إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

حسن ربازي
طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي
جامعة محمد الخامس الرباط
المغرب

الملخص

يتناول هذا العرض إشكالية إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي في القانون المغربي، انطلاقا من التعارض القائم بين مؤسسة الوقف ذات الطابع الديني الرامية إلى البر والإحسان، ومؤسسة الأصل التجاري ذات الطابع الاقتصادي الرامية إلى تحقيق الربح. ويبرز العرض أن المشرع المغربي، من خلال المادة 2 من القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، والمادة 70 من مدونة الأوقاف، استثنى صراحة إمكانية اكتساب الحق في الكراء على المحلات الموقوفة، دون أن يمنع بشكل صريح تأسيس الأصل التجاري ذاته على الملك الوقفي، مادام الحق في الكراء لا يعدو أن يكون عنصرا ثانويا من عناصر الأصل التجاري وليس شرطا لقيامه. وقد أفرز هذا الوضع تضاربا في التوجهات الفقهية والقضائية، بين اتجاه معارض يستند إلى الطابع الخاص للأملاك الوقفية وعدم قابليتها للتفويت أو الحجز، واتجاه مؤيد يرى أن غياب الحق في الكراء لا ينفي قيام الأصل التجاري بعناصره الأساسية المتمثلة في الزبناء والسمعة التجارية. كما يعالج العرض جملة من الإشكاالت القانونية والواقعية المترتبة عن هذا التأسيس، من قبيل مسطرة الإفراغ، والاختصاص القضائي، ومصير الأصل التجاري عند بيعه أو رهنه أو في إطار مساطر صعوبات المقاولة، وموقف حقوق الدائنين المرتهنين، وسلطة إدارة الأوقاف في إنهاء العلاقة الكرائية ومنع الكراء من الباطن. ويخلص العرض إلى أن دمج الوعاء العقاري الوقفي في دورة الاستثمار التجاري يبقى ممكنا من الناحية القانونية رغم ما يثيره من إشكاالت عملية، وأن الاجتهاد القضائي لم يستقر بعد على موقف موحد في هذا الخصوص.

كلمات مفتاحية: الأصل التجاري – الملك الوقفي – مدونة الأوقاف – الحق في الكراء – الكراء التجاري – الزبناء والسمعة التجارية – رهن الأصل التجاري – صعوبات المقاولة – التحفيظ العقاري – الاجتهاد القضائي.

Abstract

This paper examines whether a commercial goodwill (fonds de commerce / al-asl al-tijari) may lawfully be established on property held in waqf (Islamic religious endowment) under Moroccan law. It starts from the structural tension between the waqf institution — oriented toward religious charity and the inalienability of the endowed asset — and the commercial goodwill, which is oriented toward profit. The paper shows that Moroccan legislation (Article 2 of Law 49.16 on commercial leases, and Article 70 of the Waqf Code) expressly excludes the acquisition of lease-renewal rights over premises held in waqf, without expressly prohibiting the constitution of the commercial goodwill itself, since the right to lease renewal is only a secondary, non-mandatory element of the goodwill under :Article 79 of the Commercial Code. This gap has produced conflicting case law one line of authority denies the possibility altogether based on the special, non-transferable and non-seizable nature of waqf property, while another affirms it on the ground that the absence of a lease right does not negate the existence of clientele and trade reputation, the two constitutive elements of the goodwill. The paper further addresses the legal and practical difficulties this raises — eviction procedure, jurisdiction, the fate of the goodwill upon sale, pledge, or business-difficulty proceedings, the position of secured creditors, and the waqf administration's power to terminate the lease and prohibit subletting. It concludes that integrating waqf real estate into the commercial investment cycle remains legally possible, though practically problematic, and that Moroccan case law has .not yet settled on a unified position

مقدمة

يعد المال الركيزة الأساسية في حياة المجتمع، وبالتالي فهو محل اهتمام جميع البشر بمختلف انتماءاتهم وأجناسهم منذ القدم، وقد اختلفت طريقة كسبه باختلاف المجتمعات تبعا لطرق تداوله وانتقاله.

وبمجيء الإسلام اعترف بحق الملكية في حدود الشريعة الإسلامية، وفق الطرق الجائزة شرعا في مجال المعاملات، لا سيما نقل الملكية ومنع التصرفات التي تتنافى مع ديننا الحنيف، لكنه جاء بنوع جديد من الطرق الناقلة للملكية يتميز بخاصية عدم التداول، وهذا النوع من المعاملات يسمى بالوقف أو الحبس، فما المقصود إذن بالوقف؟

أولا: تعريف الوقف

لقد عرف الوقف بعدة تعاريف تختلف بحسب تصور كل مذهب على حدة وما يشترطه من شروط، فهناك من يرى بأن الوقف هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه على ملك معطيه ولو تقديرا[1]. ومنهم من يعتبر أن الوقف هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح[2]. وعرفه الموفق ابن قدامة في المغني والعمدة بأنه: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، وعرفه في المقنع كذلك بأنه: تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، ووافقه شمس الدين المقدسي في هذا التعريف، وقالوا إن السبب في جمع الشارع بين لفظتي التحبيس والتسبيل تبيين لحالتي الابتداء والدوام.

وأمام هذه التعريفات الفقهية المتعددة التي تزخر بها كتب الفقه، فإن المشرع الوقفي، خلافا للأصل، قد أعطى تعريفا لهذه المؤسسة غالقا الباب أمام التعريفات الفقهية والقضائية نظرا لطبيعتها الخاصة وما تلعبه من دور ديني يتجلى في بناء المساجد والمؤسسات الخيرية ومدارس التعليم العتيق، كلها أعمال تقوي الروابط بين أفراد المجتمع الإسلامي، بالإضافة إلى أدوار أخرى اقتصادية واجتماعية؛ بحيث اعتبر الوقف في المادة الأولى من مدونة الأوقاف: «كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة، وكيفما كان إنشاؤه بعقد أو بوصية أو بقوة القانون»[3].

وقد دلت على مشروعيته كثير من النصوص العامة التي جاء بها القرآن الكريم، وفصلته أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، فأما النصوص العامة من القرآن فمنها قوله سبحانه وتعالى في محكم التنزيل: ﴿لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾[4]. أما في السنة فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على الإنفاق في سبيل الله ودعا إليه برا بالفقراء وعطفا بالمحتاجين، فقال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»، رواه مسلم وأبو داود والنسائي.

ونقسم الوقف إلى ثلاثة أقسام؛ فمنها الأحباس العامة التي توقف في سبيل الله تعالى ويصرف عائدها في جهة من جهات الخير والبر والإحسان لتحقيق المنفعة العامة، وتعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، و مضافاتها والأملاك الموقوفة عليها[5].

---

[1] الفقيه العلامة ابن عرفة (شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري)، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى، 1993، ص: 119.

[2] الهيثمي، أحمد بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد-مصر، ت.ط.غ، ج6، ص: 113.

[3] ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، جريدة رسمية عدد 5818 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (13 يونيو 2010).

[4] سورة آل عمران، الآية 92.

[5] المادة 50 من مدونة الأوقاف.

وإلى جانب الأحباس العامة هناك نوع آخر من الأحباس يسمى بالأحباس الخاصة أو العائلية أو المعقبة، وهي التي كان يحبسها المحبس على عائلته أو شخص بعينه[6].

أما النوع الثالث والأخير فهو الحبس المشترك، ويكون في الحالة التي تكون فيها الاستفادة من الوقف لجهة عامة وجهة خاصة في نفس الوقت، وهو ما جاء في المادة 108 من مدونة الأوقاف حين نصت على أنه: «يعتبر وقفا مشتركا ما وقف ابتداء على جهة عامة وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه».

وقد عرف الوقف في المغرب منذ زمن مضى، قبل أن يصل إلى الحالة التي عليها الآن، مجموعة من الإكراهات، منها ما هو متعلق بالفراغ التشريعي ومنها ما هو متعلق بسلطات الحماية الغاشمة التي أثرت على وضعية الوقف اتساعا وانكماشا. ولأجل ذلك سنلقي نظرة موجزة حول التطور التاريخي للوقف.

ثانيا: التطور التاريخي للوقف المغربي

شهد الوقف عدة تطورات، فبعد أن كان تنظيمه حكرا على قواعد الفقه الإسلامي، أصبح منظما بمجموعة من الظهائر بنكهة استعمارية في فترة الحماية، وبخروج المستعمر حاول المشرع تدارك النقص التشريعي وإعادة الدور الريادي لهذه المؤسسة. وهذا ما سنحاول التطرق إليه عبر ثلاث مراحل.

أ– مرحلة ما قبل الحماية: نمى نظام الوقف ببلادنا كغيره من الدول الإسلامية منذ الفتح الإسلامي لشمال إفريقيا، إذ كان الدور الديني للأوقاف هو الأساس في نشأتها من قبل المحبسين، تعبيرا عن طاعة الله تعالى في البر والإحسان ثم طلب الأجر وحسن العاقبة في الدنيا والآخرة؛ ومن ذلك بناء المساجد وتفريشها وإنارتها وتوفير جميع الظروف الملائمة لممارسة الشعائر الدينية فيها، سيما تحفيظ القرآن الكريم. وكان السلاطين الذين تعاقبوا على الحكم بالمغرب، خصوصا في عهد الدولة العلوية، يسهرون على المحافظة على الأملاك الوقفية وتنميتها عن طريق إدارة مركزية للأوقاف تحت مسمى نظارة النظار، التي كانت تعتمد في إنشائها وإدارتها على قواعد الفقه الإسلامي المستمدة جذوره من القرآن الكريم وسنة النبي صلى الله عليه وسلم، إضافة إلى أحكام المذهب المالكي.

ب– مرحلة الحماية: لقد عمل المغرب جاهدا في مؤتمر الجزيرة الخضراء[7]، الذي أفضى إلى فرض الحماية عليه، بإفشال وتعطيل المحاولات الاستعمارية في إدراج الأحباس ضمن جدول أعمالها، إذ نصت معاهدة الحماية على احترام المؤسسات الدينية والأحباس الإسلامية. ومع بداية الاحتلال الفرنسي، ودرءا لكل تدخل في الأملاك الوقفية، أصدر السلطان مولاي يوسف مجموعة من الظهائر[8]، لتنظيمها وحمايتها من ترامي الإدارات المدنية والعسكرية الفرنسية عليها بالبيع أو الرهن أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة، وكذا حرصا منه على ألا تصرف مداخيلها في غير ما ينفع المسلمين. إلا أن سلطات الحماية، رغم كل ذلك، أحدثت تغييرات

---

[6] محمد نعناني، إرشاد الساري إلى أصول التحفيظ العقاري، دراسة عملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مطبعة الأحمدية، ط الأولى، 2011، ص: 40.

[7] مؤتمر الجزيرة الخضراء عقد في 16 يناير 1906، شاركت فيه اثنتا عشرة دولة أوروبية، تمخض عنه مجموعة من الاتفاقيات من بينها فرض الحماية على المغرب، https://ar.wikipedia.org، تمت زيارته في 16 دجنبر 2019 على الساعة 10 ليلا.

[8] ظهير 11 دجنبر 1913 المتعلق بإحصاء أملاك الوقف – الظهير الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الأول 1332 المتعلق بالجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى ظهير 1 رمضان 1374 الموافق 8 يوليوز 1955 المتعلق بالأراضي ذوات المنافع الخالية من البناء – ظهير 10 يوليوز 1913 المحدد لصلاحيات إدارة الأحباس – ظهير 3 دجنبر 1917 يتعلق بتنظيم المعارضات والكراء الطويل الأمد للأحباس الخاصة وأحباس الزوايا – ظهير 22 فبراير 1918 المنظم للحقوق الإسلامية: الجزاء، الاستئجار، الجلسة، المفتاح، الزينة – ظهير 8 يوليوز 1918 المنظم لحق الانتفاع بالأملاك الحبسية – ظهير 20 يناير 1924 المنظم لمراقبة الأحباس المعقبة – ظهير 30 يونيو 1924 في تأسيس لجنة في مدن الإيالة الشريفة للبحث عن الحقوق التي يدعى بها ومن بينها أملاك الأحباس – ظهير 16 يوليوز 1930 في ضبط كراء الأملاك المحبسة المعقبة.

جوهرية على نظام الوقف، بل استعملت العقارات الحبسية في سياستها التعميرية في عديد المدن المغربية، وعمدت إلى نزع ملكية العديد من العقارات الوقفية أو كرائها لأمد طويل للمعمرين الأجانب.

ت– مرحلة الاستقلال: بعد حصول المغرب على الاستقلال سنة 1956 بدأت التشريعات المغربية تعرف النور، وذلك بالتخلص من بقايا المستعمر الغاشمة ، بإصدار ظهير جديد بتاريخ 21 يوليوز 1913 نقلت بموجبه إلى الدولة ملكية الأراضي الفلاحية أو القابلة للفلاحة المعتبرة أوقافا عمومية. أما الأحباس الخاصة، فرغم أنها بدورها غير قابلة للتفويت مبدئيا، ولا للتقادم ولا للحجز، فقد أدت وضعيتها إلى تفتيت كثير منها، حيث تحملت بعضها بحقوق عينية وارتفاقات أصبحت مع مرور الزمن تشكل تفريعات فعلية لحق الملكية.

وتلافيا لكل خلط بين الأوقاف العامة وأملاك الخواص، فقد تدخل المشرع بمقتضى ظهير رقم 1.83.310، ورد في فصله السادس: «تعتبر وقفا على عامة المسلمين، ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشيد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومضافاتها»[9]. غير أن هذا النظام القانوني للأوقاف، بما كان يتميز به من تعدد في النصوص والأحكام المطبقة عليها وتشتتها وصعوبة الرجوع إلى مصادرها، فضلا عن اختلاف مرجعيتها، أصبح يقف حجرة عثرة في سبيل المحافظة على هذه الأملاك، وفي سبيل استثمارها وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها الخاصة ويحقق الغاية منها، وذلك بفعل تقادم هذه النصوص وعدم مواكبتها للمستجدات المجتمعية والتطورات الاقتصادية المتسارعة ببلادنا.

كلها أسباب دفعت إمارة المؤمنين إلى طلب وضع منظومة قانونية جديدة تمكن من تأطير الوقف تأطيرا قانونيا حديثا يمكّنه من مواكبة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها المملكة الشريفة[10]، وهو ما تأتى ثمرته في مدونة الأوقاف الجديدة لسنة 2010، والتي عرفت بدورها آخر تعديل بموجب الظهير الشريف رقم 1.19.36 الصادر في 16 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بغية إعادة الدور الريادي للمؤسسة الوقفية[11].

ثالثا: النظم المشابهة للوقف

يشتبه الوقف مع مجموعة من المؤسسات، من قبيل الوصية التي وإن كانت تعتبر عملا تبرعيا شأنه شأن الوقف، إلا أنها تختلف معه في أن انتقال الملكية من الموصي إلى الموصى له معلق على شرط موت الموصي، في حين أن ملكية مال الوقف تبقى في ذمة الواقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها؛ وعموما فإن مال الوقف لا يجوز التصرف في أصله بأي تصرف ناقل للملكية إلا استثناء، وعلى خلاف ذلك في الوصية بحيث يجوز للموصى له بعد وفاة الموصي التصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في المال الموصى به.

أما عن علاقة الوقف بالهبة فكلاهما يعتبران من العقود التبرعية، إلا أنهما يفترقان في كون أن عقد الهبة لا بد فيه من صدور الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له، أما الوقف فلا يشترط فيه القبول من الموقوف عليه إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا

---

[9] محمد خيري، **العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي**، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، طبعة 2018، ص: 95.

[10] مميزات ومستجدات مدونة الأوقاف، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الأربعاء 16 دجنبر 2015، www.habous.gov.ma، تمت زيارته في 16 دجنبر 2019 على الساعة 11 ليلا.

[11] ظهير شريف رقم 1.19.36 صادر في 16 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6754 – 3 رجب 1440 (11 مارس 2019)، ص: 1517.

معينا بذاته[12]. وبخصوص رجوع المال، فإنه في الهبة يجوز الرجوع إلا إذا كان الموهوب له جهة ذات منفعة عامة، أما في الوقف فإن الواقف لا يجوز له الرجوع في وقفه قانونا، اللهم إذا كانت هناك حالة ضرورة، والرجوع في الوقف لدى فقهاء المالكية كإرجاع القيء لمن قاءه، وهو ما تم تجسيده في المادة 15 من مدونة الأوقاف.

وتجدر الإشارة إلى أن للوقف في المغرب الشخصية الاعتبارية، له أهلية التقاضي وذمة مالية مستقلة، ويعد النظر في شؤونه من صلاحيات جلالة الملك ولي من لا ولي له بصفته أمير المؤمنين، وإحالة التكليف بمهامه لوزير الأوقاف بشكل مباشر دون تدخل السلطة الحكومية[13]، وعليه فإن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هي الجهاز الوصي قانونا على الأملاك الوقفية أو المال الوقفي بصفة عامة في مختلف أنحاء المملكة بواسطة نظارة الأوقاف التي يرأسها ناظر الأوقاف.

رابعا: أهمية الموضوع

تتجلى أهمية دراسة الموضوع من ناحيتين، علمية وعملية؛ علمية تكمن في التعرف على مؤسسة الأوقاف ذات الطبيعة الدينية السمحاء كمادة جديدة بالنسبة لنا كطلبة باحثين، وكذا الضوابط المؤطرة لها، وعملية تكمن في معرفة الدور الاجتماعي والاقتصادي لهذه المؤسسة خاصة في مجال الأعمال والإشكالات التي تطرحها.

خامسا: إشكالية الموضوع

لقد كان ولا يزال الوقف يلعب دورا مهما في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والدينية خاصة، من خلال توفره على كم مهم من الوعاء العقاري المغربي، من قبيل الشقق السكنية والمحلات التجارية والحمامات والأفرنة، وذلك بكراء هذه الأملاك للاستغلال التجاري ودمجها في عجلة الاستثمار وفقا للضوابط الحبسية. ونظرا لما ينتج من خلال الممارسة العملية من أصول تجارية منشأة بحكم الواقع على هذه الأملاك، بتوافد عنصر الزبناء والسمعة التجارية، مما يؤدي إلى إثارة مجموعة من الصعوبات

القانونية في الواقع العملي، نتيجة التصادم بين مؤسستين تختلفان من حيث المبدأ والغاية؛ مؤسسة الأصل التجاري التي تؤطرها نصوص ذات صلة بمجال الأعمال غايتها الربح، ومؤسسة الأوقاف ذات صلة بالمجال الديني غايتها البر والإحسان تؤطرها نصوص خاصة تلائم طبيعتها الخاصة، مستوحاة من أسس شرعية ترفض فكرة اكتساب أي حق من الحقوق للغير على أموالها، ومن بينها الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري. الشيء الذي يقودنا الى طرح التساؤل الاشكالي التالي:

كيف يمكن التوفيق بين خصوصية الملك الوقفي ومتطلبات تأسيس واستغلال الأصل التجاري، وما يترتب عن ذلك من إشكالات قانونية وواقعية على مستوى الملكية التجارية واستثمار الأملاك الوقفية؟

والذي تتفرع عنه مجموعة من التساؤلات الفرعية:

+إلى أي مدى تسمح الخصوصية القانونية للملك الوقفي (التأبيد، عدم قابلية الحجز والتفويت والتقادم) بقيام الأصل التجاري وفق الشروط المنصوص عليها في مدونة التجارة؟

+كيف يمكن التوفيق بين استثناء الحق في الكراء الذي تقرره مدونة الأوقاف وبين استمرار قيام الأصل التجاري بعنصريه الأساسيين، الزبناء والسمعة التجارية؟

---

[12] المادة 18 من مدونة الأوقاف.

[13] المادة 4 من مدونة الأوقاف: «يعتبر النظر في شؤون الأوقاف العامة من صلاحيات جلالتنا الشريفة بصفتنا أميرا للمؤمنين. ونقوم بهذه المهمة تحت سلطتنا المباشرة وزيرنا في الأوقاف والشؤون الإسلامية، في إطار التقيد بأحكام هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها».

+ما هي الإشكالات القانونية التي تطرحها التصرفات الواردة على الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي، سواء من حيث الرهن والبيع والإفراغ، أو من حيث تحديد الجهة القضائية المختصة؟

+ما هي الانعكاسات الواقعية لهذا التأسيس على المركز القانوني لصاحب الأصل التجاري وعلى ضمانات دائنيه المرتهنين؟

للإجابة على هذه التساؤلات التي تشكل موضوع هذا البحث، سنقسمه إلى مبحثين، نخصص الأول منهما لإمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي (المبحث الأول)، بينما نخصص الثاني لإشكالية الإشكالات القانونية والواقعية لتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

إن طابع الأصل التجاري كمفهوم مركب، وباعتباره مالا منقولا معنويا، يجعله يثير العديد من التحديات القانونية تتجلى في تنوع الإطار القانوني المنظم له، سواء من حيث ميلاده بتسجيله في مؤسسة السجل التجاري، أو من حيث استقراره في حيز جغرافي بارتباطه بالكراء التجاري المنظم بموجب القانون رقم 49.16، بالإضافة إلى صلته بالملكية الفكرية والصناعية، ناهيك عن تأثره بنصوص خاصة كالتشريع الوقفي الذي يجرده من أحد عناصره (المطلب الأول)، مما يفرز كثرة النزاعات المتعلقة به، نتيجة تداخل هذه النصوص التي تشكل نسقا يؤثر بعضها في البعض، وتؤدي في بعض الأحيان إلى صعوبة تكييفها مع الوقائع وخلق تضارب على مستوى العمل القضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار القانوني لتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

لقد سعى المشرع المغربي إلى توفير الحماية القانونية للملكية التجارية بتكريس مجموعة من الضمانات، منها أحقية التاجر المكتري في تجديد الكراء بتوفره على الشروط المنصوص عليها في القانون المنظم للكراء التجاري بغض النظر عن موافقة المكري، ومراعاة للمصلحة الظاهرة للوقف، فإن كلا من قانون الكراء التجاري ومدونة الأوقاف قد استثنيا صراحة اكتساب الحق في الكراء على هذه الأملاك وفقا لطبيعتها الخاصة (الفقرة الأولى)، ونظرا لأهمية الوعاء العقاري الوقفي وحجمه الهائل ومدى مساهمته في التنمية الاقتصادية عامة والاجتماعية خاصة، فقد عملت الإدارة الوقفية على خلق نوع من الملاءمة في استغلال أملاكها بما ينسجم والتطورات الاقتصادية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تأسيس الأصل التجاري على ضوء مدونتي التجارة والأوقاف

إن الأصل التجاري، حسب مقتضيات المادة 79 من مدونة التجارة[14]، هو مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، ويشتمل وجوبا على زبناء وسمعة تجارية كعنصرين أساسيين لقيامه[15].

[14] ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص: 2187.

[15] الفقرة الأولى من المادة 80 من مدونة التجارة.

وقد عمد المشرع إلى سن أحكام القانون رقم 49.16 المتعلق بالكراء التجاري لخلق نوع من التوازن بين الملكية التجارية والملكية العقارية، أي بين المكرين مالكي المحلات التجارية وبين المكترين مالكي الأصول التجارية، وذلك لتحقيق جو من السلم الاجتماعي والاستقرار الاقتصادي[16].

وإذا كانت مقتضيات القانون رقم 49.16 هي الواجبة التطبيق فيما يخص كراء العقارات المعدة للاستعمال التجاري والحرفي والصناعي، فإن المادة 2 من نفس القانون قد استثنت صراحة خضوع العقارات والمحلات التي تدخل في نطاق الأوقاف لهذا القانون، كما أكدته مدونة الأوقاف في المادة 70 في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه: «لا حق للمكتري في اكتساب الحق في الكراء على المحلات الموقوفة والمخصصة للاستعمال التجاري أو الحرفي».

والملاحظ أن كلمة الوقف أتت في نص المادة على إطلاقها، أي أنه لا يمكن اكتساب الحق في الكراء سواء كان الوقف عاما أو مشتركا أو معقبا، خلافا للفصل 4 من ظهير 25 ماي 1914 الذي كان يقضي بعدم سريان مقتضيات الظهير على الأملاك الحبسية المشاعة التي تملك فيها الأحباس ثلاثة أرباع العقار، أما الحالة التي تملك فيها الأحباس أقل من ذلك فإنه يستفاد بمفهوم المخالفة للنص أحقية المكتري بالتمسك بمقتضيات الظهير واكتسابه للحق في الكراء.

ويعتبر الحق في الكراء، حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 80، من بين الأموال الأخرى التي لم يستوجب المشرع ضرورة توفرها بصيغة الوجوب لقيام الأصل التجاري كالزبناء والسمعة التجارية، وأن عدم وجود الحق في الكراء لا يعني بالضرورة عدم قيام الأصل التجاري كونه يعد فقط عنصرا من عناصره، إذ لا يمكن لجزء ثانوي أن يحل محل الكل – الأصل التجاري – وإن كان مسلما به أن انعدامه سيؤثر في كيفية استغلاله ولا سيما التصرف فيه.

ولعل ما يفسر ذلك في الواقع العملي كون الأصول التجارية تنشأ من تاريخ فتح المحل وبدء الانتفاع به واستغلاله بغض النظر عن قيمته التجارية، بينما الحق في الكراء في الأصل لا يكتسب إلا بعد مرور سنتين من الانتفاع بالمحل، بالإضافة إلى الحالة التي تتحد فيها الملكية التجارية والملكية العقارية في ذمة شخص واحد، حيث يوجد الأصل التجاري ويكون قائما حتى في حالة غياب عنصر الحق في الكراء نظرا لانعدام العلاقة الكرائية، فهي حالة شبيهة بتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي من حيث عدم وجود الحق في الكراء وتختلف معها من حيث عدم وجود العلاقة الكرائية.

ويرى بعض الفقه، انسجاما مع التوجه القضائي، أنه لا يمكن مطلقا تأسيس الأصل التجاري[17] على الملك الحبسي بمعناه الصحيح وبشكل منتج ومخول لمجموعة من الحقوق كما جاءت به مدونة التجارة، إذ لا يمكن إقامة فيصل تمييز وتفرقة بين أصل تجاري مشتمل على الحق في الكراء وآخر مفتقر لهذا الحق، إذ الفكرة واحدة، فإما أن يوجد الأصل التجاري مستجمعا لكافة عناصره، وإما أن يكون منعدما في حالة افتقاره لهذا الحق[18].

---

[16] زهيرة بن حدو، مدى إمكانية إنشاء الأصول التجارية على الأملاك الحبسية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 20 و21 فبراير 2006 تحت عنوان الأملاك الحبسية، من تنسيق محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية، ط الأولى، 2006، ص: 188.

[17] قرار عدد 43 صادر عن محكمة الاستئناف بتازة، مؤرخ في 29/12/2007، ملف مدني عدد 755/2008، أشار له زكرياء العماري، المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثاني، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، ص: 99.

[18] زهيرة بن حدو، مرجع سابق، ص: 189-190.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول إن المشرع المغربي أفرد حماية خاصة للوقف العام من خلال منع بشكل صريح تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية، وكذا إبرام عقد التسيير الحر على الملك الموقوف[19]. ترى، هل هذا الاتجاه مؤسس على نصوص قانونية غير المادة 70 من مدونة الأوقاف والمادة 2 من القانون رقم 49.16، أم أن الأمر يتعلق بأزمة التفرقة بين الأصل التجاري وعناصره؟

إلا أننا نرى، من جانبنا المتواضع، عكس ذلك؛ كون أن الحق في الكراء لا يعد سوى عنصرا من عناصر الأصل التجاري، إذ يقوم هذا الأخير بغض النظر عن تواجد هذا الحق، وأن القول بعدم إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي بناء على المادة 2 من قانون 49.16 و/أو المادة 70 من مدونة الأوقاف هو تحميل للنص ما لا يحتمل وتفسير له أكثر من اللازم، ولعل ما يفسر طرحنا هذا هو عدم تكريس المشرع الوقفي للاجتهاد القضائي القاضي بعدم تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي، لا في مدونة 2010 ولا في التعديل الأخير لمارس 2019.

فالمشرع الوقفي كان ذكيا في عدم تكريس هذا الاجتهاد القضائي، كون أن سلطة الوقف تقتصر في حدود أمواله، أي عقاراته ومحلاته المعدة للتجارة فقط، ولا يمكن أن تمتد إلى باقي الحقوق الأخرى كالسمعة التجارية والعلامة التجارية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التنصيص على عدم إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الأملاك الوقفية سيؤدي لا محالة إلى قبر هذه الأملاك وعدم الإقبال عليها من طرف التجار، وبالتالي عدم إدماجها في عجلة التنمية الاقتصادية.

الفقرة الثانية: ملاءمة إدارة الوقف لفكرة الحق في الكراء بمسمى التولية

إن المتعارف عليه فقها أن مال الحبس يعامل معاملة اليتيم من حيث ضرورة حسن تدبيره من قبل الجهة الوصية عليه[20]، في الحدود المسموح بها وفقا لشرط المحبس الذي يعتبر كلفظ الشارع، حيث إن أصل الرقبة يظل خالصا لصاحبه – المحبس – إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وعلى هذا الأساس يوثق المحبسون رسوم التحبيس بعبارات تتضمن من الوعيد أشده ومن الترهيب أكبره، تتمثل في: «حبسا مؤبدا مخلدا إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فمن بدل أو غيّر فالله حسيبه، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون»، وهي الأساس في عدم إمكانية التصرف فيه بكل الأشكال الناقلة للملكية ولا حتى ترتيب الحقوق لفائدة الغير عليها.

وفي هذا الصدد تكمن علة عدم إمكانية اكتساب الحق في الكراء على الملك الوقفي المنصوص عليها في المادة 70 من مدونة الأوقاف، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى غبن حقوق الأوقاف، وذلك بمنح سلطة للغير على هذه الممتلكات، والمتمثلة في سلطة المكتري في تجديد الكراء بغض النظر عن المصلحة الظاهرة للوقف، وهو ما يتنافى والمقتضيات الشرعية المؤطرة لهذه المؤسسة وضرب لرغبة المحبس عرض الحائط.

ونظرا لكمية الوعاء العقاري الحبسي وأهميته في التنمية الاقتصادية والاجتماعية خاصة، فإن الإدارة الوقفية عملت على خلق نوع من الملاءمة لفكرة الحق في الكراء، كون أن التصرفات الناقلة لملكية الأصل التجاري القائم على الملك الوقفي ستؤدي لا محالة إلى حالة اعتمار موجبة للفسخ، وتتجلى هذه الملاءمة في التخفيف من مفعول المادة 70 من مدونة الأوقاف، وذلك بإمكانية تولية

[19] مراد دهام، الكراء التجاري على العقارات الوقفية بين إشكالية تأسيس الأصل التجاري عليه ومصيره في إطار مساطر صعوبة المقاولة، مجلة القضاء المدني، عدد 15 مكرر، السنة السابعة، صيف/خريف 2019، ص: 201.

[20] المادة 4 من مدونة الأوقاف.

العلاقة الكرائية للملك الحبسي للغير بإذن كتابي من السلطة المكلفة بالأوقاف، على أساس استقرار المعاملات من جهة، ودمج هذه الممتلكات في قاطرة الاستثمار من جهة أخرى.

ويتم إجراء التولية المشار إليها بمراعاة الطبيعة الخاصة للوقف ووفقا لمصلحته الظاهرة، حيث تتنازل الأوقاف عن إجراء سمسرة كراء المحل المتنازل عنه للغير مقابل أداء مبلغ نقدي يسمى الغبطة[21]، يتحدد هذا الأخير وفقا للمذكرة 158 الصادرة عن وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ 22/02/2013 الخاصة بتولية الأملاك الحضرية[22]، بالإضافة إلى الزيادة في السومة الكرائية بما ينسجم ومقتضيات المادة 80 التي تنص على أنه لا يجوز كراء الملك الوقفي بأقل من كراء المثل.

وإذا كان من المحظور اكتساب أي حق من الحقوق العرفية أو غيرها – الحق في الكراء – على الأملاك الموقوفة، فإنه ليس هناك مانع يمنع من تحبيس أملاك مثقلة بالحقوق كالحق في الكراء، وعليه فإن تحبيس ملك مؤسس عليه أصل تجاري يضم الحق في الكراء، فإن هذا الحق يبقى ملازما للملكية التجارية، ويخضع لمقتضيات الكراء التجاري طيلة عشرين سنة الموالية لعملية التحبيس، حيث تنقضي بقوة القانون وفقا لمقتضيات مدونة الأوقاف[23].

وتجدر الإشارة إلى أن مكانة الوقف في العالم الإسلامي وطابعه الأصيل، وارتباطه بحق من حقوق الله تعالى والعباد، كان الأساس في أن تظل الأحكام المؤطرة له تستمد جذورها من الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي، مما جعل المشرع المغربي يمنح هذه المؤسسة عدة خصوصيات تلائم طبيعتها الخاصة على غرار باقي الأملاك، ولا يقتصر هذا الامتياز في حدود عدم اكتساب الحق في الكراء، بل يمتد إلى المبادئ القانونية العامة، نذكر منها:

– استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير الناتجة عن التحفيظ العقاري (المادة 34).

– عدم قابلية الحجز على الملك الوقفي ولا اكتساب ملكيته بالحيازة والتقادم (المادة 40).

– لا يجوز نزع ملكية الأملاك الموقوفة وقفا عاما من أجل المنفعة العامة إلا بموافقة سلطات الأوقاف، تحت طائلة البطلان (المادة 49).

– عدم قابلية الأحكام الصادرة لصالح الأوقاف العامة في دعاوى الكراء للطعن بالاستئناف (المادة 79).

– إعفاء الأوقاف العامة من جميع الضرائب والرسوم أو أي اقتطاع ضريبي محلي أو وطني، سواء تعلق الأمر بالتصرفات والأعمال أو الدخول (المادة 125).

المطلب الثاني: العمل القضائي في تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

تعتبر مسألة تأسيس الأصل التجاري على الأملاك الوقفية من أبرز وأصعب النوازل التي تثار أمام القضاء، حيث نجد في الكثير من الأحيان تضاربا بين المواقف القضائية المعارضة والرافضة لفكرة تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي (الفقرة الأولى)، والمواقف القضائية الأخرى المؤكدة لفكرة تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي (الفقرة الثانية).

---

[21] الغبطة مفهوم فقهي إسلامي معناه تمني النعمة التي يراها الإنسان عند غيره دون تمني زوالها عنه، وهي صفة حميدة لأنها داعية للكمال وللرقي، خلافا للحسد الذي يأكل الإيمان كما تأكل النار الحطب. ودلالتها في مجال الأوقاف المغربية هي تلك الحصيلة النقدية التي يتم تحصيلها من المستفيدين الجدد من الأملاك الحبسية، وقد تصل إلى 20 مليون سنتيم للعقار الواحد أو أكثر حسب معياره وموقعه ومساحته. وقد صدرت مذكرة للأوقاف تحدد وفق جدول تقديرات مبلغ الغبطة، مقابل تفادي عرض الأملاك على السمسرة العلنية التي تؤطرها معايير متعددة، وذلك من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات.

[22] المذكرة 158 الصادرة بتاريخ 22/02/2013، منشورة في موقع: http://www.habous.gov.ma، تمت الزيارة بتاريخ 16/12/2019، على الساعة 23 ليلا.

[23] المواد 121، 122، 123 من مدونة الأوقاف.

الفقرة الأولى: الموقف القضائي المعارض

يعتبر هذا الاتجاه القضائي من المعارضين بشكل مطلق لفكرة تأسيس الأصل التجاري على الأملاك الوقفية أو الحبسية، ويدافعون عن موقفهم هذا ويبررونه بما جاء في المادة 2 من القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء المحلات المعدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، والتي تنص في فقرتها الثالثة على أنه: «لا تخضع لمقتضيات هذا القانون عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الأوقاف»، كما يؤكدون موقفهم هذا أيضا بالمادة 70 من مدونة الأوقاف، التي تنص على أنه: «لا حق للمكتري في اكتساب الحق في الكراء على المحلات الموقوفة والمخصصة للاستعمال التجاري أو الحرفي».

وبالرجوع لبعض هذه الأحكام والقرارات التي تقضي بعدم إمكانية تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية نذكر منها ما يلي:

الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء[24]، والذي جاء فيه: «بمقتضى الفصل الرابع من ظهير 25 ماي 1914، فإن مقتضيات هذا الظهير لا تنطبق على الأملاك التابعة للأحباس والخالية من حقوق المنفعة، ومن ثم فإنه لا يمكن تأسيس أي أصل تجاري على العقارات الحبسية المكراة للاستغلال التجاري».

وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها[25]، أنه: «لما كان الفصل 4 من ظهير 25 ماي 1914 ينص على أنه لا يطبق هذا الظهير على الأملاك التابعة للأحباس، والخالية من حقوق المنفعة، وكانت الأملاك الحبسية لا تخول مكتريها اكتساب الأصل التجاري على المحلات المكراة له طبقا لمقتضيات ظهير يوليوز 1914 المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية، فإن محكمة الاستئناف التجارية التي اعتبرت أنه لقيام عقد رهن أصل تجاري يجب أن يتعلق الأمر بأصل تجاري حسب التعريف الخاص به في المادة 79 من مدونة التجارة[26]، وأن أملاك الأحباس لا يمكن التصرف فيها بأي نوع من التصرفات كالرهن والبيع وغيرهما، كما لا يمكن انتقالها بالإرث، مما يتعذر معه الاستجابة لطلب تحقيق الرهن المقدم من الطالب كدائن مرتهن والرامي إلى بيع الأصل التجاري غير الموجود أصلا، للمنع الوارد في الفصل الرابع من ظهير 25 ماي 1914 من اكتسابه على ملك الأحباس، وقضت تبعا لذلك بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب، تكون قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا».

من هنا يتضح لنا جليا أن كلا من الحكم والقرار يرتكزان في موقفهما على الأساس القانوني للفصل الرابع من ظهير 25 ماي 1914 الملغى، والعلة في ذلك أن الأملاك الوقفية لا يمكن التصرف فيها لا بالرهن ولا بالبيع ولا بالإرث ولا بغيرها من التصرفات، والتي قد يخولها القانون لصاحب الأصل التجاري وللدائنين المتعاملين معه، مما جعل المحكمة الابتدائية تقضي بعدم إمكانية تأسيس الأصل التجاري على العقارات الحبسية، ومعها محكمة النقض باعتبارها أعلى درجة والتي قضت هي الأخرى في نازلة الحال برفض طلب تحقيق الرهن والمنع من تأسيس الأصل التجاري لتعارضه مع خصوصيات الأملاك الوقفية.

لكن من وجهة نظرنا المتواضعة لا نساند هذا الطرح أو الموقف القضائي، وبالخصوص الذي تنهجه محكمة النقض، حيث تبني قراراتها على أساس التفسير الواسع للنصوص القانونية، لأنه بالرجوع للمادة الثانية من القانون 49.16 التي نسخت الفصل الرابع

---

[24] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، عدد 2226، بتاريخ 20/06/2013، ملف مدني عدد 4791/12/11، منشور بمجلة المنازعات الوقفية بين محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثاني، مطبعة دار الآفاق المغربية – الدار البيضاء، سنة 2013، ص: 196.

[25] قرار صادر عن محكمة النقض، تحت عدد 649، المؤرخ بتاريخ 28/02/2008، ملف تجاري عدد 261/3/1/2008، منشور بالمجلة السابقة، الجزء الثاني، ص: 201.

[26] القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص: 2187.

من ظهير 1914 المتعلق بكراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، نجدها تنص صراحة على استثناء اكتساب الحق في الكراء إذا ما تعلق بعقار حبسي، مع العلم أن المشرع المغربي لم يذكر كلمة الأصل التجاري أبدا، فالحق في الكراء شيء والأصل التجاري شيء آخر، بل الأكثر من ذلك أن هذا الاتجاه القضائي يؤسس موقفه على أن الحق في الكراء يعتبر عنصرا رئيسيا للأصل التجاري، وهذا تفسير معيب للمادة 2 من القانون رقم 49.16 ويتناقض مع المادة 80 من مدونة التجارة التي تعتبر الحق في الكراء عنصرا ثانويا من عناصر الأصل التجاري.

الفقرة الثانية: الموقف القضائي المؤيد

اعتبر هذا الاتجاه من القضاء أنه ليس هناك ما يمنع من تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي، وذلك بعلة وجود فرق كبير وشاسع بين الأصل التجاري والحق في الكراء، إذ إن عدم وجود الحق في الكراء لا يعني بالضرورة انعدام الأصل التجاري، لأن الحق في الكراء لا يعد سوى عنصر من العناصر الثانوية المكونة للأصل التجاري، والأهم في هذا الأخير هو توفر العناصر الأصلية والضرورية له، وهي الزبناء والسمعة التجارية إضافة إلى باقي العناصر المحددة في المادة 80 من مدونة التجارة.

وفي هذا الاتجاه ذهبت بعض محاكم الموضوع، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بمكناس في قضية تلخصت وقائعها في أن نظارة الأوقاف بمكناس أكرت بمقتضى عقد مصادق عليه بتاريخ 22/02/2000 محل سيدي بوزكري باعتباره محلا من المحلات الحبسية، وأن المكتري توقف عن أداء الضرائب للخزينة العامة، فطالبت هذه الأخيرة ببيع الأصل التجاري من أجل استخلاص ديونها، وهو فعلا ما استجابت له تجارية مكناس في حكم صادر عنها بتاريخ 29/01/2001 جاء فيه: «يضرب للمدعى عليه أجل شهرين اثنين من تاريخ تبليغ هذا الحكم، وفي حالة عدم الأداء نأمر ببيع الأصل التجاري المسجل تحت عدد 19638 عن طريق المزاد العلني»[27].

من هنا نستشف أن هذا الحكم اعترف بطريقة ضمنية بإمكانية تأسيس أصل تجاري على الملك الوقفي، وبالتالي فهذا ما يلاحظ في الواقع العملي، حيث نجد العديد من الأملاك الوقفية مؤسسة عليها أصول تجارية لمدة طويلة، لأنه كما سبق الذكر يمكن تأسيس الأصل التجاري على الملك الحبسي دون الحق في الكراء، مادام المشرع المغربي لم يمنع ذلك صراحة، سواء في الفصل الرابع من ظهير 25 ماي 1914، أو حتى بعد صدور القانون 49.16 في مادته الثانية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على وعي المشرع بأهمية استثمار الأملاك الوقفية في المجال التجاري.

وفي نفس السياق جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: «يمكن التصرف في الحق في الكراء التجاري باستقلال عن بقية عناصر الأصل التجاري أو ضمن عناصر معينة منه، وأن أهمية الحق في الكراء تقتضي، مادام لم يقع الاتفاق على بيع الأصل التجاري برمته، أن تتجه إليه نية المتعاقدين ضمن تعيين ما وقع التراضي عليه، مادام أن العقد حدد ما وقع التخلي عنه من عناصر الأصل التجاري وليس منها الحق في الكراء، فإن هذا يفيد أن صاحبه قد احتفظ لنفسه بهذا الحق بالضرورة»[28].

---

[27] حكم المحكمة التجارية بمكناس، عدد 415، بتاريخ 29/01/2001، ملف عدد 511/2/3، منشور بمجلة المنازعات الوقفية بين محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثالث، مطبعة دار الآفاق المغربية – الدار البيضاء، سنة 2013، ص: 118.

[28] قرار محكمة النقض عدد 913، في الملف المدني عدد 94/87، بتاريخ 21 أبريل 1989، منشور بمجلة القانون المدني عدد 14/34، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، سنة 1989، ص: 40.

إن هذا القرار يؤكد بالملموس أسانيد هذا التوجه القضائي الذي يفسر النصوص القانونية ذات الصلة تفسيرا منطقيا يخدم المصالح الاجتماعية والاقتصادية، لأنه يعطي إقبالا مهما للمستثمرين وكبار التجار في تأسيس أصولهم التجارية على الأملاك الوقفية، ومن شأنه أيضا أن يساهم فيما يلي:

– جعل الأملاك العقارية الحبسية أداة فعالة في الدورة الاقتصادية للبلاد.

– القضاء على المنظور السلبي المتمثل في اعتبار الاستثمار التجاري خطرا على الأملاك الوقفية.

– الحفاظ على الأمن القانوني والقضائي في هذا الخصوص، بدل استمرار التضارب في الآراء الفقهية والقضائية لما له من تأثير على الواقع العملي.

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية والواقعية لتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

إن التسليم بوجود الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي يطرح مجموعة من الإشكالات، منها ما هو قانوني ومنها ما هو واقعي، ولمعالجة ذلك سنخصص المطلب الأول للحديث عن الصعوبات القانونية المرتبطة بتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي، على أن نتناول في المطلب الثاني الإشكالات الواقعية المرتبطة بتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي.

المطلب الأول: الإشكالات القانونية المرتبطة بتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

إن التسليم بإمكانية تأسيس أصل تجاري على الملك الوقفي، رغم عدم اشتماله على عنصر الحق في الكراء، قد يبدو سليما من الناحية القانونية بصريح المادة 70 من مدونة الأوقاف، والمادة الثانية في فقرتها الثالثة من القانون رقم 49.16، وفي هذا السياق تنص مقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة على أن: «الأصل التجاري يشمل وجوبا على زبناء وسمعة تجارية»، وهذا يطرح بعض التحديات على المستوى القانوني، من خلال ما تطرحه العقود الواردة عليه (الفقرة الأولى)، وسلطة إدارة الأوقاف في إنهاء عقد الكراء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إشكالية إفراغ المحل المؤسس عليه الأصل وبعض العقود الواردة عليه

إن إفراغ المكتري المستغل للأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي من شأنه أن يثير إشكالا كبيرا، سيما في الحالة التي يكون فيها الأصل التجاري مثقلا بالرهن – مرهونا – لارتباط ذلك بحقوق الأغيار – الدائنين – وهنا تثار إشكالية سواء على مستوى نوع المسطرة الواجب اتباعها في شأن دعوى المطالبة بالإفراغ، أو على مستوى المحكمة المختصة للبت في تلك الدعوى[29].

أولا: المسطرة الواجب اتباعها في شأن دعوى المطالبة بالإفراغ.

من أجل المحافظة على حقوق الدائنين من الضياع، تم تكريس مقتضيات المادتين 8 و10 من القانون رقم 49.16، حيث يستفاد من المادة 8 أنه في حالة رغبة المكري وضع حد للعلاقة الكرائية للمحل المستغل فيه الأصل التجاري المثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا، والذين يتوفرون على حقوق مسجلة على الأصل التجاري، وإشعار الدائنين المقيدين بواقعة الإفراغ حسب مقتضيات المادة 10 من نفس القانون[30].

---

[29] نعيمة الغاشي، تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية في ظل مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة المنارة، عدد 14، 2018، ص: 187.

[30] تنص المادة 40 على: «عندما تقضي المحكمة بتعويض كامل وفق مقتضيات المادة 6 أعلاه، لا يمكن استخلاص المبلغ المحكوم به إلا بعد إدلاء المكتري بشهادة مسلمة من كتابة الضبط، تثبت خلو الأصل من كل تقييد».

أما بخصوص القانون رقم 49.16، فمن المعلوم أن مقتضياته لا تسري على الأملاك الوقفية بصريح العبارة في المادة الثانية كما أسلفنا الذكر، الشيء الذي يتماشى مع مقتضيات المادة 70 من مدونة الأوقاف، حيث إن المشرع في القانون رقم 49.16 توخى من وجوب إعلام المكتري للدائن المرتهن بفسخ عقد الكراء تمكينه من إيداع التعرضات داخل الأجل المعقول لاستيفاء التعويض الذي سيحصل عليه مالك الأصل التجاري – المدين الراهن.

وعليه، فإن هذه الحالة لا تنطبق على الأملاك الوقفية على اعتبار أن مكتري الأملاك الوقفية لا يحق له المطالبة بالتعويض المذكور، والسبب هو انعدام الحق في الكراء، وبالتالي فإن المكتري لا يمكنه إثارة المسؤولية التقصيرية تجاه إدارة الأوقاف، في حالة عدم سلوكها للمسطرة الواجب اتباعها في القانون رقم 49.16، لأن هذا الأخير استثناها صراحة.

ثانيا: المحكمة المختصة للبت في دعوى المطالبة بالإفراغ.

قبل صدور القانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية[31]، كانت المحكمة الابتدائية، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، تنظر في المادة التجارية والمادة المدنية، وبموجب هذا القانون نحا المشرع نحو التخصص في المادة التجارية عن المدنية، محليا ونوعيا، حيث لقي هذا التوجه استحسانا من قبل جميع المهتمين بالمجال القانوني ومجال الأعمال لانسجامه ومناخ التجارة والأعمال، الشيء الذي من شأنه التأثير إيجابا على مسيرة الإقلاع الاقتصادي.

وعلى الرغم من رسم المشرع للحدود الفاصلة بين اختصاص المحاكم التجارية والابتدائية المدنية، إلا أن ذلك لا ينفي وجود حالات أثارت ولا تزال تثير العديد من الإشكالات فيما يخص الجهة القضائية المختصة، حيث إن العمل القضائي المغربي عرف تذبذبا فيما يخص الجهة القضائية المختصة نوعيا بالبت في دعوى إفراغ عقار وقفي مؤسس عليه أصل تجاري، إذ إن معظم المحاكم الابتدائية المدنية، عندما تثار أمامها مثل هذه القضايا، وبمجرد ما تسمع مصطلح الأصل التجاري أو الكراء التجاري، تقضي بعدم الاختصاص.

ومن هذه الأحكام نذكر على سبيل المثال لا الحصر الحكم الذي أصدرته ابتدائية بركان، والذي جاء في إحدى حيثياته: «إن ق.إ.م.ت، في مادته الخامسة[32]، جعل الاختصاص النوعي من النظام العام، بمعنى أن التصريح به يكون من قبل المحكمة تلقائيا». وقد تم استئناف هذا الحكم من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، باستئنافية وجدة، فصدر بشأنه القرار رقم 837 بتاريخ 2012/07/12، في الملف الاستئنافي عدد 1202/2011/335، والذي جاء في إحدى حيثياته: «أنه تهدف المستأنفة إلى إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد، وإحالة الملف على المحكمة الابتدائية، والحكم لها تبعا لذلك وفقا للمقال الافتتاحي»[33].

وعليه، فإن الجهة القضائية المختصة للنظر في استئناف الحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي، فيما يخص قضية استئناف الحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي، هي محكمة النقض، حيث قررت قبول الاستئناف، ونشير في هذا السياق إلى قرار صادر عن محكمة النقض، في قضية مشابهة تحت عدد 434/1، ملف إداري عدد 2016/1/4/3611، الصادر بتاريخ

[31] قانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية، المنفذ بواسطة الظهير الشريف رقم 1.97.65، الصادر في 4 شوال 1417، الموافق ل 12 فبراير 1997، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482، ص: 1141.

[32] تنص المادة 5 على أن: «تختص المحاكم التجارية بالنظر في: 1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية... 4- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية».

[33] حكم رقم 402، الصادر بتاريخ 2011/08/21، ملف عدد 416/2، غير منشور، أشارت إليه الأستاذة نعيمة الغاشي، مرجع سابق، ص: 189.

2016/04/21[34]، وعليه فإن الاختصاص ينعقد في نظرنا إلى المحاكم الابتدائية، في عقود الكراء المبرمة بين مكتري المحلات التجارية الوقفية والأوقاف العامة، على اعتبار أن المحاكم الابتدائية بصفتها صاحبة الولاية العامة، واستنادا إلى مقتضيات المادة 18 من قانون المسطرة المدنية[35]، وهذا ما أكدته المادة 44 من القانون رقم 49.16 في فقرتها الثانية، أن الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي لا يخضع لمقتضيات القانون رقم 49.16، وأن النزاع القائم بين الأوقاف والتاجر لا يتعلق بكراء تجاري، بل يتعلق بالكراء الوقفي، وبما أن العمل أو العقد المبرم بين الإدارة الوصية باعتبارها طرفا مدنيا، والمكتري باعتباره طرفا تجاريا، فإن العقد هنا مختلط، والطرف المدني له الخيار في اختيار الجهة القضائية المختصة، سواء المحكمة الابتدائية أو المحكمة التجارية.

وحسب المادة الرابعة من مدونة التجارة، فإن إدارة الأوقاف تبقى طرفا مدنيا، لها أحقية اختيار متابعة المدعى عليه أمام الجهة التي تراها مناسبة لها، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالرشيدية في قرار عدد 21 بتاريخ 2008/06/03[36]، وكذا القرار الاستئنافي عدد 165 بتاريخ 2009/10/20 عن استئنافية وجدة.

ثالثا: بيع الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي.

يخضع بيع الأصل التجاري للأحكام العامة الواردة في الفصول من 478 إلى 578 من قانون الالتزامات والعقود[37]، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة الواردة في مدونة التجارة، في المواد من 81 إلى 101، والتي قصد من خلالها المشرع حماية البائع نفسه وضمان استيفائه لثمن البيع، وضمان حقوق المشتري الذي قد يخدع في ذلك الثمن، وأخيرا ضمان حقوق دائني البائع باعتبار أن هذا الأصل ضمانة لحقوقهم[38].

وعليه فإن بيع الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي يطرح إشكالا باعتبار أن البيع يعد من العقود الفورية الناقلة للملكية، وعليه فتحقق هذه الواقعة القانونية تنقل بموجبها ملكية الأصل إلى التاجر المشتري، مما يجعله في حالة تنافي والضوابط الحبسية، أي وجود التاجر الجديد في حالة اعتمار تعتبر من موجبات الفسخ بدون تعويض وفقا لمقتضيات المادة 76 من مدونة الأوقاف، سواء بالنسبة لقيمة الأصل التجاري، أو حتى على مستوى التحسينات التي أدخلت على الملك، ولجوء هذا الأخير إلى مباشرة دعوى المطالبة بحقوقه من جراء الفسخ لا تكون له فيها الصفة[39]، لأن العلاقة الكرائية مؤسسة في الأصل بين البائع – أي المكتري الأصلي – ووزارة الأوقاف.

بالإضافة إلى ذلك، قد تثار العديد من الإشكالات، وخاصة عندما نسلم بوجود أصل تجاري، وتفتح في وجه هذه المقاولة مساطر صعوبات المقاولة، فالمشرع المغربي في مدونة التجارة رتب وقف جميع الإجراءات بغية عدم التشويش على قرارات السنديك[40]،

---

[34]«حيث إنه بمقتضى المادة 43 من قانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، تبقى الغرفة الإدارية بمحكمة النقض مختصة كمرجع استئنافي بالنظر في استئناف الأحكام المتعلقة بالاختصاص النوعي، التي أثيرت فيها دفوع بشأن اختصاص القضاء الإداري من عدمه، وذلك أيا كانت الجهة القضائية عادية أو إدارية الصادر عنها تلك الأحكام، ومادام الدفع المثار بعدم الاختصاص النوعي أمام ابتدائية بركان مصدره الحكم، فالحكم المستأنف لا يدخل في إطار هذا الطلب ويبقى تبعا لذلك غير مقبول».

[35]ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-74-447 بتاريخ 11 رمضان 1394 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية (الجريدة الرسمية بتاريخ 30 رمضان 1394 – 30 شتنبر 1974).

[36]قرار محكمة الاستئناف بالرشيدية عدد 21، بتاريخ 2008/06/03، غير منشور، تم الاطلاع عليه بمقال منشور بمجلة المنارة، مرجع سابق، ص: 183.

[37]ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

[38]محمد العمادي، بيع الأصل التجاري، مجلة المحاكم المغربية، عدد 48، ص: 78؛ أشار إليه فؤاد معلال، مرجع سابق، ص: 190.

[39]حسب الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية: «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه».

[40]تنص المادة 686 من مدونة التجارة على أن: «يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال».

كالمطالبة بفسخ عقد الكراء الوقفي في حالة عدم أداء الوجيبة الكرائية المستحقة لأكثر من ثلاثة أشهر بعد صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية مثلا.

وهنا نتساءل، في هذه الحالة، عن القانون الأولى بالتطبيق؟ إن مدونة الأوقاف جاءت بمقتضى مخالف لما جاء في المادة 686 وكذا المادة 574 من مدونة التجارة التي منحت الوقف المؤقت للإجراءات التي من شأنها تسهيل إبرام اتفاق المصالحة من قبل المصالح أو رئيس المقاولة، من خلال المادة 74 التي تنص على أنه إذا لم يؤد المكتري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من توصله بالإنذار، اعتبر في حالة مطل، وترتب عنه حق الفسخ مع التعويض.

وفي ظل هذا التضارب بين نصوص الأوقاف باعتبارها نصا خاصا، ونصوص صعوبة المقاولة باعتبارها نصا عاما، يرى بعض الفقه[41] أنه من الأجدر أن تطبق مقتضيات قانون صعوبة المقاولة، وإن كان نصا عاما، لأنها تهدف إلى حماية جميع الدائنين بمن فيهم إدارة الأوقاف وإنقاذ المقاولة باعتبارها شريان التنمية، وهذا ما سار عليه قضاء النقض ببلادنا في قرار صادر سنة 2013[42].

الفقرة الثانية: سلطة إدارة الأوقاف في إنهاء العلاقة الكرائية ومنع الكراء من الباطن

منذ فرض الحماية على المغرب، خول المشرع المغربي للإدارة الوصية على الأملاك الوقفية السلطة في إنهاء عقد الكراء، بمقتضى ظهير 2 دجنبر 1917[43]، بشأن المعاوضات والكراءات لأجل طويل، المتعلقة بالأحباس المعقبة، والذي نص على أنه لا يمكن الإذن في معاوضة ولا في كراء الأملاك الوقفية لمدة تزيد عن سنتين إلا بإذن من إدارة الأحباس، لكي لا يقع فيها تفويت ولا ضياع لما في ذلك من المصلحة الظاهرة، ونفس الأمر سار عليه ظهير 1918/02/22[44]، والذي نص هو الآخر على أن كراء أراضي وبناءات الأحباس الواقعة بالأحياء الخاصة بالتجارة، لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام، يتم بواسطة المزاد العلني بناء على عرض يقدم من طرف الراغب والطالب للكراء، وبعد تحديد مساحة العقار، ولا يمكن تجديد الكراء بعد انتهاء التسعة أعوام.

ويتعين على المكتري إفراغ المحلات وتسليمها للأحباس بجميع ما اشتملت عليه من مغروسات أو بناءات، حجرية كانت أم خشبية، وهذا ما كرسه المشرع في مدونة الأوقاف من خلال مقتضى المادة 76 بالنسبة لكراء الأملاك الوقفية غير الفلاحية في حالتين: 1- إذا احتاجت إلى العين المكتراة لإقامة مؤسسة ذات صبغة دينية، أو علمية أو اجتماعية أو إدارية. 2- إذا كان الغرض إعادة بناء العين المكتراة، أو إدخال تغييرات هامة عليها.

غير أنه في حالة لجوء إدارة الأوقاف إلى إنهاء عقد الكراء، في هاتين الحالتين بمقتضى المادة 76 في فقرتها الأخيرة، فالمشرع خول للمكتري الحق في تعويض يوازي كراء ثلاثة أشهر الأخيرة في الحالة الأولى، والأسبقية في كراء العين المعاد بناؤها في الحالة الثانية.

---

[41] مراد دهام، الكراء التجاري على العقارات الوقفية بين إشكالية تأسيس الأصل التجاري عليه ومصيره في إطار صعوبات المقاولة، مقال منشور في مجلة القضاء التجاري، عدد 15 مكرر، صيف/خريف 2019، ص: 206.

[42] قرار عدد 143، المؤرخ في 30 أبريل 2013، ملف تجاري عدد 22/1/2009، منشور بمجلة المنازعات الوقفية، الجزء الثاني، ص: 91 وما بعدها، والذي جاء في إحدى حيثياته: «لكن حيث إنه في إطار الدور الاقتصادي الهادف لمعالجة صعوبات المقاولة، اختارت محكمة المسطرة من بين الحلول المحددة حصرا بالمادة 590 من مدونة التجارة، حل تفويت المقاولة موضوع النزاع، بدل استمرارها أو تصفيتها، وهذا الاختيار الذي من شأنه الإبقاء على نشاط المقاولة بشكل يضمن أطول مدة لاستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين حسب ما تنص عليه المادتان 604 و605 من مدونة التجارة، يستتبعه تفويت العقود التي ترى المحكمة أنها ضرورية للحفاظ على نشاط المقاولة، إعمالا للمادة 606 من نفس المدونة، التي تعتبر الحكم الذي يحصر المخطط بمثابة تفويت للعقود، ولا يحول دون ذلك كون وزارة الأوقاف طرفا في عقد الكراء المفوت للمحل الذي تكتريه المقاولة، الذي سواء اكتسب الملكية التجارية أم لا، فإن المادة 606 المذكورة تجيز تفويته مع التفويت الكلي للمقاولة، بصرف النظر عن صفة الجهة المكرية».

[43] ظهير 2 دجنبر 1917، بشأن عدم الإذن في معاوضة وكراء الأملاك المعقبة.

[44] الظهير الشريف المؤرخ في 20 رجب 1336، الموافق ل 2 ماي 1918، في ضبط كراء الأملاك الحبسية، لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام.

وبالنظر لما يمكن أن يترتب عن ممارسة هذا الحق من أضرار تلحق بالمكتري، مادام أن النتيجة هي إفراغه من العين المكتراة، فإن مدونة الأوقاف قررت لمصلحة هذا الأخير مجموعة من الضمانات، تتمثل أساسا في مجموعة من الإجراءات التي فرضها المشرع الوقفي على إدارة الأوقاف، إذا ما رغبت في إنهاء الكراء بناء على إحدى الحالتين السالفتي الذكر، وذلك بمقتضى المادة 75 من مدونة الأوقاف التي تنص على ما يلي: ضرورة توجيه إنذار إلى المكتري يتضمن سبب الإفراغ؛ منح المكتري أجل شهرين من تاريخ توصله بالإنذار؛ تبليغ الإنذار إلى المكتري وتصحيحه، عند الاقتضاء، من قبل رئيس المحكمة الابتدائية المختصة.

أما فيما يخص منع كراء العقارات من الباطن، فقد منع المشرع الكراء من الباطن من خلال المادة 76 من مدونة الأوقاف، والتي جاء فيها أنه: «... يمنع الكراء من الباطن مطلقا، وكل تصرف مخالف في الحالتين المذكورتين يقع باطلا ويكون سببا في فسخ عقد الكراء الأصلي»[45].

على خلاف الكراء من الباطن المنصوص عليه في المادة 24 من القانون رقم 49.16 التي نصت على أنه يجوز للمكتري أن يؤجر المحل المكترى كله أو بعضه، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وتبقى العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الأصلي، حيث تصبح التولية بمثابة العقد الذي يربط المكتري الأصلي بالمكتري الفرعي، وعقد الكراء الأصلي الرابط بين المكتري الأصلي والمكري[46].

المطلب الثاني: الإشكالات الواقعية لتأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي

إن تأسيس الأصل التجاري رغم افتقاره لعنصر الحق في الكراء، الذي تعدمه المادة 70 من مدونة الأوقاف، فإنه لا يقتصر في إثارة إشكالات قانونية فحسب، بل يتعداها إلى إشكالات تمخضت عن الواقع العملي، منها ما هو مرتبط بصاحب الملكية التجارية (الفقرة الأولى)، وكذا ذوي الحقوق عليها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإشكالات الواقعية المرتبطة بصاحب الملكية التجارية

مما لا شك فيه أن الأصل التجاري، باعتباره مالا منقولا معنويا، يشمل جميع الأموال المنقولة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، ويشمل أيضا مجموع العناصر المعددة في إطار مقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة، والتي يحتل فيها عنصرا الزبناء والسمعة التجارية نصيب الأسد، باعتبارهما العنصرين اللازمين والأساسيين لقيامه، إضافة إلى العناصر الأخرى الثانوية كعنصر الحق في الكراء، لكن هذا العنصر بالرغم من كونه غير ضروري قانونيا لقيام وميلاد الأصل التجاري، فإن أهميته تبقى بالغة من الناحية الواقعية، ويشكل قيمة مالية مضافة للأصل التجاري، وبالتالي فإن سلبه من التاجر بأي وجه من الأوجه القانونية سيؤدي إلى الإثراء بلا سبب بالنسبة للمالك، عندما يستغله لحسابه الخاص أو لغيره، مستفيدا من عنصري الزبناء والسمعة التجارية اللذين عمل المكتري على تكوينهما، فهذه المكنة متاحة في إطار الكراء الوقفي كون المحلات الوقفية تكرى في حدود ثلاث سنوات فقط.

ويعتبر الحق في الكراء، أو ما يصطلح عليه أيضا «الحق في الإيجار»، من أهم عناصر الأصل التجاري، بل يشكل أحد العناصر الأساسية والجوهرية إلى جانب عنصري الزبناء والسمعة التجارية، كما هو شائع في الأصول التجارية المؤسسة على المقاهي والدكاكين

[45] عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الثاني، العقود الواردة على منفعة الشيء، عقد الكراء، كراء أملاك الوقف، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، أكتوبر 2018، ص: 165.

[46] مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16، مطبعة ليتوغراف، طنجة، ط الأولى، 2016، ص: 106.

أو المطاعم، حيث نجد أنه في بعض الأحيان عنصر الحق في الكراء يمكن أن يعادل أو يفوق ثمن الملكية العقارية أو ثمن المحل، وذلك[47] على خلاف بعض الشركات العملاقة التي تحتل فيها العلامة التجارية والسمعة العنصر البارز[48].

وفي الحالة التي يكون فيها الأصل التجاري مؤسسا على الملك الوقفي، سيما في الحالات المذكورة أعلاه، فإن لجوء التاجر إلى الاقتراض من أجل تنمية وتطوير نشاطه التجاري، وتقديمه الأصل التجاري كضمانة، يصطدم بكون هذا الأصل مفتقرا لعنصر الحق في الكراء الذي يعتبر عنصرا مهما جدا في المقاولات الصغرى، ويكون سندا للتاجر كضمانة للحصول على السيولة المالية على سبيل الاقتراض ومنحه كضمانة لفائدة البنك، وهو الشيء الذي لا يمكن تصوره في تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي، مما يجعل التاجر في وضع معسر، وينعكس سلبا على قيمة الأصل التجاري ككل، وقد يؤدي به إلى فقدانه لعنصري الزبناء والسمعة التجارية، بسبب عدم توفر التاجر على سيولة مالية تجعله يستغل الأصل التجاري بكيفية احترافية.

وعندما يعمد المكتري الأصلي إلى كراء المحل من الباطن، فإن هذه الحالة تشبه حالة الفسخ المقررة في المادة الثامنة من القانون رقم 49.16[49]، والتي يعفى فيها المكري من أداء أي تعويض، وفي جميع الحالات فإن التاجر صاحب الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي، وعندما ترغب إدارة الأوقاف في إنهاء العلاقة الكرائية وفقا للمادة 76، عندما تحتاج الإدارة العين المكتراة لإقامة مؤسسة دينية أو علمية، أو إعادة بنائها أو إدخال تغييرات عليها، فإن الفسخ في هذه الحالة لا يمكّن المكتري من التعويض عن قيمة الأصل التجاري، أو ما فقده من عنصري السمعة التجارية والزبناء، إضافة إلى ما أنفقه المكتري من تحسينات على المحل. فنحن نعلم أن بعض المحلات تصرف عليها الملايين من أجل إعطائها نوعا من الجمالية لجلب الزبناء، كما هو الشأن بالنسبة للأصول التجارية التي تستغل فيها المقاهي مثلا، فلا يستفيد هذا الأخير سوى من تعويض هزيل يعادل الوجيبة الكرائية لمدة ثلاثة أشهر الأخيرة، والأسبقية في حالة إعادة بناء العين.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة انتهاء مدة الكراء، أو في حالة فسخ العلاقة الكرائية سواء بناء على حالة الاعتمار أو الكراء من الباطن المشار إليهما أعلاه، أو في حالة تغيير معالم المحل أو نوع النشاط بدون إذن كتابي من طرف الجهة الوصية، فإن التاجر المكتري يجد نفسه أمام إشكال واقعي يتجلى في ضرورة نقل أصله التجاري من مكانه الحقيقي إلى مكان شاغر لمواصلة نشاطه، مما قد يؤدي هذا النقل إلى انحطاط في قيمته، سيما في الحالة التي يكون فيها النقل من مكان يتميز بالحركية والرواج التجاري إلى مكان مهجور لا يتردد عليه الزبناء بالقدر الكافي، وقد لا يجد التاجر محلا تجاريا شاغرا لمواصلة النشاط، سيما عندما يتعلق الأمر بالأصول التجارية التي تتأثر بالموقع الجغرافي – مثال أصل تجاري يستغل في الأكلات الأجنبية، فعند نقله من مكانه إلى مكان أو مدينة لا تعرف ترددا للسياح فمصير هذا الأصل هو الاندثار – وبالتالي فهذا الإشكال الواقعي من شأنه أن يؤدي إلى اندثار هذه الأصول المؤسسة على الأملاك الوقفية.

الفقرة الثانية: الإشكالات الواقعية المرتبطة بذوي الحقوق

إن علاقة مال الأصل التجاري بالغير – الدائنين – عند تأسيسه على الملك الوقفي المفتقر لعنصر الحق في الكراء يثير مجموعة من الصعوبات العملية، حينما يعمد صاحب الأصل التجاري – إذا سلمنا بوجوده على أرض الواقع – إلى تقديم الأصل التجاري كضمانة للدائنين مقابل التزامه بالوفاء، ووضعه على سبيل الرهن، لأنه يستعمل كأداة ائتمان بالنسبة للتاجر وضمان لحقوق الدائنين،

---

[47] فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، طبعة 2018، ص: 185.

[48] نذكر على سبيل المثال شركة كوكاكولا العالمية، التي تتوفر على علامة تجارية مهمة.

[49] تنص المادة الثامنة من قانون 49.16 على أن: «لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية: ... 6- إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء».

فبحلول تاريخ الاستحقاق وعدم وفاء المدين الراهن بمبلغ الدين، يبادر هنا الدائن المرتهن إلى سلوك الإجراءات القانونية لتحقيق الضمانة الرهنية، فيفاجأ حينئذ بعدم وجود الحق في الكراء، وبالتالي لا يتبقى له سوى التنفيذ على عناصر الأصل التجاري الموجودة والمتمثلة في السمعة التجارية والزبناء، بالإضافة إلى بعض البضائع التي لا يشملها الرهن حسب مقتضيات المادة 108 من مدونة التجارة، وبعض المنقولات التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تفي بتحقيق قيمة الرهن.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدم الوفاء بالديون المترتبة في ذمة الأصل التجاري في التاريخ المحدد في سند الرهن، الشيء الذي يخول للدائن المرتهن الحق في سلوك مسطرة الحجز على الأصل التجاري وبيعه عن طريق المزاد العلني، فإن ذلك من شأنه أن يثير إشكالا واقعيا نتيجة التصادم بين مؤسسة الأوقاف ومؤسسة الأصل التجاري، يتجلى في كون من رست عليه السمسرة العلنية سيصطدم بالمادة 76 التي تجعله في حالة اعتمار بدون سند قانوني موجب للفسخ بدون تعويض، وبالتالي فإن المشتري الجديد يجد نفسه بين حلين لا ثالث لهما؛ إما نقل الأصل التجاري إلى مكان آخر أو التقدم بطلب تولية الكراء إلى الجهة الوصية على الوقف قصد الحصول على إذن كتابي لتولية الكراء وفقا للضوابط الحبسية.

ومن جهة أخرى، فمن المعلوم أن الأصل التجاري كلما كان مستجمعا لجميع عناصره المستلزمة قانونا، إلا وكان امتيازا لصاحب الأصل من جهة، وولد ارتياحا واطمئنانا للدائنين المتعاملين معه. وعليه فإن الأصل التجاري المؤسس على الملك الوقفي، الذي يبقى ناقصا وغير مشمول بجميع عناصره، يطرح مجموعة من التعقيدات على المستوى القانوني والعملي، يتخبط فيها كل من صاحب الأصل ودائنيه، مما يجعل هذا العملاق بأرجل من طين، كما نعته أحد الفقهاء، كونه أقل قيمة مالية بالنسبة لصاحبه، وأقل ضمانة تجاه الأغيار.

خاتمة

نخلص القول في ختام بحثنا هذا إلى أن الممتلكات الوقفية لا يمكن نفي دورها في المجال الاجتماعي والاقتصادي خاصة، من خلال دمج وعائها العقاري في عجلة الاستثمار، وذلك بتأسيس أصول تجارية عليها نظرا لسلامة ذلك من الناحية القانونية، بغض النظر عن التحديات التي تطرحها على المستوى القانوني والواقعي، وإن كانت بعض التوجهات القضائية قد نحت في معظم أحكامها وقراراتها إلى رفض فكرة تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية.

وإن كانت هذه التوجهات القضائية مبنية على كثرة الصعوبات القانونية والواقعية التي تطرح على مستوى المحاكم المغربية فإن هذه التوجهات محمودة، وإن كانت هذه التحديات أمرا بديهيا تمخض نتيجة تصادم مؤسسة غايتها الربح والمضاربة بعيدة كل البعد عن الأسس الدينية التي ترتكز عليها مؤسسة الأوقاف التي تتمثل غايتها الأسمى في البر والإحسان. أما إذا كانت هذه التوجهات مؤسسة على غير ذلك، فإنه لا يعدو أن يكون سوى تحميل للنص ما لا يحتمل وتفسيرا له أكثر من اللازم، مما قد يؤدي إلى خلق نوع من التخوف من الإقدام على هذه الممتلكات، وبالتالي قبرها وإبعادها من مناخ الأعمال.

وعليه فإن التاجر عندما يستغل أصلا تجاريا مؤسسا على ملك حبسي، فإن كل ما يقوم به، سواء تعلق الأمر بالمجهودات التي يبذلها في التحسينات وجلب الزبناء وتأديته للوجيبة الكرائية بانتظام، يجعل منه بمثابة درع للمولى عز وجل لتنفيذ رغبة المحبس من العين المحبسة وصيانتها والحفاظ عليها، الشيء الذي يلزمه بالتقيد بثقافة وروح الوقف، وإدراك أن إدارة الأوقاف ما هي إلا وصية على تدبير هذه الأملاك، وأن مداخيلها تتعلق بحقوق الله من قبل حقوق العباد.

لائحة المختصرات

- ص: صفحة.
- ج: الجزء.
- ط: طبعة.
- س: سنة.
- ق.م.م: قانون المسطرة المدنية.
- م س: مرجع سابق.
- ع: عدد.
- ت.ط.غ: تاريخ الطبع غير مذكور.
- ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود.
- م.ت: مدونة التجارة.
- ق.إ.م.ت: قانون إحداث المحاكم التجارية.
- م.أ: مدونة الأوقاف.

المراجع والمصادر:

✓ الكتب

- عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الثاني، العقود الواردة على منفعة الشيء، عقد الكراء، كراء أملاك الوقف، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، أكتوبر 2018.
- الفقيه العلامة ابن عرفة (شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري)، ج1.
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، طبعة 2018.
- مجلة القضاء المدني، النظم القانونية للأملاك الوقفية، دراسة وأبحاث في ضوء مدونة الأوقاف، العدد 2، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط.
- مجلة المنازعات الوقفية بين محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثاني، مطبعة دار الآفاق المغربية – الدار البيضاء، سنة 2013.
- مجلة المنازعات الوقفية بين محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثالث، مطبعة دار الآفاق المغربية – الدار البيضاء، سنة 2013.
- محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، طبعة 2018.
- محمد نعناني، إرشاد الساري إلى أصول التحفيظ العقاري، دراسة عملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مطبعة الأحمدية، ط الأولى، 2011.
- مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16، مطبعة ليتوغراف، طنجة، ط الأولى، 2016.
- الهيثمي، أحمد بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6.

✓ المقالات

- زهيرة بن حدو، مدى إمكانية إنشاء الأصول التجارية على الأملاك الحبسية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 20 و21 فبراير 2006 تحت عنوان الأملاك الحبسية، من تنسيق محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية، ط الأولى، 2006.
- مراد دهام، الكراء التجاري على العقارات الوقفية بين إشكالية تأسيس الأصل التجاري عليه ومصيره في إطار مساطر صعوبة المقاولة، مجلة القضاء المدني، عدد 15 مكرر – السنة السابعة – صيف/خريف 2019.
- نعيمة الغاشي، تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية في ظل مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة المنارة، عدد 14، 2018.

✓ القوانين

- ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، جريدة رسمية عدد 5818 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (13 يونيو 2010).
- ظهير 11 دجنبر 1913 المتعلق بإحصاء أملاك الوقف.
- ظهير شريف رقم 1.19.36 صادر في 16 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6754 – 3 رجب 1440 (11 مارس 2019).
- قانون رقم 49.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.99 الصادر في 21 شوال 1437 الموافق ل 26 يوليوز 2016، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 4 ذي القعدة 1437 الموافق 8 غشت 2016.
- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996).
- ظهير 2 دجنبر 1917، بشأن عدم الإذن في معاوضة وكراء الأملاك المعقبة.
- الظهير الشريف المؤرخ في 20 رجب 1336، الموافق ل 2 ماي 1918، في ضبط كراء الأملاك الحبسية، لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام.
- قانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية، المنفذ بواسطة الظهير الشريف رقم 1.97.65، الصادر في 4 شوال 1417، الموافق ل 12 فبراير 1997، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482.
- ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996).

✓ المواقع الإلكترونية

- مميزات ومستجدات مدونة الأوقاف، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الأربعاء 16 دجنبر 2015، www.habous.gov.ma.
- المذكرة 158 الصادرة بتاريخ 22/02/2013، منشورة في موقع: http://www.habous.gov.ma.
- مؤتمر الجزيرة الخضراء عقد في 16 يناير 1906، https://ar.wikipedia.org.