقيم تفرقة بلا مسوغ بين المشروعات التي أقامت أنظمة للمعاش التكميلي قبل العمل بالقانون وتلك التي لا تستطيع القيام بذلك بعد العمل بالقانون، أما الجانب الثاني يتجسد بأن النص بعد نفاذه إنما يفرق بين تلك المشروعات التي بإمكانها أقامه معاش تكميلي على سبيل الاستثناء والمشروعات التي لا يمكنها ذلك^(١).

كذلك بين الطاعنون أن النص فيه مخالفه لمبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لظروف العمل وإدارة المشروعات الذي أقرته الفقرة الثامنة من ديباجة دستور فرنسا عام ١٩٤٦ والتي جاء فيها ((أن يشارك كل عامل بواسطة من ينوب عنه، في التحديد الجماعي لشروط العمل وكذلك إدارة المشروعات))، التي أشارت إليها ديباجة دستور فرنسا المعدل ١٩٥٨ من خلال تمسك هذا الدستور بما ورد في ديباجة دستور ١٩٤٦، كما بين الطاعنون أن هذا النص فيه اهداراً لمبدأ الحرية المهنية أو حرية الشراكة ويمثل انتهاكاً لمبدأ حرية التعاقد^(٢).

فأثيرت عده دفعات أمام المجلس تتعلق بالإخلال بمبدأ المساواة وانتهاك المشرع لمبدأ الحرية المهنية ومبدأ عدم اشتراك العمال في التحديد الجماعي لظروف العمل وإدارة المشروعات ومبدأ حرية التعاقد.

فقضى المجلس الدستوري عندما عرض عليه النزاع في حكمة الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ " بعدم مخالفه النص الذي طعن به، أي نص المادة (١١) من مشروع القانون حيث أن مبدأ المساواة كما أكد عليه المجلس لا يحول دون قيام المشرع بتنظيم أوضاع متباينة بطريقة مختلفة أو يخرج عن مبدأ المساواة لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة، على أن يكون الاختلاف في المعاملة في هذه الحالة أو تلك متوافقة مع الموضوع الذي يقرره القانون، حيث إن هدف المشرع الذي يتوخاه يتجسد بالتضييق التدريجي من مجال تطبيق أنظمة المعاش التكميلي، لذا فما وضعه المشرع من نصوص جديدة لا تكون إخلالاً لمبدأ المساواة فيما بين المشروعات"^(٣).

(١) د. شريف يوسف خاطر: مصدر سابق، ص ٩٥.

(٢) اوريلي دوفي: مصدر سابق، ص ١٥٩٦.

(3) Gahdoun, Pierre-Yves. *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Diss. Montpellier 1, 2006,p176.

أما رد المجلس الدستوري على الدفع المُتعلق بأن المادة (١١) من مشروع القانون جاءت مخالفة لمبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي وأداره المشروعات، جاء بالقول " أن المادة ٣٤ من الدستور الحالي إنما أعطت الحق في تحديد المبادئ الأساسية للحق في العمل والحق النقابي والحق في التامين الاجتماعي للمشرع، لذا فما جاء من جانب المشرع في المشروع المعروض عليه يتفق مع المادة ٣٤ من الدستور، ولذلك فلا يوجد تعارض مع الدستور"^(١).

أما فيما يتعلق بالحرية المهنية وحرية الشراكة فرد المجلس الدستوري " أن ما جاء في المادة ١١ من أحكام ليس له أي علاقة بالحرية المهنية أو حرية الشراكة، كما رفض المجلس الدفع المتعلق الذي بين فيه الطاعنون أن المادة ١١ من مشروع القانون مخالفة لمبدأ حرية التعاقد، ليعلن ولأول مرة في تاريخ القضاء الدستوري الفرنسي على أنه ما من قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرية التعاقد"^(٢).

إلا أن ما انتهى إليه المجلس الدستوري في الحكم الصادر في ٣ أغسطس ١٩٩٤ بأن لا وجود لقاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد لا يمكن التسليم به استناداً الى اتجاه بعض الفقه بالقول بأن ما ورد في هذا الحكم يتعلق بحرية التعاقد فيما بين أشخاص القانون الخاص ولا علاقة له بحرية التعاقد بين أشخاص القانون العام أو الجماعات المحلية، كما توجه البعض منهم الى القول الى أن صدور هكذا حكم من المجلس إنما قد يرجع بأن هذه الحرية قد تعرضت لقيود عديدة، كما أنها تخضع لأحكام القانون المدني لذا يمكن تقيدها لاعتبارات المصلحة العامة، لذا فحرية التعاقد حسب توجه هؤلاء لا يمكن توفير حماية دستورية لها إلا إذا ما تعلقت بإحدى الحقوق أو الحريات الدستورية كحرية المهنية أو حرية الاجتماع أو الحق في الملكية... وغيرها من الحقوق والحريات الدستورية"^(٣).

(1) Stocquart, E. Restrictions de la Liberte des Contrats en Legislation Comparee Les. Rev. Droit Int'l & Legis. Comp.,p 27 .

(٢) 22404 -II- 1995 -J.C.p 03 aout 1994, Cons.const., ينظر في التعليق على هذا الحكم، أ. عليان عدة: مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (٢٣)، مجلد (١١)، ٢٠١٠م، ص ١٤٣.

(٣) يأتي على راس هؤلاء الفقهاء Broussolle(Y); Note sous Cons.Const.,03 aout 1994,J.C. 22404 -II- 1995 =

=Lu chaire(F), Les fondements constitutionnels du droit civil, in R.T.D.C,1989, p.58.

نقلا عن أ. عليان عدة: المصدر نفسه، ص ١٤٤.

لكننا سبق وأن بينا أن التقييد لاعتبارات المصلحة العامة لا يكون مبرراً لعدم الاعتراف بالقيمة الدستورية لهذه الحرية، لأن التقييد صفة كل الحريات وليس مقصوراً على حرية التعاقد فحسب فلا وجود لحريات مطلقة، وإضافه الى ذلك فالمجلس ذاته قد عدل بشكل ضمني عن هذا الاتجاه في أحكامه اللاحقة على هذا الحكم كما سنرى ذلك.

ثم قُدم طعن أيضاً من ستين عضواً من مجلس الشيوخ على المادة (٣٦) من القانون الخاص بالتوجيه للإعداد والتطوير المحلي دفع الطاعنون أن هذه المادة احتوت أحكاماً تتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، ومن جهة أخرى فيها اعتداء على حرية التعاقد للجماعات المحلية، حيث أن هذه المادة من هذا القانون قد فرضت أحكام جديدة على عقد الامتياز الذي أبرم بين شركة كهرباء فرنسا EDF والشركة صاحبة الامتياز **National du Rhone La Compagnie** لغرض تمويل إنشاء قناة **Rhin Rhone** بلا إرادة اطراف العقد ذلك لأن المشرع فرض تعديلات على الشروط المتعلقة بتمويل الأشغال والتي تقع على كاهل صاحب الامتياز، لكن كان مفوض الحكومة قد رد على ذلك بالقول إن المجلس الدستوري لم يعترف بأي قيمة دستورية لحرية التعاقد، كما قال بأن المشرع له التدخل في العلاقات العقدية حماية للمصلحة العامة^(١).

كما قدم الطاعنون دعواً بأن المادة (٤٠) من القانون المالي^(٢) تضمنت تجاوز على حق العمال في المشاركة في وضع شروط العمل استناداً الى الفقرة الثانية من دستور فرنسا ١٩٤٦ المتعارف فيها في ديباجة الدستور الحالي لفرنسا كما أن هذه المادة تضمنت اعتداء على حرية التعاقد^(٣).

إن الطعن الأول يتعلق بعقود القانون العام فجاء رد المجلس في حكمه الصادر ٢٦ يناير ١٩٩٥ " بأن المشرع يحق له التدخل في العلاقات العقدية لإلغاء أو تعديل أو تكمله ما صدر من قبل من أحكام وذلك حمايه للمصلحة العامة مادام أنه لم يخالف الحقوق أو المبادئ

(1) Gahdoun, Pierre-Yves: op.cit,p 172 .

(2) Art (40) de la nouvelle loi de finances française n ° (692-201) du 2/1/2001 منشور .

على الموقع الالكتروني

https://www.legifrance.gouv.fr/initRechTexte.do?fbclid=IwAR1xQYzhN3dmpB_32M503

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢ [ss6Rt_3JwrOeHjNwE5YUY7Fq5_vY4CrPnNnNdc](https://www.legifrance.gouv.fr/initRechTexte.do?fbclid=IwAR1xQYzhN3dmpB_32M503).

(3) Stocquart: op.cit,p32.

الدستورية والتعديلات التي أدخلها المشرع على الاتفاق سالف الذكر بين الشركتين لا ترقى الى الحد التي توصف بها أنها تدخلات لا دستورية^(١).

فالمجلس لم يشر في حكمة هذا الى غياب القيمة الدستورية لحرية التعاقد وأن كان الأمر سهلاً عليه كما فعل من قبل في الحكم الصادر ١٩٩٤ الذي سبق الإشارة اليه، إنما أكد أن الأحكام التي فرضها المشرع لا تكون مانعاً أمام الأطراف من إبرام ملاحق للعقد الأصلي، فكان الاعتراف بعقد ملاحق للمحافظة على حرية التعاقد^(٢)، مما يدل ذلك على الاعتراف الضمني بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد.

اما الطعن الثاني الذي يتعلّق بعقود القانون الخاص جاء رد المجلس عليه في حكمه الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ " أن المادة (٤٠) لا تتضمن اعتداء على حرية التعاقد ولا تتناقض مع الفقرة الثانية من ديباجة دستور ١٩٤٦"^(٣).

إن موقف المجلس الدستوري لم يتغير في الحكمين وأن كان من السهل عليه في كلاهما أن يعلن عن تمسكه ورغبته عن ما جاء في حكمة السابق الصادر عام ١٩٩٤ من عدم الاعتراف بقيمتها لدستورية إلا أنه قد فضل عدم فعل ذلك لغرض توفير حماية ضمنية لحرية التعاقد.

من ذلك الاعتراف الضمني إلى الاعتراف الصريح بهذه الحرية ففي الفترة اللاحقة على صدور الحكمين أنفي الذكر أصدر المجلس الدستوري مجموعه أحكام تخص الحرية التعاقدية وقيمتها الدستورية جاءت كرد لدفع قدمها طاعنون حيال مواد من عدد من القوانين.

فعند بدأ هذه المرحلة صدر قانون الخاص بتحديد ساعات العمل الذي أثار تجاهه الطاعنون دعواً على أن هذا القانون يتعارض مع مبدأ الحرية المهنية وحقوق وحرريات العمال ذوي المرتبات، فبعد رد المجلس فيما يخص الدفع المتعلق بالحرية المهنية الذي سبق الإشارة اليه بما جاء فيه أن المشرع يستطيع وضع ضوابط تتلاءم مع المشروعية فيما يتعلق بهذه الحرية التي تتبع من المادة (٤) من الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن الصادر في

(1) Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995.

(٢) رغم أن المتعاقدين كانوا في تلك الحالة جماعات محلية (كان يتعلّق باتفاقيات معقوده بين شركة كهرباء فرنسا والشركة الوطنية - لرون- التي كانت لجماعات المحلية اكثرية اسهمها) فإن حرية عقد ملاحق تتجم عن طبيعة الحرية موضوع الخلاف أكثر من نوعية المتعاقدين. ينظر في ذلك اوريلي دوفي: مصدر سابق، ص ١٦٠٢

(3) Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996.

١٧٨٩، أكد المجلس في حكمة الصادر في ١٠ يونيو ١٩٩٨ " أن المشرع لا يستطيع فرض أي اعتداء خطير على اقتصاد الاتفاقات والعقود سارية المفعول على نحو يتعارض بشكل واضح مع الحرية النابعة من المادة (٤) من الإعلان"^(١).

فما يلاحظ على هذا الحكم أن المجلس وأن لم يكن قد استخدم مصطلح حرية التعاقد صراحة إلا أنه استخدم مصطلحات اقتصاد الاتفاقات والعقود السارية المفعول والحرية النابعة من المادة (٤) من الإعلان، لذا واستناداً على ذلك؛ نرى أن هنالك علاقة وثيقة بين مصطلح اقتصاد الاتفاقات والعقود السارية المفعول وحرية التعاقد، كما أن المجلس سبق أن أشار الى عبارة - الحرية - في المادة الرابعة من الإعلان والتي قضت بأن الحرية هي كل عمل لا يضار بالغير، فترتبط هذه المصطلحات بحرية التعاقد التي تعد من ضمن الحريات الدستورية حسب هذا التحليل.

كما أكد المجلس على القيمة الدستورية لحرية التعاقد بخصوص العقود المستقبلية أو الرغبة في التعاقد وذلك استناداً الى المادة الرابعة من الإعلان، وهذا الحكم قد صدر في ١٩ ديسمبر عام ٢٠٠٠ عندما تعلق الأمر ببحث دستورية القانون المالي لضمان الاجتماعي^(٢).

ومن الأحكام الحديثة لمجلس والتي تؤكد دستورية حرية التعاقد حكم المجلس الصادر في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٦ والذي يتعلق ببحث مدى دستورية القانون الخاص بقطاع الطاقة، وذلك حينما طعن بدستورية هذا القانون خصوصاً فيما يتعلق بمدى دستورية إجبار الجماعات المحلية على التعاقد مع شركة **GDF** الخاصة بالامتيازات العامة للتوزيع الغاز، حيث قضى المجلس " أن إجبار هذه الجماعات على التعاقد مع شركة غاز فرنسا يتعارض مع ما لهذه الجماعات من حرية تعاقد، خصوصاً بعد ما أصبحت شركة غاز فرنسا من الشركات الخاصة التي تُدار بأسلوب القانون الخاص، لذا فالمشرع يتمكن ولاعتبارات المصلحة العامة مخالفة مبدأ حرية التعاقد المنبثق عن المادة الرابعة من الإعلان"^(٣).

(1). Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

(2). Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

(3). Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

فبهذا الحكم أكد المجلس على القيمة الدستورية لحرية التعاقد عندما جعل التعاقد الاجباري يتنافى مع حرية التعاقد المنبثقة من مبدأ سلطان الإرادة الذي من صورته "حرية التعاقد أو عدمها فلا أجبار في التعاقد" كما جاء في الحكم أن المشرع يستطيع مخالفته مبدأ حرية التعاقد المنبثق من المادة الرابعة لاعتبارات المصلحة العامة أي أن المبدأ ثابت ومُعترف بقيمته الدستورية لكن يُمكن مخالفته لاعتبارات المصلحة العامة.

ومن الأحكام الحديثة للمجلس الدستوري حكمة الصادر ٢٦ نوفمبر ٢٠١٠ المتعلق ببحث قضية دستورية أخلتها محكمة النقض الية استناداً الى المادة (٦١) من الدستور، وذلك عندما قدم السيد **Claude** دعواً آثار فيه أن ثمة تعارضاً بين المادة (٨٢٧١ - ١٨) من تقنين العمل والمادة (١١٤ - ١٦) من تقنين الضمان الاجتماعي مع الحقوق والحريات المصانة دستورياً، حيث جاء في طعنه أن هذه النصوص تشكل اعتداء على الحرية المهنية وحرية الدفاع والحق في الملكية وحرية التعاقد، لكن المجلس قضى " أن هذه النصوص لا تتعارض مع حق الملكية ولا الحرية المهنية ولا حرية الدفاع ولا حرية التعاقد ولا أي حق أو حرية مصونه دستورياً"^(١).

أذن هذا الحكم إنما يدل وبشكل واضح وصريح على أن حرية التعاقد تعد من الحريات الدستورية، لأن المجلس الدستوري في حكمة الأخير قد ذكرها ضمن الحريات والحقوق المحمية دستورياً كالحق في الدفاع والحرية المهنية والحق في الملكية، فنرى الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد صراحة قد تجلّى في هذا الحكم أكثر من سابقة لأن المجلس لو لم يشاء الاعتراف بها لساو مسارة السابق بعدم الاعتراف بها أو الاعتراف بها بصورة ضمنية فقط.

فنتضح لنا صورة موقف المجلس الدستوري من حرية التعاقد فابتداءً تردد بالاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد، ومن ثم أقر في الحكم الصادر ١٩٩٤ أنه " ما من قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد ، لكن قد عدل عن موقفه هذا في الكثير من أحكامه اللاحقة على هذا الحكم والتي تؤكد القيمة الدستورية لحرية التعاقد بالاستناد إلى المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر ١٧٨٩ والتي أكدتها مقدمة دستور فرنسا عام ١٩٥٨.

(١) اوريلي دوفي: مصدر سابق، ص ١٥٩٨.

المطلب الثاني

دور القضاء الدستوري المصري والعراقي في ترسيخ حرية التعاقد

كان قد أتضح لنا عند حديثنا عن دور المشرع الدستوري المصري في ترسيخ هذه الحرية أن دساتير مصر المتعاقبة لم يرد بها إقرار لهذه الحرية إنما جرى استنباطها أصلاً من الحرية الشخصية فرعاً، وذلك استناداً الى المادة (٤١) من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ المعدل والتي تقابلها المادة (٥٤) من دستور عام ٢٠١٤ النافذ التي سبق إيضاحها وإيضاح حكم المحكمة الدستورية العليا في التمسك بها لإقرار مبدأ حرية التعاقد، إلا أن صون الحرية الشخصية لا يكتمل بمجرد الحماية الجنائية التي أوردتها المواد أعلاه بالقول ((..... فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانته أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي)) وإنما يتطلب الأمر علاوة على ذلك أن يتوفر لها حماية مدنية وهو ما لا يتحقق إلا بالتسليم بإرادة حرة في الاختيار وحرية التعاقد لكل شخص^(١).

وذلك لأن التفسير الحرفي الضيق لمادة (٤١) من الدستور قد يقتادنا صوب اعتبار الحرية الشخصية التي صانها الدستور، تقتصر على حق الإنسان في ضمان عدم الاعتداء على جسده بالقبض عليه أو حبسه أو تفتيشه أو اعتقاله أو منعه من حرية التنقل فقط، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد أقرت تفسير موسع للحرية الشخصية التي صانها الدستور بموجب المادة (٤١) منه، إذ اعتبرت المحكمة أن إرادة الاختيار هي جوهر هذه الحرية فبدون حرية الاختيار لا يكون للحرية الشخصية المكفولة دستورياً سوى إطار رمزي لحقوق نظرية لا اعتبار لها عملاً.

فقضت المحكمة " أن الأصل في عقود القانون الخاص ابتئاؤها على علاقات تتكافأ بشأنها مصالح أطرافها، فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة ويتعين بتالي أن تخلى مكانها عند فواتها لحرية التعاقد باعتبارها الأصل في العقود جميعها ولأن صون الحرية الشخصية لا يعتبر مجرد ضمان ضد التدابير غير المبررة التي تنال من البدن، كتلك

(١) عبد الله محمد حسين: الحرية الشخصية في مصر "ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٥م، ص ١٥٩ وما بعدها.

التي تتعلق بالقبض أو الاعتقال غير المشروع، بل صمام أمان كذلك ضد أشكال القهر على اختلافها، فلا يكون جوهر هذه الحرية إلا مجالاً حياً لإرادة الاختيار"^(١).

فمنهج المحكمة الدستورية العليا في توسيع مفهوم الحرية الشخصية ليشمل حرية الإنسان في الاختيار منهج محمود عليه، حيث أنه يصبغ حق الإنسان بالاختيار بالصبغة الدستورية على اعتبار أن هذه الحرية قد صانها الدستور بمادته (٤١)، على أساس أن حرية الاختيار تعد من القيم السامية التي تؤمن بها الأمم المتقدمة، بعدها هي السبيل صوب خلق مناخ خصب تنمو به قدرة البشر على الإبداع والابتكار والتصرف، تلك القدرة التي ساقته هذه الأمم إلى تقدم حضاري وعلمي باهر فحرصت قوانينها ودساتيرها على الإغلاء من مقام حرية الاختيار، ونبت الإجماع والقهر اللذان يحولان في بعض الأحيان دون ارتقاء بعض المجتمعات التي لا تعم بها حرية الاختيار"^(٢).

إلا أن ثمة تساؤلاً على صعيد قضاء المحكمة الدستورية العليا هو مدى احترام القيمة الدستورية لهذه الحرية؟

بما أن القيمة الدستورية لحرية التعاقد قد أضحت واضحة المعالم استناداً إلى موقف المشرع الدستوري المصري وتأكيد قضاء المحكمة الدستورية العليا على ذلك، لكن التسليم بهذه الحقيقة له أهمية خاصة تتضح بطبيعة الحال في حاله التجاوز التشريعي لحرية التعاقد، ففي نطاق تقدير مدى احترام القيمة الدستورية لحرية التعاقد فالمحكمة تفصل بين تنظيم حرية التعاقد وبين إهدارها، فتقيدها لتخليصها من هيمنتها إنما هو تقييد لتنظيمها إما إذا كان تقيدها لنيل منها فهو عدوان عليها.

لكن لا يحل تقدير المحكمة محل تقدير المشرع عندما تقدر مدى مناسبة هذا التقييد الذي جاء به المشرع، إنما تضع القيود على المعيار التنظيمي لهذه الحرية فتراقب ما في هذه الحرية من مفردات فأن كانت هذه المفردات تستبعد نتيجة تطبيق القيود عليها مما يؤدي إلى الغاء مضمون هذه الحرية لا الغاء أسمها فحسب كنا بصدد إهدارها، أما إذا كان هنالك استبعاد

(١) حكم المحكمة الدستورية بجلسة ١٠/٤/١٩٩٧، قضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق. د، ورد النص كاملاً له

بالموسوعة الدستورية الشاملة لأستاذ حسام محفوظ من ص ٩٠ إلى ص ٩٥.

(٢) هالة احمد سيد احمد المغازي: مصدر سابق، ص ١٤٥.

لمفردة أو مفردتين من مفردتها عند تطبيق القيود تكون هذه الحرية في متنفس يمكن أن تحيا منه فنكون بصدد تنظيم لها تقرر المحكمة ما دام كان ذلك التقييد مبتغاه المصلحة العامة^(١).

لذا سنبين عدة تطبيقات تجسد العدوان التشريعي على حرية التعاقد وكيف ردت المحكمة الدستورية العليا في عدة أحكام على ذلك لأثبات القيمة الدستورية لحرية التعاقد وباعتبار فرعاً من الحرية الشخصية وتأكيد أن ما جاء من تقييد هو لتنظيمها لا غير.

فالمحكمة الدستورية العليا ذهبت تجاه عدم دستورية الكثير من القيود الواردة على حرية التعاقد، فالبحت في المادة (١/٢٩) من قانون رقم (٤٩) لعام ١٩٧٧ الخاص بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتي جاء فيها ((مع عدم الأخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقي فيها زوجته أو أولاده أو أي من والديه الذي كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك وفيما عدا هؤلاء من اقارب المستأجر نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار أقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله المسكن أيهما أقل))^(٢).

فجاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريه ما تضمنه نص هذه المادة " من استمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلي له لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة، الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مده سنة سابقة على الأقل على تركه العين أو مدة شغلها لها إيتهما أقل"^(٣).

كما قضت المحكمة في حكمها الصادر في ١٩٩٧/١/٤ بعدم دستورية ما جاء في النص ذاته من المادة ٢٩ من القانون ذاته والمتعلق بالمصاهرة من أن " فيما عدا هؤلاء من

(١) اسامة احمد عبد نعيم، الحماية الدستورية لحرية التعاقد، مصدر سابق، ١٥٥

(٢) نصت المادة (٨) من قانون رقم (٤٩) لعام ١٩٧٧ الخاص بتأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر "لا يجوز للشخص ان يحتجز في البلد الواحد اكثر من مسكن دون مقتضى .ولا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد علي اربعة اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية ويعتبر في حكم ابقاء المساكن خالية التراخي عمداً عن اعدادها للاستغلال ، وفي هذه الحالة يجوز للمحافظ المختص بالتنبيه علي المالك بكتاب موصي عليه بعلم الوصول لأعداد البناء للاستغلال في المهلة التي يحددها له ، فاذا انقضت هذه المهلة دون ذلك كان للمحافظ أن يعهد الي احدي الجهات القيام بأعداد البناء للاستغلال علي حساب المالك وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير الاسكان والتعمير .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٨/٣/١٩٩٥، قضية دستورية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٤ بتاريخ ٦/٤/١٩٩٥.

أقارب المستأجر مصاهرة حتى الدرجة الثالثة، يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاه المستأجر أو مدة شغلة للمسكن إيتهما أقل" (١).

في حكم آخر صدر في ١٩٩٧/٨/٢ قضت المحكمة به بعدم دستورية ما تضمنه النص ذاته في القانون ذاته والمتعلق بالنسب من أن " فيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاه المستأجر أو تركه للعين أو مدة شغله للمسكن إيهما أقل" (٢).

ومن الحكمين الأخيرين ستسقط الفقرة الثانية من المادة (٢٩) أنفة الذكر والتي جاء فيها ((وفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق في الاستمرار في شغل العين...)) (٣)، وذلك لأن حكم هذه الفقرة مرتبط بالأجزاء التي طعن بها في فقرات هذه المادة الأولى ارتباط لا يقبل التجزئة لذا فأنها تسقط لأنه لا يمكن تطبيقها وقد أصبح النص الذي تركز الية لأفعالها منعدماً.

وعلى ضوء هذه الأحكام أضحت تقرأ المادة (١/٢٩) من قانون رقم (٤٩) لعام ١٩٧٧ بشكل الآتي ((مع عدم الأخلال بحكم المادة ٨ من القانون لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقي بها زوجته أو أولاده أو أي من والدية الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاء أو الترك)) يفهم من هذه الصياغة لنص المادة بعد قضاء المحكمة في الأحكام أنفة الذكر أن فيما عدا هؤلاء لا يستمر عقد إيجار المسكن لصالح أياً من أقارب المستأجر مصاهرة أو نسباً، سواء ذلك في حالة وفاة المستأجر أو تركه العين المؤجرة.

فالمحكمة الدستورية بقضائها هذا قامت بوضع الأمور في نصابها الصحيح وثبتت في نفوس الكثيرين شعوراً كبيراً بالعدالة لم يكن بالإمكان اهداره، فالنص المادة (٢٩) الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته فيه اهداراً شديداً لحق الملكية وانكاراً لحرية التعاقد على النحو الذي لا يملكه المشرع ويتعدى بصورة كبيرة لسلطته في تنظيم الحقوق، فالحقوق التي يخولها هذا النص لأقارب المستأجر لا يوجد لها سنداً من إرادة المتعاقدين وفي ذات الوقت نرى ما يقابلها من

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١/٤ / ١٩٩٧، قضية دستورية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣ بتاريخ ١/٢٦ / ١٩٩٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١/٢ / ١٩٩٧، قضية دستورية رقم ١١٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٣ بتاريخ ١٤ / ٨ / ١٩٩٧.

(٣) المادة (٢٩) (الفقرة الثانية) من قانون رقم (٤٩) لعام ١٩٧٧ الخاص بتأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

أنحدر كبير من حقوق المؤجر الأمر الذي يؤدي إلى انعدام التوازن العقدي بين مصالح كل منهما، فهذا الاختلال فيه تشوية لطبيعة حق المستأجر بما يتناقض مع خصائص عقد الإيجار، ومتى كانت الرقابة التي تمارسها المحكمة على دستورية التشريعات الاستثنائية المنضمة لإيجار الأماكن على ضوء ما تقدم فلا شك أن هذه التشريعات تتضمن محواً لإرادة صاحب حق الملكية^(١).

فمن ناحية ترتيب مزايا استثنائية لأقارب المستأجر لا سند لها من إرادة المتعاقدين تقول المحكمة " إن من المفترض في عقد الإجارة أن يكون الحق فيها قد انقضى بوفاة مستأجر العين الاصلية أو تخلية عنها إلا إن المشرع في النص المطعون به كان قد أثر نقل منفعة العين المؤجرة الى أقربائه باستبدالهم بمستأجرها الاصلية لا بناءً على تعاقد فيما بينهما وإنما بقوه القانون، ولاشك أن المتعاقدين الاصيلين لم يكونا قد قصدا إقرار هذه الميزة ابتداءً، أو إنها كنا قد عبرا صراحة أو ضمناً عن رضائهما عليها وذلك لأن إرادتهما المفترضة كانت أم الحقيقية لا يمكن أن تحمل عن مسارها أو انصرافها الى إدخال أشخاص في العلاقة الايجارية هم دخلاء عليها ومعاملتهم كأصلاء فيها وأن كانوا غرباء عنها، فلا يكون من المتصور من أن مؤجر العين وهو مالكها أن يعطل باختياره وبصورة نهائية الحقوق المتصلة باستغلالها واستعمالها، ومن ناحية أخلاص النص بالتوازن العقدي بين مصالح الطرفين فقالت المحكمة الأصل هو أن يتحقق التضامن بين المستأجر والمؤجر من الناحية الاجتماعية وأن تتوافق ولا تتنافر مصالحهما من الناحية الاقتصادية، وإلا كان كل منهما يتحيز الفرص الملائمة حتى يأكل حقه بالباطل، وبالتالي لا يجوز أن يميل ميزان التوازن بينهما لتكون الحقوق المقررة لأحدهما فيها قهراً وإجحاف له"^(٢).

ولا يؤثر بذلك القول أن نص المادة (٢٩) قد اقتضته الضرورة التي نشأت عن الآزمة الحاصلة في السكن وما اقتضى من المشرع إلا التدخل بالقيود الاستثنائية التي أوردها في النص للحد من أزمة السكن، لكن هذه الضرورة يجب أن تكون حقيقية وأن تقدر بقدرها من دون تجاوز، لذا جاء تأكيد المحكمة الدستورية العليا على ذلك بقولها " يجب أن تظهر هذه الضرورة في مجال تطبيقها على المساكن في صورتها الضاغطة التي تسوغ تحميل المؤجر بتدابير ذات طبيعة استثنائية، فلا يجوز أن ينتحلها المشرع أو يتوهمها ليمد مجال عملها

(١) عبد الله محمد حسين: مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٨/٣/١٩٩٥ مشار الية.

لفروض لا تسعها ولا يمكن التسليم بها إلا بافتراض أن مصالح مستأجر العين وأقرباءه تعلق وفقاً للدستور على حقوق مؤجرها وترجحها فلا يتوازن، لكن الأصل في العلاقات الإجارية أن يكون هنالك تكافؤ بين مصالح طرفيها فلا تميل نحو اتجاه مناقض لطبيعتها إلا بقدر الضرورة التي يتعين ن تخلي مكانها عند انقضاؤها لحرية التعاقد والتي هي الأصل في العقود جميعها... " (١).

كما أن المحكمة الدستورية العليا كانت قد قضت في حكمها الصادر في ٤ مارس لعام ٢٠٠٠ على أنه " يبدو أن حرية التعاقد التي لا يؤمنها انسيابها دون عائق ولا جرفها لكل قيداً عليها ولا أعتلها على مصالح تميزها وإنما يقربها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، لا تُعطلها تلك القيود التي تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محدداً بقواعد أمره تحيط ببعض نواحيها، غير أن هذه القيود لا يمكنها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة سلطانها ولا أن تخلط بين المنفعة الشخصية التي يجنيها المستأجر من عقد الإيجار والتي انصرفت إليها إرادة المالك عند التأجير وبين حق الانتفاع كأحد الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية" (٢).

فاستجلت المحكمة الدستورية العليا دعائم حرية التعاقد، حيث استخلصت مدى ارتباط حرية التعاقد بالحرية الشخصية، من حيث أن ضمان صون الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها من أشكال العدوان على البدن إنما تمتد إلى صور متعددة من إرادة الاختيار التي تشكل في مجملها ضمانات لحرية التعاقد، كما استجلت المحكمة كنه جواز فرض قيود على حرية التعاقد كونها ليست حقاً مطلقاً، وإنما يجوز للمشرع تنظيمها بفرض عدة قيود عليها، على أن تكون هذه القيود موضوعية تؤمن متطلباتها من دون زيادة أو نقصان، ودافع المحكمة في ذلك مصلحه مشروعه اقتضتها ضرورة اجتماعية ملحه، ثم استخلصت العلاقة بين الروابط الإجارية وما يفرضه المشرع من قيود وبين حرية التعاقد، لأن الأصل في الاجارة أن من

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٧/٨/٢، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٨ بتاريخ ١٨ / ٩ / ١٩٩٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٠/٣/٤، طعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٠، ص ٤٩٧.

ينشئها هي الإرادة فإن جردها المشرع من أي دور في تكوينها وتحديد أثارها، أصبح تنظيمها أمراً منافياً لطبيعتها^(١).

يتبين لنا من العرض السابق لموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن حرية التعاقد تتمتع بالحماية الدستورية باعتبارها حقاً طبيعياً وهي حرية مصونة دستورياً ولا تُمس، هذا الاعتراف أكدته العديد من الأحكام خلافاً لمجلس الدستوري الذي تردد بداية من الاعتراف بقيمتها الدستورية، ثم أعلن انقضاء قيمتها الدستورية في حكمة الصادر ٣ اغسطس ١٩٩٤، ثم ما لبث إلا أن عدل عن هذا الاتجاه في العديد من أحكامه اللاحقة على هذا الحكم، من هذا ثبت لدينا أن حرية التعاقد تتمتع بالقيمة الدستورية سواء في فرنسا بصوره تدريجية أم في مصر التي تتمتع الحرية التعاقدية بالقيمة الدستورية مباشرة بربطها بالمادة (٤١) من دستور ١٩٧١ المعدل وما يقابها من مواد في الدستور الحالي المادة (٥٤) وذلك بعدها فرعاً من الحرية الشخصية.

إلا أن القضاء الدستوري المصري متمثلاً بالمحكمة الدستورية العليا قد سلك مسلك يُحمد عليه يعد سابقة له لم يسلكه القضاء الفرنسي، إذ أحاط القيمة الدستورية بعد الاعتراف بها بحماية من أي تجاوز أو انتهاك من قبل المشرع، فهو لم يمنع المشرع من التدخل لفرض بعض القيود على ممارسة هذه الحرية وذلك حماية للمصالح العامة لكن قيد هذا التدخل في العديد من الأحكام خصوصاً المتعلقة منها بإيجار الأماكن لأنها شهدت أكبر تجاوز تشريعي عليها، بأن لا يؤدي هذا التقييد الى الغاء هذه الحرية أو انعدام دورها من التقرير أو الاختيار.

أما القضاء الدستوري العراقي متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا فلم يستجلي دعائم لحرية التعاقد وترسيخ قيمتها الدستورية كما فعلت المحكمة الدستورية العليا المصرية، ألا أن المحكمة الاتحادية العليا قد جاءت بآليات لإهدار التشريعات المتعلقة بالحرية الشخصية والتي تتعارض مع الدستور التي سنستأنف الحديث عنها في الفصل القادم، مما يدل ان القضاء الدستوري في العراق وأن لم يأتي بأحكام تدعم حرية التعاقد إلا أنه لم يتجاهل هذه الحرية وذلك من خلال هذه آليات سيما أن إهدار التشريعات المتعلقة بالحرية الشخصية يعني إهدار ما يتعارض منها مع حرية التعاقد باعتبارها فرعاً من الحريات الشخصية.

(١) د. محمود علي احمد مدني: دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م، ص٥٧٦.

لكننا نرى من الأفضل أن يضع القضاء الدستوري العراقي القضاء احكام وقرارات تدعم القيمة الدستورية لحرية التعاقد، دعماً في ذلك للمشرع الدستوري عند تعديل النصوص الدستورية المتعلقة بالحرية الشخصية وتضمن حرية التعاقد كفرع منها، ليجعل ذلك التعديل مستنداً الى توجه قضائي دستوري.

الفصل الثالث

الضمانات الدستورية والقضائية لحرية التعاقد

الفصل الثالث

الضمانات الدستورية والقضائية لحرية التعاقد

بعد ما تبين لنا مما تقدم في الفصل السابق أن القانون المدني أكد على مبدأ حرية التعاقد، وأن نصوص القانون المدني تعد امتداداً لنصوص الدستور وبالتالي تكون لهذه الحرية قيمتها الدستورية، وما ورد عليها من قيود لا يجهض قيمتها الدستورية إنما هي قيود لتنظيمها وحمايتها من أي تجاوز يقع عليها.

ثم اتضح لنا موقف المشرع الدستوري المقارن منها، ففي فرنسا كان المشرع الدستوري قد اعترف بحرية التعاقد بصورة ضمنية عندما جعل من مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية مبدأ ذي قيمة دستورية، لكن لم يكن هنالك نص خاص في الدستور الفرنسي يقر بهذه الحرية وسار كل من المشرع الدستوري المصري والعراقي على ذات النهج بعدم تضمينها بنص خاص في الدستور، كما أن القضاء الفرنسي متمثلاً بالمجلس الدستوري قد تردد في بادئ الأمر في الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد إلا أنه ما لبث أن اعترف بها في العديد من أحكامه استناداً إلى المادة الرابعة من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وسايرت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا النهج معترفة بأن هذه الحرية من ضمن الحريات الشخصية في عديد أحكامها، لكن هذا الاعتراف القضائي لا يضمن هذه الحرية دستورياً وقضائياً ما لم تدرج في الدستور كحرية أصلية أو متفرعة من حريات أخرى.

لذا مادام أن الدساتير محل المقارنة قد تضمنت نصوصاً خاصة بالحريات الشخصية سواء في اعلانات الحقوق أو في مقدمة دساتيرها كالدستور الفرنسي أو في متنها بتضمينها ضمن أبواب الحريات والحقوق كالدستور المصري والعراقي، وتماشياً مع توجهنا وبناء على اعتراف القضاء المصري بعد حرية التعاقد كفرع من الحريات الشخصية، أقتضى الأمر تعديل الدستور وتضمين هذه الحرية ضمن الحريات الشخصية، لجعل الضمانة الدستورية والقضائية للحريات الشخصية المنصوص عليها في الدستور تتوفر لحرية التعاقد كونها فرعاً منها، محاولين صياغة الأفكار ودمج هذه الضمانات وتأثيرها على حرية التعاقد بشكل خاص.

الأمر الذي يدفعنا للحديث عن هذه الضمانات في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الضمانات الدستورية لحرية التعاقد ونتناول في المبحث الثاني الضمانات القضائية لحرية التعاقد وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

الضمانات الدستورية لحرية التعاقد

إن فكرة الدساتير تمثل أرقى ما توصل إليه الفكر البشري في تنظيم كافة شؤون الحياة وذلك وفقاً لإطار توافقي معين يعبر عن مصالحه واهدافه المشتركة، فكل دولة لا بد من أن يكون لها دستور يحدد نظام الحكم فيها ويبين السلطات العامة فيها وكيفية تكوينها واختصاصاتها وعلاقتها ببعضها البعض وموقفها تجاه حريات و حقوق المواطنين^(١)، وبما أن قواعد الدستور تكون في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية وتكون ملزمة لكافة السلطات في الدولة، مما يعني ذلك أن أدراج الحريات الرئيسية وما يتشعب منها من حريات فرعية (كالحرية التعاقد) باعتبارها فرع من الحريات الشخصية في الإطار الدستوري يعطيها ذلك القدر الأكبر من الضمانة والاحترام.

ومن هذا المنطلق فإن الضمانات التي ترد في الدستور تكون واضحة الدلالة في مغزاها، فكل الذي يحرم الدستور إتيانه من تصرفات وأعمال تشكل مساساً أو اعتداءً على حقوق وحريات الأفراد الشخصية يعتبر ضماناً قوية لهذه الحقوق والحريات، كما أن وجود النصوص الدستورية المدونة الضامنة لحقوق الإنسان وحرياته يجعل سبيل الاعتداء عليها أكثر مشقة وصعوبة من حالة عدم النص عليها أصلاً^(٢)، لذا سنقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب نتناول مبدأ سيادة القانون في المطلب الأول ونتناول في المطلب الثاني مبدأ الفصل بين السلطات وفي المطلب الثالث نتناول استقلال القضاء وفي المطلب الرابع نتناول مبدأ المساواة وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

مبدأ سيادة القانون (المشروعية)

إن نقطة البداية في الديمقراطية هي (حق المواطنين في الاشتراك في إدارة شؤون المجتمع والحكم، بما يعطيهم الحق بالمشاركة في جميع القرارات التي تؤثر في حياتهم)^(٣).

(١) د. ابراهيم عبد العزيز شيجا: مصدر سابق ، ص ١٤٤.

(٢) د. سحر محمد نجيب: التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م، ص ٧٥.

(٣) د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٦.

والديمقراطية تتطلب تمتع الأفراد بجميع الحقوق والحريات سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية أم ثقافية، أم مدنية أم سياسية^(١)، وبالتالي لا تقتصر على حق مشاركة الأفراد في إدارة شؤون الحكم وإنما تمتد الى حريتهم الشخصية في مباشرة أنواع من السلوك في مواجهة السلطة العامة، فالديمقراطية أرضية خصبة لكي يعي الناس مكانتهم وحقوقهم وحرياتهم وتأمين مصيرهم، كما أنها تفتح مجالاً للحوار والإبداع، وتدير الصراع السياسي والاجتماعي بشكل سلمي، وهذا التمتع يحتاج الى قانون يحمي تلك الحقوق والحريات على النحو الذي رسمه الدستور، لذا يكون هنالك تلازم بين مبدأ سيادة القانون والديمقراطية على اعتبار أن الديمقراطية تحتم أن تعمل السلطات وفقاً للقانون، لاعتباره المعبر عن الإرادة الشعب الذي هو مصدر السلطات لذلك يقال:

إن الديمقراطية لا تتمثل بسيادة الحكم المنبعث من الشعب، وإنما هي سيادة القانون والحقيقة أن العلاقة بينهما تتضح بكون أن الغرض منهما هو حماية الحقوق والحريات العامة^(٢).

فمن هذا المنطلق فإن الديمقراطية ترتبط بسيادة القانون الذي يحمي الحقوق والحريات في مواجهة الدولة.

وهذا الأمر يدفعنا للحديث عن مبدأ سيادة القانون، الذي يعد من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة القانونية، ويتمثل ذلك في خضوع سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) لحكم القانون شأنهم شأن خضوع المحكومين له، ولاشك أن هذا المبدأ يضمن حقوق الأفراد وحرياتهم وذلك عن طريق التزامهم بالقوانين التي تسري عليهم، والتزام سلطات الدولة باحترامها وتطبيقها^(٣)، ويتحقق مبدأ سيادة القانون في عنصرين^(١)، هما :-

(١) نقيض الديمقراطية وفقاً لرأي معظم المفكرين السياسيين منذ بداية القرن العشرين يتمثل بالفاشية والنازية والشيوعية والشمولية والعنصرية، كما تفهم الديمقراطية على أنها الديمقراطية الليبرالية، القائمة على التداول السلمي لسلطة وحكم الأكثرية وحماية حقوق الأقليات والأفراد، حيث أن هذه الديمقراطية شكل من أشكال الديمقراطية النيابية، حيث أن السلطة السياسية للحكومة مقيدة بدستور يحمي الحقوق وحريات الأفراد وتسمى (بالليبرالية الدستورية) أما الديمقراطية الغير الليبرالية، فهي التي لا يتم فيها احترام هذه الحقوق والحريات الفردية، ينظر د. محمد فهيم درويش: مرتكزات الحكم الديمقراطي وقواعد الحكم الرشيد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٢٣.

(٢) د. سعدي محمد الخطيب: الدولة القانونية وحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٦٢.

(٣) مروج هادي الجزائري: الحقوق المدنية والسياسية وموقف الدساتير العراقية منها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ٢٠٠٤م، ص ٤٣.

أولاً: شكلي/ وينبع من السلطة المختصة بإصداره، ويتمثل في التزام المخاطبين بأحكامه سواء كانوا من سلطات الدولة أم من أفرادها.

ثانياً: موضوعي/ هو أن يكفل القانون في مضمونه احترام الحقوق والحريات للأفراد، وهذا يعتبر شرطاً أساسياً لممارسة الديمقراطية .

فواقع الأمر أن العلاقة بين الديمقراطية وسيادة القانون تتجلى في العنصر الموضوعي للقانون في الدولة القانونية، وهو حماية الحقوق والحريات التي لا تقوم الديمقراطية بدونها، فهذا العنصر الموضوعي تتحقق سيادة القانون، وتظهر العلاقة الوثيقة بين الديمقراطية كنظام سياسي وبين حماية الحقوق والحريات.

ويقصد بالقانون هنا،(القواعد القانونية المطبقة كافة، بصرف النظر عن مصدرها سواء كانت قواعد الدستور، أم قواعد القانون، أم قواعد اللائحة)، أي القانون بمدلوله الواسع أيًا كان مصادره داخلية أم خارجية مكتوبة أم غير مكتوبة إلا أن سيادة القانون لا تعني فقط وجود القانون دون وجود المحتوى القانوني الضامن لحقوق الأفراد وحرياتهم^(٢)، حيث أشارت الكثير من الدساتير لهذا المبدأ ومنها الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل إذ أشار في مضمون مادته الأولى ((إلى المساواة لجميع المواطنين أمام القانون من دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو العرق أو الدين....))^(٣)، كما تضمنت بعض موادها على خضوع سلطات الدولة بعملها لأحكام الدستور وأحكام القوانين الأخرى بغض النظر عن تفاوت طبيعة عمل هذه السلطات وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالأفراد^(٤)، كما جاء في ديباجة الدستور المصري ١٩٧١ على ((أن سيادة القانون ليس ضماناً لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في الوقت نفسه))^(٥)، كما نص دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ على هذا المبدأ حيث جاء فيه ((سيادة القانون أساس الحكم في الدولة وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته وحيادته ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات))^(٦)، ولعل ما يفضل الدستور المصري ليس النص على مبدأ سيادة القانون فحسب بل النص على أن هذا المبدأ من الضمانات

(١) د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) ازهار عبد الكريم عبد الوهاب: الحقوق والحريات العامة في ظل الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ١٩٨٣م، ص ٢٤٦.

(٣) المادة (١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

(٤) المادة (٥) من الدستور نفسه.

(٥) نصت المادة (٦٤) من الدستور المصري ١٩٧١ الملغى (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة).

(٦) المادة (٩٤) من دستور مصر ٢٠١٤ النافذ.

الأساسية لحماية الحقوق والحريات، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بهذا الشأن على أنه " أن المشروعية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور، وتتبوأ هذه الشرعية من البنين القانوني في الدولة القمة من مدارجه وهي فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه، ولا يجوز بالتالي لأي محكمة أو هيئة أختصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً - وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها- أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروف عليها إذ بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون الخوض في أعماقها"^(١).

كما أشار دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لهذا المبدأ حيث جاء في ديباجته ((عقدنا العزم برجالنا ونسائنا، وشيوخنا، وشبابنا، على احترام قواعد القانون ...))^(٢)، كما نص ((السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها))^(٣)، وقد أكد دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ على هذا المبدأ في العديد من المواد كالمادة (١٣/أولاً) والمادة (١٩) والمادة (١٢٨).

فمعيار المميز للدولة القانونية هو مبدأ سيادة القانون، فإن لم يكن الأمر كذلك فلا فائدة من الحديث عن الدستور والشرعية والحماية الدستورية حتى ولو كان لهذه الدولة وثيقة دستورية، فالحقوق والحريات لا وجود لها إلا في الدولة القانونية^(٤)، والواقع أن الدولة القانونية هي الدولة التي تقبل أن تعمل بواسطة القانون وأن يحكمها قانون يوفر للأفراد حقوقهم وحرياتهم، ونتيجة لازدياد تدخل الدولة في أوجه النشاط الفردي الاقتصادية والاجتماعية، وما يصحب هذا التدخل من تقيد بعض حقوق الأفراد وحرياتهم لصالح المجموع، الأمر الذي يؤكد أهمية مبدأ المشروعية^(٥)، حيث يعتبر هذا المبدأ من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق

(١) قضية رقم ٢٩، ق ١٠٢، سنة ١٢، جلسة ١٩/٦/١٩٩٣. ذكرة د. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٢) اكدت المادة (٦٦) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ أن (السلطة التنفيذية تمارس صلاحياتها وفقاً للدستور والقانون)

(٣) المادة (٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله : النظم السياسية، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٥) اختلف الفقهاء، فيما بينهم حول التسمية الخاصة بهذا المبدأ، فأستخدم بعضهم مصطلح (مبدأ المشروعية) ومصطلح (مبدأ الشرعية) بمعنى واحد باعتبارهما مترادفين... فيما فضل البعض استخدام مصطلح (الشرعية) متجنباً استخدام مصطلح المشروعية دون ذكر أسباب هذا التفضيل، الا ان جمهور الفقهاء يفضل استخدام مصطلح مبدأ (المشروعية) لكون كلمة (المشروعية) توحي الى الأذهان بمعنى هو اتباع احكام القانون والتزام قواعده أياً كان

في الدولة الحديثة؛ لأن أعلاء حكم القانون كمدلول للمشروعية أصبح عنصراً أساسياً من عناصر الدولة القانونية الحديثة بغض النظر عن التيارات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تتبناها الدولة حكماً ومحكومين وتتاسب تصرفاتهم قانونية كانت أم مادية مع مقتضيات الشرعية الدستورية أصبح ميزة جوهرية وأكيدة للدولة المعاصرة^(١).

فلا خلاف من أن مبدأ المشروعية يمثل ضماناً جادة للأفراد تجاه السلطة العامة بحيث يكون هؤلاء بالاستناد إلى في مأمّن من أن تتناول عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما أقره القانون، فقد أضحى من المسلمات الآن أنه ليس كافياً لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم العامة أن يكون هنالك تأكيد لسيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض إنما أضحى يتحتم لتأكيد هذه الحماية أن يحكم القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتشعب عنها من هيئات عامة، وإن الارتباط المحكم بين الحريات العامة ومبدأ المشروعية يفترض أن يكون القانون نفسه يهدف إلى احترام تلك الحريات وضمّانها، وبمدلول آخر لا يمكن القول بوجود قيمة عملية تذكر لهذا المبدأ إذا كان القانون نفسه لا يحترم هذه الحريات، وحتى يضمن هذا المبدأ ويؤدي دوره الفعال في ضمان هذه الحريات، يجب أن يرتكز كل تقييد للحريات إلى القانون، وهذا الأخير بدوره يجب أن يستند إلى الدستور، وذات الكلام ينطبق على الأنظمة والتعليمات والأوامر التي يجب أن تستند إلى القانون^(٢).

وبما أن حرية التعاقد حرية لم يتم النص عليها في الدساتير محل المقارنة فهل أن مبدأ المشروعية لا يكون ضامناً لها؟ يأتي الجواب بالنفي لأنها حرية تستأصل كفرع من الحريات الشخصية الأمر الذي يدفعنا للقول أن مبدأ المشروعية يحمي الحريات الشخصية كونها وردت في صلب الدساتير أو اعلانات الحقوق أو مقدماتها فما ورد فيها يكون محلاً لحماية مبدأ المشروعية، فعليه على واضعي التشريع ملاحظه الحريات الشخصية المنصوص عليها في الدستور وعدم انتهاكها في التشريعات التي يضعونها، كما أن عليهم الحرص على مثل هذه الضمانة والتأكيد عليها بواسطة التشريع العادي.

فامتثال السلطة التشريعية لمبدأ سيادة القانون إنما يعني أن تلتزم بأحكام الدستور عند سنّها للتشريعات العادية، وما تفرضه من قيود على الحريات يجب أن تكون قد تقررت بقانون

مصدر هذه القواعد، ينظر: د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دون دار طبع، دون مكان نشر، ١٩٨٧م، ص ١٨.

(١) د. نواف الكنعان: القضاء الإداري، ج ٢، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م، ص ٤.

(٢) د. عبد الحميد متولي: مصدر سابق، ص ٩٠.

وافق عليه ممثلو الامة^(١)، لذا فعند السماح للمشرع بتنظيم الحرية الشخصية كحرية التعاقد يجب أن لا يكون هدفه تقييد وإهدار هذه الحرية إنما تنظيمها فضلاً عن توفير الحماية القانونية لها وإلا كان في ذلك انتهاك لمبدأ المشروعية ذاته.

أما التزام السلطة التنفيذية فيكون بالأعمال والقرارات التي تصدرها، سيما التزام كل وحدات الجهاز الاداري عند مباشرة سلطتها أو نشاطها المكلف به لمبدأ المشروعية أي لحكم القانون بمعناه العام سالف الذكر وإلا أتصفت تصرفات الإدارة بعدم المشروعية وتعرضت للجزاء المقرر بهذا الخصوص، لكن التزام الإدارة بحكم القانون وبالتالي الخضوع لهذا المبدأ وأن كان الالتزام فيه ضمانه أساسية لصون وحماية حقوق الافراد وحررياتهم، إلا أنه لا ينبغي أن يكون فيه تقييد للإدارة تقييداً يشل حركتها ويقمع فعاليتها^(٢).

فالنتائج الإيجابية التي يحققها احترام الإدارة لمبدأ المشروعية في حماية حريات الأفراد وحقوقهم قد تعرقل نشاط الإدارة وتجعل من الإدارة أداة تعمل وفق نمطية وروتين معين بعيداً عن الابتكار والتطوير، لذلك ينبغي إعطاء الإدارة قدرًا من الحرية لتضمن بها حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، مما يعود ذلك بالنفع على الأفراد أنفسهم^(٣).

من ذلك يتبين لنا أن حرية دخول الإدارة في علاقه تعاقدية وحريتها في اختيار متعاقد معها تقييد باحترام قواعد المشروعية المتمثلة باحترام الدساتير محل المقارنة والتي أكدت على الالتزام بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) حيث لا يمكن تعديل أو الغاء العقد إلا بإرادة المشتركة لطرفية، لكن حرية التعاقد في العقد الإداري تنقيد أيضاً بالمرونة التي جاء بها مبدأ المشروعية فتستطيع الإدارة الخروج من هذا المبدأ وتعديل وإنهاء العقد وإصدار قرارات تتناسب مع متطلبات حسن سير المرفق العام واستمراره حتى لا يكون التقييد بمبدأ المشروعية حالاً دون تطوره، إضافة الى ذلك فإن الظروف الاستثنائية تمكن الإدارة من الخروج عن المشروعية العادية واستبدالها بمشروعية الاستثنائية فتكون أعمالها وتعاقداتها الغير مشروع في الظروف العادية مشروع في الظروف الاستثنائية للحفاظ على النظام العام ودوام سير المرافق العامة.

(١) اكرام فالح احمد الصواف: الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه الموصل، ٢٠٠٣م، ص ٤١.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ: مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، ندوة القضاء الاداري (قضاء الغاء)، كلية الحقوق، جامعه عين شمس، ٢٠٠٥م، ص ٦.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٦.

أما احترام السلطة القضائية لمبدأ سيادة القانون فيتمثل فيما تصدره من أحكام تطابق القانون ولا تنتهك بها حرية التعاقد إلا بالقدر الازم الذي ينظمها.

كما يجب أن يكون الدستور الذي تخضع له جميع السلطات جامداً لا يجوز تعديله من إحدى السلطات كما أن ضمانات خضوع الدولة للقانون تتحدد في استقلال القضاء وحصانته وتأكيد حق التقاضي لأفراد، مكفولاً برقابة قضائية يباشرها قضاءً مستقل محايد^(١).

المطلب الثاني

مبدأ الفصل بين السلطات

يعد مبدأ الفصل بين السلطات^(٢)، أحد أهم المبادئ الدستورية في الدول الديمقراطية، ومن أهم ضمانات حماية الحقوق والحريات، وهو يعني (أن تكون لكل سلطة من سلطات الدولة اختصاصها وحدودها، بالتوازن بينها، لتبادل الرقابة فيما بينها)^(٣)، هذا الأمر يحول دون تركيز السلطة بيد واحد، لان هذا التركيز لا بد أن يؤدي الى استبداد تلك اليد، والى تهديدها لحقوق الأفراد وحرياتهم، إذ أن تجميع السلطة في جهة واحدة يؤدي بالحرية ويقضي عليها حيث أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة^(٤)، وقد عبر (مونتيكيو) عن ذلك بأن الوسيلة الوحيدة لكفالة الحقوق والحريات هو الفصل بين السلطات على أساس أن (السلطة تحد السلطة)^(٥).
إلا أن ما يجب الإشارة الية هو أن هذا المبدأ ليس المقصود به الفصل المطلق الذي يراد به أن تمارس كل هيئة من هيئات الدولة اختصاصاتها بشكل مستقل بحيث لا تشاركها أي

(١) د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ١٠_٩.

(٢) اقترن مبدأ الفصل بين السلطات باسم المفكر الفرنسي (مونتيكيو) الذي كان له الفضل في ابرازه كمبدأ سياسي لتنظيم العلاقة بين سلطات الدولة العامة، ومع ذلك لا يُعد مونتيكيو أول المنادين به، فقد كان لإعلام الفكر السياسي الإغريقي (أفلاطون وارسطو) دور رئيسي في وضع الاسس التي قام عليها هذا المبدأ، وكذلك الفيلسوف الفرنسي (لوك) الذي سبق وان كتب عن هذا المبدأ قبل مونتنسكيو، ينظر د. ثروت بدوي: اصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ١٥٦.

(٣) د. زكي محمد النجار: القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، النظام الدستوري المصري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ١٧٤_١٧٥.

(٤) د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاثة في الدساتير المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي(دراسة مقارنة)، ط٥، مطبعة جامعه عين الشمس، الاسكندرية، ١٩٨٦م، ص ٥١٨.

(٥) د. احمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية الاقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص ١١٤ وما بعدها.

هيئة أخرى في ممارسة تلك الاختصاصات فهذه الصورة تستند الى القاعدتين اللتين هما:-
الاستقلال العضوي: ويعني أن لكل سلطة من السلطات الثلاثة (التشريعية، والتنفيذية،
والقضائية) استقلالها الذاتي في مواجهة السلطتين الأخرى فالعلاقة بين السلطات تبنى على
أساس عدم التدخل والرقابة من إحداها على الأخرى^(١)، أما الآخر فهو التخصص الوظيفي:
فالسلطة التشريعية تختص بسن القوانين، وتختص السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين، والسلطة
القضائية تختص بتطبيق القوانين على ما يعرض عليها من نزاعات^(٢).

وأما الفصل المرن أو النسبي فمؤد ذلك الفصل هو أن سلطة الدولة واحدة لا تتجزأ لكن
وضائف الدولة أي (التشريعية، والتنفيذية، والقضائية) يجب أن تتوزع على هيئات ثلاث
فهئية يوكل إليها وظيفة التشريع وأخرى وظيفة التنفيذ وأخرها يوكل إليها وظيفة القضاء لكن
هذه الهيئات لا تمارس الوظائف الموكلة إليها باعتبارها سلطات منفصلة ومستقلة، إنما
باعتبارها مجموعه اختصاصات تتبع من سلطة واحدة هي سلطة الدولة ولا يمكن الفصل
المطلق بين هذه الاختصاصات، لأن هذه الاختصاصات تتداخل مع بعضها للحد الذي لا
تسمح معه بالفصل المطلق بينها لذا فيجب أن يكون هنالك تعاون متبادل فيما بين الهيئات
العامة وكذلك يجب وجود رقابة متبادلة فيما بينها، كذلك أن هذه الهيئات عندما تمارس وظائفها
فأنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة لذا ينبغي أن يكون هنالك تعاون وتنسيق بينها من أجل
الوصول الى تحقيق تلك الغاية^(٣).

لذا فدور مبدأ الفصل بين السلطات في حمايات الحريات ينبغي النظر إليه من زاوية
الفصل المرن بين السلطات، لان العيوب التي تلحق بالفصل المطلق لا يمكن معها الحديث
عن حماية الحريات كما أن توزيع السلطات بين هيئات متعددة لا على هيئة واحدة يؤدي الى
تحقيق الغاية المبتغاة ألا وهي تفتيت السلطة وتجزئتها، فحصر السلطة بيد واحدة يؤدي الى
الاستبداد فالعلاقة بينهما علاقة طردية فكما زادت اختصاصات السلطة زاد استبدادها وهذا
المنطق من طبيعة النفس البشرية التي ومن خلال التجارب وعبر التاريخ أنها تسلك طريق
الاستبداد إذا ما استأثرت بالسلطة^(٤).

(١) د. ادريس حسن محمد: مبدأ الفصل بين السلطات ودوره في حماية الحقوق والحريات، مجلة جامعة تكريت
للعلوم الانسانية، العدد (٤)، المجلد (١٥)، ٢٠٠٨م، ص ١٤٧.

(٢) د. محمد كاظم المشهداني: النظم السياسية، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩١م،
ص ١١٦-١١٧.

(٣) المحامي محمود ابو صوي: الفصل بين السلطات واستقلال القضاء في فلسطين، وحدة البحث العلمي
والنشر في كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٥م، ص ٣٤.

(٤) د. ادريس حسن محمد: المصدر اعلاه، ص ٢٥٦-٢٥٧.

فهذا المبدأ يحمي حريات الافراد من استبداد السلطة وسيطرتها على حرياتهم إذا ما اجتمعت السلطات الثلاث بيد واحدة، إذ يؤدي هذا المبدأ الى سلامة استعمال السلطة من قبل كل سلطة من السلطات الثلاث وذلك من خلال مراقبة كل سلطة تصرفات السلطة الاخرى، مما يؤدي الى ايقاف السلطة التي تتجاوزها وتسيء استعمال سلطتها عند حدها وبالنتيجة فأن كل سلطة سوف تلتزم حدود سلطتها القانونية ومن ثم يتم الحفاظ على حريات الأفراد^(١).

ويستطرد **مونتسكيو** مؤكداً على هذه الصورة من الفصل ومبرراً لها بالقول (إن الحرية تتوافر عندما لا يساء استخدام السلطة، لكن التجارب العلمية قد أثبتت أن كل فرد يكون له تخويل بالسلطة يكون معرضاً لان يسيء استخدامها، وللحيلولة دون ذلك فمن الطبيعي أن تحد كل سلطة من السلطة الأخرى، فلو خولت السلطة التشريعية بسلطات تنفيذية واتحدت في هيئة واحدة أو لم تتفصل السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية فلا يمكن القول بوجود حرية، كما لا تقوم لحرية قائمة عندما يعهد بسن القوانين وتنفيذها لهيئة أو شخص واحد، لأن الحاكم سينفرد بسن قوانين ظالمة وينفذها بصورة طاغية، وفي حالة الجمع بين السلطتين التشريعية والقضائية فأن حريات الأفراد بل وحياتهم تكون بيد قضاة متحكمين ولا رقيب عليهم سوى أهوائهم)^(٢).

وبالتالي هذا النوع الأخير من الفصل (المرن) يوفر ضماناً للفرد لتمتعه بحرياته التي كفلها الدستور بصورة صريحة أو ضمنية، فلا وجود للحرية عندما تكون السلطة التنفيذية والتشريعية بيد هيئة واحدة لأنه يُخشى أن تسن هذه الهيئة قوانين مستبدة ثم تنفذها بشكل جائر وظالم، كما لاوجود للحرية إذا كانت سلطة القضاء غير منفصلة عن سلطة التشريع، لأنه إذا كان القاضي ذاته مشرعاً فحرية الأفراد تكون تابعه لهواه ويكون طاغية أن كان صاحباً للسلطة التنفيذية، فكل من هذه السلطات يجب أن يكون في موقعاً موازٍ للسلطة الأخرى.

لقد أخذت فرنسا في دستور عام ١٧٩٥ بمبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه المطلق، وأعطى التحويل للجمعية الوطنية بممارسة الوظيفة التشريعية، أما الوظيفة التنفيذية فقد أعطي تخويل ممارستها للملك والوزراء، وفرضت بأن لا تتدخل كل منها في اختصاصات السلطة الأخرى وسارت الدساتير التي تلت هذين الدستورين (من دستور ١٧٩٩ وحتى دستور ١٩٤٦) على الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات بصورته المرنة، وخولت الإدارة استثناءً

(١) شيماء علي سالم الجبوري: ضمانات الحقوق والحريات العامة ووسائل تفعيلها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠م، ص ٤٢.

(٢) مونتسكيو: روح الشرائع، ترجمه عادل زعيتير، ط ١، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٥٣م، ص ٢٢٨.

بالتدخل في عمل المشرع، وذلك باقتراحها القوانين وتنفيذها بواسطة اللوائح التنفيذية، كذلك أخذ دستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ بمبدأ الفصل المرن بين السلطات والذي أكد على تكريس هذا المبدأ على أساس التعاون بين السلطات وإيجاد نوع من الاشتراك والتداخل بين الاختصاصات^(١).

كذلك الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ الذي نص على أن ((النظام السياسي يقوم على أساس التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات مع وجود التعاون والتوازن بينها))^(٢). وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها الى مبدأ الفصل بين السلطات والتعاون فيما بينها وقضت " أن السلطة التشريعية مهمتها إقرار القوانين فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينها نصوص الدستور حصراً، ذلك أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما تقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين وأحكام تنفيذها، غير أنه استثناءً من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها، فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بإعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين"^(٣).

أما الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ فقد نص صراحة على تبنيه لمبدأ الفصل بين السلطات ((تتكون السلطات الاتحادية، من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات))^(٤)، كما أكد في مواد أخرى على ضرورة التعاون بين الهيئتين التشريعية والتنفيذية في الكثير من الأحوال التي أعدها الدستور لتكون مشتركة بينهما^(٥).

(١) صالح دجال: حماية الحريات ودولة القانون، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٠م، ص ١٠٦.

(٢) المادة (٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ.

(٣) د. فاروق عبد البر: مصدر سابق، ص ٢١٤-٢١٥.

(٤) المادة (٤٧) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ. وقد اشارت المحكمة الاتحادية العليا لهذا المبدأ في حكم لها على انه " لدى الرجوع الى اختصاصات مجلس النواب المنصوص عليها في المادة (٦١) من الدستور نجد ان للمجلس حق مراقبة الحكومة ومحاسبتها على تصرفاتها وقد يصل الامر الى حد سحب الثقة منها ولكن ليس لمجلس النواب ان يصدر قرارات بذاته تختص بها السلطة التنفيذية لان المادة (٦١) من الدستور لم تمنحه حق اصدار القرارات التي من اختصاص السلطة التنفيذية ف دوره في هذا المجال مراقبة اداء السلطة التنفيذية وذلك اعملاً بأحكام المادة (٤٧) من الدستور التي نصت على أن تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات، وعلية يكون قرار مجلس النواب الصادر بإلغاء قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٣٣٨ لسنة ٢٠٠٩ مخالفاً لأحكام المادة (٦١) وكذلك المادة (٤٧) من الدستور مما يقتضي إلغائه"، قضية رقم ٥٧/اتحادية/٢٠١١، بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١١.

(٥) كأحكام المواد (٨٠، ٧٥، ٦٢، ٦١) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

وعلى الرغم من ذلك إلا أن ما يظهره الواقع السياسي في الأنظمة السياسية الحديثة يبدو على خلاف ذلك، حيث أن الملاحظ عملاً في أغلب الدول هيمنة إحدى السلطات على الأخرى فكفه الميزان أما أن تميل لسلطة التنفيذية أو الى السلطة التشريعية.

لذا فلكفالة تحقيق هذا التوازن والتعاون بين سلطات الدولة الذي جاءت به الدساتير محل المقارنة وتأكيداً على الفصل المرن بين السلطات ووجود رقابة متبادلة فيما بينها صيانه لحرية الأفراد وحقوقهم كل ذلك على الواقع نرى أن يتم إقرار مبادئ معينة لتكتمل صورة الفصل المرن الذي أقرته الدساتير باعتبارها ضمانه لحرية ومنها حرية التعاقد وعلى النحو الآتي:

أولاً: حصر وظائف السلطات الثلاث وتثبيتها والرقابة المتبادلة بينها في الدساتير ومنحها مساحة كافية من المرونة حتى تنمو قيم التكامل والتعاون بين هذه السلطات.

ثانياً: إقامة نظام مرن للفصل بين السلطات وليس مجرد الفصل بينها وهذا النظام المرن لا يتحقق إلا إذا ضمن بإقامة نظام متكامل للرقابة بين هذه السلطات يدفعها الى التعاون المشترك فيما بينها.

فبما يوفره مبدأ الفصل بين السلطات في صورته المرنة من ضمانه لحرية الفرد وحقوقه عامة، فحرية التعاقد كغيرها من الحريات يكون مبدأ الفصل بين السلطات (المرن) أداه يضمن بها هذه الحرية.

وذلك بإيجاد نوعاً من الرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث لكي تمنع كل سلطة السلطة الأخرى من إساءة استخدام سلطتها فلا تتدخل أي سلطة في اختصاص غيرها من السلطات^(١)، فيكون على السلطة التشريعية حيال حرية التعاقد ان تمتنع عند سنها للقوانين من انتهاك هذه الحرية وهذا لا يتحقق إلا بفرض الرقابة على القوانين التي تنظم الحريات ومنها (حرية التعاقد) باعتبارها فرعاً من الحرية الشخصية وذلك بالتأكد من التزام السلطة التشريعية بما ورد في الدستور من حدود ومبادئ، فيمتنع على السلطة التشريعية سن قوانين تتعلق بحرية التعاقد إلا بالفدر المنظم لهذه الحرية خدمة لمصلحة الفرد والمجتمع فلا تتعدى على هذه الحرية بإصدار قانون ينتزع من المتعاقد حريته في التعاقد أو عدم التعاقد أو حريته في اختيار المتعاقد معه أو ينتزع من المتعاقدين حريتهما في تحديد مضمون وإثار العقد، أو اصدارها لقانون يجعل من الإدارة ملزمة بالتعاقد مع متعاقد بعينة أو يجعل سلطة الإدارة مقيدة بقاعدة)

(١) هاني محمد كامل فهيم: رقابة القضاء الدستوري على اعمال السلطة التشريعية والانحراف التشريعي، بحث دبلوم في العلوم الادارية مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعه الاسكندرية، ٢٠١٢م، ص ٣.

العقد شريعة المتعاقدين)، دونما اعتبار لمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد ودونما اعتبار لسلطتها التقديرية وفرض علاقات ثابتة عليها دون أن يكون هنالك اعتبار لسلطات الاستثنائية التي منحت للإدارة لقيام بأعمالها، ومما يزيد الأمر سوءاً أن تعدي هذه السلطة بقوانين تنتهك حرية التعاقد أنها لا تستند بما سنت من قوانين حيال هذه الحرية بمقتضيات النظام العام و الآداب أو أن طبيعة العقد أو أحد مراحلها يقتضي تقييد هذه الحرية وأن يرفق ذلك بتعويض للطرف المتضرر سواء كان أحد المتعاقدين في العلائق المدنية، أو في روابط القانون العام للإدارة أو المتعاقد معها.

كما يوفر هذا المبدأ ضمانه لحرية التعاقد من تدخل السلطة التنفيذية إذ يتمتع عليها إصدار قرارات أو أوامر أو أنظمة تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والمنظمة لحرية التعاقد كتعديل شروط التعاقد بإنقاص أو زيادة شرط أو أكثر من الشروط التي صدر بها قانون بعد اتفاق الطرفين المتعاقدان عليها إلا إذا كان ذلك لمقتضيات المصلحة العامة ويتعويض عادل للطرف المتضرر.

أما السلطة القضائية فهي صاحبة القول الفصل في التأكيد على هذه الضمانة وفرض كلمتها على السلطات الأخرى على النحو الذي يجعل من مبدأ الفصل المرن أمراً واقعاً يضمن به الحريات كافة ومنها حرية التعاقد وسنرى ذلك بشكل أوفى عند حديثنا عن الضمانات القضائية.

المطلب الثالث

استقلال القضاء

من المعروف أن السلطة القضائية هي من تتولى الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وكما تطبق أحكام القانون على حوادث الخصومات المطروحة أمامها، حتى أن مونتسكيو ذهب للقول أن (الحاجة إلى القضاء العادل كانت تاريخياً أسبق الحاجيات العامة))، وبما أن القضاء هو المركز الرئيسي في تحقيق العدل وهو الضمانة الأساسية والفعالة لحريات الأفراد، فمن الضروري أن يكون هنالك استقلال للسلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لضمان نزاهتها وحياتها وعدم إمكانية التأثير عليها^(١).

(١) فهد عبد الكريم أبو العثم: القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠٠٥م، ص ٧٤.

فمبدأ استقلال القضاء هو (قاعدة داخلية تطبق في نطاق علاقة السلطة القضائية بغيرها من سلطات الدولة، وتقوم على مبدأ عدم التدخل من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أمور القضاء، وإعطائه سلطة دستورية منفصلة ومستقلة عن السلطتين الأخيرتين)^(١).

هذا المبدأ الذي يكمل صورة ضمانه مبدأ المشروعية لحرية إذا ما كان عنوان دولة القانون يتجلى في حماية مصالح وحرية الأفراد، فإن هذه الحماية لا تكتمل إلا في ظل قضاء مستقل وحر، فلا تقتصر مهمة القضاء في ظل دولة القانون على مراقبة شرعية النص بل أن مهمة القضاء أكبر من ذلك بكثير إذ يفترض به أن يمثل الآلية التي بواسطتها ترسخ الدولة لاحترام حريات الإنسان، حتى يكون القانون ليس مجرد أي قانون إنما هو المعبر عن حقوق الأفراد وحررياتهم^(٢).

فكما ذكرنا سابقاً أن مبدأ المشروعية يعتبر من أهم المبادئ التي تضمن من خلالها حرية التعاقد، لكن مبدأ المشروعية يكون غير نافع و غير منتج لآثاره أن لم يكن قد كفل بتطبيقه من سلطة مستقلة ومحيدة متمثلة بالقضاء، لذا نجد أن مبدأ استقلال السلطة القضائية يعد ضماناً لمبدأ المشروعية وبما أن مبدأ المشروعية يعتبر من ضمانات حرية التعاقد، فإن الضمانة التي تحمي مبدأ المشروعية تمتد لتحمي حرية التعاقد أيضاً وبالتالي فإن مبدأ استقلال القضاء هو أيضاً الحارس لحرية التعاقد.

كما أن عدم وجود قضاء مستقل يسهر على تطبيق أحكام الدستور والقوانين، وينزل الجزاء على من يخالف أحكامها، يجعل مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ لا قيمة له ولا معنى للنصوص المنظمة للحرية^(٣)، وينصرف معنى استقلال القضاء إلى تحرر سلطة القضاء من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، فلا يكون للسلطة التنفيذية الحق في التدخل في ما يتعلق بالشؤون الخاصة بالسلطة القضائية ولا تستطيع أن تنزع أي اختصاص من الاختصاصات المخولة للسلطة القضائية، كما لا تستطيع السلطة التشريعية القيام بإصدار

(١) هاشم جليل ابراهيم الزبيدي: مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهدين، ٢٠١٢م، ص ٦١.

(٢) د. عبد السلام نور الدين: اثر استقلالية القضاء على الحريات العامة في دولة القانون، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة معسكر (الجزائر)، العدد (٢١)، المجلد (١٠)، ٢٠١٤م، ص ٩٥.

(٣) د. محمد عبد الحميد ابو زيد: توازن السلطات ورقابتها، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣٣٤.

قوانين تمنع بها القضاء من النظر بقضايا أو التصدي لنزاعات بذاتها لأن ذلك يمثل اعتداء على حقوق السلطة القضائية باعتبارها إحدى السلطات الرئيسية الثلاث في الدولة^(١).

غير أن استقلال السلطة القضائية لا يعني أن يكون هنالك فصل مطلق بين السلطات الثلاث (السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، السلطة القضائية) إنما الفصل المرن الذي نوهنا إليه سابقاً، وذلك لأن القاضي يظل بحاجة إلى سلطة تنفيذية تؤذن له بتنفيذ الأحكام والقرارات، كما ويظل بحاجة أيضاً إلى قوانين مناسبة تصدرها السلطة التشريعية، كما أن المشرع يظل بدوره بحاجة إلى السلطة التنفيذية والقضائية، والسلطة التشريعية بحاجة إلى السلطتين القضائية والتنفيذية^(٢).

ولكن يبقى الاستقلال الذي تتمتع به السلطة القضائية في مواجهه السلطات الأخرى على الرغم من حاجتها لتلك لسلطات، يجعلها أكثر من غيرها قدره على معرفة إرادة المشرع على النحو الصحيح أو الحماية الحقيقية التي أرادها القانون للحريات، فنصوص القانون التي تتعلق بحماية الحريات والحقوق تفقد جدواها وقيمتها إلا إذا تدخل القضاء وضمن هذه الحماية^(٣).

ويماناً لاحترام مبدأ استقلال القضاء وتأكيد أهميته، حرصت أغلب الدول على تضمين دساتيرها النصوص القانونية لضمان مبدأ استقلال القضاء، حيث عالج دستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ الاستقلال القضائي في الباب الثامن منه إذ نصت المادة (٦٤) منه على الآتي: ((يضمن رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية، ويعاونه في ذلك المجلس الأعلى للقضاء، ويحدد نظام القضاء بقانون أساسي)) ومن الدساتير التي حرصت على تأكيد استقلال القضاء الدستور المصري الصادر لعام ١٩٧١، إذ خصص الفصل الرابع منه للسلطة القضائية، إذ جاء فيه أن ((السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها على وفق القانون))، وكذلك جاء فيه أن ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة))^(٤)، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذا المبدأ إذ جاء في حيثيات حكمها بأن

(١) د. محمد عبد الحميد ابو زيد: المصدر السابق، ص ٣٣٩ وما بعدها.

(٢) مركز الجزيرة للدراسات: استقلالية القضاء والانتقال نحو الديمقراطية، مقال منشور على الرابط الالكتروني <https://studies.aljazeera.net/ar/issues/2010/2011722101150375746.html>، تاريخ الزيارة

٢٠٢٠/٥/١٧.

(٣) د. احمد فتحي سرور: الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ١٥١.

(٤) ينظر المواد (١٦٥ و ١٦٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى.

" استقلال السلطة القضائية، يعني أن تعمل بعيداً عن اشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها فيملون معها عن الحق إغواءً أو ارغاماً، أو ترهيباً أو ترغيباً، فإذا كان انصرافهم عن تنفيذ الحق تحاملاً من أحدهم على احد الخصوم، وانحيازاً لغيره لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الداخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر، كان ذلك تغليب لأهواء النفس ومنافياً لضمانة التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم"^(١).

وكذلك نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في المادة (٩٤) منة على أن (.....) تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات)^(٢).

لذا فإن السلطة القضائية في مصر مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ويبنى على هذا الاستقلال أن المشرع لا يمتلك سلطة الفصل في النزاعات ولا يمتلك سلطة اصدار قانوناً يظهر فيه وجه الفصل في خصومة معينة، وذلك لأن الدستور كلف السلطة القضائية وحدها بأمر العدالة مستقلة بذلك عن باقي السلطات، لذلك فإن السلطة القضائية سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية وتستقي وجودها من الدستور نفسه لذا لا يجوز أن يكون هنالك تعرض لها من قبل السلطات الأخرى^(٣).

كما أكد الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ استقلالية القضاء في المادة (٨٧) منه ((السلطة القضائية مستقلة، وتتولها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون))^(٤)، إلا أنه يؤخذ على المشرع الدستوري العراقي أنه أطلق يد السلطة التشريعية في تنظيم القضاء وذلك حينما نص في المادة (٩٦) منه على (وينظم بقانون...) ((ينظم القانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها واختصاصاتها وكيفية تعيين القضاء وخدمتهم وأعضاء الادعاء العام وانضباطهم وإحالتهم على التقاعد))^(٥)، من دون أن يضع قيوداً على اختصاص السلطة التشريعية وهذا مما لا شك فيه يكون له من التأثير السيئ على استقلال القضاء، إذا ما

(١) قضية دستورية عليا رقم ٣٨ لسنة ١٨ق، بالجلسة العلنية المعقدة في ١٦ نوفمبر ١٩٩٦م، الموقع الالكتروني

لمحكمة الدستورية العليا <http://www.sccourt.gov.eg/> تاريخ الزيارة ١٩/٥/٢٠٢٠.

(٢) المادة (٩٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ .

(٣) هاشم جليل ابراهيم الزبيدي: مصدر سابق، ص ٩٣.

(٤) كما نصت المادة (٨٨) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ على أنه (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم

في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة).

(٥) المادة (٩٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

استخدمت هذه المكنة من قبل السلطة التشريعية لغايات تهدف إلى النيل من استقلال القضاء، مثلاً كأن تصدر قانوناً تمنع القاضي من النظر في نزاع متعلق بإحدى الحريات كحرية التعاقد بسبب أن قاضياً أصدر حكماً يتعارض مع تطلعات السلطة التشريعية بصدد عقداً ما ولا يروق لها حكمة وأرادت التخلص منه.

ومما يؤخذ ايضاً على المشرع الدستوري العراقي أنه ضمن مادة في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ يمس بها استقلال القضاء، حيث نصت هذه المادة على أن ((يمارس مجلس القضاء الأعلى الصلاحيات الآتية: ثانياً/ ترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية، ورئيس الادعاء العام، ورئيس هيئة الإشراف القضائي وعرضها على مجلس النواب للموافقة على تعيينه))^(١).

وفي ضوء ما سبق ذكره يتبين لنا أن هذا التعيين من مجلس النواب يجعل السلطة القضائية تقع تحت تأثير السلطة التشريعية، لذلك نرى ان يتم هذا التعيين من خلال مجلس القضاء الأعلى بصورة مباشرة دون أن يتم عرضه على مجلس النواب، لأن ذلك يؤدي الى احترام حيادية القضاء واستقلاله، الأمر الذي ينعكس على الحريات ومنها حرية التعاقد باعتبار استقلال القضاء ضمان دستوري لها.

المطلب الرابع

مبدأ المساواة أمام القانون

يقصد بالمساواة أمام القانون (عدم التمييز بالترقية في تطبيق حكم القانون على جميع المواطنين، فأفراد المجتمع الواحد متساوون امام القانون في الحقوق والتزامات فلا يجوز التمييز بينهم لأي سبب كان سواء كان سبباً مالياً أم عرقياً أم اجتماعياً... الخ)^(٢).

إن المساواة أمام القانون لا تعد حرية من الحريات على حد قول اليونانيين القدماء أذ كانوا يرون أن الفرد يعتبر نفسه حراً مادام أن الدولة تطبق عليه قاعدة عامة مجردة دون أن يكون هنالك تمييز بين أفراد الجماعة الواحدة، لكن المساواة أمام القانون في حقيقتها ليست حرية من الحريات وإنما تكمن حقيقتها في التساوي في الحقوق والواجبات وكذلك في الحريات^(٣)، فلا يعني هذا المبدأ عدم التمييز بين المواطنين في تطبيق القانون عليهم بسبب

(١) المادة (٩١) الفقرة (٢) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٣) شيماء علي سالم الجبوري: مصدر سابق، ص ١٢٩.

اللون أو اللغة أو الثروة أو الجنس أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي فحسب وإنما هدف هذا المبدأ ربط المساواة بالعدالة والحرية، على أساس أن من أسمى أهداف الدولة تتمثل بتحقيق العدالة والحرية والمساواة فعندما لا توجد مساواة بين الأفراد في التمتع بالحقوق العامة والحرية تتعدم الحرية من أساسها، لذا فالمساواة هي أساس وركيزة الحريات وليست حرية في ذاتها^(١).

فالمساواة على حد تعبير الفقيه (كوليار) ذات قيمة أساسية في ميدان تطبيق الحريات ومعنى ذلك أن الحرية أن لم تكن في متناول الكافة فلا وجود للحرية، فالمساواة أساس الحرية^(٢)، ولا يقصد بالمساواة المساواة الحسابية لان المساواة المطلقة (بطريقة رياضية) بين الناس تؤدي في حقيقة الامر إلى عدم المساواة، وبعبارة أخرى ان المساواة لا تعني التطابق كما يصفها الفقيه (ديجي)، وإنما تعني المساواة في المعاملة القانونية (المساواة النسبية) لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة^(٣).

لذا يتبين لنا أن المساواة أمام القانون بين كافة المواطنين تعد ضمانه رئيسة لحريات الأفراد وحقوقهم، لأن في انعدام هذه المساواة تمكين لسلطات العامة في الدولة أن تغير معاملتها تجاه الأفراد حسب رغباتها وأهوائها ويجعلها دولة ظالمة يعم فيها الاستبداد، فبمثل هكذا دولة لا ضمان فيها للحرية أو حق.

فعلى أساس ارتباط مبدأ المساواة أمام القانون بالحقوق والحريات فإن حرمان أي فرد أو جهة معينة من حريته أو حريتها في التعاقد على الرغم من توفر الشروط اللازمة لهذا التعاقد وليس فيه **أي العقد** ما يتناقض مع القيود الوارد على حرية التعاقد أو مقتضيات المصلحة العامة يعتبر خروجاً على مبدأ المساواة أمام القانون، وحرماناً لهذا الفرد أو هذه الجهة من الحماية التي أقرها الدستور لهذا المبدأ.

لذا حرصت أغلب الدساتير على التأكيد على مبدأ المساواة أمام القانون فقد ضمن دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ النص على هذا المبدأ بالقول ((الجمهورية الفرنسية جمهورية غير قابلة للتجزئة، علمانية، ديمقراطية واشتراكية، تكفل المساواة بين جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز في الأصل أو العرق أو الدين، وتحترم جميع المعتقدات، تنظم الجمهورية على أساس لا مركزي))^(٤).

(١) د. نعيم عطية: مصدر سابق، ص ٣٨.

(٢) د. سعاد الشرفاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٣) د. احمد فتحي سرور: الشرعية والاجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٤) المادة (١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

أما نص دستور العراقي لعام ١٩٧٠ على هذا المبدأ فقد جاء فيه أن ((المواطنون سواسية أمام القانون...))^(١).

كما نص دستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ في المادة (١٤) منه أن ((العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)) وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا الى مبدأ المساواة في حكماً صادراً منها على أنه " أن الغاية المنشودة من تشريع القانون رقم (١٣) لعام ٢٠١٠ هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً بما يحقق جب الضرر عنهم ولحماية المال العام والحفاظ عليه ولا بد أن يكون هذا التعويض مراعيّاً لكافة المواطنين بصورة متساوية دون تمييز بين مواطن وآخر طبقاً لنص المادة (١٤) من الدستور، وحيث أن المادة (٢٥) من القانون رقم (١٣) لعام ٢٠١٠ قد أخلت بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على التعويض عن عقاراتهم التي انتزعت منهم فقد حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة المذكورة"^(٢).

ومن جهته الدستور المصري لعام ١٩٧١ اذ جاء فيه ان ((المواطنون لدى القانون سواء))^(٣)، كما جاء في المادة (٢٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ على أن ((الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين)) وأكدت على هذا المبدأ المحكمة الدستورية العليا في حكم لها " أن مبدأ المساواة أمام القانون الذي إرساه بحسبانه ضمانه جوهرياً لتحقيق العدل والحرية والسلام الاجتماعي لا يقتصر نطاق تطبيقه على الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وإنما يتعلّق كذلك بما يكون منها قد تقرر بقانون في حدود السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، فلا يجوز بعدئذٍ تقييدها بما يعطلها أو ينال من ممارستها، بل يتعين أن تنظمها أسس موحدة لا تمييز فيها بين المؤهلين قانونياً للانتفاع بها"، فبهذا الحكم رسخت المحكمة الدستورية العليا أهمية مبدأ المساواة كضمانة للحريات بشكل عام

(١) المادة (١٩) فقره (أ) من الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ المعدل.

(٢) قضية رقم (١١٤) اتحادية ٢٠١٣، المحكمة الاتحادية العليا، دستورية، صادر بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٤، ذكر في هذه القضية المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لعام ٢٠١٠ والذي جاء فيها " يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق قانون رقم ٢ لعام ٢٠٠٦ بما يخص التعويض وقت اقامة الدعوى يحق لهم بإقامة دعوى بموجب القانون الجديد وبأثر رجعي لرفع الحيف عنهم".

(٣) المادة (٤٠) من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ الملغى.

ولحرية التعاقد بشكل خاص، من حيث أن تنظيمها بقيود لا تهدرها ولا تميز بين من ينتفع بها^(١).

المبحث الثاني

الضمانات القضائية لحرية التعاقد

تعد الضمانات القضائية للحريات بما فيها الحريات الشخصية التي تكون حرية التعاقد فرعاً منها من أهم الضمانات وأكثرها أثراً، كونها أداةً لتحويل الضمانات الدستورية آنفة الذكر الواردة في الدستور من مجالها النظري إلى مجالها العملي، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان القضاء مستقلاً ويزاول عمله بحياد تام، وهذا أيضاً لا يتحقق إلا في ظل الدولة القانونية التي يحكمها القانون، وهذا يعني أن تكون أعمال سلطات الدولة جميعها خاضعة للقانون وأن الجهة الوحيدة التي تستطيع أن تقرر مدى هذا الخضوع هو القضاء وذلك من خلال الرقابة على أعمال السلطات، فنجد أن قيام السلطات في الدولة بممارسة عملها قد يتضمن المساس بحريات الأفراد، فإذا ما أصدرت السلطة التشريعية قانوناً فإنه سيكون واجب التطبيق من يوم نفاذه على الأفراد، وبما أن الدستور هو الحصن الرئيس للحقوق والحريات فإن مدى التزام السلطة التشريعية بأحكامه عند سن القانون يتطلب أن توجد جهة تتحقق من دستورية القوانين ومن ثم يسمح للأفراد بالطعن بعدم دستورية القانون أمام هذه الجهة.

أما السلطة التنفيذية فيما أنها تكون أكثر تماساً بالأفراد وذلك من خلال أعمالها اليومية المتعلقة بتسيير المرافق العامة وحفظ الأمن والنظام، لذلك فإن احتمال التعرض لحقوق الإنسان سيكون أكبر، لذلك يتحتم الأمر أن تكون هناك جهة مختصة بالرقابة على مشروعية أعمال الإدارة سيما أعمالها المتعلقة بالضبط الإداري كون هذه الأعمال أكثر مساساً بحريات الأفراد الشخصية من غيرها وأن يسمح للأفراد بالطعن بهذه الأعمال متى ما مست هذه الحريات وعلية سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التنفيذية ونتناول في المطلب الثاني الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التنفيذية وعلى النحو الآتي:

(١) قضية رقم ٨٦ لسنة ٢٩ قضائية، المحكمة الدستورية العليا -دستورية- السابع من مارس سنة ٢٠١٠، ذكره الفارعة عبد الله جاسم: التنظيم الدستوري والقانوني لحريات الشخصية وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ٢٠١٧م، ص ١١٨.

المطلب الاول

الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التشريعية

تتبلور هذه الحماية بالرقابة على دستورية القوانين التي تعني بمدلولها العام (هي التحقق من مدى مخالفة القوانين للدستور تمهيداً لعدم إصدارها أن لم تكن قد صدرت أصلاً أو الغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها) فالتشريعات في البلاد التي يكون دستورها جامد تكون على ثلاثة درجات يعتلى بعضها البعض الأخر، حيث يُحرم فيها على السلطة الأدنى مخالفة السلطة الأعلى منها فتكون في قمة هذه التشريعات الدستور ومن ثم يليه التشريع العادي ومن ثم التشريع الفرعي^(١).

أي هي في هذا المجال إخضاع القانون الذي يصدر من قبل السلطة التشريعية لرقابة جهاز مستقل للتأكد من مدى توافق هذا القانون للمبادئ التي وردت في الدستور.

ونزولاً على مقتضيات الحكم الديمقراطي وفي كنف الدساتير الجامدة أصبح من اللازم وجود السلطات العامة التي تدير شؤون الدولة وأمورها والتي لا مفر من تواجد هذه السلطات في الدولة القانونية لذا أصبح خروج هذه السلطات عن اختصاصاتها الدستورية وانحرافها عن أهدافها المخصصة لها أمراً محتملاً، لذا ينبغي احترام الضمانات اللازمة لحماية قواعد الدستور ومبادئه من احتمالات انحراف السلطات العامة وخروجها عليها حتى لا تكون سيادة وسمو الدساتير مجرد حبرٍ على ورق وشعاراً بلا مضمون، والضمانة الأولى والفعالة التي يتعين على المشرع الدستوري أن يقرها في وثيقة الدستور هي تنظيم الرقابة على الدستورية ومشروعية الأعمال القانونية التي تصدر عن السلطات العامة وفي طليعتها القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية^(٢).

حيث يجمع الفقه الدستوري على أن مجرد النص على سمو الدساتير في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا تكون له قيمة على صعيد الواقع ما لم تحيطه ضمانات تقوية وتدفع عنه كل اعتداء محتمل لإحكامه وتزليل أثاره وتبطله، فالسمو يَعدو كما يقول جورج بيردو (مجرد

(١) لمياء حليم عبد العظيم علوش: مصدر السابق، ص ٣١٣.

(٢) نورا ظافر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق نشأتها وافاق تطورها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهدين، ٢٠٠٦م، ص ١٨.

كلمة جوفاء لا قيمة له ما دام انتهاك هيئات الدولة وإفاتها على الحقوق والحريات العامة فيه يكون بمنجاة من الجزاء^(١).

فالرقابة القضائية التي تباشر على القوانين العادية للتأكد من احترام هذه القوانين للقواعد التي وردت في الوثيقة الدستورية وعدم معارضتها لأحكام الواردة فيها تعد من أهم الضمانات القانونية التي تضمن نفاذ القانون الدستوري والتطبيق السليم له، بل تعتبر هذه الوسيلة في مقدمة الوسائل الفنية التي كان العلم الدستوري قد استحدثها لحماية مبدأ المشروعية مقررًا أن على السلطات كافة (بما فيها السلطة التشريعية) التزام بحدود الدستور الذي يعد الإطار القانوني العام للجماعة السياسية وهي بذلك تعد إحدى الوسائل الفعالة التي تتحقق بها حماية الحقوق والحريات العامة من اعتداء تلك السلطات عليها، ففي الواقع أن الرقابة على دستورية القوانين لا تثار حينما ينتفي التمييز بين الدستور والتشريعات العادية بحيث يكون كلاهما في مرتبة قانونية واحدة، فلا يمكن التصور أن يؤخذ بالرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المرنة لأن في مقدور السلطة التشريعية في هذه الدساتير أن تعدل أحكام الدستور بإتباع ذات القواعد والإجراءات المحددة لوضع وتعديل القوانين العادية، الأمر الذي يجعل التمييز بين النصوص الدستورية والقوانين العادية أمراً منعماً ويجعل من أي قانون جديد مخالف لقاعدة دستورية قائمة هو بمثابة تعديل شرعي لها لا يقدر القضاء أو أي جهة أخرى الامتناع عن تطبيقه مهما كان درجة مخالفته للدستور^(٢).

يتبين لنا من التحليل المتقدم أنه لا يتصور أن تكون هنالك حاجة إلى رقابة على دستورية القوانين إلا في ظل الدساتير الجامدة ولا فائدة من الحديث عن دساتير جامدة مالم يضمن ما ورد فيها من مبادئ وحريات عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين الصادرة من السلطة التشريعية.

لكن يثار تساؤل ألا وهو ما الذي يبرر للقضاء الدستوري اختصاصه برقابة الدستورية وما آلية التي تتبع من قبل القضاء الدستوري لإهدار التشريعات التي تتعارض مع الدستور؟ للإجابة عن هذا التساؤل يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول

(١) د. سعد عبد الجبار علوش: نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية الحقوق (جامعة النهدين)، العدد (٢)، المجلد (٧)، ٢٠٠٥م، ص ٥.

(٢) ميثم حسين الشافعي: دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، مجلة دراسات اسلامية معاصرة (جامعة كربلاء)، العدد (٧)، ٢٠١٢م، ص ٤ - ٥.

مبررات القضاء الدستوري في ممارسة اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين وفي الفرع الثاني نتناول آليات القضاء الدستورية لإهدار التشريعات التي تتعارض مع الدستور.

الفرع الاول

مبررات القضاء الدستوري في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين

يعود الفضل في وضع اللبنة الأولى لأوجه عدم الدستورية الى الفقيه عبد الرزاق السنهوري في مقولته الشهيرة _ مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية باعتبار التشريع والقرار الإداري شيئين متماثلان، فكما أن القرار الإداري له إركان خمسة وهي (الاختصاص، الشكل، المحل، السبب، الغاية) وأن بطلان القرار الإداري يرجع لسببين رئيسيين هما مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فالتشريع حالة حال القرار الإداري تكون له نفس الأركان الخمسة فبطلان التشريع يعود لسببين هما مخالفة الدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية^(١).

ويصنف بعضاً من الفقه الحديث أوجه عدم الدستورية التي تبرر للقضاء الدستوري بحث دستوريته الى طائفتان رئيسيتان هما عدم المشروعية الشكلية التي ينطوي عنها عيب الاختصاص وعيب الشكل، وأوجه عدم المشروعية الموضوعية التي ينطوي تحتها عيب السبب والغاية والمحل مناقضين بذلك ما أرتى به السنهوري من جمعه العيوب التي تتصل بكل من الاختصاص والمحل والشكل في طائفة واحدة أطلق عليها مخالفة التشريع للدستور، في مقابل طائفة أخرى جمعت بين عيبي الغاية والسبب تحت طائفة واحدة أسماها الانحراف في استعمال السلطة التشريعية^(٢).

فعادةً ما تحتوي الدساتير على عدد من الأحكام والقيود الموضوعية التي ينبغي على السلطة المختصة بالتشريع أن تلتزم وتتقيد بها حال قيامها بتنظيم الحقوق والحريات وأن تبغى بتشريعاتها تحقيق الصالح العام على اعتبار أن المصلحة العامة هي الرائدة في كل عمل تشريعي أو إداري، وعدم التزام بذلك تكون امام إمكانية الطعن بعدم دستورية هذه التشريعات عند مخالفة الضوابط الموضوعية والقيود التي يتطلبها الدستور أو الانحراف عن الصالح العام الى تحقيق غاية مغايرة له، فالعيوب الموضوعية التي تتصل بمحتوى نصوص القانون و

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون مكان نشر، ٢٠١٣م، ص ٩٦٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: دستورية القوانين، دار الجامعة الجديد، دون مكان نشر، ٢٠١٤م، ص ٢٧٦. نقلًا عن وجناء رزاق عبد النصيراي: الحماية القضائية للحرية الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠١٨م، ص ٢٨.

بمقارنتها بنصوص الواردة في الدستور والمبادئ المتصلة به تكون هي الأهم في نطاق عمل القضاء الدستوري الأمر الذي يجعلها محط اهتمام الفقه كافة، الى درجة أن بعض الفقه يحصرون الرقابة على دستورية القوانين بشقها الموضوعي المتصل بمضمون النصوص وما ترسمها من مبادئ دون نظرهم في رقابة دستورية القوانين الى العيوب الشكلية^(١).

لذا فأننا وأن كنا نسلم بتصنيف الفقه الحديث وأن كانت العيوب الشكلية تشكل مع العيوب الموضوعية لعدم دستورية القوانين مبرر لرقابة القضاء الدستوري، إلا أنها ولندرة حدوثها من قبل المشرع فلا نخوض بها تاركين المجال للخوض بما هو أهم وما هو أقرب الى المساس بالحريات بشكل عام والحرية موضع الدراسة بشكل خاص إلا وهي العيوب الموضوعية لعدم دستورية القوانين.

فمنها ما يشكل انتهاك صريح للقواعد الدستورية ويتجسد ذلك في (عيب المحل) الذي يتمثل في مجال الرقابة الدستورية مخالفة نص أو قانون للقواعد الدستورية مخالفة ظاهرة أو مباشرة، فهذا العيب يجد نطاق عمله بمخالفة النصوص الدستورية التي تتعلق بالحقوق والحريات وكذلك غير المتعلقة بهذه الحقوق والحريات ولكن نطاق هذا العيب أكثر عمقاً عند تعلقه بالحقوق والحريات، وذلك أن الحقوق والحريات من دعائم النظام الديمقراطي لذا يجب أن تقرها الدساتير وتهيء لها الضمانات التي توفر لها الحماية، ومن بين هذه الحريات الحرية الشخصية وما تشتمل عليه من حريات فأن كان قد أباح تنظيمها بتشريع عادي فلا يبيح تنظيمها بأقل من قانون يوفر حماية لها^(٢).

فالنصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات تتخذ موقفان: الموقف الأول يتمثل بأن هنالك حريات وحقوق قد منح الدستور للمشرع العادي سلطة تقديرية لتنظيمها، فهذه الحريات والحقوق تدخل في إطار البحث بالانحراف التشريعي لا في إطار عيب المحل، أما الموقف الثاني يتمثل بأن هنالك حريات وحقوق مطلقة تكون سلطة المشرع تجاهها منعدمة فلا يمكن تقيدها مطلقاً لان تدخل المشرع بأي تنظيم لها ووضع أي قيد ولو قيد بسيط وشكلي أصبح القانون غير دستوري لأن محلة مخالف لنصوص الدستور، ومثال ذلك (مبدأ المساواة) مبدأ دستوري مطلق لا يتدخل المشرع بتنظيمه فأن كان القانون عند قيامه بتحديد المراكز القانونية للأفراد قد أجرى تمييزاً على أساس غير أساس الصالح العام كان يكون أساس ذلك التمايز بين

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات

الجوهرية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١م، ص ١٤٣.

(٢) وجناء رزاق عبد النصيراي: المصدر السابق، ص ٤٤.

الأفراد بالتمتع بالحقوق التي كفلها الدستور والقانون إنما هو الانتماء الطبقي أو اختلاف العقيدة السياسية أو الدينية، فهذا الحال يكون القانون مخالفاً للدستور لأن محلة معيب لتعارضه مع مضمون مبدأ المساواة الدستوري^(١).

ومنها ما يشكل انتهاك مستتر للقواعد الدستورية (أي انحراف في استعمال السلطة) يخفي فيه المشرع هدفاً غير مشروع في التشريعات التي يسنها، فيكون هنالك عيب خفي لا تكون به مخالفة صريحة للنص الدستوري وإنما يكون مخالفاً لروح الدستور بتستر من قبل السلطة التشريعية، فالأصل في كل قاعدة تشريعية يسنها المشرع أن يهدف من وراها تحقيق أغراض محددة كان قصده قد أنصرف إليها، وتعد هذه الأغراض بمنزلة دوافع دفعت به لإصدار هذه القاعدة التشريعية، وكذلك يفترض بالمشرع أنه يستهدف الأغراض التي يسمح بها الدستور أو التي لا يعترض عليها، ولا يجوز له عند القيام باختصاصه أن تكون له غاية أخرى غير تحقيق الصالح العام، فلا يكون كافياً صدور التشريع مراعيًا للذي جاء في الدستور من قيود وقواعد ومتوافقاً معها وإنما ينبغي أن يكون التشريع متلائماً مع روح الدستور ومع ما استهدفه من غايات ومقاصد^(٢).

لذا فإن المشرع يلتزم بذلك لأن سلطته محددة ومقيدة وفقاً للنصوص الدستورية التي حدت من صلاحياته فلا مجال للانحراف التشريعي^(٣)، وأن توجه صوبه أما هذا الانحراف فيتحقق أن كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية تسمح له بتقدير أسباب التشريع وكيفية معالجتها والحرية محل التنظيم ومدى ملاءمته لمواجهة تلك الأسباب، فنجد الكثير من الحريات يدخل تنظيمها ضمن السلطة التقديرية للمشرع حتى يتمكن الأفراد من استعمالها، لكن في مقابل ذلك يشترط عدم انحراف السلطة المشرعة عن الغرض الذي قصده الدستور وهو كفالة الحريات ما ظهر منها وما تبطن منها في ظاهرها، فإن أنتقص منها المشرع أو نقضها كان تشريعه معيب بالانحراف التشريعي^(٤)، كأن يفرض قيود كبيرة على الحرية محل التنظيم (حرية التعاقد) تفوق تلك القيود المقررة أصلاً لتنظيمها، أو يقوم بتعديل تشريع سابق نظم هذه الحرية بصورة

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب: المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٢) وجناء رزاق عبد النصيراي: مصدر سابق، ص ٤٧ - ٤٨.

(٣) اورد الفقه عدة تعريفات للانحراف التشريعي منها (هو الخروج قصدا عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية وتحريفها من خلال اغراض مخالفة للدستور تخالطها)، ينظر في ذلك د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٨١.

(٤) وجناء رزاق عبد النصيراي: المصدر اعلاه، ص ٥٢.

صحيحة وبين مستوياتها في كل مراحل العقد وما ورد عليها من قيود بداعي تفسير هذا التشريع.

فحن نميل لاعتبار حرية التعاقد من الحريات التي تدخل ضمن الموقف الثاني للدستور بجعلها من الحريات التي أعطي للمشرع سلطة تقديرية لتنظيمها؛ لأن الحريات المطلقة لا تفرض عليها قيود وحرية التعاقد تفرض عليها قيود لتنظيمها فأن انحرف عن ذلك تواجدت رقابة القضائية على دستوريته.

فأي حرية وبمشتملاتها يستلزمها التنظيم وذلك لحماية ممارستها، فسبق تبيان أن الحرية المطلقة مفسدة وفوضى مطلقة فالحرية حدود ينبغي أن تقف عندها حتى يضمن تمتع الكافة بها، فيتبع ذلك ضرورة تنظيم ممارستها من خلال التشريعات العادية فيكون للمشرع العادي قدراً من السلطة التقديرية بهذا التنظيم، لكنها ليست سلطة مطلقة فهي سلطة قانونية تستهدف الوصول لبدائل ملائمة تحقق بها المصلحة العامة^(١).

لذا فالدستور في مجال حمايته للحرية الشخصية بما فيها حرية التعاقد قد رسم طريق كل من القضاء الدستوري والمشرع العادي في ممارسة اختصاصاتهما، كفالة منه لحماية الحرية الشخصية بما تتضمنه من حريات تنطوي في إطارها، فأنعكس ذلك بصورة قيود على سلطة المشرع العادي وحدوداً لرقابة القضاء الدستوري عند بحثه أوجه عدم دستورية التشريعات.

فإن كان الأصل جواز وضع قيود على مباشرة الحريات من قبل السلطة التشريعية لغرض تنظيمها، فعليها الالتزام بذلك وعدم النيل من جوهر هذه الحريات أو الإخلال بها عن طريق وضع قيود تنتهك مضمونها وتنتال من أهدافها^(٢).

فلم يعد جائزاً في ضوء ذلك؛ إجهاض حرية التعاقد من قبل السلطة التشريعية أو التدخل بها في صورة تحكيمية، وفي ذات الوقت لا ينظر إليها كحرية مطلقة؛ لان ضمان الحرية لا يفترض تحصينها من قيود تنظمها لا قيود جائرة، فيفترض في هذه القيود التي يفرضها المشرع على هذه الحرية أن تكون منطقية متوافقة مع الدستور.

ففي مجال تقييم القيود الي يجوز فرضها على العقود، يتعين النظر الى هذه القيود وما إذا كان من شأنها أن تحقق غرض مشروع بوسائل منطقية فأن كان أمرها قد أستقام على هذا

(١) د. جابر محمد حجي: السياسية القضائية للمحكمة الدستورية العليا، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، ٢٠١١م، ص ٣٥٧ - ٣٥٩.

(٢) لمياء حليم عبد العظيم علوش: مصدر سابق، ص ٣١٤.

النحو تعين القول بجواز هذه القيود ولو كانت تؤثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة في العقود القائمة أو تعدل بعضاً من أحكامها، أما إذا تدخل المشرع بصورة تعسفية في العقود بما يقلص أو يهدر الحقوق التي أنشأتها هذه العقود، فيعد هذا التدخل مخالفاً للدستور، فإن طعن قضائياً في العقود التي دخلَ فيها الشخص فأن ذلك يخول السلطة القضائية الفصل في صحة هذه العقود، ثم تحدد فيما إذا كان المشرع قد تدخل بها بصورة غير منطقية ليصبح هذا التدخل غير مشروع وأن كان تدخل مشروع بوسائل غير منطقية^(١)، فلا يجب أن تنال هذه القيود من حقيقة أن حرية التعاقد تتمخض عن إرادة الاختيار التي تعد جزء من آدمية الفرد فلا تنفصل عنها، وهذه القيود هي ذات طبيعة استثنائية (بالضرورة) تقدر بقدر ما أملت عليها الضرورة ومرد هذه الطبيعة الاستثنائية للقيود المفروضة من قبل المشرع على حرية التعاقد إلى إن الدستور وأن كان قد كفل الحرية الشخصية ومنع تقيدها بغير الوسائل القانونية، إلا أن الحرية التي قد صانها الدستور تقع في إطار اجتماعي يتطلب من المشرع أن يتدخل في حدود الضرورة ويقدرها^(٢).

وبعد ما تبين لنا أوجه عدم دستورية القوانين التي تبرر لقضاء الدستوري ممارسة رقابته عليها، وأتضح لدينا أن حرية التعاقد من الحريات التي أعطي فيها الدستور للمشرع سلطة تقديرية لتنظيمها بقيود لا تهدرها فتكون شأنها شأن الحريات التي يترك تنظيمها عرضة لانحراف التشريعي وبتالي ممارسة رقابة القضاء الدستوري عليها للحيلولة دون ذلك.

لكن وأن كان الأمر كذلك فما الجهة التي تناط بها هذه المهمة وما آلية التي يتبعها القضاء الدستوري لممارسة رقابته على دستورية القوانين وإهدار ما فيها من تشريعات تعارض الدستور؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل يدفعنا أن نخصص الحديث عن هذه آليات في الفرع الآتي:

الفرع الثاني

آليات القضاء الدستوري لإهدار التشريعات التي تتعارض مع الدستور

قبل التعرف على هذه آليات لا بد لنا من التعرف ابتداءً على الجهة التي يناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين في القضاء الدستوري المقارن حتى تتضح الصورة بالجهة التي تمارس تلك آليات.

(١) د. عوض المر: مصدر سابق، ص ٨٥٢.

(٢) المصدر نفسه، ص ٨٥٥.

أن ما توصل إليه الفقه الدستوري وأيضاً الواقع العملي في معظم الدساتير، الى وجوب إيجاد الرقابة على دستورية القوانين، وذلك لضمان سمو الدستور واحترام نصوصه بما فيها من مبادئ وحقوق وحرّيات، ولكن بالرغم من ذلك فإن الفقهاء وأن كانوا قد اتفقوا على ضرورة إيجاد الرقابة على القوانين حتى تضمن دستورتها، لكنهم سرعان ما اختلفوا في الهيئة التي يجب أن تمارس هذه الرقابة فنجد البعض منهم ذهب إلى إعطاء تلك المهمة الى هيئة سياسية بينما نجد أن البعض الآخر منهم ذهب للإعطاء تلك المهمة لهيئة قضائية.

فنتطرق ابتداءً لمعنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين التي تعني (بأنها رقابة وقائية تسبق صدور القانون ومن ثم تحول دون صدوره إذا خالف نصاً في الدستور وتقوم بها لجنة سياسية يتم اختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، فالرقابة تمارس على مشروعات القوانين)^(١).

وتختلف الدساتير في تشكيل هذه الهيئة وذلك على ضوء ما يأتي به الدستور من تنظيم لذلك، فقد يتم تشكيلها بالتعيين من جانب البرلمان أو من جانب السلطة التنفيذية، أو عن طريق الانتخاب، ويعد النموذج البارز للرقابة السياسية هو النموذج الفرنسي، حيث أن فرنسا أخذت بالرقابة السياسية في دساتيرها وخاصة دستوري عامي (١٩٤٦، ١٩٥٨م) وقد دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الرقابة التفسير الذي كان سائداً في الفقه الفرنسي في فهم نظرية الفصل بين السلطات، وكذلك بتصوير البرلمان على أنه هو المُعبر عن سيادة الأمة وأن القانون ما هو إلا التعبير عن هذه الإرادة فهذان الأمران حَالا بين فرنسا وبين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين^(٢).

كما أن القضاء الفرنسي حينما منع نفسه من مراقبة دستورية القوانين لم يكن قصده التقييد في أداء مهمته ولكنه قد وجد نفسه في مواجهة بعضاً من النصوص التشريعية التي تحول بينه وبين هذه الرقابة، فضلاً عن ذلك فهناك بعض الحجج الفلسفية والتاريخية، فمن حيث النصوص التشريعية فقد وجد القضاء الفرنسي أمامه نص المادة (١١) من قانون تنظيم القضاة الصادر عام ١٧٩٠ والتي جاء فيها ((تمنع المحاكم من أن تشترك على نحو مباشر أو غير مباشر في ممارسة السلطة التشريعية أو أن تعرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها)) وعلاوة على هذا النص الواضح الدلالة في الحيلولة بين القضاء الفرنسي والنظر في دستورية القوانين، فهناك الحجة التاريخية التي أوجدتها تصرفات المحاكم الفرنسية القديمة، التي

(١) هاني محمد كامل فهيم: مصدر سابق، ص ٧.

(٢) د. هاني علي الطهرواي: مصدر سابق، ص ٣٦٠.

كانت تسمى **(البرلمانات)** قبل الثورة، حيث كانت تعرقل تنفيذ القوانين، بل حتى تلغي بعضاً من نصوصها الأمر الذي قد ولد ميراثاً من الريبة والحذر عند رجال الثورة الفرنسية ضد القضاة بصفتهم معوقين ولديهم الرغبة في التغول على اختصاصات السلطات الأخرى، مما أدى ذلك كله إلى وجود تيار قوي ورافض لإعطاء القضاة حق رقابة على دستورية القوانين^(١).

فيختص المجلس الدستوري بفحص دستورية القوانين وذلك بموجب المادة (٦١) ورقابة المجلس بموجبها نوعان^(٢):

أولهما: رقابة وجوبية: تتمثل بانه يجب أن تعرض على المجلس القوانين الأساسية قبل إصدارها ولوائح المجلس البرلمانية قبل تطبيقها ليقدر المجلس مدى مطابقتها مع الدستور، **ثانيهما: رقابة جوازية:** تتمثل بانه يجوز أن يعرض كل من رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس أي من الجمهورية والجمعية الوطنية مشروعات القوانين قبل إصدارها كما يجوز لستين نائباً من أعضاء الجمعية الوطنية أو ستين عضواً من أعضاء مجلس الجمهورية الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس وذلك بموجب التّعديل الدستوري الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٤.

فلا يجوز للمجلس أن ينظر الطعن بدستورية قانون بعد إصداره لان رقابة المجلس سابقة وليست لاحقة، بمعنى أنه يفحص مشروع القانون بعد اقرار البرلمان له وقبل صدوره من رئيس الجمهورية^(٣)، فلا شك أن الرقابة السياسية تبدو في ظاهرها سهلة وميسرة ومع ذلك لوحظ عليها إنها ليست فعالة وقاصرة عن كفالة الغرض المقصود منها وهو حماية الدستور من مخالفة أحكامه.

أن تحريك الرقابة السياسية يكون فقط بواسطة السلطات العامة التي يعينها الدستور فلا يسمح للإفراد القيام بذلك لانعدام مصلحتهم فيها وسبب ذلك أن القانون لم يطبق بعد ومن ثم لم ينفذ على أحد حتى يدعي أن القانون مس حقوقه أو أحدى حرياته المشروعة بينما نجد أن الأفراد هم الأكثر تضرراً من القوانين والأعمال غير الدستورية لاسيما وأن الهيئات التي تملك تحريك الرقابة قد لا تقوم بذلك إلا إذا وجدت مصلحتها تقتضي تحريك الرقابة وقد يتم التواطؤ بين السلطات العامة على عدم احترام أحكام الدستور وهذا يؤدي إلى عدم الكشف عن القوانين

(١) د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، بحث منشور في الموقع الإلكتروني للبوابة القانونية

www.tashraat.com، تاريخ الزيارة ٦/٥/٢٠٢٠.

(٢) د. حميد حنون خالد: مصدر سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٥٨.

والأعمال غير الدستورية وإفلات الكثير منها من الرقابة إذا ترك أمر تحريكها يخضع لاعتبارات سياسية وليست قانونية^(١).

ومن وجهة نظرنا أن الرقابة السياسية غير مقبولة لأن العهد بالرقابة السياسية وتسليمها إلى هيئة سياسية فإن هذا التسليم سيثير استغرابنا ويجعلنا نتساءل عن كيفية مهاجمة قانون بطريق الرقابة وهو في عقر داره!

فرغبة السياسيين أن يتم وضع حلول من دون أن يكون هنالك أي رقابة لأنهم تعودوا على حل كل المسائل انطلاقاً من مصالح معينة سواء كانت مصالح شخصية أم انتخابية أم حزبية في مقابل ذلك نجد بأن القاضي يحكم وفقاً لأحكام القانون، ففي دول العالم الثالث (الدول النامية) من الصعب الأخذ بهذا النوع من الرقابة فالسلطة في هذه الدول تتركز في يد واحدة أو هيئة واحدة فكيف يتسنى حماية الدستور من انحراف السلطة التشريعية وتغولها ولعل فشل تجارب الرقابة السياسية في الدول التي أخذت بها وبخاصة في فرنسا، هو أكبر دليل على عدم جدوى هذا النوع من الرقابة على الرغم من أن فرنسا من أوائل الدول التي أخذت بالرقابة السياسية على الدستورية الأمر الذي دفع الكثير من الدول إلى تفضيل الرقابة القضائية على الدستورية القوانين.

لذا فقصرتنا الحديث عن الرقابة السياسية التي مارسها المجلس الدستوري في دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ من زاوية اختصاص المجلس الدستوري فيها ومن زاوية تقديرها فقط لبيان موقف القضاء الدستوري الفرنسي تجاه عدم دستورية القوانين وعلاوة على ذلك أن أصل بحثنا في هذا المطلب هو عن الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التشريعية فلا حاجة ولا مبرر للحديث عن آليات ممارسة هذه الرقابة السياسية وتشكيلات الهيئة التي تمارسها.

لكن وفقاً للتعديل الذي أدخل على الدستور عام ٢٠٠٨ النافذ اقتربت الرقابة السياسية من الرقابة القضائية في فرنسا، إذ أعطى للإفراد الحق في الطعن بدستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء وذلك من خلال الدفع بعدم الدستورية، إذ جاء في هذا الدستور بعد التعديل على أنه ((إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد))^(٢)، وأيضاً أشار الدستور الى أنه ((لا يجوز إصدار أو تطبيق حكم أعلن عن عدم دستوريته على أساس المادة (٦١)، يبطل إصدار

(١) نورا ظافر: مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢) المادة (٦١) الفقرة (١) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل.

الحكم الذي أعلن عن عدم دستوريته على أساس المادة (٦١-١) بدءاً من تأريخ صدوره من المجلس الدستوري أو اعتباراً من تاريخ لاحق يحدده القرار المشار إليه، ١- يقوم المجلس الدستوري بتحديد الشروط والقيود التي يجوز فيها إعادة النظر بالآثار المترتبة على هذا الحكم. ٢- قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والمحاكم^(١).

أما في مصر فقد عرفت الرقابة على دستورية القوانين منذ حقبة بعيدة، فقد أصر مجلس الدولة منذ إنشائه في عام ١٩٤٦ على أن له الحق في تطبيق هذه الرقابة من دون أن يكون هنالك نص خاص يجيز له ذلك، وفي عام ١٩٦٩ أنشأت في مصر لأول مرة محكمة خاصة للرقابة الدستورية والتي كانت تجري بواسطة الدفع حيث يتقدم به صاحب المصلحة أمام محكمة الموضوع فإذا ما رأت المحكمة أن الدفع المقدم جدي وأن هناك شكوكاً جدية حول دستورية النص الذي يريد تطبيقه فتوقف الدعوى أمامها وتحدد للخصم ذي المصلحة مدة معينة يرفع الدعوى خلالها أمام المحكمة العليا، ثم صدر دستور عام (١٩٧١) فانشأ المحكمة الدستورية العليا وأضحت هذه المحكمة الامتداد الطبيعي للمحكمة العليا^(٢).

فتعد المحكمة الدستورية العليا ثمرة تطور لفكرة الرقابة على دستورية القوانين في مصر، فهي جهة قضائية مركزية أقرها الدستور صاحبة اختصاص قاصر ومتفرد بشأن الرقابة على دستورية القوانين فيعود إليها الأمر بتقرير دستورية أو عدم دستورية تشريع معين قد طعن بعدم دستوريته، وهذا هو اختصاصها الرئيسي فضلاً عن اختصاصات أخرى الى جانب هذا الاختصاص^(٣)، وقد أكد هذا الاختصاص قانون المحكمة رقم ٤٨ لعام ١٩٧٩ ذاته إذ جاء فيه أن من بين اختصاصاتها ((تختص المحكمة بالرقابة القضائية على دستورية واللوائح^(٤)، لتساير المنهج الدستوري بذلك إذ نصت المادة (٧٥) من الدستور على أن ((تتولى المحكمة الدستورية دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية))^(٥).

أما في العراق فإن انتقاله بصور دستور عام ٢٠٠٥ من دولة بسيطة إلى دولة اتحادية، ومن ثم انتقال نظام الحكم فيه من رئاسي إلى برلماني واعتماد مبدأ الفصل بين السلطات

(١) المادة (٦٢) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل .

(٢) حسن ناصر طاهر المحنّ: الرقابة على دستورية القوانين العراق نموذجاً (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، ٢٠٠٨م، ص ٥٤.

(٣) هالة احمد سيد احمد المغازي: مصدر سابق، ص ٢٦٥.

(٤) المادة (٢٥) الفقرة (ولاً) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩.

(٥) المادة (١٧٥) من دستور مصر لعام ١٩٧١ الملغي.

والتأكيد على احترام الحقوق والحريات الأساسية سواء وردت في وثيقة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أو في وثيقة الدستور الحالي، كذلك قد نص على مبدأ استقلالية السلطة القضائية والضمانات التي يتمتع بها القضاة من خلال القيام بإعادة تشكيل مجلس القضاء الأعلى وجعله مستقلاً عن وزارة العدل، وعدم تدخل كلا السلطتين التشريعية والتنفيذية في استقلال القضاء، لذا ولحفاظ على صيانة الوثيقة الدستورية كان لابد من إنشاء محكمة عليا للحفاظ على سيادة القانون وتحقيق العدالة.

فقد نظم قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي استمر العمل به منذ توقيع عليه في ٢٠٠٤/٣/٨ إلى آيار/٢٠٠٦ الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأوكل هذه المهمة إلى المحكمة الاتحادية العليا على أن يتم تشكيل المحكمة بقانون، ولم يجري العمل بهذا النص مدة عام كامل حتى صدر (قانون المحكمة الاتحادية العليا) رقم (٣٠) لعام ٢٠٠٥ الذي أصدره مجلس الوزراء بعد أن وافق مجلس الرئاسة عليه وعلى أساسه تم تشكيل المحكمة الاتحادية العليا والتي ما زالت تزاوّل عملها على أساس هذا القانون إلى حد الآن، وفي دستور عام ٢٠٠٥ نُظِم أيضاً الرقابة القضائية على دستورية القوانين في المواد (٩١، ٩٢، ٩٣) وعُهد بمهمتها إلى المحكمة الاتحادية العليا^(١)، فقد جاء في المادة (٩٣) الفقرة (أولاً) من دستور ٢٠٠٥ النافذ أن ((تختص المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة))، كما جاء في قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن ((تختص المحكمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين..... الخ))^(٢).

فوضع كل من المشرع العراقي ونظيرة المصري آلية لإهدار النصوص التشريعية التي تتعارض مع الدستور أي تمكين المحكمة الاتحادية العليا والمحكمة الدستورية العليا من ممارسة نشاطاتهما في الرقابة على التشريعات التي تُعارض الحريات الشخصية بما فيها حرية التعاقد.

فيمكن تحديد آلية وأساليب المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة عند الرجوع الى أحكام المواد (٣-٤-٥-٦) من النظام الداخلي للمحكمة، حيث أن المشرع العراقي قد منح قاضي الموضوع الحق باللجوء الى محكمة الاتحادية العليا إذا ما لاحظ وجود نصاً ما في قانون يتعلق بالدعوى المنظورة إمامة فيه شكٌ بدستوريته بغض النظر عن مصلحة الخصوم في الدعوى^(١).

(١) نورا ظافر: مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٢) المادة (٤) الفقرة (ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لعام ٢٠٠٥.

(١) د. مها بهجت يونس الصالحي: المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العدد (٢)، المجلد (١٠)، ٢٠٠٨م، ص ١٥.

فالسيلة الأولى لاتصال المحكمة الاتحادية بالدعوى الدستورية من خلال محكمة الموضوع أما بالإحالة المباشرة من محكمة الموضوع، فبالرجوع الى المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة نجدها قد نصت على ((إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها الدعوى البتّ في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل طلباً معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم))^(١).

أما الدعوى الاصلية فتعد مستأخرة الى أن يتم البتّ في الطلب من قبل المحكمة الاتحادية العليا، وذلك لأن نتيجة الحكم النهائي في الدعوى الاصلية يتبع قرار المحكمة الاتحادية العليا بإلزامية ذلك الحكم لجميع السلطات وعدم خضوعه لأي طريق من طرق الطعن، وحيث تعد الدعوى مستأخرة عملاً بنص المادة (١٩) من النظام الداخلي التي جاء فيها ((تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الأثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي هذا النظام))^(٢).

ويلاحظ أن محكمة الموضوع لا تلغي النص وإنما تُحيله إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تقوم بدورها التحقق في دستورية أو عدم دستورية النص المحال لها من محكمة الموضوع والإلغاء يكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها .

أو تتصل المحكمة الاتحادية بالدعوى الدستورية بطريق الدّفع الفرعي من قبل الأفراد فقد حددته المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة أذ قضت ((إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شريعة نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أوامر بناء على دفع من أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها ثبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت بالدفع بعدم الشرعية وتتخذ قرارها باستئثار الدعوى الاصلية، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية))

(١) النظام الداخلي لمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لعام ٢٠٠٥، منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣٩٩٧، السنة السادسة والاربعون، ٢ ايار ٢٠٠٥، ص ٥.

(٢) تنص المادة (٨٣) الفقرة (اولاً) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩ على انه (اذا رات المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع..).

ومن الملاحظ على نص المادة (٤) سكوتها عن تحديد المدة التي يتحتم على الخصم أن يرفع الدعوى فيها، لأن تحديد المدة يجعل لدى المحكمة رؤية واضحة تتحقق من خلالها من مدى جدية الطاعن ورغبته في الطعن وأنها ليست مجرد أداة لكسب بعض الوقت.

هذا فيما يتعلق بالإحالة المباشرة والدفع الفرعي أما فيما يتعلق بالدعوى الأصلية فقد انتهجت المحكمة هذا الأسلوب في الدعوى الدستورية على وفق ما حددته المواد (٦،٥) من النظام الداخلي للمحكمة.

إذ نصت المادة (٥) من النظام الداخلي على أن ((إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أوامر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة معللاً مع الأسانيد وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة الغير مرتبطة بوزارة))

ويلاحظ بأن النص أعلاه قد نظم المنازعات التي تنشأ بين جهة رسمية وجهة أخرى سواء كانت تلك الجهة رسمية أم غير رسمية، لذا فعلى ضوء ما تقدم لا يكون من حق الجهة الرسمية أن تطلب الفصل بشرعية نص ما مالم تكن هناك منازعة قائمة مع تلك الجهة الرسمية طالبة الفصل في شرعية النص^(١).

وأعطت المادة (٦) من النظام الداخلي ((الحق للأشخاص الطبيعية والمعنوية طلب الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي في نظام أو تعليمات أو أوامر بأن تتقدم بالطعن وفقاً لشروط حددها النظام الداخلي))^(٢)، ومن الجدير بالذكر إن النص أعلاه يسمح لكل مدعي بمصلحة بما في ذلك الأفراد رفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا للنظر بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض فيها مع أحكام الدستور^(١).

ويلاحظ مما تقدم من حالات الطعن التي حددها النظام الداخلي للمحكمة أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا تتمثل بأسلوب المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية، بحيث يعطى الحق في البداية بأن ترفع دعوى الدستورية أمام تلك المحكمة وتقتصر

(١) م. م. محمد عبد علي خضير الغزالي: دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حماية حق الملكية الخاصة، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد (٢١)، ٢٠١٧م، ص ٤٨٠.

(٢) للمزيد من الشروط التي حددها النظام الداخلي للطعن، ينظر المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لعام ٢٠٠٥م.

(١) م. م. محمد عبد علي خضير الغزالي: المصدر اعلاه، ص ٤٨١.

هذا الحق عليها وتسمح للأفراد في ذات الوقت بالدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية قانون معين يثار تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها فإذا ما قبلت محكمة الموضوع الدفع فإنها سوف توقف الفصل في الدعوى ومن ثم تحدد ميعاداً لمن أثار الدفع لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية أو أن تُحيل بنفسها الأمر إلى هذه المحكمة.

أما في مصر فأساليب الرقابة اختلف وضعها في القانون الحالي عن وضعها في قانون المحكمة العليا فعند إنشاء المحكمة العليا بالقانون رقم (٨١) لعام ١٩٦٩ صار على المحاكم أن تتأكد من مدى جدية الدفع فتتوقف عن تطبيق القانون الذي طعن بعدم دستوريته لحين أن تقضي المحكمة التي منح لها الحق في الرقابة على دستورية القوانين، فقد عين هذا القانون أسلوب تحريك الخصومة بالدفع الفرعي عند نظر القضية الاصلية أمام محكمة الموضوع فكان تحريك الدعوى الدستورية بهذه الوسيلة الوحيدة، لكن عندما صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩ قد اضاف أسلوبين آخرين لتحريك الدعوى الدستورية وهما قيام محكمة الموضوع من تلقاء نفسها باللجوء الى المحكمة الدستورية العليا للفصل بدستورية نص لازم للبت بالدعوى الاصلية، وأسلوب التصدي من قبل المحكمة الدستورية وهي في سبيل ممارسة اختصاصها^(١).

حيث نصت المادة (٢٩/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لعام ١٩٧٩ على أنه ((إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء النظر بإحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة العليا للفصل في المسألة الدستورية)).

وسبب ذلك أن الخصوم قد لا تكون لهم تلك الفطنة المطلوبة أو يجهلون عدم دستورية القانون الذي يراد تطبيقه المنظور أمام أحد المحاكم ذات الاختصاص القضائي، لذا فالمحكمة تقوم كما جاء في النص أعلاه بإيقاف الفصل بهذه الدعوى من تلقاء نفسها ومن ثم تحيل الأوراق بدون رسوم الى المحكمة الدستورية للفصل بالمسألة الدستورية.

هذا بالنسبة لأسلوب الإحالة أما الدفع الفرعي والدعوى الدستورية فقد جاء في قانون المحكمة الدستورية أنه ((إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر

(١) هالة احمد سيد احمد المغازي: مصدر سابق، ص ٢٨٣.

لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع في الميعاد أعتبر الدفع كأن لم يكن^(١).

ويجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة (٢٩) بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة^(٢)، فإذا ما تبين لمحكمة الموضوع أن الدفع الذي أبدي من قبل أحد الخصوم نص يجوز تطبيقه على واقعة الدعوى وأجلت الدعوى المنظورة أمامها، ونشأ بذلك حق الخصم الذي أبدى الدفع باللجوء إلى المحكمة الدستورية وذلك خلال المدة التي حددتها له محكمة الموضوع للتداعي إليها، فهنا سوف نكون أمام دعوى يرفعها الخصم الذي أبدى الدفع طبقاً لفقره (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا^(٣).

إن تنفيذ الدفع الذي يبديه أحد الخصوم يكون من خلال دعوى هي (الدعوى الدستورية) ترفع لمحكمة الدستورية العليا لتحكم بها بالقول بدستوريته أو عدم دستوريته فاللجوء إلى المحكمة بادعاء هو دعوى، والاختلاف في التسمية بين الدفع والدعوى هو اختلاف لفظ لا يؤثر في جوهر الموضوع.

أما وسيلة الرقابة الأخرى التي تتبعها المحكمة الدستورية العليا والتي جاء بها قانون المحكمة هي وسيلة (التصدي) من قبل المحكمة ذاتها، إذ يفترض هذا الأسلوب عدم وجود دفع فرعي من أحد الخصوم بعدم دستورية أو إحالة، فلم يشأ المشرع المصري كالمشرع العراقي أن يحجب عن المحكمة الدستورية العليا رخصة التصدي لمدى دستورية أي نص تشريعي يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها يكون متصلاً بالنزاع المطروح عليها، فنص صراحةً في المادة (٢٧) من قانون المحكمة على إعطائها هذا الحق، فما دام أن قانون المحكمة قد خول محكمة الموضوع الحق في إثارة المسألة الدستورية من تلقاء نفسها وإحالتها إلى القضاء الدستوري، فيكون من باب أولى منح رخصة التصدي للمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا لا سيما وأنها وحدها دون غيرها صاحبة الولاية العامة بالرقابة على دستورية القوانين في مصر، فتقوم المحكمة الدستورية ببحث مدى دستورية النص التشريعي من تلقاء نفسها فأن

(١) المادة (٢٩) الفقرة (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩م.

(٢) المادة (٣٠) من القانون نفسه.

(٣) هالة احمد سيد احمد المغازي: مصدر سابق، ص ٢٨٧.

وجدت هذا النص مخالفاً للدستور قضت بعدم دستوريته من دون أن يطلب ذلك منها سواء من محكمة الموضوع أو من أحد الخصوم^(١).

ومن الملاحظ أن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالرقابة على دستورية القوانين يمارس بأساليب ثلاثه هي (الدعوى الأصلية المباشرة ، والإحالة، والدفع) ولم ينص قانونها ولا نظامها الداخلي على فحص دستورية القوانين بآلية التصدي، لكن نظن وحسب تقديرنا لهذه المسألة بأن التصدي لدستورية القوانين يتقابل مع أسلوب الإحالة من ناحية توفر مناسبة تتطلب من المحاكم جميعها التوقف عن حسم أي دعوى منظورة أمامها وذلك لوجود شك في دستورية النص التشريعي الذي يراد تطبيقه فيها، ويحال ذلك للمحكمة المختصة لفحص مدى دستوريته، فإذا كانت هذه المكنه التي أعطاها النظام الداخلي للمحكمة لسائر المحاكم فأنها من باب أولى أن تنطبق على المحكمة الاتحادية ذاتها، إذ كيف يتصور إلزام سائر المحاكم إحالة تقرير دستورية تشريع إلى المحكمة الاتحادية وبالمقابل تمنع الأخيرة من وقف الدعوى التي تنظرها لوجود شك في دستورية تشريع تريد تطبيقه فيها ولا ترخص بالتصدي لدستوريته، وخاصة أن المحكمة الاتحادية تطبق في إجراءاتها قواعد قانون المرافعات المدنية كما أشرنا إليه سابقاً، والأخيرة تجيز للمحكمة الاتحادية العليا وقف الفصل بالدعوى إذا ما رأت أن الفصل فيها يتوقف على الفصل في موضوع آخر، وجعلها مستأخرة لحين الفصل في ذلك الموضوع.

لذا نرى أن يتم النص على هذه آلية (آلية التصدي) في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية أسوة بالمشروع المصري الذي أوردها في قانون المحكمة الدستورية العليا في مادته (٢٧) لتوسيع ضمانات القضائية التي تمارسها المحكمة حماية لحرية الشخصية بما فيها حرية التعاقد سيما أنه قد تتجاهل المحاكم عن الإحالة أو يتغاضى الخصم عن الدفع بدستورية النص التشريعي المخالف للدستور فيبقى وسيلة التصدي خير ضمانه لتلك الحرية.

المطلب الثاني

الحماية القضائية لحرية التعاقد تجاه السلطة التنفيذية

إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين ذات أهمية كبيرة لمنع السلطة التشريعية من أن تتجاوز على مبدأ سمو الدستور وبالتالي على الحريات المنصوص عليها في الدستور بما

(١) د. خليفة الجهمي: طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://khalifasalem.wordpress.com/2018/04/10/152/#_ftn124 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٣م.

فيها الحريات الشخصية التي توجد حرية التعاقد تحت لوائها، فإن لرقابة القضاء على السلطة التنفيذية لا يقل أهمية عن رقابته على السلطة التشريعية^(١).

فإذا كانت طبيعة عمل السلطة التشريعية تبعدها عن المُحابة والأهواء الشخصية وتقربها من الحيطة وذلك لتعدد أهدافها وأعضائها، فطبيعة عمل السلطة التنفيذية يبعث الظن على مخالفة القانون وانحرافها سيما أن رجال السلطة التنفيذية أكثر احتكاكاً واتصالاً بالجمهور من غيرهم من رجال السلطات الأخرى، إضافة الى ذلك فإن كانت السلطة التشريعية هي من تسن القوانين فان السلطة التنفيذية تضع بنفسها النظام أو اللائحة التي تنفذها فتجمع في آن واحد بين وظيفة التنفيذ والتشريع، وهذا بالتأكيد سوف يشكل تهديداً للحريات^(٢).

فعند ممارسة السلطة التنفيذية لواجباتها في تنفيذ وتسيير مختلف جوانب الحياة في الدولة، تكون معرضة أكثر من غيرها لانتهاك الحريات الشخصية، فالسلطة التنفيذية بما لها من اختصاصات وصلاحيات واسعة في مواجهة الأفراد ابتداءً من تنفيذ التشريعات الى الأوامر التي تصدرها والإجراءات التي تتخذها لتسيير المرافق العامة وإقامة النظام العام، كل هذا يجعل الحريات الشخصية للإنسان في مركز ضعيف في مواجهه هذه السلطات والصلاحيات، مما يستدعي تدخل سلطة أخرى لردع السلطة التنفيذية، بسبب ما ترتكبه من انتهاكات للحريات الشخصية^(٣).

لكان وفي الوقت الذي ينعم الأفراد بالحريات المقررة لهم نتيجة تدخل القضاء ومنع انتهاك السلطة التنفيذية لها المُمثلة بجهة الإدارة، إلا أن تمتعهم بها لا يتم بصفة مطلقة بدون ضوابط لأن أي حرية سواء حريه التعاقد أو غيرها من الحريات أذا ما أطلق استعمالها انقلبت الى فوضى، لذلك ينبغي أن تضبط الحرية حتى لا يساء استعمالها من قبل الإدارة وفقاً للكيفية التي رسمها القانون وبالضمانات التي قررها وهذا ما يُعرف بالضبط الإداري^(١).

(١) د. مازن ليو راضي: القانون الإداري، ط٣، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، ٢٠٠٥م، ص ٢٨٢.

(٢) اكرام فالح احمد الصواف: مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣) د.أميرة خبابية: ضمانات حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠م، ص ٢٠٣.

(١) يعرف الضبط الاداري بانه (مجموعة الاجراءات والقرارات التي تتخذها السلطة الادارية بهدف حماية النظام العام والمحافظه عليه) ينظر في ذلك د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ١٥٥.

إن أكثر نشاطات الإدارة مساساً بالحريات الشخصية هو نشاطها السلبي المتمثل بالضبط الإداري الذي يراقب نشاط الأفراد ويمس بها حرياتهم صيانةً للنظام العام وأعادته الى الحالة التي كان عليها إذا أختل أو اضطرب.

لذا سنتناول هذا النشاط دون غيره من نشاطات الإدارة، وعلى ضوء تقسيمنا لهذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول الرقابة على أعمال الضبط الإدارية المتعلقة بالحرية الشخصية ونتناول في الفرع الثاني النظام القضائي المتبع للرقابة على أعمال الإدارة وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإدارية المتعلقة بالحرية الشخصية

تعد الرقابة القضائية من أهم ضمانات حماية مبدأ المشروعية وحماية الحريات الشخصية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، لذا فالمشرع قد حرص على خضوع أعمال الضبط الإداري لرقابة قضائية تتعدى نطاق الرقابة العادية التي يباشرها القضاء الإداري على كافة القرارات الإدارية، فحماية الحرية من التضيق عليها لا يجب ان يُبالغ فيه الى الحد الذي يتضمن مساساً بالنظام العام، كما لا يجب الانصياع لمقتضيات النظام العام على النحو الذي يسقط فيه من الاعتبار ما ينبغي للحريات الشخصية من حماية ورعاية ولهذا وجدت الضمانة القضائية^(١)، الأمر الذي يقتضي تحقيق توازن بين تدابير الضبط ومقتضيات النظام العام^(٢)، هذا التوازن يتحقق من خلال الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في تحديد مضمون الحرية ومشروعية التدابير.

فتوسع القضاء بمنح الإدارة حرية في ممارسة سلطات الضبط الإداري يصاحبه إخضاع الإدارة في ممارستها لهذه السلطات لأكبر قدر ممكن من الرقابة، ويرجع السبب في ذلك الى خطورة قرارات الضبط الإداري وتأثيرها المباشر على الحريات الشخصية، فإذا كانت الرقابة على المشروعية الخارجية رقابة ظاهرية ومحدودة ذلك لأنها لا تتطلب من القاضي الإداري أكثر من فحص العناصر الخارجية لقرار الضبط الإداري وذلك لمعرفة عما إذا كان القرار قد

(١) د. مبخوتة احمد: الرقابة كضمان لتحقيق الموازنة بين اعمال وتدابير الضبط الاداري وحماية الحريات والحقوق الاساسية، مجلة المعيار، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت(الجزائر)، العدد (١)، المجلد (٨)، ٢٠١٧م، ص ١٤٥.

(٢) يعرف النظام العام بانه (مجموعة المصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها) ينظر في ذلك د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ١٥٨.

صدر في الشكل المقرر له قانوناً ومن الموظف المختص بإصداره، وبمعنى آخر لا تمتد هذه الرقابة الى فحص عناصر القرار الموضوعية، فمثل هذه الرقابة لا تشكل أي صعوبة على القاضي الإداري فمن النادر صدور قرار الضبط في غير الشكل المقرر ومن غير السلطة المختصة في الأوقات العادية^(١).

لكن رقابة القضاء الإداري تنصب على أعمال سلطات الضبط الإداري من جوانب معينة تضمن بها مشروعية التصرف تتجسد في الرقابة على الشرعية الداخلية للضبط الإداري وهذه الجوانب تتمثل بما يلي:

أولاً: الرقابة على مشروعية الهدف

ينبغي أن تهدف قرارات الضبط الإداري بالمحافظة على النظام العام، بما معناه أن هيئات الضبط الإداري لا يجوز لها أن تستعمل سلطتها لتحقيق غرض آخر وبخلاف ذلك يقيم القضاء الإداري ولايته على إبطال القرارات التي ترمي الى تحقيق أهداف أخرى غير المحافظة على النظام العام^(٢)، كأن تستخدم سلطات الضبط الإداري لتحقيق نفع شخصي أو انتقام أو محاباة أو لتحقيق أغراض حزبية أو سياسية لاستهداف المصلحة الشخصية، أي تستهدف غرض بعيد عن الصالح العام، لذا يتدخل القضاء الإداري لأبطال هكذا قرارات، فقد قضى كل من مجلس الدولة المصري والعراقي بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري التي تتخذ من قبل هيئات الضبط الإداري لتحقيق منافع شخصية بعيدة عن المصلحة العامة والنظام العام أو لمجرد الانتقام وهو ما يعتبر خرقاً للحريات الشخصية، فقضت محكمة القضاء الإداري " بعدم شرعية قرار صادر بإلغاء تراخيص ممنوحة لبعض الأفراد حيث تبين للمحكمة أن القرار انطوى على تمييز بعض الناس على حساب الآخر ولم يبغي النظام العام كما كانت تدعي الإدارة"^(٣)، كأن تستخدم الإدارة سلطتها في الضبط وتمنح تراخيص لبعض الأفراد للدخول في المناقصة ثم التعاقد معه دون أن يكون هنالك مبرر لجعل التعاقد مقتصرًا على فئة معينة، ومن ثم يتبين للمحكمة أن قرار المحكمة بمنح التراخيص ينطوي على تمييز بعض الراغبين بالتعاقد عن بعضهم ليعود لإدارة بنفع معين دون أن يكون القرار الصادر قد أبتغى النظام العام كما أدعت الإدارة، ففي ذلك أهدار لآليات التعاقد المعتمدة من قبل الإدارة، كما قضت المحكمة الإدارية

(١) د. نعيم عطية: مصدر سابق، ص ١١٢.

(٢) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي: مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم ٢١، لسنة ٢٠٠٢، الصادر بجلسة ٨ ديسمبر ١٩٥٦، ص ٢، ص ١٧٧. ذكره وجناء رزاق عبد النصيراي، مصدر سابق، ص ٩٨.

العليا المصرية " بعدم شرعية قرار ضبط إداري بعدما تبين لها أن المكلفين بالحفاظ على الأمن قد انحرفوا بالسلطة التي خولها لهم القانون ابتغاء صيانة الأمن واستغلالها ليشفوا أحقاد شخصية"^(١).

كما ينبغي ألا يستهدف قرار الضبط الإداري المصلحة العامة فقط بل يستهدف تحقيق الهدف الخاص الذي عينة القانون لهذا القرار وذلك عملاً (بقاعدة تخصيص الأهداف) فإذا خرج القرار عن هذه الغاية وأن كان يهدف تحقيق المصلحة العامة كان القرار مشوباً بعيب الانحراف ووقع باطلاً^(٢)، فالإدارة تمارس سلطة الضبط الإداري لتحقيق هدف خاص يتمثل بالمحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة، فإذا ما استخدمت تلك السلطة لتحقيق أغراض أخرى فتكون قد انحرفت بالسلطة وقرارها يكون غير مشروع وأن صبت هذه الأغراض في الصالح العام، مما يعد ذلك إحدى صور انتهاك الحرية الشخصية، ومثال ذلك ما جاء في قضاء محكمة القضاء الإداري ".... أن الانحراف في استعمال السلطة كعيب يلحق القرار الإداري ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تُلحق بالقرارات الإدارية، لا يكون فقط حيث يصدر القرار لغايات شخصية ترمي الى الانتقام أو لتحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية أو نحو ذلك، بل يتحقق هذا العيب أيضاً إذا صدر القرار مخالفاً لروح القانون، فالقانون في كثير من أعمال الإدارة لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع، بل يخصص هدفاً معين يجعله نطاقاً لعمل إداري معين، وفي هذه الحالة يجب إن لا يستهدف القرار الإداري المصلحة العامة فقط، بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينة القانون لهذا القرار عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف التي تُفيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمت له، فإذا خرج القرار عن هذه الغاية ولو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة ذاتها كان القرار مشوباً بعيب الانحراف..."^(١).

(١) حكم المحكمة الادارية العليا، في القضية رقم ١٣٦٢، لسنة ١٠٠ق، الصادر بجلسة ١٢/٢٦/١٩٥٦، س١٢، ص٢٨٢.

(٢) أما اذا لم يحدد للإدارة هدفاً خاص، فهذا لا يعني إطلاق سلطات الإدارة تجاه حريات الافراد لتعسف بها بل تبقى مقيدة بفكرة الصالح العام. ينظر في ذلك وسام حازم سلمان: حدود سلطات الضبط الإداري في التعامل مع المتظاهرين في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٤م، ص٧١.

(١) حكم محكمة القضاء الاداري، في القضية رقم ٦٣٨٦ لسنة ٨ ق، الصادر بجلسة ٩/٦/١٩٥٤، س١٠، ص٢٩٩.

ثانياً: الرقابة على مشروعية السب

إن الرقابة القضائية على سبب الضبط الإداري تتمثل في تأكد القاضي الإداري من صحة الوقائع التي تبرر القرار الضبطي المتخذ من قبل الإدارة، فإذا ما تبين أن الإدارة قد استندت في تبرير القرار المتخذ الى وقائع ليست صحيحة من الناحية المادية يلغى القرار عندئذٍ، فلا بد أن تمتثل تلك الأسباب لرقابة القاضي من حيث وجودها المادي، إذ يصدر القرار الإداري عادة متصلاً بحالة مادية تبرره في عالم الواقع، وعلى الإدارة أن تأخذ في الاعتبار هذه الحالة المادية، ولا بد لصحة القرار الإداري أن تكون الوقائع التي ارتكزت عليها الإدارة في إصدارها للقرار موجودة وقائمة حتى إصداره وأن تُعين بصورة دقيقة فلا يجوز أن تستند الإدارة إلى وقائع مبهمه أو غامضة من دون أن تحدها ولاسيما فيما يتعلق بالقرارات المقيدة للحريات أي (قرارات الضبط الإداري)^(١)، أما إذا ثبت عدم صحة الوقائع التي ارتكز عليها القرار الإداري جاز للقاضي حينها إلغاؤه سواء كانت الإدارة حسنة النية بأنها تعتقد خطأ قيام الوقائع التي تدعيها أو كانت عالمة بانعدام الوقائع^(٢)، وعلى ضوء ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في العراق " في دعوى مطالبة أحد المواطنين بتسجيل قطعة أرض أدعى تخصيصها له من بلدية كربلاء، كونه قدم المتمسكات المطلوبة كافة لتسجيلها إلا إن الظروف القاهرة حالت من دون التسجيل، وقد ثبت للمحكمة عجز المدعي عن تقديم كتاب تخصيص قطعة الأرض، كما أنه لم يبين ما الظروف القاهرة، ولم يقدم أسباب عدم إكمال التسجيل، لذا تكون الدعوى فاقدة لسندها القانوني وقرر بالاتفاق رد الدعوى، لعدم ثبوت الوجود المادي للواقعة التي يدعيها"^(٣)، ففي مجال قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالحرية الشخصية (السفر) راقبت محكمة القضاء الإداري في مصر صحة الوقائع المتخذة أساساً لرفض الترخيص بالسفر للخارج فقد قضت " أن سلطة الإدارة في تقييد حرية المواطنين في السفر مقيدة بقيام أسباب في طالب السفر تقطع بخطورته على الأمن العام وسلامة الدولة في الداخل والخارج وحماية الاقتصاد الوطني، وأن

(١) د. نواف كنعان: مصدر سابق، ص ٣٣٩.

(٢) اقبال فاضل خضير ابو كسور: الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤م، ص ١٢٤.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، رقم الدعوى ٨٤/ق/٢٠١٢، رقم القرار ٣٢٢/٢٠١٢، بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٢، غير منشور .

تستند هذه الأسباب طبقاً لما استقر عليه قضاؤها، على أصول ثابتة في الأوراق تؤيدها وتوصل إليها من قيام القرار على سببه الصحيح"^(١).

فأحكام القضاء الإداري هذه قد صدرت وهي مشتملة على تفاصيل الوقائع المادية التي تم الاستناد إليها لإصدار القرار، وفي ذلك ضمانة مهمة لطرفي الدعوى (الإدارة والأفراد) بتحديد السبب الذي تم الاستناد إليه، إذ يمكنهم الطعن بالأحكام تمييزاً إذا كان لديهم ما يفند هذه الوقائع، أو تتولد لديهم القناعة التامة بصحة صدور القرارات الإدارية من عدم صحتها، ومن ثم ترسخ قيم العدالة في المجتمع .

ثالثاً: الرقابة على مشروعية الوسائل

يجب أن تكون الوسائل التي استخدمتها هيئات الإدارة مشروعاً، وهذا يعني أن هذه الهيئات يمكنها استعمال وسائل الضبط الإداري شرط أن لا تؤدي الى المنع الكامل والمطلق للحريات لأن ذلك يعد الغاء لهذه الحريات، لذا ينبغي أن يكون الحصر نسبياً أي قاصر على مكان وزمان معينين^(٢).

هذا فيما يتعلق بالرقابة على حدود سلطات الضبط بالظروف العادية، إلا أنه قد تطرقت ظروف استثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية تجعل الدولة عاجزة عن حماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات التي تتخذها في الظروف العادية، لذا تُمنح سلطات الضبط استثنائية تمكنها من مواجهة هذه الظروف الاستثنائية بإجراءات سريعة وحازمة فينعكس ذلك سلباً على حساب الحريات ومنها الحريات الشخصية بسبب ما يفرض على مختلف نشاطاتهم من قيود وفي كافة المجالات^(١)، فتوسع سلطات الضبط في هذه الظروف يشكل انتهاكاً لحريات الأفراد الشخصية بشكل أكبر من استعمال سلطاتها في ظل الظروف العادية، لذا يجب أن تحكم سلطاتها برقابة قضاء يوازن بين متطلبات حفظ النظام وحماية حريات الأفراد في مثل هذه الظروف، إضافة الى وجود قوانين تنظم ذلك.

لذا فالإدارة تبقى مسؤولة أمام القضاء في ظل هذه الظروف على أساس ما وقع منها من خطأ، لكن خطأ الإدارة هذا لا يقاس بمقياس الخطأ في الظروف العادية حيث تتعطل

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦/١/١٩٨٧، قضية رقم ٥٧٥٢ ، سنة ٤٠ قضائية ، ذكرة اقبال فاضل خضير ابو كسور: المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٢) د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي: مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(١) المصدر نفسه، ص ٢٢٦.

المشروعية العادية لتحل محلها مشروعية الاستثنائية (مشروعية الازمات)^(١) ، فرقابة القضاء الإداري تكون ابتداءً على عنصر السبب أي التحقق من وجود الظرف الاستثنائي والتأكد من صحة الحالة الواقعية التي دفعت الإدارة الى استعمال سلطاتها الاستثنائية، وكذلك تنصب الرقابة على التحقق من مبدأ التناسب بين الأجراء المتخذ والظرف الاستثنائي، كما يراقب عنصر الغاية ولا يكفي أن تكون الإجراءات المتخذة في هذا الظرف تحقق المصلحة العامة بل لابد ان تخضع لقاعدة تخصيص الأهداف أي يراقب القضاء مدى وجود الخطر القائم في أعمال الإدارة الاستثنائية^(٢).

ونسوق مثلاً حول سلطات الضبط في الظروف الاستثنائية وتأثيرها على حرية التعاقد، كسلطتها للمحافظة على الصحة العامة بخصوص جائحة كورونا (19 - covid)، من فرض حظرٍ للتجول وتقييد حركة المواطنين الأمر الذي سينعكس على حريتهم في التعاقد، فالتعاقد يحتاج الى مرونة في التنقل سيما أن المتعاقد قد يرتبط بمدد وشروط معينة صدر بها اتفاق مع من تعاقد معه سواء شخص آخر أو جهة إدارية، فيترتب عليه جراء هذا الظرف التزامات تتجاوز ما استطاع وما أرتضى التعاقد عليه، لذا فالقضاء في مثل هذا الضرف يراقب ويتحقق من وجود هذه الجائحة، فقد يزول هذا الوباء أو يخف وتبقى سلطات الإدارة تتخذ الإجراءات ذاتها في تقييد حريات الأفراد التعاقدية، كما تنصب رقابة القضاء على مدى التناسب بين وجود هذا الوباء وبين الأجراء المتخذ من سلطات الضبط، ليتأكد هل هنالك تناسب أو أن الأجراء أشد مما يقتضيه الظرف، كما يراقب الغاية (الهدف) هل تستهدف سلطات الضبط حماية الصحة العامة أم لهم فيها غايات أخرى، فان وجد القضاء في رقابته ما يخالف ما استندت عليه سلطات الضبط أصلاً (أي المحافظة على النظام العام المتمثل بمحافظه على الصحة العامة) في تقييد الحريات فيلغي قرارها ويعوض المتضرر أن أقتضى الأمر.

فالتشريعات التي تنظم الظروف الاستثنائية تمثلت في فرنسا في العديد من التشريعات الاستثنائية نذكر منها، قانون الاحكام العرفية الصادر في ٩ أغسطس ١٨٤٩ والمعدل بالقانونين العاديين في ٣ أبريل ١٨٧٨ و ٢٧ أبريل ١٩١٦ ، وهذا القانون يعطي سلطات

(١) ان تبرير توسع الإدارة في التصرف لمواجهة الظروف الاستثنائية كما أوضحه مجلس الدولة الفرنسي هو (واجبات الإدارة) فالإدارة مكلفة بحماية النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام، فاذا لم تتمكن من القيام بهذا الواجب بسبب وقوع ظرف استثنائي، فلها ان تترك مؤقتا التقييد بالمشروعية الاعتيادية وتوسع سلطاتها لتتمكن من القيام بواجباتها في ظل الظروف الاستثنائية المستجدة. ينظر في ذلك د. ماهر صالح علاوي: مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٢) د. وسام صبار العاني: مصدر سابق، ص ٥٤.

استثنائية للسلطة التنفيذية في تقييدها للحقوق وحرّيات الأفراد^(١)، أما القوانين المعالجة للظروف الاستثنائية في مصر فيتمثل في نظام الاحكام العرفية الصادر ١٩٢٣ وتعديلاته الذي حلّ محلّة قانون حالة الطوارئ رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٨، الذي نص على تنظيم حالة الطوارئ إذ عهد إليه الدستور هذه المهمة، فقد نص هذا القانون على ((جواز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية، أو في منطقة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تهديد بوقوعها، أو حدثت أضرابات في الداخل، أو كوارث عامة أو أنتشار وباء، وقد أشار القانون أيضاً الى أن اعلان حالة الطوارئ وانتهاءها يكون بقرار من رئيس الجمهورية، على أن يتضمّن هذا القرار بيان الحالة التي أعلنت بسببها وتحديد المنطقة التي يشملها، وتاريخ بدء سريانها))^(٢)، وفي العراق وردت نظرية الظروف الاستثنائية لأول مره في القانون الأساسي لعام ١٩٢٥، ثم تولى قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لعام ١٩٦٥ تنظيم حالات الطوارئ، وقوانين اخرى^(٣)، وتنظم حالياً حالة الطوارئ بالأمر التشريعي رقم (١) لعام ٢٠٠٤ الذي يعرف بأمر الدفاع عن السلامة الوطنية والصادر بموجب قانون إدارة الدولة العراقية^(٤)، فتم الإشارة الى الظروف الاستثنائية في أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة (٢٠٠٤) إذ نص هذا الأمر على ((أنه يجوز للرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع، إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من العراق، عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، وناشئ من حملة مستمرة للعنف، من أي عدد من الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين أو أي غرض آخر))^(١).

الفرع الثاني

النظام القضائي المتبع لرقابة على أعمال الإدارة

إن حماية الحريات الشخصية أو غيرها من الحريات من الإجراءات التي تتخذها الإدارة يكون عن طريق رقابة القضاء لأعمال الإدارة ككل سواء ما تعلق منها بتسيير المرافق العامة

(١) د. مازن ليو راضي: القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(٢) ينظر: المادتان (١-٢) من قانون الطوارئ المصري رقم (١٦٢) لعام ١٩٥٨.

(٣) كقانون التعبئة رقم (١٢) لعام ١٩٧١م، وقانون الدفاع المدني رقم (٦٤) لعام ١٩٧٨.

(٤) د. حميد موحان عكوش، اياد خلف محمد: الديمقراطية والحريات العامة، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٣م، ص ١٢٩.

(١) المادة (١) امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لعام ٢٠٠٤، منشور في الوقائع العراقية، عدد ٣٩٨٧، تاريخ نشر ٢٠٠٤/٩/١.

أو ممارسة سلطات الضبط حماية للنظام العام، فالرقابة القضائية واحدة لحماية الحريات من تجاوز السلطة التنفيذية المتمثلة (بالإدارة)، لكن تختلف ممارستها باختلاف النظام القضائي المتبع في الدولة، فقد تكتفي بعض الدول بإنشاء هيئة قضائية واحدة تشمل ولايتها الفصل في كافة المنازعات التي تكون فيما بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة أو بين الإدارات، وهوما يُعرف (بنظام القضاء الموحد)، في حين تتبع دول أخرى تنظيمًا رقابياً يقوم على أساس وجود قضاء مستقل ومتخصص الى جانب القضاء العادي يتولى الفصل في المنازعات الإدارية وهو القضاء الإداري، ويبقى القضاء العادي مختص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وهذا ما يعرف (بنظام القضاء المزدوج)^(١)، وفيما يلي سنبين أياً من النظامين أفضل وأكثر ضمانة في حماية الحريات الشخصية بما فيها حرية التعاقد من تجاوزات السلطة التنفيذية (الإدارة) وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نظام القضاء الموحد

حيث يقتصر هذا النظام على هيئة قضائية واحدة هي جهة القضاء العادي ويعرف (بالنظام الانكلوسكسوني) نظراً لأسبقية انكلترا في تطبيقه حيث تعد البلد الأم لهذا النظام، وكذلك سارت دول عدة على هذا النظام منها الولايات المتحدة الأمريكية^(٢)، ويرى أنصار النظام الموحد أن هذا النظام هو الأفضل لحماية الحريات لأنه يخضع الأفراد والإدارة لقانون واحد ولقاضي واحد وبذلك يجرّد الإدارة من امتيازاتها تجاه الأفراد وكذلك يعتبر أنصار هذا النظام أنه يعد أفضل تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تنفرد السلطة القضائية لوحدها بالفصل بالمنازعات أياً كان أطرافها وذلك في ضوء وظيفتها المحددة في الدستور^(١).

وعلى الرغم مما يميّز به هذا النظام من تمييز بين المتقاضين ذلك لأنه خالٍ من التعقيد ويتصف بالبساطة، إلا أن ما يؤخذ عليه أنه لا يوفر الحماية اللازمة للحريات للأفراد، وأن الإجراءات المركزة بيد جهة قضائية واحدة أصبحت بطيئة ومكلفة وصعبة^(٢)، فتفويض مهمة الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها الى القضاء العادي يتناقض مع التطور الذي طرأ على وظيفة الدولة الحديثة وتوجهها صوب سياسة التدخل وإدارة وتوجيه الاقتصاد،

(١) د. وسام صبار العاني: مصدر سابق، ص ٨٣.

(٢) م . سامي حسن نجم الحمداني، حسين طلال مال الله العزاوي: تطور رقابة محكمة القضاء الاداري على القرارات الادارية في ضوء التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لعام ٢٠١٣، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية (جامعة كركوك)، العدد (١٥)، المجلد (٤)، ٢٠١٥م، ص ٦٦٣.

(١) د. وسام صبار العاني، المصدر اعلاه، ص ٩٥.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٧٦ - ٧٧.

حيث إن الدولة قد قامت بعدة أنشطة اجتماعية واقتصادية كانت وفقاً على الأفراد، هذا الأمر يدعو الى ضرورة الأخذ (بنظام القضاء المزدوج) وأنشاء محاكم إدارية من أجل حماية حريات الأفراد الشخصية التي أضحت مهددة من جراء أتساع نشاطات وسلطات الدولة^(١).

ثانياً: نظام القضاء المزدوج

هناك دول تأخذ بنظام القضاء المزدوج كفرنسا حيث ظهر هذا النظام أول الأمر فيها لاعتبارات تاريخيه، ومنها أنتقل إلى دول أخرى كمصر ومن ثم العراق الذي لامس أعتاب نظام القضاء المزدوج بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة، ويقوم هذا النظام على أساس وجود هيكل قضائي له استقلالية عن القضاء العادي يسمى (القضاء الإداري) يختص بنظر المنازعات الإدارية التي تكون بين الأفراد والإدارة بوصفها سلطة عامة، ويرى أنصار هذا النظام أن المنازعة الإدارية تختلف عن المنازعة العادية فهي ذات طبيعة خاصة، وأن الإدارة تعمل لتحقيق الصالح العام لا لتحقيق مصلحتها الشخصية، لذلك ينبغي أن تكون هناك قواعد قانونية خاصة تطبق على الإدارة تراعي المهمة المكلفة بها، وكذلك ينبغي أن تكون هناك محاكم خاصة تطبق هذه القواعد، وتتكون جهة القضاء الإداري من مجموعة المحاكم الإدارية بمختلف أنواعها وعلى قمتها محكمة إدارية عليا أو مجلس الدولة^(٢).

وتتضح أهمية وجود قضاء إداري مختص للفصل في المنازعات الإدارية بأن رقابة القضاء على أعمال الإدارة تعد ضمانة فعالة ومهمة لسلامة تطبيق القانون الذي به تكتمل عناصر الدولة القانونية وحماية حقوق وحريات الأفراد من جور وتعسف الإدارة، وذلك من خلال ما يقدمه من ضمانات مهمة في هذا المجال ذاته ومنها اختصاصه بدعوى الالغاء للقرارات الادارية المعيبة، ودعاوى التعويض، والدعاوى التأديبية^(١).

فَعن طريق نظام القضاء الإداري يمكن تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة التي يستلزم لتحقيقها أن تحظى الإدارة بقدر من الاستقلال وبين مصالح الأفراد المتمثلة بحماية حرياتهم وحقوقهم، وفي هذا تأكيد على مبدأ المشروعية الذي يجب على الإدارة عدم تجاوزه^(٢).

لذا نرى أنه ليس من المنطق ولا من المساواة في شيء أن تخضع كل من الإدارة والأفراد لقانون واحد يطبق عليهم أمام جهة قضائية واحدة هي المحاكم العادية، فالإدارة عندما

(١) مروج هادي الجزائري: مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) د. وسام صبار العاني: مصدر سابق، ص ٩٩.

(١) د. مازن ليلو راضي: القضاء الإداري، منشورات جامعة دهبوك، دهبوك، ٢٠٠٩م، ص ٥٢.

(٢) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٨٠.

تهدف تحقيق الصالح العام عند القيام بوظائفها تتطلب قواعد مغايرة عن القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، ولكي تستطيع الإدارة تحقيق أهدافها ينبغي أن تتمتع بامتيازات وسلطات لا تتوافر عند المتعاقدين معها، ومن ما تقدم نستنتج أن أتباع نظام القضاء المزدوج يحقق الموازنة والتوافق الأمثل بين غاية الإدارة في تحقيق الصالح العام من جانب وحماية الحريات الشخصية من جانب آخر.

ففي فرنسا كمثال لدول القضاء المزدوج يتولى القضاء الإداري الفصل في المنازعات الإدارية فهو يراقب مشروعية أعمال الإدارة ويحكم بإلغاء قراراتها الغير مشروعة، ويقضي بالتعويض عن تصرفاتها الضارة المخالفة للقانون، أما في مصر تعد من الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج، حيث تتكون السلطة القضائية في مصر من ثلاثة جهات قضائية مستقلة وهي **القضاء الدستوري**: وتتولاها المحكمة الدستورية العليا منذ عام ١٩٧٩ الى الآن وكانت المحكمة العليا من قبلها، و**القضاء الإداري**: تتولاها محاكم مجلس الدولة المصري منذ نشأته عام ١٩٤٦ ويأتي على قمة هذه المحاكم المحكمة الإدارية العليا، و**القضاء العادي**: الذي تتولاها المحاكم العادية التي تعلوها محكمة النقض^(١)، فنجد أن دستور مصر النافذ نص على ((مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه جميعها، كما يختص بالفصل بالدعاوى والطعون التأديبية ويتولى وحدة الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية...))^(٢).

أما في العراق فلم يأخذ التنظيم القضائي منذ أوائل تنظيمه بنظام القضاء المزدوج كما فعلت مصر وفرنسا، بل اخذ بنظام القضاء الموحد متمثلا بازدواجية القانون ووحدة القضاء والذي كان القضاء العادي بموجبة يبسط هيمنته على جميع المنازعات في الدولة سواء أكانوا من الأفراد العاديين أم جهة من جهات الإدارة^(١).

لكن بعد استحداث محكمة القضاء الإداري في عام ١٩٨٩ وكذلك بعد صدور التعديل الخامس رقم (١٧) لعام ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لعام ١٩٧٩ الذي أستحدث محاكم قضاء إداري وقضاء موظفين في كل من المنطقة الجنوبية ومنطقة الفرات الأوسط والوسطى والمنطقة الشمالية فضلاً عن استحداث المحكمة الإدارية العليا أصبح العراق

(١) عبد الخالق محمد مفتاح: مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٢) المادة (١٩٠) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ.

(١) د. مازن ليلو راضي: القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٨١.

من الدول ذات القضاء المزدوج^(١)، ويقدر تعلق الأمر بأهمية هذا النظام ودوره في تحقيق التوازن بين حماية الحريات الشخصية وبين الصالح العام فلا نرى أهمية لبحث الخلاف الفقهي حول كون العراق اصبح دولة تأخذ بالنظام القضاء المزدوج.

وأخيراً من خلال بيان الرقابة القضائية أتضح لنا أن هذه الرقابة هي الضمان الفعال والمهم للحقوق والحريات بما فيها الحريات الشخصية، ضد تجاوزات وانتهاكات سلطات الدولة حدود وظائفها الموكلة اليها أو إساءة استعمال تلك السلطات لوظائفها، وأن القضاء هو المرتكز الرئيس لإقامة العدل بين الناس نظراً لما يتسم به من استقلال وحياديته، وكل هذا يبعث الإحساس بالاطمئنان بالعهد بين الأفــــراد.

(١) تنظر المادة (١٠٢) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لعام ٢٠١٣ لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لعام ١٩٧٩.

الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع دراستنا الموسوم بـ (الحماية الدستورية لحرية التعاقد "دراسة مقارنة") توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات، والتي سنحاول أجمالها على النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات.

١_ لا يوجد نص في الدساتير (محل المقارنة) يوضح معنى الحماية الدستورية سواء بصورة عامة أم تبعا لحماية حرية ما إنما جاء تعريفها بناءً على توجهات فقهية، وهذا المسلك مسلك محمود لربما يسار توجه المشرع الدستوري في الدول - محل المقارنة - ليفتح بذلك مجالاً للباحثين لتعريفها وعدم التقييد بما ورد من تعريفات لها في الدستور، لان التقييد بذلك يتعارض مع امكانية تعريف الحماية الدستورية اذا ما رصدت على حرية غير منصوص عليها صراحة في الدستور - كحرية التعاقد-، فأى حرية كانت منصوص عليها في الدستور صراحة او ضمناً لا يمكن ممارستها ممارسة فعلية بدون الحماية المرصدة لها.

٢_ هنالك حريات مدونة في صلب القوانين الاساسية ذات الطبيعة الدستورية، تشمل بالحماية الدستورية اخذاً بالمعيار الموضوعي الذي يأخذ بكل القواعد والمسائل ذات الطبيعة الدستورية سواء تلك المدونة ام غير المدونة في الوثيقة الدستورية، الا اننا لا نكتفي بهذا الحل حيال الحرية التي نريد حمايتها دستورياً (حرية التعاقد)، بالقول انها ذات طبيعة دستورية وان لم يريد لها ذكر في الوثيقة الدستورية لذا اخذنا بالمعيار الشكلي في تعريف القاعدة الدستورية، لنتمكن من التعديل الدستوري وتضمينها كحرية منصوص عليها في صلب الدستور.

٢_ إن عدم النص على أي حرية سواء حرية التعاقد أو غيرها من الحريات الحديثة التي لم يظن إليها واضعو الدستور عند وضعهم له إهمالاً غير مقصود، لا يعني انعدام قيمتها الدستورية وعدم الاعتراف بها، فعالج القضاء الدستوري الفرنسي هذا النقص باعترافه بهكذا حرية بالاعتماد على المبادئ الواردة في اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير وأعطاهها قوة الزامية كقوة الدستور، اما القضاء الدستوري في مصر فعالج ذلك النقص بأدراج حرية التعاقد كفرع من الحريات الشخصية المنصوص عليها في الدستور، ونساير توجه القضاء الدستوري المصري لان اي حرية لا تكون محلاً للقيمة دستورية لا يمكن إثارة الحماية الدستورية بشأنها، ولان كل من الحماية وأن - لم تعرف في الدستور- والحرية التي تحميها تأخذ قيمتها من

الدستور، لذا لا يمكن الاستناد على المبادئ الواردة في اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير للقول بتوفر حماية دستورية لحرية التعاقد.

٣_ إن الوضع القانوني لحماية الحريات في الدول التي اعتنقت أسلوب الإعلانات يبقى أسيراً بالتشريعات التي تضعها السلطة التشريعية لا بما تم النص عليها في تلك الإعلانات، لكن الحريات نجد ان موضعها الحقيقي في أحضان الدستور لما يتصف به من قيمة قانونية مما يضي عليها ذات المنزلة القانونية المقررة لنصوصه، لكن يبقى الوضع القانوني للحريات رهيناً بما تصدره السلطة التشريعية من تشريعات لا بما تحتويه النصوص الدستورية، إلا أن سلطة المشرع تقييد لتحقيق ضمان واستقرار للنصوص الدستورية التي تحتوي على الحريات، وهذا يتحقق بالرقابة على دستورية القوانين.

٤_ إن حرية التعاقد ذاتها لا تتضح معالمها بشكل أدق بالحديث عن العقد والحرية فيه مالم تستكمل بالحديث عن مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي تعد حرية التعاقد من نتائجه، فكل من حرية التعاقد، والرضائية، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين جميعها نتائج تختطها الإرادة، فهي المصدر والأصل الذي تستند عليه تلك المبادئ الفرعية، ويتفرع عن مبدأ حرية التعاقد- مبدأ الرضائية وما يتفرع عنه من عد الإرادة أساس القوه الملزمة للعقد.

٥_ إن حرية التعاقد لم يتم النص عليها صراحة في الدساتير، لكن اقرب ما يكون لها هو استغلالها بظل الحريات الشخصية كفرع منها، لان الحريات الشخصية تعتبر لازمة وضرورية للتمتع بغيرها من الحريات، بل أنها تعد شرط وجود غيرها من الحريات الفردية، حيث لا يكون هنالك قيمة مثلاً لحرية التجارة والصناعة والتملك إذا ما سلب الفرد مكنة التنقل اللازمة لأجراء عمليات البيع والشراء والتعاقد عموماً، ميلاً منا للجيل الثالث من الحقوق الذي جاء به الدكتور احمد فتحي سرور، والتي لم تدرج صراحة في دساتير الدول، ومسايرة لتوجه القضاء الدستوري المصري بعدها كفرع من الحرية الشخصية، وكما أن حرية التعاقد تتمثل بحرية الإرادة في الاختيار والتي تكون لصيقة بالشخص وتعد حقاً طبيعياً له فيوأسطتها يحدد ما ينفعه وما يضره، لذا فهي تنفرع عن الحرية الشخصية التي تعني إن الإرادة حرة في التصرف والاختيار.

٦_ إن حرية التعاقد وأن كانت ذات مضمون اجتماعي وتمارس في نطاق الجماعة وفي مواجهتها لأنها تتطلب دخول من يمارسها في علاقات مع غيره، ولأنها كأغلب الحريات يتحكم بها عقل الانسان وفكرة فتبقى محتفظة بطبيعتها الخاصة كونها حرية متفرعة عن الحرية الشخصية.

٧_ إن كان الأصل العام في التعاقدات الخاصة هو تمتع الفرد بحرية التعاقد استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، فإن هذا المبدأ لا يمكن أن يطبق على إطلاقه وبكل محاوره على التعاقدات الإدارية، لأن الإدارة لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة إنما تستهدف من جراء تعاقداتها تحقيق المصالح الجماعية، لذا أعطيت قدرًا من السلطة التقديرية وليست الحرية بمفهومها المستمد من مبدأ سلطان الإرادة، حيث تمنح سلطات وامتيازات تعطىها حرية الحركة والتصرف لمواجهة الواقع والتغيرات وكل ذلك في إطار المشروعية، وبما تتمتع به الإدارة من شروط استثنائية فإن العقود الإدارية تتمسك بالحرية التعاقدية كما يخضع لها العقد المدني وعلى النحو الذي يلائم طبيعة هذه العقود، فالمتعاقد يتمتع بالحرية التعاقدية وبمثل ذلك تتمتع الإدارة بهذه الحرية، لكن كل من الطرفين (**المتعاقد والإدارة**) لا يتساويان في الحرية التعاقدية التي يزاولانها وفقاً للقواعد العامة، كما أن الحرية التعاقدية هنا أقل بكثير من تلك التي يتمتع بها المتعاقد في العقود المدنية.

٨_ تتوفر حرية التعاقد في كل مراحل العقد المدني أو الإداري، لكنها تجد مجالها الرحب والخطوة الأولى لها في مرحلة ما قبل إبرام العقد - **مرحلة التفاوض** - التي لولاها لانعدام التعاقد وانعدمت حرية التعاقد تبعاً لذلك، فالتفاوض على العقد مرتبط بالحرية التعاقدية لأن كلا الطرفين لا يقيد بغير إرادته، فلكل منهما مطلق الحرية في اختيار شخص من يتعاقد معه ومضمون العقد وطبيعة محله وتحديد شروطه وأثاره كما لهما حرية قبول التعاقد أو رفضه، فالمفاوضات تعد خطوة جداً مهمة لتحقيق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف من وقوعه في غيب الطرف الأقوى فيكون من يقبل على التعاقد مطمئناً إلى وجود مرحلة سابقة على التعاقد تمكنه من دراسة جدوى العقد والاطلاع على كل جوانبه الإيجابية والسلبية.

٩_ إن فكرة النظام العام التقليدي - **السياسي والاخلاقي** - تشكل قيد على حرية التعاقد في مرحلة إبرام العقد فقط من خلال احترام الشروط اللازمة لأبرام العقد من (رضا، ومحل، وسبب)، بينما النظام العام الاقتصادي (**الحماي**) جاء حماية للطرف الضعيف في العقد فيتدخل القاضي لتحديد ما يجب أن يكون عليه العقد فيما يتعلق بمضمونه فيعدل شرطاً من شروطه أو يلغيه أو يقرر شرطاً لم يكن الطرفان قد اقروه صراحة وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، أما النظام العام الاقتصادي الموجة فتتدخل الدولة لتوجيه العقد اقتصادياً كان يتطلب لانعقاد العقد شكلاً معيناً، وهنا تدخل الدولة يشكل تقيداً أكبر على حرية التعاقد من تدخلها في توجيه آثاره بفرض التزامات على العقد لم تكن تتولد عنه سابقاً، فينال من القوة الملزمة للعقد دون الحد من حرية التعاقد، لأن ما يضعه المشرع من قواعد لا تكون قواعد أمرة إنما قواعد مكملة تكمل مالم

يلاحظه الطرفان في اتفاقهم، وأن فكرة الآداب العامة تنطوي تحت مفهوم النظام العام الاخلاقي والتي تحدد بالأخلاق الجماعية في قيم المجتمع وأعرافه ووجدانه.

١٠_ لا يمكن الاستناد الى ما تعرضت له حرية التعاقد من قيود خاصة في مرحلة من مراحل العقد أو القيد العام المتمثل بالنظام العام والآداب للقول بانتفاء وإجهاض هذه الحرية، لأن ما يفرض عليها من قيود وأن كانت متعسفة إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصينها من قيود تنظمها، على أن تكون موضوعية وموافقه للدستور، ولا يصح الاستناد الى هذه القيود لتبرير انتفاء قيمتها الدستورية فتفقد بذلك حماية الدستور لها في مواجهة أي تجاوز عليها، كما أن أي حرية سواء كانت حرية التعاقد أم غيرها لا تعرف الاطلاق، فالتقييد صفة جميع الحريات مهما كان نوعها وذلك لغرض تنظيمها حماية لمصلحة المجتمع.

١١_ لا ينظر الى نصوص القانون المدني على أنها مجرد تنظيم تشريعي منفصل عن التنظيم الدستوري، ذلك لأن تنظيم بعض الحقوق والحريات كحرية التعاقد وحق الملكية في القانون المدني يكون له طابع دستوري مادام أنه يتوافق مع نصوص الدستور وينطوي في إطاره، فالأمر عندئذٍ إنما يتعلق بمبادئ دستورية مدنية وأن الارتباط القائم بين التنظيم الدستوري وتنظيم القانون المدني يكون مبرراً للقول بوجود قانون مدني ذا قيمة دستورية، فهي مبادئ تعد امتداداً للنصوص الدستورية وإن وردت في القانون المدني، كما أن القاضي يستهدي بما يصدره من أحكام بتلك المبادئ الدستورية كما للأفراد التمسك أمام القضاء العادي بهذه المبادئ الدستورية، ويخضع الأفراد فيما يبرموه من عقود لهذه القواعد ذات القيمة الدستورية، كما أن القيمة الدستورية قائمة لحرية التعاقد في كلا مجالي القانون العام والخاص لأن مرد هذه القيمة الى كنه هذه الحرية وحقيقتها لا الى مجالها الرحب في علائق القانون الخاص أو ضيق مجالها في علائق القانون العام وأن كانت لا تثار هذه القيمة بذات الاهمية في الثانية عنها في الاولى، لان حرية التعاقد كغيرها من الحريات لاتقف على فرص لتقدير قيمتها إنما تحتاج فقط لمناسبة لطرح مداها، فالاعتراف بها يكون كاشفاً لا منشئاً لها والقول بخلاف ذلك يجعلها تستمد قيمتها من المحيط المهيأ لممارستها، وفي ذلك اهدار لإرادة وسلطانها بشكل كلي.

١٢_ إن المشرع الدستوري الفرنسي قد أرسى حرية التعاقد على الرغم من عدم النص عليها في الدستور وذلك بطريقة ضمنية وذلك عندما جعل من مبدأ حرية إدارة الجماعات المحلية مبدأ ذي قيمة دستورية، عن طريق أعطائها الحرية في أبرام العقود أو عدم أبرامها والاستمرار في تنفيذ العقود أو عدم الاستمرار في تنفيذها مراعاةً لمصلحة العامة، أما المشرع الدستوري المصري لم ينص على هذه الحرية في الدستور وكذلك المشرع الدستوري العراقي، لكن هذه

الدساتير قد اكدت على الحريات الشخصية وقد افردت لها نصوص خاصة بها، لذا يمكن ان تعدل هذه النصوص وتضمن فيها حرية التعاقد، وذلك لتأكيد حماية هذه الحرية حماية دستورية.

١٣_ بما أن دساتير دول محل المقارنة (جامدة) فيمكن المحافظة على جمود الدستور وسموه باعتباره يشكل ضمانه مهمة لحريات من تعنت السلطة، وفي الوقت ذاته يمكن تعديله بتضمينه نص يجعل من حرية التعاقد حرية اصلية أو فرعية ضمن الحريات الاقرب لها في صلب الوثيقة الدستورية كحريات الشخصية، وأن كان الامر يتطلب إجراءات صعبة للتعديل لكن الغاية الاعظم تتطلب ذلك للمحافظة على حرية من تجاوزات تقع عليها كونها غير موثقة دستوريا، ومما يبرر امكانية التعديل وتضمين هذه الحرية ضمن الحريات الشخصية، أن الدساتير كل من مصر والعراق قد اشارات الى الحريات الشخصية في دساتيرها، لذا فتضمين هذه الحرية كفرع من الحريات الشخصية لا يكون أمراً صعباً أو مستحيل قياساً فيما لو كانت تلك الدساتير لم تنظم هذه الحريات في وثيقة دستورها لأصبح في الأمر مشقتين مشقة البحث عن الحريات الشخصية ومشقة تضمين حرية التعاقد في اطارها كالدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

١٤_ إن موقف المجلس الدستوري الفرنسي من حرية التعاقد ابتداءً ترددَ بالاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد، ومن ثم أقر في الحكم الصادر ١٩٩٤ أنه " ما من قاعدة دستورية تحمي حرية التعاقد" لكن قد عدل عن موقفه هذا في الكثير من أحكامه اللاحقة على هذا الحكم والتي تؤكد القيمة الدستورية لحرية التعاقد بالاستناد الى المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر ١٧٨٩ التي أكدتها مقدمة دستور فرنسا عام ١٩٥٨ الحالي، اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد أكدت على ما جاء به المشرع الدستوري من استنباط هذه الحرية كفرع من الحرية الشخصية، وذلك بالأخذ بالتفسير الواسع لمادة (٤١) من الدستور لا التفسير الحرفي المقتصر على الحماية الجنائية لأفراد من أي اعتداء، فوسعت المحكمة من مفهوم الحرية الشخصية لتشمل حق الانسان في الاختيار لتصبح بصيغة دستورية استناداً الى المادة انفة الذكر وتقابلها المادة (٥٤) من الدستور النافذ، اما القضاء الدستوري العراقي متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا لم يورد أي احكام او قرارات تدعم حرية التعاقد وقيمتها الدستورية، كما فعل القضاء الدستوري المقارن.

١٥_ إن حرية التعاقد تتمتع بالقيمة الدستورية سواءً في فرنسا بصورة تدريجية أم في مصر التي تتمتع الحرية التعاقدية بالقيمة الدستورية مباشرة بربطها بالمادة (٤١) من دستور ١٩٧١ المعدل وما يُقَابها من مواد في الدستور الحالي . المادة ٥٤، وذلك بعدها فرعاً من الحرية

الشخصية، إلا أن القضاء الدستوري المصري مثملاً بالمحكمة الدستورية العليا قد سلك مسلك يُحمد عليه يعد سابقة له لم يسلكه القضاء الفرنسي، إذ احاط القيمة الدستورية بعد الاعتراف بها بحماية من أي تجاوز أو انتهاك من قبل المشرع، فهو لم يمنع المشرع من التدخل لفرض بعض القيود على ممارسة هذه الحرية وذلك حماية للمصالح العامة لكن قيد هذا التدخل في العديد من الأحكام خصوصاً المتعلقة منها بإيجار الأماكن لأنها شهدت أكبر تجاوز تشريعي عليها، بأن لا يؤدي هذا التقييد الى الغاء هذه الحرية أو انعدام دورها من التقرير أو الاختيار .

١٦_ بقدر تعلق الحريات الأساسية بالإنسان وارتباطها مع المشروعية الدستورية ومصدر حمايتها يوجد في القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية ومحل حمايتها القضاء الدستوري، لذا فإن حرية التعاقد تعد من عداد الحريات الأساسية، وما يؤكد ذلك الاستنتاج أن كل من التشريع والقضاء الدستوري المقارن قد حماها بمنهاج معين ساير أو اختلف عن نظيره.

١٧_ لا يكفي اعتراف المشرع والقضاء الدستوري بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد للقول بتوافر ضمانات دستورية وقضائية مالم تدرج في الدستور كحرية من الحريات سواء حرية اصلية أم متفرعة، لينشط بعد ذلك دور الضمانات الدستورية الموضوعية للحريات بشكل عام، فيكون كل ما يحرمه الدستور من أعمال وتصرفات مخالفة لمبدأ المشروعية غير متبعه للفصل المرن بين السلطات منقطة بتجاوزات على حياد واستقلال القضاء متجاهلة مبدأ المساواة، يشكل ضمانات دستورية مهمة لحريات الأفراد الشخصية ومنها (حرية التعاقد)، ثم لتستكمل صورة هذه الضمانات في حماية الحريات لابد أن تلحق بضمانات قضائية تكون أداة لتحويل الضمانات الدستورية من مجالها النظري الى مجالها العملي.

١٨_ هنالك عيوب شكلية وموضوعية تبرر للقضاء الدستورية رقابته على دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، لكن العيوب الموضوعية هي أكثر مساساً بحرية التعاقد والتي تبرر للقضاء الدستوري ممارسة الرقابة على دستورتها حماية لحرية التعاقدية في مواجهة السلطة التشريعية، وأن حرية التعاقد من الحريات التي أعطي فيها الدستور للمشرع سلطة تقديرية لتنظيمها بقيود لا تهدرها فتكون شأنها شأن الحريات التي يترك تنظيمها عرضة لانحراف التشريعي وبالتالي ممارسة رقابة القضاء الدستوري عليها للحيلولة دون ذلك.

١٩_ بما أن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا رقابة سياسية، وأن الحماية حماية قضائية لحرية التعاقد فلا مبرر للحديث عن آليات الرقابة السياسية وتشكيلات الهيئة التي تمارسها، لكن قد وضع كل من المشرع العراقي ونظيرة المصري آلية لإهدار النصوص التشريعية التي تتعارض مع الدستور أي تمكين المحكمة الاتحادية العليا والمحكمة الدستورية العليا من ممارسة

نشاطاتها في الرقابة على التشريعات التي تعارض الحريات الشخصية بما فيها حرية التعاقد، فالرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا تتمثل بأسلوب المزج بين طريقتي الدفَع الفرعي والدعوى الأصلية، بحيث يعطى الحق في البداية بأن ترفع دعوى الدستورية أمام تلك المحكمة وتقتصر هذا الحق عليها وتسمح للأفراد في ذات الوقت بالرفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية قانون معين يثار تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها فإذا ما قبلت محكمة الموضوع الدفَع فإنها سوف توقف الفصل في الدعوى ومن ثم تحدد ميعاداً لمن آثار الدفَع لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية أو أن تحيل بنفسها الأمر إلى هذه المحكمة، لكن ما يميز آلية التي تتبعها المحكمة الدستورية العليا المصرية لإهدار النصوص التشريعية التي تتعارض مع الدستور عن المحكمة الاتحادية العليا أنها اتبعت أسلوب (التصدي) من المحكمة ذاتها، ولم ينص قانون المحكمة الاتحادية ولا نظامها الداخلي على هذا الأسلوب على الرغم من أهميته، خاصة عندما لا يكون هنالك دفع فرعي من احد الخصوم بعدم الدستورية ولا أحاله من محكمة الموضوع.

٢٠_ يحمي القضاء الإداري حرية التعاقد في مواجهة السلطة التنفيذية من خلال الرقابة على الاعمال الضبط الإدارية المتعلقة بالحرية الشخصية كونها أكثر نشاطات الإدارة مساساً بهذه الحريات، سيما الرقابة على الشرعية الداخلية للضبط الإداري من رقابة على مشروعية الهدف والسبب والوسائل، هذا في الظروف العادية، أما الظروف الاستثنائية ايضاً يراقب القضاء الشرعية الداخلية لكن تبقى الادارة مسؤوله عن الخطأ الذي وقع منها وهذا الخطأ لا يقاس بمقياس الخطأ في الظروف العادية، إنما تتعطل المشروعية العادية لتحل محلها المشروعية الاستثنائية (مشروعية الازمات)، والنظام القضائي الاكثر ضمانا لحرية التعاقد في الرقابة على اعمال الإدارة هو النظام القضائي المزدوج، ذلك لأنه ليس من المنطق ولا من المساواة في شيء أن تخضع كل من الإدارة والأفراد لقانون واحد يطبق عليهم أمام جهة قضائية واحدة هي المحاكم العادية، فالإدارة عندما تهدف تحقيق الصالح العام عند القيام بوظائفها تتطلب قواعد مغايرة عن القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، ولكي تستطيع الإدارة تحقيق أهدافها ينبغي أن تتمتع بامتيازات وسلطات لا تتوافر عند المتعاقدين معها، ومن ما تقدم نستنتج أن أتباع نظام القضاء المزدوج يحقق الموازنة والتوافق الأمثل بين غاية الإدارة في تحقيق الصالح العام من جانب وحماية الحريات الشخصية بما فيها -حرية التعاقد- من جانب آخر.

ثانياً: المقترحات.

١- إن ما انتهينا إليه من تضمين حريه التعاقد ضمن عداد الحريات وكفرع من الحريات الشخصية، تكون مجرد توجهات من لدنا صيغت استنادا لمبررات سبق ذكرها، الأمر الذي يتطلب ضرورة تدخل المشرع الدستوري في الدول - محل المقارنة - ليضمن هذه الحرية في الدستور بنص صريح ضمن الحريات الشخصية باعتبارها مبدأ ذا قيمة دستورية، وذلك عن طريق تعديل نصوص الدستور المتعلقة بالحريات الشخصية، ليضمن بذلك حماية دستورية حقيقه لها لا مجرد أمانى وتطلعات ورؤية مفكر أو توجه قضاء.

٢- نوصي بتعديل الدستور العراقي وإضافة نصوص تحقق الحماية الدستورية لحرية التعاقد وتحديد حدود هذه الحماية بشكل واضح لا غموض فيه.

٣- ندعو الى ضرورة إيجاد جهاز قضائي متخصص تكون مهمته حصر ما يطر على حرية التعاقد من قيود تؤدي الى الإطاحة بها واهدائها، والسهر على تكريس قيمتها الدستورية وسرعه الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود ومدى موافقه هذه العقود مع حرية التعاقد واحترام قيمتها الدستورية، ثم اي تشريع يصدر وفيه اهدار للحرية التعاقد يقوم هذا الجهاز بتعليق هذا التشريع واستبداله بتشريع يحترم الحرية التعاقدية.

٤- على الرغم من ان المشرع العراقي قد اكد على مرحلة المفاوضات بانها مرحلة لازمة للوصول للعقد النهائي استنادا الى المادة (٨٦) من القانون المدني، خلافاً للتشريع الفرنسي والمصري، إلا اننا ندعو المشرع العراقي ان يكون اكثر وضوحا بوضع قواعد منظمة تقنن بها مرحلة المفاوضات وذلك لتفعيل دورها في تدعيم حرية التعاقد، ومن ثم الوصول الى ابرام عقد يرضاه طرفاه، كما نوصي بإيجاد تشريع خاص للمناقصات والمزيدات في العراق ينظم كيفية إبرام العقود اسوة بقانون المناقصات والمزيدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، لان جمع القوانين التي صدرت بهذا الخصوص في تشريع واحد فيه تحقيق لمصلحة الإدارة والمتعاقد معها.

٥- نوصي القضاء العراقي متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا ومجلس الدولة ايلاء اهتمام اكبر بالعقود، ومن ثم الاعتراف بالحرية التعاقد، ليكون ذلك دافعا حقيقا للمشرع الدستوري للنص عليها، سيما أن ورود احكام وقرارات من اعلى سلطة في الدولة تتعرف بها يعطي للمشرع الدستوري ترخيصا لا يسال عليه اين وكيف ما نص عليها، كما يمكن هذا الاعتراف ذات الجهة القضائية المعترفة من الرد على أي عدوان تشريعي للحرية التعاقد واثبات قيمتها الدستورية، كما هو الحال في اعتراف المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذه الحرية وردها

في العديد من القرارات على العدوان التشريعي عليها واثبتت قيمتها الدستورية باعتبارها حرية فرعاً من الحرية الشخصية.

٦_ لكي تقام الحماية لدستورية لأي حرية لابد من خضوع الدولة للقانون والتزامها بمقتضاه، أي خضوعها للدستور لأنه اسمى صور القانون، وهذا المقترح يتفرع منه ضرورة أن تستقل السلطة القضائية فلا تطالها أي اعتداءات من السلطتين التنفيذية والتشريعية.

٧_ نوصي بتعديل مبلغ الغرامات المنصوص عليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، ورفع سقفها حتى يضمن من اصحاب المشاريع عدم اخلالهم بالعقود التي ابرموها، كما نوصي بنشر ثقافة التمسك بالحرية التعاقدية وقيمتها الدستورية لتكون مبدأ راسخاً بين افراد المجتمع، حتى لا يكون الخوف أو التعقيد أو التعسف أو تطويل الاجراءات، دافعا للأفراد للقبول بالتنازل عنها.

٨_ نرى وضع حرية التعاقد في عداد الحريات التي يعطى فيها للمشرع العراقي سلطة تقديرية لغرض تنظيمها دون إهدارها، فان انحرف المشرع في تنظيمها يوجد رقابة قضائية على دستورية الانحراف فتبطله، لان الحريات المطلقة لا ترد عليها قيود وحرية التعاقد ترد عليها قيود لتنظيمها.

٩_ نقترح أن يتم النص على (آلية التصدي) في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية أسوة بالمشرع المصري الذي أوردها في قانون المحكمة الدستورية العليا في مادته (٢٧) لتوسيع ضمانات القضائية التي تمارسها المحكمة حماية لحريات الشخصية بما فيها حرية التعاقد سيما أنه قد تتجاهل المحاكم عن الإحالة أو يتغاضى الخصم عن الدفع بدستورية النص التشريعي المخالف للدستور فيبقى وسيلة التصدي خير ضمانه لتلك الحرية.

المصادر والمراجع

قائمة المراجع

-المراجع باللغة العربية:-

أولاً/ كتب اللغة والمعاجم:-

- ١- بطرس البستاني، قطر المحيط ، ط٢، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٥.
- ٢- فرانسوا بوشية سو لفينة، القاموس العلمي للقانون الانساني، ترجمة محمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، ٢٠٠٦.
- ٣- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٤- معجم المعاني الجامع، منشور على الموقع الالكتروني:

[https://www.almaany.com/.](https://www.almaany.com/)

ثانياً/ الكتب العربية:-

- ١- إبراهيم ابو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، ج١، ط٢، دار الكتب الجديدة المتحدة، بدون مكان نشر، ٢٠١٠م.
- ٢- إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٣- أحمد حشمت ابو ستيت، نظرية التزام في القانون المدني الجديد، ج١(مصادر التزام)، ط٢، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٥٤.
- ٤- أحمد عبد العال أبو القرين، الحماية الدستورية للملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة الجامعية، دون مكان نشر، ١٩٩٩.
- ٥- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦- _____، الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٧- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية الإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٨- أسامة أحمد عبد النعيم، مبادئ الحماية الدستورية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

- ٩- أشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ١٠- أميرة خبابة: ضمانات حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠.
- ١١- اندرية هوريو، القانون الدستوري والنظم السياسية، ترجمة علي مقلد وآخرين، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧١.
- ١٢- أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٣- توفيق فرج: الحقوق العينية الاصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٣.
- ١٤- ثروت بدوي، اصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- ١٥- ثروت بدوي، مبادئ القانون الاداري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ١٦- ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٧- جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٨- حسام فرحات ابو يوسف: الحماية الدستورية للحق في المساواة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٩- حسان شفيق العاني، نظرية الحريات العامة تحليل ووثائق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، جامعة بغداد، ٢٠٠٩.
- ٢٠- حسن البحري: القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار ومكان نشر، ٢٠١٨.
- ٢١- حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.
- ٢٢- حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط ٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
- ٢٣- حميد موحان عكوش، أياد خلف محمد، الديمقراطية والحريات العامة، ط ١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٣.
- ٢٤- ذنون يونس صالح المحمدي: نظرية الامن التعاقدية، دار نون لطباعه والنشر والتوزيع، دون مكان
- ٢٥- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- ٢٦- زكي محمد النجار، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، النظام الدستوري المصري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٢٧- سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٢٨- سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحياته، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
- ٢٩- سعاد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٣٠- _____، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
- ٣١- سعد عصفور، النظام الدستوري المصري دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠.
- ٣٢- سعدي محمد الخطيب، الدولة القانونية وحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٣٣- سليمان الطماوي، السلطات الثلاثة في الدساتير المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي(دراسة مقارنة)، ط٥، مطبعة جامعه عين الشمس، الاسكندرية، ١٩٨٦.
- ٣٤- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (نظرية العقد والارادة المنفردة)، ج٢، ط٤، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٨٧.
- ٣٥- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٣٦- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
- ٣٧- عبد الباقي البكري، علي بدير، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦.
- ٣٨- عبد الحفيظ النشمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٣٩- عبد الحميد متولي وآخرون، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.

- ٤٠- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر التزام، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٢.
- ٤١- عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٤٢- عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٤٣- عبد الفتاح ساير، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، دون سنة نشر.
- ٤٤- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، بدون دار طبع، بدون مكان نشر، ١٩٨٤.
- ٤٥- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧.
- ٤٦- عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١ في انعقاد العقد (اركان العقد)، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.
- ٤٧- عبد المنعم درويش، محاولة لتحليل فكرة التزام العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٤٨- علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، د. عصام عبد الوهاب البر زنجي، مبادئ واحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون سنة نشر.
- ٤٩- عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية _ جان دبوي للقانون والتنمية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣.
- ٥٠- فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤.
- ٥١- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠٠٥.
- ٥٢- كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة في الانظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧.
- ٥٣- ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري، دون دار طبع، دون مكان نشر، ١٩٨٧.
- ٥٤- _____، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديد، دون مكان نشر، ٢٠١٤.
- ٥٥- مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، منشورات جامعة دهوك، دهوك، ٢٠٠٩.
- ٥٦- _____، القانون الإداري، ط٣، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، ٢٠٠٥.

- ٥٧- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٥٨- ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الاداري، جامعه بغداد، بغداد، ١٩٩٦.
- ٥٩- محمد احمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٦٠- محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- ٦١- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لحرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٦٢- محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهريّة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١.
- ٦٣- محمد عبد الحميد ابو زيد، توازن السلطات ورقابته، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٦٤- محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١.
- ٦٥- محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الانسان، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١.
- ٦٦- محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، ابرامها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.
- ٦٧- محمد فهيم درويش، مرتكزات الحكم الديمقراطي وقواعد الحكم الرشيد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٦٨- محمد كاظم المشهداني، النظم السياسية، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩١.
- ٦٩- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون مكان نشر، ٢٠١٣.
- ٧٠- محمود أبو صوي، الفصل بين السلطات واستقلال القضاء في فلسطين، وحدة البحث العلمي والنشر في كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٥.
- ٧١- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعه جامعه القاهرة، القاهرة، ١٩٨٧.
- ٧٢- محمود سلامة جبر، الحماية الدستورية والقضائية للحقوق الاساسية في العمل، ط١، مطبعة ابناء وهبه حسان، بدون مكان نشر، ٢٠٠٥.

- ٧٣- محمود عاطف البنا: حدود سلطات الضبط الاداري، مطبعة جامعه القاهرة، بدون دار نشر، ١٩٨٠.
- ٧٤- محمود علي احمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ٧٥- مصطفى جمال، السعي الى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٧٦- المفرجي، احسان حميد ، كطران زغير نعمه ، رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩١.
- ٧٧- منذر الشاوي، القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتاب، ج٢، ط٢، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٧٨- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الاداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٧٩- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمه عادل زعيتر، ط١، بلا دار نشر، القاهرة، ١٩٥٣م. نشر، ٢٠١٨.
- ٨٠- نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥.
- ٨١- نواف الكنعان، القضاء الاداري، ج٢، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م.
- ٨٢- هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- ٨٣- وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٨٤- وسام صبار العاني، القضاء الاداري، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

ثالثاً/البحوث والمقالات:-

- ١- ادريس حسن محمد، مبدا الفصل بين السلطات ودورة في حماية الحقوق والحريات، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، العدد (٤)، المجلد (١٥)، ٢٠٠٨.
- ٢- اسامه احمد عبد النعيم، الحماية الدستورية للحق في بيئة آمنه، ورقة بحثية منشورة على الرابط

<http://law.tanta.edu.eg/>

- ٣- أكرم البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، اثر موضوعية الارادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٤٩)، مجلد(١٣)، ٢٠١٦.
- ٤- أكرم محمود حسين، محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة) مجلة الرافدين للحقوق، العدد(٣١)، مجلد(٩)، ٢٠٠٧.
- ٥- آمنة عباس حسين الجابري، علي يوسف عبد النبي الشكري، السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات في القانون العراقي(دراسة مقارنة)، مجلة جامعه كربلاء العلمية، العدد(٣)، مجلد(١١)، ٢٠١٣.
- ٦- اوريلي دوفي، دسترة حرية التعاقد، مجلة القانون العامة وعلم السياسية الفرنسية، العدد(٦)، ٢٠٠٦م، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، مراجعه د. وسيم منصوري.
- ٧- اياد خلف محمد جويعد، ايمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد (٢٣)، المجلد (٠)، ٢٠١٣.
- ٨- جعفر ناصر حسين وفتحي الجوراني، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة التشريع والقضاء، المجلد السادس، ٢٠١٣.
- ٩- حاج أحمد عبد الله: فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الاداري والفقہ الاسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق العلمية، العدد (١)، المجلد (١٢)، ٢٠١٩.
- ١٠- خليفة الجهمي: طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://khalifasalem.wordpress.com/2018/04/10/152/#_ftn124.
- ١١- رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، ندوة القضاء الاداري (قضاء الغاء)، كلية الحقوق، جامعه عين شمس، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٢- رضاوي سليمان، الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، معارف (مجلة علمية محكمة) قسم: العلوم القانونية(الجزائر)، العدد (١٦)، ٢٠١٤.
- ١٣- سامي حسن نجم الحمداني، حسين طلال مال الله العزاوي، تطور رقابة محكمة القضاء الاداري على القرارات الادارية في ضوء التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لعام ٢٠١٣، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية (جامعة كركوك)، العدد (١٥)، المجلد(٤)، ٢٠١٥.
- ١٤- سعد عبد الجبار علوش، نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية الحقوق(جامعة النهريين)، العدد(٢)، المجلد(٧)، ٢٠٠٥.

- ١٥- سه ربه ست قادر حسين، الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مجلة قه لآى زانست العلمية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعه صلاح الدين، العدد (٣)، مجلد (٣)، ٢٠١٨.
- ١٦- عبد السلام نور الدين، اثر استقلالية القضاء على الحريات العامة في دولة القانون، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة معسكر (الجزائر)، العدد (٢١)، المجلد (١٠)، ٢٠١٤.
- ١٧- علي عبد الحسين محسن، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الاداري، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع http://www.nazaha.iq/%5Cpdf_up%5C1016%5Cali_report.pdf، ٢٠١٠.
- ١٨- عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (٢٣)، مجلد (١١)، ٢٠١٠.
- ١٩- عماد خضير علاوي، دور الارادة المنفردة في انهاء العقد، مجلة جامعه الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٣)، المجلد (٢)، ٢٠١١.
- ٢٠- مبخوتة احمد، الرقابة كضمان لتحقيق الموازنة بين اعمال وتدابير الضبط الاداري وحماية الحريات والحقوق الاساسية، مجلة المعيار، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت (الجزائر)، العدد (١)، المجلد (٨)، ٢٠١٧.
- ٢١- محمد عبد علي خضير الغزالي، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حماية حق الملكية الخاصة، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد (٢١)، ٢٠١٧.
- ٢٢- محمد يوسف محييميد، الاشكالية القانونية لمجلس الدستوري الفرنسي، مجلة جامعه تكريت للحقوق، العدد (١)، المجلد (١)، ٢٠١٦ م.
- ٢٣- مركز الجزيرة للدراسات، استقلالية القضاء والانتقال نحو الديمقراطية، مقال منشور على الرابط الالكتروني <https://studies.aljazeera.net/ar/issues/2010/2011722101150375746.html>
- ٢٤- مها بهجت يونس الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد (٢)، المجلد (١٠)، ٢٠٠٨.
- ٢٥- ميثم حسين الشافعي، دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، مجلة دراسات اسلامية معاصرة (جامعة كربلاء)، العدد (٧)، ٢٠١٢.

٢٦- نبا نزار الربيعي: حق الشفاعة في القانون المدني العراقي، مقال منشور في شبكة الانترنت على الموقع-

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6211

٢٧- هاني محمد كامل فهميم، رقابة القضاء الدستوري على اعمال السلطة التشريعية والانحراف التشريعي، بحث دبلوم في العلوم الادارية مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعه الاسكندرية، ٢٠١٢م.

٢٨- يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، بحث منشور في الموقع الالكتروني www.tashreat.com

رابعاً/ الرسائل والاطاريح الجامعية:-

أ- الرسائل:

١- أحمد عودة محمد الدليمي، تدرج القواعد الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، ٢٠١١.

٢- أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، الحقوق والحريات العامة في ظل الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ١٩٨٣.

٣- إقبال فاضل خضير ابو كسور، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ٢٠١٤.

٤- إكرام فالح احمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه الموصل، ٢٠٠٣.

٥- بجرى عبد الحكيم، الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، رساله ماجستير، جامعه باتنة، ٢٠٠٦.

٦- حسن ناصر طاهر المحنّ، الرقابة على دستورية القوانين العراق نموذجاً (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، ٢٠٠٨.

- ٧- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، النظام العام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهريين، ٢٠٠٢.
- ٨- شيماء علي سالم الجبوري، ضمانات الحقوق والحريات العامة وسائل تفعيلها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠.
- ٩- عبد الخالق محمد مفتاح، الضمانات الدستورية والقضائية للحرية التعبير عن الراي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ١٠- عبد القادر عمرسي، الحماية الدستورية للحريات الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه الحاج لخضر، ٢٠١٥.
- ١١- الفارعة عبد الله جاسم، التنظيم الدستوري والقانوني لحريات الشخصية وفقا لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ٢٠١٧.
- ١٢- لمياء حليم عبد العظيم علوش، المحكمة الاتحادية في العراق ودورها في حماية الحرية الشخصية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠١٥.
- ١٣- مروج هادي الجزائري، الحقوق المدنية والسياسية وموقف الدساتير العراقية منها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعه بغداد، ٢٠٠٤.
- ١٤- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد، رساله ماجستير، كليه الحقوق، جامعه الشرق الاوسط، ٢٠١٤.
- ١٥- نوال بن الشيخ، الضبط الإداري واثرة على الحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه ورقلة، ٢٠١٣.
- ١٦- نور عبلة، تقيد الحرية التعاقدية، رساله ماجستير، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه أكلي محند اولحاج_البويرة_ (الجزائر) ٢٠١٨.
- ١٧- نورا ظافر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق نشأتها وافاق تطورها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهريين، ٢٠٠٦.

- ١٨- هاشم جليل ابراهيم الزبيدي، مبدا الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهريين، ٢٠١٢.
- ١٩- هاله احمد سيد احمد المغازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٢٠- وجناء رزاق عبد النصيراوي، الحماية القضائية للحرية الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه الاسكندرية، ٢٠١٨.
- ٢١- وسام حازم سلمان، حدود سلطات الضبط الإداري في التعامل مع المتظاهرين في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه النهريين، ٢٠١٤.

ب - الاطاريح

- ١- أسامه احمد عبد النعيم، الحماية الدستورية لحرية التعاقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه اسبوط، ٢٠١٤.
- ٢- بلحمزي فهيمه، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه عبد الحميد ابن باديس _ مستغانم (الجزائر)، ٢٠١٧.
- ٣- جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، ٢٠١١.
- ٤- حسين أحمد علي، ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، ١٩٧٨.
- ٥- صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه الجزائر، ٢٠١٠.
- ٦- ضياء عبد الرحمن احمد عثمان، مدى حرية الادارة في التعاقد في القانون اليمني (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه تعز، ٢٠٠٧.
- ٧- عبد الحميد علي فوده، مبدا سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقهاء الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعه القاهرة، بدون تاريخ نشر.

٨- عبد الله محمد حسين، الحرية الشخصية في مصر "ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق"، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٩٥.

٩- ماهر فيصل صالح، الحماية الدستورية لحقوق الأقليات في النظم الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.

خامساً/ القوانين :-

أ- الدساتير :-

١- دستور الجمهورية الرابعة الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦ الملغى

٢- دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ المعدل.

٣- دستور جمهورية العراق الصادر عام ١٩٧٠ المعدل.

٤- دستور جمهورية مصر الصادر عام ١٩٧١ الملغى.

٥- دستور جمهورية العراق الصادر عام ٢٠٠٥ .

٦- دستور جمهورية مصر الصادر عام ٢٠١٤ .

ب- القوانين :-

- القوانين ومشاريع القوانين العراقية :-

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩.

٣- قانون التعبئة رقم (١٢) لعام ١٩٧١.

٤- قانون الدفاع المدني رقم (٦٤) لعام ١٩٧٨.

٥- قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لعام ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لعام ١٩٧٩.

٦- امر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لعام ٢٠٠٤.

٧- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لعام ٢٠٠٥.

٨- قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لعام ٢٠١٠.

- القوانين المصرية :-

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨ المعدل.

٢- قانون الطوارئ المصري رقم (١٦٢) لعام ١٩٥٨.

٣- قانون رقم (٤٩) لعام ١٩٧٧ الخاص بتأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

٤- قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩.

٥- قانون تنظيم المناقصات والمزيدات المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.

- القوانين الفرنسية:-

١- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل.

٢- القانون المالي الجديد في فرنسا رقم (٦٩٢-٢٠١) الصادر ٢٠٠١ / ٢ / ١.

٣- مشروع قانون الضمان الاجتماعي التكميلي للعمال رقم ١٢٨.

سادساً/ الانظمة والتعليمات:-

١- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لعام ٢٠٠٥.

سابعاً/ المواثيق الدولية:-

١- الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩.

٢- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في عام ١٩٦٦.

٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر ١٩٦٦.

ثامناً/ القرارات والاحكام القضائية:-

١- حكم محكمة القضاء الاداري ، في القضية رقم ٦٣٨٦ لسنة ٨ ق، الصادر بجلسة ١٩٥٤/٩/٦، س١٠،

ص٢٩٩.

٢- حكم محكمة تمييز العراق رقم الإضبارة (٢٥٢٧/حقوقية/٩٦٦) في (١٢/١١/١٩٦٦).

٣- طعن رقم (٥١٤) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٨.

٤- حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦/١/١٩٨٧، قضية رقم ٥٧٥٢، سنة ٤٠ قضائية.

٥- قضية رقم (٢٢) قضائية المحكمة الدستورية العليا، بالجلسة العلنية المنعقدة ٤ يناير سنة ١٩٩٢م، الموقع

الالكتروني للمحكمة.

٦- حكم المحكمة الادارية العليا رقم/٣٥٦٥/ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥.

- ٧- حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٨/٣/١٩٩٥، قضية دستورية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٤ بتاريخ ٦/٤/١٩٩٥.
- ٨- قضية دستورية عليا رقم ٣٨ لسنة ١٨ق، بالجلسة العلنية المعقدة في ٦ نوفمبر ١٩٩٦، منشور على موقع المحكمة.
- ٩- حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤/١/١٩٩٧، قضية دستورية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣ بتاريخ ٢٦/١/١٩٩٧.
- ١٠- حكم المحكمة الدستورية العليا، ٧/٦/١٩٩٧، القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية.
- ١١- حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢/٨/١٩٩٧، قضية دستورية رقم ١١٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٣ بتاريخ ١٤/٨/١٩٩٧.
- ١٢- حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢/٨/١٩٩٧، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٨ بتاريخ ١٨/٩/١٩٩٧.
- ١٣- حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٤/١٠/١٩٩٧، قضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق. د، ورد النص كاملا له بالموسوعة الدستورية الشاملة لأستاذ حسام محفوظ من ص ٩٠ الى ص ٩٥.
- ١٤- حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤/٣/٢٠٠٠، طعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ ق، ص ٤٩٧.
- ١٥- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٨ بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٣، جلسة ٨/١/٢٠٠٣ ملف رقم ٣٢/٢/٣٢٥٣، المبادئ القانونية التي اقرتها الجمعية، الموسوعة الادارية الحديثة، ج ٣٥، قاعدة رقم ١٥٨.
- ١٦- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٥/٢٠٠٧ في ١/٨/٢٠٠٨م، منشور على موقع المحكمة.
- ١٧- قضية رقم ٥٧/اتحادية/٢٠١١، بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١١.
- ١٨- حكم محكمة القضاء الإداري، رقم الدعوى ٨٤/ق/٢٠١٢، رقم القرار ٣٢٢/٢٠١٢، بتاريخ ٢٨/١١/٢٠١٢.
- ١٩- قضية رقم (١١٤) اتحادية ٢٠١٣، المحكمة الاتحادية العليا، دستورية، صادر بتاريخ ٤/١٢/٢٠١٣.
- ٢٠- قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١٤/اتحادية / ٢٠١٣ والصادر ١٤/١٢/٢٠١٣.

تاسعاً/ المواقع الالكترونية:-

١- موقع المحكمة الاتحادية العليا <https://www.iraqfsc.iq/news.4562/>

٢- موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg/>

- المراجع باللغة الفرنسية:-

أولاً/الكتب:-

1- André Hauriou : droit constitutionnel et institutions politique 6eme éd
paris 1975p.

ثانياً/البحوث والمقالات:-

1- ANNE-LAURE valembois, la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, CCC n°17 , mars 2005.

2- B. Mathieu et M. Verpaux, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle", LPA, 1998, n144.

Comparee, Les. Rev. Droit Int'l & Legis. Comp., 27.

3- MARK JANIS: Lanotion de droits fondamentaux Etat U Amerique Aetualite jurjdique juillet _ Aout 1998p..52.53.

4- ROUHETTE (G), "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat, in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981.

5- Stocquart, E. Restrictions de la Liberte des Contrats en Legislation

ثالثاً/الرسائل والإطاريح:

1-Gahdoun, Pierre-Yves. *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Diss. Montpellier 1, 2006.

2- stępniak, Lechosław. "Le problème de la liberté des contrats et de la responsabilité dans les échanges économiques socialisés." *Contemporary Central & East European Law* 3-4 (51-52) (1981): 51-63.

رابعاً/التقارير:-

1- La conquête de droits de l'Homme Textes fondamentaux , par Guy La
gelée et Jean _louis Vergnaud, éd Le cherche midi éditeur 1988

2- La chaire (f): Le conseil constitutionnel, éd. Economica, 1980.

خامساً/القوانين والانظمة:-

1- du Code civil français de 1804, tel que modifié.

2- de la nouvelle loi de finances française n ° (692-201) du 2/1/2001.

3- de la loi complémentaire sur la sécurité sociale des travailleurs no (128).

سادساً/الأحكام والقرارات القضائية:-

1- Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995.

2- Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996.

3- Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

4- Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

5- 9- Cons. Constitue, Décision N 82-142 DC, du 27 juillet 1982, J. o. du 29
juillet,

6- Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

سابعاً/المواقع الالكترونية:-

1- <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechTexte.do?fbclid=IwAR0i9ehfkCSSkiXk4UsTyTlxZqkHHpxJBXNIQVuJyXqIDQvCVhBj3vDzmKk>.

Abstract

Constitutional protection for any freedom based on its sources of declarations of rights and introductions to constitutions and stipulated in the same constitution and in the chapters on freedoms, and the latter is more effective in protecting freedoms, and that freedom of contract is a freedom that is not stipulated in a text that is protected by a constitutional protection, but that does not mean that this freedom has no value Constitutionalism, because the constitutional protection is not limited to the freedoms expressly stated in the constitutional document, but also includes what is included in the scope of other freedoms, especially since relying on the formal criterion in defining the constitution enables it to be amended and included in a freedom that is not included in the chapters of the freedoms included in it, without relying on Saying that it is of a constitutional nature and does not require a constitutional amendment to protect it. Freedom of contracting is a freedom that branches out from personal freedoms and is considered one of the results of the principle of willpower. It is the freedom of both parties to the contract to accept the contract or not, and their freedom to choose the contractor and to define the terms and effects of the contract and to amend it. That - meaning the principle of consent - came the role of the binding force of the contract (the contract is the Sharia of the contractors), but the scope of its work is narrower in the field of public law than in private law due to the nature of public law contracts, and its scope In the stage before concluding the contract, it is wider than its scope in the remaining stages of conclusion and implementation, and any restriction that is addressed to it is for its regulation that does not affect its constitutional value because that is a waste of it, and the civil law has emphasized the freedom of contracting and since its provisions are an extension of the constitutional texts. This is an affirmation of its constitutional value, and this value, despite the absence of a text recognizing it, was based on its recognition in an implicit way by the French constitutional legislator, and both the Egyptian and Iraqi constitutional legislators followed this trend, but they did not recognize it implicitly, but only included texts related to their constitutions. With personal freedoms only, so that it is possible to amend these texts and include this freedom as a branch of it, then

came the turn of the French judiciary and hesitated and then recognized its constitutional value in many judgments, so that the Egyptian judiciary would follow and recognize it as a branch of personal freedoms, and to the extent that freedom of contract is related to the human being (personal freedom) and as much. What the comparative constitutional judiciary has recognized of its constitutional value is that it is one of the basic freedoms, and in order to guarantee freedom to contract this protection, it must be surrounded by constitutional guarantees of respect for legality and an endorsement of the principle of flexible separation of powers and independence. The judiciary has access to the principle of equality that makes everyone enjoy this freedom if this enjoyment does not contradict the requirements of the public interest. Then it is surrounded by judicial guarantees that transform its constitutional guarantee from its theoretical field to its practical field. The only body that can monitor the authorities' actions is the judiciary from exercising control over the constitutionality of laws and control over business administration that violates personal freedoms, including the freedom to contract.



Constitutional protection of freedom of contract
(A comparative study)

A thesis

To the Council of the Faculty of Law and
Political Science at Anbar University, which
is part of the requirements to obtain a
master's degree in law

By

Mohammed Mahmoud Suleiman Abboud Al Hayani

Supervised by

Prof .Dr. Maher Faisal Saleh

2020 A.D

1442 A.H