

العدد العاشر _ أبريل 2022



مجلة الممارس
للدراسات القانونية والقضائية



المدير المسؤول : ذ. ياسين الصبار
مدير التحرير : ذ. عمر الموريف
المشرف الفني : ذ. عز الدين الفوساني

مجلة الممارس للدراسات القانونية و القضائية، مجلة علمية
الالكترونية تعنى بنشر المقالات و الأبحاث ذات الصلة بالمجال
القانوني والقضائي، تصدر كل ثلاثة أشهر على الموقع الالكتروني:

www.maroclaw.com

المدير المسؤؤل : ذ. ياسين الصبار

رئيس التحرير : ذ. عمر الموريف

الإشراف الفني : ذ. عزالدين الغوساني

البريد الالكتروني للمجلة :

ALMOUMARIS@GMAIL.COM

الهاتف :

06.51.06.05.32

الإيداع القانوني للمجلة :

ISSN : 2605-7670

كل الحقوق محفوظة ©

اللجنة العلمية :

- د . عبد اللطيف الشنتوف (رئيس نادي قضاة المغرب)
- د . نور الدين الفقيهي (أستاذ جامعي)
- د . محمد الزهراوي (أستاذ جامعي)
- د . نور الدين الرحالي (أستاذ جامعي)
- د . عبد الإلاه المحبوب (أستاذ جامعي)
- دة . زهيرة فونتير (أستاذة جامعية)
- د . محمد بن التاجر (أستاذ جامعي)
- د . عبد الله فرح (مستشار بمحكمة النقض)
- ذ . البشير بن إسماعيل (نائب وكيل الملك)
- ذ . عبد الغني قاسيمي (مفوض قضائي)
- ذ . محمد الزكراوي (إطار بوزارة الداخلية)

اللجنة الاستشارية :

- عز الدين الغوساني (أستاذ السلك الإبتدائي وباحث في القانون العام)
- جواد خربوش (باحث بسلك الدكتوراه)
- محمد عيشوش (محام متمعن)
- محمد جـحـا (محام متمعن)
- يونس لعناني (مفتش الشغل)

- ادريس الشنقوي (محام متمرن)
- عبد الرحمان الباقوري (محام متمرن)
- محمد التوزاني (باحث بسلك الدكتوراه)

قواعد النشر بالمجلة :

✓ أن يكون البحث أو المقال له صلة بالمجال القانوني أو القضائي
✓ أن يكون البحث أو المقال غير منشور سابقا في مجلة أو موقع
✓ أن يكون البحث أو المقال مستوفي للشروط المتعلقة
بالنهجية

✓ أن يكون البحث أو المقال محترما للأمانة العلمية

✓ أن يرسل المقال أو البحث في صيغة word

✓ أن توافق اللجنة العلمية و الاستشارية على المقال أو البحث

✓ لا تتحمل المجلة التجاوزات التي يقوم بها صاحب المقال

✓ لا تعبر المقالات المنشورة بالمجلة إلا عن رأي أصحابها

✓ أن يكون البحث أو المقال مرفقا ببطاقة تعريفية للكاتب

✓ إرسال المقال أو البحث للبريد الالكتروني للمجلة :

Almoumaris@gmail.com

الإفتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم، وبعد

سيراً على المسار الذي اتخذته إدارة مجلة الممارس في إغناء الساحة القانونية والقضائية بمختلف المقالات والأبحاث والدراسات، وإيماناً منا بأهمية النشر العلمي والبحث الأكاديمي.

يسعدنا ويشرفنا أن نضع بين أيديكم العدد العاشر من مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية (أبريل 2022).

وقد تميز هذا العدد من مجلتنا بتنوع مقالاته وأبحاثه والتي قاربت مختلف فروع القانون العام والخاص، ساعين من وراء ذلك أن يكون العدد غنياً بمواضيعه.

فالشكر الجزيل لكل من ساهم في نجاح مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية، من السادة الباحثين والأساتذة والممارسين، كما لا يفوتنا أن نشكر كل من يشرف ويضحي من أجل إعلاء المجلة واستمراريتها من السادة أعضاء اللجنتين العلمية والإستشارية، وفريق إدارة المجلة.

والسلام

ذ. عزالدين الغوساني

المشرف الفني لمجلة الممارس

فهرس المحتويات :

الصفحة	الكاتب	عنوان المقال
7	أحمد تشيك	التعويض عن إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري _ قراءة في ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة لغرض تجاري أو صناعي أو حرفي _
19	رضى الغوات	عنصر التبعية _ بين المفهوم التقليدي والحديث _
36	سكينة الحرفي	الإطار القانوني للتدابير القضائية المتخذة لاحتواء فترة الطوارئ الصحية
49	عبد الودود الزباخ	المجتمع المدني بين إكراه التنمية المحلية وإشكاليات التمويل العمومي المحلي
74	محمد التوزاني	الضوابط اللغوية لصياغة عقود البنوك التشاركية
105	محمد لعطايا	أسس الشراكة بين الدولة والجهات

124	يسرى لكحال	خصوصية عقد الصفقة العمومية عن العقود الإدارية الأخرى
145	يوسف مصار	حقوق المتعاقدين في الصفقات العمومية

أحمد تشيك

طالب باحث بـمـاسـتر العقار والتعمير عين الشق الدار البيضاء

التعويض عن إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري. -قراءة في ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة لغرض تجاري أو صناعي أو حرفي -

لا يخفى على أحد أن هاجس خلق نوع من التوازن بين مصلحتين أساسيتين، الأولى تتجلى في حماية الملكية العقارية والثانية في حماية الملكية التجارية، ظل أهم محدد وأحد أبرز المداخل الأساسية لتحقيق الإستقرار والدفع بعجلة الإقتصاد نحو الإزدهار وفي المقابل ضمان الحقوق المختلفة وتعزيز الأمن القانوني التعاقدية.

ولذلك يعتبر مجال الكراء التجاري المجال الخصب لتلاقي هذه المصالح التي تستدعي الضرورة الإحاطة بمختلف الإشكالات والتقاطعات التي يمكن أن تكون موضوعا لها .

وبناء عليه، فقد عملت التشريعات الحديثة على حماية المكثري من تعسف صاحب الملك وعلى حفظ حق هذا الأخير في إستفادته من المقابل الذي تعيشه من إبرام عقد الكراء بل وفي استرجاع ملكه وفق شروط وإجراءات تكفل التوازن المنشود بين طرفي العلاقة الكرائية، حتى قال السنهوري : القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر.¹

¹ عبد الله الكرجي ، الإثبات في المنازعات الكرائية ، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الأول 2014، ص : 93

وانطلاقاً منه فقد سعي المشرع المغربي بدوره إلى توفير الحماية اللازمة لحق المكثري في الإنتفاع بالمحل وفي المقابل نجد أن المشرع ووعيا منه بأهمية عقد الكراء التجاري حاول ضمان نوع من التوازن من خلال تمكين المكري من إمكانية إسترداد ملكيته العقارية على يد المكثري.

ولما كان الأصل إستقرار المعاملات يقتضي إستمرارية الإستغلال المخول للمكثري على المحل موضوع الكراء إلا أن الإستثناء يقضي بخلاف هذا الأمر ، ذلك أن المطري قد يكون في وقت له من الحاجة في ذلك المحل، ما يجعله يسلك مساطر إفراغ المكثري، ومن بين هذه المساطر نجد الإفراغ من أجل الإستعمال الشخصي والذي هو بمثابة ضمانة للمكري لوضع حد للعلاقة الكرائية، بطبيعة الحال وفقا للإجراءات والشروط كما تقدم معنا في المبحث السابق، إلى جانب تحقق الأسباب والمبررات لذلك، تحقيقاً لمبدأ سامي وهو حسن النية المفترض على الأصل.

وعليه، فإذا كان من بين الحقوق المخولة للمكثري، إفراغ المكثري طبقاً للحالات المنصوص عليها في القانون، فإنه ولا بد أن يقترن ذلك بتعويض يلتزم المكثري بأدائه نتيجة ما لحق أو ما قد يلحق المكثري من خسارة أو أضرار على إثر واقعة الإفراغ ، ويعد التعويض من أهم وأبرز الآثار المترتبة عن إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري² في إطار القانون 49.16³

وبخصوص هذه النقطة، فإننا نتساءل عن مدى فعالية التعويض في إطار إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري في تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية اي المكثري والمكثري، وبالتالي تحقيق الأمن التعاقدي؟

² خول المشرع للمكثري إمكانية مطالبة المكثري بإفراغ محل السكني الملحق بالمحل التجاري مراعاة لأوضاعه الإجتماعية المتمثلة في حاجته للسكن بنفسه أو لزوجه أو فروعته ولأحد أصوله.

³ ظهير شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي صادر في الجريدة الرسمية عدد 6490 بتلخيص 7 دي القعدة 1437 (11 اغسطس 2016)، ص 5857

وسنتولى في هذه الدراسة بحث التعويضات المقررة للمكثري نتيجة إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري من خلال طريق التطرق إلى التعويض الجزئي في (الفقرة الأولى) قبل أن نعرض لإستحقاق المكثري للتعويض الإحتياطي وفق شروط محددة في (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: إستحقاق المكثري للتعويض الجزئي نتيجة إفراغ السكن الملحق

بالمحل التجاري.

لما كان المطالبة بالإفراغ هو حق من الحقوق المخولة للمكثري، فإنه لا يستوي الحديث عن ذلك مالم يكن مبررا ووجيها أو كان مبنيا على سبب معقول، وفي المقابل فإن المكثري ملزم بتعويض المكثري نتيجة هذا الإفراغ وهو من أهم الآثار التي يمكن أن تترتب أو تنتهي بها مساطر الإفراغ المقررة للمكثري في إطار القانون 49.16 المتعلق بالكرء التجاري والصناعي والحرفي.⁴

إن التعويض في عمومه يرمي بالأساس إلى إصلاح الضرر الذي أصاب المكثري من جراء واقعة الإفراغ لذلك أولى المشرع المغربي عناية لعنصر التعويض عن إنهاء العلاقة الكرائية لتعلقه بمصالح جديرة بالحماية.

من الواضح أن جدلية وضع قواعد حمائية للملكية العقارية لفائدة المكثري تفترض بالأساس وكأصل إنهاء العلاقة الكرائية، ويكون بذلك الباب مفتوحا لزعزعة أساس الملكية التجارية للمكثري.

لقد نص المشرع المغربي على مجموعة من الأحكام والضوابط القانونية التي تحمل في طياتها الطابع الحمائي لمختلف المصالح المكونة لعقد الكراء حفاظاً على الحقوق من أن يتم سلبها بشكل تعسفي ودون تعويض، ومن ملة هذه التدابير والضوابط ما يتعلق بالتعويض الجزئي نتيجة الإفراغ من أجل الإستعمال الشخصي للمحل الملحق بالمحل التجاري.

⁴ لقد حاول المشرع من خلال إصدار القانون 49.16 على تجاوز مختلف الإشكالات التي كان يثيرها ظهير 24 ماي 1955 وإيجاد نوع من التوازن بين كفتي العلاقة الكرائية.

وفي هذا السياق يجدر بنا أن نطرح التساؤل الجوهرى التالى:

ماهى الضوابط القانونية التى تحكم حالة التعويض الجزئى نتيجة إفراغ السكن الملحق بالمحل التجارى؟ وللإجابة عن هذا الإشكال ومحاولة تبسيطه، فإننا سنحاول عرض وتحليل الشروط المطلوبة لحصول التعويض الجزئى فى (أولاً) إلى جانب تحديد التعويض فى هذه الحالة فى (ثانياً).

أولاً: الشروط المطلوبة لإستحقاق التعويض الجزئى.

لقد أشارت المادة 19 من القانون 49.16 المتعلق بالكرأء التجارى والصناعى والحرفى إلى مقتضى غاية فى الأهمية وهو إستحقاق المكترى لتعويضين أساسيين فالأول يتعلق بحالة إستحقاق المكترى لتعويض يمثل كراء ثلاث سنوات من حسب آخر وجيبة كرائية، واستحقاق المكترى لتعويض يوازي كراء ثمانية عشر شهراً، ولأن هذه الفقرة خصصناها من أجل الإحاطة بالتعويض الجزئى اى التعويض الموازى لكراء ثلاث سنوات حسب آخر وجيبة كرائية، وهو الذى يهمنى فى هذا الصدد فإننا سنرجئ الحديث عن التعويض الإحتياطى أو الذى يمثل كراء ثمانية عشر شهراً إلى الفقرة الثانية.

إن الحديث عن التعويض الجزئى المستحق نتيجة إفراغ السكن الملحق بالمحل التجارى كما جاء فى نص المادة 19 من قانون الكراء التجارى والصناعى والحرفى يتطلب الحديث عن الشروط الأساسية لإستحقاق هذا التعويض.

فالمشرع المغربى فى الفقرة الأولى من هذه المادة جاء واضحاً ونص على أنه فى حالة إثبات أن الشخص المطلوب الإفراغ لفائده لا يتوفر على سكن فى ملكه أو يتوفر على سكن فى ملكه لكنه غير كاف لسد حاجياته العادية، ومن خلال هذا المعطى يتضح بأن المشرع بعدما عرض لحق المالك فى المطالبة بالإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل الذى يزاول فيه المكترى نشاطه التجارى أوالصناعى أوالحرفى للسكن وحدد الأشخاص الذين قد يكون الإفراغ لفائدهم فى نفس الفقرة كما تقدم معنا سلفاً، وبعد ذلك نص نص على التعويض المستحق للمكترى الذى يمثل كراء ثلاث سنوات حسب بالإعتماد على آخر وجيبة

كرائية للمحل، ولكي لا يتعسف المكري في إستعماله لحق الإفراغ الذي ينصب على المحل الملحق الشيء الذي من شأنه أن يلحق ضررا بالمكثري، لا سيما إذا كان تاجرا أو يرتبط ذلك المحل بمصالحه التجارية، نجد أن المشرع إشتراط إثبات أن الشخص المطلوب الإفراغ لفائدته لا يتوفر على سكن في ملكه كشرط أول أو أن هذا الشخص يتوفر على سكن في ملكه لكنه غير كاف لسد حاجياته العادية.

إن اشتراط المشرع إثبات هذه العناصر يؤكد افتراضه المسبق من أن يكون المكري الذي يطلب الإفراغ المتعلق بالمحل الملحق بالمحل التجاري شيء النية أو أن طلبه هذا الرامي إلى الإفراغ يتوخى منه فقط الإصرار بمصالح المكثري، غير أن الإشكال الذي يثار بخصوص هذه المسألة يتعلق بالإثبات، أي إثبات أن الشخص المطلوب الإفراغ له لا يتوفر على سكن أو أنه يتوفر عليه لكنه غير كاف لسد حاجياته العادية، فهل الإثبات يقع على عاتق المالك، أي صالحى الملكية العقارية أم أن الأمر يتعلق بالشخص المراد الإفراغ له بالمعنى الواسع كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 19 وسبق أن تطرقنا لها في المبحث الأول، لأنه قد يكون الشخص المراد الإفراغ له ليس هو المالك كما هو الحال بالنسبة للزوج أو أحد الأصول أو الفروع أو حتى المستفيذون من الوصية الواجبة إن وجدوا أو المكفول، مع العلم أن المادة 19 جاءت عامة ولم تحدد المطالب بالإثبات، (إحالة : إن إستعمال عبارة "...شريطة إثبات..." في المادة 19 تجعل هذه الأخيرة لم تحدد الملزم بالإثبات)، وفي ضل هذا الوضع فإننا نعتقد بأن الملزم بإثبات هذه الشروط هو المكري اي صاحب الملكية العقارية للمحل الملحق المراد أفراغه للإستعمال الشخصي، ولو لم يكن هو من يطلب الإفراغ ليسكن فيه بنفسه، ويبقى الأمر في ذلك في ذلك خاضعا لحرية الإثبات كما هو مقرر في الميدان التجاري.

هذا بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع إشتراط على الشخص المطلوب الإفراغ لفائدته أن يسكن المحل شخصيا داخل أجل أقصاه سنة أشهر من تاريخ مغادرته من طرف المكثري ولمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، مالم يكن هناك عذر مقبول⁵.

لا شك بأن غاية المشرع من إشتراط هذا العنصر على غرار باقي الشروط هي ضمان أكبر قدر من الحماية القانونية للمكثري من جراء الإفراغ الكيدي الذي يتقدم به المكثري والنتاج عن التعسف في الطلبات الرامية إلى إفراغ المساكن الملحقة بالمحلات التجارية، وأيضا الوقوف على مكامن حسن نية لدى المكثري أو المطلوب الإفراغ له على وجه العموم.

ويثار إشكال حول إذا ما كان المكثري يؤدي سومة كرائية إجمالية أي أنها تشمل المحل التجاري و الذي يستعمله في تجارته إلى جانب محل السكن المرتبط أداة الملحق به، وخاصة عند تحديد التعويض، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الصدد علما أن الحالة التي يؤدي فيها المكثري سومة كرائية للمحل الملحق منفصلة لا يثير أي إشكال ما دامت أن المادة نصت صراحة على أن المكثري يستحق تعريضا يوازي كراء ثلاث سنوات حسب آخر وجيبة كرائية للمحل الملحق بعد توفر الشروط التي أشرنا إليها سلفا.

تانيا: كيفية تحديد التعويض.

إذا أثبت الشخص المطلوب الإفراغ لفائدته أنه لا يتوفر على سكن في ملكه أو أنه يتوفر عليه لكنه غير كاف لسد حاجياته العادية إضافة إلى كون الشخص أو الأشخاص المطلوب الإفراغ لفائدتهم منصوص عليهم في الفقرة الأولى من المادة 19 فإنه يستحق المكثري تعويضا جزئيا يمثل كراء ثلاث سنوات حسب وجيبة الكراء التي كان يؤديها والمشمولة فقط بالمحل الملحق شريطة أن لا يكون من شأن هذا الطلب المبني

⁵، سكيبة العمري، التعويض عن إنهاء عقد الكراء التجاري على ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للإستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، منشور بمجلة المهن القانونية والقضائية، منازعات الكراء التجاري بين القانون والإجتهاد القضائي، الطبعة الأولى 2021، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، عدد 7 و 8

على إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري أن ينتج عنه إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 20 من قانون الكراء التجاري⁶

فماذا إذن عن الحالة التي يؤدي فيها المكثري وجيبة كرائحة شاملة، بمعنى أنها تشمل المحل المعد للنشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي والمحل الملحق بالمحل التجاري؟ وهي الحالة الشائعة على المستوى الواقع العملي.

إن الإجابة عن هذا الإشكال يتطلب منا وبلا شك الرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة لهذه الحالة للوقوف على المعايير التي وضعها المشرع من أجل تحديد السومة الكرائية المتعلقة بالمحل الملحق موضوع طلب الإفراغ والذي بناء عليه سيتم تعويض المكثري تعويضا جزئيا.

الرجوع إلى المادة 19 وتحديد الفقرة الثانية منها، نصت على أنه " ... إذا كان المكثري يؤدي سومة كرائية إجمالية تشمل المحل المستعمل للتجارة ومحل السكنى الملحق به، يتم تحديد السومة الكرائية للمحل الملحق باتفاق الطرفين أو باللجوء إلى المحكمة " .

ويعتبر هذا المقتضى أحد الضمانات المخولة لأطراف العلاقة الكرائية من أجل تحديد السومة الكرائية للمحل الملحق بالمحل التجاري، حيث بناء عليه سيتم تقدير التعويض المستحق لفائدة المكثري لا سيما

⁶ نصت المادة 20 من القانون 49.16 على أنه : لا يجوز للمالك المطالبة بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحرفي في الحالات الآتية :

إذا كان من شأنه إسترجاع المحل أن يحدث مساسا خطيرا بإستغلال الأصل التجاري؛
إذا تعلق الأمر بملحقات المؤسسات السياحية وأشكال الإيواء السياحي الأخرى، والمصحات والمؤسسات المماثلة لها، ومؤسسات التعليم الخصوصي؛

إذا كان المكثري يستعمل جزء من محل الكراء للسكن لا يمكن الفصل بينه وبين الجزء المستعمل كمحل تجاري أو صناعي أو حرفي، فإنه في هذه الحالة لا يمكن إفراغه من الجزء المستعمل للسكن، دون إفراغه من الجزء المستعمل للتجارة، وظالم وفقا لمقتضيات هذا القانون.) على أن هذه الأخيرة لا تثير أية إشكال علما أن المكثري يؤدي سومة كرائية للمحل الملحق منفصلة وهو ما يسهل تقدير وتحديد التعويض الذي يمثل كراء ثلاث سنوات وهو ما أشرنا إليه.

وأن أغلب النزاعات في هذا المجال تتعلق بمثل هذه الوضعيات الشيء الذي جعل المشرع بعد بقواعد قانونية تنظم هذا الإشكال، وحسنا فعل عندما حدد وسيلتين أساسيتين لتحديد السومة الكرائية فالأولى تتعلق بالحالة التي يتق فيها المكري والمكتب بالتراضي عن السومة الكرائية للمحل واعتبرها وسيلة سابقة، ففي حالة عدم الإتفاق يكون الفيصل هو اللجوء إلى طرق أبواب القضاء، وإذا كانت الوسيلة الأولى لا تثير اي إشكالات، فإن اللجوء إلى المحكمة يؤدي بنا إلى طرح الإشكال التالي :

هل اللجوء إلى المحكمة يكون منفصلا أي بدعوى أصلية رامية الى تحديد السومة الكرائية أم أن الأمر يمكن المطالبة به أثناء سريان دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ والذي يبت فيه قضاء الموضوع⁷ من خلاله بإمكان المحكمة تقدير السومة الكرائية.

وفي هذا الإطار يرى بعض الفقه⁸ أنه يتعين على المحكمة أثناء نظرها في دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ أن تنتدب خبيرا لتحديد السومة الكرائية، وفي إعتقادنا نرى بأن هذا الرأي محترم ما دام أنه سيحقق لنا غايتين أساسيتين، الأولى قضائية تتمثل في الإقتصاد وتسريع الإجراءات وغاية اجتماعية تتجلى في عدم تكليف المكثري أو المكري بدعوى ثانية وما ينتج عنها من مصاريف.

وجدير بالذكر في هذه الحالة أن الأصل هو تحديد السومة الكرائية بناء على اتفاق الطرفين والاستثناء هو اللجوء إلى المحكمة، على أن المكثري يمكنه المطالبة بالتعويض الذي يمثل ثلاث سنوات من الكراء بناء على آخر سومة كرائية للمحل نتيجة الحكم بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري، عن طريق مقابلة أو بدعوى مستقلة عن دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ، حيث ورد في الفقرة الثانية من

⁷ أسند القانون 49.16 الإختصاص لقضاء الموضوع للمصادقة على الإنذار بالإفراغ في حالة الرغبة في استرجاع المحل الملحق بالمحل التجاري للسكن.

⁸ !: مصطفي بونجة، مساطر الإفراغ والتعويض الخاصة بالمحلات التجارية وفقا للقانون 49.16، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2020-2021، ص: 208.

المادة 27 من القانون 49.16 " يجوز للمكتري التقدم بطلب مقابل للتعويض أثناء سريان دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ".

إذا لم يتقدم المكتري بطلب مقابل للتعويض أثناء سريان هذه الدعوى، فإنه يجوز له أن يرفع دعوى التعويض داخل أجل 6 أشهر من تاريخ تبليغه بالحكم النهائي القاضي بالإفراغ. والملاحظ أنه في حالة تقديم دعوى التعويض مستقلة من طرف المكتري فإنه يجب أن يكون داخل أجل ستة أشهر من تاريخ تبليغه بالحكم القاضي بالإفراغ⁹ تحت طائلة سقوط الحق في المطالبة بالتعويض أي أن هذا الأجل هو أجل سقوط.

الفقرة الثانية : إستحقاق التعويض الإحتياطي للمكتري.

سوف نحاول الوقوف في هذه الفقرة عند الشروط الأساسية للمطالبة بالتعويض الإحتياطي في (أولا) وكذلك ضوابط المطالبة بهذا التعويض في (ثانيا).

أولا : الشروط الأساسية للمطالبة بالتعويض الإحتياطي.

يعد الإفراغ بسبب الحاجة إلى الإستعمال الشخصي واحد من الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة الكرائية بين المكري والمكتري، غير أنه في إطار دراستنا هذه والتي تقتصر على التعويض المقرر لفائدة المكتري طبقا للقانون 49.16، تبين لنا أن المشرع إقتصر فقط على تنظيم الإفراغ للإستعمال الشخصي المنصب على المحل السكني الملحق بالمحل الذي يزاوئ فيه المكتري نشاطه التجاري.

أن المكتري ولو كان حريصا على أداء كل ما ذمته من واجبات كرائية تجاه الطرف الأخر اي المكري فإن ذلك لا ينهض سببا يحول دون مطالبة المكتري بالإفراغ، لأنه في هذه الحالة السبب الناتج عن المطالبة بالإفراغ ليست له أية علاقة بخطأ المكتري، وإنما ذلك راجع الى الحاجة الملحة لمالك العقار المكتري او من يعيش تحت كنفه من أجل السكن وإن كان الأمر يقتصر فقط على المحل السكني الملحق بالمحل التجاري.

⁹: أبو القاسم الطيبي، إفراغ المحلات التجارية، دراسة على ضوء القانون 49.16، مطابع الرباط نت، طبعة 2018، ص: 97

وتعتبر طلبات الإفرغ من أجل السكن من أهم الضمانات المخولة للمكري مراعاة لأوضاعه الإجتماعية لتحقيق الإفرغ، وذلك بالإستناد الى المبدأ الشائع الذي يقضي بأن المالك له الأولوية في استعمال عقاره من الغريب¹⁰ وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا المبدأ ليس على إطلاقه ولا يمكن إعتبره كذلك، مادام تحقيق الإستقرار بين الملكية العقارية والملكية التجارية يظل من أبرز الرهانات التي تسعى إليه كل الأنظمة القانونية ومنها النظام القانوني المغربي الذي حاول البحث عن سبل تحقيق التوازن بين المالكيتين العقارية والتجارية في إطار العلاقات الكرائية التي تدخل ضمن نطاق القانون 49.16.

وبالتالي فإن تحقيق هذه الغاية و أخرى فلا بد من إستحضار عنصر حسن النية¹¹ الذي هو الأصل، من خلال تأكيد المشرع المغربي على هذه القاعدة عبر التنصيص عليها في القواعد العامة في الفصل 231 من ق، ل، ع الذي جاء فيه " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية".

إن إبراز هذا العنصر في إطار حديثنا عن التعويض نتيجة إفرغ السكن الملحق بالمحل التجاري من أجل السكن، يتطلب منا الرجوع إلى المادة 19 وتحديدًا في فقرتها الأخيرة التي نصت على أنه " يتعين على الشخص المطلوب الإفرغ لفائده أن يعتمر المحل شخصيا داخل أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ مغادرته من طرف المكثري ولمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، مالم يكن هناك عذر مقبول، وإلا حق للمكثري المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر يوازي كراء ثمانية عشر شهراً حسب قيمة آخر وجيبة كرائية".

أن المتمعن في مقتضيات هذه الفقرة سيجد بأن إقرار المشرع بإستحقاق المكثري تعويضا يمثل كراء ثمانية عشر شهراً حسب آخر وجيبة كرائية أداها المكثري، كان الغاية منه توفير أكبر قدر من الضمانات للمكثري الذي أفرغ من السكن الملحق بالمحل التجاري من جهة ومن جهة أخرى إبراز حسن نية الشخص

¹⁰ فاضل حبشي، الإمتداد القانوني لعقود الإيجار، طبعة 1969، ص: 158

¹¹ يعد مبدأ حسن النية من المبادئ التي تعود جذورها إلى القانون الروماني، ففي البداية تأسس على قواعد أخلاقية لينتقل بعد ذلك إلى مرحلة التقنين فصار قاعدة قانونية.

المفروغ لفائدته، الشيء الذي قد يحد من تعسف بعض المكترين في طلبات الإفراغ التي تقع على السكن الملحق بالمحل التجاري.

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن المشرع إشرط لكي يطالب المكترى بالتعويض الذي يوازي كراء ثمانية عشر شهراً حسب آخر وجيبة كرائية، مجموعة من العناصر والشروط، الشيء الذي يجعل هذا التعويض يكتسي طابعا إستثنائيا واحتياطيا.

ومن جملة هذه الشروط أن لا يعتمر الشخص المفروغ لفائدته المحل شخصيا، وأن لا يحصل هذا الإعتمار داخل أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ مغادرته من طرف المكترى، فضلا عن ذلك فإنه إشرط المشرع أن يحصل إعتمار المحل الملحق لمدة تقل عن ثلاث سنوات، بالإضافة إلى كون ذلك حصل بدون عذر مقبول.

إن عرض هذه الشروط كان نتيجة فحوى قراءة الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون 49.16 بمفهوم المخالفة ، لكن يبقى التساؤل المطروح في هذا الصدد بخصوص توفر العذر المقبول من عدمه عن ماهية المعايير التي تعتمدها المحكمة وهي تنظر في دعوى التعويض ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإننا نرى بأن تحديد هذه المعايير يرجع الى السلطة التقديرية لقضاء الموضوع بالإستناد على مختلف وسائل الإثبات المقررة من أجل التثبت من أحقية العذر المقبول من عدمه وبالتالي ترتيب التعويض لفائدة المكترى.

ولعله من المفيد أن نؤكد على أن التعويض الموازي لثمانية عشر شهراً حسب آخر وجيبة كرائية أو ما نسميه بالتعويض الإحتياطي أو الإستثنائي المقرر لمصلحة المكترى له طابع إحتمالي لأن إستحقاقه معلق على تحقق الشروط التي سبق وأن أشرنا إليها سلفا في معرض هذه الدراسة.

ثانياً: ضوابط المطالبة بالتعويض الإحتياطي.

وبناء على ذلك، فإمكانية مطالبة المكثري بالتعويض الإحتياطي الذي يمثل كراء ثمانية عشر شهراً حسب قيمة آخر وجيبة كرائية، وهو في حقيقة مطالبة بتعويض عن الضرر الحاصل بعد تنفيذ الحكم بالإفراغ والمتمثل في سوء نية المكري المجسدة في عدم إعتباره شخصياً للمحل الذي وقع إفراغه داخل أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ مغادرته من طرف المكثري ولمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، وما لم يكن هناك عذر مقبول.

الإشارة إلى أن المكثري ولأجل المطالبة بالتعويض الموازي لثمانية عشر شهراً حسب قيمة آخر وجيبة كرائية فإن ذلك يكون اساساً بناء على دعوى مستقلة في هذا الشأن ولأنه لا يمكن تحديده منذ حصول الإفراغ وبالتالي لا يمكن للمكثري المطالبة به أثناء نظر المحكمة في دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ خلافاً للتعويض الجزئي الذي تطرقنا له في الفقرة الأولى والذي يمكن المطالبة به سواء أثناء سير دعوى المصادقة على الإنذار بالإفراغ عن طريق دعوى مقابلة أو مستقلة عن دعوى المصادقة على الإنذار، وهذا المعطي يؤكد الطابع الإحتياطي لهذا التعويض، علماً أنه يتحقق عندما تختل إحدى الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون 49.16

وفي الأخير، فإنه يمكن القول بأن المشرع من خلال القانون 49.16 المتعلق بالكرء التجاري والصناعي أو الحرفي حاول تحقيق نوع من التوازن في إطار العلاقات التعاقدية في مجال الكراء التجاري من خلال مراعاة الأوضاع الإجتماعية للمكثري في أن خول له إمكانية المطالبة بإفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري من أجل السكن وحدد شروط ممارسته تفادياً لتعسف بعض المكثرين في استعمال هذا الحق وفي المقابل خول للمكثري مجموعة من المقتضيات المتعلقة في التعويض نتيجة هذا الإفراغ وعزز هذا المقتضى بأن أصبح التعويض لم يعد خاضعاً للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع.

رضى الفوات

باحث بسلك الماستر _ كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية مراكش

عنصر التبعية

- بين المفهوم التقليدي والحديث-

مقدمة :

يعتبر الشغل من الحقوق الأساسية في الحياة, وهو حق دستوري نص عليه المشرع في الفصل 31 من دستور 2011, بل حتى المواثيق الدولية تقر هذا الحق ومن بينها ما نص عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مادته السادسة, بأن الحق في العمل يشمل " ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية".

إذن من هذا المنطلق فتشغيل أكبر فئات فالمجتمع التي تتمثل في فئة الأجراء يعود بالنفع الكبير, وذلك من خلال تحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد, وصيانة كرامة الإنسان, والنهوض بمستواه المعيشي وتقديمه الاجتماعي وصولاً إلى الاستقرار والأمن الاجتماعي وهذا ما يتماشى مع مفهوم المقابلة التي جاءت به ديباجة مدونة الشغل " تعتبر المقابلة خلية اقتصادية واجتماعية تتمتع باحترام حق الملكية الخاصة وتلتزم

¹² الفصل 31 من دستور 2011 " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية و الجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة, لتيسير أسباب استفادة المواطنين و المواطنات, على قدم المساواة, من الحق في :

...

-الشغل و الدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل ,أو في التشغيل الذاتي ...".

باحترام كرامة الذين يشتغلون بها وضمان حقوقهم الفردية و الجماعية ,كما تعمل على تحقيق التقدم الاجتماعي لأجرائها خاصة فيما يتعلق بأمنهم المادي ورعاية صحتهم "13 .

فالمشرع يحاول أن يخلق نوعا من التوازن في هذه العلاقة التشغيلية أو هذا العقد الذي يجمع بين الأجير والمشغل والمميز بخصوصيات خاصة من حيث العناصر المكونة لهذا العقد والتي تتمثل في عنصر الشغل, عنصر الأجر, عنصر التبعية, وهذا الأخير هو الذي نحن بصدد دراسته نظرا لما أعطى الفقه لعنصر التبعية بعدا قانونيا واقتصاديا فقط دون الالتفاتة للتبعية عن بعد, خاصة ما نعرفه اليوم من ثورة تكنولوجية في شتى المجالات, وبعبارة أخرى نحن أمام حقبة رقمية إن صح التعبير والتي ينبغي من خلالها إعادة النظر في المفاهيم القانونية, ولا ننسى ما أفرزه فيروس كورونا (كوفيد-19) التي اجتاحت العالم واخترق الحدود, ومن أجل ذلك قامت الدولة باتخاذ إجراءات هامة لوقف انتشار الفيروس, وتقييد الحركة عن طريق الحجر الصحي, والذي ترتب عنه العديد من الآثار على مختلف المستويات, ولكن ما يهمنا في هذا المقال هو مجال الشغل الذي يعتبر ركيزة أساسية لتحريك وتنمية عجلة الاقتصاد, ولذلك فالشغل قد يؤدي داخل المؤسسات أو خارجها وفئة تشتغل عن قرب, وفئة أخرى التي تتوفر على إمكانيات وآليات تنجز أعمالها عن بعد.

ومنه فالعمل عن بعد, لا تستقر معه عنصر التبعية التقليدية التي تتجلى في مراقبة وإشراف وتوجيه الأجراء عن قرب, لذلك فالموضوع يطرح إشكالية : هل عنصر التبعية المنصوص عليه في مدونة الشغل

يواكب ويساير التطور المستمر الذي يعرفه عالم التشغيل ؟

وهكذا لمعالجة هذا الإشكال, سنتبع التصميم التالي:

المطلب الأول: ماهية التبعية

¹³ ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل, الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 2003_12_08, ص 3969.

المطلب الثاني: نطاق التبعية وحدودها

المطلب الأول: ماهية التبعية

من خلال هذا المطلب سنعالج مفهوم التبعية (الفقرة الأولى) هذا من جهة, ثم موقف المشرع المغربي من علاقة التبعية (الفقرة الثانية), هذا من جهة أخرى.

الفقرة الأولى: مفهوم التبعية

بداية لا بد من الوقوف على تعريف التبعية (أولا), وبعد ذلك التطرق إلى أنواعها (ثانيا).

أولا: تعريف التبعية

المشرع المغربي لم يعرف التبعية وإنما أشار إليها في مدونة الشغل¹⁴, حينما عرف الأجير في المادة 6 من مدونة الشغل: " يعد أجير كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني, تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين, لقاء أجر, أيا كان نوعه, وطريقة أدائه.", و أيضا يمكن استنتاج عنصر التبعية من خلال المادة 21 من مدونة الشغل حينما نصت على: " يمثل الأجير لأوامر المشغل, في نطاق المقتضيات القانونية أو التنظيمية, أو عقد الشغل, أو اتفاقية الشغل الجماعية, أو النظام الداخلي.

يمثل الأجير أيضا للنصوص المنظمة لأخلاقيات المهنة."

من هذا المنطلق, يتبين أن المشرع المغربي حث على عنصر التبعية كالتزام يقع على عاتق الأجير في نطاق قانوني, أو تنظيمي, أو ما جرى الاتفاق عليه في عقد الشغل, أو الاتفاقية الجماعية, أو في النظام الداخلي. تاركا أمر تعريف التبعية إلى الفقه الذي عرف التبعية رغم اختلافات بخصوص مفهومها بتعدد الكتابات إلا أنها اتفقت في مضمونها, وهكذا يعرف الأستاذ محمد الكشور التبعية بأنها: "حالة قانونية تنتج عن عقد العمل وتجعل العامل خاضعا لإدارة وإشراف من ينفذ العمل لحسابه أو لمن خول له هذا الأخير تلك

¹⁴ ظهير شريف رقم 1.03194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل, الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 2003_12_8, ص 3969.

السلطة". وعرفها الأستاذ محمد حسين منصور : "التبعية تتمثل في خضوع العامل لرب العمل وإشرافه ورقابته"¹⁵.

القضاء أيضا أقر عنصر التبعية في العديد من الأحكام نذكر منها, الحكم الذي أصدرته المحكمة الابتدائية بمراكش : "... وهو بصدد تأديته لعمله لدى مشغلته أي أنه كان خاضعا لسلطة الإشراف والرقابة والتوجيه التي يتمتع بها المؤجر في مواجهة أجرائه..."¹⁶.

فالتبعية هي سلطة المشغل في مراقبة وإشراف, وتوجيه أجرائه في حدود ما يسمح به القانون. وهي تميز الأجير الذي يقوم بعمل حر ومستقل عن الأجير الذي يشتغل تحت رقابة وتوجيه وإشراف المشغل, بحيث بعض الفقه¹⁷ قسم التبعية إلى نوعين رئيسيين هما: التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية لكن من الملاحظ أنه لا ينبغي الوقوف على هاتين النوعين فقط, بل لا بد أن نضيف نوع آخر لما أصبح مجال الشغل وتديبر العمل يعرف تطورا تكنولوجيا في الآونة الأخيرة, أي نحن أمام "التبعية عن بعد" وهذا ما سوف نعالجه في النقطة الموالية .

ثانيا : أنواع التبعية

من خلال ما سبق يتضح أن التبعية على ثلاثة أنواع :

¹⁵ أشار إليه أشرف جنوي : المدخل لدراسة قانون الشغل المغربي, مكتبة المعرفة_مراكش, مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء, الطبعة الأولى, 2018, ص 142 .

¹⁶ حكم بتاريخ حكم بتاريخ : 2019/1105, القسم الاجتماعي, ملف رقم : 19/1502/981, غير منشور

¹⁷ - محمد الكشور: عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي, مطبعة النجاح الجديدة, الدار البيضاء, طبعة 1995, ص114

- عبد اللطيف خالفي : الوسيط في مدونة الشغل, الجزء الأول, علاقات الشغل الفردية, المطبعة والورقة الوطنية, مراكش, الطبعة الأولى 2004, ص350

1. التبعية القانونية

والمقصود بها خضوع الأجير أثناء أدائه لعمله لإدارة وإشراف وسلطة من يمارس العمل لحسابه. وتكون قانونية لأنها ناتجة عن علاقة تعاقدية قررهما القانون اعتبارا للوضع الاجتماعي أو الاقتصادي أو التكويني للأجير, حيث يستوي الأجراء في الخضوع لتوجيهات مشغلهم سواء كانوا عمالا أو مستخدمين, كما تظهر هذه التبعية من خلال الجزاءات التي يمكن للمشغل توقيعها على أجراءه كفصله من العمل بسبب عدم امتثاله لتعليمات وتوجيهات مشغله وهذا ما أقرته المادة 39 من مدونة الشغل¹⁸.

2. التبعية الاقتصادية

ظلت تلعب التبعية القانونية دورا مهما للتمييز بين عقد الشغل وغيره من العقود إلى أن ظهر اتجاه فقهي يدعو إلى اعتماد التبعية الاقتصادية واتخاذها معيارا لتحديد العمل الخاضع لقانون الشغل. وعلى هذا الأساس فإن التبعية الاقتصادية لا تقوم على أساس خضوع الأجير لأوامر مشغله أثناء قيامه بعمله ولا لتوجيه وإشرافه, بل يكفي للقول بوجود عقد شغل فقط حصول الأجير على أجره من مشغله واعتماده على هذا الأجر في معيشته وطبقا لما تتضمنه التبعية الاقتصادية فإن عدد من الفئات الاجتماعية يمكنها الخضوع في علاقتها بالمشغل لتشريع الشغل وحمايتها مثل أجراء المنازل والصحفي المهني أو الوكيل المتجول أو الوسيط¹⁹.

إذن التبعية الاقتصادية تختلف عن التبعية القانونية, بحيث في هذه الأخيرة يخضع الأجير للمراقبة والإشراف والتوجيه مباشرة وداخل مكان العمل.عكس التبعية الاقتصادية فالأجير لا يخضع للرقابة والتوجيه والإشراف المباشر بل يكفي توفر عنصرين من أجل تكييف العقد بأنه عقد شغل, العنصر الأول

¹⁸ تنص المادة 39 من مدونة الشغل على "تعتبر بمثابة أخطاء جسيمة يمكن ان تؤدي إلى الفصل, الأخطاء التالية:.....

-رفض إنجاز شغل من اختصاصه عمدا و بدون مبرر."

¹⁹https://www.maroc2droit.com/blog-post_92-3/

تم الإطلاع عليه بتاريخ 16_04_2021 على الساعة 15.30

هو أن يعتمد الأجير في معيشتة على أجره باعتباره المورد الرئيسي أو الوحيد لعيشه²⁰. والعنصر الثاني يتجلى في كون الأجير يخصص معظم وقته وطاقته الجسدية والذهنية لتنفيذ العمل مما يصعب عليه القيام بعمل آخر.²¹

3. التبعية عن بعد (مفهوم حديث)

أفرزت وسائل التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال أنماطا جديدة من العمل أهمها الشغل عن بعد، بالرجوع إلى مدونة الشغل يتبين أن المشرع المغربي لم ينشر إلى مفهوم الشغل عن بعد حيث لا يوجد أي نص تنظيمي أو قانوني يشير إلى أسلوب الشغل عن بعد، لذلك نجد منظمة العمل الدولية أول من تطرق إلى تعريف العمل عن بعد سنة 1990 على أنه: "نظام عمل قائم في مكان بعيد عن المكتب الرئيسي أو مواقع الإنتاج، حيث يكون العامل منفصلا عن الاتصال الشخصي مع العاملين الآخرين، وتقوم التكنولوجيا الحديثة من خلاله بتسهيل عملية الاتصال".²²

وعرفه الأستاذ أشرف جنوي بأنه "نمط مرن لأداء الشغل يتم سواء في أماكن تابعة للمشغل كمراكز الاتصال أو مكان غير تابع للمشغل بشكل إرادي واعتيادي عن طريق استعمال وسائل تكنولوجيا حديثة".²³

من خلال هذا النوع من العمل أصبح مفهوم التبعية التقليدية لا تتماشى مع خصوصية العمل عن بعد خاصة وأن العمل المنجز من طرف الأجير لا يمارس العمل تحت إشراف وتوجيه المشغل بطريقة مباشرة وإنما أصبح يتم ذلك عبر وسائل وآليات إلكترونية.

²⁰ يوسف الياس: الوجيز في شرح قانون العمل، سنة 1987، ص 27.

²¹ عبد اللطيف خالفي: م.س، ص 352.

²² أشرف جنوي: الشغل عن بعد باستعمال وسائط إلكترونية، مجلة أطروحة، سلسلة للدراسات و الأبحاث في العلوم القانونية، العدد الأول، يناير 2020، ص 198.

هل يمكن إسقاط التبعية لقانونية على العمل عن بعد ؟

جوابا على هذا السؤال نقول لا، لأنه قد سبق الإشارة إلى أن التبعية القانونية تفرض الوجود الفعلي للأجير داخل المقاوله وكذا إشراف المشغل على أدائه للعمل، أي ينبغي تواجد المشغل والأجير في مكان واحد، فإن استطاع المشغل مراقبة الأجير بوسائل إلكترونية حديثة، فإن الشق المتعلق بالتواجد المادي للأجير والمشغل يتعارض مع خصوصية العمل عن بعد الذي يتميز بخاصية البعد المكاني بين أطراف العمل وخاصية المراقبة الغير المباشرة.

أما فيما يخص التبعية الاقتصادية فهي بدورها لا تتحقق ما دام بإمكان المشغل مراقبة الأجير وتوجيهه عن طريق الاستعانة بالأنظمة المدمجة في الأجهزة المعلوماتية، التي تمكن من مراقبة وقت أداء العمل وكيفية تنفيذه.²⁴

وهكذا يتبين قصور مفهوم التبعية التقليدية مع هذا الشكل الجديد من أشكال أداء الشغل، لذلك ينبغي تبني نوع إضافي يضاف إلى جانب التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية، وهذا النوع يمكن تسميته بالتبعية عن بعد، والتي يمكن أن نعرفها بأنها نوع من الخضوع الذي يخضع له الأجير أثناء ممارسته لعمله لإشراف وتوجيه ومراقبة المشغل بطريقة غير مباشرة عبر وسائل إلكترونية .

الفقرة الثانية : موقف المشرع المغربي من مفهوم التبعية

يمكن القول أن المشرع المغربي أخذ بمفهوم التبعية القانونية كقاعدة ، وبمفهوم التبعية الاقتصادية كاستثناء بنصوص قانونية خاصة، أما التبعية عن بعد فلا زال هناك فراغ تشريعي لهذا النوع .

²⁴ فاطمة حداد : العمل عن بعد : أي تنظيم و أية حماية ,مجلة فضاء المعرفة, العدد الثاني, 2019, ص148.

أولاً: موقف المشرع المغربي من التبعية القانونية

بالرجوع إلى مدونة الشغل، أشار المشرع بطريقة غير مباشرة للتبعية في المادة السادسة والمادة الواحد والعشرون، لكن ما يعاب على هذا هو الغموض وعدم التفصيل وعدم التطرق لأنواع هذه التبعية²⁵، لكن مهما يكن فالمشرع رتب جزاء الفصل من العمل لعدم امتثال لتوجيهات وتعليمات المشغل بدون مبرر وهذا ما نصت علي المادة 39 من مدونة الشغل .

ومن هنا يتضح أن المشرع المغربي يأخذ بعنصر التبعية كعنصر من عناصر عقد الشغل وكمناط لتحديد طبيعة العمل المحكوم بمقتضى أحكام مدونة الشغل²⁶.

والقضاء المغربي قد فعل هذا العنصر في قراراته نظراً لأهميته وهنا نستحضر قرار محكمة الاستئناف بسطات الذي جاء في حيثياته: "و حيث إن وصف العلاقة الرابطة بين المستأنفة و المستأنف عليه لا ترتبط بكيفية أداء الأجر... بل العبرة بمدى تبعية الثاني للأول من حيث الرقابة و الإدارة و الإشراف ..."²⁷.

ثانياً: موقف المشرع المغربي من التبعية الاقتصادية

المشرع المغربي أخذ بالتبعية الاقتصادية في حالات استثنائية منصوص عليها بنص خاص لإضفاء الحماية القانونية لبعض الفئات، مثل الأجراء المشغولين بمنزلهم²⁸، والصحفيون المحترفون²⁹، والممثلون والوسطاء التجاريون³⁰.

²⁵ و للاستئناس بمشروع القانون التنظيمي رقم 97.15 بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الإضراب الذي أشار إلى التبعية في المادة الثالثة: "الأجير هو كل شخص إلترم ببذل نشاطه المهني ويعمل تحت إمرة مشغل، يكون تابعا له، وذلك مقابل أجر ...".

²⁶ عبد اللطيف خالفي، م.س، ص 355.

²⁷ قرار رقم 7444 الصادر عن محكمة الإستئناف بسطات الصادر 25 سبتمبر 1984 منشور بمجلة القضاء و القانون، عدد 135-136، ص 148 مرفق بتعليق للأستاذ عبد الوهاب إعبابو.

²⁸ المادة 2 من مدونة الشغل

²⁹ الفصل 12 من ظهير 22 فبراير 1995 الخاص بالصحفيين المحترفين، وكذلك المادة 3 من مدونة الشغل

³⁰ المادة 79 من مدونة الشغل .

ثالثا: موقف المشرع المغربي من التبعية عن بعد

يمكن القول أن التبعية عن بعد نوع جديد أفرزه تطور مجال الشغل بحيث أصبح المشغل يقوم بتدبير أعماله وأجرائه بالوسائل والآلات الإلكترونية وغيرها، لتسهيل الاشتغال وهذا يدخل ضمن تدبير الأجراء سواء داخل المقولة أو خرجها، والتبعية عن بعد تجد صداها في الشغل عن بعد، نظرا أن الأجير لا يجمعه مكان واحد مع مشغله وبالتالي يتم تسخير الوسائل الإلكترونية كالهاتف الذكي أو الحواسيب والكاميرات... وغيرها لتوجيه ومراقبة وإدارة عمل الأجير.

أما من حيث موقف المشرع المغربي من هذا النوع من التبعية ليس هناك ما يوضح تبني التبعية عن بعد، لكن مع ذلك يمكن أن نركز على المادة السادسة من مدونة الشغل لأن المشرع اكتفى فقط بذكر التبعية دون وصف ودون تفصيل هل هي قانونية أم اقتصادية أم تبعية عن بعد، وعليه يمكن إدراج هذا النوع الأخير ضمن باقي الأنواع الأخرى.

المطلب الثاني: نطاق التبعية وحدودها

بعدها عرضنا لماهية التبعية من خلال الوقوف على التعريف، وإبراز أنواعها التي تتجلى في التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية وأيضا التبعية عن بعد، حيث اتضح أن لكل نوع يتفرد بخصوصيات ومميزات وهذا ما سبق ذكره، وتأسيسا على ذلك، فعلى الأجير إلا أن يلتزم بتوجيهات مشغله واحترامها من خلال تباع التعليمات الموجهة إليه في السياق المهني وما سطره القانون من تجريم العمل الجبري³¹، والالتزام باحترام الحياة الشخصية للأجير³².

³¹ المادة 10 من مدونة الشغل "ينع تسخير الأجراء لأداء الشغل قهرا أو جبرا".

³² للمزيد من المعلومات راجع بنور سعاد : حماية الحياة الخاصة للعمال، جامعة وهران -2 كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2016-2017.

بن سعيد صبرينة : حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا "الإعلام والاتصال"، جامعة الحاج الخضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2014-2015.

وبالتالي نتساءل حول مضمون ونطاق هذه التبعية، وهل هذه التبعية على إطلاقها أم محدودة في نطاق معين ؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سوف نقف عن نطاق التبعية (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك لنا أن نبين حدود هذه التبعية بين أطراف الشغل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : نطاق علاقة التبعية

إن نطاق التبعية له غاية في الأهمية، فمن خلال هذا النطاق يمكن معرفة مدى شرعية القرارات والسلطات التي يمارسها المشغل التي يتخذها ضد الأجير دون التعسف في استعمال الحق. لذلك يمكن تقسيم نطاق التبعية من حيث الإشراف والتوجيه والمراقبة (أولاً)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى من حيث الزمان والمكان (ثانياً).

أولاً: نطاق علاقة التبعية من حيث الإشراف والتوجيه والمراقبة

1:التبعية القانونية

كما سبق القول أن التبعية القانونية تتجلى في أن الأجير يخضع لتوجيه ومراقبة وإشراف المشغل، وبالتالي فما هو نطاق التوجيه والإشراف والمراقبة ؟
جواباً على هذا السؤال، وكما تـجه بعض الفقهاء، الذي حصر نطاق التبعية نطاقات معينة والتي تتجلى في :

التبعية القانونية الفنية

يقصد بها تدخل المشغل في جميع الأمور المتعلقة بالجانب الفني في عمل الأجير، ويشترط في هذا النوع إلمام المشغل التام والكلي بموضوع العمل، لكي يتسنى له توجيه أجهته من الناحية الفنية، ويتم هذا عادة في المقاولات الصغرى التي تتطلب لاتصال المباشر بين المشغل والأجير.³³

التبعية الإدارية والتنظيمية

³³ وفاء جوهري، م. س، ص 90

هي إحدى صور التبعية القانونية يكتفي فيها المشغل بالإشراف على الظروف الخارجية للعمل وشروطه ، دون أن يتدخل في دقائق العمل من الناحية الفنية والتقنية، كأن يحدد للأجير وقت العمل ومكانه، أو تقسيم العمل بين الأجراء، أو تسليم المواد والأدوات اللازمة للعمل وغيرها . فالإشراف في ظل التبعية الإدارية والتنظيمية لا يمس بجوهر العمل، الذي يؤديه الأجراء، فالتبعية تتحقق ولو كان الأجير يتمتع باستقلال كبير من الناحية الفنية، كما هو الشأن بالنسبة للمحامي أو المهندس أو الطبيب أو محاسب المؤسسة ، فهؤلاء تبعيتهم تنظيمية إدارية للمشغل³⁴.

2: نطاق التبعية الاقتصادية

المشغل ليس له أي سلطة توجيه أو مراقبة أو إشراف في نطاق التبعية الفنية أو التبعية الإدارية و التنظيمية، نظرا لما سبق ذكره أن التبعية الاقتصادية يكفي أن يكون الأجير يخصص جميع وقته لذلك العمل و كذلك حاجاته للأجر الذي يحصل عليه من المشغل .

3: نطاق التبعية عن بعد

ونذهب مع جانب من الفقه أن التبعية عن بعد تتخذ صورا متعددة، ومن أبرزها تقنية المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت التي تتم عن طريق برامج مدمجة في الحاسوب الرئيسي للمنشأة متصلة بالحاسب الشخصي للعامل، وبالتالي تصبح كتقنية للمراقبة³⁵، وكذلك المراقبة عن طريق الكاميرات، لذا فإن المنطق القانوني يقضي بأن العامل عن بعد يبقى خاضعا لرقابة وإشراف صاحب العمل خلال أوقات تنفيذ العمل، وذلك بفضل الثورة المعلوماتية التي ساهمت من تطوير أساليب المراقبة المباشرة للعمل

³⁴ أشرف جنوي، م.س، ص 147

³⁵ Mamaghani, F.(2012).Impact of telecommuting on organization productivity.European Journal of (27) Management, 12, 175–187. Retrieved from. <http://www.iabe.org/domains/iabeX/journal.aspx?journalid>.
أورده محمد عبد الحفيظ المناصير، النظام القانوني لعقد العمل عن بعد "دراسة في القانون المقارن"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، 2019، 250.

دون أن يتطلب الأمر تواجد فعلي أو مادي للعامل في مقر أداء العمل، وهذا ما يجعل من فكرة التباين بين أوقات نشاط العامل عن بعد تتلاشى تدريجياً، وبالتالي فإن العمل من خلال المنشأة لم يعد مغايراً عن العمل الذي يؤدي داخل مقر المنشأة بالرغم من بعد المسافة، وبذلك فإن آلية الرقابة والإشراف التقليديين لا يصلحان للتطبيق على نمط العمل عن بعد، مما يتطلب وجود نوع آخر من التبعية، وبذلك يمكن الاستناد إلى التبعية عن بعد، كمفهوم حديث للتبعية في تكييف عقد العمل عن بعد، لا سيما وأن الرقابة التي يتمتع بها صاحب العمل تجاه النشاط المهني للأجراء تبقى ممكنة بفعل تطور الوسائل التقنية للمراقبة³⁶.

ثانياً: نطاق علاقة التبعية من حيث الزمان والمكان

يخضع الأجير فقط لتبعية المشغل أثناء ممارسته للعمل أو بمناسبة، أي فقط أثناء قيامه بالعمل الذي طلب منه القيام به داخل المؤسسة أو خارجها، من هذا المنطلق نقول بأن التبعية تمارس في مكان معين (مقر العمل)، وفي زمن معين (وقت العمل)، وإذا كان الأجير يخضع لتبعية رب العمل بمناسبة ممارسة نشاطه المهني أثناء تواجدده في مقر العمل، وأثناء الوقت العادي الذي يفرض عليه فيه القيام بمثل هذا النشاط، فإنه يستفاد من ذلك ضمناً أن الأجير يسترد كامل حريته بعد مغادرته للمؤسسة على إثر انتهاء الوقت المحدد للعمل.

غير أن مثل هذا الاستنتاج إذا كان مستساغاً عقلاً، فهو ليس منطقياً دائماً في كافة الحالات، إذ قد يحدث أن يمارس الأجير نشاطه المهني أو أي نشاط آخر خارج المؤسسة بأمر من المشغل نفسه، وقد يحدث كذلك أن يطلب هذا الأخير من الأجير - بالرغم من انتهاء الوقت المعتاد المخصص للعمل - البقاء داخل المؤسسة للقيام بعمل إضافي، ومن ثم فمتى تعرض العامل في الحالتين السابقتين معاً لحادثة ما، اعتبر أنه قد

³⁶ محمد عبد الحفيظ المناصير، النظام القانوني لعقد العمل عن بعد "دراسة في القانون المقارن"، دراسات علوم الشريعة والقانون،

أصيب في حادثة شغل 37 ، وإذا صدر من جانبه فعل خاطئ فأحدث ضررا ما بالغير، اعتبر المشغل مسؤولا عنه مسؤولية مدنية، لأنه كان آنذاك تحت تبعيته. ولكن ماذا عن حدود علاقة التبعية ؟

الفقرة الثانية : حدود علاقة التبعية

سنحاول الوقوف عن حدود علاقة التبعية من خلال نقطتين أساسيتين و هي كالتالي :

أولا: حدود تدخل المشغل في الحياة الشخصية للأجير

نعلم أن أي أجير يقوم بإبرام عقد الشغل فهو يدخل بشكل آلي وأتوماتيكي في إطار علاقة تبعية بينه وبين مشغله، حيث يصبح للمشغل سلطة التنظيم والإدارة والتأديب تجاه الأجير وذلك طيلة مدة العقد، في مقابل ذلك هناك مجموعة من الأمور التي يجب أن تبقى بعيدة عن خلية التبعية وبالنتيجة عن تدخل المشغل، ولعل من بينها المسائل المرتبطة بالحقوق الشخصية للأجير، لذلك يقع على المشغل استغلال سلطاته للصدر أوامر قد تعصف بحقوق الأجير الشخصية³⁸ تحت ذريعة علاقة التبعية.

فقد شهد القضاء نزاعا مماثلا، حيث قضى المجلس الأعلى³⁹(محكمة النقض حاليا)، بمناسبة البت في نازلة تتعلق بالاعتداء على أحد حقوق الأجير الشخصية ويتعلق الأمر بقضية مضيفة جوية فصلت من عملها بسبب إبرامها عقد زواج مخالفة لمقتضيات القرار العام الصادر عن الشركة المشغلة الذي يمنع

³⁷ امال جلال : مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل و الأمراض المهنية في التشريع المغربي، مطبعة دار النجاح الجديدة بالدار البيضاء سنة 1975، ص210 وما يلها .

³⁸ أيوب العثماني: "الحقوق الشخصية للأجير أي حماية في عالقة الشغل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون والمقابلة، جامعة المولى إسماعيل، كمية العموم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية . 2015/2016، ص81.

³⁹ قرار المجلس الأعلى، العدد 1300 ، الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1983 ، ملف مدني عدد 93241 ، أوردته أسية المواق، " حقوق الأجير الشخصية - دراسة مقارنة -"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كمية العموم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكдал، الرباط، السنة الجامعية 20/2015 ص 20

الزواج على من يشتغل لديها كمضيفة جوية ، غير أن المجلس الأعلى عند نظره في تلك النازلة أقر بطلان شرط عدم الزواج وحده، دون الالتزام المعلق عليه⁴⁰.

ونلاحظ من خلال استقرائنا قرار المجلس الأعلى، توجه القضاء نحوى حماية الحقوق الشخصية للأجراء المرتبطين مع مشغليهم برابطة التبعية، وهذا التوجه هو ما تم تكريمه في مدونة الشغل، فبعدما كان الفصل 109 من ق.ل.ع هو الأساس الذي اعتمد عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، في الفصل في النازلة السابقة، جاءت مدونة الشغل بمجموعة من المواد تحمي من خلالها حياة الشخصية للأجراء، فهكذا جاءت المادة 9 من مدونة الشغل، لتمنع التمييز بين الأجراء من حيث الحالة الزوجية، كما حددت المادة 36 من نفس المدونة الأسباب التي لا يمكن اعتبارها مبررات لاتخاذ عقوبات تأديبية ومن بينها الحالة الزوجية. والمادة 10 من مدونة الشغل، التي تجرم تسخير الأجراء لأداء الشغل قهرا أو جبرا، ونفس المقتضى نصت عليه المادة 7 من القانون 4119.12.

فيما يخص المراقبة التي تشكل عنصرا من عناصر التبعية لم تعد بمفهومها التقليدي، بل أصبح للمراقبة مفهوم حديث يعتمد على نظام إلكتروني انتشر بكثرة في المقاولات، بحيث لا نكاد نجد مقاولا لا تحتوي على كاميرات المراقبة غير أن هذه المراقبة التي تجد سندها في رابطة التبعية ، التي تجعل الأجير تحت مراقبة مشغله، قد حملت في طياتها انتهاكا للحياة الخاصة للأجراء، من خلال اختراق عدد من حرياتهم، بحيث تتواجد هذه الكاميرات في أماكن تشكل نوعا من الخناق على الأجراء بل الأكثر من هذا ، فهذه الكاميرات أصبحت عين المشغل التي لا تغفل⁴². وهكذا، فالمراقبة التي حولتها علاقة التبعية، وإن

⁴⁰ محمد بنحسين: "أي توازن في قانون الشغل بين سلطات المشغل وحقوق الأجراء الشخصية"، أي توازن في قانون الشغل بين سلطات المشغل وحقوق الأجراء الشخصية"، مجلة القانون المغربي، العدد 27، ماي 2015، ص 53.

⁴¹ ظهير شريف رقم 1.16.121 صادر في 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمالات والعمال المنزليين، الجريدة الرسمية عدد 6493، 18 ذو القعدة 1437 (22 أغسطس 2016)، ص 6175.

⁴² ياسين قري: "كاميرات المراقبة والحياة الخاصة للأجير"، مجلة القضاء المدني، العدد 13، شتاء /ربيع 2016 ص 97.

أصبحت بوسائل أكثر تطوراً، لا يجب على المشغل استثمارها للاعتداء على الحياة الشخصية للأجراء، لذلك من اللازم توفر شروط استعمال الوسائل التكنولوجية في المراقبة، فالشرط الأول يتمثل في إخبار المشغل للأجراء سلفاً بوجود وسائل المراقبة، أما الشرط الثاني يتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية وفقاً للقانون⁴³.

ثانياً : حدود سلطة المشغل في التوجيه والإشراف والمراقبة

إن سلطة المشغل في توجيه الأوامر، لا ينبغي أن يفهم منها أنها مطلقة لا تحدها حدود، وإنما يجب ألا تخرج عن المقتضيات القانونية المنظمة لعقد الشغل على مختلف أشكالها، وقد حصرتها المادة 21 من مدونة الشغل في تلك المقتضيات الواردة في مدونة الشغل وفي النصوص التنظيمية المنفرعة عنها، وكذا في عقد الشغل الذي يكون له طابع فردي أو الجماعي من خلال اتفاقية تهم فئة معينة من العمال، أو في إطار النظام الداخلي، بل إنها أخضعت هذا الامتثال لما أسمته بالنصوص القانونية المنظمة الأخلاقيات المهنية⁴⁴. ومما لا شك فيه، أن تنفيذ الأوامر مشغله، تقتضي توفر مجموعة من الشروط من شأنها الحد من تعسف المشغل واستغلال التبعية في إصدار الأوامر، فالأوامر الواجب تنفيذها يجب أن تتعلق بتنفيذ الشغل، لأن سلطة إصدارها مظهر من مظاهر التبعية الحقوقية، لا تجوز ممارستها إلا في نطاق التزام الأجير بتنفيذ عمله، كما أن الأوامر التي يصدرها المشغل يجب أن تكون مشروعة وفي حدود المستطاع، لأن الأجير لا يلتزم بتنفيذ أوامر تتجاوز قدراته البدنية أو الفنية أو الفكرية، أو من شأنها أن

⁴³ للإطلاع أكثر راجع :

المهدي حاتم : حدود استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة في مراقبة المشغل لأجرائه - ضرورة علم الأجراء بوجود وسائل للمراقبة- منشور بمجلة المحامي، عدد 75 دجنبر 2020، ص 73 وما يليها .

بيو خلاف : تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الموسم الجامعي 2010/2011، ص 104 وما بعدها.

⁴⁴ محمد سعد جرندي : " الدليل العملي لمدونة الشغل، قراءة تحليلية نقدية لمقتضيات المدونة "، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة صناعة الكتب، الدار البيضاء، 2016، ص 162، 163.

تعرضه للخطر الواضح⁴⁵، بالإضافة كذلك أن الأوامر يجب أن تبقى في حدود اللباقة ، بمعنى ينبغي ألا تمس بكرامة الأجير، فالأوامر يجب أن تصدر من طرف المشغل بأسلوب محترم وبعيد عن الاستفزاز والتنمر، بحيث يفترض في المشغل معاملة أجراءه معاملة حسنة، بعيدا عن استعمال ألفاظ وعبارات من شأنها أن تؤدي شعور الأجراء.

ومنه في حالة تجاوز المشغل حدود سلطاته في توجيه الأوامر، نجد القضاء يتصدى بكل حزم لهذه التجاوزات، وهذا ما يتضح من خلال قرار المحكمة الاستئنافية، نص على أن ممارسة المشغل لضغوط نفسية ولفظية على الأجير ومنعها من ممارسة عملها دون مبرر داخل الصيدلية والزامها بالقيام بأعمال خارج نطاق مهامها كمساعدة صيدلية، وسحب طلبات الزبناء من يدها بعنف وبشكل مفاجئ أمام أنظارهم، عناصر تتنافى ومقومات تنفيذ عقد الشغل، وبالتالي فاستقالة الأجير بمثابة فصل تعسفي ولا مشروع⁴⁶.

وبذلك يحق للأجير الامتناع عن تنفيذ أوامر المشغل، عندما تكون مخالفة للقانون أو النظام العام والأخلاق الحميدة، بحيث أن الطاعة يجب أن تبقى في حدود القانون، فالمشغل حتى ولو كانت له سلطة تجاه أجراءه، فإن هذه السلطة لا يمكن ممارستها إلا في الحدود المعقولة.

خاتمة :

من خلال ما سبق يمكن القول أن عنصر التبعية تختلف باختلاف أنواعها (التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية والتبعية عن بعد)، بحيث أن المشرع المغربي أخذ كمبدأ عام بالتبعية القانونية، وكاستثناء

⁴⁵ الصديق بزاوي: "قانون الشغل المغربي ومبدأ استقرار عالقات العمل"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كمية العموم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2004_2005، ص221، 222.

⁴⁶ قرار محكمة الاستئناف بالرباط، دون ذكر العدد، الصادر بتاريخ 2016/06/21، في الملف 2015/1501/405.

التبعية الاقتصادية, أما التبعية عن بعد ليست هناك مقتضيات قانونية تشير إلى الأخذ بهذا النوع رغم أنه أصبح من الضروري الأخذ به من خلال ما أفرزه تطور عالم الشغل .

إذن من خلال هذه التبعية تخول للمشغل سلطة على أجراءه في توجيههم ومراقبتهم لكن في نطاق زمني ومكاني محدود, ودون تعسف في استعمال الحق ومخالفات مقاصد عقد الشغل, والنظام العام وأخلاقيات المهنة كما سبق الإشارة إلى ذلك.

عموما يمكن القول أن عنصر التبعية من الناحية التشريعية لا يزال غامضا لعدم تنظيمه المحكم من طرف المشغل, لذا ينبغي تخصيص له حيزا من مدونة الشغل للوقوف على مختلف أنواعه, ورسوم حدود هذه العلاقة دون الإضرار بالأجراء من جهة, والمقاولة من جهة أخرى.

بالإضافة إلى أن علاقة التبعية تصطدم ببعض المشاكل التي جاءت على لسان أحد المشغلين وبعض الأجراء التي خلص حديثنا بأهم المشاكل التي تتجلى في غياب ثقافة الحوار, محاولة فرض رأي المشغل على أجراءه دون إشراكهم في إيجاد حل مناسب للمشكل التي تواجهها المقاولة, تخوف المشغل في حالة فتح الحوار مع الأجير أن يتمادى ويتجاوز الحدود هذا من جهة , ومن جهة أخرى أن بعض الأجراء ليست لهم أية نية للاشتغال واختلاف العقلية, كذلك خجل الأجراء أو الخوف الزائد من فقدان منصب شغل قد يؤدي عدم تواصل بين الأطراف مما يصعب معه التوجيه والإشراف بالشكل الصحيح . ولا نغفل أن عدم تحفيز الأجراء من أسباب فقدان الأجير الإرادة في العمل وقلة العطاء أو ضعف جودة العمل وانخفاض مردودية الإنتاج وغيرها من الصعوبات التي تصيب العلاقة الشغلية التي من شأنها أن تقودها نحو القضاء.

الإطار القانوني للتدابير القضائية المتخذة لاحتواء فترة الطوارئ الصحية

مقدمة :

ما فتئت التشريعات الدولية والوطنية تؤكد على اتخاذ الإجراءات العملية لتسهيل الولوج إلى العدالة وترشيد تدبير الزمن القضائي وتيسير البت داخل أجل معقول، وضمان الحق في الوصول إلى المعلومة القانونية والقضائية، وهذا ما أكد عليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في مادتي التاسعة والرابعة عشر، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في فصلها السادس والذي أحال عليه القانون الفرنسي، وكذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مادتها الثامنة، والقانون التنظيمي للسلطة القضائية الإسباني في مادته 9-417. بالإضافة إلى الإعلان العالمي لاستقلال السلطة القضائية المنعقد بمراكش بتاريخ 4 أبريل 2018.

أما على المستوى الوطني فقد نص دستور المملكة في فصله العشرون بعد المئة على حق الشخص في حكم يصدر داخل أجل معقول، وسار على نفس المنوال القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة والقانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

هذا وإن الزمن هو السكة التي يسير عليها قطار الحياة. وكلما ازدادت سرعة القطار ازداد اهتمام الانسان باعتباره راكب القطار ومستعمله بالزمن، وهكذا أصبحت حياة الانسان معلقة بعقارب الساعة ومشدودة إليها، فكل شيء في الحياة له ميقات معلوم، وأجل يحدد بدايته ونهايته، فالنهار يبتدئ بطلوع الشمس وينتهي بغروبها، والليل يبتدئ بغروب الشمس وينتهي بطلوع الفجر بقطع النظر عن اسم كل جزء من

الليل والنهار⁴⁷، يقصد بالزمن القضائي في مفهومه الضيق، الأمد الذي تستغرقه الخصومة القضائية والذي يمتد من تاريخ تقييدها في السجلات الرسمية للمحكمة وإلى غاية استيفاء الحق المحكوم به عبر مسطرة التنفيذ، وأما في المدلول الواسع فيشمل هذا المفهوم حتى الحقبة التحضيرية للخصومة والتي تنطلق قبل تسجيل الدعوى رسمياً عن طريق تدخل بعض الهيئات والأشخاص المكلفين بتقديم الخدمة القضائية لمساعدة أطراف الخصومة في تأسيس الدعوى وصياغتها في قالب قانوني سليم⁴⁸. لكن بظهور الأوبئة الصحية كواقعة مادية صرفة "وباء كورونا كنموذج حي نعيش على آثاره من خلال تعطيل الحياة العامة بفرض حالة الطوارئ الصحية" تكون لها آثار سلبية واضحة يمكن رصد ملامحها على العلاقات القانونية بوجه عام والنزاعات القضائية بوجه خاص حيث يتوقف الزمن القضائي مما يجعل من المستحيل استمراره على المستوى المادي، الأمر الذي تعود تداعياته على المرتفقين في علاقتهم بالسلطة القضائية من جهة وعلى المتقاضين في علاقتهم مع بعضهم البعض من جهة أخرى، ومن هنا أوجد المشرع آلية قانونية هدفها إقامة مقصد إسلامي عميق ألا وهو حفظ النفس بفرض حالة الطوارئ الصحية. وقد أوصى العاهل المغربي خلال جلسة العمل التي ترأسها يوم الثلاثاء 17 مارس 2020 بالقصر الملكي بالدار البيضاء، بالإعداد لمرحلة جديدة للتعامل مع الوباء والدراسة الاستباقية لكافة السيناريوهات الممكنة لتطوره.

على إثره قامت الحكومة على وجه السرعة بالاستجابة إلى خلاصات جلسة العمل التي ترأسها الملك بالدار البيضاء وذلك بإصدار مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وما وجب التنبيه إليه والتركيز عليه هو الانسجام والتناغم في التعامل الزممي بين جلسة العمل التي ترأسها الملك وإصدار المرسوم بالجريدة

⁴⁷ - د. عبد العزيز توفيق، أجال الإجراءات في التشريع المغربي، الطبعة الثانية 1997، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء ص

7.

⁴⁸ - لبني الفربالي. نجاعة الزمن القضائي، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، عدد 2 / 2017 ص 101.

الرسمية 6867 مكرر -29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، إضافة إلى التدابير الاحترازية التي سبقت هذا المرسوم.

وتماشيا مع مبدأ توازن السلط، كانت السلطة القضائية هي الأخرى تشتغل على قدم وساق في تدبير الفترة الحرجة التي أمت بالبلاد حيث استجاب المجلس الأعلى للسلطة القضائية بإصداره مجموعة من الكتب موجهة إلى الرؤساء الأولون لمختلف محاكم المملكة. كان أولها بشكل استباقي بتاريخ 16 مارس 2020 كان الغرض من هذه الكتب بالأساس تنظيم العمل بالمحاكم تفاديا للاكتظاظ بمرفق العدالة وحرصا على صحة وسلامة الجميع "مرتفقين وموظفين" أما الكتاب الثاني فكان الغرض منه تيسير أمر ضبط الملفات وتتبعها من طرف المتقاضين المعنيين بها⁴⁹. أما الكتاب الثالث فارتكز فيه الرئيس المنتدب للسلطة القضائية على أن التدابير المتخذة من أجل الحفاظ على الصحة والسلامة العامة هي آلية من آليات الحكامة الجيدة، كما س نأتي على ذكره فيما بعد كما سنشير إلى التدابير المتخذة من طرف وزارة العدل. لكن قبل هذا هناك نظريات ومبادئ درج عليها القضاء الإداري والتشريع المدني ثم التنظيم القضائي تؤطر كيفية تصريف هذا العائق المادي لهذا الغرض وجب الإلمام بها والإحاطة علما بها.

وبالتالي فإن أهمية الموضوع تكمن في الإلمام بمجموعة من المقتضيات الاضطرارية والاستثنائية التي درج عليها الفقه والتشريع والقضاء في تفعيلها للحفاظ على النظام العام الذي يتداخل مع آليات الحكامة الجيدة، ألا وهو مقصد حفظ النفس في إطار الحفاظ على الصحة والسلامة العامة وما له من آثار قانونية وقضائية في الوقف القانوني للزمن القضائي وما يندرج عليه من استثناءات.

وعن هذه الأهمية تنبثق إشكالية مفادها إلى أي حد يمكن الجزم باحتواء إجراءات فترة الطوارئ الصحية من خلال وقف الزمن القضائي من طرف مختلف المتدخلين وإعمال قواعد فقهية أنتجت الضرورة؟

⁴⁹ - كتاب عدد 154/1 صادر بتاريخ 22 رجب (17 دجنبر 2020) المملكة المغربية - المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وعليه ما هو الإطار القانوني للتدابير القضائية المتخذة من أجل تسيير المرحلة؟ وما الأسباب المؤدية إلى وقف الزمن القضائي؟ وكيف يمكن إعمال مبدأ استمرارية المرفق القضائي دون الإخلال بإجراءات الحفاظ على الصحة والسلامة العامة؟ وما هي التدابير المتخذة من طرف المجلس الأعلى للسلطة القضائية ووزارة العدل من أجل تديير الجائحة؟

من خلال هذه المقدمة ستناقش موضوعنا في محورين. وسنخصص المحور الأول وقف الزمن القضائي ومبدأ استمرارية مرفق القضاء، أما المحور الثاني فسنعرضه التدابير الإدارية القضائية من أجل احتواء فترة الطوارئ الصحية

المحور الأول: وقف الزمن القضائي ومبدأ استمرارية المرفق القضائي

إن الإجراء القاضي بتعليق انعقاد جميع الجلسات بمختلف المحاكم يترتب عنه إيقاف الزمن القضائي وبالتالي إيقاف مدة التقادم وذلك لوجود مانع أو طارئ يعرض قبل اكتمال مدة التقادم يؤدي إلى منع سريانها ما بقي الطارئ قائماً، ويكون لأسباب نص عليها القانون دون أن يترتب عن ذلك محو المدة السابقة على الوقف، بحيث يتوقف سريان التقادم المقررة الوجود مانع مادي أو قانوني وإذا ما زال هذا المانع عاد التقادم للسريان مع احتساب المدة السابقة على الوقف.

لكن يجب التمييز بين وقف التقادم وبين تأخير س ير التقادم والفرق هو أن وقف التقادم يعترض التقادم بعد بدأ سريانه أو يقع منذ البداية، أما تأخير سريان التقادم فلا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ.⁵⁰

وقبل أن نعرض إلى المانع المائل أمامنا س وف نعرض على سبب وقف التقادم في القضاء الإداري وفي التشريع المدني ثم إلى مبدأ استمرار مرفق القضاء.

⁵⁰ - المستشار محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد، المجلد الثالث عشر. موسوعة الفقه والقضاء والتشريع. دار محمود - القاهرة ص 794.

أولاً: نظرية الظروف الاستثنائية في القضاء الإداري

قام مجلس الدولة الفرنسي بإنشاء نظرية الظروف الاستثنائية بمناسبة ظروف الحرب العالمية الأولى لمواجهة الآثار السيئة التي سببتها، إلا أن هذه النظرية لا تتعلق بحالة الحرب لوحدها، فقد انتقد الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهبي تسمية النظرية في بداية نشأتها بنظرية سلطات الحرب، وتأسيساً على أن الأمر غير متعلق بنظرية سلطات الحرب، وغير قاصر على توسيع سلطات الضبط الإداري دون سواه من موضوعات القانون الإداري، ولكن الأمر يتعلق بنظرية للظروف الاستثنائية، تطبق بالنسبة لسائر موضوعات القانون الإداري بغير استثناء. والهدف من ذلك هو تمكين الإدارة تمكيناً مشروعاً من القيام بأعبائها في ظروف قاسية.⁵¹

ومن أجل أعمال نظرية الظروف الاستثنائية لا بد من توفر مجموعة من الشروط، أولها وجود الظرف الاستثنائي ومعنى ذلك وجود حالة واقعية تتمثل في فعل أو مجموعة أفعال تشكل خطر يهدد قيام الإدارة بوظائفها، سواء تمثل ذلك في إدارة المرافق العامة، أو الحفاظ على النظام العام في الدولة. ثانيها صعوبة مواجهة الظروف الاستثنائية بقواعد المشروعية العادية، ويقضي هذا الشرط أن تكون الوسائل القانونية الموجودة تحت تصرف الإدارة في الظروف العادية عاجزة وقاصرة عن مواجهة الخطر المحدق، ففي هذه الحالة تتخطى الإدارة وسائل المشروعية العادية وتضرب صفحاً عنها وتتخذ التصرف المناسب السريع الذي يمكنها من التغلب على الخطر قبل أن تفلت الفرصة من يدها فيضطرب الأمن ويختل سير الأمور.

ثالثها أن تهدف الإجراءات الاستثنائية إلى حماية المصلحة العامة، أما إذا حادت الإدارة عن ذلك وتصرفت انطلاقاً من بواعث ذاتية أو مآرب شخصية دون مبالاة بالصالح العام، كان تصرفها مشوباً بعيب

⁵¹ - علي عبد الفتاح محمود، الوجيز في القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - دعوى الإلقاء دراسة مقارنة، 2009 دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ص 796،

الانحراف، ويكون من سلطة القضاء إذا ما طعن أمامه في مشروعية هذا التصرف أن يحكم بإلغائه أو التعويض عما ترتب عليه من أضراره.

رابعها أن يتناسب الإجراء المتخذ من الظرف الاستثنائي الذي وقع. وبمعنى آخر يجب أن تستخدم الإدارة من الوسائل والإجراءات ما يتناسب مع القدر لمواجهة الظرف الاستثنائي

خامسها انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي. ذلك أن تخويل الإدارة سلطة استثنائية يرجع إلى خطورة الظرف الاستثنائي، فإذا ما انتهى هذا الظرف تعين على الإدارة اتباع قواعد المشروعية العادية. فالسلطة الاستثنائية للإدارة تدور وجودا وعدما مع الظرف الاستثنائي، وحيث ينتمي الظرف وتزول خطورته تنتهي السلطة الاستثنائية للإدارة ومن ثم يجب تبعا لذلك خضوع تصرف الإدارة لقواعد المشروعية العادية.52

وفي ظل هذه الأمر ذهب الأستاذ سليمان محمد الطماوي في كتابه القضاء الإداري - الكتاب الثاني - قضاء التعويض، إلى الإحالة على المادة 382 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.53

ثانيا: وقف التقادم في التشريع المدني

عرض المشرع المغربي لوقف التقادم في الفصول 387 و379 ثم 380 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. وبالوقوف على هذه الفصول يتبين لنا أن أسباب وقف التقادم ليست من طبيعة واحدة فبعضها مستمد من اعتبارات تتعلق بشخص الإنسان وقد وردت في الفصلان 387 و379 من ق.ل.ع. وبعضها يرجع إلى ظروف مادية اضطرارية.

52 - علي عبد الفتاح محمود، مرجع سابق بتصريف من ص 80 إلى 85.

53 - سليمان محمد الطماوي في كتابه القضاء الإداري - الكتاب الثاني - قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة) 1986، دار الفكر العربي - القاهرة ص 522

إن ما يهمننا في الموضوع هي الأسباب الاضطرارية المادية التي وردت في الفقرة الأخيرة من الفصل 380 من ق.ل.ع من أن التقادم لا يسري بحق الدائن الذي يوجد بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم ، لا يقتصر على الحالات التي تمتنع فيها على الدائن المطالبة بحقه لاعتبارات معنوية تتعلق بالشخص ، بل هو يتسع للحالات التي يرجع فيها المانع من ممارسة الحق إلى ظرف مادي اضطراري يقترب من القوة القاهرة : مثل ذلك انقطاع المواصلات بسبب الفيضانات بحيث امتنع على الدائن الوصول إلى مقر المحكمة لاتخاذ الاجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، مثل ذلك أيضا نشوب حرب مفاجئة أو حدوث اضطرابات أو قيام فتنة في البلاد أو إعلان الأحكام العرفية إذا كان أدى ذلك إلى منع المواطنين من مزاوله أعمالهم . وكذلك يعتبر سببا موقفا لسريان التقادم جهل الدائن بوجود حقه من غير تقصير منه.

وفي هذه الحالات وما شابهها يتوقف التقادم عن السريان طالما الظروف الاضطرارية هي المانع من المطالبة بالحق القائم.⁵⁴

هذا ويجب التأكيد على مبدأ استمرارية مرفق القضاء كمبدأ أصيل في التنظيم القضائي خاصة وكمبدأ أصيل في تسيير المرافق العمومية

ثالثا: إعمال مبدأ استمرارية مرفق القضاء

على الرغم من اختلاف وتعدد أنواع المرافق العمومية، فإنها تخضع جميعها لبعض المبادئ الأساسية التي تحكم سيرها، وأبرزها قابلية المرفق العمومي للتبديل والتغيير تبعا لتطور الظروف ودوام سيره بانتظام واطراد، لذلك فمن واجب الجهات المعنية أن تسهر على ضمان استمراريته، كما أنه من واجب الموظفين التابعين له أن يحرصوا على تحقيق هذا الغرض.

⁵⁴ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، الطبعة 2020 منشورات الحلبي الحقوقية. ص 570.

استمرار مرفق القضاء على ضوء دستور 2011

يعتبر مبدأ استمرارية مرفق القضاء مواكب لاستمرارية الزمن القضائي وهو بذلك مبدأ من مبادئ التنظيم القضائي الذي يفرض بدون شك إلى الفاعلية والنجاعة التي هي بدورها مبدأ من مبادئ الحكامة الجيدة وعليه فقد اهتم المشرع المغربي بهذا المبدأ من خلال التكريس التشريعي له. فدستور 2011 جاء حاملاً بين دفتيه مبدأ استمرار المرفق العمومي، إذ نص في الفقرة الأولى من الفصل 154 على ما يلي، يتم تنظيم المرفق العمومي على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات

وهو نص يعتبر بمثابة وعاء يستغرق بنطاقه الواسع ثلاث حقوق مهمة ألا وهي:

- حق المواطن في الولوج إلى المرفق والتمتع بالمساواة أمامه.
 - حق المواطن في الاستفادة من خدماته عن طريق سير عمله باستمرار.
 - حق المواطن في أن يكون المرفق قريباً منه تدعيماً لسياسة القرب.
- أما الفصل 120 فينص في فقرته الأولى على: لكل شخص الحق في محاكمة عادلة وفي حكم يصدر داخل أجل معقول.

وعليه كيف للحكم أن يصدر في أجل معقول إن لم تتوفر استمرارية المرفق القضاء

استمرارية مرفق القضاء على ضوء ظهور التنظيم القضائي

أكد المشرع المغربي مبدأ استمرارية المرفق القضائي بتنصيبه على ذلك من خلال قانون التنظيم القضائي 55 "تبتدئ السنة القضائية في فاتح يناير وتنتهي في 31 دجنبر، حيث تعقد المحاكم جلساتها دون انقطاع وتنظم عطلة الموظفين من قضاة وكتاب ضبط بكيفية لا يترتب عنها توقف الجلسات أو تأجيلها"

55 - الفصل السابع من المرسوم 2.74.498 الصادر في 16 يوليوز 1974 تطبيقاً للظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 المؤرخ في 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

وهذا يجب على المحاكم أن تمارس نشاطها طول السنة وألا تعطل إلا أيام الأحاد والأعياد والعطل الرسمية، وهذا ما أكد عليه مشروع قانون التنظيم القضائي رقم 38.15 في الفقرة الأولى من مادته الثامنة.56

المحور الثاني: تدابير الإدارة القضائية من أجل احتواء فترة الطوارئ الصحية

إعمالاً لمبدأ استمرار الزمن القضائي جاء مختلف المتدخلين بمجموعة من التدابير من أجل احتواء فترة الطوارئ الصحية المتعلقة بجائحة كوفيد 19 وعليه سنعرض لمختلف الكتب والتوجيهات التي وجهها السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية الكل المسؤولين القضائيين التابعين له، ثم إلى التدابير الإدارية المتعلقة بوزارة العدل.

التدابير المتخذة من طرف المجلس الأعلى للسلطة القضائية

نظراً للاكتظاظ الشديد الذي تعرفه محاكم المملكة بسبب التوافد اليومي لأعداد كبيرة من مساعدي القضاء ومرتفقي العدالة والمتقاضين إضافة إلى العاملين بالمحاكم من قضاة وموظفين. أقر المجلس الأعلى للسلطة القضائية متجسداً في رئيسة المنتدب في الكتاب رقم 151/1 المؤرخ بتاريخ 16 مارس 2020 مجموعة من التدابير الاحترازية والوقائية من أجل الحفاظ على صحة وسلامة هؤلاء. وقد كان أول هذه التدابير تعليق انعقاد جميع الجلسات بمختلف محاكم المملكة ابتداء من يوم 17 مارس 2020 وهو ما يمكن أن نطلق عليه وقف تقادم الزمن القضائي ثم مجموعة من الاستثناءات التي وردت على هذا الوقف وأخيراً التقاضي عن بعد كفقرة ثالثة.

فكان من جملة الاستثناءات على هذا التعليق وحفاظاً على ضمانات المحاكمة العادلة وحقوق المتقاضين.

⁵⁶ - نورة غزلان الشتيوي ، التنظيم القضائي للمملكة دراسة عن تصميم الإصلاح الشامل للقضاء، الطبعة الثانية 2013 مطبعة الورود - إنزكان من ص 55 إلى 59 يتصرف.

عدم إيقاف قضايا الجنايات والجرح الخاصة بالمتهمين الذين يكونون في حالة اعتقال احتياطي ومودعين بمؤسسات سجنية، وقضايا التحقيق للتقرير في وضعية الأضناء المقدمين للتحقيق معهم بعد إيداعهم في إحدى المؤسسات السجنية أو التحقيق معهم في حالة سراح وقضايا الأحداث للتقرير فيما إذا كان سيتم إيداعهم في إحدى مؤسسات إعادة التربية أو تسليمهم إلى ذويهم. ثم القضايا الاستعجالية وهي الحالة التي لا تحمل التأخير حيث يتعين البث فيها حتى خارج أوقات العمل وبكيفية مستعجلة، تفاديا لضياع حقوق أحد الأطراف في انتظار البث في النزاع من طرف محكمة الموضوع.

والملاحظ هنا الحرص الشديد من طرف المجلس الأعلى للسلطة القضائية على الحفاظ على الحد الأدنى من الحقوق والحريات خصوصا منها تلك المتعلقة بالاعتقال أو الإكراه البدني، وتلك القضايا الاستعجالية التي قد يؤدي تأخيرها إلى ضياع حقوق الأطراف.

كما تم التأكيد على وجوب الحفاظ على سير مرفق القضاء بحده الأدنى حفاظا على سلامة وصحة كل الأطراف، مع الإشعار بإمكانية الاطلاع على مال الملفات والإجراءات عن بعد عبر المواقع الإلكترونية الخاصة بالمحاكم.

وقد لحق هذا الكتاب كتاب آخر تحت رقم 1/154 بتاريخ 17 مارس 2020 يحث السادة الرؤساء الأولون لمختلف محاكم الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية والتجارية والإدارية، بتوجيه رؤساء الغرف ورؤساء الهيئات بأن يتولوا بأنفسهم داخل مكاتبتهم وبمساعدة كتابة الضبط تأخير الملفات المدرجة بالجلسات إلى جلسات مناسبة هذا بالنسبة للقضاء الجماعي، وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء الفردي في إطار خصائص القضاء الفردي.

كما تم توجيه كتاب آخر وفي مدة زمنية قصيرة بتاريخ 23 مارس 2020 تحت عدد 3/13 والذي طلب من خلاله كل من السادة رؤساء الهيئات القضائية ورؤساء المحاكم المختصة بالبث في قضايا المعتقلين في الجنايات والجرح أو التحقيق أن تعمل ما بوسعها لحماية لصحة السجناء من خلال تفادي إحصارهم من

المؤسسات السجنية إلا عند الضرورة القصوى من خلال البت في تأخير ملفاتهم دون حضورهم الى حين انتهاء الحجر الصحي دون إغفال منع اتصالهم بالغير داخل فضاء المحاكم الأمر الذي ابتغي منه إعطاء أولوية حمائية ذات بعد مقاصدي يدفع في اتجاه جعل دور المحاكم لا يقتصر على انتاج عدالة فعالة بقدر ما يؤسس لعدالة آمنة و مواطنة مسايرة لكل التدابير الحكومية المتخذة تنزيلا للتعليمات الملكية السامية لمواجهة هذه الجائحة.57

أما الكتاب رقم 3/119 الموجه إلى السادة الرؤساء الأولون لكل من محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ومحاكم الاستئناف الإدارية من طرف السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، فقد جاء في إطار تفعيل آليات الحكامة القضائية التي تضمن بشكل متوازن وفعال شروط الصحة والسلامة لجميع العاملين والمرتفقين من جهة وتخويل استمرارية السلطة القضائية في أداء مهامها وواجباتها من جهة أخرى، حيث تم تهمين والتنويه بالتجاوب السريع من طرف المسؤولين القضائيين مع التوجيهات الملكية السامية التي تؤكد على أهمية احترام الزمن القضائي وتضمن الحقوق وتصون الحريات وتضمن الأمن القضائي وتكرس الثقة، وكذلك التوجيهات الكتابية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ثم جاء التوجيه باتخاذ كافة التدابير ليقوم السيادة القضاة بالإعداد المسبق منذ تاريخ الكتاب بالإعداد المسبق لمشاريع الأحكام والقرارات بخصوص الملفات المعنية فيما لتيسير البت فيها في أقرب الآجال ووفق الضمانات القانونية الواجبة تداركا لكل الوقت الضائع.

تدابير وزارة العدل

أكدت وزارة العدل انه انسجاما مع المنشور رقم 01 الصادر عن وزير الاقتصاد والمالية و إصلاح الإدارة بتاريخ 16 مارس 2020 ، فقد وجهت منشورا إلى المسؤولين الإداريين التابعين لها ، دعتم فيه إلى اعتماد نظام التناوب اليومي في الحضور بين السادة الموظفين بما لا يخل بسير المرفق العام ، و بتخفيف

57- ونس الفاجو، تدبير الزمن القضائي ما بعد كورونا <https://anmon.ma/?p=10478>

الاكتظاظ داخل المكاتب ، والحد من عقد الاجتماعات إلا عند الضرورة القصوى وبما يحافظ على س لامة المجتمعين. وفي مجال الرقمنة ، فقد أعلنت وزارة العدل أنه بالإضافة إلى الخدمات الرقمية التي توفرها الفائدة المرتفقين و المتقاضين عبر بوابتها الإلكترونية mahakim.ma ، من قبيل الحصول على السجلين التجاري و العدلي عن بعد و الاطلاع على مال الملفات القضائية عن بعد ، و إيداع القوائم التركيبية الخاصة بالشركات عن بعد، فإنها بصدد وضع اللمسات الأخيرة على عدد من الخدمات الرقمية الجديدة التي س تعزز التداول اللامادي للإجراءات والخدمات عن بعد ، وستحد من تنقل المرتفقين و المتقاضين إلى المحاكم او الإدارة المركزية للحصول على هذه الخدمات.58

وتعزيزا لجهود تقريب الخدمات القضائية من المتقاضين في إطار التدابير الوطنية المتخذة لمواجهة وباء كورونا المستجد، أشرف السيد وزير العدل والسيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية و السيد رئيس النيابة العامة صباح يوم الاثنين 27 أبريل 2020 بمقر المحكمة الابتدائية بسلا على مراسم الإطلاق الرسمي لعملية التقاضي عن بعد كنظام يستخدم تكنولوجيا التواصل بين المؤسسات السجنية والسادة القضاة والمحامين في مختلف محاكم المملكة، نظام يحترم شروط المحاكمة العادلة ويضمن سلامة مختلف الأطراف المعنية بالمحاكمة ويساهم في ضمان السير العادي لعدد من القضايا المعروضة على أنظار القضاء.59.

خاتمة

جاءت هذه الجائحة على حين غرة والعالم في ذهول لعدم قدرته على تحديد ماهية هذا الوباء الذي ينتشر انتشار النار في الهشيم، فاضطرب مدبرو الشأن العام بين أي المقتضيات القانونية والفقهية يمكن إعمالها مع هذه الجائحة، فكل قرار أو تصرف يمكن اتخاذه بالضرورة س يمس بالحقوق والحريات التي

58 - الموقع الرسمي لوزارة العدل: <https://www.justice.gov.ma/> بتاريخ 15/07/2020 على الساعة 14.40

59 - الموقع الرسمي لوزارة العدل: <https://www.justice.gov.ma/> بتاريخ 15/07/2020 على الساعة 14.33

تقوم عليها الحياة الديمقراطية، فالظروف الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور لها مقتضيات صارمة يفضي بغير شك إلى نظام ديكتاتوري متسلط على الحقوق والحريات، لذلك في اعتقادي نهج النظام المغربي نظرية الطوارئ الصحية الغير منصوص عليها في الدستور للإبقاء على الحد الأدنى من الديمقراطية التشاركية، وما كرسه الدستور والواقع من مقتضيات الحكامة الجيدة، لذلك نجد المشرع قد اجتهد وأصاب في تجنب الأسوأ والسير بخطى ثابتة نحو استمرارية المرفق العام بصفة عامة والمرفق القضائي بصفة خاصة لما له من دور في الحفاظ على الحقوق والحريات، ونهج تعليق الجلسات والحفاظ على الحد الأدنى لاستمرار مرفق القضاء، وتجسيد التعامل اللامادي للإدارة القضائية مع مرتفقيها في تدبير الملفات القضائية والتعاملات الإدارية العامة

المجتمع المدني

بين إكراه التنمية المحلية وإشكاليات التمويل العمومي المحلي

لقد تمكن المغرب يوما بعد يوم، من تحقيق مزيد من الحقوق والمكتسبات التي ما فتأت بلادنا، بفضل دينامية مجتمعية فاعلة مدعومة بإرادة ملكية سامية وقوية،⁶⁰ تعمل على دعمها لتوسيع المشاركة المواطنة على صعيد كل الميادين والمجالات، خصوصا مع صدور دستور 2011، مما أدمج الجهود النضالية والتطوعية للنسيج الجمعوي،⁶¹ إلى جانب مؤسسات الدولة والجماعات الترابية، في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة. ولقد شكلت سنة 2005 محطة حاسمة وتاريخية في هذا البناء النوعي، وذلك بإعلان ورش المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، الذي مكن المؤسسات غير الهادفة للربح⁶² من احتلال

⁶⁰ "...ولا يسعنا إلا أن نبتهج مما أصبحت تشكله الجمعيات المغربية من ثروة وطنية هائلة، ومن تنوع في مجالات عملها، وما تجسده من قوة اقتراحية فاعلة، أصبحت بفضلها بمثابة الشريك، الذي لا محيد عنه لتحقيق ما نبتغيه لبلادنا من تقديم وتحديث. وإننا لنحث الفعاليات الجمعوية على تشجيع انخراط الشباب فيها، باعتبار الجمعيات مدرسة نموذجية للديمقراطية والتشارك، ولتحرير طاقات الشباب الخلاقة في خدمة المجتمع والصالح العام"، مقتطف من الرسالة الملكية الموجهة للمشاركين في الأيام الدراسية حول التدبير الجمعوي بتاريخ 14 فبراير 2002.

⁶¹ "تعدد المفردات التي تستخدم تسمية المنظمات ومؤسسات المجتمع المدني، "فالجمعيات والمنظمات والمؤسسات التطوعية والخيرية وغير الربحية ومؤسسات المجتمع المدني"، كلها تدخل في نطاق ما يسمى ب"المنظمات غير الحكومية والقطاع الخيري والمنظمات غير الربحية"، وهي تسميات عالمية متنوعة ومختلفة تعكس الإداري والاعتباري لهذه المنظمات. في حين ارتبط مصطلح المنظمات غير الربحية أساسا بالولايات المتحدة الأمريكية وقانونها". فواز بن علي الغامدي، رسالة دكتوراه في موضوع "دور المنظمات غير الربحية بمنطقة الرياض في تحقيق التنمية الاجتماعية المستدامة"، 2019، ص:

⁶² تم تعريف المؤسسات غير الهادفة للربح، على أنها "كيانات قانونية أو اجتماعية منشأة بغرض إنتاج السلع والخدمات، ولكن مركزها القانوني لا يسمح لها بأن تكون مصدرا للدخل أو الربح أو غير ذلك من أشكال الكسب المادي للوحدات التي تنشئها أو تشرف

مكانة متميزة، داخل برامج المنظومة التنموية على الصعيدين الوطني والمحلي، كما كان لها دور مهم في توسيع الفعل الجمعي على صعيد الدولة والجماعات الترابية، كان الهدف الأساسي منها الاقتراب من السكان من خلال المشاريع الهادفة لمحاربة الفقر.

وقد مثلت الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي بالخصوص، أحد أهم المحاور والمبادئ الأساسية، التي أدت إلى بلورة أدوات عمل الجماعات الترابية ومجالسها، لتمكين الهيئات المنتخبة والمشرفة على التسيير، من التواصل المستمر والمباشر في إطار مؤسساتي مع المواطنين والمواطنات وفعاليات المجتمع المدني،⁶³ باعتبارها آليات تمكن الأطراف المدنية التي لا تتوفر على صفة تمثيلية، من المساهمة في اتخاذ القرارات العمومية، في كل ما يرتبط بالاختصاصات المخولة للجماعات الترابية، عبر اتخاذ المبادرة في تقديم اقتراحات وتتبع عمل الجماعات الترابية وتنفيذها وتقييمها، في سياق ثنائية المبادرة والرقابة، لما في ذلك من إسهام كبير في تحقيق حكمة تدير هذه المرافق.

وقد أصدرت الحكومة المغربية خلال السنوات الأخيرة، مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية، التي جاءت لتدعم وتوضح علاقة التعاون بين القطاع العام والمجتمع المدني، وتؤطر أيضا لعلاقة التمويل العمومي الموجه لفائدة الجمعيات، وترسخ بشكل صريح تطبيق مبادئ الحكامة في صرف الأموال العمومية،⁶⁴ وقد انبثقت هذه النصوص القانونية كترجمة للوعي والاهتمام الحكومي، بضرورة مراقبة سبل صرف التمويلات العمومية المقدمة للجمعيات،

علميا أو تمويليا...."، أنظر: (دليل المؤسسات غير الهادفة للربح الذي أعدته الجامعة الأمريكية "Jhon Hopkins" تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة (ONU)، الصادر سنة 2005، ص: 9).

⁶³ "70.5% من الجمعيات بالمغرب تقدم خدماتها لجميع المواطنين سواء كانوا منخرطين أو غير منخرطين"، المندوبية السامية للتخطيط، البحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للربح، سنة المرجع 2007، ص: 6.

⁶⁴ ونخص بالذكر على سبيل المثال لا الحصر:

خصوصاً وأن المجال الواسع لتدخلات هذه الجمعيات، أصبح يفرض عليها اعتماد سياسات رشيدة في تدبير ماليتها، واعتماد تدبير شفاف ومسك محاسبة منتظمة. (المطلب الأول)

ورغم أن التشريع الجمعي المتمثل في ظهير 15 نونبر 1958، لا يلزم الجمعيات صراحة بمسك حساباتها، إلا أن هناك بعض النصوص التي تشير إلى ضرورة مسك محاسبة الجمعيات،⁶⁵ إضافة إلى أن أنظمتها الأساسية تنص على أن الجمع العام يستمع إلى التقرير المالي ويصادق عليه، وبالتالي فهي تلزمها ضمناً بمسك حساباتها، كما أن مصداقيتها تعتمد أساساً على الشفافية في تدبير هذه الأموال، على اعتبار أن المحاسبة أمام الجهات المانحة واتجاه الأعضاء واجب أخلاقي وقانوني، ولذلك فإن مسك محاسبة ملائمة يغدو مسألة لازمة من الناحية القانونية. وتجدر الإشارة، أن طبيعة الموضوع الذي نتناوله، يحتم علينا التركيز فقط على البحث في التمويلات العمومية المقدمة من طرف الجماعات الترابية. (المطلب الثاني)

القوانين التنظيمية للجماعات الترابية (111.14/112.14/113.14)، التي تتضمن مجموعة من المقتضيات القانونية المتعلقة بعلاقة الشراكة بين الجماعات بمستوياتها المختلفة والجمعيات، وتنظم كذلك حالات التنافي وتضارب المصالح؛ القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والذي يشكل إطاراً للتفكير حول إدماج جمعيات المجتمع المدني في مجال تطبيق القانون، باعتبار الجمعيات أشخاص خاضعة للقانون الخاص؛ دورية السيد الوزير الأول رقم 2003/7 المؤرخ في 7 يونيو 2003، التي تنص على ضرورة وضع المساهمات العمومية لفائدة الجمعيات التي تساوي أو تفوق قيمتها 50 ألف درهم في إطار اتفاقية شراكة؛ منشور السيد رئيس الحكومة رقم 2014/2 المؤرخ في 5 مارس 2014، بشأن مراقبة المجلس الأعلى للحسابات للأموال العمومية، والذي أكد على ضرورة موافقة هذا المجلس من طرف جميع الهيئات المانحة لأي دعم أو مساعدة مالية لمختلف الجمعيات، بمجموعة من الوثائق المثبتة. دورية وزير الداخلية عدد 2185 D بتاريخ 5 أبريل 2018، والتي تؤطر اتفاقيات الشراكة ودعم المشاريع الجمعيات من طرف الجماعات الترابية.

⁶⁵ كمثل على ذلك، قرار لوزارة المالية بشأن الجمعيات التي تتلقى سنوياً بصفة مباشرة أو غير مباشرة إعانات مالية من جماعة عمومية، ج ر عدد 2420، بتاريخ 3 رمضان 1378 (13 مارس 1959).

المطلب الأول: الإطار العام لعقد شراكة مع المجتمع المدني المحلي

لقد نص دستور 2011 على أدوار جديدة للمجتمع المدني، أهمها ما جاء في الفصل 139 منه، والمتعلق بضرورة وضع آليات تشاركية للحوار والتشاور من قبل مجلس الجهات والجماعات الترابية الأخرى، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها، وهي مؤشرات دالة على مدى الموقع المعترف، الذي أضحت تحتله جمعيات المجتمع المدني في مسلسل صناعة القرارات والسياسات العامة، (الفرع الأول) هذا ما دعا جميع المرافق العمومية الوطنية والمحلية، لتعزيز آليات التمويل العمومي لفائدة العمل الجمعي، تفعيلاً للمقتضيات الدستورية الأخيرة، وتنزيلاً للتوجهات الملكية الداعية إلى تثمين عمل المجتمع المدني والنهوض به.⁶⁶ (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أهمية الدور التشاركي لجمعيات المجتمع المدني

إن مؤسسات المجتمع المدني وخاصة الجمعيات، تتبلور كشكل من أشكال بناء وتدبير الحياة الاجتماعية، من أجل إعادة تأهيل وتنشئة الأفراد والجماعات المعرضة للإقصاء، وذلك من خلال العمل على إعادة بناء وتقوية الرابط الاجتماعي، وإنشاء تفاعلات إيجابية بين هؤلاء وبقية المجتمع، من خلال المساهمة الفاعلة والتنمية، اقتصادياً وثقافياً وسياسياً،⁶⁷ بمعنى الحرص على تأكيد البعد التنموي المتعدد المستويات، والقادر على بلوغ مدارج التنمية المستدامة.⁶⁸ وغالباً ما يحيل مفهوم المجتمع المدني، إلى المنظمات

⁶⁶ خطاب العرش 30 يوليوز 2007، "مهما كانت مشروعية الديمقراطية النيابية التقليدية، فإننا نرى من الضروري استكمالها بالديمقراطية التشاركية العصرية، الأمر الذي يمكننا من الاستفادة من كل الخبرات الوطنية والجهوية، والمجتمع الوطني الفاعل، وكافة القوى الحية للأمة...".

Bondo Dominique, « Nouvelle pratiques de médiation sociale, jeunes en difficultés et travailleurs sociaux », E.S.F,⁶⁷ Paris, 1998, p : 15.

⁶⁸ محمد البكوري، "جمعيات المجتمع المدني ورهان الشراكة والحكامة الجيدة بالمغرب"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الدراسية 2013-2014، ص: 287.

والجمعيات والمؤسسات والهيئات، التي تعمل في إطار النشاط التطوعي، خارج إطار الدولة والعائلة وخارج علاقات السوق الرأسمالي، مع استثناء الأحزاب السياسية من تشكيل هذا المفهوم، لأنها تعمل من أجل الوصول إلى السلطة.⁶⁹

وقد ورد مفهوم "المجتمع المدني" أيضا في الفصل الثاني من دستور 2011، بوصفه كلا يحتوي على جزء، تمثله "الجمعيات" و"المنظمات غير الحكومية"، الخاضعة في تأسيسها وتسييرها، لمقتضيات المبادئ الديمقراطية ومقتضيات القانون. وتبعاً لذلك، فمعنى المجتمع المدني في المطلق، هو مجموعة من الهيئات تكون خاضعة لقانون خاص أو غير خاضعة له، وهو مكون من مكونات المجتمع، يقع بين "الأسرة والدولة والقطاع الخاص"، ويشتمل على جمعيات ومنظمات غير حكومية، وجماعات أفراد تتعاون لتحقيق أهداف غير ربحية.⁷⁰

ولقد شكل تاريخ 15 نونبر 1958، منعطفا مهما في تاريخ المغرب الحديث، حيث تم إصدار ثلاث نصوص قانونية، تنظم ممارسة الحريات العامة المتعلقة، "بالصحافة والنشر، والتجمعات العمومية، وتأسيس الجمعيات"، ليتم بعد ذلك تكريس هذه الحقوق، والتنصيب عليها في أول وثيقة دستورية عرفها المغرب منذ سنة 1962. ولقد كان المغرب سباقا إلى الالتزام بمجموعة من الاتفاقيات الدولية، التي أعطت الحق للمواطن في التجمع، أو في إحداثه وانخراطه في الجمعيات،⁷¹ إضافة إلى ذلك، فقد حث برنامج فيينا لسنة

⁶⁹ الحناشي عبد اللطيف، "محنة المجتمع المدني في الفضاء المغربي وحدود مساهمته في نشر قيم الديمقراطية"، مجلة رهانات، العدد 15، 2010، ص: 11.

⁷⁰ عبد اللطيف بكور وحسنة كجي، "الأليات الدستورية والقانونية للتدبير التشاركي للشأن العام المحلي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD، عدد 134-135، ماي-غشت 2017، ص: 31.

⁷¹ "لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات"، الفقرة 1 من المادة 20، الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 10 دجنبر 1948.

- بالإضافة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي أقر في المادة 22 منه، الحق في التجمع السلمي والحق في حرية تكوين الجمعيات.

1993، على مبدأ الديمقراطية التشاركية، وتمكين المنظمات غير الحكومية من القيام بدور رئيسي على الصعيدين الوطني والدولي، في المناقشات والأنشطة وإجراءات التنفيذ، المتعلقة بالتنمية وبالتعاون مع الحكومات.

وبعد تولي صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله عرش البلاد سنة 1999، أولى اهتماما خاصا للمجتمع المدني في عدد من المحطات، حيث أكد جلالته على "كون الجمعيات ثروة وطنية هائلة وقوة اقتراحية فاعلة لتحقيق التقدم والتحديث"⁷²، كما أشار إلى وجوب وضع آليات جديدة، لإشراك القطاع الخاص للنهوض بالميدان الاجتماعي، والمساهمة في تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين، سواء في إطار المسؤولية المجتمعية للمقاولة، أو من خلال إطلاق شراكات بين القطاع العام والقطاع الخاص.⁷³

كما اكتست الديمقراطية التشاركية قيمة دستورية، ويتجلى ذلك من خلال استعراض الفصول 12 و13 و14 و15 و139 من دستور 2011، ومختلف تطبيقاتها في القوانين والنصوص التنظيمية ذات الصلة، حيث نستنج أننا أصبحنا أمام نموذج جديد، لإطار علائقي أكثر توازنا،⁷⁴ ينبني على مقاربة تشاركية تجمع بين الدولة ومؤسساتها، والمواطنين والمواطنات في جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الوزارية، باعتبارهم مكونا حيويا وشريكا أساسيا وأصيلا بموجب الدستور، في صنع السياسات العمومية والبرامج التنموية، في مختلف أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، إعدادا وتفعيلا وتتبعًا وتقييمًا.⁷⁵

⁷² الرسالة الملكية الموجهة للمشاركين في الأيام الدراسية، حول التدبير الجمعي يوم 14 فبراير 2002.

⁷³ مقتطف من الرسالة السامية التي وجهها جلالته الملك محمد السادس، بمناسبة الذكرى 70 للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

⁷⁴ الحوار الوطني حول "المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة"، التي قدمت أرضيته بالمجلس الحكومي المنعقد بتاريخ 30 ذو الحجة 1433 الموافق ل 15 نونبر 2012، والذي تم الإعلان عن نتائجه خلال ندوة عقدت يومي 21 و22 مارس بالرباط، وسلمت إلى رئيس الحكومة في 2014.

⁷⁵ التقرير السنوي حول وضعية الشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنة 2017، ص: 9.

الفرع الثاني: المحددات القانونية لمنح التمويل العمومي المحلي

تم بلورة المفهوم التشاركي بين القطاع العام والقطاع الجمعي على المستوى المحلي، من خلال مقتضيات المنصوص عليها في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية 111.14 و 112.14 و 113.14، التي أوضحت أسس الشراكة التي تجمع المجتمع المدني بالجماعات الترابية، إضافة إلى أوجه التمويل المخصص لجمعيات المجتمع المدني، هذا التمويل الذي يمكن أن يأخذ شكل دعم مباشر من الجماعة الترابية إلى الجمعية، أو دعم عبر إبرام عقد تعاون وشراكة، مع العلم أن الجماعة الترابية الوحيدة المخول لها تقديم دعم مباشر للجمعيات هي الجماعات، مع الاحتفاظ بإمكانيتها عقد اتفاقية تعاون وشراكة،⁷⁶ هذا الأمر غير ممكن بالنسبة لمجلس العمالات والأقاليم وللمجلس الجهة رغم كونها جماعات ترابية،⁷⁷ حيث ينحصر مجال دعمهما في إطار عقد اتفاقية تعاون وشراكة مع الجمعيات.

ورغم أن موضوع التمويل العمومي التي تقدمه الجماعات الترابية، مرتبط بنفس المنطق الذي يعتمده القطاع الحكومي، أي في إطار عقد اتفاقية التعاون والشراكة، بين الجماعة بصفتها الجهة المانحة والفاعل

⁷⁶ " يتداول مجلس الجماعة في القضايا التالية: * التنمية الاقتصادية والاجتماعية: - - توزيع المساعدات والدعم لفائدة الجمعيات؛ * التعاون والشراكة: -.....- اتفاقيات التعاون والشراكة مع القطاع العام والخاص. -....."، المادة 92 من الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

⁷⁷ " يتداول مجلس الجهة في القضايا التالية: -.....- اتفاقيات التعاون والشراكة مع القطاع العام والخاص. -....."، المادة 99 من الظهير الشريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

" يتداول مجلس العمالة أو الإقليم في القضايا التالية: -.....- اتفاقيات التعاون والشراكة مع القطاع العام والخاص. -....."، المادة 94 من الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم.

الجمعيوي بصفته المستفيد،⁷⁸ إلا أن المسطرة والإجراءات التي يجب اتباعها، لكي تستفيد الجمعيات من دعم الجماعات الترابية، سواء في إطار أو خارج إطار الاتفاقية، لا ينظمه أي نص قانوني أو تنظيمي، وهذا عكس التوجه الذي اتخذته الدولة، فممنشور الوزير الأول رقم 7\2003 شدد حول الإجراءات الواجب اتباعها، من أجل استفادة الجمعيات من الدعم أو التمويل العمومي.⁷⁹

فرغبة المشرع المغربي في تمويل الفاعل الجمعيوي المحلي، لتسهيل مساهمته في الحركية الاقتصادية والاجتماعية والدفاع عن الحريات، جعل الأمر أكثر سهولة من أجل استفادة الجمعيات من المال العام، والرقابة الوحيدة المطبقة عليه، تتمثل في موافقة المجلس التداولي، كما أن رقابة سلطة الوصاية المتعلقة

⁷⁸ ترم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، طبقا لمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.14.192 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ج ر عدد 6328، ص: 456.

⁷⁹ "يجب على كل جمعية تطلب أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة: أن تكون مؤسسة لأحكام الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نوفمبر 1958) المشار إليه أعلاه، وأن تكون مسيرة وفقا لنظامها الأساسي؛ أن تتوفر على القدرات المالية التي تمكنها على وجه الخصوص من إنجاز المهام المحددة في نظامها الأساسي والتي تكتسي طابع المصلحة العامة؛

أن يكون لها نظام أساسي ونظام داخلي يضمن لكل أعضائها المشاركة الفعلية في تدبير الجمعية.....؛ أن يكون لها هدف له طابع المصلحة العامة على الصعيد المحلي أو الجهوي أو الوطني؛ أن تمسك محاسبة بإعداد قوائم تركيبية تعكس صورة صادقة عن ذمتها ووضعيتها المالية ونتائجها وفقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل؛

أن تحترم الالتزام بتقديم المعلومات المطلوبة والخضوع للمراقبة الإدارية المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

المادة 1 من المرسوم رقم 2.04.969 صادر في 28 من ذي القعدة 1425 (10 يناير 2005) لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376، مرجع سابق.

بالتأشير على اتفاقيات التعاون والشراكة، لم تشمل الجمعيات المحلية المستفيدة، واقتصرت فقط على اتفاقيات التعاون اللامركزي، التي تبرم بين الجماعة الترابية وجماعة محلية أجنبية.⁸⁰

وبالرغم من ذلك، يلاحظ أن بعض الجماعات الترابية تلجأ في بعض الأحيان إلى تمويل الجمعيات، بإتباع مسطرة الدعم وتوزيع المساعدات، دون اتباع مسطرة التعاقد المخصص للتعاون والشراكة، لتبقى مقتضيات المواد 118 و109 و115 من القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، موضع تساؤل حول الجدوى منها، إذا تم اللجوء إلى هذه الوسيلة من طرف كل الجماعات، مع العلم أنه باستثناء الجماعات، لا يمكن لهذه الجمعيات أن تكون مستفيدة من دعم الجماعات الترابية، إلا في إطار اتفاقية.⁸¹

وفي هذا الإطار، جاءت دورية وزير الداخلية خلال سنة 2018 لرفع هذا اللبس، ولضبط الممارسات التي تتعامل بها بعض الجماعات الترابية مع مسألة تمويل الجمعيات الترابية، خصوصا وأن مصالح الوزارة - حسب ما جاء في الدورية المذكورة- لاحظت أن تعامل الجماعات الترابية مع الجمعيات، لا يحترم في حالات عديدة المقتضيات القانونية المنظمة لذلك،⁸² حيث تبين أن الجهات والعمالات والأقاليم تعتمد بدورها دعم ومساعدة الجمعيات دون سلك مسطرة عقد الاتفاقية، وهو إجراء لا يسمح به القانونين التنظيميين المتعلقين بهما.⁸³

⁸⁰ المادة 118 من القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات؛ المادة 109 من القانون التنظيمي 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم؛ المادة 115 من القانون التنظيمي 111.14 المتعلق بالجهات.

⁸¹ "ومن أجل تحقيق هذا المسعى، فإن علاقات الشراكة بين الدولة والجمعيات العاملة في المجالات ذات الأولوية المذكورة، عندما يكون مبلغ المساهمات العمومية يعادل أو يفوق 50.000 درهم بالنسبة لكل مشروع، ينبغي أن تندرج في إطار اتفاقية..."، منشور الوزير الأول رقم 2003\7 بخصوص الشراكة بين الدولة والمجتمع المدني.

⁸² دورية السيد وزير الداخلية المسجلة تحت عدد 2185 الصادرة بتاريخ 05 أبريل 2018، الموجهة إلى السادة ولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم، "حول دعم الجمعيات من طرف الجماعات الترابية وإبرام اتفاقيات التعاون والشراكة معها".

⁸³ "...وفي هذا الإطار، ينبغي التأكيد بداية على أنه يجب التمييز بين توزيع المساعدات ودعم الجمعيات وبين إبرام اتفاقيات التعاون والشراكة معها، فدعم الجمعيات وتوزيع المساعدات عليهما ورد بشكل حصري ضمن صلاحيات المجلس الجماعي في القانون التنظيمي

وقد عززت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية نوعا ما، المراقبة على استفادة هذه الجمعيات من الدعم العمومي المحلي، حيث منعت على أعضاء هذه الجماعات، ربط مصالح خاصة مع الجماعات الترابية أو الأجهزة التابعة لها وأيضا الجمعيات التي يكون عضوا فيها، تحت طائلة العزل والمتابعة القضائية إن اقتضى الحال،⁸⁴ ويشمل هذا المنع كل أشكال المعاملات التي من شأنها أن تمس بمبدأ تعارض المصالح، "كإبرام عقود الكراء أو الاقتناء أو التبادل؛ إبرام صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات؛؛ أو أن يمارس بصفة عامة كل نشاط قد يؤدي إلى تنازع المصالح، سواء كان ذلك بصفة شخصية أو بصفته مساهما أو وكيلًا عن غيره، أو لفائدة زوجه أو أصوله أو فروعه، وتطبق نفس الأحكام على عقود الشراكات وتمويل الجمعيات التي هو عضو فيها".⁸⁵

المطلب الثاني: التمويل العمومي المحلي رهين مجموعة من الإجراءات

نظرا للتزايد الملفت لعدد الجمعيات ببلادنا خلال السنوات الأخيرة، حيث أصبح يناهز حوالي 200 ألف جمعية⁸⁶ تشتغل في مجالات متنوعة ومتعددة، أصبحت جمعيات المجتمع المدني بحاجة دائمة، في ظل الإطار المنظم والإجراءات السليمة المعتمدة، البحث عن كافة أشكال الدعم لتمويل أنشطتها، بما يمنحها القدرة على الفعل والمبادرة، تعزيزا لمشاركتها في بناء الدولة الحديثة، والمساهمة في التحولات الاجتماعية، (الفرع الأول) إضافة إلى ذلك، فضرورة مسك محاسبة صادقة توضح مبالغ الدعم المستلمة، في إطار

رقم 113.14 المتعلق بالجماعات (المادة 92)، ولم يرد في أي من القانونين التنظيميين المتعلقين بالجهات وبالعمالات والأقاليم، مما يجعل ذلك اختصاصا حصريا للجماعات دون الجماعات الترابية الأخرى".

⁸⁴ المواد 64 و65 و67 من القوانين التنظيمية على التوالي 113.14 و 112.13 و 111.14.

⁸⁵ المواد 65 و66 و68 من القوانين التنظيمية سالف الذكر.

⁸⁶ التقرير السنوي عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب لسنة 2019، ص: 25.

الأهداف المعلن عنها من طرف الجمعية، والتي تقدمها الجماعات الترابية في إطار دعم الجمعيات، تبقى محل عدة تساؤلات.(الفرع الثاني)

الفرع الأول: إشكالية الغموض في مسطرة التمويل العمومي المحلي

لقد سعى المشرع المغربي من خلال مجموعة من النصوص القانونية، إلى تيسير تمويل برامج ومشاريع الجمعيات بأشكال مختلفة، سواء تعلق الأمر بالتمويل العمومي (القطاعات الحكومية والمؤسسات والمقاولات العمومية والجماعات الترابية)، أو التمويلات الأخرى ذات العلاقة بالأشخاص كالتمويلات الذاتية "الانخرافات والاشتراكات ومساهمات الأعضاء"، أو التبرعات المتأتية من "الأفراد والقطاع الخاص والمنظمات والمؤسسات الوطنية والأجنبية، وكذا عن طريق التماس الإحسان العمومي"،⁸⁷ أو التمويلات التي يكون مصدرها عدد من الامتيازات الضريبية أو الجمركية التي تستفيد منها بعض الجمعيات، كما أعطى المشرع للجمعيات المؤسسة بصفة قانونية⁸⁸ وكذا المكتسبة لصفة المنفعة العامة والتي يناهز عددها 217 جمعية،⁸⁹ الحق في التملك والتصرف في مواردها.⁹⁰

⁸⁷ تمنح صفة المنفعة العامة بواسطة مرسوم للجمعيات التي تقدم طلبا بشأنها، وتخول لها عددا من الامتيازات والحقوق زيادة عما تتمتع به باقي الجمعيات، حيث يمكن لهذه الجمعيات أن تقوم مرة كل سنة بالتماس الإحسان العمومي دون إذن مسبق، شريطة تقديم تصريح إلى الأمانة العامة للحكومة 15 يوما قبل موعد النظار، كما يجوز أن تمتلك ضمن الحدود المبين لها في مرسوم الاعتراف بصفة المنفعة العامة (الأموال والمنقولات والعقارات اللازمة لتنفيذ هدفها أو لإقامة المشروع الذي ترمي لإنجازه، كما أتاح لها القانون الاستفادة من الامتيازات الضريبية والجمركية).

⁸⁸ طبقا لمقتضيات المرسوم رقم 2.04.969 صادر في 28 من ذي القعدة 1425 (10 يناير 2005) لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 موافق 15 نونبر 1958، بتنظيم حق تأسيس الجمعيات.

⁸⁹ تقرير منشور بالموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة بتاريخ 26 يونيو 2016، على الرابط التالي:

http://www.sgg.gov.ma/Portals/1/association_pdf/liste_Associations_RUP.pdf?ver=2016-01-15-145828-610

⁹⁰ " كل جمعية صرح بتأسيسها بصفة قانونية يحق لها أن تترافع أمام المحاكم وأن تقتني بعوض وأن تمتلك وتصرف فيما يلي: -الإعانات العمومية؛ - واجبات انخراف أعضاءها؛ - واجبات اشتراك أعضاءها السنوي؛ - إعانات القطاع الخاص؛ - المساعدات التي يمكن أن تتلقاها الجمعية من جهات أجنبية أو منظمات دولية مع مراعاة مقتضيات الفصلين 17 و 32 مكرر من هذا القانون؛ -

وقد توخت الدولة من عقد اتفاقيات الشراكة مع المنظمات الجمعوية، تطوير علاقات جديدة مع الجمعيات لتبني سياسة شراكة متجددة، ترمي إلى الرفع من قدرات الشركاء الجمعويين وتحسين استعمال مواردهم، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف، تم رسم معالم الطريق لتوظيف أمثل لموارد الجمعيات البشرية والمالية والمادية، حيث صدر في هذا الموضوع منشور للوزير الأول عدد 2003/7،⁹¹ الذي حدد مجال الشراكات التي يجب أن تنصب في أولويات الحكومة، مع مراعاة التوفر في ميزانياتها، المصادق عليها قانوناً، على أبواب ميزانية مناسبة وعلى مخصصات مطابقة لها، كما أن التمويل المزمع منحه يجب أن يبقى رهيناً، بمدى مطابقة النشاط أو المشروع المزمع مع الأغراض النظامية للجمعية.

ورغم أن هذا المنشور ينظم بصريح العبارة، علاقة الشراكة بين الدولة وجمعيات المجتمع المدني، دون أن يتم التطرق فيه إلى وجوب التزام الجماعات الترابية من جهتها بمضمون هذا المنشور، غير أنه لا يمنع من الاستئناس به، إلا أن السؤال يبقى مطروحاً بخصوص سقف المبلغ الممنوح، الذي يلزم الجماعة الترابية احترام عدم تجاوزه من أجل عقد اتفاقية الشراكة، حيث أنه بالنسبة للدولة، قد حددت المبلغ المالي المزمع تقديمه في إطار دعم أو تمويل مالي، الذي يعادل أو يفوق 50 ألف درهم لكل مشروع، يجب أن يندرج في إطار اتفاقية.

وقد بادر السيد وزير الداخلية من خلال الدورية D2185 التي سبق التطرق إليها، لسد بعض الفراغ التي تعرفه مسطرة التمويل العمومي للجماعات الترابية، وتوضيح علاقتها مع الجمعيات سواء من خلال عقد اتفاقية أو بدونها، حيث اعتبر أن دعم ومساعدة الجمعيات من خلال مقرر للمجلس الجماعي، يمكنها من

المقرات والأدوات المخصصة لتسييرها وعقد اجتماعات أعضائها؛ - الممتلكات الضرورية لممارسة وإنجاز أهدافها"، الفصل 6 من الظهير الشريف رقم 1.58.379 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 الموافق 15 نونبر 1958، يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، كما تم تعديله وتتميمه بالقوانين الجديدة رقم 75.00 ورقم 36.04 ورقم 07.09.

⁹¹ منشور الوزير الأول رقم 2003/7 بتاريخ 26 ربيع الثاني (27 يونيو 2003) بخصوص الشراكة بين الدولة وجمعيات المجتمع المدني.

منح الجمعيات المستفيدة بمبالغ جزافية، دون إلزامها باحترام سقف محدد تبرم بموجبه اتفاقية تعاون وشراكة، وذلك خلافا لما تم تحديده في منشور الوزير الأول المذكور. كما اعتبر وزير الداخلية أن إبرام اتفاقية التعاون والشراكة يعتبر اختصاصا ذاتيا للجماعة الترابية، ويمكن أن تبرمها مع جميع الأطراف العمومية والخاصة المحددة في القوانين التنظيمية، شرط أن يتعلق الأمر بإنجاز نشاط أو مشروع ذي فائدة مشتركة بين أطراف الاتفاقية، وأن يدخل موضوعها ضمن الاختصاصات الذاتية للجماعات الترابية الموقعة عليها.

وعلى غرار ما جاء في منشور الوزير الأول،⁹² فإن وزير الداخلية طلب من ممثلي السلطة المحلية من ولاية وعمال، دعوة الجماعات الترابية لتنظيم طلبات المشاريع، وإحداث لجان تقنية تعنى بدراسة طلبات ومشاريع الجمعيات وتتبع إنجازها، وذلك باستعمال نماذج الوثائق المعتمدة في مختلف برامج المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، كما أشار إلى دعوة الجماعات الترابية في إطار احترام قواعد التعامل مع الجمعيات، وفي إطار الحكامة الجيدة والتفائية البرامج والسياسات العمومية، تحديد الجمعيات التي ستستفيد من توزيع المساعدات والدعم، أو تلك التي ستبرم معها اتفاقيات تعاون وشراكة، مستلهمين من المساطر المعتمدة في المبادرة الوطنية للتنمية البشرية.

ولقد شهدت المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، منذ إعطاء انطلاقها، تطورا ملحوظا تجسد في النتائج الهامة، إلى جانب النتائج المحققة،⁹³ حيث أسهمت المبادرة في ارتفاع وتيرة الجمعيات، التي وصلت حسب تقديرات وزارة الداخلية، في دراسة أصدرتها سنة 2014 إلى 116.836 جمعية، أي بمعدل 85 جمعية في

⁹² "يتعين على الأقسام الوزارية المدعوة لإبرام اتفاقيات شراكة تترتب عنها مساهمات مالية عمومية تعادل أو تفوق 50.000 درهم، بهدف إنجاز مشاريع تدخل في إطار المجالات ذات الأولوية المذكورة أعلاه، أن تحدث بموجب قرار وزاري على المستويين المركزي والإقليمي، لجنة تنظر في قابلية ترشيح المشاريع وفي المساهمات المالية الواجب منحها"، منشور الوزير الأول رقم 2003/7، مرجع سابق.

⁹³ مكنت المبادرة من ترسيخ ثقافة المشاركة وتعزيز مقاربة النوع والإدماج الاقتصادي والاجتماعي للمرأة وتنشيط دينامية العمل الجماعي وتعزيز مؤهلات حاملي المشاريع وتعميق الشعور بالثقة والكرامة والإنسانية.

اليوم الواحد،⁹⁴ كما كشف البحث الوطني حول المنظمات ذات أهداف غير ربحية، الذي أنجزته المندوبية السامية للتخطيط سنة 2007 وأصدرته سنة 2011، أن أربع جمعيات من أصل عشرة، تم تأسيسها فقط منذ انطلاق المبادرة الوطنية للتنمية البشرية.⁹⁵

وفي نفس الإطار، وترسيخا للمبدأ العام للحكامة في التدبير المالي، واحتراما وضمانا لشفافية مسطرة الدعم، وتفاديا للوقوع في حالات استغلال النفوذ والامتياز، فإن دورية وزير الداخلية سالفه الذكر، أكدت على عدم مشاركة العضو في المناقشة والتصويت على المقرر، المتعلق بتوزيع المساعدات والدعم على الجمعيات، إذا كان منخرطا في إحدى الجمعيات التي ستستفيد من الدعم، مع الأخذ بعين الاعتبار، أنه في حالة عقد اتفاقية، وكان العضو منخرطا بالجمعية المستفيدة، فإن هذا العقد موجب للتعرض والبطلان، دون الإخلال بإمكانية متابعتة طبقا للمواد 67 و65 و66 من القوانين التنظيمية، المتعلقة على التوالي بالجهات والعمالات والأقاليم والجماعات.

وفي نفس السياق، تجدر الإشارة إلى أن بعض الدراسات أكدت على أن الجماعات الترابية، قد لجأت في العديد من الحالات لدعم الجمعيات المقربة منها، وقصد تجنب مراقبة المنح التي تفوق 10 آلاف درهم،⁹⁶ إلى تقسيم مبلغ المنحة أو الدعم إلى مبالغ صغيرة، وهذا الأمر عبرت عنه كذلك جمعيات عديدة،⁹⁷ وفي نطاق دراسة أنجزت حول مؤشر المجتمع المدني، صرح ثلثا الأشخاص المستجوبين بأن الشراكة تشكل خطرا على هوية الجمعية وخصوصيتها واستقلاليتها، كما أن بعض المنتخبين المرتبطين بالسلطات، يوظفون جمعيات

⁹⁴ التقرير السنوي الأول للشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنة 2015، ص: 23.

⁹⁵ المندوبية السامية للتخطيط، البحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للربح، سنة المرجع 2007، ص: 6.

⁹⁶ الفصل 32 مكرر مرتين من ظهير 1959 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات.

⁹⁷ وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، دراسة حول الجمعيات المغربية للتنمية، تشخيص، تحليل، آفاق، التقرير الثالث.

أسسوها من أجل الحصول على موارد و\أو من أجل أهداف انتخابية،⁹⁸ ما يجعلها في بعض الأحيان امتدادا للجماعات الترابية، ولتنفيذ بعض الصفقات العمومية خارج نطاق المحاسبة العمومية.

وفي نفس الإطار، وجه المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مذكرة إلى رئيس الحكومة يتحفظ فيها على مفهوم الشراكة الذي تم حدد في منشور 2003\7، أنه يركز فقط على تقديم الإعانات المالية العمومية، وهو ما يعزز منطق الشراكة القائم على الفرصة،⁹⁹ ولتحقيق مزيد من الشفافية والحكمة، في تدبير الموارد المخصصة للجمعيات من طرف الجماعات الترابية، فقد تبين أن دورية وزير الداخلية قد أغفلت تحديد الإجراءات المسطرية، التي يجب على الجماعات الترابية تتبعها لتمويل الجمعيات، على غرار ما هو معمول به في الإدارات العمومية، والذي نظمها منشور الوزير الأول وقد حددها في خمسة مراحل:

مرحلة الإعلان عن طلب مشاريع الجمعيات: أناط بالأميرين بالصرف مسؤولية السهر على ضمان نشر المعلومات المتعلقة ببرامج الشراكة وبرامج التمويل العمومي المتاحة بين صفوف الجمعيات، مع تحديد نماذج عن البطاقة التقنية للجمعية وبطاقة المشروع ونموذج اتفاقية الشراكة.

مرحلة تلقي ملفات المشاريع وعمليات الاقتناء: عن طريق إحداث اللجان انتقاء يوكل إليها اختيار المشاريع المستوفية للشروط وتحديد المبالغ المخصصة لكل مشروع تم قبوله، وذلك من خلال استهداف دقيق للمشاريع والفئات المستفيدة، وأن تندرج مجالات تدخل هذه المشاريع ضمن المجالات ذات الأولوية، وأن

⁹⁸ عز الدين أقصي، باشتراك مع محمد بوجة وسعد الفيلاي المكناسي، أبريل 2011، دراسة مؤشر المجتمع المدني في المغرب، الفضاء الجمعي.

⁹⁹ رابطة مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان:

http://cndh.ma/sites/default/files/la_liberte_associative_au_maroc_memo_fr.pdf

يتلاءم موضوع المشروع وأهدافه مع الأهداف التي تأسست من أجلها الجمعية، كما هو منصوص عليها في نظامها الأساسي.

مرحلة التعاقد: والتي تميز بين الشراكات المبرمة باتفاقية والتي تعادل أو تفوق فيها المساهمات المالية قيمة 50.000 درهم للمشروع الواحد، وبين التمويل الذي يقل عن 50.000 درهم للمشروع الواحد.

مرحلة تنفيذ أخطر المشروع: بعد إبرام الاتفاقية يتوجب توفير الوثائق الضرورية، وتقوم الإدارة بتحويل المبلغ المحدد أقصاه 50% في الشطر الأول من المشروع، كما يتعين على الجمعية تخصيص حساب بنكي، وألا تتم معاملاتها إلا بواسطة الشيك، ولا يتم صرف الشطر الثاني إلا بعد تقييم إنجاز الشطر الأول من المشروع.

تتبع الإنجاز والتقييم: من أجل تعزيز المراقبة وآليات التتبع والإشراف، تلزم الجمعية بتقديم تقرير دوري يبين التقدم المحرز في إنجاز المشروع، ويرفع هذا التقرير دوريا للجنة التتبع والتقييم، التي تجتمع على الأقل مرة واحدة كل 6 أشهر، وتتكون بالتساوي من ممثلين عن طرفي الاتفاقية، وتقترح ما تراه مناسبا بشأن إنجاز المشروع.

الفرع الثاني: ضرورة ربط الدعم المالي بالتتبع والمحاسبة

إن المحاسبة لا يجب اعتبارها وسيلة إخبار الأعضاء والأغيار والشركاء فحسب، بل عاملا من شأنه تنشيط الحياة والمراقبة الديمقراطية وسندا للتدبير التشاركي، فتنظيم الجمع العام السنوي للجمعية لا يجب أن ينظر إليه على أنه عمل متعب، بل يجب أن ينظر إليه على أنه حدث هام في الحياة الديمقراطية والتشاركية للأعضاء، وهو كذلك مناسبة لتقديم الحساب من طرف المجلس الإداري في مجال التسيير.¹⁰⁰ ويسود

¹⁰⁰ "مدخل لمحاسبة ومالية الجمعيات، دليل عملي لإرشاد الجمعيات"، ص: 37.

الاعتقاد عند البعض على أن الجمعيات غير معنية بالتقنيات المحاسبية والمالية، وذلك بالنظر إلى خصوصيات الجمعية وإلزام القانون بعدم توزيع أرباحها بين أعضائها، غير أن هذا لا يعني أنها غير معنية بالتقنيات المحاسبية والمالية، كما أن اقتراح هذه التقنيات، لا يجب أن يفهم منها على أنها دعوة موجهة للجمعيات، لكي تحيد عن تحقيق أهدافها التنموية، بل بالعكس، ستحقق أغراضها بشكل فعال، إن هي اعتمدت محاسبة مضبوطة وتقنيات تسيير مالي تشاركي.

وبالرغم من أن النصوص القانونية المنظمة لعمل الجمعيات، سمحت لكل الجمعيات التي صرح بتأسيسها بصفة قانونية، بما فيها الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة، أن تمتلك وتتصرف في مجموعة من الموارد المالية والممتلكات، كما يحق لها الاقتناء بعوض أو بدون عوض حسب الحال، إلا أنه لم يلزم الجمعيات التي لم تكتسب صفة المنفعة العامة، من مسك محاسبة تعكس صورة صادقة عن ذمتها ووضعيتها المالية، على غرار ما هو معمول به لدى الجمعيات المكتسبة لصفة المنفعة العامة،¹⁰¹ بالرغم من الموارد التي تتصرفها بها، والتي تعد الإعانات التي تقدمها الجماعات الترابية إحدى الموارد المخصصة لها.

¹⁰¹ "....يجب على الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة أن تمسك وفق الشروط المحددة بنص تنظيمي محاسبية تعكس صورة صادقة عن ذمتها ووضعيتها المالية ونتائجها وأن تحفظ القوائم التركيبية والوثائق المثبتة للتقديرات المحاسبية والدفاتر لمدة خمس سنوات....."، الفصل 9 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 (15 نوفمبر 1958)، الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، بعد تغييره وتتميمه.

" يجب على الجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة أن تمسك محاسبتها وفق الشروط المحددة بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالمالية.

في انتظار صدور القرار المذكور، يدلي رئيس الجمعية بالقوائم التركيبية للذمة المالية للجمعية وكذا بقيمة الممتلكات المنقولة أو غير المنقولة التي تملكها...."، المادة 10 المرسوم رقم 2.04.969 صادر في 28 ذي القعدة 1425 (10 يناير 2005) لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات.

من جهة أخرى، فإن قرار وزير المالية لسنة 1959¹⁰² ألزم جميع الجمعيات التي تتلقى إعانات سنوية من جماعة عمومية، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أن تقدم ميزانياتها وحساباتها إلى الوزارات التي تمنحها الإعانات المالية وكذا إلى وزارة المالية،¹⁰³ وقد أكد كذلك الفصل 32 مكرر مرتين من الظهير المتعلق بحق تأسيس الجمعيات، على أن الجمعيات التي تتلقى دوريا إعانات يتجاوز مبلغها عشرة آلاف درهم، يجب أن تقدم حساباتها للهيئات التي تمنحها الإعانات،¹⁰⁴ كما يتوجب عليها أن تمسك محاسبتها حسب نظام مزدوج،¹⁰⁵ وأن تستخرج من محاسبتها بطلب من الوزارات المعنية، "موازنات دورية تبرز حالة الحسابات، وحالات ميزانية دورية تشير إلى تنفيذ الميزانية، وكذا حالة مالية سنوية تبين مبلغ الإعانة المالية المتلقاة، وعدة وثائق أخرى"،¹⁰⁶ ويجب أن تكون جميع عمليات المصاريف والمداخيل مدعمة بوثيقة مثبتة تكون لها صبغة صحيحة وقانونية.¹⁰⁷

وتمكن مسك المحاسبة من طرف الجمعيات الشركاء العموميون، من مراقبة استعمال المنح التي تحصل عليها الجمعيات، ومطالبتها بتوفير وثائق الإثبات، وإلا فإن المصاريف غير المثبتة يمكن أن تعتبر

¹⁰² قرار لنائب رئيس الوزارة وزير المالية بشأن الجمعيات التي تتلقى سنويا بصفة مباشرة أو غير مباشرة إعانات مالية من جماعة عمومية، صادر بتاريخ 3 رمضان 1378 (13 مارس 1959) عدد 2420، ص: 851.

¹⁰³ الفصل الأول من قرار وزير المالية لسنة 1959، مرجع سابق؛ الفقرة الأولى من الفصل 32 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، مرجع سابق.

¹⁰⁴ "يتعين على الجمعيات التي تتلقى دوريا إعانات يتجاوز مبلغها 10 آلاف درهم من إحدى الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو الشركات التي تساهم الدولة أو الجماعات والمؤسسات الأتفة الذكر في رأسمالها كليا أو جزئيا، أن تقدم حساباتها للهيئات التي تمنحها الإعانات المذكورة مع مراعاة مقتضيات القانون المتعلق بمدونة المحاكم المالية".

¹⁰⁵ الفصل الخامس من قرار وزير المالية لسنة 1959، مرجع سابق.

¹⁰⁶ الفصل الأول من قرار وزير المالية لسنة 1959، مرجع سابق.

¹⁰⁷ الفصل الرابع من قرار وزير المالية لسنة 1959، مرجع سابق.

اختلاسات،¹⁰⁸ ومن المفروض أن تتجه الجمعيات نحو تشغيل محاسبين مؤهلين لمسك حساباتها،¹⁰⁹ وفق طريقة القيد المزدوج والقيام بعمليات الجرد والتسوية وإعداد القوائم التركيبية، غير أن تشغيل المحاسبين ليس في متناول جميع الجمعيات، لا سيما الجمعيات صغيرة الحجم،¹¹⁰ حيث يقتصر لديها، تسجيل العمليات التي تقوم بها في وثائق مبسطة، يمكن أن يمسكها أي عضو يحسن القراءة والكتابة.¹¹¹

أما بالنسبة للجمعيات ذات المنفعة العامة، فهي ملزمة برفع تقرير سنوي إلى الأمانة العامة للحكومة، الذي يتضمن أوجه استعمال الموارد التي حصلت عليها خلال سنة مدنية، كما يجب أن يتم المصادقة على التقرير من لدن خبير محاسب، مقيد في جدول هيئة الخبراء المحاسبين، ليشهد بصحة الحسابات المقدمة. في المقابل تجدر الإشارة، إلى غياب مخطط محاسباتي خاص بالجمعيات، رغم تهيئة مشروع سنة 2003 لسد هذا الفراغ، إلا أن صدور مرسوم لوزير المالية والاقتصاد في الموضوع لازال معلقاً، رغم التشديد إلى الحاجة الملحة لصدور هذا القانون المحاسباتي الخاص، والتي عبرت عنها المناظرتان الوطنيتان، المتعلقتان (بالحوار الوطني حول المجتمع المدني ودينامية إعلان الرباط)، اللتان انطلقتا منذ سنة 2012، إلى صياغة توصيات

¹⁰⁸ "ويعد استخدام جميع أو بعض إعانات الدولة لأغراض غير التي منحت من أجلها اختلاسا لمال عام ويعاقب عليه بهذه الصفة وفق أحكام القانون الجنائي"، الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، مرجع سابق.

¹⁰⁹ "94.7% من الجمعيات لا تتوفر على محاسبة وفق المعايير الجاري بها العمل"، النتائج الرئيسية للبحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للربح، المندوبية السامية للتخطيط، سنة المرجع 2007.

¹¹⁰ "جمعية واحدة من أصل خمسة تشتغل بميزانية سنوية لا تتعدى 5000 درهم، وجمعية واحدة من أصل ثلاثة تشتغل بميزانية سنوية تقل عن عشرة آلاف درهم..."، النتائج الرئيسية للبحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للربح، المندوبية السامية للتخطيط، سنة المرجع 2007.

¹¹¹ "توفير محاسبة مالية مبسطة للجمعيات الصغيرة والمتوسطة"، توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي عدد 46 الموجهة للسلطات المحلية.

"مسك محاسبة مالية أو محاسبة عامة بناء على حجم الجمعية، وتقديم تقارير مالية سنوية إلى الجموع العامة وإلى مختلف الشركاء، والبرهنة على الفعالية في استعمال الأموال"، توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي عدد 54 الموجهة للجمعيات.

تتعلق بالديمقراطية الداخلية والحكمة الجيدة للجمعيات،¹¹² كما أن دينامية إعلان الرباط، قد أثارت الانتباه إلى المخاطر الناجمة عن السلوك المتساهل جدا، إزاء المحاسبة المالية والتصريح الضريبي، وغيرها من القضايا المتعلقة بالمسألة المالية والمحاسبية.¹¹³

وبالنظر للمبالغ المهمة التي تقدمها الجماعات الترابية للجمعيات، فإنه من البديهي إقامة آليات للرقابة والتتبع، للتحقق من سبل صرف هذه الأموال في المجالات والأهداف المحددة لها مسبقا،¹¹⁴ كما يجب وضع آليات لمنع الجمع بين التمويلات العمومية من مصادر متعددة والتي تغطي نفس الأهداف،¹¹⁵ وفي هذا الإطار، نشير إلى قصور الجماعات الترابية في قيامها بوظيفة التتبع والمراقبة للدعم المقدم للجمعيات، وذلك لغياب أي جهة لديها مكلفة بتتبع مآل مبالغ الإعانات التي تقدمها للجمعيات.

خاتمة:

لقد عرفت الشراكة بين الجماعات الترابية والمجتمع تطورا مطردا، ظهرت بوادره الملموسة في تسعينيات القرن الماضي، حيث تأسست على الالتقائية من حيث أهداف الجمعيات الشريكة وأولويات الجماعات الترابية، وقد تبلورت مقارنة الشراكة بين القطاع العام وجمعيات المجتمع المدني، وتطورت مرتكزاتها وأهدافها ومساطرهما، مع إصدار منشور السيد الوزير الأول رقم 7\2003 الذي نظم علاقة الشراكة بين

¹¹² عبد الله ساعف، "مسارات العمل الجمعوي المغربي: تاريخ ودلالة"، 2016.

¹¹³ تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول "وضع ودينامية الحياة الجمعوية"، إحالة ذاتية رقم 28\2016، ص: 77.

¹¹⁴ "كل جمعية تقوم بنشاط غير النشاط المقرر في قوانينها الأساسية يمكن حلها طبق الإجراءات المنصوص عليها في الفصل السابع. ويعاقب مسيرو الجمعية بغرامة تتراوح 1200 و5000 درهم وذلك بصرف النظر عن العقوبات المقررة في التشريع الجنائي"، الفصل

36 من الظهير الشريف رقم 1.58.376 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، مرجع سابق.

¹¹⁵ توصيات المجلس الأعلى للحسابات الصادرة في تقريره السنوي برسم سنتي 2016 و2017، ص: 584.

الدولة والجمعيات، والذي شكل منعطفا مهما في تاريخ العلاقة بين الدولة والجمعيات في إطار الشراكة والتعاقد.

وقد شكلت السنوات القليلة الأخيرة بداية الاهتمام الجدي والمسؤول، والتي أبانت عن ذلك عدد من المؤسسات، حيث أصدرت الجهة الحكومية المكلفة بالعلاقات مع المجتمع المدني، "الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني"، ولأول مرة تقريراً سنوياً حول وضعية الشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنة 2015، حيث وقفت عند ذلك على حجم تعاطي الحكومة مع هذه الشراكة، والتي وجدت حينها صعوبات تتعلق أهمها، بعدم توفر معطيات دقيقة بشأن التمويل العمومي، وعدم التمكن من تصنيف التمويلات، بين التمويل في إطار اتفاقيات الشراكة أو أشكال تمويلات أخرى، كما أنه لم يستطع التطرق لأشكال التمويل أو الشراكة بين الجماعات الترابية والجمعيات بسبب صعوبة تجميع المعطيات.

وقد قدم التقرير السنوي للوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان برسم سنة 2017، معطيات رسمية حول الدعم المقدم من طرف الجهة وباقي الجماعات الترابية للجمعيات، لسنوات 2015 إلى 2017،¹¹⁶ كما أبانت على تنظيمها للقاءات جهوية للتحسيس بأحكام الدستور، المتعلقة بالديمقراطية التشاركية والتشاور بين الجمعيات، بخصوص تفعيل توصيات الحوار الوطني حول المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة، ولا سيما ما يتعلق باليات حكامه التمويل العمومي المقدم للجمعيات.¹¹⁷

¹¹⁶ - مجالس الجهات قدمت دعم للجمعيات خلال (سنة 2015: 7 مليون درهم)، (سنة 2016: 215375573.965 درهم)، (سنة 2017: 312113880.98 درهم).

- مجالس العمالات والأقاليم ومجالس الجماعات قدمت دعم للجمعيات خلال (سنة 2015: لم يحدد)، (سنة 2016: 7 مليون درهم)، (سنة 2017: 7 مليون درهم).

¹¹⁷ التقرير السنوي حول وضعية الشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنة 2016، ص: 7-8.

كما اهتمت عدد من المؤسسات بجمعيات المجتمع المدني، على سبيل المثال لا الحصر، مؤسسة البرلمان، التي خصصت لجنة مراقبة المالية العمومية بمجلس النواب خلال السنة التشريعية 2015\2016، لمراقبة الدعم الداخلي والخارجي الموجه للجمعيات، وأصدرت في ختام اللجنة 27 توصية، قبلتها الحكومة والتزمت بها إلا توصية واحدة، كما ساهم المجلس الوطني لحقوق الإنسان في مجال دعم الجمعيات، من خلال إصداره نهاية 2015 لمذكرة وجهها إلى رئيس الحكومة حول "حرية الجمعيات بالمغرب"، مذكرا فيها بعدد من الإكراهات المرتبطة بالتحفيز الضريبية لفائدة الجمعيات، وفي الأخير، ومن خلال مساهمة المجلس الأعلى للحسابات في مراقبة طرق صرف الدعم المقدم للجمعيات، أصدر عدد من التوصيات، نلخص أهمها في: (التعجيل باستصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفية الإدلاء بحساب استعمال الأموال العمومية التي تتلقاها الجمعيات، سن النصوص التنظيمية اللازمة للمصادقة على المخطط المحاسبي المقترح منذ 2003 والموجه أساسا لضبط محاسبة الجمعيات وفق ضوابط الدليل العام لمعايير المحاسبة).¹¹⁸

لائحة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

كتب:

حاسون أحمد، "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، دراسة سوسيوقانونية"، منشورات حوارات، مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، 2013.

¹¹⁸ التقرير السنوي حول وضعية الشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنة 2016، ص:9.

رسائل جامعية:

فواز بن علي الغامدي، رسالة دكتوراه في موضوع " دور المنظمات غير الربحية بمنطقة الرياض في تحقيق التنمية الاجتماعية المستدامة"، 2019.

محمد البكوري، "جمعيات المجتمع المدني ورهان الشراكة والحكامة الجيدة بالمغرب"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الدراسية 2013-2014.

مقالات:

الحناشي عبد اللطيف، "محنة المجتمع المدني في الفضاء المغربي وحدود مساهمته في نشر قيم الديمقراطية"، مجلة رهانات، العدد 15، 2010.

عبد اللطيف بكور وحسنة كجي، "الأليات الدستورية والقانونية للتدبير التشاركي للشأن العام المحلي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD، عدد 134-135، ماي-غشت 2017.

قوانين أو مراسيم أو اتفاقيات دولية أو دلائل

الظهير الشريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم.

الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

الظهير الشريف رقم 1.14.192 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

الظهير الشريف رقم 1.58.379 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 موافق 15 نونبر 1958، يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات، كما تم تعديله وتتميمه بالقوانين الجديدة رقم 75.00 ورقم 36.04 ورقم 07.09.

المرسوم رقم 2.04.969 صادر في 28 من ذي القعدة 1425 (10 يناير 2005) لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 موافق 15 نونبر 1958، بتنظيم حق تأسيس الجمعيات.

دورية السيد الوزير الأول رقم 2003/7 المؤرخ في 7 يونيو 2003، التي تنص على ضرورة وضع المساهمات العمومية لفائدة الجمعيات التي تساوي أو تفوق قيمتها 50 ألف درهم في إطار اتفاقية شراكة؛

منشور السيد رئيس الحكومة رقم 2014/2 المؤرخ في 5 مارس 2014، بشأن مراقبة المجلس الأعلى للحسابات الأموال العمومية.

دورية وزير الداخلية عدد D 2185 بتاريخ 5 أبريل 2018، والتي تؤطر اتفاقيات الشراكة ودعم المشاريع الجمعيات من طرف الجماعات الترابية.

قرار لنائب رئيس الوزارة وزير المالية بشأن الجمعيات التي تتلقى سنويا بصفة مباشرة أو غير مباشرة إعانات مالية من جماعة عمومية، صادر بتاريخ 3 رمضان 1378 (13 مارس 1959) عدد 2420.

دليل المؤسسات غير الهادفة للربح الذي أعدته الجامعة الأمريكية "Jhon Hopkins" تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة (ONU)، الصادر سنة 2005.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 10 دجنبر 1948.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

الحوار الوطني حول "المجتمع المدني والأدوار الدستورية الجديدة"، التي قدمت أرضيته بالمجلس الحكومي المنعقد بتاريخ 30 ذو الحجة 1433 الموافق ل 15 نونبر 2012، والذي تم الإعلان عن نتائجه خلال ندوة عقدت يومي 21 و22 مارس بالرباط، وسلمت إلى رئيس الحكومة في 2014.

تقرير حول خطة الوزارة للنهوض بالدعم العمومي لجمعيات المجتمع المدني، شتنبر 2019.

التقارير السنوية حول وضعية الشراكة بين الدولة والجمعيات برسم سنوات 2015 و2016 و2017.

تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول "وضع ودينامية الحياة الجمعوية"، إحالة ذاتية رقم 28\2016.

النتائج الرئيسية للبحث الوطني حول المؤسسات غير الهادفة للربح، المندوبية السامية للتخطيط، سنة المرجع 2007.

محمد التوزاني

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية السويسي

جامعة محمد الخامس بالرباط.

الضوابط اللغوية لصياغة عقود البنوك التشاركية

ملخص المقال:

تعد الضوابط اللغوية المتطلبية في صياغة عقود البنوك التشاركية، بمثابة الروح من الجسد؛ لكونها الأساس الذي يعتمد عليه لصياغة العقود بطريقة علمية سليمة وممنهجة، والسبيل الوحيد للتعبير عن إرادة الأطراف تعبيرا صحيحا وحقيقيا، والأداة الفعالة التي من شأنها إخراج العقد في صيغته النهائية، كما هو مأمول ومنتظر من قبل أطرافه.

ولأجل تحقيق هذه المرامي وإدراك هذه الغايات، وجب على الصائغ أن يكون ملما وجامعا لمختلف الضوابط والمبادئ اللغوية، سواء الشكلية منها أم الموضوعية، قانونا وشرعا، حتى يمكنه صياغة العقود المطلوبة منه بكيفية دقيقة وسليمة، وبشكل علمي رصين ومرن، بغية سد الباب أمام أي تأويل أو تحوير، بسبب غموض في الصياغة أو تضارب في معانها.

بيد أن الواقع العملي يظهر عقود تشاركية تحمل من التجاوزات والأخطاء ما لا يحصى، سواء من حيث تضمينها شروط والتزامات غامضة وغير مفهومة تخدم صالح البنك التشاركي دون العميل، أم من حيث اللغة المستعملة بطريقة معقدة وصعبة بحيث يستحيل فهمها واستيعابها من قبل هذا الأخير، أو حتى من خلال الأسلوب اللغوي الركيك و القابل للتأويل والتحوير بشكل يفتح معه مجالا للنزاعات والمشاكل القانونية.

الكلمات المفتاحية: الضوابط اللغوية- الصياغة- العقود التشاركية.

مقدمة:

تعد البنوك التشاركية شريان الحياة الاقتصادية ومحفز الأنشطة الاستثمارية والتنمية المختلفة، وذلك لما تقوم به من استيعاب للموارد المالية الفائضة¹¹⁹، ومن ثم توجيهها نحو الوحدات التي تعاني من العجز في تمويل عملياتها¹²⁰. وبهذا تلعب دورا هاما على مختلف الأصعدة وتؤثر تأثيرا كبيرا في جميع المجالات، لذا فهي تسعى في المحيط الذي تنشط فيه إلى تحقيق أكبر ربح ممكن من خلال التوفيق بين مواردها واستخداماتها¹²¹، مما يعني أن البنك التشاركي لا يكتفي بجمع الأموال وتلقي الودائع من المودعين، بل يعمل على منحها لعملائه، في إطار عمليات منح الائتمان، الذين تتزايد طموحاتهم وتتعدد مشاريعهم باعتبارها موردا هاما لإيرادات ومداخل البنك التشاركي لما تحققه من أرباح رغم الخطورة التي يمثلها¹²².

ومما لاشك فيه أن الحياة الاقتصادية والاجتماعية تزداد تطورا يوما بعد يوم، حيث إن العلاقات بين أفراد المجتمع تزداد تشعبا وتعقيدا¹²³، وكلما ازدادت هذه العلاقات ازدادت إمكانية اصطدام مصالح الأفراد أثناء تعاقداتهم، باعتبار العقد عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من أجل إنشاء الالتزام أو نقله أو

¹¹⁹ Ben Younes Baghdadi - " Les banques participatives : entre le critérium de la technique et les exigences de l'éthique",

Revue de recherche en droit économique et gestion, 2017, N° 4, p 52.

¹²⁰ محمد التوزاني، " الكفالة الشخصية في البنوك التشاركية بين منح الائتمان وتوفير الضمان "، مقال منشور بالمجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، سنة 2022، عدد 9، ص: 56.

¹²¹ - كريمة بركاني، " دور الضمانات البنكية في التقليل من مخاطر القروض المتعثرة "، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في علوم التسيير، تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 5.

¹²² - ليندة فرحون، " آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي "، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2014-2015، ص 2.

¹²³ - محمد التوزاني، " حماية المستهلك بين ثوابت الشريعة الإسلامية ومتغيرات القانون الوضعي "، مقال منشور بالمجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، سنة 2021، عدد 8، ص: 32.

تعديله أو إنهائه¹²⁴، مما قد يفضي إلى نزاعات في ظل بروز نوع من التفاوت في الالتزامات بين أطراف العقد¹²⁵.

ولما كان رجل القانون¹²⁶ هو المكلف بصياغة العقود وتوثيقها، فيجب عليه أن يكون ملما بفنون الصياغة و متمسما بمهارة عالية في صياغة العقود¹²⁷، و ملتزما بعدد من الضوابط و المبادئ الأصولية و الأساسية عند صياغتها، منها ما هو شكلي و منها ما هو موضوعي حتى لا تخرج عن الغرض الذي أعدت من أجله أو تقود إلى منازعات جانبية ذات الصلة بعملية الصياغة.

ومن تم يفترض في رجل القانون أن يكون على علم و دراية بقواعد اللغة التي تصاغ بها العقود، إذ لا يمكن للصياغة القانونية أن تستقيم صائبة و مقبولة دون أن تقوم على لغة قانونية صحيحة و مضبوطة و محددة، ذلك أن كثيرا من الأفكار القانونية ليس لها ما يقابلها من مرادفات خاصة بها في اللهجة الدارجة، لذا لا بد لمن يتولى الصياغة أن يعلم أن أي لفظ أو كلمة أو عبارة ترد في سياق العقد، إنما ترد و هي تحمل دلالة معينة و تعني شيئا محددًا، فلا ينبغي للصائغ أن يستسلم بسهولة لأي زعم بأن كلمة أو لفظا ما قد ورد في سياق كمظهر بلاغي أو تجميل للعبارات¹²⁸.

ومن المعلوم أن صياغة العقود لا تقف عند النواحي الشكلية، من ضبط المصطلحات و تدقيق العبارات و ملاحظة الجوانب اللغوية، و تصنيف أحكامها و ترتيبها في تناسق ووضوح، بما يكفل للعقد الدقة و حسن

¹²⁴ - عبد القادر العرعاري، "مصادر الالتزامات - نظرية العقد - الكتاب الأول"، الطبعة السادسة، مطبعة دار الأمان، الرباط، سنة 2018، ص 32.

¹²⁵ - محمد التوزاني، "المستملك في الشريعة الإسلامية، أية حماية"، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، سنة 2022، عدد 39، ص: 426.

¹²⁶ - أيا كان موقعه محامي، عدل، موثق أو أية جهة رسمية موكول لها مهمة القيام بصياغة العقود وتوثيقها.

¹²⁷ - عبد القادر الشبخلي، "قواعد البحث القانوني"، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، سنة 1999، ص 8.

¹²⁸ - عمر الخولي، "الأسس العامة لمهارات صياغة العقود- دراسة علمية تطبيقية"، دون ذكر الطبعة، دون ذكر المطبعة، سنة 2014، الصفحة 1.

الصياغة و كمال التنسيق¹²⁹؛ بل الصياغة تعني مراجعة بنود مشروع العقد، و تشمل الإجراءات التي سبقتها و جميع ما يعتبر جزءا منه، للوقوف على مدى مطابقتها لأحكام القانون و مدى تأثيرها على صحة العقد، و تطهره من المخالفات التي شابت إبرامه أو بنوده، و ذلك تحسبا للوقوع في خطأ قانوني قد يؤثر لا محالة على تنفيذ العقد، أو على مدى صحته من الناحية القانونية أو الشرعية¹³⁰، خاصة وأن العقود¹³¹ المراد صياغتها محكومة بضوابط وقواعد وأحكام شرعية¹³².

وفيما يخص التطور التاريخي لموضوع الضوابط اللغوية لصياغة العقود التشاركية، فيتبين أنه متشابك ومتداخل مع عدة مؤسسات قانونية، بحيث يتصل في أصوله بظهور عقود البنوك التشاركية في المغرب سنة 2014 من جهة، و بعلم التوثيق من جهة ثانية¹³³، خاصة في ظل الأهمية الفائقة لمرفق التوثيق الذي خصه المشرع بمكانة مميزة وحماية خاصة في النظام القانوني، كما رتب في المقابل جزاءات رادعة لكل مساس بجوهر العقود الصادرة عنه باسم الدولة، خاصة في ظل ترتيب مجموعة من المسؤوليات في حق هذه الجهات المخول لها التوثيق في حالة اخلالها بضوابط المهنة¹³⁴.

¹²⁹ - أحميدوش مدني، " الوجيز في منهجية البحث القانوني"، الطبعة الثالثة، دون ذكر المطبعة، فاس، سنة 2015، ص 6.

¹³⁰ - تحت رقابة اللجنة الشرعية للمالية التشاركية التابعة لهيئة الفتوى بالمجلس العملي الأعلى، طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، كما تم تميمه بالظهير الشريف رقم 1.15.02 بتاريخ 28 ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6333 بتاريخ 9 فبراير 2015، ص 1098.

¹³¹ - والعقود المقصودة هنا هي عقود البنوك التشاركية المنصوص عليها في قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها رقم 103.12، طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص 462.

¹³² - ضوابط تم النص عليها في المادة 54 و المادة 56 والمادة 58 وغيرها من المواد من القسم الثالث من القانون رقم 103.12 المنظم لمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

¹³³ - وذلك لأنه لأجل تمام العقود التشاركية بعد تحريرها وكمال صحتها، وترتيب آثارها قانونيا بعد صياغتها، لابد من توثيقها، ذلك أنه لا جدوى من تحرير عقود و صياغتها، إن لم يتم توثيقها في قالب نهائي وكامل.

¹³⁴ - بلحو نسيم، "المسؤولية القانونية للموثق"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص 1.

ولقد مر التوثيق بمراحل متعددة، بدءاً من الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر الأول للتوثيق العدلي، حيث به تم وضع الأسس التنظيمية الأولى للتوثيق¹³⁵، بيد أن مرحلة تقنين التوثيق بدأت مباشرة بعد دخول المستعمر الفرنسي للمغرب وفرض الحماية عليه سنة 1912، حيث تمت بداية تقنين التوثيق الإسلامي الذي كان معروفاً لدى المغاربة قبل الحماية¹³⁶، وبالتالي إصدار أول ظهير شريف المعترف بمثابة قانون بتاريخ 7 يوليوز 1914، الذي نظم وتطرق في بعض فصوله إلى تنظيم خطة التوثيق العدلي¹³⁷، ليتم بعد ذلك إصدار ظهير جديد في يونيو 1938 المعترف بمثابة القانون الأساسي للعدول، إضافة إلى القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة¹³⁸، وأخيراً إصدار القانون رقم 32.09¹³⁹ المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق¹⁴⁰.

ولا غرو في كون عملية تحرير العقود التشاركية وصياغتها وفق ضوابط لغوية لها بالغ الأهمية، سواء على المستوى النظري أو العملي، فمن الناحية النظرية فهي تعد من المواضيع الهامة التي تشغل الفكر الفقهي و التشريعي و القضائي و التي تحظى باهتمام الباحثين و الممارسين، كما أن لها أهمية عملية تتجلى في كونها توثق و تضبط المعاملات الاقتصادية و المالية بين أطراف العلاقة التعاقدية تفادياً لوقوع نزاعات مستقبلية

¹³⁵ - والذي عرف خلال هذه المرحلة قبل فرض الحماية الفرنسية على المغرب ثلاث أنظمة توثيقية، وهي نظام التوثيق القضائي المباشر، ونظام الكاتب بالعدل، إضافة إلى نظام العدلين الكاتبين الشاهدين في آن واحد.

¹³⁶ - سعاد حماني، "مسؤولية العدول في ضوء القانون المنظم لخطة العدالة والقواعد العامة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل- مكناس، 2015-2016، ص 4

¹³⁷ - ليليه صدور ظهير شريف آخر مؤرخ في 4 ماي 1925 ينظم التوثيق في شكله العصري بالمغرب.

¹³⁸ - الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

¹³⁹ - ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

¹⁴⁰ - عماد ولد الشريف، "ازدواجية التوثيق بالمغرب وإشكالياته"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرز- فاس، 2012-2013، ص 16.

فيما بينهم، وتماشيا مع ما أصبحت تستدعيه الظروف و الأوضاع الحالية من وجود نظام لتحرير العقود، قادر على مسaire الركب، و القيام بمهامه على شاكلة الدول المتقدمة.

وبالنظر لتلك الأهمية المزدوجة لموضوع الدراسة، يظهر أنه يطرح عدة مشاكل قانونية وشرعية يكفي الإشارة إلى بعضها: كيف يتم تحرير العقود التشاركية؟ وهل يتم احترام بعض الضوابط اللغوية عند تحريرها؟ وأي قالب يتم صياغتها فيه؟ وهل يتم استعمال البيانات اللازمة في ذلك؟ وإلى أي حد يتم احترام المبادئ والضوابط الشرعية عند القيام بذلك؟

وغيرها من المشاكل التي ستظهر لا محالة في تحليل الموضوع، والتي أدت إلى بروز إشكالية محورية

تهدف إلى البحث عن الضوابط اللغوية الضرورية واللازمة لأجل صياغة عقود تشاركية سليمة وصحيحة؟ وكفرضية لهذه الإشكالية، يمكن القول أنه لإخراج عقد تشاركي سليم وصحيح، يتعين على الصانغ الإلمام بفن الصياغة، واحترامه لضوابط لغوية شكلية وأخرى موضوعية، سواء على المستوى القانوني أم الشرعي، عند صياغته لعقد من عقود البنوك التشاركية.

ولأجل دراسة هذا الموضوع ومحاولة تحليله، تمت معالجته بالاعتماد على كل من المنهج الوصفي و التحليلي وكذا المقارن، بحيث يتجلى الأول بوضوح من خلال المعلومات المتضمنة في صلب الموضوع، و يظهر الثاني بجلاء في تحليل المعلومات المسطرة ومحاولة تفسيرها، أما المنهج المقارن فيجد ضالته من خلال مقارنة كافة المعلومات المتوصل إليها في العقود التشاركية المعتمد عليها في هذا الصدد، سواء فيما بينها أو بعقود أخرى أثناء دراسة الموضوع، وكذا في مقارنة ما هو كائن بما يجب أن يكون، وفق التصميم التالي:

أولا: الضوابط اللغوية الشكلية المتطلبة في صياغة العقود التشاركية

ثانيا: الضوابط اللغوية الموضوعية المتطلبة في صياغة العقود التشاركية

أولاً: الضوابط اللغوية الشكلية المطلوبة في صياغة العقود التشاركية

لأجل تحرير العقود التشاركية وصياغتها يتوجب على الصائغ احترام مجموعة من الضوابط أثناء قيامه بذلك حتى تقوم هذه الأخيرة في شكلها المطلوب، سواء فيما يتعلق بالبيانات الأساسية المطلوبة في صياغة العقود (أ) أو في ما يخص الضوابط الفنية المطلوبة في صياغة العقود التشاركية (ب).

أ : البيانات الأساسية المطلوبة في صياغة العقود التشاركية

يتألف النص في اللغة العادية بصفة عامة من عدة فقرات، كل فقرة تتكون من عدة جمل وكل جملة من عدة عبارات، أما العقد القانوني¹⁴¹ فيتكون من أقسام مختلفة كل قسم له تركيبة تختلف عن الأقسام الأخرى¹⁴²، ويمكن تلخيص أقسام العقد تبعاً لذلك على النحو التالي:

هيكلية العقد: و يكمن ذلك من خلال قيام البنوك التشاركية¹⁴³ بتقسيم العقد إلى قسمين رئيسيين، حيث يتم تخصيص القسم الأول للشروط العامة في العقد، بينما يتم تخصيص القسم الثاني للشروط الخاصة التي تختلف من عميل لآخر، والمتضمنة للضوابط الشرعية والقانونية والاحاطة بها احاطة شاملة وفهم أحكامها فهما صحيحاً¹⁴⁴.

¹⁴¹ - يجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن الكتابة القانونية تختلف عن الصياغة القانونية؛ في كون الأولى تقدم حلاً عملياً لمشكلات معينة، وتقترب البدائل المناسبة لها، بينما تحدد الثانية- أي الصياغة القانونية- العلاقات بين الأطراف وتوضح الإجراءات المتفق عليها بين المتعاقدين، وذلك باحترام كل ما ورد في متن العقد من بنود.

¹⁴² - عبد الواحد الناصر، "مفاتيح المنهجية"، دون ذكر طبعة، دون ذكر المطبعة، سنة 1999، ص 73.

¹⁴³ - لكن ما يلاحظ في هذا الإطار هو أن البنوك التشاركية تختلف فيما بينها في هيكلية العقد المبرم من طرفها، وذلك من بنك لآخر.

¹⁴⁴ - أحمد بن محمد خرطة، "صياغة العقود الرسمية والثابتة التاريخ وفق آخر التشريعات المغربية"، طبعة 2017، دون ذكر المطبعة، ص 11.

عنوان العقد: كل عقد لا بد أن يكون له عنوان، بحيث يبين هذا العنوان موضوع العقد ومحتواه كتسمية: "عقد البيع بالمربحة لتمويل اقتناء عقار"، أو "عقد البيع بالمربحة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء مركبة ذات محرك"¹⁴⁵.

وهناك عقود مسماة لها عناونها والتي أفرد لها المشرع أحكاما خاصة مثل عقد البيع والهبة والشركة، وهناك عقود غير مسماة فهي التي لم يفرد لها المشرع أحكاما خاصة وتخضع في أحكامها للنظرية العامة للالتزامات كعقد التطبيب وعقد الفندقية. أما في مجال البنوك التشاركية، فقد نص المشرع البنكي على عدة عقود تشاركية¹⁴⁶، بتسميات مختلفة حسب اختلاف موضوعها وشكلها القانوني.

تاريخ العقد: يميل رجال القانون عادة إلى كتابة التاريخ بالحروف بشكل مفصل وبطريقة تقليدية على النحو التالي: أنه في يوم كذا... الموافق ل... من شهر... سنة...، وقد يكون التاريخ مسبقا بعبارة "تحرر في يوم"، كما قد يكتب التاريخ ضمن الجملة الأولى في العقد، وفي العقود المكتوبة باللغتين العربية والفرنسية، يكتب التاريخ حسب التقويم الميلادي والهجري¹⁴⁷، وقد يكتب التاريخ¹⁴⁸ بالأرقام فقط.

أطراف العقد: تتضمن هذه الفقرة البيانات الشخصية للأطراف وتشمل بصفة رئيسية كل من الاسم، محل الإقامة، بيانات بطاقة التعريف الشخصية من رقمها ومكان وتاريخ صدورها، وفي بعض العقود- لاسيما التي

¹⁴⁵ - وللإشارة فالبنوك التشاركية لازالت تعتمد على عقود المربحات فقط سواء في المنقولات أم في العقارات، بغض النظر عن بعض عقود المشاركة القليلة.

¹⁴⁶ - راجع المواد من 54 إلى 59 من القسم الثالث من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

¹⁴⁷ - يلاحظ في العقود المبرمة من قبل البنوك التشاركية، خلوها من التاريخ الهجري، واكتفائها بالتاريخ الميلادي فقط، والحال أنها عقود شرعية أو على الأقل مطابقة لروح الشريعة الإسلامية، لذا يستحسن تضمين هذه العقود التاريخ الهجري كذلك تماشيا مع الصياغة المستعملة في العقود لدى الأبنك الإسلامية في باقي دول العالم.

¹⁴⁸ - والتاريخ يعتبر بيان من البيانات ذات الأهمية البالغة في كافة العقود عامة، وفي العقود التشاركية على وجه الخصوص، لكون أغلب العقود التشاركية تقوم على مبدأ المداينات والمشاركات الأجلة، وبالتالي يجب على الصانغ الدقة ثم الدقة عند كتابة التواريخ، حتى لا تضيق الحقوق وتتلاشى الالتزامات.

تكتب باللغة العربية- تكتب بيانات إضافية مثل الجنسية، المهنة، السن... إلخ، كما يجب الفصل عند كتابة البيانات الخاصة بأطراف العقد فيما بين معلوماتهم والتزام التوضيح والدقة في ذلك¹⁴⁹، حتى لا يتم التداخل بين الطرفين- البنك والعميل- سواء في الالتزامات الملقاة على عاتقهم، أم في الحقوق الممنوحة لهم، وبالتالي تفادي كل نزاع قد يحصل، وذلك على النحو التالي¹⁵⁰:

" أمام الأستاذة.....، موثقة بمكناس، الممضية أسفله.....
حضر..... البنك..... شركة مجهولة الإسم
..... رأسمالها..... مقرها الاجتماعي ب..... المقيدة بالسجل التجاري عدد..... والمثلة من أجل
إبرام هذا العقد في شخص السيد..... بصفتها مؤسسة ائتمان، وبموجب الصلاحيات المخولة لهما لهذا
الغرض. رقم التعريف الضريبي.....
----- وتسمى فيما يلي ب" البنك " من جهة أولى----- .

والسيد..... مهنته..... مغربي الجنسية، الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم..... الصالحة إلى غاية
..... الساكن ب..... والمزاد بتاريخ..... ب..... والمتزوج من السيدة
..... ويسى فيما يلي ب" المشتري " من جهة ثانية....."

الجهات المخول لها صياغة العقود التشاركية: يتعين على هذه الجهات الالتزام بإسداء النصح والإرشاد للعميل، وإن لم يكن التزاما قانونيا فهو التزاما أخلاقيا وأدبيا¹⁵¹، غير أنه يلاحظ في الواقع العملي قيام

149 - ولعله ما يتم استعماله في العقود التشاركية، حيث يتم الفصل التام بين معلومات كل من البنك التشاركي بصفته بائع أو رب المال أو مشارك- حسب نوع العقد - من جهة، والعميل بصفته مشتري أو مضارب من جهة أخرى.

150 - عقد مراوحة للأمر بالشراء لاقتناء عقار، والمبرم بين النافذة التشاركية " دار الأمان " وأحد عملائها،

151 - محمد الربيعي، " التزام الموثق بإرشاد الزبون ونصحه"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، سنة 2007، عدد 32، ص 87.

البنوك التشاركية¹⁵² بصياغة عقودها التشاركية بشكل مسبق في عقود نموذجية، لا تترك للعملاء المتعاملين معها حق المناقشة والتفاوض في شأن بنود العقد¹⁵³، مما يحتم عليهم فقط الإضفاء على العقد والقبول ببوده كما سطرها البنك، ولعل ذلك ما يجعل هذه العقود متضمنة للعديد من الشروط التعسفية¹⁵⁴، بل والمجحفة في حق العميل¹⁵⁵، مما ينم عن سيطرة هذه البنوك وتفوقها على العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية¹⁵⁶.

مضمون العقد: توضح هذه الفقرة غرض الأطراف من الدخول في هذا العقد¹⁵⁷ وسبب الدخول فيه¹⁵⁸، ويأخذ هذا الجزء من العقد عادة تركيبية جملة واحدة ممتدة عبر عدة فقرات، كل منها يبدأ شكلا خطيا متميزا وينبغي إعطاء كلمة "حيث إن" لأنها تميز جزءا مستقلا من أجزاء العقد. فبعد الانتهاء من صياغة عناصر مقدمة العقد، يتم الانتقال إلى الشروط المتطلبة في مضمونه، سواء العامة منها أم الخاصة، حيث يجب الإشارة إلى ذلك بعبارة واضحة ومفهومة على النحو التالي:

..... الشروط العامة

¹⁵² - يمكن القول في هذه النقطة، أنه يتعين تدخل المشرع المغربي وتعيين جهة مستقلة ومحايدة عن الأطراف، تناط بها مهمة صياغة العقود التشاركية بين طرفيها، بشكل عادل ومنصف خاصة للعميل المدعن.

¹⁵³ - محمد التوزاني، "المستهلك في الشريعة الإسلامية، أية حماية"، م س، ص: 426.

¹⁵⁴ - يلاحظ على بعض العقود التشاركية تظمينها لعدة شروط تعسفية في حق العميل المدين خاصة، مما يجعله عرضة لبعض الشروط التعسفية حسب المادة 15 و المادة 18 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والصادر بشأنه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

¹⁵⁵ - محمد التوزاني، "آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القروض العقارية"، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، سنة 2021، العدد 36، ص: 394.

¹⁵⁶ - منير المهدي، "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص- تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول-وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص 76-77.

¹⁵⁷ - ويقصد به موضوع العقد وفحواه.

¹⁵⁸ - أي المقابل الذي سيحصل عليه كل طرف من خلال العقد.

وهو الشيء المتواجد في العقد الخاص " بأمنية بنك"، في حين لا يوجد في العقود الخاصة ب " دار الأمان " و " بنك اليسر".

بنود العقد¹⁵⁹: تنقسم بنود العقد لاسيما في العقود الكبيرة إلى أبواب أو أجزاء ترقيم بأرقام متسلسلة، وتنقسم كل مادة إلى فقرات، وتنقسم أبواب العقد إلى مواد، وهو ما يتم استعماله في العقود التشاركية حيث تكتفي بالمواد فقط، وفي كثير من الأحيان تأخذ المواد شكل أرقام متسلسلة فقط، ولكل بند فرعي عنوان جانبي، ولكل مادة عنوان فرعي ويأخذ كل باب عنوان رئيسي .

توقيعات الأطراف: من حيث المبدأ فإن من وقع على عقد يفترض أنه قبل بمضمونه، فالتوقيع يعتبر قرينة على معرفة الموقع لمحتوى العقد والقبول به، غير ان المادة 40 من قانون رقم¹⁶⁰ 32.09 أُلزمت الموثق بأن يشير في العقد إلى قراءة الأطراف له أو إلى أنهم اطلعوا على مضمونه، لأنه تم تقديمه لهم قصد التوقيع، وهو إجراء ذا أهمية بالغة لأنه يعتبر تعبيراً مادياً للأطراف عن قبولهم بمضمون العقد.

ويسبق توقيعات الأطراف عادة عبارة ختامية تكتب على النحو التالي: "وبما ذكر تحرر هذا العقد في اليوم والسنة المذكورتين في صدوره وأمضاه الطرفان وبصماه بخاتميهما"، أو بصيغة: "وبعد تلاوة العقد قام الأطراف بتوقيعه مع الموثقة"¹⁶¹، وقد تكتب بصيغة مختصرة على النحو التالي: "وقع وختم وسلم أو وقع وصدق عليه من الشهود، أو التوقيعات"¹⁶²، الطرفان: الطرف الأول مثلا البنك: التوقيع – الاسم – المقر والطرف الثاني العميل: الإسم – رقم البطاقة الوطنية

¹⁵⁹ - تجب الإشارة إلى أن عقود بيع المرابحة في مصرف قطر الإسلامي تستعمل البنود في محتوى العقد عوض المواد .

¹⁶⁰ - ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

¹⁶¹ - تم اعتماد ذلك في عقد لمؤسسة دار الأمان وآخر لمؤسسة الأخضر بنك المتعلق ببيع المرابحة لتمويل اقتناء عقار.

¹⁶² - تم تضمين ذلك في العقد المتعلق ببيع المرابحة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء مركبة ذات محرك من قبل مؤسسة أمنية بنك.

وقد تأتي خاتمة العقد على الشكل التالي:

" حرر وأنجز بعون الله وتوفيقه هذا العقد بمدينة----- بدوان الأستاذ-----
--- في يوم الإثنين التاسع من صفر لسنة 1441 هجرية (9 صفر 1441) والموافق للسادس نونبر من سنة
ألفين وتسعة عشر (6 نونبر 2019)-----
----- وبعد ما قام الموثق بتلاوة مضامين العقد على مسامع الأطراف، والذين قرؤوه و فهموه
ووقعوه----- من طرف السيد على الساعة بتاريخ-----

وحرر هذا العقد في ثمان (8) صفحات دون كلمات ملغاة أو أرقام ملغاة أو حيز فارغ من الكتابة-----"
تنظيم العقد: يُنظر للعقد عادة بوصفه بناء معماريا، وينظر للصائغ باعتباره المهندس المعماري، حيث ينبغي
على الصائغ أن يخطط لأجزاء العقد وهو يضع في اعتباره ثلاثة أمور تنظيمية أساسية؛ بدءا بالتقسيم¹⁶³
والترفيف والتبويب الأساسي للعقد، حيث غالبا ما يتم تقسيمه إلى شقين فقط، ثم بعد ذلك يجب القيام
بعملية فرز وتصنيف¹⁶⁴ الأفكار في تسلسل¹⁶⁵ تام حتى يسهل استيعابها وفهمها.

¹⁶³ - ويقصد بالتقسيم عملية تجميع كل الوعود والأفكار في مجموعات؛ كل منها يمثل جزءا خاصا. وبينما يفضل بعض الصائغين الانتقال من المجرد أو العام إلى الملموس أو الخاص، يفضل آخرون عكس ذلك، وللتأكد من أن التقسيم سليم من الناحية الفنية، يجب أن يلبي المعايير التالية: " أن يكون كل قسم (عنوان جانبي) قاصرا على نفسه بحيث لا ينطبق على أي قسم آخر؛ وأن تكون الأقسام، إذا ما تم جمعها معا، تساوي الكل؛ وأن يسود مبدأ واحد بشكل ثابت كل الأقسام".

¹⁶⁴ - ويقصد بالتصنيف عملية تحديد المادة التي تدخل تحت عنوان معين، ويجب أن يعتمد ذلك التحديد بشكل رئيسي على المكان الذي يتوقع المستخدم أن يجد فيه حكما معيناً، ويتمثل المبدأ الرئيسي للتصنيف في ضرورة وضع الأحكام المتصلة ببعضها البعض معا، بمعنى وضع كل الاستثناءات التي تقيّد قاعدة عامة معينة بحيث تأتي مباشرة بعد القاعدة التي تقيدها، بدلا من تجميع كل الاستثناءات بعد كل القواعد العامة؛ ووضع كل التعريفات في السياق الذي تستخدم فيه بدلا من تجميعها كلها في بداية العقد إلا إذا كانت الكلمات المعرّفة تظهر في كل العقد.

¹⁶⁵ - يعني التتابع وتنظيم الأحكام بحيث يكون من السهل العثور عليها، وذلك وفق بعض المبادئ التي تحكم التسلسل، من قبيل وضع الأحداث حسب الترتيب الزمني المتوقع لحدوثها (مثلا ، لا يجب وضع أحكام فسخ العقد في أول العقد)، وكذا وضع الأحداث

هذا عن البيانات الأساسية المتطلبة عند صياغة العقود التشاركية، فماذا عن الضوابط

الفنية المتطلبة في ذلك ؟

ب: الضوابط الفنية لصياغة العقود التشاركية

حتى يقوم العقد بالدور المنوط به وجب احترام مجموعة من المعايير والضوابط والمتطلبات الفنية أثناء

تحريره من قبيل:

احترام الشكل أو القالب المطلوب: أي أن تكون العقود محررة بشكل مضبوط ودقيق وفق ما حدده القانون

وما أجازته الشريعة الإسلامية. فالعقود التشاركية، يشترط صياغتها وفق قالب شكلي وفني، يتوافق ويتماهى

مع طبيعة العقد المزمع إبرامه وموضوعه من جهة، ويطابق القانون والشريعة الإسلامية من جهة ثانية، فلا

يمكن صياغة عقد تشاركي معين، من قبل بنك تشاركي، دون احترام الضوابط الفنية المطلوبة، حيث يتم

تقسيم العقد إلى قسمين في جميع البنوك التشاركية- رغم الاختلافات البسيطة- بوضوح تام، تحت جزاء

عدم إضفاء الرأي بالمطابقة عليه من قبل اللجنة الشرعية للمالية التشاركية.

العادية والمتوقعة قبل الأحداث غير العادية التي تأمل عدم حدوثها، مع ضرورة وضع الأحكام الأهم أولاً ثم يليها الأحكام المهمة، ثم الأحكام الأقل أهمية، ولما لا يتم وضع الأحكام التي لصالح الطرف الآخر قبل الأحكام التي لصالح الطرف الذي يعمل لحسابه الصائغ، لأن ذلك من شأنه أن يقلل من معارضة الطرف الآخر في حالة تردده، إضافة إلى وضع الأحكام التي تتوقع الإحالة إليها بشكل متكرر قبل غيرها، أو بالأحرى وضع القواعد العامة قبل الاستثناءات.

الأسلوب اللغوي السليم: إذ يجب أن تكون اللغة المحرر بها العقد سليمة من كل العيوب وخالية من كل الشوائب والأخطاء¹⁶⁶، التي قد تثير اللبس والغموض أو تذهب معها المعنى، أو تفتح الباب على مصراعيه للتضارب في التأويل والتفسير¹⁶⁷.

احترام تسلسل المعطيات: وذلك بترتيب المعطيات المكونة للعقد في قالب متسلسل ومقبول، أي أن المعلومات يجب أن تدرج حسب أهميتها في تحديد مضمون العقد، مع الحرص على تفادي إدراج أفكار متناقضة أو متضاربة في عقد واحد¹⁶⁸، فيشترط في صياغة كل عقد تشاركي توفره على مقدمة بكافة عناصرها، و مضمون ينم عن الهدف والمغزى من العقد، بالإضافة إلى خاتمة توحى إلى نهاية العقد وختمه. الإيجاز المقرون بالفعالية: أي أن يكون العقد موجزا ما أمكن، بحيث عليه تضمين القدر الكافي من المعلومات التي يتسنى معها استيعاب فحوى العقد، مع تحاشي تكرار سرد بعض التفاصيل التي لا فائدة في ذكرها في متن هذا الأخير. وهو ما لا يتم احترامه في أغلب العقود التشاركية، بحيث يتم تكرار العديد من المعلومات غير الضرورية كالبند الخاص بالإلتزام بحماية المعطيات الشخصية¹⁶⁹.

¹⁶⁶ - لكن وللأسف، تحتوي العقود التشاركية، خاصة عقد " بيع المرابحة لتمويل اقتناء عقار لدار الأمان المدرج في الملحق"، على العديد من الأخطاء اللغوية المؤثرة، كاستعمال " انجر" عوض " أنجز"، و استعمال تاريخ التسجيل بصيغة 06/15 فقط، بدل 2019/06/15، إضافة استعمال عبارة، " وإذا لم يتم بتسوية (أي المشتري) وضعيتها تجاه البنك داخل الأجل المذكور"، والأسلم والأصح هي عبارة " وضعيته اتجاه البنك ..."، والأخطاء اللغوية كثيرة ومتنوعة في هذا الصدد.

¹⁶⁷ - سليمان بن عبد العزيز العيوني، " الضوابط اللغوية للصياغة القانونية"، مقال بمجلة العلوم القانونية، سنة 2012، العدد التاسع، ص 8.

- احمد خرطة، " صياغة العقود الرسمية والعرفية وفق القوانين المغربية"، الطبعة الأولى، د مط، سنة 2008، الصفحة 5¹⁶⁸ - والتي تم التنصيص عليها في وثيقة الشروط العامة وتم تكرارها في وثيقة الشروط الخاصة في عقد مرابحة خاص بمؤسسة " دار الأمان" و " بنك اليسر"، مما يولد نوع من الحشو و التكرار في مضمون العقد، وبالتالي لا داعي لذكرها مرتين. وهذا ما قامت به مؤسسة " أمنية بنك" التي اكتفت بالتنصيص عليه فقط ضمن وثيقة الشروط العامة.

الالتزام بالقواعد والضوابط اللغوية: إذ يقع على محرر العقد الالتزام بالضوابط والقواعد المحددة في حالة الغلط أو السهو أو النسيان، فمثلا إذا اقتضت الضرورة إضافة أو حذف، فإنه في آخر العقد يشير إلى ذلك مع تبيان أين تبدأ الإضافة وأين تنتهي.¹⁷⁰

كما تجب الإشارة إلى عدد صفحات العقد، وملء الفراغات بعدد من العوارض على الشكل التالي(.....)، وذلك كما يلي: "----- وحرر هذا العقد في ثمان (8) صفحات دون كلمات ملغاة أو أرقام ملغاة أو حيز فارغ من الكتابة-----"، وهو ما تم احترامه من قبل مؤسسة دار الأمان كما وضع سلفا.

وإذا كان هذا عن الضوابط اللغوية الشكلية المتطلبة عند صياغة العقود التشاركية، فماذا عن الضوابط اللغوية الموضوعية المتطلبة في صياغة ذات العقود التشاركية ؟

ثانيا: الضوابط اللغوية الموضوعية المتطلبة في صياغة العقود التشاركية

يعد العقد اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد فيه كل منهم بأشياء أو وعود متبادلة وفق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث نجد العقد المكتوب هو المرجع الذي يعول عليه الأطراف لتفسير كل ما يصعب فهمه من واجبات والتزامات وحقوق، فهو دليل الإثبات الأول إذا حدثت نزاعات حول تفسيره أو تنفيذه، ولكي يكون هذا العقد منتج لأثاره الصحيحة لا بد له من ضوابط لفظية لصياغته (أ) إضافة إلى ضرورة توفره على أركان لأجل قيامه صحيحا (ب).

¹⁷⁰ - أحمد خرطة، " صياغة العقود الرسمية والعرفية وفق القوانين المغربية "، م س، ص:6.

أ: الضوابط اللفظية لصياغة العقود التشاركية

الصياغة هي التعبير عما يريده الأطراف بطريقة تنقل المعنى المراد بشكل مكتمل ودقيق مما يقيم تواصلاً بحيث لا تظهر النزاعات بينهم، وتنعدم الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل لتسويتها¹⁷¹، ومن ثم تختلف صياغة كل وثيقة قانونية من حيث الشكل عن غيرها من الوثائق، دون أن يتغير الأسلوب اللغوي الذي تصاغ به كل الوثائق القانونية¹⁷²، حيث يستخدم كل صائغي الوثائق القانونية تلك الخصائص والتراكيب اللغوية، وبالتالي فأهم سمة في اللغة القانونية المستخدمة لكتابة العقود أنها تستخدم عبارات ملزمة بحسب الحال¹⁷³، وتستعمل اختصاراً للأسماء والمسميات¹⁷⁴.

وهكذا يقع على عاتق صائغ الوثيقة القانونية¹⁷⁵ مهام رئيسية تتمثل فيما يلي:

- استعمال علامات الترقيم: علامات الترقيم يتوقف الفهم عليها أحياناً، وهي دائماً تعين مواقع الفصل، وتنبه على المواضع التي ينبغي فيها تغيير النبرات الصوتية، وتسهيل الفهم والإدراك عند سماع الكلام ملفوظاً، أو قراءته مكتوباً¹⁷⁶.

¹⁷¹ - سواء تعلق الأمر بالجهاز القضاء الرسمي أم بالوسائل البديلة والمساعدة لفض النزاعات وحلها.

¹⁷² - ومن المعروف أن لكل علم مصطلحاته وتعريفه وهناك لغة مشتركة بين أبناء التخصص الواحد يفهمونها فيما بينهم دون غيرهم، فمثلاً المحاسب يستخدم لغة الأصول والخصوم والمقاصة والحساب الختامي، ورجال القانون يستخدمون لغة إعادة تصحيح شكل الدعوى والعود والتدابير الاحتياطية، ومن ثم فإن من أهم المهام التي يجب أن يتسلح بها صائغ الوثيقة القانونية الإلمام التام والكامل والمعرفة الجيدة والعميقة بالمصطلح القانوني.

¹⁷³ - فنجد عبارة العقود تدور حول (الترزم) أو (اتفق) أو (أقر) أو (تراضى) وهي درجات في الالتزام والأداء بحسب الحال.

¹⁷⁴ - فيكتفي بذكر الطرف دون تكرار ذكر الأسماء، وبمحل العقد أو موضوع العقد بدلاً عن تسمية المتعاقد عليه، كما هو معمول به في جميع عقود البنوك التشاركية.

¹⁷⁵ - لعل أول ما يقوم به المكلف بالصياغة هو التعرف على رغبة العميل تمهيداً للتفكير في أنسب الحلول المحققة لهذه الرغبة.

¹⁷⁶ - عمر التراكوي، محمد خير العكام، "المنهجية القانونية"، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية 2008، مقال منشور على الموقع <https://pedia.svuonline.org/> ، الصفحة 103.

ومن بين علامات الترقيم¹⁷⁷ التي يجب مراعاتها عند تحرير العقد نجد :

* النقطة المفردة (.) وتوضع في نهاية الجملة تامة المعنى، المستوفية كل مكملاتها اللفظية. وكذلك توضع

عند انتهاء الكلام وانقضائه مثل (الأيام دول. من حاول قهر الحق قهر).

* النقطتان الرأسيتان (:): وتوضعان في المواضيع التالية:

- بين الشيء وأقسامه وأنواعه مثل: (يتألف الجسم من الأجزاء التالية: الرأس، العنق،...) ومثل اثنان لا يشبعان: طالب علم، وطالب مال).

- بين العناوين الفرعية التي توضع في أول السطر ويبدأ الحديث عنها في السطور التالية.

- بين لفظ القول وبين الكلام المنقول مثل: ألقاه في اليم مكتوفا وقال له:

- قبل الأمثلة التي توضح قاعدة كما ظهر بعد كلمة "مثل" في الأمثلة الواردة هنا.

* النقاط الأفقية (.....) وتستخدم عند الحذف من كلام مقتبس حرفيا وبما لا يتجاوز السطر، فتوضع ثلاث

نقاط هكذا (...) وعند الحذف من كلام مقتبس حرفيا وبما يتجاوز السطر، يوضع سطر كامل من النقط

الأفقية هكذا (.....).

* استخدام الفاصلة¹⁷⁸: يلاحظ أن المدرسة اللاتينية في الصياغة حالها حال اللغة العربية تحرص على

استخدام الفواصل بين الجمل، في حين أنه من الممكن أن تجري صياغة نصف صفحة أو صفحة كاملة

¹⁷⁷ - تعتبر علامات الترقيم ضرورية في الكتابة الفنية في العصر الحديث، ومثل علامات الترقيم، قواعد الإملاء، فيجب على صانع العقد أن يعرف هذه القواعد، ومن المعيب أن يوجد في العقد خطأ إملائي، كما تجدر الإشارة إلى أن الكتابة باللغة العربية تحتاج إلى أمر آخر لا يقل أهمية عن علامات الترقيم، وهو الشكل، فكثير من الكلمات العربية تحتاج إلى الشكل لإزالة اللبس والغموض عنها، وتيسير القراءة.

¹⁷⁸ - عمر التركاوي، محمد خير العكام، "المنهجية القانونية"، م س، الصفحة 103.

بدون فواصل، إذا ما قام بالصياغة رجل قانون يعمل تحت مظلة القانون العام، حيث يمكن أن يتغير معناها بحسب تغير موضع الفواصل¹⁷⁹، وذلك على النحو التالي:

- بعد لفظ المنادى مثل: (يا أحمد، افتح النافذة).

- بين الجملتين المرتبطتين في المعنى و الإعراب مثل: (خير الكلام ما قل ودل، ولم يطل فيملم).

- بين الشرط والجزاء وبين القسم والجواب إذا طالت جملة الشرط أو القسم مثل: إذا كنت في مصر ولم تك ساكنا- على نيلها الجاري، فما أنت في مصر.

- بين المفردات المعطوفة إذا تعلق بها ما يطيل المسافة بينها فيجعلها شبيهة بالجملة في طولها مثل: (ما خاب تاجر صادق، ولا تلميذ عمل بنصائح معلميه، ولا صانع مجيد لصنعته).

* الفاصلة المنقوطة (؛) و تستخدم للفصل بين الجملتين الثانية تعد سببا للأولى مثل: (محمد من خير الطلاب في صفه؛ لأنه حسن الصلة بأساتذته وزملائه، ويستذكر دروسه بجد واجتهاد).

* علامة الاستفهام (?) وتوضع بعد الجملة الاستفهامية مثل: (كم تبلغ من العمر؟).

* علامة التعجب (!) و توضع في نهاية الجملة التي فيها انفعالات كالدهشة، والتعجب، الحزن، الأسف، الفرح...مثل (يا للهول! و اأسفاه!).

* الشرطة الأفقية (-) ولها عدة مواضع¹⁸⁰ :

- بين رقمين للدلالة على أنهما يشملان ما بينهما.

¹⁷⁹ - طالب حسن موسى ، " صياغة عقود التجارة الدولية"، منشور عبر الموقع الإلكتروني www.osamabahar.com ، الصفحة

¹⁸⁰ - عمر التركاوي، محمد خير العكام، "المنهجية القانونية"، م س، ص: 106.

- بين العدد والمعدود إذا كان في أول السطر.

- في أول السطر عند المحاوره بين اثنين إذا استغنى الكاتب عن تكرار اسميهما.

* الشرطة المائلة (/) وتوضع قبل الأسماء وبعد الألقاب مثل: (د/ محمد العروصي).

* الشرطتان الأفقيتان (- -) و توضع بين الجمل الاعتراضية مثل: (إن بحث الماستر- خصوصا في الدراسات

النظرية - يكون بحثا تخصصيا معمقا) .

* علامة التتابع (=) وتوضع في نهاية الصفحة إشارة إلى أن هناك باق في الصفحة التالية، كما تستخدم في

الهوامش .

تجنب استعمال صيغة المبني للمجهول: يجب أن يكون الفعل القانوني في صيغة المضارع والمبني للمعلوم¹⁸¹،

وبصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد المتعاقد الذي يقع عليه عبئ تنفيذ الالتزام محل الصياغة¹⁸² .

استعمال الكلمات المناسبة: وتتطلب الصياغة من القائم بها، أن يضع في اعتباره، المعاني المختلفة للكلمات

عندما يستعملها عند أداء مهنته¹⁸³، فالبطلان والانعدام والانفساخ والفسخ فهذه كلمات كلها تشير إلى

زوال التصرف القانوني، ولكن كل كلمة منها تحقق آثارا تختلف في معناها عن الكلمة الأخرى¹⁸⁴.

- تجنب استعمال الكلمات ذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة، وإذا تطلب الأمر استعمال عبارات متداولة

ومعروفة للطرفين لكنها غير مألوفة في التعامل، فيجب إيضاها. فأما من الناحية الفنية، فيجب التأكد

¹⁸¹ - سليمان بن عبد العزيز العيوني، " الضوابط اللغوية للصياغة القانونية "، م. س، ص 10.

¹⁸² - طالب حسن موسى، " صياغة عقود التجارة الدولية"، م س، ص: 6.

¹⁸³ - قياسا للمحاسب فأدواته هي الأرقام والكيماوي يستعمل الرموز، أما بالنسبة لرجل القانون فهي الكلمات والجمل وعلامات فصل الكلام.

¹⁸⁴ - أحمد الزقرد، " نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد "، مجلة الحقوق الكويتية، 2001، العدد3، ص: 197.

من أن المصطلح الفني يعطي نفس المعنى عند كل من الطرفين، فإذا تعدد المعنى وجب بيان المعنى المتفق عليه بوضوح¹⁸⁵، لذلك يجب على القائم بالصياغة أن يكون على دراية تامة بمعنى كل كلمة يستخدمها لتؤدي الغرض المطلوب بأعلى درجة من الدقة¹⁸⁶.

تجنب استعمال العبارات المطاطية: كما لو نص العقد على "التأمين ضد الأخطار المألوفة" أو عبارة "التي يتم التأمين عليها عادة أو الأخطار التقليدية"، إذ يمكن للبنوك- بالنسبة للاعتماد المستندي مثلا- أن تقبل أي وثيقة للتأمين دون أن تتحمل المسؤولية، وعموما يمكن القول في حالة عدم وجود مثل هذه النصوص القانونية الخاصة فإن ورود أي كلمة في العقد لأبد أنها تعطي معنى معيناً بالنسبة لرجل القانون، وليس من السهل أن تسلم بأن الكلمة وردت في العقد، إعمالاً لمتطلبات البلاغة أو جمال الكلام¹⁸⁷.

لغة العقد: لقد جرى العمل في الدول العربية على كتابة العقد باللغة العربية بحجة إنها اللغة الرسمية للبلد، وهذا مظهر من مظاهر السيادة، وإن مثل هذا لا يلائم الشركات الأجنبية لذا تحاول تحرير العقد بلغة ثانية كالفرنسية، وتقوم المشكلة عند تحرير نفس العقد باللغتين معا، ومن أجل تلافي المشاكل في التفسير في هذه الحالة، يفضل ألا يغفل عن تعيين اللغة المعتمدة¹⁸⁸، وإذا ما اعتبر اللغتين المعتمدين، فيفضل أن يتم التدقيق في اختيار الألفاظ والمصطلحات المتقابلة حيث تلعب لغة العقد دورا أساسيا بالنسبة للقائم بحل النزاع بين المتعاقدين¹⁸⁹.

¹⁸⁵ - وقد يكون من المستحسن أن يحرر القائم بالصياغة قائمة بهذه المصطلحات يلحقها بالعقد، أو أن يخصص لها بندا في مطلقه.

¹⁸⁶ - أحمد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، م س، ص: 198.

¹⁸⁷ - طالب حسن موسى، "صياغة عقود التجارة الدولية"، م س، ص: 7.

¹⁸⁸ - في هذا الإطار، فقد نصت المادة الأخيرة رقم 206 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوبا بترجمة إلى العربية، وهو ما يتم تجاوزه في بعض عقود البنوك التشاركية.

¹⁸⁹ - نايف بن محمد، "الوجيز في صياغة العقود"، منشور بالموقع الإلكتروني www.law-arab.com تم الاطلاع عليه بتاريخ

2019/10/13 الساعة 21.00، ص: 32.

- ضرورة الدقة والوضوح: أهم ما يجب أن يتصف به صائغ الوثيقة القانونية هي الدقة والوضوح¹⁹⁰، لأن صياغة عقد بطريقة تحتمل تفسيرات كثيرة ومتباينة يقود صاحب المصلحة إلى سلوك طريق المحاكم، خاصة أن الكلمة في الوثيقة القانونية تكتسب معنى محدداً مرتبطاً بالسياق الذي ترد فيه، ومن ثم فالغالب تفسير المصطلحات التي قد تبدو غريبة في صدر العقد يكون بالصاق في بداية الوثيقة القانونية مادة تعريف¹⁹¹، والهدف من وضع هذه المادة هي التعريف والتفسير لما جاء من الكلمات والمصطلحات والتي قد يُلتبس الأمر في فهمهما¹⁹².

وتتسم اللغة القانونية المستخدمة في تحرير العقود بأنها لغة مباشرة تبعد كل البعد عن المحسنات البديعية والأساليب البلاغية، حيث يؤدي استخدام مثل هذه الأساليب إلى إضعاف النص بل وهدم كيانه، فمثل هذه الأساليب من المحرمات في اللغة القانونية التي ينبغي تجنبها وتلافيمها عموماً¹⁹³.

ب: الأركان المتطلبة عند صياغة العقود

كما هو معلوم أن للعقد أركان عامة يبنى ويقوم عليها، من رضا¹⁹⁴ وأهلية ومحل وسبب، ولعل ذلك ما يؤكد مضمون الفصل 2 من ق.ل.ع، مما يمكن بسط ذلك على النحو التالي :

¹⁹⁰ - سليمان بن عبد العزيز لعيوني، " الضوابط اللغوية لصياغة اللغوية"، قسم النحو والصرف وفقه اللغة- كلية اللغة العربية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، دون ذكر الطبعة والمطبعة و السنة، ص: 220.

¹⁹¹ - Définition.

¹⁹² - محمد حسين منصور، " العقود الدولية"، دون ذكر الطبعة والمطبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون ذكر السنة، الصفحة 47.

¹⁹³ - فلا يجوز مثلاً قول: " يتم التسليم بعد توقيع العقد بين العميل وبنكه التشاركي"، وإنما فوراً أو على إثر توقيع العقد؛ لأن كلمة " بعد" غير دالة أو محددة للزمان وفيها تراخي زمني.

¹⁹⁴ - حيث يمثل التراضي توافق إرادتين، لأن إرادة واحدة لا تكفي لوجود الرضى وإنما يجب وجود إرادتين وتوافقهما، ويجب أن تكون خالية من العيوب (الغلط التدليس، الإكراه، الغبن)، فإذا أصبح العقد مستجمعاً لكل أركانه صار عقداً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره.

تراضي الأطراف : يجب أن يشتمل العقد التشاركي على جميع البيانات، الخاصة بأسماء المتعاقدين، وجنسياتهم، وأرقام هوياتهم، وتاريخ صدورهما، وعناوينهم تفصيلاً¹⁹⁵، ولعل ذلك ما تم التعبير عنه في عقد البيع بالمزاد للأمر بالشراء لتمويل اقتناء مركبة ذات محرك، في المادة الثانية منه، بتصريح البنك بتنازله التام والصريح بنقله للملكية المركبة إلى العميل وتمكينه من حيازتها، بحيث يقبل العميل- ويصرح بذلك- بدوره برهن المركبة لصالح البنك¹⁹⁶.

محل العقد : نص الفصل 57 من ق.ل.ع على ان "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها أن تكون محلاً للالتزام"، ليدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها¹⁹⁷.

ويقتضي تحديد موضوع العقد، تحديداً واضحاً، و استعمال الصياغة التي تمنع جهالة فاحشة ولا تفرق الصياغة بين المسائل الجزئية في العقد وغيرها من المسائل، فالصياغة معنية بالمسائل الجزئية لو كانت تهم المتعاقد في التنفيذ فقط، كما يجب وصف محل العقد وصفاً تفصيلياً بما لا يدع أي مجال للتفسير أو

أما إذا اختل عنصر من عناصر تكوينه أو تأثرت إرادة أحد أطرافه، فإن نظرية البطلان تجد مجالاً للتطبيق كجزاء مدني للطرف المضرور فقط.

¹⁹⁵ - إضافة إلى إلزامية ذكر مبلغ البيع و مبلغ كل قسط وهامش الجدية، وكل بيان من شأنه تنوير رضا الأطراف.

¹⁹⁶ - عقد خاص بمؤسسة أمنية بنك.

¹⁹⁷ - أيضاً الفصل 61 من ق.ل.ع الذي نص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون".

الاجتهاد، مع توضيح أن أطراف العقد على علم تام نافياً للجهالة بهذه الأوصاف¹⁹⁸، فيجب وصف الشيء المبيع¹⁹⁹ وصفاً شاملاً، جامعاً، من جميع الوجوه.

كما يجب توضيح التزامات²⁰⁰ جميع أطراف العقد، توضيحاً لا يجعل هناك أي مجال للبس أو الاجتهاد أو التنصل من تنفيذ هذه الالتزامات، مع تحديد تواريخ تنفيذ الالتزامات تحديداً قاطعاً وواضحاً. فإذا ما تم التنصيص مثلاً على ضمانات معينة²⁰¹، وجب ذكرها بتحديد ودقة، وذلك على حسب ما يريده المتعاقدان ويتفقان عليه في العقد²⁰²، من قبيل مثلاً:

الرهن الرسمي²⁰³: وهو أكبر ضمانة عينية وأقواها، بحيث ينصب على محل العقد، مما يكفل للبنك التشاركي ضمان حقه في محل التعاقد، إذا ما أخل العميل بالتزاماته.

198 - وكمثال على ذلك عقد البيع المرابحة سواء "عقد البيع المرابحة لتمويل اقتناء عقار"، أو "عقد البيع المرابحة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء مركبة ذات محرك"

199 - لكن بقراءة بعض عقود المرابحة لدار الأمان، سواء "عقد البيع المرابحة لتمويل اقتناء عقار"، أو "عقد البيع المرابحة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء مركبة ذات محرك"، نجدها تتضمن العديد من الثغرات والنواقص، حيث بالرجوع إلى المادة الأولى من كلا العقدين السالفين الذكر، نجدها تنص على عدة بيانات من قبيل "تصريح البنك وإقراره بملكيته لمحل عقد المرابحة، وبخلوه من كل تحمل أو دين أو حجز تحفظي أو تنفيذي، وأنها ليست موضوع أي دعوى جارية، وبعدم خضوعها لأي شرط فاسخ،..."، لكن لم تتم الإشارة إلى خلو المحل من العيوب الخفية مطلقاً، وهو ما يؤخذ على صياغة هذه العقود.

200 - وهو ما تم إغفاله عند تطرق المادة 9 من "عقد البيع المرابحة لتمويل اقتناء عقار"، إلى الأثر المترتب عند توقف المشتري غير المعسر عن أداء ثلاثة استحقاقات متتالية، ولم تشير بتاتا إلى حالة توقف المشتري المعسر.

201 - والضمان هو وسيلة أو أداة توثيقية تضمن للبنك التشاركي استيفاء حقوقه ومواجهة مختلف المخاطر المرتبطة بمنح الائتمان، كإعسار العميل أو إفلاسه أو تماطله في أداء الدين.

202 - حيث يعتبر أساس كل عملية ائتمانية، هو استرجاع الأموال التي تم منحها للمدينين بها، ما دام أن القاعدة تقول أن كل مؤتمن معرض حتماً لخطر عدم السداد، لذا يتوقف إقدام البنك التشاركي على منح الائتمان للعميل على مدى الثقة التي يوفرها هذا الأخير، إن من حيث مئانة مركزه المالي، أو مدى احترامه لتعهداته والقيام بالوفاء بها، ثم الضمانات التي يكون على استعداد لتقديمها تأميناً للوفاء بتلك التعهدات التي قام بها، وذلك من قبيل الحصول على كفيل ضامن للعميل.

203 - تجدر الإشارة إلى أن الرهن الرسمي باعتباره ضمانة عينية في البنوك التشاركية، لا يجوز التعامل به في عقود المشاركات، لأنها تنبني على الثقة وحسن النية، على اعتبار أن يد العميل في هذه العقود يد أمان لا يد ضمان. كما يجب التنبيه إلى أن البنوك

الشرط الجزائي : أو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي تميزا له عن التعويض القضائي، و يلاحظ أن هذا الضمان الاتفاقي هو ضمان تابع كأحد التزامات العقد، فهو ليس إلتزاما أصليا، لأنه لو بطل العقد بطل هذا الضمان بالتبعية، كم أنه ليس التزاما بديلا كذلك، فلا يملك المدين أن يختار التعويض الاتفاقي ليتفادى التنفيذ العيني²⁰⁴، إلا أن الشرط الجزائي في البنوك التشاركية غير جائز و باطل و مبطل للعقد الذي يتضمنه.

شرط الوساطة²⁰⁵ : مما لا شك فيه أن الانفتاح على الوسائل البديلة أو الطرق غير القضائية لحل النزاعات، أبان عن مجموعة من الإيجابيات التي تهدف بالأساس إلى حل النزاعات بأقل تكلفة وبسرعة وسرية ومرونة، ومنها الوساطة البنكية التي تلعب دورا أساسيا في فض النزاعات، حيث نجد في حالة وجود شرط الوساطة البنكية غالبا ما تكون صياغة العقد صياغة مرنة.

خاتمة:

وفي الختام، يمكن القول أن عملية الصياغة ليست بالأمر السهل واليهين، فهي تتطلب مواصفات معينة ومهارات وقدرات عالية، لتكون في شكل صياغة محكمة، خاصة وأن عملية الصياغة من الأمور الهامة والضرورية التي تتطلب الوضوح والدقة، لما تشكله من خطورة تكمن في كونها تقرر حقوقا و التزامات على

التشاركية- على مستوى الواقع العملي- لا تقبل الضمانات الشخصية من عملائها، ولا تتعامل بها إطلاقا، على أساس أنها ضمانات ضعيفة وتحتاج ل ضمان يضمنها بحد ذاتها.

- يراجع محمد التوزاني، " الضمانات الشخصية في البنوك التشاركية "، رسالة لنيل دبلوم الماستر، تخصص قانون وعمليات البنوك التشاركية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل- مكناس، السنة الجامعية 2019-2020، ص 41.

²⁰⁴ - طالب حسن موسى، " صياغة عقود التجارة الدولية"، م س ، ص: 10.

²⁰⁵ - حيث نجد المادة 26 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها رقم 103.12 أحوالت على المادة 158 من ذات القانون، بشأن ضرورة قيام مؤسسات الائتمان بالإنضمام إلى نظام وساطة بنكية، بهدف تسوية النزاعات القائمة بينها وبين عملائها بطريقة ودية.

عاتق الأطراف. ولأجل المحافظة على تلك الحقوق وضمان القيام بهذه الالتزامات، كان لزاما تحديد متطلبات للصياغة وشكل معين وبنود يجب أن تتوفر في كل عقد، ولذلك لا بد أن تكون الصياغة خالية من الغموض أو التعقيد أو حتى العبارات التي تحمل الشك، فكل ذلك يعيق من إقرار الحقوق ويخل نهائية بميزان العدالة التعاقدية.

وتعد الصياغة، فضلا عن ذلك كله، أمانة يؤتمن الصانع على توضيحها وصياغتها بالمعنى الذي يقصدانه الأطراف، بحيث كثرت العقود والتعاملات وتنوعت وتشعبت، وأصبحت هناك نماذج خاصة لا تتطلب سوى تعبئتها من قبل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، دون مناقشته لبنود العقد أو إمكانية تغييره لشرط من شروط هذا الأخير. وعلى هذا الأساس، أضحت البنوك التشاركية تعتمد في صياغة العقود التشاركية على عقود نموذجية في إبرام تعاقداتها، وفق منطوق كونها تاجر خمس نجوم في صياغتها، تكاد تكون موحدة في طريقة تحريرها وبنود تكوينها، مما يترك العميل مجرد طرف ضعيف مدعن لبنود العقد لا حق له في التفاوض أو المناقشة.

ولعل ذلك كله راجع لضعف الكفاءات والأطر البشرية التي تشتغل في الأبنك التشاركية وقلة خبرتها في مجال الصياغة، وعدم إلمامها بالقواعد والضوابط اللغوية المطلوبة عند تحرير وصياغة العقود، والاعتماد على الترجمة المعيبة، في إطار طغيان هاجس الربح على الأبنك التشاركية وبحثها على أكبر عدد من العملاء. ولأجل الحصول على صياغة سليمة خالية من كل الأخطاء والعيوب وتستجيب للضوابط اللغوية المتطلبة عند صياغة العقود التشاركية، يمكن تقديم مقترحات على النحو الآتي:

* ضرورة إنشاء أقسام داخل البنوك التشاركية تعمل على تكوين أطر متخصصة في صياغة عقود البنوك التشاركية ومراقبة مدى صحة العقود من الناحية اللغوية والفنية؛

* ضرورة توفر البنوك التشاركية على كفاءات وأطر بشرية مؤهلة في المجال الفقهي والقانوني والاقتصادي والمالي؛

* كما ينبغي إشراك عملاء البنوك التشاركية في تحرير وصياغة هذه العقود، ومنحهم حق التفاوض والمشاهدة في بنود العقد، وفق ما يحقق مصلحة الطرفين معا، وتنازل هذه البنوك عن منطق تاجر خمس نجوم.

لائحة المراجع:

المصادر

القوانين

الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، كما تم تميمه بالظهير الشريف رقم 1.15.02 بتاريخ 28 ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015)،
الجريدة الرسمية عدد 6333 بتاريخ 9 فبراير 2015.

الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والصادر بشأنه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011).

قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها رقم 103.12، طبقاً لأحكام الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

المراجع

مراجع عامة

أحميدوش مدني، "الوجيز في منهجية البحث القانوني"، الطبعة الثالثة، دون ذكر المطبعة، فاس، سنة 2015.

طالب حسن موسى، "صياغة عقود التجارة الدولية"، منشور عبر موقع إلكتروني.

عبد القادر الشبخلي، "قواعد البحث القانوني"، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، سنة 1999.

عبد القادر العرعاري، "مصادر الالتزامات – نظرية العقد"، الطبعة السادسة، مطبعة دار الأمان، الرباط، سنة 2018.

عمر التراكوي، محمد خير العكام، "المنهجية القانونية"، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية 2008.

محمد حسين منصور، "العقود الدولية"، دون ذكر الطبعة والمطبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون ذكر السنة.

مراجع خاصة

كتب خاصة

أحمد بن محمد خرطة، " صياغة العقود الرسمية والثابتة التاريخ وفق آخر التشريعات المغربية"، طبعة 1، د ذ ط، سنة 2017.

احمد خرطة، " صياغة العقود الرسمية والعرفية وفق القوانين المغربية"، الطبعة الأولى، د مط، سنة 2008.

سليمان بن عبد العزيز لعيوني، " الضوابط اللغوية لصياغة اللغوية"، قسم النحو والصرف وفقه اللغة- كلية اللغة العربية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، دون ذكر الطبعة والمطبعة و السنة. عبد الواحد الناصر، " مفاتيح المنهجية"، دون ذكر طبعة، دون ذكر المطبعة، سنة 1999.

عمر الخولي، " الأسس العامة لمهارات صياغة العقود- دراسة علمية تطبيقية"، دون ذكر الطبعة، دون ذكر المطبعة، سنة 2014.

نايف بن محمد، "الوجيز في صياغة العقود"، منشور بموقع الكتروني.

أبحاث جامعية

أطاريح

بلجو نسيم، "المسؤولية القانونية للموثق"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.

منير المهدي، "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص- تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول- وجدة، السنة الجامعية 2004-2005.

رسائل

سعاد حماني، "مسؤولية العدول في ضوء القانون المنظم لخطة العدالة والقواعد العامة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل- مكناس، 2015-2016.

عماد ولد الشريف، "ازدواجية التوثيق بالمغرب وإشكالياته"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرز- فاس، 2013-2012.

كريمة بركاني، "دور الضمانات البنكية في التقليل من مخاطر القروض المتعثرة"، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في علوم التسيير، تخصص مالية وبنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.

ليندة فرحون، "آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي"، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2014-2015.

محمد التوزاني، "الضمانات الشخصية في البنوك التشاركية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، تخصص قانون وعمليات البنوك التشاركية، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل- مكناس، السنة الجامعية 2019-2020.

المقالات

أحمد الزقرد، " نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد "،
مجلة ح ك، 2001 ، العدد3.

سليمان بن عبد العزيز العيوني، " الضوابط اللغوية للصياغة القانونية"، مقال بمجلة العلوم القانونية،
سنة 2012، العدد التاسع.

محمد التوزاني، " الكفالة الشخصية في البنوك التشاركية بين منح الائتمان وتوفير الضمان "، مقال منشور
بالمجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، سنة 2022، عدد 9.

محمد التوزاني، " المستهلك في الشريعة الإسلامية، أية حماية "، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات
والأبحاث القانونية والقضائية، سنة 2022، عدد 39.

محمد التوزاني، " آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القروض العقارية "، مقال منشور بمجلة
القانون والأعمال الدولية، سنة 2021، العدد 36.

محمد التوزاني، " حماية المستهلك بين ثوابت الشريعة الإسلامية ومتغيرات القانون الوضعي "، مقال منشور
بالمجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، سنة 2021، عدد 8.

محمد الربيعي، " التزام الموثق بإرشاد الزبون ونصحه "، مقال منشور بمجلة الإشعاع، سنة 2007، عدد 32.

**Ben Younes Baghdadi, " Les banques participatives : entre le critérium de la technique et
les exigences de l'éthique", Revenue de recherche en droit économique et gestion, 2017,
N° 4.**

pedia.svuonline.org/// https

www.osamabahar.com

ww.law-arab.com

أسس الشراكة بين الدولة و الجهات

لقد أرسى الدستور الجديد للمملكة المغربية عدة دعائم و مقومات تكون الأساس المنظم لعلاقة الشراكة هاته بين الدولة و الجهات, إلى جانب القانون التنظيمي 14-111 المنظم للجهات. في حين أن السلط ستحضى بها الجهات, خاصة في الإعتراف الصريح بتواجد السلطة التنظيمية المحلية حسب ما ينص عليه الفصل 140 من الدستور²⁰⁶, ستشكل أهم مظاهر هذه العلاقة الجديدة التي ستنشؤ بين المركز و المحيط المبنية على الشراكة بين الطرفين من أجل تحقيق نظام تديري, يواكب التحولات المعاصرة في مجال التنمية, بإعتماد الحكامة الترابية في هندسة و بناء السياسات العامة للدولة اتجاه مواطنيها, مبنية على حسن و إنصاف التوزيع و إستمراره, أمام ندرة و تراجع الإمكانيات مع استحضار الحاجيات و المتطلبات المختلفة للساكنة, مما يحتم ضرورة التحكم في إختلالات النظام التديري القائم, من خلال تصور جديد يعتمد على الكفاءة و الفعالية و النجاعة في الأداء و هو ما يدخل في باب الحكامة و تكريسها في التديير العمومي.²⁰⁷

²⁰⁶ يؤكد الفصل 140 من الدستور علة انه: "تتوفر الجهات و الجماعات الترابية الأخرى في مجال اختصاصها, داخل دائرتها الترابية على سلطة تنظيمية لممارسة صلاحياتها"
²⁰⁷ إبراهيم مسخر: الحكامة الترابية في ضوء الهندسة الدستورية الجديدة-دستور 2011-رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام, ماستر القانون العام الداخلي و تنظيم الجماعات الترابية, جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية مراكش لسنة 2012-2013, نقلا عن محمد الغالي: الهندسة المجالية للتنمية في ضوء الشراكة و الأدوار الجديدة للجماعات الترابية.

إن مقتضيات الدستورية الجديدة، مكنت الجهات من الحصول على حيز مهم إلى جانب الدولة في الإضطلاع بمختلف المهام و الأنشطة التي يفرضها التدبير العمومي وفق نظام تدييري جديد يتجاوز سلبيات التدخل المركزي الصلب الذي كان يجعل من الدولة مصدر نواة كل مخطط وبرنامج وتنمية، إلى نظام جديد مبني على الشراكة التي تجد أسسها في منطوق الدستور المغربي إلى جانب القانون التنظيمي للجهة.

الفقرة الأولى: الأساس الدستوري

إن أول ما يمكن تسجيله في هذا الباب، كون الدستور الجديد للمملكة المغربية لسنة 2011 خول الجهة كجماعة ترابية مكانة دستورية أسى و ضمانات دستورية أقوى.

فنجد أن الفصل الأول من الدستور يؤكد على أن "التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لامركزي يقوم على الجهوية المتقدمة".

وتتجلى أهمية هذا التنصيص الدستوري و خاصة في الفصل الأول في كون هذا الأخير يحدد جانبا من الإطار المرجعي للدولة من قبل: نظام الحكم، ثوابت الأمة كالدين الإسلامي الوحدة الوطنية و الملكية الدستورية.... و هنا تبرز مكانة و رمزية هذا الفصل الذي يجعل أيضا من الجهوية المتقدمة ثابتا من ثوابت الإطار و واحدا من الخيارات الإستراتيجية للدولة المغربية التي يجب إحترامها من طرف مجموع مؤسسات الدولة و أيضا يتعين مراعاتها أثناء وضع و تنزيل مختلف السياسات العمومية وهذه من أعظم الضمانات للجهوية.²⁰⁸

²⁰⁸ عبد الإله أمين: الجهوية المتقدمة و رهان إعادة تنظيم العلاقة بين المركز و المحيط /الجهوية المتقدمة في الدول المغربية أية آفاق؟ أشغال الأيام المغربية التاسعة للقانون المنظمة من طرف شبكة الحقوقيين المغاربة (يام 27/26 ابريل 2013)الصفحة 90-91.

من جهة أخرى نلاحظ كيف أن الدستور في الباب التاسع أفرد الجهات بالتسمية دون غيرها من الجماعات الترابية "الجهات و الجماعات الترابية"، ذلك خلافا لدستور 1996 و في ذلك تأكيد من حيث المبدأ على فلسفة الفصل الأول من الدستور.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المستجدات الدستورية قد دعى إليها ملك البلاد في غير ما مرة في عدة خطب ملكية قد حسمت النقاش الدائر حول إصلاح الجهوية بالمغرب و خاصة خطاب 9 مارس 2011 الذي أسس للجهوية المتقدمة ووضح مقوماتها معتبرا إياها نموذجا ديمقراطيا تنمويا يستدعي المراجعة الدستورية العميقة، و عليه أسس العاهل المغربي لدسترة الجهوية المتقدمة و أعلى من شأن الإرادة الشعبية حيث تمت الموافقة على الدستور الجديد من خلال الإستفتاء الشعبي المباشر، هكذا رسم الخطاب الملكي خريطة طريق تبين مقومات و أسس الجهوية المتقدمة محددًا إياها فيما يلي:²⁰⁹

الإلتزام بالوحدة الوطنية: وهو مبدأ متفق عليه بين كل مكونات المجتمع المغربي و منصوص عليه في الدساتير المقارنة.

توفير متطلبات التوازن و التضامن الوطني بين الجهات: مما يستدعي القيام بتقسيم ترابي عادل و متوازن، يراعي مجموعة من الخصوصيات و المعايير حتى يتم التغلب على الإختلالات المجالية و السوسيوإقتصادية بين الجهات.

جعل رؤساء المجالس الجهوية يتمتعون بالسلطة التنفيذية و ينتخبون بواسطة الإقتراع المباشر هم وبقية أعضاء المجالس الجهوية.

هذا وتعتبر الجهة في الدستور الجديد ذات الشخصية الإعتبارية أو المعنوية بحكم إعتراف الدولة بها على ذلك الأساس، خاصة و أن لها حيزا جغرافيا محددًا و ذمة مالية ولها إسم و عنوان وأهلية قانونية لإكتساب

²⁰⁹ هناء العروسي العلمي الإدريسي الحسني، مرجع سابق الصفحة 191.

الحقوق و ممارسة الواجبات بما يحدده نص القانون ، ويتم إنتخاب مجلسها بالاقتراع المباشر من طرف المواطنين في حين يؤكد الفصل 135 من الدستور على أنه تسير شؤونها بكيفية ديمقراطية. وكذلك تمتيع رؤساء مجالس الجهات بصلاحيات تنفيذ مقررات هذه المجالس²¹⁰ في إطار:

أولاً: مبدأ التديير الحر principe de libre administration

الذي تم تكريسه و لأول مرة في دستور 2011 كأحد أسس التنظيم الترابي للدولة، و الذي يمكن أن نجرده له تعريفان الأول عضوي و الثاني وظيفي.

فالتعريف العضوي: فيأخذ بعين الإعتبار مصدر الأجهزة المسؤولة عن إدارة شؤون الجماعة الترابية و يهتم أيضا درجة الاستقلال المؤسساتي لهذه الوحدة الترابية.

في حين أن **المعنى الوظيفي:** يتجلى في أن مبدأ التديير الحر يهدف إلى ضمان مجموعة من الحريات للجماعات الترابية و الجهات من أجل تعبير أحسن عن إرادتها، و أيضا على توفر هذه الأخيرة على الوسائل القانونية اللازمة لممارسة صلاحياتها الدستورية و القانونية، خاصة تلك الإختصاصات الذاتية التي لا يمكن لباقي الفاعلين ممارستها خاصة المصالح التابعة للدولة مع مراعاة حماية هذه الإختصاصات و تبيان ظروف ممارستها²¹¹.

وهو ما سيمكن من تحديد الدعائم الأساسية للتديير جهوي حر ولتنفيذ البرامج بكل حرية ما من شأنه القضاء على صلاية الوصاية وتكريس مفهومي التضامن و التعاون مكانه، مع إشراك السكان في إختيار أحسن السبل بهدف تحقيق تنمية مستديمة²¹² (الفصل 136 من الدستور المغربي 2011).

²¹⁰ الفصل 138 من الدستور المغربي 2011

²¹¹ لتوسيع في دراسة مبدأ التديير الحر المرجو مراجعة المقال :

Tarik zair: le principe de libre administration des collectivités territoriales:Re vue marocaine d'administration locale et de développement .numéro 107 novembre-décembre 2012

²¹² سعيد بوجروف:الجهة والجهوية بالمغرب أي مشروع لأي تراب؟مرجع سابق الصفحة 184

كما أكد الفصل 137 من الدستور على أن الجهات تساهم وتفضل السياسات العامة للدولة من خلال تمثيليتها في الغرفة الثانية بالبرلمان و لها صلاحيات تقريرية، تنفيذية، وسلطة تنظيمية مع حصر دور الولاية و العمال في مساعدة رؤساء الجهات على تنفيذ المخططات و البرامج التنموية.

ثانياً: مبدأ التفريع *Principe de subsidiarité*

يتمثل هذا المبدأ في مستوى توزيع الإختصاصات أي أنه بمثابة الأساس القويم لتوزيع الكفاءات و التجارب، و هو نوع التوزيع العادل للإختصاصات و الموارد حسب ما ينص عليه القانون و أيضا بتعاون و تشاور، وذلك بإحترام خاصية أن ما يستطيع الأدنى القيام به يرتفع عنه الأعلى و ما يعجز عليه الأدنى يقوم به الأعلى، و هو ما يعني أن الدولة عليها أن تتنازل للجهات عن كل المهام التي تستطيع هذه الأخيرة القيام بها. فمبدأ التفريع يهدف إلى وضع نظام في تسيير الشؤون العامة و ملائمتها بحيث أن تطبيقه يسمح بإعطاء البنية الإدارية المرنة أكثر و ذلك بتسهيله لعملية إتخاذ القرار بشكل فعال و سريع.²¹³ وتكمن أهمية هذا المبدأ في تمكينه للجهة من أن تدبر شؤونها بنفسها و لا يتم تدخل الدولة إلا في حالة عجز الجهة، مما يساعد على تجنب الإختلالات القائمة بين الجهات فيما بينها و أيضا فيما بين الجهات و الدولة مستندا في ذلك إلى ثلاثة معايير مرجعية، موزعة في الجدول التالي:

²¹³ إبراهيم الزميري: الجهوية المتقدمة بالمغرب وإستراتيجية التنمية الجهوية المندمجة: سلسلة اللامركزية و الإدارة الترابية

المعيار	مضمونه
معيار الضرورة	إن القيد الوحيد الذي يقيد فكرة الضرورة وهو أن يكون تدخل الدولة نابعا من طلب الجهة ذاتها ، معنى أن الجهة التي تعاني من العجز يجب أن تعلن بأنها عاجزة ، ولم تعد قادرة على أداء مهامها ، إذن فمبدأ الإحتياط يعطي الأولوية للجهة ثم التعاون بين الجهات ثانيا ، و بالتالي يضع تدخل الدولة المركزية في مرتبة ثالثة.
معيار التناسب	إن تدخل الدولة في مبدأ الإحتياطية ، يجب أن يكون بالضرورة محدد في الزمان و المكان بمعنى أن الدولة يجب أن تتدخل في الجهة بالشكل الذي يمكنها من الرفع في حالة العجز ، و إلا أصبح الوضع كحماية أو إحتلال الدولة المركزية في شؤون الجهة ، بمعنى أن الدولة أثناء تدخلها يجب أن توازي بين تدخلها و ما بين الأهداف المتوخاة من هذا التدخل ، و هذا التناسب هو شرط أساسي لقياس درجة تدخل الدولة لفك العجز عن الجهة
معيار الفعالية	يجب التأكيد بأن الجهة عاجزة بالفعل، و أن الدولة هي الوحيدة و الكفيلة لرفع هذا العجز . كما أن الفكرة الفعالية تخلد نوعا من التراكمية و الهرمية ، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك تدخل بين الجهات ، و في حالة ما إذا كان هذا التدخل كان غير كاف ، فيجب الإنتقال إلى مستوى أكثر فعالية هو تدخل الدولة اتجاه الجهات العاجزة ، و هذا التدخل يجب أن يكون فعالا ، ناجحا ثم أخلاقيا.

²¹⁴ إبراهيم الزميري: الجهوية المتقدمة بالمغرب وإستراتيجية التنمية الجهوية المندمجة: سلسلة اللامركزية و الإدارة الترابية

مما يسمح للجهة من الحصول على إختصاصاتها الذاتية ، و أخرى مشتركة مع الدولة و الثالثة منقولة إليها من قبل هاته الأخيرة.

ويمكن القول أن مبدأ التفريع من المبادئ الأساسية لتكريس اللامركزية فمثلا بألمانيا يعتبر التفريع من المبادئ الأساسية في تنظيم الفيدرالي ليس فقط على المستوى المؤسسي و توزيع الإختصاص بين الدولة الفيدرالية و الفيدراليات ولكن أيضا على مستوى النقاشات المتعمقة التي تحدد مكانة السلطة العمومية و المجتمع ، بحيث أن القانون الأساسي ينص في المادة 3 على أن "ممارسة السلطات العمومية و تنفيذ المهام الموكلة إلى الدولة هي من إختصاص الفيدراليات ، إلا في حالة أن القانون الحالي لا ينص على عكس ذلك أو لم يتبنى تنظيما آخر."

في حين نجد أن نص القانون 6 فبراير 1992 المتعلق بالإدارة الترابية للجمهورية الخامسة بفرنسا في المادة 2 ينص على أنه : "بالنسبة للإدارات المركزية لا يجب أن تعهد إلا بالمهام ذات الصبغة الوطنية و الباقي تتكفل به المصالح غير المركزية"²¹⁵

أما في النموذج المغربي فيمكننا أن نجد أساس التفريع بارزا في المنظومة القانونية المؤطرة للتفاوض حول الحكم الذاتي لجهة الصحراء و التي تنص على:

الفقرة 5: "ومن هذا المنطلق سيتولى سكان الصحراء و بشكل ديمقراطي ، تدبير شؤونهم بأنفسهم من خلال هيئات تشريعية و تنفيذية و قضائية تتمتع بإختصاصات حصرية".

الفقرة 6: "تحتفظ الدولة بإختصاصاتها في ميادين السيادة، لاسيما الدفاع و العلاقات الخارجية و الإختصاصات الدستورية و الدينية لجلالة الملك أمير المؤمنين"

الفقرة 17: "في المقابل إن السلطات و الإختصاصات التي لم يتم منحها بشكل خاص سوف تمارس بالتوافق على أساس مبدأ التفريع".

²¹⁵ إبراهيم الزميري :الجهوية المتقدمة بالمغرب وإستراتيجية التنمية الجهوية المندمجة مرجع سابق الصفحة 78-79.

كما تم التأكيد من خلال الفصل 145 من الدستور على تحديد طبيعة العلاقة بين مجالس الجهات وممثلي الدولة خاصة الولاية و العمال، والتي إنتقلت من علاقة الوصاية وكون الوالي أو العامل هو الأمر بالصرف و صاحب السلطة التنفيذية لمقررات المجلس الجهوي إلى تمتيع رؤساء المجالس الجهوية بهذه الصلاحيات . و بالتالي فان الدستور الحالي للمملكة أعاد تنظيم العلاقة بين الجهات و السلطات الحكومية المكلفة بوزارة الداخلية على أساس التعاون من أجل إنجاز البرامج و تنفيذ المخططات من طرف رؤساء الجهات ، و تنسيق تدخلات سلطات اللاتركيز و السهر على حسن إشتغالها هذا بالإضافة إلى كون الولاية و العمال يمارسون الرقابة الإدارية و يسهرون على تطبيق القانون و تنفيذ المقررات الحكومية على مستوى الجهة .

ثالثا: السلطة التنظيمية المحلية

تنص الفقرة الثانية من الفصل 140 من الدستور المغربي لسنة 2011 على أنه "تتوفر الجهات و الجماعات الترابية الأخرى، في مجالات إختصاصاتها، داخل دائرتها الترابية على سلطة تنظيمية لممارسة صلاحياتها." و تمثل السلطة التنظيمية و ذلك عبر ما توفره على إختصاص تقرير ووضع ضوابط عامة ومجردة.²¹⁶ و لقد ظهرت معالم السلطة التنظيمية منذ صدور الميثاق الجماعي لسنة 1960 ونصت عليها موثيق اللامركزية اللاحقة، بهذا يمكننا القول أن السلطة التنظيمية المحلية كرسها نصوص تشريعية قبل أن تسجل لأول مرة بالمغرب في دستور سنة 2011.

فالدساتير السابقة لم تنص على هذا الإختصاص بينما نجد أن مجموعة من القوانين و المراسيم أعطت للسلطات المحلية المنتخبة إمكانية ممارسة السلطة التنظيمية على الصعيد المحلي تهتم هذه السلطة تسيير الجماعات المحلية كالأنظمة الداخلية²¹⁷ وتنظيم المرافق العمومية المحلية، خصوصا في ميدان التعمير الشرطة الإدارية و التدخلات الإقتصادية و الإجتماعية .

²¹⁶ بوعزاوي بوجمعة: السلطة التنظيمية المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD العدد 101 الصادر في نونبر - دجنبر 2011 الصفحة 105-106.

²¹⁷ المادة 57 من الميثاق الجماعي الصادر في 2002-11-21 و المادة 48 من القانون 79-00 المنظم للعمال و الأقاليم.

حتى أن القاضي الإداري في قرار الصادر عن المجلس الأعلى ب 17-04-1961 في قضية الحياحي محمد إعتبر أنه يجوز لرئيس المصلحة وفي حالة غياب نص صريح أن يتخذ الإجراءات الضرورية للتنظيم الداخلي للمرافق العمومية، و يمكن تطبيق هذه القاعدة على الأجهزة التنفيذية للجماعات الترابية²¹⁸.

إن المشرع وإن أسند للجماعات الترابية سلطة تنظيمية فيتعين أن تمارسه في ظل إحترام القوانين و القرارات التنظيمية بتنفيذ القوانين المنصوص عليها بالفصلين 89 و 90 من الدستور الممنوحة لرئيس الحكومة. و بإعادة قراءة هذه الفصول الدستورية يتبين لنا أن الجماعات الترابية تسيير شؤونها بكيفية ديمقراطية على أساس مبدأ التدبير الحر و التفرع مع مراعاة و إحترام القوانين التي تصدر عن البرلمان و القرارات التنظيمية المحلية أن تحل محل السلطة التنظيمية في مجال تنفيذ القوانين.

و في القانون المقارن و منذ 1984 لم يبلغ المجلس الدستوري الفرنسي قانونا يتعلق بالوظيفة العمومية الترابية يضم عدة إحالات على المراسيم التطبيقية.

ونجد أنه هناك تساؤل كبير من طرف الفقه حول ما إذا كان بإمكان هذا المجلس أن يبطل قانونا يسمح للسلطة التنظيمية المحلية بإستبعاد أو تغيير مرسوم تنظيمي لقانون ينظم نفس المجال .

كما أن مجلس الدولة الفرنسي أكد على صحة مرسوم يحدد نظام تعويضات الموظفين الترابيين على أساس تأهيل عام لقانون 26 يناير 1984 يتعلق بالوظيفة العمومية.

هكذا يمكننا القول بأن السلطات اللامركزية لا يمكنها إمتلاك سلطة تنظيمية²¹⁹ إلا بمقتضى مقتضيات قانونية مناسبة و خاصة منها التشريعية، ما عدا إذا تعلق الأمر بإتخاذ السلطة اللامركزية لمقتضيات

²¹⁸ لتوسيع في دراسة السلطة التنظيمية المحلية يرجى الاطلاع على مقال: محمد اليعكوبي السلطة التنظيمية المحلية بالمغرب: الفقرة الثانية من الفصل 140 من الدستور، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية remald العدد 104 الصادر بـماي – يونيو 2012.

²¹⁹ مقال محمد اليعكوبي السلطة التنظيمية المحلية بالمغرب: الفقرة الثانية من الفصل 140 من الدستور، مرجع سابق

تكميلية لتنظيم مجال محدد وعليه فإنه كلما كان هناك نص قانوني صريح يمكن للجماعات الترابية أن تباشر الإجراءات التنظيمية الضرورية لتطبيق القانون.

إن أول قراءة لهذه المستجدات الدستورية الخاصة بباب الجهات و الجماعات الترابية ، و المتمثلة أساس في كون التنظيم الترابي للمملكة هو تنظيم لامركزي يقوم على الجهوية المتقدمة ، ثم تبوء الجهات مكانة الصدارة بالنسبة لباقي الجماعات الترابية الأخرى.

وإستقلالها الإداري و المالي في إطار التدبير الحر ، ووفق مبدأ التفرع و توفرها على سلطة تنظيمية محلية و أيضا تمتيع رؤساء مجالس بحرية و إستقلال في تدبير شؤون و قضايا الجهة ، لدليل على كون المشرع يريد من خلال ذلك تنظيم العلاقة بين المركز أي الدولة و الجهات، علاقة جديدة تخالف تماما تلك العلاقة القديمة التي كرسها دستور 1996 و التي كانت تجمع كل السلط التقريرية ، التنفيذية بيد ممثلي الدولة أي الولاية و العمال .

مما يدل على أن الدولة أصبح لها تصور و رؤيا أخرى مغايرة اتجاه هذه الوحدات المحلية (الجماعات الترابية) و خاصة منها الجهات نظرا لكونها تنصدر هذه الجماعات و أيضا لكون المحيط الجهوي هو أبرز مجال للتنمية .

و بالتالي هذه الرؤيا التي أصبحت للمشرع و التي جاءت منسوجة في فصول أسعى قانونا بالبلاد تدل على أنه و عبر الجهوية المتقدمة تريد الدولة أن تأسس لعلاقة شراكة تنبني على التعاون و التضامن و التشاور بين المركز و الجهات و البعد عن كل أشكال الوصاية و التحكم و الرغبة في ضبط المجال من أجل ضمان الصالح العام و تلبية الحاجات الملحة و المتنوعة للمواطنين.

و تأكيدا على كل هذا من خلال ما سبقت الإشارة إليه ضمن تفاصيل المستجدات الدستورية فإن مقتضيات الفصل 31 من الدستور المغربي²²⁰ و التي تؤكد على أن الدولة و المؤسسات العمومية و

²²⁰ الفصل 31 من الدستور المغربي 2011

الجماعات الترابية تعمل على تعبئة كل الوسائل من أجل إستفادة المواطنين و المواطنات على قدم المساواة عن مجموعة من الحقوق الإجتماعية ، الإقتصادية ، الثقافية ، والصحية وبالتالي نكون أمام إعتراف دستوري صريح بالمكانة التي أصبحت تحتلها الجماعات الترابية إلى جانب الدولة والمؤسسات العمومية في تحقيق و إشباع حاجيات المواطنين، و هذا أيضا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الدولة أصبحت تدرك حجم المهام و الصلاحيات التي تقوم بها الجماعات الترابية و على رأسها الجهات في ضمان تحقيق التنمية و النهوض بالأوضاع الصحية ، الإجتماعية و الإقتصادية للسكان.

و عليه فإننا نؤكد على أنه و من خلال الفصل 31 من الدستور ثم الفصول من 135 إلى 146 فإن المشرع الدستوري أراد أن يرسم لعلاقة الشراكة بين المركز و المحيط من خلال الإعتراف بالمجال الجهوي و الاستثمار معه من أجل التنمية باعتماد الجهوية المتقدمة.

الفقرة الثانية: الأساس القانوني

إن المبادئ و التوجيهات الدستورية التي جاء بها دستور 2011 تحتاج لا محالة إلى مجموعة من النصوص القانونية التنظيمية التي تعمل على ترجمتها و توضيح معالمها ، بالإضافة إلى إجرائها على أرض الواقع و حسب الفصل 146 من الدستور المغربي فإن هذه القوانين التنظيمية تهتم بالخصوص:

- تحديد شروط التدبير الديمقراطي للجهة و العضوية و نظام الإنتخاب و تحسين
- تمثيلية النساء
- تحديد شروط تنفيذ قرارات المجالس من طرف رؤسائها
- تحديد شروط تقديم العرائض من طرف السكان و الجمعيات
- تحديد اختصاصات الجهة
- مالية الجهة
- تحديد مصدر الموارد المالية للجهة

- تحديد موارد وكيفية تسيير صندوق التأهيل الاجتماعي و صندوق التضامن بين الجهات
- تحديد شروط تأسيس مجموعات التعاضد بين الجهات
- تحديد المقترضات الهادفة إلى تشجيع تنمية التعاون بين الجهات
- تحديد قواعد الحكامة الخاصة بالتدبير و المراقبة

هكذا شكل القانون التنظيمي 59.11²²¹ أول نص قانوني يصدر بعد دستور 2011 و المتعلق بتنظيم أمور الجماعات الترابية ، حيث يمكننا أن نجمل أهم المقترضات التي جاء بها في كونه يعطي بعدا سياسيا كبيرا للإنتخابات الجهوية و ذلك من خلال تشجيع التمثيليات السياسية الكبرى ، ذلك أن لوائح الترشيح أو التصريحات الفردية المقدمة من طرف أشخاص بدون انتماء سياسي لا بد أن تكون مصحوبة بوثيقة تتضمن توقيعات عشرين ناخبا من ناخبي الجهة بالنسبة لكل مقعد من المقاعد المخصصة لها ، كما لا يمكن لوائح الترشيح التي حصلت على أقل من 6 بالمائة من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الإنتخابية المحددة أن تشارك في توزيع المقاعد و في حالة عدم الحصول أية لائحة على النسبة المذكورة فإنه لا ينتخب أي مرشح²²² من مرشحي اللوائح المقدمة في الدائرة الإنتخابية ، كما أنه لا يعلن عن إنتخاب مترشيحي لائحة فريدة أو مترشح فريد في دائرة إنتخابية إذا لم تحصل اللائحة أو المترشح على عدد من الأصوات يعادل على الأقل 1/5 أصوات الناخبين المقيمين في الدائرة .

هكذا نلاحظ أن المشرع المغربي لم يقف في تنزيل الدستور الجديد على مستوى القانون المتعلق بإنتخاب أعضاء الجماعات ، و إختصاصاتها و الصلاحيات التي سيحضى بها رؤساؤها و نظامها المالي إلى غير ذلك ، و عليه فإنه تم تكليف "اللجنة الاستشارية للجهوية" ، بإعداد مقترح يستجيب لتطلعات الرقي بالتجربة

²²¹ القانون التنظيمي 59.11 المتعلق بإنتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية ، الجريدة الرسمية عدد 5997 مكرر بتاريخ

22 نونبر 2011

²²² المادة 92 من القانون التنظيمي 59.11

الجهوية بالمغرب وفق الرؤيا الملكية كما سبق و أن اشرنا في الفقرة الأولى من هذا البحث و أيضا على ضوء المستجدات التي يعرفها الواقع المغربي السوسيواقتصادية و الثقافية وهو ما سنعرض له في الفقرة أسفله.

أولا:الجهوية المتقدمة في خلاصات تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية

مثل تنصيب اللجنة الإستشارية حول الجهوية حدثا بارزا داخل الحقل السياسي المغربي ، خصوصا و أن الخطب الملكية شكلت المرجعية الفلسفية و العملية التي إعتمدت عليها هذه اللجنة من أجل مقارنة مشروع الجهوية المتقدمة بمقوماته و مرتكزاته بغية إعطاء بعد و إشعاع للامركزية الجهوية داخل المغرب على أساس الحكامة الجيدة و الديموقراطية التشاركية .

و حيث أن هذه اللجنة تعد فاعلا مركزيا في الإصلاح الجهوي الذي سيعرفه المغرب قريبا ، كمتدخل مركزي ساهم في إبراز رؤية مستقبلية للكيفية التي سيكون عليها النموذج المغربي للجهوية هذه المعطيات التي برزت من خلال التقرير الذي رفعته هذه اللجنة إلى جلاله الملك و الذي جاء مقسما إلى ثلاثة أجزاء.²²³

و تجدر الإشارة أنه و على المستوى العملي و تطبيقا لتوجهات الملكية قامت اللجنة باستشارة 291 جهازا و منظمة منها 12 وزارة ، 32 حزبا منها 17 ممثلة بالبرلمان و 15 غير ممثلة ، 122 جماعة محلية و 11 نقابة و 6 منظمات مهنية و هيئات للمراقبة ، و خمسة وكالات للتنمية و هيئتان للدراسات و التقييم و 4 خبراء و هيئة ثقافية واحدة و 24 مجموعات و شبكات و فيدراليات الجمعيات التي تضم 885 جمعية.²²⁴

وقد قدمت اللجنة الاستشارية للجهوية تقريرها يوم 10 مارس 2011 ومن خلاله تم وضع تصور لمشروع الجهوية المقترح كما أوضح رئيس اللجنة و ذلك من خلال 5 توجهات كبرى جاءت كالتالي :

²²³ عبد النبي أضريرف :سياسة التدبير الجهوي : من الجهوية الناشئة إلى الجهوية المتطورة مجلة المنار للدراسات القانونية و الإدارية ، العدد 1 لسنة 2011 ص : 156..

اللجنة الاستشارية للجهوية ، 2011 تقرير حول الجهوية المتقدمة على الموقع الالكتروني للجنة www.regionalisation

avancée.ma²²⁴

إنبثاق جهات مندمجة ضمن الدولة الموحدة ، جهات وازنة ودالة متوفرة على ما تحتاجه من مؤهلات و متمكنة من الموارد الضرورية لكي تتبث كفاءتها و قدرتها

دعم الجهوية الديمقراطية بمشاركة كل الفاعلين وتشجيع تمثيلية النساء

كون الجهوية آلية للتنمية الاقتصادية و الإجتماعية و العدالة و التوازن بين الجهات

إعادة تنظيم علاقة الجهة بسلطة الداخلية على أساس التعاون و التشاور و تجاوز معيقات الوصاية مما يسمح بحسن التدبير على أساس الحكامة الجيدة .

ضرورة التعاون بين الجماعات الترابية مما يسمح بالتكافل و الإنسجام من أجل تنمية الجهة.²²⁵

هكذا شكلت هذه الخلاصات و التوصيات التي أعدتها اللجنة الاستشارية للجهوية بالإضافة طبعا للمستجدات التي جاء بها دستور 2011 العمود الفقري لمشاريع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية ، و المتمثلة في مشروع القانون التنظيمي 111.14 المنظم للجهات ، مشروع القانون التنظيمي 112.14 المتعلق بالعمالات و الأقاليم ، ثم مشروع القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات ثم أخيرا مشروع - مرسوم رقم 2.15.40 القاضي بتحديد عدد الجهات و تسميتها و مراكزها و العمالات و الأقاليم المكونة لها ، و بما ن موضوع دراستنا يتمحور حول الجهات فإننا سنكتفي بدراسة مشروع القانون التنظيمي للجهات .

ثانيا: القانون التنظيمي 111.14 المتعلق بالجهات

يعرف القانون التنظيمي المتعلق بالجهات ,الجهة على أنها "جماعة ترابية خاضعة للقانون العام ، تتمتع بالشخصية الاعتبارية و الإستقلال الإداري و المالي ، وتشكل أحد مستويات التنظيم الترابي للمملكة ، باعتباره تنظيما لامركزيا يقوم على الجهوية المتقدمة"²²⁶.وقد عرف هذا القانون قبل صدوره عدة تغييرات

²²⁵ سعيد بوجروف : الجهة و الجهوية بالمغرب : أي مشروع لأي تراب ، مرجع سابق الصفحة 190

²²⁶ المادة 3 من القانون التنظيمي للجهات 111.14 المحمل من موقع الأمانة العامة للحكومة (المطبعة الرسمية الرباط 2016

و تجاذبات ذلك أنه كان محط تقييم و دراسة و نقاش مستفيض مع الأحزاب ، فكانت هناك نسخة أولية ليونيو 2014، ثم بعدها نسخ أخرى إلى أن إستقر الأمر على النسخة النهائية لسنة 2015.

وقبل البدء في دراسة أهم مقتضيات و مستجدات هذا القانون فجدير بالذكر أنه سيكون هو النص القانوني التنظيمي الذي سيأطر الجهة كجماعة ترابية تحتل الصدارة ضمن باقي الجماعات الترابية الأخرى و أنه جاء بالخصوص لتدقيق القضايا التالية:²²⁷

شروط تدبير الجهة لشؤونها بكيفية ديمقراطية .

شروط تنفيذ رئيس مجلس الجهة لمداولات المجلس و مقرراته .

تأسيس الجهات لمجموعات ترابية: الشروط و الكيفية

الإختصاصات الذاتية للجماعات الترابية ، المشتركة مع الدولة و المنقولة من قبل هذه الأخيرة للجهات.

النظام المالي للجهة و مصدر مواردها المالية

إعداد ميزانية الجهة و تنفيذها

إحداث صندوقي التأهيل الاجتماعي و التضامن بين الجهات وطرق عملها

قواعد الحكامة إحتراماً لمبدأ التدبير الحر ، و إجراءات المراقبة و التتبع في الحسابات المالية و إنجاز البرامج و المخططات .

هكذا فإن القانون التنظيمي المتعلق بالجهات 111.14 فيما يخص تنظيم مجلس الجهة و تسييره :فإنه

حرص على تكريس الشرعية الديموقراطية للمجلس الجهوي ، حيث أكد على أن أعضاء مجلس الجهة

ينتخبون بالإقتراع العام المباشر عكس ما كان عليه الأمر سابقا حيث كان يتم إنتخاب الأعضاء بالإقتراع

²²⁷ مذكرة تقديم حول مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالجهات ، لوزارة الداخلية المديرية العامة للجماعات المحلية

العام الغير مباشر الشئ الذي كان يضيفي على المجلس الجهوي طبيعة عدم الشرعية الديموقراطية و البعد عن الإنتظارات الشعبية .

فالقانون قيد التحليل يؤكد على أن رئيس المجلس الجهوي يتم إنتخابه من بين أعضاء هذا المجلس ، وكان من الأفضل تعيين المرشح الذي يرد إسمه في المرتبة الأولى على رأس اللائحة التي حصلت على المرتبة المتقدمة رئيسا للمجلس²²⁸ مما من شأنه الرفع من مصداقية العملية الإنتخابية ، و الإنتصار للإرادة الشعبية وأيضا وضع حد للسمسرة و إستعمال المال من أجل إختيار الرؤساء .

أيضا حرص القانون التنظيمي للجهات على إعادة النظر في طريقة التصويت حيث تم إعتقاد قاعدة التصويت العلني لإتخاذ جميع مقررات المجلس و كذا لإنتخاب رئيس المجلس و نوابه و الأجهزة المساعدة للمجلس في حين كان النص القانوني القديم ينص على الإقتراع السري ، مما سيعطي صبغة ايجابية للعمل الجهوي فالتصويت العلني هو تعبير عن شجاعة و عدم تذبذب في المواقف ، أما الاقتراع السري فيمكن للشخص أن يغير موقفه خلف العازل الإنتخابي ، كما أن الاقتراع السري يتطلب وقتا كبيرا و مجموعة من المعدات و الوسائل اللوجيستكية .²²⁹

وعكس القانون 47.96 نص القانون الجديد على أنه يحق للوالي التعرض على كل موضوع خارج سلطة و صلاحيات المجلس و أن يقترح تعديلا له ، داخل نفس الأجال و ذلك بقرار معلل يتم إبلاغ رئيس المجلس به ، في أجل و عند الإقتضاء لوالي الجهة أن يحيل الأمر على قاضي المستعجلات الإداري للبحث فيه في أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ التوصل بالتعرض .

كما تم إحداث مجموعة من الأجهزة الجديدة إلى جانب تلكم القديمة التي تساهم في تسيير و تدبير أمور الجهة حيث أن المشرع نص على إحداث:

²²⁸ انظر المادة 13 من القانون التنظيمي 111.14

إدارة جديدة للجهة: تتألف من مديرية عامة للمصالح و مديرية لشؤون الرئاسة و المجلس.
مديرية عامة للمصالح: يساعد مديرها رئيس المجلس في ممارسة مهامه، ويتولى تحت مسؤولية الرئيس و مراقبته، الإشراف على إدارة الجهة وتنسيق العمل الإداري بمصالحها.
مديرية لشؤون الرئاسة و المجلس: السهر على الشؤون الإدارية للمنتخبين، الإشراف على ديوان الرئيس، سير أعمال المجلس و لجانه، بالإضافة إلى مسك الوثائق الإدارية المتعلقة بتعويضات أعضاء المجلس.

هيئات تشاركية للحوار و التشاور: المادة 117 من القانون 111.14

هيئة استشارية بشراكة مع فعاليات المجتمع المدني لتفعيل مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص.

هيئة إستشارية تختص بدراسة قضايا الشباب

هيئة إستشارية بشراكة مع الفاعلين الإقتصاديين بالجهة تهتم بدراسة القضايا الجهوية ذات الطابع الإقتصادي.

الوكالة الجهوية لتنفيذ المشاريع: نص القانون التنظيمي على إحداث الوكالة الجهوية لتنفيذ المشاريع وأعطاهها أسلوب المؤسسة العمومية كطريقة من أجل التسيير تقوم بتنفيذ مشاريع التنمية، إجراء هندسة تقنية و إستشارية قانونية لفائدة الجهة تديرها لجنة الإشراف و المراقبة و يديرها مدير.²³⁰

كما فصل القانون التنظيمي في تأليف اللجنة و إختصاصاتها من خلال المواد من 132 إلى 137 من نفس مشروع القانون.

أيضا و تنزيلا للمقتضيات الدستورية فقد نص القانون التنظيمي على إحداث صندوق: التأهيل الاجتماعي و أعطيت صلاحية قبض مدا خيله و صرف نفقاته لرئيس الحكومة و يمكنه أن يعين ولاية الجهات كأميرين بالصرف مساعدين حسب القواعد العامة للمحاسبة العمومية.²³¹

²³⁰ انظر المواد 131، 129، 128 من مشروع القانون التنظيمي 111.14

²³¹ المادة 230 من مشروع القانون التنظيمي 111.14

وصندوق التضامن بين الجهات حسب المادة 234 من القانون 111.14 و يهدف إلى تفعيل مبدأ التضامن بين الجهات ، ضمان التوزيع المتكافئ للموارد بينها وتقليص التفاوتات بينها ، ويعتبر وزير الداخلية هو الأمر بالصرف بالنسبة لهذا الصندوق .

لقد سايرت مقتضيات القانون المنظم للجهة، نفس مسار دستور 2011 وذلك بإعطائه للجهة دوراً أكبر مما كانت عليه في السابق كما أنه أعترف لها بسلطات و صلاحيات واسعة إلى جانب الدولة،²³² خاصة في مجال الإختصاصات الذاتية ، المشتركة مع الدولة والمنقولة إليها من قبل هذه الأخيرة وفقاً لمبدأي التدبير الحر و التفرع.

مما يشكل بدوره سندا في تدعيم هذه العلاقة التي ستطبع الانتقال الذي يعرفه المغرب من جوية ناشئة إلى جهورية متقدمة ، حتى تتاح ووفق المشروعية القانونية للجهات الإشتغال بحرية و إستقلال إداري و مالي إلى جانب الدولة من أجل تحقيق التنمية و النهوض بالأوضاع الإقتصادية و الإجتماعية للمواطنين بإعتماد مبادئ الحكامة الجيدة التي نص عليها مشروع القانون التنظيمي في المادتين 243 و 244 كمنع ربط أشكال تدبير المرافق العمومية بهيئة ينتهي إليها أعضاء مجلس الجهة أو زوجه أو أحد فروع أو أصوله المباشرين.

المراجع:

- إبراهيم مسخر: الحكامة الترابية في ضوء الهندسة الدستورية الجديدة-دستور 2011- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ماستر القانون العام الداخلي و تنظيم الجماعات الترابية ، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية مراكش لسنة 2012-2013،
- إبراهيم الزميري: الجهورية المتقدمة بالمغرب و إستراتيجية التنمية الجهورية المندمجة: سلسلة اللامركزية و الإدارة الترابية العدد 19 الطبعة الثالثة 2012

- بوعزاوي بوجمعة: السلطة التنظيمية المحلية ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD العدد

101 الصادر في نونبر – دجنبر 2011

- سعيد بوجروف ، الجهة والجهوية بالمغرب أي مشروع لأي تراب مطبوعة الوطنية مراكش . الطبعة الأولى سنة

2012-

- عبد الإله أمين: الجهوية المتقدمة ورهان إعادة تنظيم العلاقة بين المركز و المحيط /الجهوية المتقدمة في

الدول المغربية أية آفاق؟ أشغال الأيام المغربية التاسعة للقانون المنظمة من طرف شبكة الحقوقيين

المغربيين (ايام 27/26 ابريل 2013)

- محمد اليعكوبي السلطة التنظيمية المحلية بالمغرب :الفقرة الثانية من الفصل140 من الدستور

، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية remald العدد 104 الصادر بماي – يونيو 2012

- هناء العروسي العلمي الإدريسي الحسني:الجهوية المتقدمة و مبدأ الدسترة –منشورات سلسلة اللامركزية

و الإدارة المحلية ، عدد مزدوج :11 و 12/سنة 2011 7 نونبر دجنبر 2012.

- تقرير حول الجهوية المتقدمة على الموقع الالكتروني للجنة ¹ [www.regionalisation](http://www.regionalisation.avancee.ma) avancée.ma

اللجنة الاستشارية للجهوية

-ظهير شريف رقم 1-15-83 صادر في 20رمضان / 7 يوليوز بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14-11 المتعلق

بالجهات جريدة رسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436/23 يوليوز 2015

Tarik zair : le principe de libre administration des collectivités territoriales : Revue marocaine

d'administration locale et de développement .numéro 107 novembre-décembre 2012

خصوصية عقد الصفقة العمومية عن العقود الإدارية الأخرى

مقدمة:

لا يختلف اثنان على أن موضوع الصفقات العمومية من الموضوعات ذات البعد والأهمية البالغتين على مستوى القانون الإداري وذلك يتجلى أساسا في كون الصفقات العمومية تعتبر آلية ناجعة لتحقيق المشاريع التنموية وتنزيلها على أرض الواقع، كما تعمل على تشجيع وإنعاش المقاولات، وعلى تأسيس الاقتصاد الوطني وذلك بتحديث هيكله [1]233، ولأجل تحقيق المبتغى من الصفقات العمومية عملت السلطة المغربية على الإسراع بإصدار نصوص تنظيمية للصفقات العمومية لجعلها مقننة ومبينة لحقوق كل من أطرافها [2]234.

إن نظام الصفقات العمومية ظهر في المغرب مع معاهدة الجزيرة الخضراء 1906، وما يمكن ملاحظته على هذا المستوى هو أن المصالح الاستعمارية نصت على أهمية المناقصة ولزوم اللجوء إليها من قبل الإدارة، وبالتالي تضمن هذه الطريقة المساواة بين الدول الموقعة على عقد الجزيرة الخضراء من مرد ودية انجاز الأشغال العمومية، كما قام ظهير المحاسبة العمومية سنة 1917 بوضع قواعد أكثر وضوحا فيما يخص مسطرة إبرام الصفقات العمومية، والتطور التاريخي استمر بعدد من التعديلات أهمها ظهير 1958، ثم بعد ذلك مرسوم 19 ماي 1965 الذي حل محله مرسوم 14 أكتوبر 1976 بشأن صفقات

[1] 233: عبد العالي سمير "الصفقات العمومية والتنمية" الطبعة الأولى 2010، ص 54.

[2] 234: مليكة الصروخ "الصفقات العمومية في المغرب" الطبعة الثانية الصفحة 37.

الأشغال أو الأدوات والخدمات المبرمة لحساب الدولة، في نفس السياق جاء مرسوم 30 دجنبر 1998 المغير للمرسوم السابق، استمر التطور إلى حين صدور مرسوم 5 فبراير 2007 الذي جاء مواكبا لعدد من التحولات التي رامت جهاز الإدارة والجانب المؤسساتي كذلك.

ولتجاوز العناصر السالفة الذكر، صدر المرسوم المؤرخ في 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية، الذي شكل إصلاحا حقيقيا لنظام الصفقات العمومية لكونه يحفل بالعديد من المستجدات التي تتوخى تدعيم وحدة الأنظمة المؤطرة للصفقات العمومية، وتبسيط و توضيح المساطر، و تحسين مناخ الأعمال و المنافسة، و تدعيم الشفافية و أخلاقيات تدبير الطلبات العمومية، و ترسيخ تكنولوجيا الإعلام و التواصل كتوجيه لعصرنة تدبير الطلبات العمومية، ثم تحسين الضمانات الممنوحة للمتنافسين و آليات تقديم الطعون، وأخيرا الأخذ بعين الاعتبار حماية البيئة عند إبرام الصفقات العمومية.^{[3]235}

و بغض النظر عن موضوع التسمية، يشكل ورش إصلاح المنظومة القانونية للصفقات العمومية في ظل المرسوم الجديد لسنة 2013 قفزة نوعية في مجال تدبير الطلبات العمومية، والذي ضم تجديدات جد مهمة من شأنها المساهمة في تعزيز الشفافية و الفعالية و تهمين و تحسين مردودية الصفقات العمومية ستمكن من إدخال تحولات عميقة في مسار تدبيرها ثم تصورها و إعدادها في إطار منهجية تشاركية تهدف إلى تفعيل مبادئ دستور فاتح يوليو 2011 المتعلقة بالشفافية و ربط المسؤولية بالمحاسبة، مستجيبا إلى المنهجية الجديدة المعتمدة في ميدان تأسيس الحكامة الجيدة بالنسبة للطلبات العمومية باعتماد نظام متجانس مع المعايير الدولية المعتمدة في هذا المجال.

^{[3]235}: المرسوم رقم 2.12.349 بتاريخ 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 6140. 23 جمادى الأولى 1434 (04 أبريل 2013) صفحة 3023.

كما اعتمد إصلاح التنظيم القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الجديد لسنة 2013 على مبدأي التوحيد و التعميم ، حيث شمل صفقات الدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات الترابية و مجموعاتها ، كما تم تدعيم مبدأ وحدة الأنظمة في مجال الصفقات العمومية أيضا بإدماج أعمال الهندسة المعمارية في إطار المنظومة الجديدة المؤطرة لشروط و قواعد إبرام الصفقات العمومية. [4]236

و من خلال هذا سنحاول طرح بعض الإشكاليات التي سنعالجها وهي على الشكل التالي : ما مفهوم الصفقات العمومية ؟ و ما مضمونها ؟ و أين يتجلى تمييز عقد الصفقة العمومية عن العقود الإدارية الأخرى ؟

في محاولة للإجابة عن هذه الإشكاليات ارتأينا تقسيم المقال إلى مبحثين ، حيث سنتطرق في المبحث الأول لمدخل الصفقات العمومية و مضمونها أما المبحث الثاني فسنخصصه لتمييز عقد الصفقة عن العقود الإدارية الأخرى .

المبحث الأول : مدخل للصفقات العمومية ومضمونها

المطلب الأول: مفهوم عقد الصفقة العمومية

إذا كانت الدولة والجماعات الترابية ومجموعاتها والمؤسسات العمومية كأشخاص عمومية مكلفة بتسيير الشأن العمومي لمواطنيها، فإنها تحتاج في سبيل القيام بذلك إلى الدخول في علاقات تعاقدية مع الأفراد والمؤسسات عامة كانت أو خاصة، محلية أو أجنبية، فهي قد تتصرف كالأفراد العادين تباع وتشتري وتستدير بمقتضى عقود تخضع للقانون المدني، كما قد تتصرف في معرض تعاقدتها مع الغير كسلطة عامة ، حيث تبرم العقود بواسطة الصفقات العمومية قصد إشراك بعض الأشخاص في بناء أو استغلال

[4]236 : كريم لحرش مستجدات المرسوم الجديد للصفقات العمومية ، سلسلة اللامركزية والإدارة الترابية ، الطبعة الأولى 2014 ، الصفحة 6.

مرفق عمومي أو تقديم خدمة عامة أو الحصول على توريدات تحتاج إليها في تسيير دواليب إدارتها العمومية .

أولا : تعريف الصفقات العمومية

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية، هي وسيلة من بين وسائل الإدارة العمومية التي تعتمد عليها لتنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية والاجتماعية، وتعتبر باعتبارها أسلوبا للتعاقد العمومي يمكنها من الحصول على ما تحتاجه في مختلف مجالات الحياة الإدارية، وبهذا تحيل عبارة الصفقات العمومية على العقود التي يتم إبرامها بين طرفين، احدهما شخص معنوي عام (الدولة أو الجماعات الترابية أو إحدى مجموعاتها) من جهة، وشخص طبيعي أو معنوي (عاما أو خاصا) بصفته مقاولا أو موردا من جهة أخرى، بهدف القيام بالأعمال المطلوبة من تعاقد بين طرفين يهدف إلى انجاز أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات.

وفي ظل ذلك عملت مقتضيات المرسوم الجديد للصفقات العمومية على تحديد مفهوم الصفقة في عقد يبرم بين صاحب مشروع من جهة، وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات.^{[5]237} وبهذا يهدف المشرع المغربي من وراء هذا التحديد، تحقيق غايتين متباينتين هما^{[6]238} :

* تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، وهو ما يتطلب التزام الإدارة(الدولة أو الجماعات الترابية أو إحدى مجموعاتها أو المؤسسات العمومية)، باختيار المتعاقد (مقاولا أو موردا أو خدماتيا) الذي يقدم أفضل الشروط المالية والإدارية والتقنية المتطلبة في الصفقة العمومية.

^{[5]237} -المادة 4 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية.

^{[6]238} -مليكة الصروخ، العمل الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2012، ص 305

*تحقيق المصلحة العامة، وهذا يقتضي من الإدارة (الدولة أو الجماعات الترابية أو إحدى مجموعاتها أو المؤسسات العمومية)، أن تختار أكفأ المتقدمين (مقاولا أو موردا أو خدماتيا) لأداء الخدمة العمومية المتطلبة (تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات).

وإذا كانت الغاية الأولى قد لعبت دورا كبيرا في كثير من عمليات التعاقد التي قامت بها الإدارة عموما و عقود الصفقات العمومية خصوصا، فإن الغاية الثانية قد أصبحت أهميتها البالغة في الوقت الحاضر دون إخلال بالغاية الأولى إلى حد ما ، لأن إتقان تنفيذ الأشغال أو تسليم التوريدات أو القيام بالخدمات في عقد الصفقة العمومية على أفضل وجه بتقنيات قوينة ومحكمة يجنب الإدارة المتعاقد الكثير من المتاعب التي قد تحصل لو أنجز بصورة معينة.

ثانيا : الصفقات العمومية والمفاهيم المرتبطة بها

إذا كانت المادة 4 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية قد تعرضت بنوع من الدقة لمفهوم الصفقات العمومية، فإنها لم تغفل كذلك التحديد التفصيلي للمفاهيم والمصطلحات المفتاحية الأخرى الضرورية والملازمة لها وفقا للتحديد التالي: [7]239

- نائل الصفقة: متنافس تم قبول عرضه قبل تبليغ المصادقة على الصفقة.

- السلطة المختصة: الأمر بالصرف أو الشخص المفوض من قبله قصد المصادقة على

الصفقة أو أي شخص آخر مؤهل لهذا الغرض بنص تشريعي أو تنظيمي.

- جدول الأثمان: وثيقة تتضمن تفصيلا حسب كل وحدة من الأعمال التي يتعين تنفيذها وتبين بالنسبة

لكل وحدة الثمن المطبق عليها.

- جدول أثمان التموينات: وثيقة تبين لائحة المواد الواجب تمويلها في الورش والأثمان الأحادية المطابقة.

[7]239 - المادة 4 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية.

- جدول الثمن الجمالي: وثيقة تبين العمل المراد انجازه بالنسبة لصفقة بئمن إجمالي والئمن الجزافي المطابق.

- متنافس: كل شخص ذاتي أو اعتباري يقترح عرضا بقصد إبرام صفقة.

- اتفاقات أو عقود القانون العادي: هي اتفاقات أو عقود يكون موضوعها أما انجاز أعمال سبق تحديد شروط توريدها وئمنها ولا يمكن لصاحب المشروع تعديلها أو ليست له فائدة في تعديلها، وإما انجاز أعمال يمكن أن تبرم وفق قواعد القانون العادي بحكم طبيعتها الخاصة،

ويتم التنصيص على لائحة الأعمال التي يمكن أن تكون موضوع عقود أو اتفاقات خاضعة للقانون العادي في الملحق 1 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية، ويمكن تغيير أو تئميم هذه اللائحة بقرار للوزير المكلف بالمالية بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات، حيث تتحدد هذه اللائحة فيما يلي: [8]240

*الأعمال المنجزة من طرف مرافق الدولة بصور مستقلة والإدارات العمومية.

*الاشترك في شبكات الاتصالات.

*الاشترك في الصحف والمجالات ومنشورات مختلفة واقتنائها.

*الاشترك في خدمات الانترنت.

*الاشترك المتعلق بالولوج إلى قواعد المعطيات على الخط.

*اقتناء النحف الفنية أو العتيقة أو المتعلقة بالمجموعات.

* التوكيلات القانونية.

*الاستشارات الطبية.

^{[8]240} - الملحق رقم 1: الخاص لائحة الأعمال التي يمكن ان تكون محل موضوع عقود أو اتفاقات القانون العام والمحددة طبقا للمادة 4 من المرسوم رقم 2.12.349 بتاريخ 8 جمادى الأولى 1434 (20مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 23.6140 جمادى الأولى 1434 (04 ابريل 2013) ص 3099.

* الاستشارات أو البحوث القانونية أو العلمية أو الأدبية ، باعتبار طبيعتها وصفة أصحابها، لا تسمح أن تكون محل موضوع صفقات.

* اقتناء العروض التقنية.

* أعمال التكوين المؤدية إلى الحصول على شهادة و التي تقوم بها الجامعات أو مؤسسات معاهد التعليم العمومي.

* نقل البعثات المغربية المؤطرة للحجاج المغاربة إلى الحج عبر رحلات جوية.

* تامين التغطية الصحية الأساسية والتكميلية.

* نقل المدعويين داخل المملكة المغربية أو من المغرب إلى الخارج أو من الخارج إلى المغرب.

* نقل الأثاث والمعدات ومواد البناء ومنتجات الصناعة التقليدية والكتب والمؤلفات الموجهة إلى المراكز الثقافية المغربية بالخارج.

* الاستعانة بخبراء لتقييم الأضرار الناتجة عن أحداث استثنائية.

- تحليل لمبلغ الإجمالي: وثيقة تتضمن، بالنسبة لصفقة بثمان إجمالي، توزيعاً للأعمال المزمع تنفيذها حسب كل وحدة، على أساس طبيعة هذه الأعمال، ويمكن أن تبين هذه الوثيقة الكميات الجزافية بالنسبة لمختلف الوحدات.

- تجمع: متنافسان أو أكثر يوقعون التزاماً وحيداً وفق الشروط المقررة في المادة 157 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية.

- صاحب المشروع: السلطة التي تبرم الصفقة مع المقاول أو المورد أو الخدماتي باسم إحدى الهيئات العمومية المشار إليها في المادة 2 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية (الدولة والجماعات الترابية ومجموعاتها والمؤسسات العمومية).

— صاحب مشروع منتدب: إدارة عمومية أو مؤسسة عمومية أو شركة الدولة أو شركة تابعة عامة يعهد إليه ببعض مهام صاحب المشروع وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 161 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية.

. أعمال: أشغال أو توريدات أو خدمات.

- مكلف بأعمال: مقاول أو مورد أو خدماتي.

- موقع باسم صاحب المشروع: الأمر بالصرف أو من يفوضه أو الأمر بالصرف المساعد

المعين طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل.

- تفصيل فرعي للائتمان: وثيقة تبين، بالنسبة لكل ثمن من أثمان الجدول أو بالنسبة للائتمان المشار إليها

فقط في دفتر الشروط الخاصة، الكميات ومبلغ المواد والتوريدات واليد العاملة، ومصاريف تسيير

المعدات والمصاريف العامة والمرسوم والهوامش، ليست لهذه الوثيقة قيمة تعاقدية إلا إذا نص دفتر

الشروط الخاصة على خلاف ذلك.

- صاحب صفقة: نائل الصفقة الذي تم تبليغ المصادقة على الصفقة إليه.

لقد عمل المرسوم الجديد للصفقات العمومية خيرا باحتوائه للمادة 4 المتضمنة لمختلف المفاهيم

والمصطلحات المفتاحية بتعريفاتها الدقيقة، وذلك منعا لأي التباس وتسهيلا على فهم فحوى النظام

القانوني المؤطر لعقد الصفقات العمومية، وتجنبنا لأي تداخل بين مقتضيات الصفقة ومقتضيات

الاتفاقيات الخاضعة للقانون الخاص. [9]241

^{[9]241} - مليكة الصروح، الصفقات العمومية في المغرب: الأشغال، والتوريدات، والخدمات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،

الطبعة الثانية، 2012، ص 55.

المطلب الثاني : مضمون عقد الصفقة العمومية .

يقصد بمضمون عقد الصفقة العمومية الشكل والمحتوى الذي يحيل على الصيغة القانونية التي يفرغ فيها العقد الإداري عموما بالصفقة العمومية خصوصا، والتي ترتبط بعنصر الكتابة، حيث تحيل خلالها الصفقة العمومية على ذلك العقد المكتوب. وإذا كان عقد الصفقة العمومية يبين جزء من الالتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد، فإن الجزء الآخر توضحه مقتضيات دفتر الشروط الخاصة التي توضح حقوق والتزامات طرفي الصفقة، وما يتطلبه موضوعها من دقة الانجاز والتنفيذ واحترام وقت التسليم موضوع الصفقة كدلالة على إتمام الانجاز... الخ من جهة، كما يتطلب عقد الصفقة العمومية تحديد الحاجات وتقدير كلفة الأعمال من جهة أخرى.

أولا : دفاتر التحملات

تعد دفاتر التحملات احد أهم التمظهرات الأساسية للإجراءات العلمية التي تساعد على الوفاء بالمعايير والتصنيفات الضرورية لخوض غمار المنافسة لنيل الصفقة العمومية، باعتبارها الآلية القانونية والإدارية والتقنية التي تؤسس للتكوين القانوني لعقد الصفقة العمومية قبل انعقادها. ويعتبر المشرع المغربي الصفقات العمومية عقود مكتوبة تحتوي عادة على دفاتر التحملات تحدد شروط إبرامها وتنفيذها، لأنها تتضمن مجموعة من الوثائق التي تحررها الإدارة مسبقا، فيقتصر دور المتعاقد بالنسبة لها على قبولها جملة أو رفضها جملة.^{[10]242} بمعنى أن الطبيعة المكتوبة للصفقات العمومية في ظل المرسوم الجديد تجعلها تحتوي على العديد من الوثائق (دفاتر التحملات) التي تحدد شروط إبرامها وتنفيذها، وتتألف هذه الدفاتر من دفتر الشروط الإدارية العامة، ودفاتر الشروط المشتركة ثم دفتر الشروط الخاصة.^{[11]243}

^{[10]242} - محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 73، 2007، ص 64.

^{[11]243} - المادة 13 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية.

1. دفتر الشروط الإدارية العامة :

تبعاً لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية ، تحيل دفاتر الشروط الإدارية العامة على تلك الوثيقة الإدارية التي تحدد المقتضيات الإدارية التي تطبق على جميع صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو على صنف معين من هذه الصفقات ، وتتم المصادقة على هذه الدفاتر بمرسوم . ويمكن التمييز داخل دفاتر الشروط الإدارية العامة بين نوعين أساسيين هما :

. دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال .

. دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات .

و داخل هذا التمييز يحتل دفتر الشروط الإدارية العامة بنوعيه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال ، و دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات من الناحية العملية أهمية خاصة في تكوين عقد الصفقة العمومية ، لكونه يصلح نموذجاً يستعين به كل مقاول يفكر في التعاقد مع الإدارة لمعرفة شروط هذا التعاقد ، كما يوفر عليه عناء تغيير الشروط وتبديلها كلما تكررت عمليات التعاقد من جهة ويسهل على المتمرسين ، ولا سيما موظفي الإدارة ، المسؤولين على الصفقات الرجوع إليه والاطلاع على نصوصه ، لأنها مجموعة في وثيقة واحدة تسهل عليهم مأمورية تحضير الصفقات فيقتصر تدخلهم على تجديد بعض الشروط الخاصة بالأشغال موضوع الصفقة من جهة ثانية. علاوة على ذلك ، يمكن دفتر الشروط الإدارية العامة الطرفين من معرفة حقوقهما والتزامتهما ، يضيفي على هذه الحقوق والالتزامات طابع الاستقرار والثبات لفترة طويلة ،

لا تتغير إلا بتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية من ناحية . كما عمل دفتر الشروط الإدارية العامة على توحيد النصوص ، وبالتالي توحيد المصطلحات والصيغ ، ذلك أنه لو ترك الأمر لكل إدارة لتضع كناشها الخاص ، لأدى ذلك إلى تعدد الصيغ والمصطلحات حسب النصوص ، الأمر الذي يؤدي

إلى تفسيرات متناقضة، ويضع الراغبين في التعاقد مع الإدارة أمام التزامات تختلف باختلاف المصالح الإدارية من ناحية أخرى .

2. دفاتر الشروط الخصوصية :

طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 13 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية ، تحدد دفاتر الشروط الخاصة البنود المتعلقة بكل صفقة وتتضمن الإحالة إلى النصوص العامة المطبقة والإدارة إلى مواد دفاتر الشروط المشتركة ، وعند الاقتضاء ، إلى مواد دفاتر الشروط الإدارية العامة التي قد يتم الحيد عنها طبقا لمقتضيات هذه الدفاتر دون إعادة مقتضيات دفاتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر الشروط المشتركة التي لم يتم الحيد عنها طبقا لمقتضيات هذه الدفاتر دون إعادة مقتضيات دفاتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر الشروط المشتركة التي لم يتم الحيد عنها . وتوقع دفاتر الشروط الخاصة من طرف صاحب المشروع قبل الشروع في مسطرة إبرام الصفقة . ويمكن أن يأخذ هذا التوقيع شكل توقيع منسوخ رقمياً أو توقيع إلكتروني فيما يخص دفتر الشروط الخاصة المنشور في بوابة الصفقات العمومية . هذا وقد أوجب المشرع المغربي في دفاتر الشروط الخاصة ضرورة توافر على مجموعة من البيانات الأساسية - فإلى جانب البيانات الإجبارية المقررة في دفاتر الشروط الإدارية العامة - يجب أن تتضمن على الأقل العناصر التالية :

. طريقة الإبرام .

- الإحالة الصريحة إلى فقرات ومقاطع ومواد هذا المرسوم الجديد للصفقات العمومية التي أبرمت بموجبها الصفقة .

. موضوع ومحتوى الأعمال مع الإشارة إلى العمالة أو العمالات أو الأقاليم أو المقار، مكان تنفيذ الأعمال .

. تعداد المستندات المدمجة في الصفقة حسب أولويتها .

. الثمن مع مراعاة المقتضيات المتعلقة بالصفقات بأثمان مؤقتة .

. أجل التنفيذ أو تاريخ انتهاء الصفقة .

. شروط استلام الأعمال ،وعند الاقتضاء شروط تسليمها .

. شروط التسديد طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل .

. شروط الرهن .

. شروط الفسخ .

المصادقة على الصفقة من طرف السلطة المختصة .

ثانيا : تحديد الحاجات وتقدير كلفة الأعمال .

تدعيما لعناصر التدبير الجيد لمنظومة الصفقات العمومية المرتبطة بالشفافية والمساواة والتنافسية ، يجب أن تقتصر الأعمال موضوع الصفقات على الاستجابة لطبيعة وحجم الحاجيات المراد تلبيتها ، ويتعين على صاحب المشروع ، قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة ، أن يحدد بكل ما يمكن من الدقة الحاجات المراد تلبيتها ، والمواصفات التقنية ومحتوى الأعمال حيث يجب تحديد هذه الحاجات بالإحالة على المعايير المعتمدة أو عدد انعدامها على المعايير الدولية .

كما يجب أن تستند المواصفات التقنية إلى مميزات تتعلق خصوصا بالنجاعة والقدرة والجودة المطلوبة ، لكنه في مقابل ذلك: [12]244

* يجب أن لا تشير المواصفات التقنية إلى أية علامة تجارية أو إحالات على مصنف مواد أو تسمية أو براءة أو مفهوم أو نوع أو مصدر أو منتجين معينين ، إلا في حالة عدم وجود أية وسيلة أخرى كافية الدقة والوضوح لوصف مميزات الأعمال المطلوبة وبشرط أن تكون التسمية المستعملة مقرونة بعبارة ، أو ما يعادلها وفي هذه الحالة إذا كانت هذه الإحالة واردة ، فإنها تتضمن الأعمال التي لها مميزات مماثلة والتي تتوفر على نجاعة وجودة مساويتين على الأقل للنجاعة والجودة المطلوبتين .

[12]244 - المادة 5 من المرسوم الجديد للصفقات العمومية .

* يجب ألا ينتج عن تحديد المواصفات التقنية وضع عراقيل أمام حرية المنافسة، وإذا اقترح المتنافس علامة تجارية، تستجيب للمواصفات التقنية المطلوبة من طرف صاحب المشروع يجب أن يشار إلى هذه العلامة التجارية في الصفقة.

وفي ظل هذا الالتزام القانوني، يعد صاحب المشروع، قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة، تقديرا لكلفة الأعمال المزمع انجازها على أساس تعريف ومحتوى الأعمال موضوع الصفقة والأسعار المطبقة في السوق، مع مراعاة جميع الاعتبارات والإكراهات المتعلقة على الخصوص بشروط واجل التنفيذ، ويتم إعداد التقدير على أساس مختلف الأثمان الواردة، بحسب الحالة في جدول الأثمان أو البيانات التقديرية المفصلة أو جداول الأثمان، البيانات التقديرية المفصلة أو جداول الثمن الإجمالي، يراد بالمبلغ الإجمالي للتقدير، مبلغ التقدير مع احتساب الرسوم، ويضمن التقدير في وثيقة مكتوبة وموقعة من طرف صاحب المشروع بينما إذا كانت الصفقة مخصصة فان صاحب المشروع يعد تقديرا لكل حصة.

المبحث الثاني : تمييز عقد الصفقة العمومية عن العقود الأخرى .

المطلب الأول : عقد الامتياز والتدبير المفوض .

سنتناول في هذا المطلب عقد الامتياز (أولا)، ثم سنتطرق إلى عقد التدبير المفوض (ثانيا).

أولا : عقد الامتياز

الامتياز عقد تمنح بموجبه الإدارة صاحبة الامتياز أحد الأفراد الخواص أو الأشخاص المعنوية مهمة تدبير مرافق عام غالبا ما يكون تجاريا أو صناعيا، خلال مدة محددة على نفقته ولحسابه، وتحتمسؤوليته مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين من خدمات المرفق [13] 245 . يتصف عقد الامتياز بطبيعة قانونية مزدوجة، فهو عقد إداري وفي نفس الوقت عقد خاص، عقد إداري

[13]245 - ابراهيم كومغار: " المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث " الطبعة الأولى 2009، ص 139.

لما يتضمنه من شروط تنظيمية، وعقد خاص لما يحتوي عليه من بنود تعاقدية، فالشروط التنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق وسيره ونشاطه، تستطيع الإدارة بمفردها تعديلها أو تغييرها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة بدون حاجة لموافقة الملتزم^{[14]246}، أما البنود التعاقدية فهي التي تهم الأعباء المتبادلة بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم، كتحديد الامتيازات المالية التي تخولها الإدارة إلى الشخص المتعاقد معها، وما يتحتم عنه من تعويضات ومكافئات، وهذه الشروط لا تهم المنتفعين بخدمات المرفق بل هي مقتصرة فقط على الطرفين المتعاقدين، كما لا يجوز للإدارة تعديلها أو تغييرها.

تجدر الإشارة إلى أن عقد الامتياز تم استثنائه من طرق إبرام الصفقات العمومية في مرسوم رقم 2.98.482 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1998^{[15]247}، والامتياز كعقد إداري يخضع للأحكام العامة التي تحكم تكوين العقود الإدارية، والتي تتم بعدة أعمال قانونية يشترك في القيام بها عدد من أعضاء السلطة الإدارية، وهذه الأعمال هي الإذن بالتعاقد، ثم إبرام العقد وأخيرا التصديق على التعاقد، وإبرام العقد يدخل في اختصاص الرئيس في السلطة المركزية (الوزير بالنسبة لوزارته)، أما التصديق فيعود لسلطة الوصاية المركزية بالنسبة لعقود السلطات اللامركزية، وللسلطة الرئاسية بالنسبة لعقود السلطة المركزية^{[16] 248}.

كما أن إبرام عقد الامتياز وإقرار شروطه والتوقيع عليه لا يجعله نهائيا، فالإدارة لا تعتبر ملزمة إلا بعد التصديق على العقد، وهذا الأخير يعتبر موجودا ابتداء من تاريخ إبرامه لا من تاريخ التصديق عليه، فإذا امتنعت السلطة العامة من التصديق على العقد فإنه يعتبر غير موجود.

^{[14]246} - محمد الأعرج: المرجع السابق، ص 32.

^{[15]247} - المادة الثانية من مرسوم رقم 2.98.482 صادر بتاريخ 30 ديسمبر 1998.

^{[16]248} - محمد الأعرج: المرجع السابق، ص 33.

ثانيا : عقد التدبير المفوض .

تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن نفس الغموض المطروح بشأن تحديد طبيعة الصفقات العمومية في المراسيم المنظمة لها، يطرح بالنسبة لعقد التدبير المفوض ذلك أن القانون رقم 54.05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006، لم يتضمن في مقتضياته أية إشارة صريحة توجي بأن عقد التدبير المفوض عقد إداري بتحديد القانون، فقط اكتفت المادة الثانية بتعريفه على أنه "عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى المفوض إليه يخول له حق تحصيل أجره من المنتفعين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا^[17]249]، دون تحديد طبيعته القانونية. وطبقا لموقف القضاء الإداري المغربي الذي يتطلب توفر ثلاث شروط لتمييز العقد الإداري، وأيضا القضاء الإداري الفرنسي الذي يكتفي بشرطين، فإن عقد التدبير المفوض هو عقد إداري^[18]250] وبالرجوع إلى القانون 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، نجد هذه الشروط متضمنة في مقتضياته، بحيث أشارت المادة الثانية منه إلى شرطين:

فالشرط الأول المتعلق بالشخص المعنوي العام كطرف في العقد ورد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، "يعتبر عقد التدبير المفوض عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض"، أما الشرط الثاني المتعلق باتصال العقد بتسيير مرفق عام، ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة، "يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض". كما ورد الشرط الثالث والمتعلق بالشروط الاستثنائية الغير مألوفة في نطاق القانون

^[17]249 - الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المتعلق المادة الثانية من القانون رقم 54.05 بالتدبير المفوض للمرافق العامة، منشور

بالجريدة الرسمية عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006.

^[18]250 - ثورية لعبوني: "نظرية المرافق العامة"، الطبعة الأولى 2005، ص 118 وما بعدها.

الخاص، في المادة 12 نصت هذه المادة على شرط استثنائي في فقرتها الأخيرة بقولها " يمكن للحكومة إعداد عقود نموذجية بشأن التدبير المفوض...ويمكنها كذلك تحديد لائحة البنود الإجبارية في العقد"، وتضمنت كذلك المادة 17 شرطاً آخر متعلق بـ "حق مراقبة التدبير المفوض"، ثم "حق تتبع التدبير المفوض" في المادة 18، و"حق المراجعات الدورية لبنود العقد" في المادة 19. من هذا المنطلق يتضح لنا جلياً أن القانون 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، تضمن في محتوياته كل المقومات والمعايير التي يتطلبها القضاء الإداري لإضفاء الصفة الإدارية على عقد التدبير المفوض .
حسب مقتضيات قانون 54.05 يتم إبرام عقد التدبير المفوض بطريقتين :

1- الدعوة إلى المنافسة: طبقاً للمادة 5 من هذا القانون فإن اختيار المفوض إليه من طرف المفوض، ما عدا في الحالات المنصوص عليها في المادة 6 يتم عن طريق القيام بدعوى إلى المنافسة على المرفق المفوض، وذلك بهدف ضمان المساواة بين المترشحين، وتعزيز موضوعية معايير الاختيار بينهم ، وكذلك ضمان الشفافية في عملية المنافسة وعدم التحيز في اتخاذ القرار إلى أي طرف. بحيث تكون مسطرة إبرام عقد التدبير المفوض موضع إشهار مسبق، يحدد فيه أشكال وكيفيات إعداد وثائق الدعوة إلى المنافسة، ولاسيما مختلف مراحلها بالنسبة إلى الجماعات المحلية من قبل الحكومة، وبالنسبة إلى المؤسسات العمومية من قبل مجلس الإدارة أو الجهاز التداولي [19]251.

ونلاحظ في هذا الإطار أن هذه المبادئ المنصوص عليها في القانون رقم 54.05 والمتعلقة بالدعوة إلى المنافسة، هي نفس المبادئ التي جاء بها الإصلاح المتعلق بالطلبية العمومية المنصوص عليها في مرسوم 5

[19]251 - المادة الخامسة من القانون رقم 54.05 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006.

فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة .

2. التفاوض المباشر: يلجأ المفوض إلى هذه الطريقة في الحالات الاستثنائية التالي 252 [20]

.في حالة الاستعجال قصد ضمان استمرارية المرفق العام.

.لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام.

– بالنسبة إلى الأنشطة التي يختص باستغلالها حاملوا براءات الاختراع أو بالنسبة إلى الأعمال التي لا يمكن أن يعهد بإنجازها إلا إلى المفوض إليه معين .كما يمكن للمفوض أن يلجأ إلى مسطرة التفاوض المباشر، في حالة إذا لم يتم تقديم بهذا الشأن أي عرض، أو إذا تم الإعلان عن عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة، لكن في هذه الحالة ينبغي عليه أن يقدم تقريراً مفصلاً يبين فيه الأسباب التي جعلته يلجأ إلى هذه الطريقة، واختيار المفوض إليه المقترح دون اللجوء إلى مسطرة الدعوة إلى المنافسة، يعرض هذا التقرير على سلطة الوصاية لاتخاذ القرار بشأن التدبير المفوض للمرفق العام المعني. من هذا المنطلق يمكن القول أنه ليس كل عقد إداري يخضع في طرق إبرامه لنظام الصفقات العمومية، فعقد الامتياز وهو عقد إداري تم استثناءه من هذه المراسيم بمقتضى المادة 2 من مرسوم 30 دجنبر 1998، نفس الشيء بالنسبة لعقد التدبير المفوض تم استثناءه بمقتضى المادة 2 من مرسوم 5 فبراير 2007 ويخضع هذا الأخير لمقتضيات القانون 54.05 والذي ينص على طرق إبرامه.

[20]252 - المادة السادسة من نفس القانون 54.05.

المطلب الثاني : عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقد الكراء الطويل الأمد .

أولا : عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد محدد المدة ، يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك خاص مسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمن التصميم والتمويل الكلي أو الجزئي والبناء أو إعادة التأهيل وصيانة أو استغلال منشأة أو بنية تحتية ضرورية لتوفير مرفق عمومي [21]253.

يخضع عقد إبرام الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمبادئ حرية الولوج والمساواة في المعاملة والموضوعية والمنافسة والشفافية واحترام قواعد الحكامة الجيدة . يجب أن تكون مسطرة إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص موضوع إشهار مسبق .

وتخضع كل مسطرة من مساطر إبرام عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لنظام الدعوة إلى المنافسة [22]254.

تبرم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وفق مساطر الحوار التنافسي أو طلب العروض المفتوح أو طلب العروض بالانتقاء المسبق أو وفق المسطرة التفاوضية [23]255.

المادة الثالثة من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، تنص على أن الصفقة العمومية هي "كل عقد بعوض يبرم بين صاحب مشروع (الإدارة العمومية) من جهة، وشخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى، يدعى مقاول أو مورد أو خدماتي، ويهدف

وفق التعريفات المنصوص عليها إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات [24]256 .

[21]253 - المادة 1 من القانون رقم 86.12 المتعلق بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

[22]254 - المادة 3 من القانون رقم 86.12 المتعلق بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

[23]255 - المادة 4 من القانون رقم 86.12 المتعلق بعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

[24]256 - المادة 3 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007 .

مقارنة هذا التعريف بتعريف عقد الشراكة نقف على مجموعة من التمييزات المرتبطة بموضوع العقد وبالمخاطر التي يمكن أن تنتج.

— إذا كانت عقود الشراكة تهدف إلى إشراك فاعل خاص في أنشطة الشخص العام عبر مشاركته في مهام تنفيذ مرفق عام، فموضوع الصفقة العمومية محصور في ثلاثة أنواع من العمل أي ترتبط بتنفيذ أشغال أو توريد خدمات أو تقديم خدمات.

— المخاطر التي يمكن أن تنتج عن عقود الصفقات العمومية، تقع على عاتق الشخص العام الذي يتحملها لأن ليس هناك تحويل للمسؤولية في تدبير المرفق العام، إذ إن الشخص العام الذي يتحملها هو الذي يبقى صاحب المشروع.

.تعرف عقود الصفقات العمومية بعقود عوض يتم أداء المقابل المالي عبر حصص،

على عكس الشراكة حيث أداء الثمن يمكن أن يمتد طيلة مدة العقد.

.المقابل المادي في الصفقات العمومية يدفعه الشخص العام مقابل الإنجاز الفعلي لموضوع

العقد من طرف الشخص الخاص، على عكس عقد الشراكة الذي يختلف عن الصفقة

العمومية من حيث المدة الطويلة ومن حيث المقابل المالي الذي تدفعه الإدارة طوال مدة

العقد 257[25].

ثانيا : عقد الكراء الطويل الأمد .

عقد الكراء الطويل الأمد عقد إداري و هو حق من الحقوق العينية خلاف الكراء العادي الذي يعتبر

من الحقوق الشخصية ،وقد كانت مدته القصوى قبل صدور مدونة الحقوق العينية 99 سنة إلا أنه بعد

[25]257 - عقود الشراكة بين القطاعين العام و الخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب إعداد الدكتور

أحمد بوعشيق.

صدورها أصبحت 40 سنة . يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسعي و يمكن

تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري .

يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق 10 سنوات دون أن تتجاوز 40 سنة و ينقضي بانقضائها [26]258.

لا يكون عقد الكراء الطويل الأمد صحيحا إلا إذا صدر لمن له حق التفويت و طبق الشروط المقررة في القانون .

يجب أن ينص عقد الكراء الطويل الأمد على طبيعته العينية [27]259.

إن المكثري ملزم بجميع التكاليف و التحملات التي على العقار.

إذا أحدث المكثري تحسينات أو بناءات زادت في قيمة الملك فلا يمكنه أن يزيلها ولا أن

يطالب بأية تعويض عنها [28]260.

يمكن للمكثري أن يكتسب لصالح الملك حقوق ارتفاق وأن يرتب عليه بسند حقوق ارتفاق

لفائدة الغير لمدة لا تتجاوز مدة الكراء الطويل الأمد شرط أن يخبر المالك بذلك [29]261.

خاتمة

لكل ما سبق يمكن القول أنه لا توجد عقود إدارية بتحديد القانون في المغرب، فالنص الوحيد الذي

يحيل الاختصاص بالنزاعات الناشئة عن الأشغال العامة إلى المحاكم التي تنظر في المواد الإدارية، غير كافي

لإضفاء الصبغة الإدارية على باقي العقود الأخرى .

[26]258 - المادة 121 من مدونة الحقوق العينية .

[27]259 - المادة 122 من نفس المدونة أعلاه .

[28]260 - المادة 127 من نفس المدونة أعلاه .

[29]261 - المادة 128 من نفس المدونة أعلاه .

ونسجل في هذا الإطار تطور موقف القضاء الإداري مقارنة مع دور المشرع في تحديد طبيعة العقود التي تكون الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية طرفا فيها، وذلك من خلال مجموعة من الاجتهادات التي أقر فيها بالطبيعة الإدارية لعقود الصفقات العمومية، وهي عقد الأشغال والتوريدات والخدمات، وكذلك بالنسبة لعقد الامتياز وعقد التدبير المفوض .

وينبغي التأكيد على أن كل صفقة عمومية عقد إداري، ما عدا الصفقات التي يتم إبرامها بناء على سندات الطلب فهي لا تكون دائما عقد إداري، لأن المشرع خول للإدارة إمكانية إبرام هذا النوع من العقود في إطار القانون الخاص. كما أنه ليس كل عقد إداري صفقة عمومية، بحيث أن عقد الامتياز والتدبير المفوض للمرافق العامة، تم استثنائهما من نظام الصفقات العمومية، وبالتالي يخضعان في طرق إبرامهما لنظام قانوني مغاير

من هذا المنطلق يمكن التأكيد كذلك على أن العقود الإدارية والصفقات العمومية، تبقى خاضعة لمجموعة من التطورات مستقبلا، لتساير بذلك المتغيرات التي تعرفها الدولة إن على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، أو القانوني، فالمشرع أصبح اليوم مدعو لتحديد طبيعة العقود التي تكون الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية طرفا فيها بنص صريح، وذلك إما بتحديد الجهات المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة بمناسبة إبرام وتنفيذ هذه العقود، أو بشكل مباشر عن طريق إصدار قوانين تحدد طبيعتها الإدارية أو العادية .

حقوق المتعاقدين في الصفقات العمومية

تشكل الصفقات العمومية، الأداة الأساسية والرئيسية لتدخل الدولة و أشخاص القانون العام في صرف النفقات العمومية الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة، سواء من خلال إشباع الحاجيات الفردية و الجماعية لأفراد المجتمع، أو من خلال ضمان استمرارية المرفق العام المنتج للخدمة المرفقية، و تظهر أهمية الصفقات العمومية، ليس فقط لكونها الإطار القانوني السليم لعملية الصرف، و لكن لكونها أيضا تمثل الشكل التقني القادر على ضمان فعالية ونجاعة هذه النفقات، لارتباط ذلك ببرنامج عمل محدد وفق التزامات و جب تحقيقها ، طبقا للشكل و الكيفية التي تم الاتفاق عليها.

ونظرا للتطورات التي تعرفها الحياة الاقتصادية للدول، التي صارت محط عدد من الأزمات المرتبطة بسوء التدبير و التسيير، و بمحدودية القدرة على التوقع المستقبلي، ونظرا لكون الدولة التراجعية قد أثبتت عدم فعاليتها في خلق التنمية المستدامة، فقد أصبحت الإدارة و أشخاص القانون العام ملزمين بالتدخل، من أجل تحريك عجلة الاقتصاد الوطني ، مستفيدين في ذلك من تجربة القطاع الخاص في التدبير و التسيير أولا، و من الكفاءة العالية في التنفيذ ثانيا.

و من تم فالمغرب كباقي دول العالم, يحاول إدماج الصفقات العمومية في صلب اهتماماته الاقتصادية و مجهوداته, لتقوية مكونات الاقتصاد الوطني حتى يتمكن من خوض غمار المنافسة الدولية بأوفر حظوظ النجاح.²⁶²

و تأتي الصفقات العمومية, لتشكل أحد الصور الممكنة لتضافر جهود القطاع الخاص والقطاع العام, خدمة للمواطن, و تحقيقا للمصلحة العامة النابعة من ضمان استمرارية الخدمة المرفقية. و لما كان للصفقات العمومية كل هذه الأهمية, فقد كان من الضروري أن يتدخل المشرع المغربي من أجل ضمان حقوق كلا المتعاقدين, و نخص بالذكر حقوق صاحب المشروع أو الشخص العام, و حقوق نائل الصفقة أو المقاول.

و لعل وجود الإدارة كطرف في الصفقات العمومية, و تمتعها بحقوق و امتيازات السلطة في مواجهة المتعاقد, يجعل عقد الصفقة باعتباره عقدا إداريا ذو طبيعة خاصة يختلف بها عن عقود القانون الخاص, و يرجع ذلك إلى كون الإدارة تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة, في حين يسعى المتعاقد إلى تحقيق المصلحة الشخصية.

و تأسيسا على ذلك, فقد أقر القضاء المغربي عدة حقوق لطرفي عقد الصفقة العمومية, جاعلا عملية ممارستها تخضع لرقابته من أجل الموازنة بين استمرارية المرفق العام الهادف إلى تحقيق المصلحة العامة, و بين ضمان مستحقات المتعاقد و تحقيق التوازن المالي للعقد.

فما هي أوجه الحقوق المكفولة للمتعاقد في عقود الصفقات العمومية ؟

و اعتبارا للأهمية التحليلية لهذا الموضوع فإن معالجتنا لحقوق طرفي عقد الصفقة العمومية, سيكون من خلال مطلبين , نتطرق في الأول لحقوق صاحب المشروع, و نتطرق في الثاني لحقوق نائل الصفقة.

²⁶² مولاي هاشم عالمة, " الصفقات العمومية بالمغرب- النظام القانوني و الرقابة القضائية- , رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة, جامعة الحسن الثاني عين الشق, كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بالدار البيضاء, الموسم الجامعي 2003/2004, ص 1.

المطلب الأول : حقوق الشخص العام أو صاحب الصفة

نظرا لكون عقد الصفة العمومية من العقود الإدارية المختلفة عن العقود المدنية, لكونها تتضمن شروطا غير مألوفة في هذه الأخيرة, و نظرا لكون الإدارة تستهدف من تنفيذ العقود الإدارية تحقيق المصلحة العامة من خلال تسيير مرفق عام, فقد خص المشرع المغربي الإدارة بعدد من الامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها و أهمها:

الفقرة الأولى : سلطة الرقابة والإشراف

تعتبر الرقابة من أهم الآثار التي تترتب عن اتصال العقد بنشاط مرفق عام, و هي عبارة عن نشاط إنساني يتجه شطر عملية تنفيذ العقد الإداري, مركزا على توقع حدوث الأخطاء و محاولة إيجاد المخرج لتجنبها و التغلب عليها, عن طريق قياس النتائج المحققة و مقارنتها بالمعايير الموضوعية.²⁶³ و من المعلوم أن للإدارة سلطة الرقابة و الإشراف على تنفيذ العقد, و هذا حق ثابت لها في جميع أنواع العقود الإدارية - و منها عقود الصفقات العمومية - باعتبارها طرفا في العقد, بيد أن ممارسة هذا الحق لا تقف عند هذا الحد, إذ يكون لها كذلك سلطة التوجيه, حيث تقوم بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على النحو الذي تريده.²⁶⁴

فصاحب المشروع في صفقات الأشغال مثلا, له حق تتبع و مراقبة تدبير الأشغال, و ذلك قصد التحقق من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها, سواء من الناحية الفنية أو التقنية أو المالية لأعمال الصفة.²⁶⁵

²⁶³ محمد الأعرج, نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغربي, منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية , العدد 73 , الطبعة الثانية مزيدة و منقحة , 2007 , ص 82.

²⁶⁴ عبد الغني بسيوني , القانون الإداري , الدار الجامعية , بيروت 1993, ص 185.

²⁶⁵ مليكة الصروح , الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال , التوريدات, الخدمات) , مطبعة النجاح الجديدة , الطبعة الثانية مزيدة و منقحة , 2012 , ص 476.

وقد أكد القضاء الإداري المصري في أحكامه العديدة، وجود هذه السلطة مستقلة عن العقد و دفا تر الشروط و اعتبرها من النظام العام، و حظر على الإدارة التنازل عنها، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن شروط العقد الإداري مظهر لإرادة، لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها، و أن هذا القانون و هو كدستور العقود الإدارية، يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، و سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، كما قررت أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق و السلطات حتى و لو لم ينص عليها العقد، لأنها تتعلق بالنظام العام.²⁶⁶

غير أن سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة إزاء المتعاقد معها، ليست مطلقة و إنما لها قيود، حيث تخضع سلطة الرقابة لاعتبارات تراعي فيها حماية المتعاقد من تعسف الإدارة، و من أهمها :

1_ يجب على الإدارة أن تتقيد بمبدأ المشروعية و هي بصدد ممارسة سلطة الرقابة.

2_ لا يجوز للإدارة و هي بصدد ممارسة الرقابة ان ترمي الى تحقيق هدف لا يمت بصلة للمرفق العام موضوع التعاقد.

3_ لا يكون من شأن تلك الرقابة مخالفة موضوع العقد أو تعديله.²⁶⁷

الفقرة الثانية : سلطة توقيع الجزاء

لما كانت التزامات نائل الصفقة، مرتبطة بتحقيق مصلحة عامة منبثقة عن تسيير مرفق عام، فإن كل إخلال من طرف المتعاقد مع الإدارة، بالإضافة إلى كونه إخلالا بالبنود التعاقدية، فإنه يعد مساسا بالمرفق العمومي موضوع العقد الواجب ضمان إستمراريته،

²⁶⁶ محمد زهور ، دور القضاء الاداري في حماية حقوق طرفي العقد الاداري _ صفقات الاشغال نموذجاً _ رسالة لنيل دبلوم الماستر ، السنة الجامعية 2011_2012 ، جامعة عبد المالك السعدي ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية طنجة ' ص 97 .

²⁶⁷ محمد الأعرج ، نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغرب ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، العدد 73 ، الطبعة الثانية مزيدة و منقحة ، 2007 ، ص 83 .

فعلى خلاف ما هو موجود في القانون الخاص، تستطيع الإدارة المتعاقدة في إطار عقود صفقات الأشغال مثلا، أن توقع على المفاوض المتعاقد المقصر بعض الجزاءات بنفسها،²⁶⁸ دون اللجوء إلى القضاء، وقوة هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المفاوض لها مبررين، الأول ردع المفاوض في حالة الإخلال بالتزاماته، و ثانيا ضمان الحصول على جودة كبيرة أثناء التنفيذ.

فكلما أخل المتعاقد بالتزاماته بشأن تنفيذ الصفقة، أو تأخر في تسليم الأعمال، أو تعاقد من الباطن دون استشارة و موافقة الإدارة المعنية، أو قام بتنفيذ الصفقة بشكل من الأشكال غير المطابق لما تم الاتفاق عليه، يمكن للإدارة المعنية أن توقع عليه جزاءات رغم عدم التنصيص عليها في بنود العقد الخاص بالصفقة، و دون اللجوء إلى القضاء، و يجد هذا المبدأ أساسه في الفقه و القضاء ضمنا لحسن سير المرافق العمومية من جهة، و تحقيقا للمصلحة العامة المنوطة بالإدارة العمومية من جهة أخرى.²⁶⁹

و من تم يكون لصاحب المشروع، أن يتخذ عدة إجراءات كجزاء إذا اخل المتعاقد معه بشرط من شروط العقد، أو قدم بيانات غير صحيحة في التصريح بالشرف.²⁷⁰

و من الجزاءات التي للإدارة سلطة إصدارها في مواجهة المفاوض، نجد الجزاءات المالية التي تشمل كلا من غرامات التأخير²⁷¹ و التعويضات و مصادرة التأمين²⁷²، و تشترك هذه الجزاءات في كونها تضع على كاهل

²⁶⁸ ادريس الحلابي الكتابي، العقود الادارية، مطبعة دار السلام، 2000، ص 60.

²⁶⁹ عبد العالي سمير، الصفقات العمومية و التنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط و الطبعة الاولى، 2010، ص 55.

²⁷⁰ المادة 70 من المرسوم رقم 2.99.1087 الصادر بتاريخ 2 ماي 2000، المتعلق بدفتر الشروط العامة.

²⁷¹ غرامة التأخير هي مبلغ من المال يحدد عادة في العقد بنسبة معينة عن كل يوم تأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المحددة في العقد.

و تفتقر غرامة التأخير عن التعويض في ان التعويض يحكم به القاضي و و يتعين إثبات حصول ضرر لاستحقاقه و يجب اعدار المدين، و للقضاء ان يخففه اذا تبث عدم تناسبه و الضرر الذي لحق بالدائن، بعكس الغرامة التي توقعها الإدارة بنفسها دون ما ضرر لإثبات حصول ضرر ما من التأخير. محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 73، الطبعة الثانية مزيدة و منقحة، 2007، ص 84.

²⁷² التأمين المؤقت هو ضمان للإبقاء على العرض طوال المدة المقررة لسريانه و لسداد التأمين النهائي عند رسو العرض، فيصاير إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض، أو اذا تخلف عن ايداع التأمين النهائي و اختارت الإدارة إلغاء العقد

المتعاقد، التزاما بدفع مبلغ من المال للإدارة، إلا أن الغرامات و التعويضات تختلفان شيئا ما، فالغرامة هي بمثابة جزاء جزافي توقعه الإدارة دون أن تكون ملزمة بإثبات أن ضررا ما قد أصابها، أو خسارة قد لحقتها، في حين أن التعويض يشارك مثيله في القانون المدني، و يقدر وفقا للضرر الحقيقي الذي لحق الإدارة، و هو على خلاف الغرامة لا حاجة إلى التنصيص عليه في العقد.²⁷³

و بالإضافة إلى ذلك فللإدارة سلطة إيقاع الجزاءات غير المالية، و من ضمنها وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، أو الجزاء الفاسخ، أو الإقصاء.

و يعتبر وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة من اخطر الجزاءات التي يتعرض لها المقاول، حيث تتولى الإدارة تأمين إدارة الورش، فتقوم بتسيير و مراقبة تنفيذ الأشغال و تأدية أجور العمال، و يبقى المقاول بعيدا يتحمل فقط مسؤولية النتائج، و تختار الإدارة الذي ينوب عنها بمحض إرادتها، و يتقاضى اجرا أو تعويضا حسب الاتفاق، و لا يستطيع المقاول أن يعارض تعيينه، و تطبيق جزاء وضع المقاوله تحت التنفيذ المباشر لا يتم فقط أثناء تنفيذ الأشغال، بل يمكن أن يطبق حتى بعد تسليمها، إذا كان المقاول لم يصلح بعد ما ظهر من خلل أو عيب بعد التسلم، لأن المقاول مسؤول عن سلامة الأشغال أثناء فترة الضمان، و إذا ظهر بها عيب فيجب عليه إصلاحه على حسابه، و إذا لم يفعل فالإدارة تقوم بذلك على نفقته و مسؤوليته.²⁷⁴

, فيصادر إذا فسخ العقد , أو إذا نفذ على حساب المتعاقد المقصر , و لكن لا يصادر التامين النهائي إذا تم بإرادة الإدارة إسناد مهمة القيام بالأشغال التي لم يتم إنجازها إلى الغير في إطار عقد جديد . محمد الأعرج ,نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغرب , منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية , العدد 73 , الطبعة الثانية مزبدة و منقحة , 2007 , ص 86.

²⁷³ عبد حداد , المرافق العمومية الكبرى , منشورات عكاظ , الرباط , 1977 , ص 120.

²⁷⁴ Flamme (M.A) ; traité théorique et pratique des marchés publics ;établissement Emile Bruylant Bruxelles 1969 . page : 694 ; ouvrage cité par ABDELLAH HADAD dans ouvrage marchés des travaux publics ; édition OKKAD ; novembre 2004 ; page : 120.

أما بالنسبة للجزاء الفاسخ, فهو جزاء مرتبط بارتكاب المقاول لخطأ جسيم أو ارتكابه أخطاء متكررة, لدرجة تجعل صاحب المشروع فاقدا للأمل في حسن تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته مستقبلا²⁷⁵.

و يفسخ العقد أيضا إذا كان الفسخ يحقق المصلحة العامة, و الحالات التي يفسخ فيها العقد هي :

1_ إذا استعمل المتعاقد الغش أو التدليس في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة.

2_ إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

كما يجوز للإدارة أن تفسخ العقد إذا توفي المقاول أو إذا أخل بأحد شروط العقد و دون حاجة إلى الذهاب للقضاء.

و بالنسبة لجزاء الإقصاء, فهو جزاء يتم اتخاذه من طرف الإدارة, إما نظرا لعدم صحة التصريح بالشرف, أو كعقوبة إضافية للجزاء الفاسخ نتيجة أعمال غش في المواد أو تدليس يقوم به المتعاقد خلال تنفيذ الصفقة, و يتخذ هذا النوع من الجزاء بمقرر للوزير المعني بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات.^{276 277}

²⁷⁵ قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 56 , بتاريخ 9 يوليوز 1959 في الملف الإداري عدد 2402/59 , منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين لسنة 1997, المادة الإدارية , ص 19.

²⁷⁶ أنظر المادة 39 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 20 مارس 2013

²⁷⁷ لجنة الصفقات أو اللجنة الوطنية للطلبات العمومية, هي أعلى جهاز يهتم بالصفقات العمومية بالمغرب , تم إنشاؤها بتاريخ 26 يونيو 1936 بموجب القرار المقيمي المؤسس لها وذلك قصد ممارسة رقابة على تحضير وتنفيذ الصفقات , وإعطاء رأيها في الأمور القانونية والتنظيمية, غير أنها لم تلعب تلك الأدوار المرجوة منها, فتم إعادة تنظيمها بموجب مرسوم رقم 2-57-0595 المؤرخ في 27 يونيو 1957, ليتم إصلاحها وإعادة تنظيمها بموجب مرسوم 30 دجنبر 1975, والذي هدف إلى جعل لجنة الصفقات خلية تفكير ودراسة وإبداء للأراء أكثر منها لجنة مراقبة ومعاينة لكل إخلال في مجال الصفقات. العلمي هناء و أمين كوثر و العروسي الإدريسي الحسني, منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني وواقع الاجتهاد القضائي المغربي, طوب بريس, الرباط, الطبعة الأولى 2010, ص.54.

الفقرة الثالثة : سلطة تعديل العقد

إذا كان المبدأ العام الذي يقوم عليه التعاقد في القانون الخاص, هو أن العقد شريعة المتعاقدين, حيث لا يمكن تغيير شروط العقد أو تعديل بنوده إلا برضا الطرفين,²⁷⁸ فإن القانون الإداري يتجاوز هذا المبدأ ليعطي للإدارة سلطات واسعة في تعديل العقد الإداري.

و يستند حق الإدارة في تعديل شروط العقد, إلى عنصر السلطة التي تتمتع به و تستخدمه لضمان المصلحة العامة المتجلية في حسن سير الأشغال و تنفيذها, و أيضا للتخلص من كل الشروط التعاقدية التي لا تحقق المصلحة العامة.²⁷⁹

إلا أنه ينبغي الانتباه إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد هي سلطة مقيدة, إذ ترد عليها بعض القيود, كأن يقتصر التعديل على نصوص العقد المتصلة بتسيير المرفق و حاجاته, و أن لا يصل الأمر إلى تعديل موضوع العقد نهائيا, أو أن يؤدي ذلك إلى تجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية, كما يمنع على الإدارة تعديل بنود العقد التي تنظم العلاقات المالية بين الإدارة و المتعاقد معها, و عدم التزام الإدارة بهذه الشروط يخول للمتعاقد الحق في الامتناع عن إجراء التعديلات المطلوبة منه, بل يجوز له المطالبة بفسخ العقد, على اعتبار أن التعويض الذي ستلتزم الإدارة بتقديمه له مقابل حقها في التعديل, لا يجبر الضرر الذي لحقه.²⁸⁰

و لقد أقرت أحكام القضاء الإداري حق الإدارة في تعديل عقودها, إذا استحدثت ظروف لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد, و سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتحلّى به, و

²⁷⁸ Vegheri Phédon ; des modification apportées par l'administration a ses contras ; thés Jouve et cine ; éditeur paris 1927 ; page : 27 .

²⁷⁹ عبد الله حداد , صفقات الأشغال العمومية و دورها في التنمية , منشورات عكاظ , دون ذكر الطبعة , نونبر 2004, ص 99.

²⁸⁰ هناء العلمي و كوثر أمين , منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني و وقائع الاجتهاد القضائي المغربي , دار النشر طوب بريس , الطبعة الأولى 2010, ص 20.

إنما مناطها احتياجات المرفق العام, فهي نتيجة ملازمة لفكرة هذا الأخير التي بها نفسر قواعد القانون الإداري و تبرر أحكامه, و بذلك تكون هناك علاقة بين سلطة الإدارة في تعديل عقودها و اعتبارات سير المرفق العام بنظام و انتظام.²⁸¹

الفقرة الرابعة : سلطة إنهاء العقد

يشكل حق إنهاء عقد الصفقة العمومية باعتباره عقدا إداريا, حقا من الحقوق الأصلية التي تتمتع بها الإدارة و الذي يقابله حق المقاول في التعويض.

و حق إنهاء العقد لا يشترط عليه مسبقا في بنود العقد, كما لا يشترط فيه إعدار المتعاقد قبلا, لأن سلطة إنهاء العقد مستمدة من المبادئ العامة لسير المرافق العمومية بنظام و انتظام, تحقيقا للصالح العام و ليس من بنود العقد, لذلك فهذا الحق لا يلزمه أن ينص عليه في العقد, أو أن يقبل به الطرف الآخر حتى يكتسب شرعيته, بل ذكره ضمن نصوص العقد لا يعدو أن يكون تنظيما لهذا الحق ليس إلا.²⁸²

و قد استقر الفقه على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة, و لكنها سلطة تقديرية يجب ان تستهدف المصلحة العامة, و أن الإدارة حينما تستعمل هذه السلطة فإنها تستعملها تحت رقابة القضاء الإداري, و ذلك لمراقبة الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد.²⁸³

²⁸¹ د محمد الأعرج , نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغرب , مرجع السابق, ص 91.

²⁸² هناء العلمي و كوثر أمين , منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني و وقائع الاجتهاد القضائي المغربي , دار النشر طوب بريس , الطبعة الأولى 2010, ص 21.

²⁸³ سليمان محمد الطماوي , الأسس العامة للعقود الإدارية , مرجع سابق , ص 780.

و في هذا الاتجاه ذهب القضاء المصري إلى أن " للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام, و ليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان لها وجه, و هذا على خلاف الأصل في العقود المدنية."²⁸⁴

و هو نفس التوجه الذي نحاه القضاء الإداري المغربي, الذي اعتبر أن " للجهة الإدارية أن تنهي العقد في أي وقت تشاء دون وقوع خطأ من المتعاقد إذا اقتضى الصالح العام ذلك, بشرط تعويض المتعاقد تعويضا كاملا."²⁸⁵

و في هذا الإطار ثار التساؤل حول سلطة القاضي في إلغاء قرار إنهاء العقد الصادر عن الإدارة إذا لم يستهدف المصلحة العامة, أو إذا انحرفت في استعمالها لسلطة إنهاء العقد, و يرى الأستاذ محمد الأعرج, أن الإدارة لا تجبر على استمرار علاقتها التعاقدية مع المتعاقد معها إذا رأت من الاعتبارات ما يمنعها من التعامل مع احد متعاقدتها لأسباب سائغة, أو إذا قدرت عدم رغبتها في استكمال أعمال المشروع محل التعاقد أو الاكتفاء بما نفذ منه أو الاستغناء عنه نهائيا, أما إذا كان قرارها لا يستهدف سوى إزاحة المتعاقد معها لتحل بدلا منه غيره لأن العبرة هنا بمصلحة المرفق العام, فإذا كانت تتحقق باستمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الأعمال و جب إلغاء قرار إنهاء العقد, أما إذا كانت مصلحة المرفق لا تتبدل بالمتعاقد الأول أو غيره, فإن حق المتعاقد المنهى عقده ينصرف إلى التعويض عن الأضرار التي لحقت به.²⁸⁶

و هو نفس التوجه الذي أخذت به المحكمة الإدارية بالدار البيضاء التي اعتبرت أنه " إذا كان الفقه و القضاء الإداريين قد استقرا على أن للإدارة الحق في إنهاء عقودها حتى و لو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ, و

²⁸⁴ حكم المحكمة الإدارية العليا , عدد 83 صادر بتاريخ 1957/04/20 , أورده أحمد عثمان في كتابه " مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية " , ص 256.

²⁸⁵ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء , عدد 264 صادر بتاريخ 2003/05/05 , منشور بالدليل العلمي للاجتهد القضائي في المادة الإدارية (467/2).

²⁸⁶ د محمد الأعرج, نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية, المرجع السابق أعلاه , ص 93.

أن للإدارة دائما سلطتها في إنهاء العقد متى قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة, و يبقى للطرف الآخر الحق في التعويض إن كان له وجه, فإن ذلك رهين بوجود ظروف تستدعي هذا الإنهاء, و أن يكون رائد الإدارة في الالتجاء إليه هو تحقيق المصلحة العامة المقصودة".²⁸⁷

و من تم يتضح أن المشرع المغربي و الإجتهادين الفقهي و القضائي, قد ضمنا للإدارة حقوقا واسعة في مواجهة المتعاقد معها, سواء من خلال سلطتها في التوجيه, و المراقبة, و إيقاع الجزاء, أو من خلال سلطتها في تعديل أو إنهاء العقد الإداري الرابط بينهما, مع العلم أن كل هذه الحقوق المخولة للإدارة تبقى مراقبة من طرف القضاء الإداري.

فما هي حقوق المقاول أو نائل الصفقة ؟

المطلب الثاني : حقوق نائل الصفقة

إن تمتع الإدارة بعدد من الامتيازات المستمدة من السلطة المخولة للشخص العام, لا يعني التعسف على المقاول أو سلبه حقوقه, و جعله يعمل على تنفيذ الصفقة العمومية في غياب أي ضمانات لاستخلاص مقابل ذلك, فقد ضمن المشرع المغربي و الاجتهاد القضائي لنائل الصفقة, العديد من الحقوق المرتبطة بشكل متواز بقيامه بالتزاماته المقررة في العقد.

و مادام أن تحقيق المصلحة الشخصية هو غاية نائل الصفقة, فإن الحصول على المقابل المادي يكون أهم حقوقه المعترف له بها بشكل بديهي (الفقرة الأولى) كما أن تقلب اقتصاديات العقد سواء بفعل أوامر الإدارة أو بفعل عوارض تنفيذه, تخول للمقاول الحق في إعادة التوازن المالي للعقد (الفقرة الثانية), هذا من جهة.

²⁸⁷ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء, رقم 503 بتاريخ 26/03/2009, شركة ايكازير ضد عمالة إقليم الجديدة, منشور المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية, عدد 87/88, أكتوبر 2009, ص 248.

أما من جهة أخرى, فقد يحصل أن يقدم نائل الصفقة خدمته خارج نطاق العقد, و هو ما يشكل إثراء بلا سبب لصالح الإدارة يستحق نائل الصفقة على إثره التعويض (الفقرة الثالثة), كما يستحقه إزاء إخلال الإدارة بالتزاماتها (الفقرة الرابعة).

الفقرة الاولى : الحق في الحصول على المقابل المادي.

يشكل المقابل المادي أحد أهم الحقوق الذي يحظى باهتمام نائل الصفقة, و هو الدافع الرئيسي من وراء إبرامه للعقد, ذلك أن المقاول أو المورد عندما يخوض غمار عمليات إبرام الصفقات العمومية, و عندما يتعهد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية أمام الإدارة, إنما يستهدف من وراء ذلك كله تحقيق الربح قل أو كثر. و المقابل المادي هو الثمن الذي يستحقه نائل الصفقة عن تنفيذها النهائي للصفقة العمومية, فبمجرد الانتهاء من تسليم التوريدات, أو تسليم الأشغال, أو القيام بالخدمات المتفق بشأنها, يثبت استحقاق المقاول للمقابل المادي الذي يوازي قيام الإدارة بأحد التزاماتها.

و يشمل ثمن الصفقة العمومية, الربح و جميع الرسوم, و الضرائب, و المكوس, و المصاريف العامة, و المصاريف الطارئة, و بصفة عامة جميع النفقات الناتجة بالضرورة عن مباشرة الأشغال, أو القيام بالخدمات, أو تسليم التوريدات, و من تم يغطي المقابل المادي نفقات و تكاليف العملية التعاقدية, إضافة إلى أرباح المتعاقد.

و القاعدة العامة في أداء المقابل المادي هي أن الإدارة لا تقوم بالدفع مسبقا, و إنما بعد تنفيذ العقد,²⁸⁸ و هو التوجه الذي نحاه القضاء الإداري المغربي, حيث قضت المحكمة الإدارية بالرباط أن " ثبوت إنجاز

²⁸⁸ فؤاد عزوزي, دور القضاء الإداري في حماية حقوق اطراف العقد الإداري, الندوة الجهوية الثالثة للمجلس الأعلى, مراكش 21-

المدعية للأشغال المتفق عليها بشكل سليم يجعلها محقة في طلب الحصول على مستحقاتها فوراً²⁸⁹. كما قضت المحكمة الإدارية بوجوده على أنه " و حيث أن المحكمة و بعد رجوعها لوثائق الملف, خاصة محضر التسليم النهائي, تبين لها أن الشركة المدعية قد أنجزت الأشغال موضوع الصفقة, و أن لجنة مشتركة من بين أعضائها عضو بالمجلس المدعى عليه, و كذا المدير الإقليمي لدى كتابة الدولة المكلف بالشباب, و رئيس القسم التقني للمجلس المذكور, أقرروا بكون الأشغال أنجزت و توجد في وضعية حسنة و يمكن استلامها بصفة نهائية.

و حيث إن محضر التسليم النهائي المذكور, يثبت إنجاز المدعية لالتزاماتها المترتبة عليها بمقتضى عقد الصفقة المبرمة بينها و بين المجلس البلدي المدعى عليه, و أن هذا الأخير أدلى بصورة شمسية لفاتورة مؤرخة في 2003/12/23, تؤكد توصل المدعية فقط بمبلغ 461.295,30 درهم, مما يبقى معه المجلس المدعى عليه مدين لهذه الأخيرة بمبلغ 59.183.38 درهم عن الصفقة الأصلية, و كذا مبلغ 46.079,37 درهم عن الأشغال الإضافية²⁹⁰.

و في نفس الاتجاه اعتبرت المحكمة الإدارية بمراكش أنه " من حق الشركة المدعية بعد إنجاز الأشغال المطلوبة منها بمقتضى صفقة الأشغال, المطالبة بمستحقاتها التي تبقى دينا بذمة البلدية المتعاقدة"²⁹¹. إلا أن قاعدة تسلم المقابل المادي, بعد قيام المقاول بكافة التزاماته ليست مطلقة, حيث أن الأمر بالصرف قد يأمر بدفع جانب من ثمن الصفقة مقدما, أو أثناء التنفيذ على شكل دفعات إذا كان المشروع يتطلب

²⁸⁹ حكم عدد 60 صادر بتاريخ 2001/12/21, أورده خالد انطيطح في رسالته لنيل شهادة الماستر حول موضوع رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية, جامعة مولاي اسماعيل, كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مكناس, السنة الجامعية 2010/2011, ص 58.

²⁹⁰ حكم المحكمة الإدارية بوجوده, رقم 1082, صادر بتاريخ 2009/06/25, ملف عدد 2008/7/18, قضية شركة ديكوريف ضد الجماعة الحضرية لمدينة جرادة.

²⁹¹ حكم عدد 4 صادر بتاريخ 1999/1/28, أورده الأستاذ محمد النجاري في مقاله " منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الشامل", مجلة المعيار, عدد 35, يونيو 2006, ص 30.

كثيرا من النفقات و يستغرق مدة طويلة, و ذلك لمساعدة صاحب الصفقة على إنجاز الأعمال و تدعيما له في أداء التزاماته,²⁹² و في هذا السياق جاء حكم المحكمة الإدارية بمكناس الذي جاء فيه بأنه " يجوز للمتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقة العمومية, طلب تسبيقات مالية قبل التسليم النهائي, على ضوء التقديرات الجزئية للأشغال في شكل كشوفات حسابية, تصير قابلة للصرف مباشرة بعد معاينة مطابقة قيمتها لما تم إنجازه من أشغال من طرف المصالح التقنية المكلفة بتتبع الأشغال ".²⁹³

و في ذات السياق قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش في قرارها عدد 751 بتاريخ 23-09-2010 في الملف رقم 08-7-125, بتأييد حكم المحكمة الإدارية بأكادير القاضي على الدولة المغربية في شخص السيد الوزير الأول, بأن يؤدي للمدعية مبلغا إجماليا قدره 437.500,00 درهم مع النفاذ المعجل في حدود نصف المبلغ المحكوم به , و تحميل المدعى عليها الصائر, و ذلك لكون المدعية قامت بإنجاز كل الأشغال و الدراسات موضوع الصفقة رقم 90 / BG / 13, التي ارتبطت بمقتضاها مع وزارة الداخلية و المتعلقة بتهيئة بحيرة سد المنصور الذهبي.²⁹⁴

و من تم يكون حق استخلاص المقابل المادي عن تنفيذ الصفقات العمومية, من الحقوق الثابتة لفائدة نائل الصفقة و المتفق بشأنها قانونا و قضاء.

²⁹² مليكة الصروخ, "الصفقات العمومية في المغرب, مطبعة النجاح –الدار البيضاء, الطبعة الأولى 2009, ص 461.

²⁹³ حكم عدد 13 صادر بتاريخ 2002/12/26, منشور بالدليل العلمي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية, الجزء الثاني, م.م.إ.م.ت, سلسلة دلائل التسيير, عدد 16, 2004, ص 437.

²⁹⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 751 بتاريخ 23 شتنبر 2010 في الملف رقم 08-7-125, بين وزارة الداخلية و شركة دينا انجنييرين, قرار غير منشور.

الفقرة الثانية : حق إعادة التوازن المالي

يشكل حق إعادة التوازن المالي²⁹⁵ المخول لنائل الصفقة العمومية, أحد الحقوق الرئيسية التي أرسى أسسها الاجتهاديين الفقهي و القضائي على حد سواء .

و يقصد بالتوازن المالي للعقد, بقاء حقوق و التزامات الأطراف بصورة متوازنة من وقت نشوء العقد, أي منذ لحظة إبرامه و حتى تمام تنفيذه,²⁹⁶ فالمقاول أثناء تنفيذه لعقد الصفقة, قد يطرأ طارئ يغير من الموازنة المالية للعقد, من قبيل استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد^{297 298}, الذي يعد من حقوقها

²⁹⁵ اعتبر القضاء الإداري المصري في الحكم الصادر بتاريخ 1957/06/30 موضوع القضية عدد 983, "أن الفقه و القضاء الإداريين , قد خلقا نظرية التوازن المالي للعقد و غيرها من النظريات و القواعد التي تحقق بقدر الإمكان, توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا التي ينتفع بها, على اعتبار ان العقد الإداري يكون مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين , و تعادل كفة الميزان بينهما , و ذلك بتعويض المتعاقد في أحوال و بشروط معينة , حتى و لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض, فتارة يكون التعويض كاملا و تارة يكون جزئيا , و أيا كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات و القواعد , أو اختلاف الرأي في مبرراتها , فإنه مما شبهة فيه انها ترتد في الحقيقة إلى أصل واحد و هو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري . حكم أورده د. سليمان الطماوي , المرجع السابق , ص 504.

²⁹⁶ علي عبد العزيز الفحام , " سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة – رسالة لنيل دبلوم الدكتوراه , جامعة عين شمس , مصر , سنة 1975 , ص 311.

²⁹⁷ اعتبر مجلس الدولة الفرنسي , انه إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد , إلى التسبب في ضرر للمتعاقد من خلال تفاقم التزاماته , فذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه, كما هو الحال عند تطبيق نظرية فعل الأمير , باعتبار ان سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد هي إحدى تطبيقاتها. دنصري منصور نابلسي " العقود الادارية – دراسة مقارنة – " , منشورات زين الحقوقية , طبعة 2004 , ص 344.

²⁹⁸ " تقتضي قواعد المشروعية , أن يصدر قرار التعديل من السلطة المختصة بإجرائه , و وفقا للإجراءات الشكلية المقررة , بحيث يكون المقاول ان يتمسك ببطان كل تعديل يتم خلافا للقواعد المقررة. " Monia Benlamlih: "le contentieux contractuel en droit administratif marocain" Revue REMALD; n° 87 . collection – manuels et travaux universitaires-. Première édition 2010 . p 48.

الأصيلة كما سبق أن أوضحنا سالفًا، أو من خلال العوارض التي تؤثر على تنفيذه و المتمثلة في فعل الأمير، و الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

و على هذا الأساس يكون للمتعاقد مع الإدارة، الحق في التعويض عن إخلال هذه الأخيرة بالتوازن المالي لعقد الصفقة، و يعتبر هذا الأمر من المبادئ العامة المتعارف عليها، و لا يحتاج إلى التنصيص على ذلك في بنود العقد.²⁹⁹

وقد حظيت نظرية فعل الأمير، و نظرية الظروف الطارئة، باهتمام بالغ من طرف الفقهاء القانونيين، سواء من حيث تحديد المفهومين معًا، أو من خلال تبيان الشروط الواجب توفرها لتطبيق النظريتين من أجل إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية.

أولاً : نظرية فعل الأمير

يقصد بعمل الأمير كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تدهور مركز المتعاقد في عقد إداري، و يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد.³⁰⁰

و تعرف هذه النظرية انتشارًا واسعًا في كتب الفقه الإداري و كذا في القضاء الإداري، إلا أنها تبقى مهمة شيئًا ما نظرًا لعدم التنصيص عليها تشريعيًا، إذ تعد هذه النظرية وليدة الاجتهاد القضائي بامتياز.³⁰¹

و من الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذه النظرية :

1- أن يتعلق الأمر بعقد من العقود الإدارية.

²⁹⁹ فدوى الابزارة، " التوازن المالي للعقد بين المفاوض و الإدارة - دراسة في ضوء الاجتهاد القضائي -، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية السوسية، السنة الجامعية 2010-2011، ص 6.

³⁰⁰ د. محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية و الصفقات العمومية، المرجع السابق أعلاه، ص 99.

³⁰¹ هناء العلمي و كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني و وقائع الاجتهاد القضائي المغربي، مرجع سابق، ص 27.

2- أن يصدر الفعل عن الإدارة المتعاقدة.

3- أن يتسبب الفعل الصادر عن الإدارة في ضرر للمقاول.

4- أن يكون الفعل غير متوقع أثناء إبرام الصفقة.

ثانيا : نظرية الظروف الطارئة

نكون أما نظرية الظروف الطارئة, إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد, و ترتب عنها خسائر غير عادية, بشكل يزيد من كلفة الأشغال المتعاقد بشأنها, و بالتالي إرهاب كاهل المقاول, و لا يستقيم التوازن المالي للعقد على ضوءها إلا بمشاركة الإدارة في تحمل جزء من

الخسائر.³⁰²

و لكي تتحقق نظرية الظروف الطارئة لابد من توفر الشروط التالية:

1- أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد و خلال تنفيذه.

2- أن يكون الظرف الطارئ راجع لأمر خارج عن إرادة المتعاقدين.

3- ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا وقت إبرام العقد.

4- أن يترتب على الظرف الطارئ اضطراب في التوازن المالي للعقد.

ثالثا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة, من النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لمواجهة الحالة التي يجد فيها المتعاقد نفسه, أمام صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة وقت إبرام العقد, يترتب عليها زيادة في أعبائه, و يجعل تنفيذ العقد على حالته أشد وطأة عليه و أكثر كلفة.³⁰³

³⁰² ذ. محمد قصري, " بعض الاشكاليات المتعلقة بالمنازعة في مجال الصفقات العمومية ", منشورات مجلة القصر, عدد 22, يناير 2009, ص 33.

³⁰³ د. علي محمد عبد المولى, " الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري - دراسة مقارنة-, بدون دار النشر, طبعة 1991, ص 566.

و لتطبيق هذه النظرية يشترط أن:

- 1- تكون الصعوبات المادية ذات طبيعة تقنية.
 - 2- أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة وقت إبرام الصفقة.
 - 3- أن تتميز الصعوبات المادية بالطابع الاستثنائي.
 - 4- أن تنتج هذه الصعوبات عن غير عمل احد أطراف الصفقة.
 - 5- أن يترتب عن التنفيذ نفقات تتجاوز الثمن المتفق عليه في الصفقة.
- و من تم فالتوازن المالي للعقد الإداري, يمثل حالة العدل التي ارتضاها طرفي التعاقد, لذلك فإن أي اختلال يحدث و يؤثر على ذلك التوازن, ينشئ الالتزام و الحق في ذات الوقت , فحيث تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي إلى سابق عهده, ينشأ للمتعاقد مع الإدارة حقه في التعويض عن الظروف التي أثرت على التوازن المالي.³⁰⁴

الفقرة الثالثة : حق التعويض عن الضرر الناشئ عن إثراء الإدارة بلا سبب.

إذا كانت مطالبة المقاوله بمستحققاتها لا يطرح إشكالا حيثما تكون تلك المستحققات ناشئة عن علاقة تعاقدية صحيحة و سليمة, و يكفي التثبت من تنفيذ المقاوله لالتزاماتها كاملة و بالشكل المطلوب لإلزام الإدارة بأداء التزامها و تمكين المقاول من مستحققاته, فإن الأمر لا يكون بهذه السهولة حينما تكون تلك المستحققات ناشئة عن علاقة تعاقدية أبرمت خارج الضوابط القانونية.

و هكذا فقد تكون الأشغال الإضافية التي نفذها المقاول المتعاقد مع الإدارة مفيدة, الشيء الذي يؤدي في حالة عدم أداء مستحققاته, إلى إثراء الإدارة و افتقار المقاول.³⁰⁵

304 د. محمد الأعرج, نظام العقود الادارية و الصفقات العمومية, المرجع السابق أعلاه , ص 97.

305 د. نصري منصور نابلسي , العقود الإدارية -دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية , طبعة 2004, ص 548.

و من الأحكام القضائية التي أسست لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب³⁰⁶ في تعويض المتعاقد مع الإدارة, نجد حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 1051 الصادر بتاريخ 2009/05/28 و الذي جاء فيه " و حيث إن كانت الشركة المدعية تستحق المقابل المادي للأشغال المنجزة في حدود النسبة المئوية المنصوص عليها قانونا, و ذلك استنادا إلى مقتضيات المرسوم 2-76-479 بتاريخ 19 شوال 1396 (76/10/14), فإنها تستحق كذلك ما زاد عن هذه النسبة, ربطا باعتراف الإدارة بالمديونية, و ربطا بضرورة و ارتباط هذه الأشغال بالإشغال الأصلية للصفقتين, و يبقى السند هنا هو نظرية الإثراء بلا سبب, ما دامت الإدارة قد استفادت فعلا من تلك الخدمات, و اعترفت بذلك, كما استقر عليه العمل القضائي.

و حيث تبعا لذلك, تكون المدعية مستحقة للمديونية التي خلصت إليها الخبرة المنجزة في الملف³⁰⁷. و في نفس السياق قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش في قرارها عدد 593 بتاريخ 2010-06-30 في الملف رقم 2005-13-381, بتأييد حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 30 بتاريخ 2009-01-12, القاضي بالحكم على الدولة المغربية في شخص الوزير الأول (وزارة التربية الوطنية) بأدائها لفائدة المدعية مبلغا قدره 411.597,64 درهم و تحميل المحكوم عليها الصائر, اعتمادا على كون المدعية بعد أن أبرمت مع المندوبية الإقليمية لوزارة التعليم بأسفي الصفقة رقم 5/1993, قصد انجاز أشغال ترميم إعدادية السلطان مولاي الحسن..... غير انه نتيجة قدم التجهيزات الخاصة بالإنارة و الترصيص, و لتقوية

306 الإثراء بلا سبب: هو كل منفعة مادية, أو معنوية, يمكن تقويمها بالمال, كالكسب مال جديد من المنقولات, أو العقارات, أو الانتفاع به بعض الوقت, أو انقضاء دين, أو إشباع حاجة مادية أو معنوية. ذ. فؤاد عزوزي, المرجع السابق, ص 126.

307 حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء, رقم 1051, صادر بتاريخ 2009/05/28, ملف عدد 2007/1358 ق ش, حكم غير منشور.

الأعمدة الأفقية و العمودية و هيكل إحدى الحجرات المدرسية ... طرأت زيادة في الأشغال على ما هو متفق عليه في عقد الصفقة.³⁰⁸

كما قضت نفس المحكمة أيضا بتأييد حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 379 بتاريخ 2006/11/21 في الملف رقم 2005/13/501, القاضي بأداء الجماعة القروية لأمزميز مبلغ 221.995,49 درهم مع الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الحكم, تأسيسا على كون شركة "سلامة إخوان" بعد أن فازت بالصفقة عدد 99/1 المتعلقة ببناء 22 دكانا لفائدة الجماعة, قامت بانجاز المشروع مع إضافة أشغال بناء أدراج, تمكن من الصعود إلى الدكاكين, و قد تم ذلك خارج إطار بنود عقد الصفقة العمومية.³⁰⁹

و بالتالي, تم إقرار حق نائل الصفقة في التعويض عن الأشغال التي ينجزها لفائدة الإدارة خارج إطار العقد, إعتقادا على نظرية الإثراء بلا سبب.

الفقرة الرابعة : حق التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

إذا كانت الإدارة تملك من السلطات و الامتيازات ما يمكنها من إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته العقدية, فإن المتعاقد يملك بالمقابل حق المطالبة بالتعويض إذا لحق به ضرر نتيجة وقوع أخطاء من جانب الإدارة, أو بسبب عدم تنفيذها لالتزاماتها العقدية, و مثال ذلك عدم تقديم الإدارة التسهيلات التي التزمت بها إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ عمله.³¹⁰

308 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش, عدد 583 بتاريخ 2010-06-30, في الملف رقم 2009-7-123, بين الدولة المغربية و مقاوله وعلال لحسن و محمد العاملة في البناء و الأشغال المختلفة, قرار غير منشور.

309 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش, عدد 599 بتاريخ 2010/06/30, في الملف رقم 09/7/380, بين شركة "سلامة إخوان" و الجماعة القروية لأمزميز, قرار غير منشور.

310 عبد الغني بسيوني, القانون الإداري, الدار الجامعية, بيروت 1993, ص 205.

غير أنه إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة أساسه خطأ مشترك وقع من المتعاقد و الإدارة, فللقاضي الإداري أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض.³¹¹

و من الأحكام التي أقرت حق المتعاقد في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها, حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 109 الصادر بتاريخ 2001/05/02, و الذي جاء فيه أنه " إذا كانت الإدارة تملك اتجاه المفاوض سلطة التوجيه و المراقبة لحسن تنفيذ الأشغال, فإن إقدامها على توقيف الأشغال و عدم تنفيذ ما التزمت به في اجتماع تم بينهما, يجعل المدعية مستحقة للمبالغ بقيمة الأشغال المنجزة و للتعويض الشامل للخسارة التي أمت بها حفاظا على التوازن المالي للمشروع."

و من خلال ما سبق, يتضح أن المشرع المغربي و الاجتهادين الفقهي و القضائي, و كما أنهما خصا الإدارة بعدد من الحقوق المرتبطة بامتيازات الشخص العام الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة, فقد خصا المفاوض أو نائل الصفقة بعد من الحقوق التي تستهدف تحقيق مصلحته الشخصية.

كما أنه و من خلال تحليلنا للنصوص القانونية المؤطرة للصفقات العمومية, يتبين أن الميزة التي تميزها, هي أنها نصوص كثيرة و متشعبة و مشتتة, كما أن دراستنا لنظام الحقوق الخاص بالإدارة و بنائل الصفقة, يبين أنه نظام تم إقراره من طرف الإجهادين الفقهي و القضائي(القضاء الإداري) و أن الإدارة تتمتع بامتيازات جد واسعة في مواجهة نائل الصفقة.

311 حكم المحكمة الادارية العليا بمصر في القضية رقم 767, صادر بتاريخ 1969/07/05, أورده عبد الغني بسيوني في المرجع السابق.

مجلة الممارس للدراسات
القانونية و القضائية
المديرة: ياسين الصبار

