REMALD
المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية

سلسلة
مؤلفات وأعمال جامعية

152
2024

مفهوم وتطبيقات حرية التعاقد من قِبل الجماعات الترابية

ذ. عبد اللطيف الشدادي

المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية شريك LexisNexis

منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية
سلسلة «مؤلفات وأعمال جامعية»

مفهوم وتطبيقات
حرية التعاقد من قِبل
الجماعات الترابية

الفهرس

❑ **مقدمة** 17

❑ **الجزء الأول: مفهوم الحرية التعاقدية ومدى ممارستها من قِبل الجماعات الترابية** 19

• **القسم الأول: صعوبة الاعتراف بالحرية التعاقدية لفائدة أشخاص القانون العام** 27

المبحث الأول: الحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام، حرية مجادل فيها 28

المطلب الأول: غموض القيمة القانونية للحرية التعاقدية 29

الفرع الأول: القيمة الدستورية للحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام موضوع نقاش 29

أ – رفض القيمة الدستورية للحرية التعاقدية من طرف القاضي الدستوري الفرنسي 30

ب – الاعتراف الغير واضح بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية لفائدة أشخاص القانون العام 31

الفرع الثاني: اعتراف القاضي الإداري بمبدأ الحرية التعاقدية 34

أ - الاعتراف الحذر بالحرية التعاقدية 35
ب - ضعف حماية الحرية التعاقدية من طرف القاضي الإداري 36
المطلب الثاني: التنصل من مبدأ سلطان الإرادة لأشخاص القانون العام 38
الفرع الأول: تنافي مبدأ سلطان الإرادة مع القانون الإداري..... 39
أ - محاولات تكريس مبدأ سلطان الإرادة..... 40
ب - النفي الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة لأشخاص القانون العام 43
الفرع الثاني : عدم تطابق نتائج مبدأ سلطان الإرادة مع خصوصيات أشخاص القانون العام 43
أ - دحض الاعتراف بالحرية التعاقدية لفائدة أشخاص القانون العام... 44
ب - مبادئ مرتبطة بمبدأ سلطان الإرادة وآثارها الشبه منعدمة 46
المبحث الثاني : الحرية التعاقدية مفهوم قليل التطابق مع خصوصيات أشخاص القانون العام 47
المطلب الأول: صعوبة التطابق ما بين الحرية التعاقدية والمصلحة العامة 48
الفرع الأول: غياب الأمن القانوني للالتزامات التعاقدية..... 49
أ - الأمن القانوني هو أساس احترام الالتزامات التعاقدية لأشخاص القانون العام..... 50
ب - استثناء مبدأ الأمن القانوني بالنسبة للالتزامات التعاقدية 51
الفرع الثاني: ترجيح مصلحة المرفق العام على الحرية التعاقدية 52
أ - تحديد اختيار طرق تدبير المرافق العمومية..... 53
ب - أسبقية المبادئ المنظمة لسير المرافق العمومية على الحرية التعاقدية .. 54
المطلب الثاني: اختصاص الأشخاص المعنوية العامة كتحدي للحرية التعاقدية 55

الفرع الأول: تمايز القدرة التعاقدية لأشخاص القانون العام 56
أ - المقتضى العام للاختصاص ليس اعترافا بالحرية التعاقدية..... 57
ب - غياب الانسجام بين الحرية التعاقدية ومبدأ التخصص..... 60
الفرع الثاني: فرض طريقة ممارسة الاختصاص..... 62
أ - فرض الطريقة التعاقدية للتخطيط وممارسة بعض الاختصاصات المحلية..... 62
ب - اختصاصات لا تمارس عن طريق التعاقد..... 64
خاتمة القسم الأول 66

- **القسم الثاني : ممارسة الحرية التعاقدية من طرف الجماعات الترابية** 67
المبحث الأول : الحرية التعاقدية خلال مرحلة تكوين العقد..... 68
المطلب الأول: نطاق حرية التعاقد أو عدم التعاقد..... 69
الفرع الأول: غياب الحرية، فرضيات المنع أو الالتزام بالتعاقد 69
أ - حدود الحرية التعاقدية في ظل غياب الاختيار بين القرار الانفرادي والقرار التعاقدي..... 70
ب - حدود الحرية التعاقدية في ظل فرض طرق تدبير المرافق العمومية ... 72
الفرع الثاني: اختيار التعاقد أو الامتناع عنه..... 73
أ - نطاق الحرية التعاقدية للجماعات الترابية 73
ب - حرية الجماعات الترابية في اختيار العقد..... 74
المطلب الثاني: الحرية التعاقدية في اختيار المتعاقدين 76
الفرع الأول: خضوع اختيار المتعاقد إلى المساطر 76
أ - مختلف المساطر المسبقة للاختيار نائل صفقة عمومية 77
ب - خضوع الجماعات الترابية للمنافسة والإشهار في اختيار المفوض له..... 78

الفرع الثاني: نجاعة حرية اختيار المتعاقدين في عقود التدبير المفوض للمرافق العامة، وعقود الصفقات العمومية 79
أ - تجانس القواعد المطبقة على عقود التدبير المفوض للمرافق العامة، وعقود الصفقات العمومية 80
ب - مختلف الرقابات على اختيار المتعاقد 82

المبحث الثاني: الحرية التعاقدية خلال صياغة العقد وتنفيذه 83

المطلب الأول: الحرية في تحديد مضمون العقد 84

الفرع الأول: الشروط المالية 85
أ - حرية تحديد مدة عقود التدبير المفوض للمرافق العامة، وعقود الصفقات العمومية 86
ب - تنظيم العلاقات التعاقدية ذات الطابع المالي في عقود التدبير المفوض للمرافق العمومية 88
ج - أداء المقابل المالي لنائل الصفقة 88

الفرع الثاني: حرية التعاقد حول المنازعات المحتملة 90
أ - حرية الجماعات الترابية في تأطير مسؤولية المتعاقد معها 91
ب - حرية تصور داخل العقد طرق تسوية المنازعات 93

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية خلال تنفيذ العقد 95

الفرع الأول: الحقوق والإلتزامات المتبادلة للأطراف 96
أ - سلطة الجماعات الترابية اتجاه المتعاقدين معها 96
ب - حقوق المتعاقدين 97

الفرع الثاني : حرية تعديل العقد خلال مرحلة تنفيذه 98
أ - الطابع الغير توقعي للوقائع الدافعة لإبرام العقد الملحق 98
ب - المنع من تغيير الاقتصاد العام للعقد 99

خاتمة القسم الثاني 101

خاتمة عامة 102

❑ **الجزء الثاني : الحرية التعاقدية للجماعات الترابية في إعداد وتنفيذ الصفقات العمومية** 105

• **القسم الأول: الحرية التعاقدية للجماعات الترابية في إعداد صفقاتها** 111

المبحث الأول: الحرية في إعداد الشروط المالية 112

المطلب الأول: تمويل صفقات الجماعات الترابية 113

الفرع الأول : الاستقلال المالي للجماعات الترابية 114

أولا : المحدودية الشكلية للاستقلال المالي 114

ثانيا : المحدودية المادية للاستقلال المالي 117

الفرع الثاني : طرق تمويل صفقات الجماعات الترابية 119

أولا: التمويل عن طريق الجماعات الترابية 119

ثانيا: التمويل عن طريق نائل الصفقة 120

المطلب الثاني: تحديد مدة عقود صفقات الجماعات الترابية 126

الفرع الأول : الآلية المعتمدة 127

الفرع الثاني: محتوى الحرية التعاقدية 128

المبحث الثاني : معالجة وضبط الاختلالات التي تشوب صفقات الجماعات الترابية 129

المطلب الأول: تأطير مسؤولية المتعاقد 130

الفرع الأول : تسليم الأعمال 131

أولا : التسليم المؤقت 132

ثانيا : التسليم النهائي 134

ثالثا : تحديد مختلف أشكال الضمانات 135

الفرع الثاني: الشروط المعفية أو التي تحد من المسؤولية 155

أولا : شرعية الشروط المعفية أو التي تحد من المسؤولية 155

ثانيا : محتوى الحرية التعاقدية 156

المطلب الثاني: ضبط حل منازعات صفقات الجماعات الترابية..... 56
الفرع الأول : اللجوء إلى الطرق الودية..... 58
أولا : الطعن المسبق..... 58
ثانيا: اللجوء إلى الطرق البديلة لفض المنازعات..... 158
الفرع الثاني: اللجوء إلى المساطر القضائية..... 161
أولا : منازعات الصفقات العمومية أمام القضاء الشامل..... 162
ثانيا : منازعات الصفقات العمومية أمام قضاء الإلغاء..... 163

- **القسم الثاني: تجسيد الحرية التعاقدية للجماعات الترابية على مستوى تنفيذ صفقاتها** 165

المبحث الأول: الحرية التعاقدية للجماعات الترابية، حرية موجهة 167
المطلب الأول : الامتيازات المخولة للجماعات الترابية في تنفيذ صفقاتها..... 167
الفرع الأول : سلطة التسيير..... 168
1. الأوامر بالخدمة ببدء تنفيذ الأشغال..... 169
2. الأوامر بالخدمة بإيقاف واستئناف تنفيذ الأشغال..... 170
3. آجال التنفيذ..... 171
الفرع الثاني: سلطة الرقابة..... 172
1. تعيين العون المكلف بتتبع تنفيذ الصفقة..... 173
2. تعيين المشرف على الأشغال..... 174
3. تعيين صاحب المشروع المنتدب..... 175
الفرع الثالث: سلطة تعديل العقد بشكل انفرادي..... 176
أولا : العقود الملحقة..... 177
ثانيا : العقد الملحق عقد إضافي..... 177
ثالثا : العقد الملحق عقد مكتوب وموقع..... 178

الفرع الرابع : سلطة توقيع الجزاء..... 178
أولا : جزاءات التأخير..... 179
ثانيا : التنفيذ المباشر على نفقة ومخاطر المقاول..... 180
ثالثا : الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية..... 181
المطلب الثاني: حماية حقوق المتعاقدين..... 182
الفرع الأول : واجب الحماية من طرف الجماعات الترابية..... 182
أولا : واجب الحماية من الأغيار..... 183
ثانيا: الحماية من الاحتمالات الناجمة عن عقد الصفقة..... 184
الفرع الثاني : توجيه الحرية التعاقدية للجماعات الترابية..... 188
المبحث الثاني : المتطلبات المرتبطة بالتنفيذ المالي، وتعديل عقد الصفقة..... 188
المطلب الأول : التنفيذ المالي للصفقات العمومية..... 190
الفرع الأول : تحديد شكليات أداء المقابل المالي..... 190
1. التزامات المشتري العمومي..... 191
2. التغييرات التي يمكن تصورها..... 192
الفرع الثاني : تحديد وقت أداء المقابل المالي..... 195
1. النظام القانوني للأداء المسبق..... 195
2. تحديد وقت أداء المقابل المالي..... 198
المطلب الثاني: تعديل عقد الصفقة، حرية مؤطرة..... 200
الفرع الأول : مشروعية التعديل..... 201
أولا : اللجوء إلى العقود الملحقة..... 201
ثانيا : تفويت عقود صفقات الجماعات الترابية..... 208
الفرع الثاني : اللجوء إلى العقود الملحقة..... 215
أولا : العقد الملحق اتفاق للإرادتين بشكل إضافي..... 216
خاتمة..... 222

❑ **الجزء الثالث : العلاقات التعاقدية بين الدولة والجماعات الترابية** 223

• **القسم الأول مفهوم التعاقد الترابي وآثاره على سياسة اللامركزية** 229

المبحث الأول : مفهوم التعاقد الترابي ومميزاته 230

المطلب الأول: تكريس حرية التصرف 231

الفرع الأول: تغيير شكل التدخل 231

الفرع الثاني: إعادة تعريف السياسات العمومية..... 233

المطلب الثاني : التعاقد بين الدولة والجماعات الترابية يرتكز على الحرية التعاقدية 234

الفرع الأول: تأطير التعاقد الترابي بالتوفيق بين الحرية التعاقدية والحقوق والحريات المعترف بها لفائدة الجماعات الترابية 235

الفرع الثاني: احترام التعاقد الترابي لقواعد توزيع الاختصاصات ... 236

المبحث الثاني : تطور مفهوم التعاقد الترابي 238

المطلب الأول: تطور مفهوم التعاقد الترابي في سياق إعادة تعريف الدور الاقتصادي والمالي للدولة..... 239

الفرع الأول: تطور التقنية التعاقدية في سياق عجز الدولة 239

الفرع الثاني: تطور التقنية التعاقدية في سياق ضبط المالية العمومية ... 240

المطلب الثاني: تطور التعاقد الترابي كاستجابة للأزمة الدولة العصرية... 241

الفرع الأول : تطور التعاقد الترابي نتيجة تحول مفهوم الدولة العناية ... 241

الفرع الثاني : التقنية التعاقدية كمؤشر لمكانة الجماعات الترابية 242

• **القسم الثاني: أفق ضبط العلاقات التعاقدية بين الدولة والجماعات الترابية**... 245

المبحث الأول : التعاقد آلية لوصاية إضافية 248

المطلب الأول: التعاقد بين رقابة المشروعية وتجسيد لرقابة الدولة 249

الفرع الأول: رقابة المشروعية استمرار للوصاية الإدارية 249
الفرع الثاني: التأكيد لسلطة الدولة على الجماعات الترابية بواسطة التعاقد 251
المطلب الثاني: التعاقد مصدر لآليات جديدة لرقابة الدولة..... 252
الفرع الأول: سلطتي الفسخ والتعديل الانفراديين كمصدر لوصاية إضافية 253
الفرع الثاني: سلطتي التسيير والرقابة كمصدر لوصاية إضافية..... 256
المبحث الثاني : التعاقد يساهم في عدم الاستقرار القانوني لعلاقات الدولة بالجماعات الترابية..... 258
المطلب الأول : التعاقد الترابي لا يحقق الأمن القانوني 260
الفرع الأول: صعوبة تصور معايير التعاقد بين الدولة والجماعات الترابية 262
الفرع الثاني: عجز التعاقد الترابي على ضمان الاستقرار القانوني لعلاقات الدولة بالجماعات الترابية 264
المطلب الثاني: التأثير السلبي للتعاقد الترابي على مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية 266
الفرع الأول : التعاقد يحد من حرية التصرف في الاختصاصات المسندة بواسطة القانون 267
الفرع الثاني: التعاقد الترابي يحد من الاستقلال المالي للجماعات الترابية 268
خاتمة 270

ذ. عبد اللطيف الشدادي

- أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة.
- حكم ووسيط لدى محكمة الاستئناف بطنجة.
- إطار سابق بالمكتب الوطني للماء والكهرباء.
- نائب الأمين العام لمؤسسة منتدى أصيلة سابقا.
- نائب رئيس المجلس البلدي لمدينة أصيلة سابقا.

من إسهاماته الفكرية:

- الحكامة الترابية في ضوء الميثاق الجماعي الجديد بالفرنسية، 2013.
- نظام الصفقات العمومية بالفرنسية، 2022.
- النشاط الإداري بالفرنسية، 2023.
- نظام الصفقات العمومية في جزأين، سنة 2019.
- حقوق المنتخبين أعضاء مجالس الجماعات الترابية، سنة 2021.
- تعديل العقد الإداري: من المفهوم إلى التطبيق، سنة 2022.
- بالإضافة إلى عدة مقالات حول القانون الإداري والحكامة الترابية باللغتين العربية والفرنسية.

Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement

Collection « Manuels et Travaux Universitaires »

2024 • N° 152

Première édition

Notion et applications de la liberté de contractualisation des collectivités territoriales

Abdellatif EL CHEDDADI

ISBN : 978-9920-643-92-4

70 Dh