# الحرية التعاقدية للأشخاص العامة

بقلم: رمضاوي سليمان*

**ملخص**

تلعب الحرية التعاقدية دورا مهما ليس فقط في عقود القانون الخاص بل أيضا في إطار العقود الإدارية، فبواسطتها وبإسناد من المشرع تستطيع الإدارة أن تبرم عقودا في إطار نشاطها الاقتصادي وكذا في تشغيل المرافق العامة، بغرض أداء الخدمات للجمهور. وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن هذه الحرية ليست كنظيرتها في عقود الأفراد، لأن الحرية التعاقدية للأفراد هي حرية حقيقية تنبعث من الطبيعة الإنسانية، أما تلك المتعلقة بالأشخاص العامة ما هي في جوهرها إلا تقنية إجرائية وإدارية لتحقيق النفع العام للأفراد، بل قد أصبحت هذه الحرية ضرورة عصرية في العصر الحديث، لذلك يستلزم ضروريا أن تتمتع هذه الحرية بالقيمة الدستورية كالتي تتمتع بها حرية التعاقد لدى الأفراد، وهو الأمر الذي أدى بالمجلس الدستوري في فرنسا أن يضفي على حرية التعاقد للإدارة قيمة دستورية، أو جعلها في مصاف المبادئ الدستورية، وفعلا قد استجاب القضاء الإداري في فرنسا لهذا الاتجاه الذي تبناه المجلس الدستوري هناك.

**Résumé**

La liberté contractuelle joue un rôle important, dans les contrats du droit privé, et aussi dans le cadre des contrats administratifs, avec lequel et par attribution du législateur à l'administration peut conclure des contrats économiques, et dans les services publics afin d'atteindre les objectifs d'intérêt public.

* أستاذ متعاقد بجامعة الطاهري محمد. بشار.

A travers la présentation de cette étude, cette liberté ne doit pas être la même que la liberté contractuelle des individus, parce que cette dernière est la véritable liberté émanant de la nature humaine. Comme aussi devenu évident, que la liberté de contrat avec les personnes publiques, ce qui est en considération comme seule technique procédurale et administrative pour la conduite des affaires des individus dans l' Etat, de sorte qu'il est devenu nécessaire dans l'ère quoi moderne de reconnaître la valeur constitutionnelle de cette liberté et cela peut être approuvé par le Conseil constitutionnel en France dans plusieurs de ses décisions. Cet effet est également tracé dans les arrêts du conseil d' Etat français, et aussi dans les arrêts du conseil homologue Egyptien.

**مقدمة**

يتعلق موضوع الدراسة الماثلة بإحدى شروط العقد الإداري، وهو شرط الحرية التعاقدية للشخص العام، وهذا الشرط يجب الحصول عليه قبل إعلان الإدارة عن التعاقد وقبل تكوين العقد وبعد إبرامه، ذلك أنّ القواعد التعاقدية تستوجب تحقيق هذه الحرية في جانب الشخص العام في مواجهة الحرية التعاقدية التي يتمتع بها الأفراد الراغبون في التعاقد مع الإدارة حتى يكون طرفا العقد على قدم المساواة.

وإذا كانت الحرية التعاقدية للأفراد من قبيل الحريات الحقيقية، ومسلمة من المسلمات القانونية التي لا تناقش أصلا، مما لا يستدعي إثبات وجودها للفرد المتعاقد، فهي موجودة حقيقة لا افتراضا كقاعدة. أما بالنسبة للحرية التعاقدية للأشخاص العامة، فإن الأمر يختلف كثيرا، لهذا ثار التساؤل حول وجود مرتكزات لحرية تعاقد الشخص الإداري مثلما عليه الحال بالنسبة لنظيرتها في القانون الخاص، حيث أن إثبات هذه الحرية يؤدي إلى الاعتراف بها تشريعيا وقضائيا، بل وترقى أيضا إلى مصاف الحقوق الدستورية المعترف بها للشخص العام.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذه الدراسة إلى مطلبين:

**المطلب الأول**: مرتكزات الإقرار بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة.

**المطلب الثاني**: الأساس الدستوري لحرية التعاقد للأشخاص العامة.

## المطلب الأول

## مرتكزات الإقرار بمبدأ الحرية التعاقدية للشخص العمومي

تعتبر الإرادة الحرة المستقلة جوهر التعاقد، ويجب ألا تتخلف الحرية في أي مرحلة من مراحل العقد، لكونها شرط ابتداء واستمرار. وأجلى مظاهر الحرية أن يكون للعاقد حرية الاختيار في الإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد، وأن يكون حرا

في اختيار المتعاقد الآخر شريك مجتمعه العقدي، ذلك أنه إذا كانت الغاية من إبرام العقد إنشاء الحقوق والالتزامات، فإن هذا يستوجب بحسب مدلول مبدأ الحرية والاستقلال أن تستند نتيجته إلى التقاء إرادات الأطراف الحرة المستقلة. أما إذا استندت نتيجة العقد إلى إرادات غير حرة، فإن هذا يجعل حالة خضوع أحد الإرادات إلى الإرادة المقابلة لها تفتقد فيها الحرية، وبالتالي لا نكون بصدد روابط تعاقدية[1].

وكغيرها من الحريات الأخرى، فإن الحرية التعاقدية لابد أن تستند بدورها إلى أساس قانوني للاعتراف بها من قبل السلطة السياسية، ولا وجود للحرية التعاقدية بمفهومها المجرد النظري، حيث لا وجود لحرية ما إلا ضمن الفلك القانوني[2] الذي توجد به كامل الحريات ومن بينها الحرية التعاقدية.

وقد اعترف المشرع اللبناني صراحة بحرية التعاقد للأفراد، في قانون الموجبات، حيث نصت المادة 166 منه: "إن قانون العقود يخضع لمبدأ حرية العاقد، وللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية"[3]، كما أن المشرع الفرنسي لا يشذ عن هذا الاتجاه، معترفا بمبدأ حرية التعاقد في علاقات أشخاص القانون الخاص فيما بينهم، المنصوص عليه في التقنين المدني[4].

وترتكز الحرية التعاقدية على العدالة في تبادل الالتزامات والحقوق بين

---

(1) -Bréchon Moulenes (CH): liberté contractuelle des personnes publiques A. J. D. A 1998, P644 ets.

(2) - عاطف النقيب: نظرية العقد، دار صادر، لبنان،1998 ،ص 59-60.

(3) - قانون الموجبات اللبناني.

(4)- Bréchon Moulenes (CH), op. cit, p644-645.

الأطراف، ومظهر ذلك يتضح في حرية الإرادة في دخول المفاوضات من عدمه؛ لذا فإن المشرع الجزائري اعترف للإرادة بحرية التفاوض دون التنصيص على الحرية التعاقدية صراحة، مما يفهم ضمنيا اتجاه إرادة القانون إلى ذلك، أي من باب اللزوم العقلي، بدليل أن المشرع يجعل العقد ساقطا وليس ذا أهمية إلا إذا كان نافعا ومنصفا، حفاظا على ما اتجهت إليه الإرادة الحرة؛ ولهذا يعد كتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة إخلالا بواجب حسن النية وواجب الإخلاص[1]، وهو مؤشر كاف على تأثير مبدأ الحرية التعاقدية على كافة مراحل العقد بما فيها المرحلة ما قبل التعاقد.

وسواء أكان إقرار المشرع بوجود الحرية التعاقدية في روابط القانون الخاص صريحا أم ضمنيا، فلا يوجد بالمقابل مثل هذا الإقرار بالنسبة للحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام. وقد ظل الأمر مبهما، مما جعل إشكالية الحرية التعاقدية للأشخاص العامة غير مطروح على منابر الفقه بشكل كبير؛ لذلك لم تكن محلا للبحث المعمق، وإن كان الفقه والفكر القانونيان قد أشارا إلى الحرية التعاقدية للشخص العام بصفة سريعة، كما لم تطرح بجدية على القضاء الإداري إلا في السنوات الأخيرة وبشكل جزئي[2].

وطالما أن الحرية التعاقدية للشخص العام لم تجد اعترافا نصيا صريحا، فإن دراسة موضوعها يكون بعيدا عن النظرة التشريعية في ظل السياسة القانونية، حيث إنه لا فرنسا ولا مصر ولا سوريا ولا الجزائر؛ اعترفت قوانينها بهذه الحرية، بمعنى

(1) - بوعزة ديدان: الالتزام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، أبريل 2001، ص30، عدد 02.

(2) - Rolin (F. M): Accord des volontés et contrat dans les relations entre personne publiques, thèse « panthéon-Assas » Paris, 1997, P328.

الاعتراف النصي الصريح؛ لذلك تغدو دراسة موضوع حرية التعاقد في القانون العام من منطلق أرضية اجتهاد القضاء ورأي جمهرة الفقهاء دون التشريع.

وطبقا لمبادئ القانون العام والمنطق القانوني، لا يتصور الإقرار بحرية التعاقد للشخص العمومي إلا إذا كان يعتد به اعتدادا كشخص قانوني ممنوح القدرة القانونية لمباشرة الاختصاصات المحددة بموجب قانونه الخاص، حيث إن الأشخاص العامة لا تمتلك صفة الشخص القانوني تلقائيا إلا عن طريق إسناد الاختصاص للشخص العام الذي ما وجد إلا لتحقيق المصلحة العامة، مما يعني أن الشخصية القانونية للشخص العام تدور وجودا وعدما مع فكرة الاختصاص، وذلك على خلاف المعروف والشائع بالنسبة للأفراد، الذين يعتبرون كائنين في حد ذاتهم، ويحوزون بذاتيتهم فقط صفة الشخص القانوني[1]، وسوف نتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل، وذلكم على النحو التالي:

### الفرع الأول: الحرية التعاقدية للشخص العام في اجتهاد القضاء والفقه الفرنسيين

يعترف مجلس الدولة الفرنسي في كثير من اجتهاداته بحرية التعاقد للشخص العام، وبحسبان هذا الاعتراف القضائي يعتبرها المجلس من قبيل المبادئ العامة للقانون[2]، غير أن موقفه ينم عن تحديد قضائي سلبي لا إيجابي لمفهوم الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، ذلك أنه يُوثِق الحرية التعاقدية بوثاق النص القانوني واللائحي، أو بمعنى أبلغ تصويرا كالذي تذهب إليه الأساتذة BRECHON أنه يضعها ضمن قوقعة التنظيم[3]، فجاءت صيغ اجتهادات المجلس الصادرة بشأن

(1) - Bréchon-Moulènes. Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA, 1998, P644

(2) - C. E 08-02-1991, régions midi-pyremees, Rec, P 41.

(3) - C. E. 12-10-1989, chambre syndicale des agents d'assurance, Rec, P 326.

الحرية التعاقدية كلها سلبية تقريبا أي بطريق غير مباشرة، ومن أمثلة ذلك: " ما من حكم تشريعي يحظر أو يمنع التعاقد..."[1]، وما يفهم من اتجاه مجلس الدولة الفرنسي أنه يقر بعدم وجود مانع قانوني يحول بين الشخص العام وحرية تعاقداته، غير أنه لا يقر مباشرة بالحرية التعاقدية، وهذا الاعتراف يكون أشبه بالتعريض وأبعد عن التصريح، الأمر الذي جعل مفهوم الحرية التعاقدية في القانون العام محاطا بهالة من الغموض واللاتحديد في أقضية المجلس.

ويلاحظ أن في أغلب اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي يعتمد إيراد الصيغة السلبية لمفهوم الحرية التعاقدية، وليس له في ذلك من غاية مقصودة، إلا أنه لا يريد بحث هذه الحرية خارج نطاق العلاقة مع العنصر القانوني والتنظيمي، ولو بحث عن مصادر حرية التعاقد وناقشها دون التقيد بالنص القانوني والتنظيمي لجاءت اجتهادات القضاء الإداري في مادة الحرية التعاقدية بطرح متميز مبتكر، والعلة في ذلك أن لهذه الحرية دورا كبيرا، وكفاعل أساسي تنطلق منه العملية التعاقدية للشخص العام، وهي في هذه الحالة لا تبدو إلا كهامش ضروري من التقدير والملاءمة ممنوح لهذا الشخص عند ممارسته لاختصاصاته[2].

وباعتماد هذا الطرح، يمكن تفسير الحرية الممنوحة للأشخاص العامة. ومهما يكن موضوع العقد وأسلوبه الذي يبرم عن طريقه، فإن هذه الحرية لم تحصل حتى الآن على هوية قانونية وتنظيمية، أو ليست حرية بالمعنى القانوني الدقيق للمصطلح بل لا تعدو هذه الحرية عن كونها مجرد (حرية إدارية)[3] seulement une liberté

---

(1) - ويكاد أن يكون هذا الطرح السلبي لمفهوم الحرية التعاقدية طفرة قضائية في كافة اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي بكل أنواع درجاته، انظر مثلا: T. A. LYON 18-04-1996. Communauté urbaine de lyon. Petites affiches. 23-09-1996. p10

(2) - PICARD (E ): la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle-Droit fondamental ? A. J. D. A 1988. P 665

(3) - PICARD (E ): la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-telle- Droit =

administrative

ولعل ما يبرز طبيعتها الإدارية التي نبه إليها الأستاذ Picard هو حجم القدرات والإمكانات المعطاة للسلطات في تقرير التعاقد من عدمه، وفي أسلوب اختيار المتعاقد، وفي تحديد شروط العقد، وأيضا الاستعمال الاحتمالي للامتيازات الممنوحة للإدارة المختصة وفق مبادئ النظرية العامة للعقود الإدارية. وهذه المكنات القانونية لا تتجسد إلا على أساس السلطة التقديرية[1]، وإذا ما أخذنا بضابط التقدير والملاءمة التي تتمتع بها الإدارة عند معرض ممارسة هذه الحرية، نكون قد أبرزنا العلة الحقيقية عند المقارنة بين الحرية التعاقدية الإدارية وتلك التي يتمتع بها الأفراد، الأمر الذي يكشف عن أهم خصائص الحرية الإدارية؛ فهي أولا ذات خاصية غائية، وثانيا ذات خاصية عمومية[2]، وهاتان الخاصيتان تتناقضان من حيث المبدأ

---

fondamental ? opcit. P 665

(1) - وبالمناسبة فإن الخصيصة الموضوعية تسود جميع مواضيع القانون العام، حيث لا وجود من حيث المنطق والمبدأ للخصيصة الذاتية مطلقا في تصرفات الشخص العام، الانفرادية منها أو الاتفاقية، وإنما الوسط الطبيعي للخصيصة الذاتية هو تصرفات الأفراد فحسب.

(2) - PICARD (E ), la liberté contractuelle des personnes publiques…. ,OP. CIT ,P 665 ets.

وبمثابة كون الحرية التعاقدية الحقيقية غير ذات غاية محددة يصح هذا القول بنسبة كبيرة حينما نأخذ بالطرح الذي تذهب إليه الفلسفة الفردية ذات التوجه المطلق لحرية الفرد دون قيود. أما في العصر الحالي وفي ظل دولة القانون، لا وجود للحرية المطلقة في الواقع العملي من حيث غايتها أو محتواها أو موضوعها وأساليب ممارستها أو مجالاتها؛ لأن السلطة تملك أن تحدد مجالات معينة تسمح للأفراد بالتحرك فيها، وتلتزم بعدم التعرض لهم في داخلها، بل وحمايتهم ممن يتعرضون لهم أثناء ممارستهم لحرياتهم في هذه المجالات.

للاستزادة أكثر في موضوع الإطلاق والتقييد للحرية انظر: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007، ص87 وما بعدها.

وإذ تتدخل السلطة بتنظيم ممارسة الحرية أيا كان نوعها، ومنها الحرية التعاقدية، وذلك بإحالة من القانون وتطبيقا لنصوصه، والقانون نفسه لا يستطيع أن يمنع إلا ما يكون ضارا بالمجتمع وأفراده، بل وفضلا عن ذلك يقوم القانون بتوفير الحماية القانونية لممارسة الحرية، وداخل هذه المعادلة ذات الحدين السلبي والإيجابي وهما: "التنظيم والحماية"، تكمن فلسفة التشريع عموما، إذ تجد الحرية أصولها في وجود شعب حر، وهو الشرط الأساسي لتكوين حرية على المستوى القانوني، وهذه الفلسفة كانت =

والطبيعة مع خصائص الحرية الحقيقية ذات الدستورية، أو بالمعنى الدقيق، باعتبارها حقا دستوريا، إذ إن هذه الأخيرة غير ذات غاية معينة؛ ذلك لأنها لا تتسم بالغائية ذات القطب الوحيد بل هذه الحرية متعددة الغايات، وفوق ذلك إن محتواها وموضوعها وأساليب ممارستها من حيث المبدأ العام تكون أميل للذاتية دائما[1].

ومن البيّن أن الحرية التعاقدية في منطق قانون الأشخاص الإدارية من خلال عرض تفردها وتميزها عن تلك الحرية الحقيقية، تبدو أنها ذات طابع غائي، أي تتميز بكونها ذات الغاية المحددة والغرض المحدد الذي يرسمه القانون، وأيضا تتميز بالطابع النسبي جدا، أي تتفاوت ضيقا واتساعا من حيث ممارستها من شخص عام إلى شخص عام آخر، والعلة في ذلك هو كم الاختصاصات المسندة إلى الشخص

---

دأب الدساتير الفرنسية المتعاقبة، وقد توج أمر الحرية بصفة حاسمة، عندما أصبحت تشكل ركنا من أركان الضمير الحقوقي الفرنسي الحديث.

حول الموضوع انظر على التوالي:

Morange (j): les libertés publiques, que sais-je ? Paris, 1995, P 13 et s ; Verpeaux (M): La liberté A. J. D. A Paris 1998, P 145 et S.

(1) - انظر في هذه الجزئية المؤلفات التالية:

Pontier (j. m): Contractualisation et planification. R. D. P. 1993, P 115; Richer (L): Droit des contrats administratifs,L. G. D. J, Paris. 1995, P15.

غير أنه لا يزال في فرنسا ينظر إلى وجود دفاتر الشروط النموذجية المفروض من جانب السلطات المركزية على الجماعات المحلية في معرض تعاقداتها العمومية يشكل تناقضا صارخا وصريحا مع مبدأ الإدارة الحرة المعترف به دستوريا، ولكن هذا القيد زال عندما تدارك المشرع الفرنسي تصحيح هذا الوضع مع صدور قوانين الجماعات المحلية المؤرخة في 1982/02/03، وقد استقبلته منابر الفقه هنالك بالثناء والحفاوة. للمزيد من معلومات وافية حول الموضوع انظر:

Rolin (F.M), Op. cit, P325

ومعنى ذلك أن الإدارة المحلية في فرنسا أصبحت تستطيع أن تعبر عن إرادتها التعاقدية بدون قيد يفرض عليها من أي جهة كانت، ولو كانت السلطة المركزية، باعتبار أن الجماعات المحلية تتجسد فيها روح الإرادة العامة القاعدية، ومع ذلك يبقى إبرام عقودها الإدارية خاضعا لتقنية المناقصة كقاعدة حيث تنتفي معها سلطة التقدير.

العام في مجال التعاقد، ولنضرب مثالا لذلك: الحرية التعاقدية للجماعات اللامركزية[1] تكون أقل ممارسة لسلطة التقدير والملاءمة في مجال التعاقد من الدولة باعتبارها الشخص العام الأم[2]، الذي تتولد منه الأشخاص العامة الأخرى فهي ذات السيادة المطلقة، وهذه الأخيرة تعتبر اختصاص الاختصاصات. وكذلك الأمر إذا ما اتجهنا بالحرية التعاقدية إلى المستويات الدنيا للأشخاص العامة، فنجد أن المؤسسة العامة يحكمها مبدأ التخصيص (تخصيص الغرض)، فالمؤسسة لا تتمتع بحرية تعاقدية من ذات طبيعة الحرية التي تتمتع بها الأشخاص العامة المركزية أو الأشخاص اللامركزية[3].

ونخلص إلى الإقرار بأن العمل على تحديد موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة ونطاقها يعد من المسائل ذات الأهمية الإدارية[4]، ولعل الأمر الذي يبرر أهميتها بصورة تناظرية بين طرفين متعاقدين هو ضرورة تمتع الشخص العام بالحرية التعاقدية في مواجهة تلك التي يتمتع بها الأفراد المتعاقدون في معرض إبرام عقودهم؛ ذلك لأن حرية التعاقد في القانون الإداري المعترف بها للأشخاص العامة ما هي في الحقيقة إلا إمكانية استحدثت كنتيجة للتسليم بصفة تقابلية بالحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعية، كما أن التسليم التلقائي بحرية التعاقد للشخص العام يقوم بدور

(1) - ومظاهر اتساع مجال الحرية التعاقدية للدولة، فضلا عن عقودها الداخلية المبرمة داخل إقليمها، توجد بجانبها أيضا العقود الدولية، وهذه الأخيرة يتجلى عند إبرامها الطابع السيادي الذي يعد بدوره جوهر الاختصاص في مجال التعاقد الدولي، إذ إن الدولة التي بلا سيادة تعني انعدام الاختصاص في مجال التعاقد، والمحصلة أنه لا وجود مطلقا للحرية التعاقدية للدولة بوصفها شخصا عاما من أشخاص القانون الدولي العام. يراجع في شأن موضوع شرط السيادة في عقد الدولة بصفة عامة: حفيظة حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 644.

(3) - Picard (E ): La liberté contractuelle des personnes publiques constitu-t-elle – Droit fondamental ?, Op. cit, P 666.

(4) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 644.

المنظم لحدود الحرية للفرد المتعاقد مع الإدارة، استنادا إلى أن كل قيد على الحرية التعاقدية للأشخاص العامة سوف ينعكس بالضرورة على الحرية التعاقدية للشخص الخاص[1].

وبعيدا عن كل ما من شأنه أن يؤثر بصفة مباشرة في العلاقة التقابلية بين الحرية التعاقدية للشخص الإداري العام وبين تلك التي يتمتع بها الأفراد، فإنه يبدو من الناحية التعاقدية للشخص العام لا مناص منها كتقنية قانونية في القانون الإداري، حيث يجب أن يجيزها المشرع من أجل أسباب الملاءمة، فالحرية تسمح بممارسة مهام إدارة غير مقيدة[2]، وهي بذلك إذا استعملت كتقنية بالقدر الذي تلتقي معه مصلحة الشخص العام مع مصلحة عاقديه، يكون قد تحقق الإنجاز المستقبلي الأفضل لمشاريع الإدارة عن طريق عقودها، بمعنى أن الحرية التعاقدية تغدو ضرورية وحتمية كلما كان المجتمع الذي تخدمه الإدارة معقدا ومركبا[3]. وأيضا تقوم الإدارة بالدور المكمل للنصوص ذات الصلة بعملية التعاقد، بمعنى أنه يمكن أن تساهم في سد ثغرات النصوص القانونية مقارنة بالواقع العملي الذي لا تتحدد في مجاله حالة بعينها، وإنما يعرف حالات مستجدة وغير متشابهة في كل لحظة[4].

ونظرا لما للحرية التعاقدية للشخص العام من وظائف في معرض القوامة على أهداف المصلحة العامة في المجتمع، فإن أغلب جمهور الفقه الفرنسي المعاصر قد رأى

(1) - Ternyre (P. H): La liberté contractuelle, est –elle un droit fondamental, A. J. D. A,1998, P 670.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit ,P 645.

(3) - IBID, P648.

(4) - IBID, P649.

أن هناك تلازما ضروريا بين الحرية التعاقدية والنشاط الوظيفي للإدارة؛ لذا فإن هذه الحرية تتحدد وفقا لهذا النشاط[1].

وأخيرا يبدو ملاحظة أن النشاط الإداري ليس وحده عاملا مؤثرا في حجم الحرية التعاقدية، فهناك إزاءه عوامل أخرى كالمجال الزمني، وطبيعة المجتمع الذي تعمل في حدوده الإدارة، وأيضا نوع العقد الإداري المراد إبرامه لغرض ما، فهذه العوامل كلها مجتمعة تجعل من الحرية التعاقدية للشخص العام ذات طابع متغير مرن غير موصوف بالثبات في كل الحالات الاجتماعية والاقتصادية الناشئة في الحياة الإدارية، فهل يمكننا إيجاد معيار من أجل الوقوف على درجات هذه الحرية؟

إن كل حرية عامة تحدد درجاتها السلطة العامة التي تنظمها بواسطة القاعدة العامة الخاضعة لها، ففي بعض الحالات تمارس الحرية بشكل كامل وهو أقصى درجاتها، أما في حالات أخرى دون المستوى الأول، تخضع فيها الحرية للقاعدة القانونية الحاكمة لها بشكل ضعيف، أما في المستوى الأخير فيقيد القانون كل عناصر الحرية، وهذا أدنى مستوياتها وأضعفها درجة.

إذًا ما نقوله أن درجات الحرية التعاقدية يمكن تحديدها وفقا لعلاقة العقد الإداري مع قواعده القانونية التي منحت للشخص العام أهلية التعاقد.

ولئن كان هذا التفاوت بين درجات الحرية التعاقدية للشخص العام حسب نوع كل عقد إداري، فهناك عقود تستفيد من حرية تعاقدية مطلقة نسبيا كما في

(1) - يجدر القول بأن الحرية مهما كان مجالها لابد أن تكون مقيدة بقاعدة قانونية وتنظيم يحددانها، إذ لولا التنظيم لأصبحت فوضى، ولو كنا بإزاء حرية التعاقد للشخص العام مقابلة مع الحريات العامة للأفراد سواء بسواء، ولكن مع ذلك يبقى الطرح السائد لدى جمهرة الفقه القانوني أنه يتطلب ألا ينقلب تنظيم السلطة العامة للحرية تحكما واستبدادا تحت غطاء القانون. والتنظيم المبالغ فيه بلا حرية يصير استبدادا. لمزيد من التفاصيل انظر: محمد أحمد فتح الباب: التنظيم القانوني لحرية النشاط الصناعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص12.

عقود التراضي، وهذه الدرجة الأولى من درجات الحرية التعاقدية، بينما هناك عقود إدارية أخرى تخضع نسبيا للقاعدة القانونية الخاضعة لها وتبرم وفقا لأحكامها وهذه الدرجة الثانية، وعقود إدارية ثالثة مقيدة في كل عناصرها، أي تستند للقانون وحده، وليس للإدارة أية سلطة تقديرية أثناء إبرامها، مثلما هو عليه الحال في عقود الجماعات المحلية في فرنسا قبل تاريخ 1983/07/02، حيث كان إبرام العقود الإدارية للجماعات المحلية خاضعا كقاعدة عامة إلى تقنية المناقصة العامة التي ينتفي فيها هامش التقدير(1).

وفضلا عن هذا المعيار، يمكن استنتاج معيار آخر يتمثل في نوع العمل الذي يقصد فرقاء العقد القيام به؛ لأن طبيعة الأشياء تقتضي أن كل غرض من أغراض المصلحة العامة يحتاج إلى عقد يتوافق مع طبيعته طلبا لتحقيقه، الأمر الذي يجعل النشاط التعاقدي للإدارة في غاية الشدة والتعقيد بين المتعاقدين. والمحصلة أن مخيلة أو خلد الأشخاص العامة تظل في حالة إنتاج دائم ومستمر لعقود جديدة وغير معروفة، ونماذج تعاقدية مستحدثة، وصيغ مستجدة لشروط تقنية وفنية(2).

إن هذا التوجه الآخذ بهذا المعيار لهو صورة من صور الانفتاح التعاقدي، يترجم في الحياة الإدارية أعلى درجات الحرية التعاقدية التي تساعد على تلبية متطلبات الملاءمة بين المرافق العامة ووظائفها من جانب، ومن جانب آخر تعمل على تقريب قانون العقود الإدارية من الواقع العملي.

وفي مقابل هذا التطور للحرية التعاقدية هناك عوامل تقيد حركية النشاط الإداري وحيويته، مما يؤثر سلبا على مجالات الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، حيث أن العناصر المتنوعة للحيز الجغرافي الذي تنشط فيه الإدارة يلعب دورا حاسما

(1) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 645.

(2) - IBID, P 649.

في تقييد الحرية وانغلاقها، ومن هذه العوامل نذكر على سبيل المثال: نقص الوسائل المالية والبشرية والمؤهلات ومساعدات اتخاذ القرار، واختلال الأمن القانوني المحيط بالإدارة كتقلب الأنظمة، والمبادئ المتطرفة، وقسوة الرقابات الإدارية وتعددها، ناهيك عن وجود وسط اجتماعي واقتصادي غير متطور؛ فكل هذه العوامل، منفردة أو مجتمعة، من شأنها أن تجهل ممارسة الحرية التعاقدية للشخص العام أمرا بالغ الصعوبة[1].

وقد ذهب البعض إلى أبعد، من ذلك حيث يتصور أن وجود الحرية التعاقدية ومضمونها يتم رسمها وتحديدهما عن طريق تطلعات الأفراد والمجتمع[2]، وانطلاقا من هذه الرؤية يمكن القول بحق إن الحرية التعاقدية مرآة لفكرة الموازنة بين مصالح متناقضة - شأنها شأن كل حرية- بين المصلحة العامة من جانب، والمصلحة الخاصة من جانب آخر، إذ إنها في نهاية المطاف، أي في نقطة تحقق غاية العقد، سوى نتيجة مؤقتة لتوازن القوى، ليس بين أطراف العقد الإداري فحسب، بل في الوسط الاجتماعي ذاته، مع أخذ القيم والمبادئ التي يحملها هذا المجتمع بعين الاعتبار[3].

### الفرع الثاني: في القضاء والفقه المصريين

اتجه القضاء الإداري المصري منذ البداية إلى إثبات الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، دون لف أو دوران كما فعل نظيره القضاء الفرنسي، فمنذ أن طرحت للنقاش في أقضية محكمة القضاء الإداري المصرية، اعترفت للتو بمبدأ الحرية التعاقدية للإدارة، وليس هذا باعتراف طارئ على منابر القضاء هناك، مما أعطى الحرية التعاقدية مبدئيا، وأصبحت من المسلمات القانونية في أنظمة المرافق العامة.

---

(1) - IBID, P 650.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 645-IBID, P 650.

(3) - IBID, P 650.

كما توصل القضاء المصري في اجتهاداته إلى الإقرار بأن هذه الحرية لا تكون مماثلة أو من ذات طبيعة واحدة مثل التي يتمتع بها الأفراد في تعاقداتهم، نظرا لاختلاف المضمونية والغائية في كلا العقدين: العقد الإداري والعقد الخاص، إلا أنه يلاحظ أن هذا القضاء نوه بمبدأ الحرية التعاقدية من الزاوية القانونية الإجرائية، حيث يشير في كثير من اجتهاداته إلى القيود الإجرائية العملية التي يضعها القانون والتنظيم عند معرض ممارستها، وذلك توصلا إلى إثبات ذاتيتها ودون الغوص في المفهوم ذاته[1].

وتأكيدا لهذا المنحنى الذي يعترف للشخص العام بحرية التعاقد التي لا تستوي مع مثيلتها في نظام العقود الخاصة من خلال استظهار الاجتهاد القضائي الآتي: "...إنه من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل

(1) - وبهذا التصور لوجود الحرية التعاقدية للشخص العام ومضمونها يتجسد أحد أهم مدلولات المرفق العام إذ أن المحفز الرئيس لأنشطة المرافق العامة يكمن في مدى تمتعها بالحرية التعاقدية أو التسليم لها بذلك ولو ينص القانون والتنظيم على حرية التعاقد، لأن المرافق العامة مظهر من مظاهر تدخل الدولة في سبيل إشباع الحاجات العامة للأفراد، وهو أكثر هذه المظاهر قوة، وأوسعها نطاقا وأبعدها مدى. انظر: حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول، نظرية المرافق العامة، ص25. واستنادا لهذه الفكرة – ارتباط الحرية التعاقدية بوظيفة المرفق العام- تظهر فكرة أسمى وأرقى وهي فكرة وظيفة الدولة، ففي ظل الدولة الحارسة يتقلص حجم الحرية التعاقدية للمرفق العام، وحتى إن وجدت هذه الحرية وجدت محفوفة بقيود كثيرة يضعها القانون، ولكن عندما تغيرت وظيفة الدولة من دولة حارسة إلى دولة الرفاهية والإنماء نتيجة التطور الفكري والحضاري للبشرية، الأمر الذي ازدادت معه الحاجات العامة لمزيد من الإشباع، مما كان سببا فعالا في انفساح مجالات الحرية التعاقدية للشخص العام، وارتفاع منحنى العقود الإدارية الجديدة المطروحة للإبرام في حدود الاختصاص الذي أنشئ من أجله الشخص العام. ونخلص هنا إلى حوصلة في غاية من الأهمية مفادها: أن التسليم بالحرية التعاقدية دون قيود أو شروط سوى ما كان منها ما يضر بمصلحة المتعاقد مع الإدارة سوف يوطد العلاقة بين الدولة ومواطنيها ويرقى بوظائفها الحضارية التي يرغب فيها الأفراد إلى أعلى مستويات العطاء والإنماء، وهذا كله ينحدر من مبدأ التحضر الإنساني، وهو المبدأ الواجب المراعاة في كل نشاط وعمل في الحياة القانونية سواء من جانب المشرع أو الأشخاص القانونية أو القضاء، ولو لم يرد النص الصريح على هذا الواجب. . . للمزيد من معلومات إضافية انظر: أحمد محمد حشيش: نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون ذكر الطبعة، 2002، ص177.

بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح"[1].

وعلى أساس ذهنية القضاء المصري حول مفهوم الحرية التعاقدية في العقد الإداري، يبدو أنه سحب مفهوم الحرية على كل العقود التي تبرمها الإدارة، يستوي في ذلك العقد الإداري والعقد الخاص للإدارة، الأمر الذي يستجلي أكثر أن هذه الحرية مجرد تقنية ذات أبعاد إدارية وإجرائية، تسترشد الإدارة عند ممارستها إلزاما بأحكام القانون والتنظيم وفق ما يقتضيه مبدأ المشروعية.

### الفرع الثالث: في القضاء والفقه اللبنانيين

يسلم القضاء الإداري اللبناني في كثير من اجتهاداته بالحرية التعاقدية، ويعلن صراحة أنها ليست مشابهة لتلك التي تسود العقد المدني، إذ أقر القضاء اللبناني بالحرية التعاقدية للعقد الإداري بصفة ضمنية، حيث أنه يقيد الإدارة بقيود قانونية وإجرائية في معرض إبرام عقودها، ويصرح بأن إبرام بعض العقود يتوقف على استحصال الإدارة على ترخيص مسبق أو إقرار مسبق يجيز لها التعاقد، ويكون صادرا إلى الإدارة من الجهة الإدارية المختصة بذلك[2].

ومن عرض هذا طرح للحرية التعاقدية في ذهنية القضاء اللبناني نجد أنه لا مناص من تغليب الطابع الإجرائي عند تناولها، إذ يستطاع القول معه بأن منح الاختصاص التعاقدي يكون مشروطا بتحقيق إجراءات يجب على الإدارة المتعاقدة أن تسلكها، وإذا لم تستوف الإدارة هذه الإجراءات والشروط فقد يسلبها مكنة

---

(1) - سمير صادق: العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة المصرية للكتاب، 1991، ص19 وما يليها.

(2) - نفس المرجع، ص 21.

وقد ذكر المؤلف عدة اجتهادات في مادة الحرية التعاقدية للإدارة، وبدورنا اقتصرنا على ذكر هذه الأمثلة، ذلك أن مفهوم الحرية في نظام العقود الإدارية يكاد يكون طفرة في كافة أقضية المحكمة الإدارية العليا المصرية.

التأهيل لإبرام العقد الإداري مع الطرف الآخر، وهو على خلاف ما عليه الوضع في عقود الأفراد مقارنة بعقود الإدارة، فهم في تعاقداتهم غير مقيدين بإجراءات معينة، وبالأخص ما كان منها متناقضا أو غير ملازم مع تصرفاتهم كأفراد. وأظهر هذه الإجراءات والقيود على الخصوص الإذن بالتعاقد، المصادقة على العقد المدني على إبرامه مثلما يسري في نظام العقد الإداري[1].

أما موقف الفقه اللبناني من الحرية التعاقدية فقد أشار إلى أن خصائص تكوين الحرية التعاقدية للشخص العام تجعلها ذات طابع استثنائي غير مألوف في أنظمة التعاقد المدني، وذلك لكون السلطة الإدارية المختصة لا تتمتع بحرية التعاقد نفسها التي لا يتمتع بها الأفراد فيما بينهم، سواء لجهة اختيار الطرف الآخر في العقد أم لجهة الشكليات والأصول المفروضة لصحة العقد. وباعتماد هذا الرأي في الفقه اللبناني يمكن القول إنه يوجد إقرار بحرية التعاقد في العقد الإداري، ولكن هذه الحرية ذات طابع استثنائي غير مألوف في نظام العقد المدني؛ نظرا لاختلاف طبيعة العقدين من حيث الموضوع والغاية، بمعنى أن الحرية التعاقدية تحصيل حاصل قانوني وفني في كلا العقدين، سوى أنهما مختلفان في طبيعة النظام والقواعد لكلا العقدين؛ ذلك لأن العقد الإداري يتعلق أمره بالمصلحة العامة والمال العام بصفة مطلقة دون الالتفات إلى مصلحة خاصة أو مال خاص، أما العقد المدني فأمره محسوم للمتعاقد نفسه إنْ في جانب مصلحته أو جانب ماله الخاص دون خرق لقواعد للنظام العام.

وقد أشار هذا الرأي[2] أيضا للقيود القانونية والتنظيمية المفروضة على حرية

---

(1) - انظر على التوالي:

يوسف سعد الله الخوري: القانون الإداري العام الجزء الأول، منشورات صادر الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2002، ص491، وقد استشهد المؤلف بذلك بقرار مجلس شورى الدولة اللبناني المؤرخ في 1993/10/20، في قضية بلدية بيروت/ساسين، م. ق. إ. م1، ع8، بيروت لبنان، 1995، ص12؛ حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري، مجموعة الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص599- 601.

(2) - بل في بعض الحالات تكون فيها حرية التعاقد ليست مطلقة في مداها، ومثال ذلك العقود التي يبرمها النائب لحساب =

التعبير عن الإرادة في العقد الإداري، ويعترف في غير مناسبة بأن هذه القيود والإجراءات لا يقتصر وجودها في عقد دون آخر من عقود الإدارة، بل هي موجودة في سائر العقود التي تبرمها الإدارة، سواء كانت تلك العقود ذات الطابع الخاص التي تخضع لنظام العقد المدني أو تلك التي تخضع لنظام العقد الإداري كما في عقود المناقصات. وتفسير هذه العقود هو الحرص الشديد على صون المال العام وتأمين الحد الأقصى من الضمانات للمصلحة العامة.

ومهما يكن من أمر فقد أقر الفقه اللبناني بالحرية التعاقدية للشخص العام في معرض إبرام العقود الإدارية، بل وقد ذهب بإقراره إلى حد منح الحرية التعاقدية قيمة دستورية.

وانطلاقا من هذا الرأي، يرى الفقه أن حرية التعاقد مكفولة دستوريا وملزمة تشريعيا، وكل قاعدة تشريعية تمس بحرية التعاقد للشخص العام تكون محلا للطعن في عدم دستوريتها وملزمة تشريعيا؛ ولذلك يبدو واضحاً أن الفقه اللبناني قد نحى نحو التوجه الحديث للفقه والقضاء الفرنسيين حول موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، الذي حاول دائما نقل مبدأ حرية التعاقد من مستوى القضاء والتشريع إلى مستوى أعلى، وذلك بمنحها ضمنا قيمة دستورية لكي يرقى إلى مصاف الحقوق الدستورية في مجال القانون الإداري والمدني.

**الفرع الرابع: وضع الحرية التعاقدية للشخص العام في القانون والقضاء الجزائريين**

لا أحد ينازع في وجهة المشرع الجزائري بخصوص الاعتراف بحرية التعاقد، وآية ذلك أن القانون يؤطرها بأحكام القانون المدني الذي يقر بمبدأ الإدارة

الأصيل، إذ يمكن أن يحدث تجاوز في إبرام عقد من العقود، كأن يتجاوز النائب حدود النيابة، ففي هذه الحالة يتطلب وجوبا موافقة الأصيل على إبرام العقد، وهذا الأمر مطابق تمام التطابق مع مصادقة الجهة الإدارية الوصية على العقد الإداري، وهذه صورة من صور بعض العقود التي تبرمها الجماعة المحلية.

واستقلاليتها، وهذا المبدأ هو أحد أوضح مظاهر الإقرار بحرية التعاقد في التشريع الجزائري، ومظهر أخذه بحرية التعاقد كقاعدة في روابط القانون هو تعويله على نشوء العلاقات القانونية استنادا إلى عقد يتم بين أطرافه في كثير من المجالات[1].

وقد اعتبر المشرع العقد كوسيلة لفض المنازعات في نشوئها، ما يعني أنه أولى عناية خاصة لمبدأ حرية التعاقد، لا بمناسبة إبرام العقود فحسب، وإنما كذلك لفض النزاع القائم بشأنها، سواء بصدد الالتزام أو الحق. وتأكيدا لهذا الاتجاه منح القانون إرادة المتعاقدين في التحكيم التجاري سلطة إدراج قواعد القانون الواجب التطبيق[2]، والذي يتم الاتفاق عليه في العقد كشروط إجرائية أو موضوعية عند قيام المنازعة، وعلى الرغم من الطبيعة القانونية لهذه القواعد إلا أن هذه الأخيرة تعد امتدادا للعقد أو التصرف القانوني[3].

ولئن كان القانون، ومن قبله الدستور، يعترف للفرد بالحرية التعاقدية ويحدد أساليب ممارستها بالشكل النموذجي الذي لا يصطدم مع النظام العام السائد في الدولة، إنْ بصيغ نصية صريحة أو ضمنية، فإنه مع ذلك لا يمكن التسليم بأن الاجتهاد القضائي الجزائري أشار بصفة مباشرة إلى إقراره بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة. غير أنه طالما أن المشرع يعترف للشخص العام بالأهلية التعاقدية،

---

(1) - يوسف سعد الله الخوري: القانون الإداري العام، مرجع سبق ذكره، ص 490.

(2) - ومن أمثلة ذلك نشوء علاقة العمل الفردية بموجب عقد يتم إبرامه بين العامل ورب العمل، انظر المادة 18 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر عدد 17، المؤرخة في 25-04-1990.
وما يشاهد تأكيدا للاتجاه الأخذ بحرية التعاقد في القانون الجزائري: عقد تحصيل وضمان الحقوق التجارية للمؤسسات الاقتصادية، أو عقد تحويل الفاتورة: انظر المرسوم التشريعي 93- 08 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري.

(3) - يراجع بشأن حدود سلطة القضاء في التحكيم التجاري في حالة وجود عقد اتفاقي يفرغ فيه الشروط والمشارطات:
Alain Scott et Cathrine Pedamon: La contralisation de l'arbitrage. Rev. De L'ARBB. 2001 N° 03, P451.

شأنه في ذلك شأن القوانين المقارنة، فلا يجد القاضي الإداري ذريعة من تطبيق النص إذا ما عرضت أمامه منازعة تثير مسألة متعلقة بحرية التعاقد للشخص العام، فإما أن يكون اعترافه بطريق صريح أو بطريق ضمني، ومثال ذلك ما جاء في تعريف مجلس الدولة الجزائري لعقد الامتياز: "...عقد إداري بموجبه تمنح السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي..."[1].

وهذا يفيد ضمنا الإقرار للإدارة بحرية التعاقد وكذا الاختصاص بالتعاقد، ومن باب أولى الاعتراف للشخص العمومي بالشخصية القانونية التي هي مناط اختصاصه الإداري، بحيث يصبح صاحب أهليه إبرام العقد الإداري أو العقد الخاص مع المتعاقد الآخر، وعلة الإقرار بحرية التعاقد تستهدف الغاية التي ما وجدت الأشخاص العامة إلا لتحقيقها وهي المصلحة العامة ابتداءً وغايةً، وهذه الأخيرة مبرر وجود الإدارة والقانون الإداري عامة، وبالنتيجة التسليم للشخص العام بحرية التعاقد.

وما تشهده السياسة التشريعية المقارنة من ارتفاع منحى التقنية التعاقدية في قوانينها -بجانب القرار الإداري- واستعمالها كأداة من أدوات إشباع الحاجات العامة للجمهور لدليل على أن الحرية التعاقدية للمرفق العام في الجزائر أو غيرها من الدول قد اتسعت بصفة مذهلة، حيث أصبح العقد الإداري المحرك الأساسي لعدد كبير من طوائف النشاطات الاجتماعية والاقتصادية[2] التي لم يكن للمرافق العامة التقليدية أداء نشاط من هذه الأنشطة في ظل الدولة الحارسة[1].

---

(1) - للاستزادة من الشروح والتفصيلات حول موضوع حرية الإرادة في إدراج الشروط التي يراها المتعاقدون أجدى بحماية مصالحهم في اتفاقات التحكيم التجاري، انظر على التوالي: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، دون دار نشر، 1998، ص178؛ محمود سمير الشرقاوي: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دون ذكر عدد المجلة، ص452.

(2) - عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم =

والشخص العام، أيا كان اختصاصه الإداري أو الاقتصادي، يمثل وحدة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية، بمعنى تمتعه بالأهلية القانونية وبالإدارة وبالذمة، مما يمنحه القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات العمومية، ومنها التعاقد في حدود نظامه القانوني واختصاصه التي يرسمها المشرع واضعا قيودا وإجراءات لا تتجاوزها الإدارة في إطار مبدأ المشروعية[2].

ويبدو ملاحظة أن اجتهادات القضاء نسبيا تتجه تلقاء الإقرار بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة إلا اليسير منها، واعترف في مناسبات بطريق غير مباشر، وصرح بأن الحرية لا ينبغي ولن ينبغي أن تكون مماثلة أو مشابهة لتلك الحرية التي يتمتع بها الأفراد. وهذا المفهوم للحرية التعاقدية للشخص العام يجد مركزاته المنطقية والقانونية والعملية في وظيفة الإدارة بوصفها القوّامة على تحقيق أغراض المصلحة العامة، ونبه كذلك إلى أن حرية التعاقد ما هي في حقيقة أمرها إلا تقنية إدارية كأداة في يد السلطة الإدارية، وقد شاطره الفقه في هذا المنحى، وأن هذا الإقرار بحرية التعاقد القاطع باليقين ليؤكد بأن هناك مرجعية دستورية وقانونية واجتماعية؛ لأنها تغدو

والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، طبعة 3، 2011، ص6.

(1) - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09-03-2004، قضية رقم 1950، فهرس رقم 11952، قرار غير منشور.

(2) - Rachid Zouaiamia: La délégation de Service Public Au profit de personnes privées, maison Belkise 2012, P05.

في بحث آخر للمؤلف يورد فيه أمثلة كثيرة ترسم ارتفاع منحنى الحرية التعاقدية للمرافق العامة اليوم وظهور نماذج جديدة من العقود الإدارية التي لم تكن معروفة بالمقارنة مع ما كانت عليه المرافق العامة التقليدية، حيث يسجل في الماضي انحسار وظيفة الإدارة في أنشطة محدودة جدا، مما يدل بوضوح ازدياد شهادات الاعتراف بهذه الحرية للشخص العام في القانون الجزائري، وقد عدد الأستاذ مظاهر حرية التعاقد:

"on peut citer l'alimenter en eau potable, l'assainissement, l'exploitation de gares routières, le transport par route…».

انظر للمؤلف نفسه:

La délégation conventionnelle de service public au profit de personnes publiques. Revue Idara, N° 41, 2001.

من باب تحصيل حاصل مادام التشريع يعترف للشخص العام بالأهلية التعاقدية، ومظهر ذلك وأجلاها صورة **العقد الإداري**.

ونقول بعدما توثق لدينا أن القضاء والفقه الإداريين سارا بوتيرة واحدة، حيث يجعلان الإقرار بحرية التعاقد للأشخاص الإدارية أمرا حاسما جازما لا ريب فيه، مما يغدو الأمر كنقطة انطلاق لتساؤل الباحث عن مدى اعتبار الحرية التعاقدية حقا أساسيا للشخص العام، أو بصيغة ثانية أكثر ضبطا من الناحية البحثية والتحليلية: هل تعتبر حرية التعاقد من شاكلة الحقوق ذات القيمة الدستورية؟

## المطلب الثاني

## الأساس الدستوري للحرية التعاقدية للشخص العام

الحرية بلفظ العموم دون تخصيصها صفة تتمتع بقيمة دستورية، وبهذه المثابة تعد في قمة هرم الحقوق المسلم قبلا بالاعتراف بها دستوريا[1]، بمعنى أن الحرية توزن بميزان المسلمات في السياسة الدستورية الحديثة، وقد حسمت أمرها كل الدساتير العالمية بإعلانها كحق أساسي للفرد غير قابل للنقاش. وإذا كانت الحرية ذات طبيعة دستورية في مجملها بغير تعيين من تسند إليه ودون تحديد صفقتها، فما موقع حرية التعاقد للأشخاص العامة من خريطة الحقوق ذات القيمة الدستورية؟

ذلكم ما سوف نتصدى لمناقشته من زاويتين؛ حيث نعرض موقف القضاء الدستوري والإداري (فرع أول)، ثم نعرض موقف الفقه في النقطة الموالية (فرع ثان).

(1) - للتوسع أكثر في فكرة وظيفة المرافق العامة قديما وحديثا انظر: حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة، مرجع سبق ذكره.

## الفرع الأول: موقف القضاء

### أولا: موقف القضاء الدستوري[1]

لقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في اجتهاده الشهير بأن: "مبدأ الحرية التعاقدية لا يمتلك قيمة دستورية في حد ذاته، وأن عدم مراعاته لا يرتب الجزاء عليه إلا إذا أدى إلى التجاوز على الحقوق والحريات المضمونة بمقتضى الدستور"[2]، وبذلك ما يمكن استخلاصه من مضمون هذا القرار أن المجلس لم يشأ أن يعتبر حرية التعاقد حقا يدرج في مدارج الحقوق الدستورية سواء على صعيد الأشخاص الخاصة أو الأشخاص العامة، ولكن المجلس باعتقاده هذا لم يهدر قيمتها كليا بل اعتبر حرية التعاقد مبدأ من طبيعة المبادئ الأساسية، لذلك وبهذه المثابة بشكل مبدأ أساسيا لنظام الالتزامات المدنية والتجارية[3].

وتمشيا مع روح المبادئ تغدو مسألة الحرية التعاقدية من المواضيع المحجوزة

---

(1) - Picard (E ): La liberté contractuelle des personnes publiques…Op. Cit, P 665.

(2) - تاريخيا ومنذ قيام الثورة الفرنسية التي اتخذت الحرية العامة شعارا بالأساس، ثم انتقلت إلى مجال القانون، إذ الشعب يجب أن يكون حرا يحكمه القانون لا الملك، فأصبحت الحرية منذ ذلك التاريخ ركنا من أركان الضمير الحقوقي في المجتمع الفرنسي، ومبدأ من مبادئ الجمهورية الفرنسية، وهو ما نصت عليه المادة 02 من دستور 1958: "حرية، مساواة، إخاء". لمعلومات إضافية انظر:

Verpeau (M): La liberté, Op. cit, P145 ET S.

ومرجع صفة العموم إلى جانب أسباب وعوامل أخرى إلى كونها تثبت لجميع الأفراد بصفة عامة وإلى تمتعهم بها على قدم المساواة مواطنين وأجانب كقاعدة عامة إلا ما تعلق بالحقوق السياسية كتكوين الأحزاب السياسية والمشاركة في الانتخابات.
حول هذه الجزئية المتعلقة بصفة العمومية يراجع بهذا الشأن خصوصا المؤلفات الآتية: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 84 وما بعدها، عبد العليم عبد المجيد مشرف: دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة ( دراسة نظرية)، دار النهضة العربية، 1998، ص207.

(3) - Drago (R): Les droits fondamentaux et personnes publiques. A. J. D. A. Paris, 1998, P 130 ET S.

للاختصاص التشريعي وفق المادة 34 من الدستور الفرنسي[1]، مما يستطاع معه القول أن وجودها كمبدأ أساسي في الأنظمة الخاصة لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار حرية التعاقد حقا أساسيا، بل كل ما هنالك أن مركزها - وفقا للمادة المذكورة سلفا- يوجد في مستوى المبادئ الأساسية وليس حقا من الحقوق الدستورية، وإذا كان المجلس قد اعترف بحرية التعاقد لدى الأشخاص العامة كمبدأ، فإن هذا لا يشكل مرجعا يجعلها ترتقي إلى مصاف الحقوق الدستورية، ولكن أكثر ما يؤول إليه هذا الاعتقاد هو بسط الحماية الدستورية على اختصاص المشرع ضد أي اعتداء من السلطة التنظيمية، بحسبان أن حرية التعاقد مجال محفوظ للقانون، مما يعني أن السلطة التنظيمية بحسب طبيعتها وطبيعة اختصاصها الدستوري لا تستطيع التدخل في موضوع الحرية، إنشاء أو تقييدا، على خلاف المشرع الذي يمتلك الأهلية الدستورية للتشريع في مجالها وبإسناد إليه من المؤسس الدستوري[2]؛ الأمر الذي

(1) - C. C 03/08/1994. DEC. 20/03/1997. CITE PAR: STRIN (B): La liberté contractuelle. Droit fondamental en droit administratif. A. J. D. A. 1998,P677.

(2) - C. C. DEC. N°: 1321. 4-06-1984. REC. CC. 11-304

الأمر الذي يمكن معه القول إن حرية التعاقد في أنظمة العقود المدنية والتجارية تعد مبدأ من المبادئ المسلم بها وليست مبدأ تم إحقامه في دائرة الالتزامات المدنية والتجارية، فهو إذا يشكل شرطا من شروط التعاقد بين الأفراد أو بين الأفراد والأشخاص العامة، وفضلا عن ذلك نجد أن العقود الدولية غير قادرة، بحسب طبيعتها ذات الصلة بالإرادة، عن الاستغناء عن حرية التعاقد كمبدأ في نظام التعاقد الدولي، مما يقوم كقاطعة على أن حرية التعاقد ليست من المسلمات القانونية فقط في التعاقد بين الأفراد أو بين الأشخاص العامة الداخلية، بل هي كذلك ذات المفهوم نفسه في التعاقدات بين الدول أو التعاقدات التي تجريها المنظمات الدولية فيما بينها أو بين دولة ودول أخرى، ولكن مع ذلك تبقى حرية التعاقد محل استفهام كبير لدى الفقه خصوصا إذا يممنا وجهنا تلقاء التعاقدات ذات الصيغ النمطية المعدة سلفا؛ فنجد دور إرادة المتعاقد مقتصرا غالبا على اعتمادها أو الإحالة إليها جبرا، وهو ما نصادفه في طائفتين من العقود، طائفة العقود والشروط النموذجية وطائفة عقود الإذعان، على نحو ما نشهده في ظاهرة الأنماط الموحدة المعدة سلفا، فقد شملت صيغ العقود الواردة على المنتجات والخدمات والمصانع، وعقود صيانتها أو إدارتها، على المستوى الداخلي بصفة عامة وعلى المستوى الدولي بصفة خاصة. . . ومنها ما تعده الجهات الإدارية بمفردها لضمان المتعاقدين بأحكام القانون المتعلق بالنظام العام. . . ومنها ما يعده =

يجعل عملها غير دستوري[1] إذا تناولته السلطة التنفيذية تقييدا وتنظيما بلوائح.

**ثانيا: موقف القضاء الإداري**

طالما أن المجلس الدستوري الفرنسي اختار هذا الموقف من جانبه، كان لا مناص إذًا للقضاء الإداري أن يسير وفق هدى هذا الاتجاه، فقد رتب نتائج عديدة على قرار المجلس الدستوري في الحرية التعاقدية للإدارة، حيث جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي: "إن الأحكام التشريعية التي تخرق مبدأ الحرية يجب أن تفسر بصفة دقيقة..."[2]، ويلاحظ أن مجلس الدولة التزم موقف المجلس الدستوري من حرية التعاقد ولم يأت شاذا عنه احتراما للتسلسل القانوني في هرم المشروعية، تأسيسا على موقف المجلس الدستوري، وبذلك ينتمي مبدأ حرية التعاقد إلى فئة القوانين التي من صنع المشرع، ويستطيع المشرع – إذا قامت الضرورة – أن يخالف أحكام الحرية التعاقدية استثناء، مع التقييد بالتفسير الدقيق عند تطبيق القواعد التشريعية التي تخترق أحكامها التعاقدية. ومهما يكن من أمر فلو كانت الحرية التعاقدية من قبيل المبادئ الدستورية لكان محظورا على السلطة التشريعية مخالفة أحكامها، هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يحل دستوريا للتنظيم أن ينظمها أو يقيدها[3]؛ لأنها من

---

الطرفان تأمينا لتعامل مستمر بينهما، وتنظيما للعقود التي بمقتضاها تم هذا التعامل، على نحو ما نعرفه فيما يسمى بالاتفاق الإطاري Contrat-cadre. يراجع بشأن هذه الجزئية المؤلفات المتخصصة خصوصا: مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مرجع سبق ذكره، صفحة 94-95.

(1) - Terneyre (P. A): La liberté contractuelle…. Op. cit, P 667.

(2) - Picard (E ): La liberté contractuelle des personnes publiques…. Op. cit, P 51

(3) - عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 114. للاستزادة من الشروحات المستفيضة يراجع للمؤلف نفسه: ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتقليدية، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2009، وكذلك انظر: سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة عليها، منشأة المعارف 1983؛ رأفت فودة: سلطة التقرير المستقلة، دار النهضة العربية، 1997.

المسائل المحفوظة للمشرع وحده[1].

ويلاحظ بالنسبة لموقف المجلس الدستوري أنه قد وضع تحفظات ضابطة بواسطتها يمكن إثارة مسألة خرق أحكام الحرية التعاقدية من عدمه، وبالاستناد إلى هذا الاجتهاد الدستوري المبدئي أصبح القيد أيا كانت طبيعته القانونية على حرية التعاقد ليس بالإمكان إثارته أمام القاضي الدستوري ما لم يشكل القيد اعتداء أو تجاوزا على الحقوق والحريات ذات القيمة الدستورية، ومثل ذلك أن يؤدي القيد الذي يضعه المشرع[2] على مجالات التعاقد إلى تجاوز على حق الملكية ذي القيمة الدستورية[3].

(1) - CE. 28/01/1998. Steborguarner. R. F. D. A. 1998, P 455

(2) - وهذا القرار كان بمناسبة إلغاء مجلس الدولة قرارا تنظيميا جاء في أحكامه ما يخرق قواعد حرية التعاقد، CE. 27/04/1998. Connette de saint-Cur

راجع تعليق على القرار:

Strin (B ): La liberté contractuelle…. . Op. cit, P 677.

(3) - إن عدم التدخل أو المنع من التدخل في مجال القانون أمر نسبي، ولا يتصور ذلك فيما لو كان التعاون والتوازن بين السلطتين التشريعية والتنظيمية في دولة القانون التي يأخذ دستورها بمبدأ الفصل المرن أو الحديث بين السلطات، وحديثا ما تعرفه الدساتير من تطور سياسي وديمقراطي، فقد أضحى الاتجاه في السياسة الدستورية الحديثة متناميا نحو ترشيد السلطة التنظيمية للمشاركة في العملية التشريعية، وذلك عن طريق تنفيذه بوضع الأحكام التفصيلية للقانون، لا انطلاقا من الفكرة السائدة في الفقه الدستوري الفرنسي بمناسبة تفسير المادتين 34-37 الشهيرتين من دستور 1958، التي مفادها أن سلطة التنظيم تحولت إلى سلطة تمارس وظيفة المشرع، مما يشكل معه اعتداء صارخا على الاختصاص التشريعي، بل من منطلق كون السلطة اللائحية سلطة تنفيذ القانون أصالة بما تنص عليه الدساتير المقارنة، ومظهر ذلك وضع الأحكام التفصيلية ذات الصلة بالناحية الفنية والتقنية التابعة للجانب التخصصي، ووظيفة التنفيذ ليست مشروطة بإعطاء الضوء الأخضر من المشرع في متن القانون كي تنفذ اللائحة أحكامه، إنما هو أمر تلقائي أي وظيفة سلطة التنظيم وظيفة تلقائية Fonction Automatique لا يحتاج التنظيم إلى موافقة صريحة تصدر من المشرع، طالما أن الدستور كقاعدة يعترف للائحة بتنفيذ القانون وتطبيقه، وأيضا من منطلق أن الدستور يكفل للائحة الاستقلالية حيال القانون، من جانب التنفيذ والتطبيق وأحيانا من جانب إضافة أحكام عامة، وذلك ما يمكن أن نؤكده مع رأي الأستاذ عزاوي عبد الرحمن في قوله: "ومن مظاهرها الواضحة مكنة إصدارها دون حاجة للنص عليها في متن القانون، ثم جواز استمرار العمل بذات اللائحة أو التنظيم، وتحديدا =

ويجب ملاحظة أن مبدأ حرية التعاقد عولج بشكل عام باعتبارها حقا ذا طبيعة دستورية بغض النظر عن الطبيعة القانونية للشخص المتمتع بها؛ لذا تصبح مسألة الحرية التعاقدية من المسائل ذات الأهمية المشتركة ضمنا إلى حرية شخص بعينه، سواء في قانون الأشخاص العامة أو قانون الأشخاص الخاصة، وإذا كان موقف القضائيين واضحا إزاء حرية التعاقد إذ أقرا في اجتهاداتهما بأن الحرية موسومة بالطبيعة الدستورية ولو لم ينص عليها الدستور عليها صراحة في متنه، غير أنه يلاحظ في اجتهاد القضاء الدستوري، فضلا عن اعترافه، قد اعترف أن حرية التعاقد تحظى بالحماية التشريعية؛ لأنها تعد من القواعد القانونية المحفوظة للمشرع، وبشكل انفرادي مطلق يشرع فيها دون سواه[1]، وليست ذات حماية دستورية لعدم التنصيص عليها

المرسوم التنفيذي في القانون الجزائري – في ظل قانون جديد حتى بعد إلغاء القانون القديم الذي صدر بالاستناد إليه وتعديله، فبإلغاء القانون القديم لا يترتب عليه بالضرورة إلغاء لائحته التنفيذية التي يستمر العمل بأحكامها بما فيها من أحكام بسيطة أو مكملة للقانون، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد إلى حين صدور اللائحة الجديدة. انظر مؤلفه: ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. . . "، ص322.

للاستزادة من الشروحات والتفاصيل في هذه الجزئية يرجى الرجوع إلى المؤلفات المتخصصة: بدرية جاسر الصالح: السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979؛ سامي جمال الدين: ، مرجع سابق؛ عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري.

(1) - على ألا يفهم من ذلك أن المشرع لوحده يستطيع وضع قيود على حرية التعاقد من كونها قاعدة قانونية، بل بجانب المشرع يمكن للسلطة اللائحية تقييد هذه الحرية وتنظيمها بدرجات متفاوتة حسب طبيعة المجال التعاقدي، وهو أمر يصنف ضمن وظيفتها الجوهرية (وظيفة الضبط)، بشرط قيام مسوغات الحد من هذه الحرية؛ لذلك يجمع الفكر السياسي على أن المجتمع المنظم لا يستقيم بدون سلطة تتولى السهر على الصالح الجماعي للأفراد، وإذا كانت السلطة العامة ضرورة للنظام الجماعي ولوجوده فهي أيضا لازم وضروري للحرية (ومنها حرية التعاقد) حيث تستحيل الحرية بغير نظام، فهي تعمل على خلق نوع من التنسيق بين حريات الأفراد ومجالات الصلح العام المشترك بينهم، وهذا التنسيق لا يخضع لقاعدة عامة جامدة، ولكنه أمر نسبي بتغير الزمان والمكان، وأيضا يتوقف على ما تنتهجه الدولة من فلسفة في مختلف المجالات. انظر: عادل أبو الخير: الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995، ص71. نقلا عن: عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 30.

ويجدر القول إن معظم الدساتير المقارنة نصت على الاعتراف للسلطة اللائحية بتنظيم الحريات العامة التي تعد حرية التعاقد أحد صورها، فهي منحدرة فرعا من الأصل العام لحرية التجارة، على أن ذلك لا يعني أن التجارة في حياة الأفراد والمجتمع موجودة قبل وجود التعاقدات، فيقينا أنه بواسطة العقد – الذي هو ملكة إنسانية إرادية- وجدت التجارة؛ لذلك يصبح

في ديباجة الدستور أو متنه[1]. ومع كون التفسير القائل بعدم وجود نص دستوري يتناول حرية التعاقد تفسيرا لا يرقى ولو بوصفه منطقيا إلى درجة التسليم القانوني، مما قام كسبب رئيس لتفاوت المواقف بشأنه، وموضوع نقاش على منابر الفقه؛ لذا سوف نتناول ضمن الفقرة الموالية شرح وتفصيل هذه النقطة.

### الفرع الثاني: موقف الفقه

يرى أغلب الفقهاء أن الحرية التعاقدية تنبثق من مبدأ استقلالية الإرادة[2]، وتعد من المبادئ المعترف بها، إلا أنه تنتفي عنه الطبيعة النصية في المنظومة القانونية، وباعتباره مفهوما مسلما به في الالتزامات المدنية والتجارية، وأيضا منشأ للالتزام العقدي ومحملا للمتعاقد مسؤولية عدم الوفاء بالالتزام، ومع ذلك يعترض بعض الفقه عليه كمبدأ [3]، وبغياب النص الصريح عليه في الدستور اتخذه القضاء

---

العقد ضرورة حتمية لممارسة الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية في العالم المعاصر، والأداة الأكثر تفضيلا في الحياة الإدارية للأشخاص العامة، والنتيجة المستخلصة لكي تبقى معادلة العقد ومجالاته متزنة لابد من إعادة النظر في حرية التعبير عن الإرادة بالنسبة للأفراد والأشخاص العامة، ولهذا يضحى التعبير عن الإرادة عنصرا من عناصر المعادلة السلطة العامة والحرية التعاقدية، ولكي تمارس حرية التعاقد يجب تقديم طلب بالترخيص لمزاولة نشاط ما، وهو ما يعني صدور التعبير عن إرادة الممارس للنشاط، فالسلطة لا تتدخل في مضمون النشاط ومجاله إلا عندما يمس النظام العام أو حماية للأفراد أنفسهم، سواء الممارس للنشاط أو المنتفع بهذا النشاط، فالنظام العام إذا يعتبر قيدا على ممارسة حرية التعاقد، فهو تلقائيا يعد قيدا على التعبير عن الإرادة، وهذا الأخير سلاح في يد السلطة تتحجج به في كل مراحل تدخلها عند معرض ممارسة أنشطة جعلها القانون مشروعة، لذلك يجب أن توجد ضوابط للتنظيم تمنع من أن يتحول هو الآخر إلى عدوان على الحرية أو يتناقض معها. انظر: محمود عاطف البنا: حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان 03-04، 1980، ص50 وما يليها.

(1) - Picard (E ): La liberté contractuelle des personnes publiques…. Op. cit, P 652

وانظر كذلك:

Terneyre (P. A): La liberté contractuelle…. Op. cit, P 667.

(2) - لمعلومات إضافية انظر: عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، 2001.

(3) - Gaia (P ): SOMM. COMM. D. 1995, P 351-357

الدستوري مبررا دامغا ومكرسا في اجتهاداته بشكل مكثف عند نفي القيمة الدستورية عن حرية التعاقد.

وقد انقسم الفقه المعاصر إلى تيارين متعارضين من الوضع الصحيح لمسألة حرية التعاقد، وكلا التيارين اعتمدا حججا ومبررات حسب وجهتهما الفكرية وهو ما نعالجه على النحو التالي:

**أولا: التيار المؤيد**

يرى أنصاره أن التسليم بمنح الحرية التعاقدية قيمة دستورية ليس بحاجة إلى أن يستنبط من نص دستوري، وبحسب زعمهم الذي يستندون إليه: إنه إذا كانت كل الحقوق والحريات من قاعدة قانونية ذات قيمة دستورية منصوصا عليها وجوبا لأدى ذلك إلى اكتظاظ المفاهيم، وبالتالي تعذر استيعاب الدستور لذلك[1]، ومن المنطلق ذاته أن هناك كثيرا من الحقوق والحريات ذات قيمة دستورية لم يرد التنصيص عليها صراحة في الدستور. وقد أشار هذا الفريق إلى أن تكريس مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ حرية المقاولة قد تم الاعتراف بهما قضائيا مع أن أساسهما الدستوري تحوم حوله الشكوك.

وقد ابتدع المجلس الدستوري تقنية إلحاق أي الفرع تابع للأصل في حكمه من أجل تبرير القيمة الدستورية لبعض الحقوق والحريات، ومصداق ذلك في قضائه عندما ألحق مبدأ ديمومة سير المرافق العامة بمبدأ استمرارية الدولة، الذي يعد جوهر الواجبات الدستورية لرئيس الجمهورية الذي يسهر على صون هذا المبدأ والحفاظ عليه[2]، وبواسطة تقنية الإلحاق القضائية أضحى مبدأ استمرارية المرافق العامة من

(1) - انظر على التوالي:

Carbonnier (J): Droit civil. Les obligations. puf. Paris. 2000, P63 et 655; Ghestin (J): Le contrat au debut du XXIéme. Siécle. L. G. D. J, Paris, 2001, P969.

(2) - انظر تباعا:

=

المبادئ ذات القيم الدستورية؛ لذا يرى أنصار هذا الموقف أن حرية التعاقد لا يمكن أن تعامل إلا بوصفها مبدأ دستوريا قياسا على مبدأ استمرارية المرافق، وإذا لم يكن الأمر كذلك يترتب عنها نتائج خطيرة، وفي مقدمتها تعطيل أداء المرافق لوظائفها المنوط بها دستوريا وقانونيا؛ ذلك لأن العلاقة بين العقود والمرافق العامة ذات طبيعة وظيفية مستمرة. وينتهي موقفهم استنادا إلى هذه الحجج إلى تساؤلهم لماذا لا تعامل حرية التعاقد على هذا المنوال[1]؟

وقد أقر المجلس الدستوري بحرية التعاقد كمبدأ دستوري عام وحق أساسي للمرفق العام، وبالإضافة إلى إقراره هذا، صرح بأنه لن تصان هذه الحرية وتحمي إذا وردت عليها كثرة القيود والإجراءات عند ممارستها ولا يكون لحرية التعاقد قيمة دستورية ما إلا إذا توافر أحد أهم شروط ضمانها، ألا وهو وجود حرية العمل والالتزام[2].

ومن جهة أخرى، يدحض الاتجاه المؤيد حجج الاتجاه المعارض في معرض تخوفهم من إصابة الحياة الإدارية التعاقدية بجمود الأنشطة الاقتصادية للأشخاص العامة إذا سلما لحرية التعاقد بالقيمة الدستورية، وبالنتيجة تترتب حالة من حالات تقييد سلطة المشرع في هذا المجال.

وقد رد أنصار هذا الاتجاه مؤكدين أن الطبيعة الدستورية لا تحول دون تدخل المشرع لتقييد نطاقها أو تحديد مضمونها، وهذا كقاعدة في مجال الحقوق، والآن

---

Rouhette (G): Droit de la constitution et Theorie générale du contrat. PP 247-272. In offertes a renes rodiere, D, Paris, 1981, P445; Ghestin (J): L'utile et le juste dans le contrat. D. Chrom,1982, P2-10.

(1) - لذلك يعد من غير المعقول، لا شرعا ولا قانونا ولا منطقا، أن يتضمن الدستور كل الحقوق والحريات والمبادئ والأحكام، الأمر الذي دعى الآلة الفقهية إلى استنباط القواعد والمبادئ غير المنصوص عليها في الدستور بمعنى غير المكتوبة.

(2) - انظر المادة 05 من الدستور الفرنسي.

يكون حريات أساسية، فطالما أن المبدأ المستقر عليه في الاجتهاد الدستوري في مادة الحقوق والحريات العامة يتيح للتشريع إعمال وظيفة التدخل فيها مع الحرص على عدم إعدامها بإلغائها، ذلك أن المشرع يقوم بمهمة حمايتها من كل اعتداء وتجاوز[1]، فالأمر إذن يجب أن يكون سواء في دائرة التعامل مع كافة الحقوق والحريات العامة، ولو كان الأمر في معرض التعامل تشريعيا مع حرية التعاقد.

وأخيرا يرى أنصار هذا الاتجاه أن الإقرار بحرية التعاقد، في مجال العقود المدنية ومجال العقود الإدارية بصفة خاصة، يصدر عن ضرورة بعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاقدين، وتأمين الحد الأدنى من الأمن القانوني في مجال التعاقد مهما كان فرقاء العقد، شخصا عاما أو شخصا خاصا. ولعل المنطق القانوني لا يستسيغ أن تحظى الإدارة بوصفها شخصا عاما أو شخصا ممتازا بإمكانيات وقدرات تتجاوز ما قررته الإرادة التعاقدية للأطراف، وأيضا ليس بمستساغ في عالم فضل العقد كتقنية لأداء أنشطته الاجتماعية والاقتصادية أن يترك للسلطة العامة الحرية المطلقة للتدخل في كل جزئيات العقد، فمعلوم أن العقد حق للمتعاقدين؛ لأنهم صاغوه بإرادتهم الخاصة[2]، حيث أن تراكم التدخلات في كل لحظة في حياة العقد سوف يكبح

(1) - أول قرار للمجلس الدستوري يبرز فيه انتهاك حرية التعاقد من خلال استناده إلى حرية المقاولة، وأرجع حرية المقاولة إلى الحرية الشخصية لأرباب العمل والأجراء، وكتحصيل حاصل أن هذا الاتجاه يرجح الإقرار بالحرية التعاقدية بطريق غير مباشر، وذلك باللجوء إلى إثبات الحرية في مجال المقاولة بدلا من اللجوء مباشرة إلى حرية التعاقد، وذلك ما مدلوله أن المقاولة أقرب في ذهنية المجلس الدستوري من مجال التعاقد كقاعدة في حرية الصناعة والتجارة، مما سهل على المجلس إبطال النص التشريعي المشوب بعيب عدم الدستورية، انظر قراره:

CC 16-01-1982. N° 81-132 DC. Loi nationalisation. RJCI-104. Voir M

Rousseau (D): Chronique de jurisprudence constitutionnelle (Juillet 1989-Aout1991). R. D. P. 1992, P 37-109, P41-42.

(2) - وقد دأب المجلس في اعترافه بالحرية التعاقدية لا بطريق مباشرة، وإنما يصرف وجهته تلك ببحث مسألة انتهاك هذه الحرية وخرقها بواسطة بحث مسألة حرية المقاولة، ومذهبه في ذلك مفاده أن أي تعد وتجاوز على حرية المقاولة يعد تلقائيا بمثابة خرق للحرية التعاقدية، نظرا لما بين المقاولة والتعاقد من رابطة أصولية وقانونية لا يمكن فصلهما، حيث لا حرية للمقاولة بدون منح حرية التعاقد لأرباب العمل، إذ أن هذه الأخيرة تفسح مجالات متسعة للعمل والالتزام.

=

لتفاصيل وافية في هذه الجزئية انظر:

Favoreu (L): Jurisprudence de conseil constitutionnel. RFDC. Paris, 1993, N° 14. PP 375-378.

ومنذ هذا القرار تأكد أن اجتهاد القضاء الدستوري رغم وقوفه وجها لوجه مع حرية التعاقد في هذه الشكوى بحسبانها مسألة أولية في أغلب حالات خرق قواعد قانونية لحرية المقاولة، فهو مع ذلك يأبى الاعتراف بها بشكل مباشر، إذ يثبت للمقاولة قيمتها الدستورية، ومن باب اللزوم العقلي يكون لحرية التعاقد قيمة دستورية ضمنيا ما دام أن المقاولة من مبادئها الجوهرية مبدأ حرية التعاقد ابتداء وغاية. ويتبين بشكل مؤكد أن موقفه يركز بوضوح على أن: "أية قاعدة قانونية ذات قيمة دستورية لا تضمن حرية التعاقد". وقد فرض ذات الحل عند مناقشة القانون التوجيهي لإعداد الأراضي وتطويرها، وكذا القانون المالي لعام 1997، وذلك في قراري المجلس الدستوري:

CC. 26-01-1995, N°94-358 DC Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. RJCI-624; CC 30-12-1996, N°96-385 DC. Loi de finance de 1997, Op. cit

وهذا الاجتهاد فتح المجال للتفكير ولو بصفة محتشمة بوجود إقرار ضمني بالحرية التعاقدية، انظر:

Rousseau (D): Chronique de Jurisprudence constitutionnelle 1996-1997, Op. cit, P40 ETS.

وهكذا أكد القضاء الدستوري بكل وضوح أن حرية التعاقد لا تجسد ما يمكن أن تجسده المبادئ الدستورية التي لها الحظوة في تأمين احترامها، وبحسب تعبير بعض الفقه في فرنسا تعد حرية التعاقد مبدأ تشريعيا لا يحرس نفسه بنفسه إلا في الحالات التي يتم فيها المساس بمبدأ دستوري أعم منه، وفي هذه الحالة تحديدا يمكن إثارة التعدي والتجاوز على مبدأ حرية التعاقد، ومن هذا المنطلق يرى أحد الفقهاء أن حرية التعاقد " يجب أن تعمل كحرية ثانوية، كحرية مناسباتية، كحرية وسائلية Liberté instrumentalisée.

انظر:

Moderne (F): La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle, Op. cit, P4.

ويبدو أن البروفسور مودران متأثر إلى حد بعيد بفكرة الوسائلية أو المذهب الوسائلي، الذي يفيد أن النظريات وسائل مخصصة للعمل وفائدتها تقرر قيمتها. انظر ترجمة الوسائلية: جروان السابق: معجم اللغات (إنجليزي/فرنسي/ عربي)، الطبعة الأولى، دار السابق للنشر، بيروت، لبنان، 1985، ص611.

ومع ذلك، اهتدى المجلس الدستوري إلى وجود تطور في النظام القانوني للحرية التعاقدية، فقد كشف الفقه المؤيد لحرية التعاقد أنها أصبحت في ظل التطورات الاقتصادية تتمتع بالسند الدستوري المباشر والخاص بها أي دسترة حرية التعاقد. انظر:

Aurelie Duffy Ater: Constitutionnalisation de liberté contractuelle D. P. SP. N° 06, L. G. D. J, Paris, 2006, P 1589-1590.

حركة الأموال والاستثمار ولا يشجع على دخول المستثمرين الأجانب ذوي التقنية العالية[1]، وهو ما ينعكس سلبا على اقتصاد الدولة.

**ثانيا: التيار المعارض**

من الحجج التي يتمسك بها أنصاره أنه لا يمكن الحديث عن القيمة الدستورية لحرية التعاقد طالما انتفى السند والتحديد الواضحان لهذه القيمة[2]، ولعل القاعدة الفقهية تساندهم في ذلك، إذ العدم يلزم من وجوده العدم، فعدم وجود النص يؤدي إلى انعدام الحكم منطقا وشرعا، كما أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد ينعكس سلبيا على وظيفة المشرع ومهمته في الحياة التعاقدية، وهو الذي له اليد العليا في مجال الحقوق والحريات، وبالنتيجة يؤول الأمر إلى شبه جمود في الحياة القانونية بما لا ينسجم مع اتساع ظاهرة التقنيات التعاقدية التي تستلزمها التطورات المتنامية المتسارعة لأساليب الإدارة والتنظيم في المرافق العمومية الحديثة[3].

---

(1) - Terneyre (PH): La liberté contractuelle…. Op. cit, P 667.

(2) - IBID, P 670.

وغني عن البيان أن النظام العام لا يجب أن يتقيد به مجال دون مجال، فمجال النشاط التعاقدي يعتبر أقوى وأوضح صورة، الذي يتحقق فيه الالتزام بقيود النظام العام كسلطة التنظيم والرقابة التي تمارسها السلطة العامة، ومهما يكن نوع العقد أخاصا كان أم عاما، فحرية الإرادة في كلا العقدين لها وظيفة نسبية في تكوينه وإبرامه، بجانب سلطان القانون ومن ورائه التنظيم. للمزيد من التفصيل والإيضاحات يرجى الرجوع إلى المؤلفات المتخصصة: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري؛ محمد أحمد فتح الباب: النظام القانوني لحرية النشاط الصناعي، دار النهضة، الطبعة الثانية، 1999-2000؛ سعاد الشرقاوي: نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، دون ذكر الطبعة.

(3) - ولا يفهم من ذلك تفضيل الاستثمار الأجنبي على الاستثمار الوطني، لكن أكثر ما يعني هو استجلاب التقنية في مجال التكنولوجية والعلمية، من أجل تحسين المنتجات الاستهلاكية العامة وتلبية للحاجات العامة، درأ لتعطيل تداولها على كافة الأصعدة، ولكن طالما أن الانتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، حينئذ تكون الأولوية للمتعاملين الاقتصاديين. انظر ما نصت عليه المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر عدد 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي: المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج. ر عدد 14، المؤرخة في 06 مارس =

وأيضا ليس بمستساغ أن يكتسب الأشخاص العمومية الحقوق الأساسية[1] أصلا نظرا لطبيعتها الخصوصية والموضوعية ومقارنة بطبيعة الأفراد، بمعنى أن القانون هو صانع الأشخاص العامة في كل أجزائها ومبينا لملامحها ومحددا لغايتها من أجل إشباع الحاجات العامة، والقانون قادر – بما أنه أنشأها – على إلغائها دون أن تثار مشاكل مثلما يحدث في موت فرد من الأفراد في أغلب الأحوال[2].

ويفسر بعض الفقه ظاهرة الحرية التعاقدية للأشخاص العامة من حيث كونها ظاهرة موضوعية بانسحاب الصفة الموضوعية للشخص العام على حريته في التعاقد؛ ذلك ما يؤدي إلى عدم امتلاك الأشخاص العامة لوجود خاص بها في الحياة القانونية بصورة مستقلة وامتيازية ونهائية، بل إن تلك الأشخاص تمتلك طابعا موضوعيا خالصا من صنع القانون مباشرة أو بواسطته، بمعنى أنها غير مستقلة بذاتيتها وكيانها عن سلطان القانون، فيمكن أن يوجدها أو لا يوجدها، كما يمكن أن يلغيها إذا شاء إلغاءها، بحكم أن إنشاءها أو إلغاءها موقوف على المصلحة العامة وجودا وعدما؛ لذلك فإن غرض إنشاءها مناطه القانون وحده، وما كانت أصلا كالمرافق العامة إلا لتحقيق مصلحة المجتمع وليست أية مصلحة خاصة بها[3].

---

2011، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 يونيو 2011، ج. ر. عدد 34 المؤرخة في 19 يونيو 2011؛ والمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج. ر عدد 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.

(1) - Terneyre (PH): La liberté contractuelle…. Op. cit, P 669.

(2) - IBID, P 670.

(3) - وكان المعارضين أنصار هذا التيار يعلقون الحقوق الأساسية على الطبيعة الإنسانية، حيث لا يوجد الحق الأساسي إلا حينما يوجد الفرد، وبهذا المفهوم يطرحون جانبا مسألة القيمة الدستورية لحرية التعاقد، ولو أن الاعتقاد السائد بشأن الشخص المعنوي عموما هو مجرد افتراض قانوني: فلماذا لا يمكن التعامل مع حريته التعاقدية بذات الافتراض القانوني لبلوغ غايات المرفق العام، وذلك من باب إلحاق الجزء بالكل باعتبار أن حرية التعاقد جزء من كيان الشخص العام المفترض وجوده بحكم القانون؟ بمعنى أن كثير من الحقوق كالحق في الحياة والحق في الحرية والمساواة والكرامة الانسانية... فهذه الحقوق مفرغة تماما من أي معنى يتوافق مع طبيعة الأشخاص العامة بخلاف الأشخاص الطبيعية، الأمر الذي يستحيل عقلا =

**ثالثا: تقييم التيارين (المؤيد والمعارض)**

بعد عرضهما تبين أن التيار المؤيد الأكثر رجاجة؛ لأنه الأثر انسجاما مع الواقع ويتوافق مع التطورات الراهنة الحاصلة في الحياة التعاقدية للأشخاص العامة، بدءا من الدولة إلى مؤسساتها العمومية، بحسبان أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد يعمل على اتساع التقنيات التعاقدية، مما يسهل أداء المرافق العامة لوظائفها.

ويلاحظ أن الموقف المؤيد، لا يمانع من الإقرار بالحرية التعاقدية كحق أساسي ذي قيمة دستورية، حيث يرى أن الشخص العام هو شخص قانوني صرف له وجود قانوني ولا أهمية لوجده بذاته كحقيقة مادية، وبالبناء عليه فالوجود القانوني هو ذلك الذي يمنحه القدرة على تكوين علاقات تعاقدية مع غيره بغرض تطوير المجتمعات المدنية الحديثة التي تؤمن بالتقنية التعاقدية الرضائية كوسيلة لإيجاد حلول لكل مشاكلها المستجدة، وقد عملت فعلا السياسة التشريعية على توطئة ذلك في قوانينها.

ومع ذلك، فان موقفهم هذا يشوبه عيب جوهري، وذلك من خلال موازنته إمكانية الإقرار بالحقوق الدستورية للأشخاص العامة بالحقوق والحريات الدستورية للأفراد، بينما الأمر لا يدور حول قياس هذه الحقوق بتلك الحقوق، إنما البحث جارٍ عن حريات وحقوق دستورية جماعية تصب في مصلحة الجماعة، بالإضافة إلى حريات وحقوق فردية، مثل الحركة المهنية، والحريات المحلية اللامركزية. وقد تأكد الاعتراف بحق الجماعات المحلية، وتكريسه أيضا، في إدارة وتسيير المجالس المنتخبة بصفة كلية دونما مشاركتها في اتخاذ قراراتها من أي جهة أخرى ولو كانت

---

ومنطقا أن يتصور أن لهذه الحقوق وجودا ماديا أو وجود قانونيا إذا ما أردنا إلحاقها في دائرة الأشخاص العامة نظرا لتعارض خصوصياتها مع هذه الحقوق. انظر:

Picard (E ): La liberté contractuelle des personnes publiques…. Op. cit, P663.

السلطات المركزية[1].

ونخلص إلى أن الاتجاه المؤيد إذْ يطالب برفع الحرية التعاقدية إلى سقف الحقوق الدستورية، لا يطالب بها بمثابة كونها حرية حقيقية كالتي يتمتع بها الأفراد، ولكن لكون هذه الحرية ضرورة اجتماعية في ظل مجتمعات مدنية تنتهج روح الرضائية التعاقدية لتنظيم الاقتصاد والمبادلات التجارية الخاصة والعامة، وقد اعتبرها البعض – بحق – بنص جوهري يتحرك في صلب المجتمعات الديمقراطية[2]، وباعتبارها ذات سمة دستورية؛ فالحرية التعاقدية بهذا الإقرار سوف تساهم في خلق نوع من الاستقرار للعلاقات التعاقدية على الصعيد الداخلي والصعيد الخارجي، خصوصا فيما تشهده اليوم الدول الحديثة ذات الانفتاح الاقتصادي من استدراج الاستثمارات الأجنبية تدعيما لاقتصادها وتنويعا لمواردها في شتى المجالات.

ومهما يكن من أمر، فقد أصبحت الحرية التعاقدية للشخص العام ذات خطى واسعة في منابر الفقه، يجدد دائما ولاءه لاعتراف بها كحق دستوري، وهو في ذلك يعول على الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي الذي يسير هو الآخر نحو الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد بصفة عامة، وقد قرر أن الخروقات المرتقبة من لدن المشرع على اقتصاديات العقود المبرمة وفقا للقانون، يمكن أن تدخل في عداد المخالفات الدستورية[3].

وعلى ضوء ذلك، فإنه اجتهاد قضائي في مادة الحرية التعاقدية، يمكن تطبيقيه – باعتباره مبدأ – على كل الحالات التي يمكن أن تشكل مساسا باقتصاديات العقود التي يمر بها الشخص العام، مبرمة في أوضاع سليمة، مع استبعاد تطبيق هذا

---

(1) - IBID, P 662.

(2) - IBID,P662.

(3) - Drago (R), Op. cit, P 130-132.

الاجتهاد عند التدخلات التشريعية في العقود ذات الأوضاع الباطلة، وفي العقود التي تكون في صور تكوين الإيجاب والقبول وتبادلهما.

ولعل التطبيق المحدود لهذا القضاء، أي تطبيقه على حالة دون حالة، والذي يضيق من نطاق قرار المجلس الدستوري فيما يتعلق بدستورية الحرية التعاقدية للشخص العام، وهو ما أدى بالبعض إلى القول بأن المجلس الدستوري حقق وضعية "شبه دستورية" للحرية التعاقدية للأشخاص العامة[1].

(1) - مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سبق ذكره، ص 49.