الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية تقدم:

سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

العدد
30

ملخص الموضوع

الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري في ضوء القانون رقم 49.16

إعداد الباحث:
السيد الهاشم أوهي

المدير المسؤول:
ذ. محمد القاسمي

منشورات مجلة الباحث - جميع الحقوق محفوظة®
majalatlbahit@gmail.com
الرقم الدولي المعياري للدورية
ISBN: 978-9920-36-139-2

"سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

صدق الله العظيم

الآية 32 من سورة البقرة

سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

مقدمة من الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

الكلمة الافتتاحية للعدد:

يقدمها المدير المسؤول:

ذ. محمد القاسمي

بسم الله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نغدو في طريقنا حتى نبلغ مقام اليقين، والصلاة والسلام على خير الهدى وشفيع الورى والأنام وعلى أصحابه أجمعين:

أما بعد:

إن من أهم مظاهر الـــــزكاة في العلم أن يتم نشره وتبليغه للعباد، فإيمانا منا بأهمية تقريب المعلومة القانونية والقضائية للقارئ الكريم وعدم تحميله مشاق البحث والسفر قصد الحصوص عليها، تتشرف الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية بأن تضع بين يدي الفقيه والباحث والممارس والطالب وكل مهتم بالشأن القانوني هذا العدد من السلسلة الذي هو عبارة عن بحث معمق جادت به جعبة أحد الباحثين الأفذاذ، وإنه لم دواعي السرور أن نرى أعمالا كهاذه تنشر ويعرف بها لعموم المهتمين.

فالشكر الجزيل لكل من ساهم في إعداد هذه الدراسة والتنسيق بين أحضانها، والشكر الجزيل للقائمين على نشرها، وفي انتظار العدد 31 تقبلوا أسمى عبارات التقدير والاحترام والسلام.

حرر بالمملكة المغربية الشريفة بتاريخ 2020/05/06

شروط النشر في السلسلة:

- **أن يكون البحث المراد نشره بحثا معمق كـــالكتب والأطاريح والرسائل**
- **أن يتم تنقيح البحث من كل الأخطاء النحوية والمنهجية التي تعثريه**
- **إذا كان المراد نشره يستوجب إذن من لذن جهة معينة فوجب الإدلاء به**
- **يتحمل كاتب كل بحث معمق منشور بالسلسلة سواء كان كتاب أو أطروحة أو رسالة المسؤولية الكاملة عن كل ما يشوبه من سرقات أدبية ومغالطات علمية – مـع حفظ حق طاقم السلسلة في المتابعة الـقانونية.**
- **يمنح لكل بحث معمق وارد على السلسلة عـدد خاص ينشر فيه بعده**
- **تنشر السلسلة بشكل دوري في آجال مختلفة لا تتعدى في مجملها شهر**
- **إرسال البحث المـراد نشره بصيغة الـــوورد لبريد السلسلة الإلكتروني**..... MAJALATLBAHIT@GMAIL.COM

أصل هذا العمل هو:

رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص

تخصص ماستر المنازعات والمهن القانونية

أشرف عليها الدكتور إسماعيل أبو ياسين

كلية الحقوق – جامعة ابن زهر - أكادير

إهداء:

إلى من علمني الصبر والنجاح والأمل والصمود مهما تغيرت الظروف، إلى من افتقدته في مواجهة الصعاب ولم تمهله الدنيا لأرتوي من عطفه وحنانه:

أبي بجوار ربه الرحيم رحمة الله عليه.

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها وعظيم امتناني لها، من ربتني وعلمتني، وقاست وعملت لأكون ما أنا عليه، من زودني بالعطف والرعاية والحنان:

أمي الكريمة حفظها الله وأطال في عمرها

إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندونني في السراء والضراء، ويتنازلون عن حقوقهم وحاجاتهم لإرضائي وإسعادي:

إخواني وأخواتي.

إلى من أضاء بعلمه ظلمات غيره، وأعطى الجواب الصحيح خير سائليه، فأظهر بسماحته تواضع العلماء، وبرحابة صدره وطيب خاطره سماحة العارفين:

فضيلة الدكتور إسماعيل أبو ياسين.

إلى من كانوا نبراسا مضيئا في دربي لا يملون ولا يكلون من إغناء رصيدي الثقافي والمعرفي:

أساتذتي الكرام بسلكي الإجازة والماستر.

إلى خير الصحبة والرفقة، من تشاركنا معهم لحظات الدراسة، وتسارعنا وتعاونا معهم للحصول على المعلومة العلمية:

زملائي وزميلاتي بماستر المنازعات –الفوج الثالث-

إلى كل من مد لي يد العون وساعدني لا من قريب ولا من بعيد، الذين يمنحون دون مقابل، إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة جهدي "هذا البحث" أدام الله مجدكم وعزكم وحفظكم من كل سوء ورعاكم وخلد في الصالحات ذكراكم وأعمالكم.

شكروتقديروعرفان:

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا برحمتك وعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك، أنت الله الرحمان الرحيم العظيم الكريم الحليم المنان وحدك جل جلالك.

إلى من نصح الأمة وكشف الغمة وأدى الرسالة وبلغ الأمانة وعبد ربه حتى أتاه اليقين نبي الرحمة والهدى والتقى ونور العالمين محمد صلى الله عليه وسلم وآله الطيبين الطاهرين العفيفين الطيبين.

إنه في مثل هذه اللحظات ليتوقف اليراع عن التفكير قبل أن يخط حروفا ليجمعها في كلمات. كلمات، تبعثر الحروف، وألححت تجميعها في سطور فجاءت كما يلي:

لا يسعني في هذا المقام وأنا أخط آخر سطور هذه الرسالة، إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان، إلى كل من أنار شمعة في درب علمي الشاق والحالك، إلى من وقف على منابر مناه وأعطاني من حصيلة فكره ليشد بيدي في طريق البحث والعلم أساتذتي الكرام البررة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –جامعة ابن زهر- بأكادير.

إلى من إن قلت فيه مدحا فما جئت بجديد فضيلة الدكتور إدريس الحياني، بجانبه أستاذي الفاضل الدكتور إسماعيل أبو ياسين الذي تفضل على بالإشراف على هذه الرسالة، فلولا توجيهاته وصبره وحلمه على لما استطعت إتمامها وإعدادها.

كما أسوق خيل الكرامة طوابير بالهيل والشكر المثنى ملايا وأعلن ودي وامتناني للسادة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا على بوقتهم لمناقشة هذه الرسالة، فجزاهم الله خير الجزاء والثواب ولكم مني وافر التقدير والاحترام.

قال تعالى: "وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله هو خيرا وأعظم أجرا واستغفروا الله إن الله غفور رحيم". سورة المدثر: الآية 20.

لائحة فك الرموز:

بالعربية:

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية.

م.ت: مدونة التجارة.

م.ح.ع: مدونة الحقوق العينية.

ق.ل.ع: قانون الالتزامات والعقود.

م. أ: مدونة الأسرة.

ق: القانون.

ط: طبعة.

م: مطبعة.

بالفرنسية:

ع: عدد.

op.cit: Référence ci-dessus.

م.س: مرجع سابق.

C.C: Code de commerce.

ج.ر: جريدة رسمية

L: Loi

ع.ذ.ط: عدم ذكر الطبعة..

É: édition.

ع.ذ.م: عدم ذكر المطبعة.

P: Page.

ع.ذ.س: عدم ذكر السنة.

Id: ibid.

مقدمة:

أولا: الإطار العام للموضوع:

إن للملكية عموما، وللملكية العقارية على وجه الخصوص، وظيفة اجتماعية وأخرى اقتصادية.

ومن الناحية القانونية فحق الملكية يوفر لصاحبه –أي المالك- حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف بوجهيه المادي والقانوني، في الحدود التي يسمح بها القانون وبالكيفية التي تجعله يساهم في تحقيق الوظيفتين أعلاه.

وفي الواقع قد يستغل المالك في الأحوال العادية ملكه بنفسه، وقد يتنازل عن منافعه للغير، بعوض أو بدون عوض حسب الأحوال.

والتنازل عن منفعة الشيء موضوع الملكية، غالبا ما يتم من المالك إلى الغير بمقابل، أي في صورة كراء يحقق لهذا الطرف هدفا اجتماعيا، وللطرف الآخر هدفا اقتصاديا من حيث المبدأ[1]، فالكراء يقوم بدور اقتصادي واجتماعي جد مهم، بحيث يسمح باستعمال معقلن للثروات فهو يمكن المكتري من استعمال الأموال والانتفاع بها، ويعفيه من تجميد رأسمال مهم في بناء أو شراء عقار، في حين يمكن المكري المالك لهذه الأموال من الحصول على ثمارها التي تتمثل في أجرة الكراء، إضافة إلى ذلك فإن كراء العقارات يغطي حاجة المواطنين للسكن وحاجة التجار للاستقرار بالمحلات التجارية أو الصناعية أو الحرفية، سيما لارتباطه الوثيق بالزبناء[2].

[1] - أبو القاسم الطيبي، إفراغ المحلات التجارية، دراسة على ضوء القانون 49.16، (ع.ذ.م)، ط. 2018، ص: 5.
[2] - عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الثاني، العقود الواردة على منفعة الشيء، عقد الكراء، م. ياديب –الرباط- ط. الثانية 2016، ص: 7.

ويعتبر الأصل التجاري[3] من أهم ما ابتدعه الفكر التجاري –الممارسة التجارية- بالرغم من أن الإنسان عرف التجارة منذ زمن بعيد، إلا أن فكرة الأصل التجاري لم تكن معروفة لديه، لأن أحدا لم يحاول التقريب بين العناصر المختلفة، التي تساهم في الاستغلال التجاري وخاصة أن بعض هذه العناصر غير ملموسة، وبالأخص العناصر المعنوية كحسن المعاملة وجودة السلع والبضائع، والمكان المعروضة فيه[4]، لكنه مع بداية القرن التاسع عشر تنبه التجار إلى الأهمية الاقتصادية لكل عنصر من العناصر التي تتواجد فيها وهو ما يعرف بالأصول التجارية[5]، فالتجارة والصناعة لم تكن وليدة العصر الحديث، بل كانت معروفة في العصور الغابرة، فهي قديمة قدم الإنسان، عملا بقاعدة "أن لكل تاجر أو صانع أصل تجاري"، سواء كان هذا الأصل ظاهرا أم خفيا في فكر الإنسان، واختلف ظهور فكرة "الأصل التجاري" وعناصره المادية والمعنوية، باختلاف الأمم والشعوب والأقوام والأزمان.

فقد عرف العرب المتجر والمصنع منذ القدم، إلا أنهم كانوا يربطون هاتين المؤسستين بالعناصر المادية وبالمكان أكثر من ربطهما بالعناصر المعنوية، وبعبارة أخرى، فقد كانت القيمة الاقتصادية للمتجر والمصنع تستمد من البضائع والسلع الموجودة فيه، ومن حذق ومهارة التاجر الذي كان يسعى لجلب الزبناء إلى المكان الذي يتواجد فيه هو.

---

[3] - عرف المشرع الأصل التجاري في المادة 79 من م.ت، بأنه:" مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية".

[4]- محمد خياط، القانون التجاري المغربي الجديد، التاجر والأنشطة التجارية، الأصل التجاري، م. دار النشر، -الجسور- وجدة- سنة 2001، ص: 190.

ويكتسي الأصل التجاري أهمية بالغة باعتباره قوام الملكية التجارية والصناعية وعمودها الفقري، ويرجع ذلك إلى الكم الهائل للقضايا التجارية المتعلقة به، والمعروضة على أنظار المحاكم. -

الطيب بن لمقدم، عناصر الأصل التجاري، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد المزدوج، الرابع عشر-والخامس عشر-(-14 15)، 2016/2015، ص: 151.

[5]- Driss Alami Machichi (M), Droit commercial fondamental au maroc. Rabat 2006 P: 305.

وقد تنبه العرب والمغاربة على اختلاف عقائدهم والمسلمون بصفة عامة إلى أهمية الحق في الكراء ودوره في جلب الزبناء والحفاظ عليهم، وأطلقوا عليه "الجلسة" والحق في التخلي عن الكراء أو المفتاح وأطلقوا عليه "الخلو"[6].

ويقصد بالجلسة تبقية واستمرار الكراء، وبالخلو والحلاوة أو الغبطة التي يدفعها مكتر جديد مقابل المفتاح، أي مقابل التخلي عن الكراء[7].

وتجمع أغلب الكتابات على أن السبب في تأخر ظهور مؤسسة الأصل التجاري، يرجع إلى ذاتية التاجر، وأهمية شخصه كانتا من العناصر المهيمنة في تحديد قيمة مشروعه التجاري وفي ارتباط زبائنه به، الأمر الذي ما فتئ يتضاءل بالتدريج بفعل التطور الذي عرفته وسائل وتقنيات التجارة، حيث بدأ المتجر أو المصنع يأخذ قيمة مستقلة عن قيمة الشخص الذي يستغله وأصبح بالتالي الزبناء مرتبطين بالمتجر أكثر من ارتباطهم بشخص صاحبه أو مستغله.

وقد كان من بين نتائج ظهور وتطور فكرة الأصل التجاري أن عملت التشريعات التجارية على مواكبة هذا التطور، وذلك عن طريق وضع قواعد قانونية خاصة بالأصل التجاري باعتباره مالا ترد عليه الملكية، ويمكن تبعا لذلك أن يكون قابلا للتصرف فيه بواسطة البيع، أو تقديمه كحصة في شركة أو رهنه مقابل الحصول على ائتمان بنكي، أو تأجيره بمعزل عن العقار الذي يستغل فيه[8].

هكذا وبعدما برزت أهمية الملكية الصناعية والتجارية، بادر المشرع الفرنسي خلال السنوات الأولى من القرن العشرين إلى تنظيم الأصل التجاري، وذلك بإصداره القانون المؤرخ في 17 مارس 1909[9]، وضمنه العديد من القواعد المتعلقة بكيفية بيع الأصل التجاري ورهنه

---

[6] - إلياس لوطفي، الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، طلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –طنجة- السنة الجامعية 2007-2008، ص: 5.

[7]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، دراسة في قانون التجارة المغربي والقانون المقارن والفقه والقضاء، ج. الأول، م. المعارف الجديدة –الرباط- سنة 2007، ص: 45-47-46.

[8] - إلياس لوطفي، الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، م.س، ص: 6.

[9]- دون أن ننسى الإشارات الأولى لمفهوم الأصل التجاري التي تسبق هذا القانون، ويتعلق الأمر بالمادتين 469 و 470 من القانون الفرنسي المتعلق بالإفلاس المؤرخ في 28 مارس 1838، أعقبها إشارة إلى العناصر المعنوية للأصل التجاري في

وتقديمه حصة في شركة، مع التركيز على الأحكام القانونية الهادفة من جهة إلى توفير الحماية لصاحب الأصل التجاري من كل ما من شأنه أن يتسبب في فقدانه لزبنائه، ومن جهة أخرى إلى رعاية دائني هذا الأخير الذين تشكل بالنسبة لهم عناصر الأصل التجاري، الضمان الفعال لاستيفاء ما لهم من ديون على مالكه أو مستغله[10]، وقد تلاه فيما بعد قانون 20 مارس 1956، الذي ينظم التسيير الحر للأصل التجاري والحرفي[11].

وفي مصر فإن تطور التجارة والصناعة خلال القرن التاسع عشر أبرز أن التشريعات السائدة آنذاك لم تكن لتساير المرحلة، فأخذت وزارة التجارة والصناعة زمام المبادرة إذ وضعت مشروعا لبيع المتجر ورهنه، ورفعته إلى مجلس الوزراء للموافقة وإصدار مرسوم بتقديمه إلى البرلمان، فقرر مجلس النواب المصري على إثر ذلك إحالة المشروع على لجنة التجارة والصناعة التي ناقشت المشروع، وقررت أن هذا التشريع هو أمر يستوجبه التطور الصناعي الذي يتطلب توسيع قاعدة الضمان في التسليف الصناعي والعمل لحفظ كيان المصنع وسهولة تداوله.

وقد تضمن القانون رقم 17 لسنة 1999 الذي تناول المتجر[12] من المادة 34 إلى المادة 43 في القسم الخامس منه حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم الوفاء بالثمن،

القانون الجبائي الصادر في 28 فبراير 1872، الذي قضى بفرض الضريبة على بيع الأصل التجاري، ثم القانون الصادر في فاتح مارس 1898، الذي تناول أحد العقود الواردة على الأصل التجاري وهو عقد الرهن...

-Ce qui doit être noté est que Ces lois ont été modifiées par la loi n ° 2016-1691 du 9 décembre 2016 sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique ، Il a été modifié en dernier lieu par la loi n ° 2019-486 du 22 mai 2019 sur la croissance et la transformation des entreprises.

[10]- امحمد الفروجي، الأصل التجاري، عناصره وطبيعته القانونية كما يستغل في إطار التسيير الحر، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 6 سنة 2005، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ص: 11.

[11] - إسماعيل أبو ياسين- أيوب عبد الرزاق، المبادئ الأساسية للقانون التجاري، م. كومبالا حي الزيتون، تكوين، ط. الأولى 2016، ص: 154

[12] - عرف المشرع المصري المتجر في المادة 34 من القانون رقم 17 لسنة 1999 بأنه:" مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ..."

وذلك بما يكفل المحافظة على حقوق البائع وحقوق الدائنين، كما أجاز القانون رهن المتجر والعمل على حفظ كيانه وسهولة تداوله[13].

وأما بالنسبة للمغرب فلم يتم التفكير في وضع قانون للتجارة إلا بعد فرض الحماية عليه، ولم يكن للتشريع المغربي أن يتخذ غير منحى التشريع الفرنسي، فبادرت سلطات الحماية الفرنسية إلى سن قانون للتجارة بتاريخ 12 غشت 1913، وقد لوحظ على هذا القانون عدم تعريفه للأصل التجاري وعناصره، ولم ينظم التصرفات التي ترد عليه من بيع، ورهن، وتسيير حر، وتقديمه كحصة في شركة، كما أنه لم يعالج إشكالات الحق في الكراء الناشئة عن استثماره في عقار أو في مكان معين والذي يعرف بمصطلح المحل التجاري.

إلا أن المشرع المغربي رغم ذلك تميز بذكر الأصل التجاري صراحة لمرة واحدة على الأقل، عند التعرض لتنظيم السجل التجاري والحق في استعمال اسم تاجر أو عنوان تاجر مقيد في هذا السجل، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 24[14] من قانون التجارة ل 12 غشت 1913.

وتوالى صدور التشريعات المنظمة للأصل التجاري نذكر منها ظهير 31 دجنبر 1914[15]، المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري وتقديمه حصة في شركة، وظهير 22 نونبر 1956 المتعلق برهن أدوات ومعدات التجهيز، ثم ظهير 17 يناير 1948[16]، إلا أن الإجراءات

---

[13]- كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، المكتبة القانونية، ط. الأولى سنة 1998، الناشر، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: 21-22-23.

[14] - تنص المادة 24 من قانون التجارة ل 12 غشت 1913 على أنه:" يجوز لمن ينتقل إليه أصل تجاري على وجه الاستغلال أو الملك أن يواصل استعمال نفس الاسم أو العنوان التجاري على شرط أن يؤذن له بذلك صراحة...".

[15] - ظ.ش، رقم 1.56.151 بشأن رهن أدوات وأعتدة التجهيز، حرر بالرباط في 18 ربيع الثاني 1376 الموافق 22 نونبر 1956، منشور بالجريدة الرسمية ع، 89، بتاريخ 04 يناير 1915.

- ويبدو أن واضعي هذا القانون كانوا مصرين على قانون 1909 الفرنسي بسلبياته، لكنه وعلى الرغم من ذلك كان فرصة لسد النقص الذي اعترى التشريع المغربي فيما يخص مؤسسة الأصل التجاري فظهرت بذلك بوادرها الأولى.

[16] - ظ.ش، مؤرخ في 5 ربيع الأول 1367، الموافق ل 17 يناير 1948، الصادر بضبط العلائق بين المكرين والمكترين فيما يخص تجديد عقود كراء العقارات والأماكن المستعملة للتجارة أو للصناعة أو للحرف، منشور بالجريدة الرسمية ع، 1840، بتاريخ 30 يناير 1840.

الصارمة والتعقيدات التي جاء بها، وقفت حائلا دون تحقيق ذلك، فتلته بعد ذلك عدة تعديلات[17]، حاول من خلالها المشرع ما أمكن تبسيط الإجراءات، لكنها وعلى الرغم من ذلك فلم تكن توفر الحماية اللازمة نظرا لطغيان القواعد الصارمة التي أتى بها مما أدى إلى صدور ظهير 24 ماي 1955[18]، الذي كان ينظم كراء المحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، واستمر العمل بهذه القوانين زمنا طويلا امتد إلى الثالث من أكتوبر سنة 1996، تاريخ دخول مدونة التجارة الجديدة رقم 15.95[19] حيز التنفيذ.

وتعد الاختلالات والنواقص التي أفرزها ظهير 1948 من الأسباب الممهدة لصدور ظهير 24 ماي 1955، هذا الأخير الذي كرس الحماية القانونية للحق في الكراء من خلال محاولته الحد من الأثر السلبي لعدم استقرار نشاط الأصل التجاري، عبر إعطاء المالك أحقية استرجاع التصرف في عقاره بعد انقضاء مدة عقد الكراء، وذلك شريطة أداء تعويض عن الإفراغ، ناهيك عن عدم حرمان المكتري من إمكانية التصرف في حقه في الكراء عبر التخلي عنه بمعية عناصر الأصل التجاري، وعلى الرغم من تكريسه لمجموعة من الضمانات فهذا الظهير لم يسلم بدوره من الانتقادات نظرا لما سجل من كثرة الشكليات والتعقيدات المسطرية التي أدت إلى ضياع حقوق العديد من المكترين.

[17] - ويتعلق الأمر بالظهيرين المؤرخين في 2 ماي 1951، وظهير 30 يناير 1952.

[18] - ظهير 2 شوال 1374/ 24 ماي 1955 (بشأن كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف)، ويعد هذا الظهير (وهو ظهير غير شريف، اطلع عليه وأذن بنشره المقيم العام الفرنسي آنذاك فرنسيس لكوست)، اقتباسا من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 5 يناير 1953.

[19] - القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، ج. ر/ ع. 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص: 2187.

وأمام هذه الملاحظات والمؤاخذات على الظهير المذكور، جاء القانون رقم 49.16[20]، لينسخ سابقه، وقد جاء هذا القانون ليجسد رغبة المشرع في البحث عن تأصيل جديد وتدبير أحسن لمجموعة من قواعد الشكل والمضمون لتشكل كتلة قانونية تعنى بتنظيم الكراء التجاري.

ويضم الأصل التجاري حسب المادة 80 من مدونة التجارة مجموعة من العناصر المادية والمعنوية، فبالنسبة للأولى فتتجلى في البضائع والمعدات، وسنتحدث أولا عن البضائع، إذ تعد كافة السلع المنقولة المعدة للبيع أو الكراء من قبيل البضائع سواء الموجودة منها داخل المحل التجاري أو المخزونة في أماكن أخرى، ولا تدخل البضائع بمفرداتها في تكوين الأصل التجاري، وإنما تشكل مع البضائع المخزونة وحدة قائمة بذاتها كعنصر من عناصر الأصل التجاري، كما تعتبر من قبيل البضائع المواد الأولية التي تعتمد في صناعة ما يقوم المصنع ببيعه وإنتاجه.

ولما كانت البضائع معدة لأجل التأجير أو البيع، فهي قابلة للزيادة أو النقصان تبعا لنشاط الأصل التجاري، وهو ما حذا بالمشرع من خلال المادة 108[21]، من مدونة التجارة خصوصا بعد التعديل الذي لحق الباب الثالث بموجب القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة[22]، إلى النص على أنه لا يرد عليها الرهن كأحد عناصر الأصل التجاري، بل يجوز فقط التخلي عن حيازتها للدائن المرتهن.

---

[20] - ظ.ش، 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، ج.ر، ع. 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، ص 5857.
هذا القانون الذي سبق أن حضي بمناقشات مستفيضة، فكانت بداياته توصل بذلك المقترح الذي تقدم به الفريق الاشتراكي، لمجلس النواب سنة 2008، والذي تمت المصادقة عليه بمجلس النواب سنة 2008، ليحال على مجلس المستشارين بتاريخ 09-06-2011، وصولا إلى القراءة الثانية لمقتضياته ومناقشته خلال دورة أبريل سنة 2016، ليخرج بعد ذلك إلى الواقع بعد طول انتظار.

[21]- تنص الفقرة الأولى من المادة 108 من م.ت، على أنه:" لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع".

[22] - ظ.ش، رقم 1.19.76 الصادر بتاريخ 11 شعبان 1440 (17 أبريل 2019)، بتنفيذ القانون رقم 18-21 المتعلق بالضمانات المنقولة، ج.ر /ع، 6771 ص: 2058.

وأما المعدات الواردة أيضا في المادة 80 من مدونة التجارة، فيقصد بها الوسائل أو الأدوات المنقولة التي يستخدمها عادة التاجر لأجل استثمار الأصل التجاري على أن لا تكون معدة للبيع كآلات المصنع التي تستخدم في صنع المنتجات، وتجهيزات المقاهي والمطاعم وما شابه ذلك، غير أن ثمة تجهيزات ووسائل وآلات تكون أحيانا مثبتة ومخصصة لخدمة الأصل التجاري بحيث تصبح عقارا بالتخصيص[23]، غير أن هذا لا يمنع من شمول عقد بيع الأصل التجاري كافة المعدات الموجودة فيه، ولو لم يتم التنصيص على ذلك في العقد ما لم يتم الاتفاق على استبعادها[24].

وأما العناصر المعنوية، فهي العناصر غير المادية التي يتكون منها الأصل التجاري، وتشمل هذه العناصر حسب نص المادة 80 من مدونة التجارة، الزبناء، والحق في الكراء، والاسم التجاري، والشعار، وبراءات الاختراع، والرخص والعلامات، والرسوم، والنماذج، وجميع حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية، التي لها ارتباط باستغلال الأصل التجاري[25]، غير أن أهم هذه العناصر مجتمعة في نظرنا هو الحق في الكراء.

وقد انتشرت ظاهرة اكتراء العقارات أو المحلات المعدة للاستثمار التجاري أو الصناعي أو الحرفي على نطاق واسع، الأمر الذي ولد صراعات ونزاعات بين المكرين والمكترين، وهي ظاهرة جعلت الحق في الكراء عند وجوده ينافس عنصري الاسم التجاري والشعار في جلب وشد الزبائن، وإذا كان الهدف من العنوان التجاري والاسم التجاري والشعار تحديد هوية الأصل التجاري، فإن الحق في الكراء يحدد موقعه، ويرفع كذلك من قدر أو رقم المعاملات التي ينجزها، فكثير من المطاعم والفنادق مثلا تستمد قوتها وسمعتها من موقع المحل أو العقار

[23]- عرف المشرع المغربي العقار بالتخصيص بمقتضى المادة 7 من ق. رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية بأنه:" المنقول الذي يضعه مالكه رصدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة".

[24]- محمد أخياط، القانون التجاري المغربي الجديد، م.س، ص: 196-197-198.

[25]- امحمد الفروجي، الأصل التجاري، عناصره وطبيعته القانونية، كما يستغل في إطار التسيير الحر، م.س، ص: 21.

الذي تستثمر فيه، الأمر الذي يجعل منه دعامة أساسية لاستقرار واستمرار الأصل التجاري ومساهم في استغلاله استغلالا يليق به كمقاولة صناعية أو تجارية أو حرفية.

ثانيا: أهمية الموضوع

يكتسي الأصل التجاري أهمية بالغة في الحياة التجارية، فهو الذي يمكن التاجر أو المقاولة من ممارسة النشاط التجاري، ويعد حق كرائه من أهم العناصر المعنوية المكونة له وهو عنصر يشكل دعامة أساسية لاستقرار واستمرار الأصل التجاري كمقاولة تجارية وصناعية وحرفية وكمشروع اقتصادي يساهم في النماء الاقتصادي، ولموضوع حق كراء الأصل التجاري أهمية مزدوجة: **نظرية وعملية.**

فمن خلال كل ما ذكر أعلاه، فإن **الأهمية النظرية**، تكمن بالأساس في الحفاظ على الأصل التجاري، لما له من أهمية داخل المنظومة الاقتصادية وخلق نوع من الاطمئنان والأمان في نفوس جل الأطراف المتدخلة والفاعلة في المشروع الاقتصادي، من خلال ضمان نوع من التوازن بين مصالح طرفي العلاقة التعاقدية وتعزيز حماية المشروع الاقتصادي ككل.

وأما من ناحية **الأهمية العملية** فيمكن ملامستها من خلال ما يمثله هذا العنصر من ثقل في إطار مؤسسة الأصل التجاري، وأهميته في إطار الائتمان على اعتبار أن كراء الأصل التجاري ونظامه القانوني يمس فئة كبيرة من المجتمع المغربي من خلال اعتماد جل المكرين على عائدات الوجيبة الكرائية لمحلاتهم في تدبير أمورهم المعيشية، وكذا بالنظر إلى اعتماد عدد كبير من المكترين على المحلات التجارية التي يزاولون أنشطتهم داخلها كمورد رزق لهم وأساسا لضمان استمرار مشاريعهم.

وتعد النزاعات المتعلقة بالحق في الإيجار من أكثر النزاعات عرضا على أنظار القضاء نظرا لتعقد مساطرها وإجراءاتها، الأمر الذي سيحاول النص الجديد تبسيطه من خلال تليين المسطرة.

ومما لا شك فيه أن مسايرة توجيهات منظومة قوانين الأعمال وتحقيق الأمن بنوعيه القانوني والتعاقدي، شكل المحور الأساسي والدافع الرئيسي للمشرع في اعتماد قواعد قانونية تحيد عن المبادئ الكلاسيكية المتعارف عليها، بأن تم تحيين وإعادة تكييف بعض القواعد القانونية، فضلا عن صياغة نصوص جديدة قصد سد مجموعة من الثغرات القانونية وتنظيم جملة من البياضات التشريعية، من أجل تحقيق الأمن المنشود.

وبالنظر إلى كون المشاريع الاقتصادية "الملكية التجارية" لم تعد تهدف للإنتاج وجمع الثروة، بل أضحت الخلية الصلبة والحية للنسيج الاقتصادي والاجتماعي، بحيث يشكل تحصينها مصلحة عامة، وتعتبر حمايتها من صميم النظام العام الاقتصادي، كما يجب العمل على قيام علاقة تعاقدية أساسها التوازن بين أطراف هذه الأخيرة.

ثالثا: صعوبات البحث

رغم ما يحف هذا الموضوع من صعوبات عزمنا على تحديها استنادا للكتابات التي تناولت الموضوع في خضم القانون الجديد والتي أسعفتنا في ملامسة مقتضياته، وساعدتنا على استجلاء الضبابية حول كنهه وجوهره، ومكنتنا من محاولة البحث حول مدى تحقيق القانون الجديد لأهدافه المتمثلة في حماية الأصل التجاري كوحدة قانونية واقتصادية.

وبالرغم من ذلك فقد صادفتنا صعوبة تشريعية تتمثل أساسا في صدور قانون جديد ينظم الكراء التجاري وهو في بدايات تطبيقه، وفي فترة انتقالية يصعب معها الإحاطة بالموضوع واستيعابه بالشكل المطلوب حيث إن الأمر يتطلب فترة يستطيع من خلاله الاحتكاك أكثر بالواقع العملي، خصوصا وأن القاعدة القانونية لا يمكن فهمها ومعرفة مكامن حسناتها وقصورها إلا بعد التنزيل والتطبيق.

كما أنه عندما نستحضر النصوص القانونية فبالضرورة نستحضر بجانبها القضاء، فالمناسبة أيضا جعلتنا نعاني صعوبة قضائية، نظرا لشح العمل القضائي بخصوص هذا الموضوع، اللهم بعض الأحكام المتعلقة بجانبه الإجرائي، على اعتبار أن القانون رقم 49.16،

لا زال في بداياته الأولى الأمر الذي لا يعطي مجالا أكثر في الكتابة والفهم، لأن العمل القضائي هو الذي يبث الروح في القاعدة القانونية ويعطيها معناها ويجعلها حيز التطبيق والتنفيذ، وعلى الرغم من كل ذلك فلم تمنعنا الرغبة من محاولة سبر أغواره.

رابعا: إشكالية الموضوع

يعتبر إقرار الإرادة التشريعية بضرورة إصلاح أنظمة الكراء في المغرب عموما والكراء التجاري على وجه الخصوص، من خلال ملاحظة أن هذا الأخير أثبت عدم نجاعته وفشله، مما استوجب تعديلا ملائما للواقع من خلال فك وإعادة تركيب قواعد قانونية تعمل على سد ثغرات وبياضات النص المنسوخ وفق أحكام الظرفية الاقتصادية الراهنة ومنه:

- **هل استطاع القانون رقم 49.16، أن يكرس للحق في الكراء موقعه ضمن عناصر الأصل التجاري بشكل يساير التطورات المستجدة ويحقق التوازن بين الملكيتين العقارية والتجارية ؟.**

غير أن الوقوف على حدود وضوابط الحق في الكراء يتطلب منا الإجابة على مجموعة من الأسئلة الفرعية، يمكننا إجمالها فيما يلي:

- ما هي مقومات الحق في الكراء وفق القانون رقم 49.16.
- ما هي أهم الشروط المتطلبة في عقد الكراء التجاري المكسب للحق في الكراء ؟.
- وما هي أهم الحقوق المرتبطة بالحق في الكراء ؟.
- وما هي حدود الحماية المقررة للحق في الكراء أثناء سريان عقد الكراء التجاري؟

خامسا: المنهج المعتمد

تكتسي المناهج العلمية أهمية قصوى بما تضفيه من بصمات على البحث العلمي، وسنحاول أساسا الاعتماد على المنهج الوصفي لبعض الكتب الفقهية والدراسات المعمقة التي تناولت الموضوع، ونحاول الدمج بينه وبين المنهج التحليلي وذلك من خلال الاطلاع على

النصوص القانونية المؤطرة للموضوع، لاستجلاء أهم المستجدات التي جاء بها القانون رقم 49.16، ومحاولة منا أيضا إقامة مقارنة نقدية، باتخاذ بعد نقدي في التعامل معها بغية ملامسة مكامن القوة والخلل من خلال معالجتنا للموضوع، وذلك وفق التصميم التالي:

- **الفصل الأول: الأحكام العامة للحق في الكراء التجاري.**
- **الفصل الثاني: الحقوق المرتبطة بالحق في الكراء التجاري.**

الفصل الأول: الأحكام العامة للحق في الكراء

يتكون الأصل التجاري من عدة عناصر، منها ما هو مادي وما هو معنوي، وهذه العناصر ليست واحدة بالنسبة لكافة الأصول التجارية فهي تختلف باختلاف المشروع أو المؤسسة التجارية، وذلك تبعا لطبيعة النشاط الذي تتخصص فيه، وتختلف هذه العناصر من حيث أهميتها بحسب نوع التجارة التي يزاولها التاجر، فبالنسبة لبعض الأنشطة التجارية، العنصر الأساسي المكون للأصل التجاري هو استغلال علامة تجارية أو صناعية معينة، وبالنسبة للبعض الآخر هو الحق في الكراء أو الإيجار، الذي يعطي للأصل التجاري سندا موقعيا هو السبب في جلب الزبائن وقد تجتمع العناصر المادية والمعنوية في المؤسسة التجارية، وقد لا تجتمع، غير أن العناصر المعنوية هي الأصل، ومن ثم فإنه من الممكن أن يقتصر الأصل التجاري على العناصر المعنوية كما يقع غالبا في مكاتب السمسرة، والوكالة بالعمولة ووكالة الأعمال[26].

ولا يمكن لأي مؤسسة تجارية، أو صناعية، أو حرفية، أن تقوم بدورها كاملا في تنشيط حركة الاقتصاد ومد شرايينه والدفع بعجلة النمو نحو الازدهار والتطور، إلا إذا توفر لها عنصر الاستقلال في مواجهة صاحب العقار الذي تمارس فيه تلك المؤسسات أنشطتها[27]، وبما أن القواعد العامة والمنظمة للعلاقة الرابطة بين المكري والمكتري والمنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[28]، لا تضمن الاستقرار المسترسل لمؤسسة الأصل التجاري، ما فرض على المشرع المغربي توفير آلية للاستقرار، وذلك بوضع قواعد قانونية خاصة تمتاز

---

[26]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، ج. الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الخامسة سنة 2018، ص:178-179

[27]- جواد الرفاعي، الكراء التجاري الثابت والمتغير في ضوء ق. رقم 49.16، م. النجاح الجديدة-الدار البيضاء- ط. الأولى نونبر 2018، ص:5

[28] - ظ. 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

عما هو مقرر في القواعد العامة، وخصوصا أن عقود الأكرية الخاضعة لهذه الأخيرة تعتبر عقودا مؤقتة تنتهي بانتهاء مدتها[29].

فمسألة عدم تجديد عقد الكراء تشكل داهية للمكتري التاجر[30]، وعملية مربحة للمكري الذي بفضل المكتري قد يصبح تاجرا، إذ أنه يمكن له أن يمارس نفس النشاط التجاري بالمحل المكترى ويستفيد من الأصل التجاري الذي أنشأه المكتري، أو أن يعمد إلى إعادة عملية إكرائه بسومة مرتفعة لشخص آخر، فتدخل المشرع المغربي من أجل حماية مكتري المحل التجاري كطرف عرف بأنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أن تدخل المشرع إلى جانب هذا الأخير لم يكن على حساب المكري، بل إن الغاية المنشودة هي إحداث توازن بين الملكيتين التجارية[31] والعقارية[32]، اللتين يربط بينهما الحق في الكراء باعتباره عنصرا من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري، وكونه أيضا ركيزة ائتمان التاجر وعنوان محله التجاري أمام زبنائه، ويعتبر الحق في الكراء مظهرا من مظاهر التميز التي تطبع الميدان التجاري، وإفرازا من إفرازات استقلالية هذا القانون عن القانون المدني، أملته ظروف تطور الأنشطة التجارية، وعجز القواعد العامة للكراء عن تلبية حاجيات التجار ومواكبة التطورات الواقعة في الحياة التجارية والاقتصادية[33].

[29]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 687 من ق.ل.ع على أن:" كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية.

[30]- محمد المهدي، الحماية القانونية والقضائية لمكتري الأماكن التجارية، مقال منشور بمجلة المحاكمة، ع. 4، أبريل- ماي، 2008، ص:67

[31] - يمكننا تعريف الملكية التجارية بأنها الملكية التي يكتسبها مكتري العقار أو المحل التجاري بعد مرور مدة زمنية معينة، حيث يصبح بمقتضاها مالكا للحق في الكراء، فيحق له بيع أو رهن الأصل التجاري الذي يملكه أو تقديمه كحصة في شركة أو تأجيره للغير عن طريق التسيير الحر.

[32] - بالنسبة للملكية العقارية فهي التي تخول لصاحب العقار سلطة مباشرة عليه، حيث بموجبها يستطيع أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه ولا يقيده في ذلك إلا القانون.

[33]- عبد الرحيم شميعة، القانون التجاري الأساسي، م. سجلماسة -مكناس- ط. 2016، ص: 178.

ونظرا لأهمية الحق في الكراء، واختلاف التعاريف والتحليلات حوله سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص **(الأول)**، للإحاطة بماهية الحق في الكراء، في حين سنتناول بشيء من الدراسة والتفصيل كيفية نشوء الحق في الكراء وذلك في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: ماهية الحق في الكراء

يكتسي الحق في الكراء كعنصر من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري أهمية خاصة، وذلك عندما يكون التاجر يستغل أصله التجاري في عقار مملوك للغير، وبالتالي فإن ملكيته التجارية هي التي تمنح له حقوقا مهمة، أي بعبارة أخرى الحق على العقار المكترى، حيث يصبح حقه هذا مندمجا ومرتبطا بالأصل التجاري[34].

وقد شكل صدور القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، طفرة نوعية في مسار الإصلاح التشريعي الذي عرفته المملكة المغربية ما بعد دستور 2011، وذلك نظرا للأهمية التي يحتلها هذا القطاع، فقد أسس المشرع المغربي ترسانة قانونية، أكثر حماية وضمانا لحقوق أطراف العلاقة التعاقدية، ولعل أبرز هذه الحقوق، الحق في الكراء الذي وإن كان يعتبر عنصرا معنويا، فلا يتأسس إلا على العقارات أو المحلات الخاضعة لحماية القانون رقم 49.16، كما أنه لا يتعلق بجميع عقود الكراء التجارية ولصالح جميع التجار، بل إن عقد الكراء التجاري المكسب للحق في الكراء مقرر لبعض التجار الذين تتوافر فيهم شروط معينة.

ولم يعرف المشرع المغربي الحق في الكراء على غرار بعض التشريعات المقارنة[35]، وسنحاول التطرق لبعض النصوص القانونية، وبسط بعض الآراء الفقهية من أجل تحديد مفهوم لهذا الحق، ثم نميزه بعدها عن بعض النظم المشابهة له وذلك في **(المطلب الأول)**، إلا أن تحديد نطاق تطبيق القانون رقم 49.16، له أهمية قصوى لمعرفة عقود كراء العقارات أو المحلات

[34] - محمد الأطرش، القانون التجاري المغربي، م. النجاح الجديدة- الدار البيضاء - ط. الثانية 2018 ص: 175.

[35] - كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي، والمشرع الجزائري...

التي من الممكن أن يستغل بها أصل تجاري ليكتسب عليها الحق في الكراء وهو ما سنحاول التطرق له في **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في الكراء

يعتبر الحق في الكراء من بين الحقوق المهمة التي يحظى بها المكتري في إطار عقد الكراء التجاري، و التي لها علاقة بالنشاط التجاري الذي يمارسه.

والحق في الكراء ليس من الحقوق المستجدة التي جاء بها القانون رقم 49.16، و إنما هو من الحقوق القديمة جدا ظهرت منذ اكتشاف العلاقة الكرائية، ومن خلال سن المشرع المغربي للقانون رقم 49.16 فقد جاء بعدة مستجدات في هذا الباب[36].

إلا أن ارتباط الحق في الكراء بعناصر متعددة ومتداخلة تجعل مهمة وضع تعريف دقيق وشامل له صعبة، وسنحاول وضع تعريف لهذا الحق لنتبين طبيعته القانونية **(الفقرة الأولى)**، ثم نميزه عن بعض النظم المشابهة له **(الفقرة الثانية).**

الفقرة الأولى: مفهوم الحق في الكراء

للوقوف على تعريف الحق في الكراء، سنعمد إلى البحث في النصوص القانونية التي تناولت الحق في الكراء، ثم نعرض بعض التعاريف الموضوعة له من قبل بعض الفقهاء **(أولا)**، ثم نحاول بعدها البحث في طبيعته القانونية **(ثانيا).**

[36] - ياسين الصبار: الحق في الكراء كضمانة للمكتري وفق القانون رقم 49.16، مقال منشور بالموقع الالكتروني، https://www.maroclaw.com، اطلع عليه بتاريخ 2019/04/01، على الساعة 12.00.

أولا: تعريف الحق في الكراء على مستوى النص القانوني والفقهي

بالرجوع إلى نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده لم يعرف الحق في الكراء إلا أنه أشار في الفصل 668[37]، إلى حق المكتري في أن يكري تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء لغيره، بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه.

ويعتبر ظهير 31 دجنبر 1914، النص القانوني الأول الذي حدد أهمية عنصر الحق في الكراء ضمن عناصر الأصل التجاري بنصه على وجوده ضمن العناصر المعنوية المرهونة، وعلى وجوب تضمين الحق في الكراء عند بيع الأصل التجاري، وأما ظهير 24 ماي 1955، فإنه وبالرغم من كونه يتعلق بكراء المحلات المعدة للتجارة والصناعة والحرف، فإنه بدوره لم يعمد إلى إيراد تعريف للحق في الكراء[38].

وباستقرائنا لنصوص مدونة التجارة، فنجدها أيضا لم تعرف الحق في الكراء، إلا أنها عمدت إلى إبراز أهميته كعنصر أساسي في الأصل التجاري الذي يشتمل على الزبناء وسمعته التجارية بالخصوص، مع إمكانية اشتماله أيضا على كل الأموال الضرورية لاستغلال الأصل التجاري، وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية، أو الأدبية، أو الفنية، الملحقة بالأصل

[37]- ينص هذا الفصل 668 من ق.ل.ع على أنه:" للمكتري الحق في أن يكري تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء لغيره، بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضته طبيعة ما اكتراه، ويجب أن يفهم المنع من الكراء للغير على إطلاقه، بحيث لا يسوغ الكراء للغير ولو جزئيا، كما لا يسوغ التنازل عن الانتفاع ولو على سبيل التبرع".

[38]- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري 49.16، م. الوراقة الوطنية، ط. الأولى 2018، ص:22.

التجاري، وقد أشارت مواد أخرى تتعلق بالتصرفات التي ترد على الأصل التجاري إلى الحق في الكراء، نذكر منها المواد 91[39]، و108[40]، و589[41]، من مدونة التجارة.

وبالنسبة للمقررات القضائية فإن ما تيسر لنا الاطلاع عليه منها، تشير فقط إلى الحق في الكراء كأحد العناصر الأساسية للأصل التجاري، كما ورد في قرار للمجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا[42]-حيث جاء فيه:" لكن حيث إنه لما كان الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري يمكن فصله عن الأصل التجاري، إما بالتصرف فيه باستقلال أو مع عناصر معينة"[43].

[39]- تنص المادة 91 من م.ت على أنه:" يخضع امتياز البائع للتقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة طبقا للمادة 131 بعده، ولا يخضع هذا التقييد للنشر في الجرائد.

لا يترتب الامتياز إلا على عناصر الأصل التجاري المبينة في عقد البيع وفي التقييد، فإذا لم يعين ذلك على وجه الدقة شمل الاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والزبناء والسمعة التجارية.

توضع أثمان متميزة بالنسبة لعناصر الأصل التجاري المعنوية وللبضائع وللمعدات.

يمارس امتياز البائع الذي يضمن هذه الأثمان أو ما تبقى منها بتمييز على الأثمان الخاصة بإعادة بيع البضائع والمعدات وعناصر الأصل المعنوية.

بالرغم من كل اتفاق مخالف فإن الأداءات الجزئية غير الناجزة نقدا تخصم أولا من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات.

يتعين تجزيء ثمن إعادة البيع المعروض على التوزيع إذا كان ينطبق على عنصر أو عدة عناصر لم يتضمنها البيع الأول.

[40]- تنص المادة 108 من م.ت على أنه:"لا يجوز أن يشمل رها لأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع.إ ذا شمل الرهن براءة الاختراع فإن الشهادة الإضافية المنطبقة عليها والناشئة بعده، تكون مشمولة أيضا بالرهن كالبراءة الأصلية. إذا لم يبين العقد محتوى الرهن بصفة صريحة ودقيقة فإن الرهن لا يشمل إلا الاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والزبناء والسمعة التجارية. إذا شمل الرهن الأصل التجاري وفروعه وجب تعيين الفروع ببيان مقارها على وجه الدقة.

[41]- تنص المادة 589 من م.ت على أنه:" في حالة تفويت حق الكراء، لا يمكن الاعتداد بأي شرط يفرض على المفوت التزامات تضامنية مع المفوت إليه تجاه السنديك.

[42]- حلت تسمية محكمة النقض محل تسمية المجلس الأعلى في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بموجب ق. رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض ج.ر. عدد 5989 مكرر. بتاريخ 26 أكتوبر 2011. ص: 5228.

[43]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا -محكمة النقض حاليا -رقم 579 بتاريخ 2008/4/30 في الملف التجاري ع./ 2006/2/3/1372 غير منشور.

غير أنها لم تعط أي تعريف له، وهو نفس الأمر الذي نهجه المشرع في القانون رقم 49.16، والذي اكتفى في المادة 25[44]، منه بالتنصيص على حق المكتري في تفويت الحق في الكراء، سواء مع باقي عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها، فكيف عرف الفقهاء هذا الحق؟.

اختلف الفقه في تعريف الحق في الكراء، لتقاعس المشرع عن فعل ذلك لأن التعاريف عمل فقهي أكثر منه تشريعي، وحسنا فعل المشرع لأن مفهوم حق الكراء قد يتغير حسب الحال، وقد عرفه أحد الفقه بأنه:" ذلك الحق المخول للتاجر المستأجر للعقار الذي يباشر فيه تجارته من جهة، في البقاء في هذا العقار عن طريق تمتيعه بتعويض عادل عن الإخلاء في حالة رفض المؤجر تجديد عقد الكراء عند انتهاء مدته، ومن جهة أخرى في التنازل عن الكراء للغير في الحالة التي يعمد فيها إلى التصرف في الأصل التجاري بالبيع، أو بأحد أوجه التصرف المنصوص عليها في المادة 81 من مدونة التجارة، كتقديم الأصل التجاري حصة في شركة أو بتخصيصه بالقسمة أو بالمزاد[45].

في حين عرفه البعض بأنه:" الحق الممنوح لمالك الأصل التجاري في تجديد عقد الكراء بعد انتهاء مدة العقدة الأولى، أو الاستمرار في حالة عدم تجديد مدة العقد المنتهية، والتنازل عن هذا الحق في حالة بيع الأصل التجاري بمجموعه، وتحويل تواصيل الكراء إلى مشتريه ولو بدون إرادة مالك العقار المؤسس فيه الأصل التجاري، وكذلك التعويض عن رفض المالك تجديد العقدة[46].

---

[44]- تنص المادة 25 من قانون 49.16 على أنه: "يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف..."

[45]- امحمد الفروجي، التاجر وقانون التجارة المغربي، م. النجاح الجديدة -الدار البيضاء- 1997 ص:156.

[46]- عبد العزيز توفيق، الأصل التجاري في التشريع المغربي، مقال منشور بمجلة رابطة القضاء ع، 1 بتاريخ 17 يناير 1981، ص:17.

كما عرفه البعض الآخر بأنه:" حق التاجر المكتري لمحل أو عقار يستغل فيه النشاط التجاري في تجديد عقد الكراء بعد انتهاء مدة العقد بقوة القانون، تحت طائلة أداء تعويضات الإخلاء أو الإفراغ إذا تم رفض هذا التجديد دون سبب قانوني أو مشروع إنصافا للتاجر وضمانا لاستمرار تجارته[47].

فالحق في الكراء يمكن صاحبه من الانتفاع بالأماكن المكتراة طيلة مدة العقد، ومن المطالبة بتجديد العقد وبالتعويض عن رفض تجديد العقد، وهو حق معنوي قابل للتصرف فيه بالبيع مع عناصر الأصل التجاري أو بصفة منفردة[48].

كما أن الحق في الكراء هو حق الدائنية، الذي يتمتع به التاجر المكتري للعقار الذي يمارس فيه تجارته قبل مكري هذا العقار وقوامه الانتفاع بالأماكن المؤجرة، حيث يعطيه الحق في البقاء في هذا العقار عقب استغلاله له مدة معينة، يمنحه بعد ذلك حماية خاصة، ويثبت له الحق في تجديد الإيجار، وإلا التزم المكري بتعويضه عن الإفراغ[49].

ويرى البعض أنه من الصعب تعريف الحق في الكراء لأنه ظاهرة قانونية واقتصادية في ذات الوقت، ويرتبط بعناصر متعددة وتتداخل فيه علاقات ذات طبائع مختلفة وتحفه شروط دقيقة يصعب حصرها من خلال تعريف منضبط، ومن ثم يفهم جيدا سبب إحجام كل من التشريع والقضاء بالإضافة إلى جمهور الفقهاء عن إبراز مفهوم ذلك الحق[50].

---

[47]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، دار نشر المعرفة، ط. الأولى، سنة 2008 ص: 11.

[48]- أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء التجاري، دراسة نظرية تطبيقية للنصوص على ضوء قرارات المجلس الأعلى، سنة 1988، دار النشر المغربي -الدار البيضاء- ص:202-203.

[49]- محمد مومن، التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى 2005، ص: 77 وما بعدها.

[50]- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، دراسة في إطار ظهير 24 ماي 1955، ومدونة التجارة الجديدة، ط. الأولى 1998، ص:44.

وبالنسبة للفقه الفرنسي فنجد أحد رجال الفقه الفرنسي[51]، أشار إلى تعريف الحق في الكراء ولو بشكل ضمني بقوله أن:" حق الكراء يخول للمكتري الحق في الانتفاع وتجديد عقد الكراء التجاري، كما يخوله الحق في اقتضاء تعويض يعادل الضرر الذي لحقه من جراء إنهاء عقد الكراء من جانب المكري.

وأما الفقيه الفرنسي "jean Pierre tosi" فقد عرفه بأنه:" الحق الذي يخول لمكتري الأصل التجاري تجديد كرائه عند انتهاء مدة العقد، وحقه في التنازل عن الحق في الكراء، وهذه الامتيازات أصبحت قوية جدا لدرجة يطلق عليها اسم حق الملكية التجارية"[52].

في حين نجد الفقيه "C. Dupouy" عرف الحق في الكراء بأنه:" الحق المخول للمكتري التجاري اتجاه المالك في تجديد عقد الكراء بصفة متناهية، ويطلق على هذا الحق، "حق الملكية التجارية"[53].

وبعد إيراد مجموعة من التعاريف التي حاولت إعطاء تعريف للحق في الكراء، فما يمكننا قوله هنا هو أنها اختلفت في وضع تعريف موحد وشامل ومانع لهذا الحق، ومن جانبنا نرى

---

[51]- Garbit Pierre, jean François martin, jacques Azéma, Alain Savage, Aristide péri, droit commercial, fonds de commerce, baux commerciaux propriétés industrielle, redressement et liquidation juridicaire, Ed Lamy, paris 1998, p :551 .

« Le droit au bail donne au salarié le droit d'utiliser et de renouveler le contrat de bail commercial. Elle lui donne également droit à une indemnité équivalente au préjudice causé par l'expiration du contrat de bail par la fausse déclaration».

[52]- "jean Pierre tosi": مدخل لقانون الشركات، سنة 1990، ص:255، أوردته نجاة الكص في مؤلفها: الحق في الكراء، الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، م.س، ص53.

« Le droit qui confère au détenteur de l'actif commercial le droit de renouveler son bail à l'expiration de la durée du contrat et le droit de céder le droit de louer. Ces privilèges sont devenus si puissants qu'on les appelle des droits de propriété commerciale».

[53]- "C. Dupouy": القانون التجاري، ج. الأول، ص:11 ، أوردته نجاة الكص في مؤلفها: الحق في الكراء ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، م.س، ص:53.

« Le droit de l'acquéreur commercial au propriétaire de renouveler le contrat de location à l'infini. Ce droit s'appelle la propriété commerciale».

أن الحق في الكراء هو:" ذلك الحق المخول للمكتري التاجر الذي يستغل أصلا تجاريا بإحدى العقارات أو المحلات الخاضعة لنطاق تطبيق القانون رقم 49.16، في تجديد العقد عند انتهاء مدته بقوة القانون، ليتملك بعدها الأصل التجاري بعد مرور سنتين من الاستغلال الفعلي والذي يحق له التصرف فيه، وفي الحصول على تعويض مناسب عن الإفراغ وذلك في الحالات التي حددها القانون رقم 49.16".

ويكمن السبب في اعتراف المشرع للتاجر المكتري بالحق في الكراء، في أن ممارسته للتجارة أو الصناعة أو حرفة معينة في المحل المكترى مدة معينة يكسب ذلك المحل رصيدا من الزبائن، وذلك الرصيد يشكل قيمة مالية مهمة وواضحة، لأنه يمكن للمكري أن يرفض تجديد عقد الكراء عند انتهاء مدته ويشغل هو ولحسابه الخاص المحل المسترجع، فيستفيد من رصيد الزبائن الذي عمل المكتري السابق على تكوينه، كما يمكن له استنادا إلى هذا العنصر الذي أدى إلى الرفع من القيمة الكرائية للمحل، أن يعيد عملية اكرائه لتاجر آخر، وسيكون هذا الأخير بالتأكيد مستعدا لدفع وجيبة كرائية مرتفعة مقابل استغلال ذلك الرصيد من الزبائن، ولهذا فإن المشرع أقر للتاجر بأنه عقب استغلاله للمحل المكترى مدة معينة[54]، اكتساب حق عليه يسمى الحق في الكراء، وهذا الأخير قابل للتصرف فيه بمجموعة من التصرفات، فما هي طبيعة هذا الحق؟.

ثانيا: طبيعة الحق في الكراء

بغض النظر عن أن العقود التجارية -التي نظم المشرع بعض جوانبها في مدونة التجارة- قد وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال- فإننا نسجل أن عقد الكراء التجاري لم يرد له ذكر ضمن تلك العقود الشيء الذي قد يطرح أكثر من تساؤل حول طبيعته القانونية، رغم

[54]- وهذه المدة محددة في سنتين حسب ما تنص عليه المادة 4 من ق. رقم 49.16 والتي جاء فيها:" يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل".

أن المشرع من خلال القانون رقم 49.16 قد تولى تحديد الجهة القضائية المختصة بالبث في المنازعات الناشئة عن عقد الكراء، وهي المحاكم التجارية[55].

ويطرح مبدأ استمرار الكراء عن طريق تجديد مدته قصد ديمومة الاستثمار تساؤلا هاما حول الطبيعة القانونية للحق في الكراء، وبمعنى أدق حول ما إذا كان الحق في الكراء حقا شخصيا أم حقا عينيا ؟

يعتبر الحق في الكراء حقا شخصيا، تغليبا لالتزامات المكري نحو التاجر المكتري، حتى وإن جرت العادة على تسمية القيمة الاقتصادية أو التجارية العائدة من استثمار الأصل التجاري "بالملكية التجارية "، فإن هذه الملكية المعنوية لا صلة لها بالحق العيني.

إلا أن طبيعة الحق في الكراء تتدحرج بين الحق الشخصي والحق العيني، حتى وإن ظن البعض أن وصف الحق في الكراء بالحق الشخصي أو الحق العيني، لا يغير من الواقع والنتائج القانونية شيئا، فالحق في الكراء ليس هو الحق في الزبناء، وأن المكتري لا يستفيد من دعوى المنافسة غير المشروعة في علاقته بالمكري، لأن هذه الأخيرة مقررة للحماية من سرقة الزبناء وليس لترتيب العلاقة بين المكري والمكتري، والتي تخضع حمايتها لضوابط خاصة ومختلفة[56]، وقد أثارت هذه المسألة نقاشا فقهيا كبيرا انقسم الفقه بصددها إلى ثلاث اتجاهات:

الأول: يرى أن الحق في الكراء حق عيني، ويعتمد أصحاب هذا الطرح على عدة حجج وأسانيد منها، أن المالك عندما يكتري فكأنه يبيع الانتفاع للمكتري، وانتزاع حق الانتفاع لفائدة المكتري

[55]- وفي هذا الصدد تنص المادة 35 من ق. رقم 49.16 على أنه:" تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، غير أنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة".

- وتطرح هذه المادة نقاشا فقهيا كبيرا في ظل عدم دخول أو المصادقة على مشروع قانون التنظيم القضائي رقم 38.15، ونأمل من المشرع المغربي الإسراع بإخراج هذا القانون الذي سيضع حدا للنقاش السالف الذكر.

[56]- نظمها المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

يمس بحق الملكية وينقص من سلطتها وقوتها، لأن الحق في الكراء أصبح يخول للمكتري حقوقا لها خصائص وسمات حق الملكية، كحق التتبع وحق الأفضلية.

وحسب أحد الباحثين[57] فإنه إذا كان الحق الشخصي يخول للدائن حقا عاما على الذمة المالية للمدين مع باقي الدائنين، فإن الحق العيني يعطي للدائن الحق في التتبع وحق الأفضلية.

فقد أصبحت علاقة المكتري المباشرة بالعين تؤثر على امتيازات المالك البائع، الذي ينقل للمالك الجديد حق الملكية مثقلا بالحق في الكراء، بالإضافة إلى حق الأفضلية، الذي يخول للمكتري مواجهة دائني المالك بكرائه.

ونظرا لهذه السلط التي يتمتع بها المكتري على العين المكتراة واتصاله بها يعطيه حقا متميزا عن مجرد العلاقة الدائنية، بالرغم من وجود المالك كوسيط بينه وبين الحق، فإن هذا الأمر لا يمنع من إسباغ الطابع العيني على الحق في الكراء، لأن بعض الحقوق العينية كحق الانتفاع تقتضي تدخل المالك في كثير من الالتزامات الايجابية[58].

إلا أن العوامل السياسية والاقتصادية تتجه لمصلحة النظرية القائلة بالحق العيني، وهي النظرية التي يبدو أنها ستغلب في النهاية ... فسيعتبر حق المستأجر للعقار عاجلا أو آجلا حقا عينيا عقاريا، يجوز رهنه رهنا رسميا[59].

والواقع أن رأي من يعتبرون حق المستأجر حقا عينيا لا يخلو من قدر من الصواب، إذ الحقيقة أن حق المستأجر يقف في مرحلة وسط بين الحق الشخصي العادي والحق العيني، وقد

---

[57] - إلياس لوطفي، الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، م.س، ص:19-20.

[58]- نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط .2006، ص:-56 57-58.

[59]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. السادس، م.س، ص: 653.

يسفر المستقبل عن تطور جديد بخصوص هذا الحق، فيجعل منه المشرع حقا عينيا في الإيجارات التي تتجاوز مدتها حدا معينا"[60].

ولا يمكن إنكار أن هذا الرأي قد لامس جزءا من الحقيقة فيما ذهب إليه، إلا أنه لا يمكن الأخذ به ما دام أن المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية حدد الحقوق العينية على سبيل الحصر[61].

وبالرجوع إلى المادة 3[62] من القانون رقم 103.12[63]، نجد أن المشرع أدخل في حكم عمليات الائتمان، العمليات المتعلقة بالائتمان الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات المعتبرة في حكمها، وعليه يمكن اعتبار حق الكراء حقا عينيا عندما تتاح لمكتري الأصل التجاري أو أحد عناصره المعنوية، أن يتملك الأصل التجاري أو أحد عناصره المعنوية في تاريخ يحدده مع المالك، مقابل ثمن متفق عليه يراعى في تحديد جزء منه على الأقل المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار، باستثناء كل عملية إيجار تفضي إلى تفويت الأصل التجاري المذكور أو أحد عناصره للمالك الأصلي[64].

---

[60]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص:13-14.

[61]- وذلك حسب ما تنص عليه المادة 9 من م.ح.ع.

[62] - تنص المادة 3 من القانون رقم 103.12، على ما يلي:" يعتبر عملية ائتمان كل تصرف، بعوض، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص: - بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها؛

- أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع، في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر.

تعتبر في حكم عمليات الائتمان: - العمليات المتعلقة بالائتمان الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات المعتبرة في حكمها؛..."

[63] - ظ.ش. رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، ج.ر، ع/ 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.

[64] - وهو ما يستفاد من مقتضيات المادة 4 من القانون رقم 103.12، التي جاء فيها أنه:" تشمل العمليات المتعلقة بالائتمان الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والمشار إليها في المادة 3 أعلاه:-...

- عمليات إيجار الأصول التجارية أو أحد عناصرها المعنوية التي تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يتملك الأصل التجاري أو أحد عناصره المعنوية في تاريخ يحدده مع المالك، مقابل ثمن متفق عليه يراعى في تحديد جزء منه

الاتجاه الثاني: يرى أن الحق في الكراء حق شخصي، ويعتمد رواد هذه النظرية في الدفاع عن طرحهم على أن التزامات وحقوق المكري والمكتري تأسست كلها على عقد الكراء، وخاصة الفصل 1709[65] من القانون المدني الفرنسي، المقابل للفصل 627[66] من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي عرف عقد الكراء بأنه:" العقد الذي بواسطته يلتزم أحد الطرفين بتمكين الطرف الآخر من استعمال الشيء لأجل معين مقابل أداء أجرة يلتزم الطرف الآخر بأدائها"[67].

ويرى بعض الفقه[68] أن الحق في الكراء حق شخصي وإن اشترك مع الحق العيني في بعض الخصائص، ولا يوجد من حيث المبدأ ما يمنع المشرع من أن يتدخل ويعتبر بنص صريح الحق في الكراء حقا عينيا.

وعلاوة على ذلك لا يتعين أن نجعل الحق في الكراء يحل أو يلغي الكراء الطويل الأمد، الذي صنفه المشرع ضمن الحقوق العينية التي تعتبر عقارات بحسب المحل الذي تنسحب عليه (المادة 121[69] من مدونة الحقوق العينية[70]).

على الأقل المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار، باستثناء كل عملية إيجار تفضي إلى تفويت الأصل التجاري المذكور أو أحد عناصره للمالك الأصلي".

[65] - L'article 1709 du code civil français dispose:" Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer".

[66]- ينص الفصل 627 من ق.ل.ع على ما يلي :" الكراء عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له".

[67]- نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري، ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، م.س، الصفحتان: 59 -60.

[68]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص:14.

[69]- تنص المادة 121 من م.ح.ع، في فقرتها الأولى على ما يلي:" يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري".

[70]- القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432(22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية ع، 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

الاتجاه الثالث: يرى أن الحق في الكراء ذو طبيعة مختلطة، وذهب أصحاب هذا الطرح إلى اعتبار الحق في الكراء حقا عينيا وشخصيا في آن واحد، لأن عقد الكراء ينشئ حقوقا شخصية بين الأطراف وحقوقا عينية تجاه الأغيار، فالحق في الكراء يبقى في منطقة وسطى بين الحقين، إذ لا يمكن إطلاقا إنكار أن في حق المكتري بعض الخصائص العينية خاصة حقي التتبع والأفضلية، ولكن دائما ما توجد التزامات شخصية في عقد الكراء.

ويرى بعض الباحثين أنه لفهم مسألة طبيعة الحق في الكراء، لا بد من التمييز بين الحق في الكراء كعنصر من عناصر الملكية المعنوية من جهة وعقد الكراء، من جهة أخرى[71]، فالجدل الحاصل إذن مرده عدم إدراك هذا التمييز الناجم عن خلط في الأذهان تسبب فيه اعتبار الحق في الكراء كأثر من آثار عقد الكراء.

ومما لا شك فيه أن عقد الكراء باعتباره من العقود الملزمة لجانبين، يرتب حقوقا والتزامات لصالح المكري وعليه، ولفائدة المكتري وعليه أيضا، ومن جملة الحقوق التي يرتبها هذا العقد لفائدة المكتري صاحب الأصل التجاري الحق في ضمان عدم التعرض والاستحقاق، وهذه كلها حقوق ناجمة عن التزامات شخصية لا جدال في ذلك، لكن حينما نقول أنه بمضي المدة القانونية يصبح للمكتري حق آخر هو الحق في الكراء، فهذا الحق الأخير وإن كان نتيجة لإبرام اتفاق ونشوء التزامات وحقوق متبادلة، فهو لا يصنف رغما من هذا التقارب في صنف الحقوق المترتبة مباشرة عن العقد في حد ذاته، بل هو ناشئ مباشرة عن نص القانون[72].

ويبقى السليم في رأينا أن الحق في الكراء تتجاذبه أقطاب الحق العيني والحق الشخصي في نفس الوقت، لنساير بذلك طرح أصحاب الطرح الثالث ونؤيدهم فيما ذهبوا إليه، لأن عقد الكراء باعتباره من العقود الملزمة لجانبين، ينشئ حقوقا شخصية بين الأطراف وحقوقا عينية تجاه الأغيار، كما أن حق المكتري قد ينطبع ببعض خصائص الحق العيني وخاصة حقي التتبع

[71]- نور الدين عسري، بيع الأصل التجاري في التشريع المغربي في ضوء الاجتهاد القضائي، م.س، ص:76.

[72]- وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 4 من ق. رقم 49.16 والتي جاء فيها:" يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل".

والأفضلية ولم يعد من حق المؤجر رفض تجديد العقد في أي وقت، بل يجب عليه الاستناد إلى أحد الأسباب الواردة في المواد 9 و 13 و 16 من القانون رقم 49.16[73]، تحت طائلة تعويض عادل لا يجب أن يقل عن قيمة الأصل التجاري[74]، كما يمكن للمكتري التصرف في هذا الحق دون إذن أو موافقة من المكري[75].

الفقرة الثانية: تمييز الحق في الكراء عن بعض النظم المشابهة له

إن عدم تعريف المشرع للحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري يؤدي في الكثير من الأحيان إلى الخلط واللبس بينه وبين بعض النظم المشابهة له، وسنحاول من خلال هذه الفقرة استجلاء هذا اللبس من خلال رصد بعض أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين عقد الكراء**(أولا)**، والأصل التجاري **(ثانيا)**، ثم نحاول بعدها تمييزه عن حق الانتفاع **(ثالثا)**، وعن حق الجلسة **(رابعا)**، ثم عن الخلو أو بيع المفتاح **(خامسا)**.

أولا: تمييز الحق في الكراء عن عقد الكراء

بعد أن ميز المشرع المغربي في الفصل 626[76]، من قانون الالتزامات والعقود المغربي، بين إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص عن الخدمة أو العمل، انتقل في الفصل 627 من نفس

---

[73] - انظر المواد 9 (المتعلقة بالهدم وإعادة البناء)، و 13 (المتعلقة بالمحلات الآيلة للسقوط)، و 16 (المتعلقة بتوسيع المحل أو تعليته)، من القانون رقم 49.16.

[74]- كما تنص على ذلك المادة 7 من ق. رقم 49.16، والتي جاء فيها:" يستحق المكتري تعويضا عن إنهاء عقد الكراء، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون.

يعادل التعويض ما لحق المكتري من ضرر ناجم عن الإفراغ.

يشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكتري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل...".

[75] - وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 49.16، والتي جاء فيها أنه:" يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف...".

[76]- ينص الفصل 626 من ق.ل.ع على ما يلي:"الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل".

القانون ليعرف عقد الكراء بأنه: "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له"[77].

وبالتمعن في مقتضيات النص أعلاه يتضح لنا بأن عقد الكراء يتميز بمجموعة من الخصائص، فهو عقد ملزم لطرفيه، المكري والمكتري ويفرض على كل منهما التزامات محددة، وهو يرد على منفعة العين المكتراة عقارا كانت أو منقولا دون تملك رقبتها.

ووفقا للفصل 628[78] من قانون الالتزامات والعقود المغربي، فهو من العقود الرضائية والتي يكفي لقيامها مجرد التراضي على الشيء المكترى والأجرة، وباقي العناصر التي يعتبرها الأطراف أساسية دون ضرورة التقيد بأي إجراء شكلي، فضلا على أن عقد الكراء من العقود الزمنية التي تستلزم الاتفاق على مدة معينة في حدود ما يقضي به القانون.

في حين نجد أن القانون 49.16 وخلافا للقواعد العامة اشترط شروطا خاصة لنشأة الحق في الكراء، بالإضافة إلى استفادة المكتري من الحق في التجديد والتعويض عن فقدان الأصل التجاري، في الأحوال التي يقررها القانون السالف الذكر، علاوة على الحق في التخلي عن الكراء، وقد حددت هذه الشروط المادتين 3[79] و 4[80]، إذ اشترطت أن يكون عقد الكراء صحيحا وثابتا بمقتضى محرر ثابت التاريخ، وأن ينصب الكراء على عقار وليس منقول، وأن يستغل بصفة مستمرة لمدة سنتين من طرف صانع أو تاجر أو حرفي[81].

---

[77]- La définition du contrat par le législateur français au chapitre 1709 du code civil français comme suit: « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ».

[78]- ينص الفصل 628 من ق.ل.ع على أنه:" يتم الكراء بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد".

[79] - تنص المادة 3 من القانون رقم 49.16، على أنه:" تبرم عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ...".

[80]- جاء في المادة 4 من القانون رقم 49.16 ما يلي:" يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل..."

[81]- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري 49.16 م.س، ص:27-28.

ومعلوم أن قيام الحق في الكراء رهين بوجود عقد كراء صحيح، فكلما انعدم عقد الكراء انعدم معه الحق في الكراء، فالحق في الكراء ليس عقدا وإنما هو حق معنوي منقول، ويعتبر عنصرا من العناصر المكونة للأصل التجاري الواردة في المادة 80 من مدونة التجارة.

فقد يحدث وينعدم الحق في الكراء، عندما تختل أحد الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من القانون رقم 49.16، من حيث الشكل ومن حيث الزمان، لكن عقد الكراء يبقى قائما بين الطرفين، ويخضع حينها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، حسب ما تنص عليه المادة 37[82] من القانون 16.49.

ثانيا: تمييز الحق في الكراء عن الأصل التجاري

يرجع تعبير الأصل التجاري إلى ترجمة حرفية لكلمة من اللغة اللاتينية[83] تعني "التجميع" وهذا المعنى ينسجم مع مدلول الأصل التجاري على المستوى الاصطلاحي، أي تجميع مجموعة من العناصر المادية والمعنوية واستغلالها تجاريا، وتأكيدا لما سبق ذكره فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس على أن:" الأصل التجاري وباعتباره مالا منقولا يشمل جميع الأموال المنقولة التي يخصصها التاجر لممارسة نشاطه التجاري ويتكون من مجموعة من عناصر مادية ومعنوية متحدة فيما بينها، وإن اختلفت عناصرها من حيث العدد والأهمية حسب نوع وطبيعة التجارة التي يزاولها التاجر"[84].

- غير أن المكتري يعفى من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، الذي يجب أن يكون موثقا، سواء في العقد أو في عقد مستقل، حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 4 من ق. 49.16 والتي جاء فيها ما يلي:"...يعفى المكتري من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، ويجب توثيق المبلغ المالي المدفوع كتابة في عقد الكراء أو في عقد منفصل".

[82]- تنص المادة 37 من القانون 49.16 على أنه:" تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود على عقود الكراء التي لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون، ما لم تخضع لقوانين خاصة".

[83]- وهذه الكلمة هي: " fond"

[84]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1209، بتاريخ 26-2012-06 ملف ع. 640/11، غير منشور.

وقد فضل المشرع المغربي استعمال مصطلح الأصل التجاري بدل غيره من المصطلحات[85]، لأنه أكثر وضوحا ودقة في المعنى، فاستعمال مصطلح "المحل"، قد يثير نوعا من الخلط في الأذهان وينصرف القصد إلى المحل أي العقار الذي يمارس فيه النشاط التجاري بدل المعنى الصحيح والمقصود، وخصوصا وأن العقار مستبعد من مكونات الأصل التجاري.

وبالرجوع إلى المادتين 79 و80 من مدونة التجارة، يتبين لنا بأن الأصل التجاري يشتمل على جميع الأموال المنقولة لممارسة نشاط أو عدة أنشطة تجارية في نفس الوقت.

وبذلك فإن العقار لا يمكن أن يكون عنصرا من عناصر الأصل التجاري، حتى ولو كان استثمار الأصل التجاري يتم في محل أو في عقار.

ويترتب على هذا التحديد أيضا التمييز بين الملكية التجارية (الأصل التجاري المنقول)، والملكية العقارية -حق الرقبة- اللتين يربط بينهما الحق في الكراء عند وجوده، واستقلال مالك الرقبة أو العقار عن مالك الأصل التجاري.

ويعد الحق في الكراء عنصرا معنويا من عناصر الأصل التجاري، يمكن للمكتري تفويته مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف حسب ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون 49.16.

- فهل كان المشرع المغربي موفقا عندما لم يدخل الحق في الكراء ضمن العناصر المحددة في المادة 80 من مدونة التجارة؟.

يرى جانب من الفقه أن المشرع المغربي كان موفقا عندما جعل الحق في الكراء مجرد عنصر اختياري وليس وجوبي، وذلك على خلاف الزبناء والسمعة التجارية، (المادة 80 من

[85]- فمثلا نجد المشرع اللبناني يطلق عليه اسم " المؤسسة التجارية،" و"المحل التجاري" بالنسبة للمشرعين المصري والجزائري، و"المتجر والمصنع". تخصص باستعماله كل من المشرع السوري والمشرعين الكويتي والأردني...

مدونة التجارة)، يوجد الأصل التجاري بوجوده ودون وجوده[86]، إلا أنه يعتبر عند وجوده من بين العناصر الجوهرية المكونة للأصل التجاري، والأكثر من ذلك فقد يترتب على تفويته تفويت الأصل التجاري تلقائيا في حالات استثنائية معينة، كأن يكون كل زبناء الأصل ينتمون إلى الحي الذي يوجد فيه العقار أو المحل المستثمر فيه هذا الأصل[87] .

وقد نحى جانب آخر من الفقه نفس المنحى، واعتبر بأن المشرع المغربي كان صائبا حينما اعتبر الحق في الكراء مجرد عنصر اختياري يقوم الأصل التجاري سواء وجد هذا الحق أم لم يوجد[88].

وفي هذا الاتجاه أيضا ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها، الذي اعتبرت فيه أن الحق في الكراء ليس عنصرا جوهريا في الأصل التجاري، ولا يشكل تبعا لذلك تفويت الحق في الكراء تفويتا للأصل التجاري، ما دام البائع يحتفظ لنفسه بالعناصر الأخرى، خاصة عنصر الزبناء القارين، والزبناء العابرين (السمعة التجارية)[89].

ولا يمكن للباحث إلا أن يتخذ موقفا وسطا من هذه الإشكالية مسايرة للفقه والقضاء، يتجسد في اعتبار الحق في الكراء، عند وجوده عنصرا معنويا هاما من بين العناصر التي تدخل في تكوين الأصل التجاري، إلا أن هذا العنصر قد يؤثر بشكل مباشر في حالات معينة ضيقة، في عنصر الزبناء وجودا وعدما، تأثيرا يجعل تفويته تفويتا للزبناء أو للأصل التجاري، دون أن يرقى ذلك إلى اعتبار الحق في الكراء عنصرا ضروريا وجوهريا لوجود الأصل

[86]- ومن ذلك مثلا حالة التاجر مالك الأصل التجاري والعقار المستثمر فيه في نفس الوقت، فلا يمكن الحديث عن الحق في الكراء لعدم وجود كراء أصلا، مع الإشارة إلى أن العقار لا يعد عنصرا من عناصر الأصل التجاري.

[87]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الأول، م.س، ص:18.

[88]- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري 49.16، م.س، ص33.

[89]- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، أورده أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص:21.

التجاري، فإذا اكتنف تفويت الحق في الكراء ولو ضمنيا تفويت الزبناء، فإن ذلك قد يشكل في بعض الحالات تفويتا للأصل التجاري[90].

ثالثا: تمييز الحق في الكراء عن حق الانتفاع

يعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية الأصلية حسب المادة 9[91] من مدونة الحقوق العينية، واعتبرت المادة 79[92]، من نفس المدونة أن الانتفاع حق عيني يتمثل في التمتع بمنفعة عقار على ملك الغير.

فحق الانتفاع حق عيني وبهذا يتميز عن حق المكتري، فهذا الأخير دائن للمكري بالانتفاع بالعين المؤجرة يلزم هذا الأخير من تمكينه من ذلك، فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به، ولا يتوسط بينهما مالك الشيء، ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع، كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه، ولا يلتزم نحوه بشيء[93].

ويميز بعض الفقه المغربي الحق في الكراء عن حق الانتفاع بطول المدة، إلا أن طول المدة لا يغير من طبيعة الكراء كما أن قصرها لا يؤثر على طبيعة الانتفاع، ولهذا نجد أن من الفقه من يبحث عن معيار التمييز بين الحقين في نية المتعاقدين وفي ظروف المعاملات[94]،

---

[90]- من ذلك مثلا :الحالة التي يتم فيها تفويت الحق في الكراء والمعدات، التي تشكل العنصر الأكثر أهمية في الأصل التجاري.

[91] - تنص المادة 9 من م.ح.ع، على ما يلي :" الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه. والحقوق العينية الأصلية هي :1-...2-...3- حق الانتفاع...".

[92]- تنص المادة 79 من م.ح.ع، على ما يلي:"الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع".

[93]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق ق. رقم 39.08، (ع.ذ.م)، ط. الثالثة 2018، ص: 194.

[94]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. السادس، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان- (ع.ذ.ط). ص:21.

فمن حيث المصدر هناك اختلاف واضح، لأن حق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ما عدا الميراث، بينما حق المكتري فمصدره دائما هو عقد الكراء وفق الشروط المنصوص عليها في القانون 49.16، وإذا كان حق الانتفاع ممكنا بدون عوض، فإن الكراء لا يكون بدون عوض بل إن الأجرة تعتبر من أركانه الأساسية.

كما أن حق الانتفاع يخول للمنتفع حقا مباشرا على الشيء المنتفع به، ولا يحتاج للوصول إليه وساطة المالك، في حين أن الحق في الكراء لا أثر له على ملكية العين المكتراة، فالمالك يحتفظ بالسلطة المتفرعة عن حق الملكية وهي الانتفاع والاستغلال والتصرف، ويبقى من حق المكتري الانتفاع بالعين المكتراة وفق الالتزامات والحقوق التي حددها له القانون أو الاتفاق.

ومن حيث الانقضاء، فإذا كان حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع حسب المادة 79 من القانون رقم 39.08، فيجب على المالك التشطيب على حق الانتفاع المسجل في الوكالة الخاصة للمحافظة العقارية، إلا أن الفصل 698[95] من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن عقد الكراء يستمر مع ورثة المكتري وهذا ما يعرف بامتداد عقد الكراء من حيث الأشخاص، كذلك ينقضي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المحدد له، فإن لم يعين له أجل اعتبر مقررا لحياة المنتفع، وأما الحق في الكراء الذي يعتبر حقا معنويا وليس جزءا من عناصر الأصل التجاري بمفهومه العام فلا ينتهي بانتهاء مدته، بل يستمر مع عقد الكراء الذي لا ينتهي إلا بسلوك مسطرة أحد المواد 9،13،16،32،33 من القانون 49.16 [96] .

[95]- ينص الفصل 698 من ق.ل.ع على أنه:" لا يفسخ الكراء بموت المكتري ولا بموت المكري إلا أنه:

أولا - الكراء الذي يبرمه المستحق في ملك محبس ينفسخ بموته؛

ثانيا - الكراء الذي يبرمه من بيده الشيء بدون موجب ينفسخ بموته".

[96]- انظر المواد 9- 13- 16- 32- 33 من ق. رقم 49.16

رابعا: تمييز الحق في الكراء عن حق الجلسة

لم يعرف المشرع المغربي وكعادته الحق في الجلسة، لكن الفقه تصدى لهذه المهمة فعرفها الفقيه بول ديكرو بقوله:" أن حق الجلسة يطلق عليه الحلاوة ويقع على العقارات المبنية المحبسة أو ملك الدولة ويهم المتاجر والمحلات المهنية أو الحمامات والأفران أي المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الحرفي"[97].

ويقصد بالجلسة تبقية واستمرار الكراء، والحلاوة أو الغبطة التي يدفعها مكتر جديد مقابل التخلي عن الكراء[98].

وحق الجلسة يقع على الأراضي المبنية والهدف منها تجاري، وهو من الحقوق العينية الأصلية وفق الفقرة الأخيرة من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالحقوق العرفية المنشأة على وجه صحيح قبل دخول المدونة حيز التنفيذ.

وهناك اختلاف تاريخي بين مؤسسة الحق في الكراء ومؤسسة الجلسة لأن السبب الأول في إنشاء حق التجديد هو ارتباطه أصلا بفكرة الأصل التجاري التي ظهرت أول الأمر بظهور قانون 1926 الفرنسي، في حين أن حق الجلسة ارتبط أساسا بالكراء الطويل الأمد، ولم تعد له تلك الأهمية التي كانت له مسبقا لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، بالإضافة إلى أن الأحباس نظمت وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الذي يمنع تطويل مدة الكراء[99].

ويظهر أن أوجه الاختلاف بينهما هي الراجحة، أما أوجه التشابه كما أورد بعض الباحثين[100]، فهي تتجلى في كون المالك لا يمكنه إرغام المكتري على الإفراغ، ففي حق الجلسة يمنع على مالك الرقبة إفراغ صاحب حق الجلسة، أما الحق في الكراء أو الحق في

---

[97] -Paul de creux: droit foncier marocain , tome 3, 2éme édition, revue complétée et mise à jours, édition la porte 1977, p :450 .

[98] - أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأصل التجاري، ج. الأول، م.س، ص:47.

[99] - نجاة الكص: الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري، م.س، ص:78-80-79.

[100] - إلياس لوطفي: الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، م.س، ص:25.

التجديد فيعطي للمكتري الذي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من القانون رقم 49.16 حق المطالبة بتجديد عقد كرائه عند نهاية مدته[101].

خامسا: تمييز الحق في الكراء عن الخلو أو بيع المفتاح

يتخذ هذا الحق عدة مصطلحات مهنا ما هو عربي إسلامي أصيل كالخلو وبيع المفتاح، ومنها ما هو دخيل يشكل ترجمة للمصطلح الفرنسي،[102] كحق الرجل وحق العتبة أو الخطوة الأولى نحو المحل.

ويعرف الخلو أو بيع المفتاح أو حق الخطوة الأولى نحو الدخول إلى المحل، بالمبلغ المالي أو غيره الذي يدفعه المكتري الجديد إما إلى مكتر سابق مقابل مغادرته للمحل أو العقار المعد للتجارة أو الصناعة أو الحرفة، وإما إلى مالك العقار أو المحل مقابل الحق في استخدامه لأول مرة في التجارة أو الصناعة أو الحرفة كذلك.

وتعد هذه الممارسة شائعة في المغرب وفرنسا من جهة، وكانت شرعية من جهة أخرى لعدم وجود نص قانوني يمنعها، علاوة على أنها مجرد تفويت للحق في الكراء الذي ليس سوى عنصر معنوي من عناصر الأصل التجاري قابل للتفويت إما مع الأصل أو إفراديا دون الأصل وكل شرط مخالف يعد كأن لم يكن[103]، حيث حل المصطلح الشعبي بيع المفتاح محل المصطلح القانوني تفويت أو بيع الحق في الكراء منظورا له من طرف المكتري، ولم تحضى عملية بيع المفتاح أو الساروت ولفترات طوال بتنظيم قانوني خاص، بل كانت تستمد سندها من الواقع الذي تمارس فيه بشكل كبير، إلا أن المشرع المغربي من خلال القانون 49.16 قنن هذه الممارسة وجعل لها نصا فريدا ضمن مقتضياته وهي الفقرة الثانية من المادة 4 منه، لكن دون تحديد يذكر للقواعد التي تحكم هذه العملية.

[101] - حسب ما تنص عليه المادة 4 من ق. رقم: 49.16.

[102]- (Pat de porte – droit de entrée)

[103]- كما تنص على ذلك المادة 25 من ق. رقم 49.16.

ما يجعلنا نتساءل الآن حول الطبيعة القانونية للخلو أو حق الخطوة الأولى نحو المحل، أو بيع المفتاح؟.

تختلف الإجابة عن هذا التساؤل حسب ما إذا كان الفعل أو التصرف صادرا من المكتري المستغل للأصل التجاري في العقار أو المحل المكترى، أو كان صادرا من مالك العقار أو المحل.

1- الخلو أو بيع المفتاح من طرف المكتري للعقار أو المحل

يعتبر الخلو أو المقابل الذي يدفعه المكتري الجديد إلى المكتري السابق لعقار أو محل مخصص للتجارة أو الصناعة أو الحرفة نظير إخلاء أو إفراغ المكان مجرد تفويت للحق في الكراء، ويعد هذا التفويت أو البيع جائزا قانونا، سواء ثم التفويت رفقة الأصل التجاري أو إفراديا، خاصة وأن المكتري المفوت يفقد حقا هاما وهو الحق في تجديد عقد الكراء دون تحديد، ولا يمكن حرمانه من هذا الحق إلا مقابل تعويضات الإخلاء التي لا تقل عن قيمة الأصل التجاري، حسب ما تنص عليه الفقرة 3[104] من المادة 7 من القانون 49.16[105].

2- الخلو أو الخطوة الأولى نحو باب الدخول إلى المحل أو العقار

يعتبر الخلو أو مقابل الحق في الخطوة الأولى نحو العقار أو المحل الذي يدفع إلى مالكه، ويبرر إما بالعوض عن الخسارة التي ستلحق القيمة الاقتصادية من جراء احتلاله أو اعتماره من طرف مكتر تاجر سيملك الحق في تجديد عقد الكراء دون حدود، ولا يمكن إفراغه منه مستقبلا إلا نظير تعويض لا يقل عن قيمة الأصل التجاري المستغل فيه أو لسبب غير مشروع، وإما تكملة للكراء، يمثل القيمة الاقتصادية للحق في الكراء، خاصة أن الزيادة في السومة

[104]- انظر الفقرة الثالثة من المادة 7 من ق. رقم 49.16

[105]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 43.

الكرائية تخضع لإجراءات وشروط قانونية منصوص عليها في القانون 07.03[106] المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، والذي يضع شرطين للمراجعة هما مرور كل ثلاث سنوات (المادة الثانية[107])، وتقلب الظروف الاقتصادية (المادة السادسة[108]).

ولا تجري المبادئ أعلاه سوى على العقارات أو المحلات المعدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الخاضعة للقانون 49.16، وذلك على اعتبار أنها يتولد عنها الحق في الكراء أو الحق في تجديد عقد الكراء، الذي يعتبر عنصرا معنويا من العناصر التي تدخل في تكوين الأصل التجاري.

أما العقارات المعدة للسكنى والاستعمال المهني فتبقى خاضعة للقانون 67.12[109]، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، وخاصة المادة 39[110] منه، والتي تمنع على المكتري أن يتخلى عن كراء المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني أو توليتها للغير كيفما كان نوع التخلي أو التفويت أو التولية

---

[106]- ظ.ش. رقم 1.07.134 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 07.03 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر) 2007، ص 4061.

[107]- تنص المادة الثانية من ق. رقم 07.03 على ما يلي:" لا يجوز الاتفاق على رفع ثمن الكراء خلال مدة تقل عن ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية، أو الاتفاق على زيادة تتعدى النسب المقررة في هذا القانون".

[108]- تنص المادة السادسة من ق. رقم 07.03 على ما يلي:"يمكن للمكتري المطالبة بتخفيض ثمن الكراء إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و661 من قانون الالتزامات والعقود".

[109]- ظ.ش، رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013)، بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013.

[110]- جاء في المادة 39 من ق. 67.12 ما يلي:" خلافا لمقتضيات الفصل 668 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، يمنع على المكتري تولية المحل المعد للسكنى أو التخلي عنه بدون موافقة المكري في محرر كتابي ثابت التاريخ ما لم يتم التنصيص على خلاف ذلك في عقد الكراء...".

وذلك خلافا لمقتضيات الفصل 668[111] من قانون الالتزامات والعقود ما عدى في الحالات التالية:

- إذا ورد في عقد الكراء نص مخالف، كما تنص على ذلك المادة 39 من القانون 67.12
- أو إذا وافق المكري على ذلك كتابة، حسب نص المادة 39 أعلاه.
- أو إذا كان المحل المكترى سيستغل من طرف المتخلى له أو المتولى له لممارسة نفس النشاط المهني الذي مارسه بهذا المحل المكتري الأصلي[112]، وفق ما تنص عليه المادة 40[113] من القانون رقم 67.12.

ويعد الخلو (بيع المفتاح) أو حق الخطوة الأولى وليد الممارسة في المجال التجاري والصناعي والحرفي في كل من المغرب وفرنسا، التي ارتقت إلى درجة العادات التجارية التي اعترف بها الفقه والقضاء والتشريع عملا بالمادتين 2[114] ، و 3[115] من مدونة التجارة.

إلا أن المشرع المغربي لم يذكر الخلو أو حق الخطوة أو الرجل، ضمن العناصر المعنوية والمادية المعدة في المادة 80 من مدونة التجارة، ربما لكونه حقا يرد على حق آخر، وهو الحق

---

[111]- تنص المادة 668 من ق.ل.ع، على ما يلي:" للمكتري الحق في أن يكري تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء لغيره، بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضته طبيعة ما اكتراه، ويجب أن يفهم المنع من الكراء للغير على إطلاقه، بحيث لا يسوغ الكراء للغير ولو جزئيا، كما لا يسوغ التنازل عن الانتفاع ولو على سبيل التبرع.

[112]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، ص: 44.

[113]- تنص المادة 40 من ق. رقم 67.12 على أنه:" بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني، لا يحق للمكري أن يعترض على التولية أو التخلي إذا ما التزم المتولى له أو المتخلى له باستعمال المحل أو المحلات المكتراة لمزاولة نفس النشاط المهني الذي كان يزاوله بها المكتري الأصلي. أو لمزاولة نشاط مهني مماثل. شريطة أن لا يترتب عن ذلك إدخال تغييرات على المحل المكترى، أو إحداث تحملات إضافية بالنسبة للمكري أو تغيير طبيعة عقد الكراء.

يستدعى المكري من طرف المكتري ليشارك في العقد وفق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية. ولهذا الغرض، يشعره بنيته في تولية الكراء أو التخلي عنه للغير".

[114]- تنص المادة 2 من م.ت، على أنه:"يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

[115]- ورد في المادة 3 من م.ت، أنه:" ترجح الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة".

في الكراء أو لكونه تكملة وإضافة تلحق أجرة الكراء، ولكن بعض الكتاب جعلوا منه عنصرا معنويا في مرتبة الزبناء والسمعة التجارية.

ومن هؤلاء الكسندر شومان، الذي وضع تحليلا خاصا لحق الرجل أو الخطوة في مقال له في مجلة المحاكم الفرنسية بتاريخ 19- 20 غشت 1921 حيث قال:" إن حق الرجل أو الخطوة يشكل مع الزبناء القارين والزبناء العابرين أو العارضين مجموع المشترين المرتبطين بالقيمة والصفات المهنية للشخص الذي يستثمر الأصل التجاري، وأن الزبناء العابرين أو العارضين (السمعة التجارية)، يتشكلون من المشترين المرتبطين بالأصل التجاري لشهرته أو سمعته التجارية، فإن حق الرجل أو الخطوة الأولى نحو المحل يتألف من المشترين الذين يقبلون على الأصل التجاري لموقعه الذي يبرر دفع الخلو أو بيع المفتاح[116].

ونعتبر هذا التحليل غير دقيق لكونه يسوي بين الحق في الكراء وحق الرجل، في حين أن الأول عنصر من العناصر المعنوية للأصل التجاري، والثاني مجرد تصرف يلحقه وإن ارتبطا معا بموقع الأصل التجاري، وبمعنى آخر، إن الحق في الكراء هو تجديد عقد الكراء التجاري عند انتهائه دون تحديد، تحت طائلة تعويضات الإخلاء التي لا تقل عن قيمة الأصل التجاري.

أما الخلو أو حق الرجل فهو المبلغ الذي يدفع قصد الحصول على هذا الحق، حيث أن إثبات استرسال مدة الانتفاع أو الإدلاء بما يفيد الإعفاء من هذه المدة[117]، هو بمثابة المدخل الذي يكرس الحق في الكراء –حق التجديد- لفائدة المكتري، وبالتالي حفظ حقه في اكتساب الملكية التجارية التي تؤهله قانونا للتصرف في الحق في الكراء بمجموعة من التصرفات.

[116]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 45.

[117]- ويعتد بالمدة المذكورة سواء تحققت في شخص التاجر المكتري أو ذوي الحقوق.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق الحق في الكراء وفق القانون رقم 49.16

إن تحديد نطاق تطبيق القانون رقم 49.16، له أهمية كبرى لمعرفة عقود كراء العقارات التي تدخل ضمن دائرة اختصاص القانون رقم 49.16، المتعلق بعقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وما في حكمه، وكذا معرفة العقارات أو المحلات التي يكتسب عليها الحق في كراء الأصل التجاري.

ويقتضي وجود الحق في الكراء الذي يخضع للمقتضيات الحمائية للقانون رقم 49.16، توفر شرط المحل، لذلك فإنه وبالرجوع إلى مقتضيات المادة الأولى من القانون السالف الذكر، نجدها تنص على أن مقتضيات هذا القانون تطبق على عقود كراء العقارات أو المحلات ليستبعد بذلك المشرع المنقول[118]، كمحل لعقد الكراء التجاري.

وقد اعتد المشرع المغربي بالعقار[119] دون المنقول للاستفادة من المقتضيات الحمائية لقانون الكراء التجاري الجديد، كما عملت المادة الأولى منه على تحديد بعض الحالات العامة التي يكتسب عليها الحق في الكراء، **(الفقرة الأولى)**، كما نظمت بعض الحالات الخاصة التي أبى المشرع إلا أن يقحمها ضمن عقود الأكرية التي يكتسب عليها الحق في كراء الأصل التجاري **(الفقرة الثانية).**

---

[118]- كما يستشف من مقتضيات الفصل 627 من ق.ل.ع، الذي ينص على أن:" الكراء عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار..."

[119]- عرف المشرع المغربي العقار في المادة 6 من ق. رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية بقوله أن:

" العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته".

وللتوسع أكثر في هذا الموضوع انظر:

- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية م. الهلال العربية 1987، ج. الثاني، ص:9.

الفقرة الأولى: الحالات العامة التي يكتسب عليها الحق في الكراء.

انطلاقا من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 49.16، فإن

العقارات أو المحلات الخاضعة للمقتضيات الحمائية لهذا القانون[120] والتي يكتسب عليها الحق في الكراء[121]، نجد من بينها عقود كراء الأماكن التي يستغل فيها الأصل التجاري بصفة عامة **(أولا)**، وكذا عقود كراء الأماكن الملحقة بالمحل الأصلي المستغل به أصل تجاري **(ثانيا)**، وعقود كراء الأراضي العارية **(ثالثا)**، وعقود كراء الأملاك الخاصة للدولة أو باقي **المرافق** العمومية **(رابعا)**.

أولا: كراء العقارات أو المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري في ملكية تاجر أو حرفي أو صانع

تعتبر كراء العقارات أو المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري في ملكية تاجر أو حرفي أو صانع من بين الحالات التي يكتسب عليها الحق في الكراء[122]، وهنا فإن أول ما يستوقفنا هو عبارة" العقارات أو المحلات" التي استعملها المشرع في القانون رقم 49.16 فما المقصود بكلاهما، وهل ثمة اختلاف بين العقار والمحل؟.

---

[120] - أخذ المشرع المغربي بالقاعدة بأن أخضع مجموعة من العقود لنطاق تطبيق القانون 49.16، من خلال المادة الأولى منه، وأخذ أيضا بالاستثناء في المادة الثانية من نفس القانون، بأن استثنى مجموعة من العقود من نطاق تطبيق هذا القانون وعدم خضوعها له نظرا لطبيعة العقارات أو المحلات التي تنصب عليها، أو لعدم توفرها على أصل تجاري بالمعنى القانوني، وإما لتنظيمها بمقتضى قوانين مستقلة، وهي ثمانية عقود محددة على سبيل الحصر (انظر المادة 2 من ق. رقم 49.16).

[121]- وذلك على غرار المشرع الفرنسي الذي حدد بدوره الحالات التي يكتسب عليها الحق في الكراء، بمقتضى المواد:

-L-145 -1, L145-2, L145-3. Pour en savoir plus, voir ces articles conformément aux dispositions du code de commerce français.

[122]- ويطرح هذا المقتضى إشكالا يتعلق بأن الأصل التجاري لم ينشأ بعد، لأنه لو ورد الكراء على أصل تجاري موجود لكان عقد تسيير حر وليس كراء لمحل تجاري، كما أنه يتعارض مع مقتضيات المادة 4 التي تشترط مرور سنتين من الانتفاع لنشأة الحق في الكراء.

يعتبر عقارا كل شيء مستقر في الأرض بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته[123]، وأما المحل[124] فلم يعرفه المشرع المغربي على غرار العقار ما قد يطرح إشكالا في تحديد مفهوم دقيق له.

ففي فرنسا مثلا قام كل من الفقه والقضاء بالتمييز بين العقار والمحل، فمحكمة الاستئناف بباريس ذهبت إلى اعتباره:" كل مكان مغلق ومغطى تتم فيه عملية البيع، ويجب أن يكون لهذا المحل زبناء يلجئون إليه دون إكراهات".[125]

لكن محكمة النقض الفرنسية أعطت فيما بعد مفهوما واسعا وشاملا للمحل واعتبرته:

" كل مكان مغطى أو غير مغطى يهدف إلى ممارسة نشاط تجاري بصفة ثابتة ومستقرة في الزمن".[126]

وقد كان المشرع المغربي من خلال القانون رقم 49.16 موفقا في الأخذ بهذه الازدواجية نظرا لاختلاف معنى العقارات عن المحلات.

فالأولى تعني العقارات المبنية أو المشيدة المعدة بكاملها لاستغلال أصل تجاري، والأراضي البيضاء أو العارية من البناء التي شيدت بها -إما قبل إبرام عقد الكراء أو بعده-

---

[123]- انظر المادة 6 من ق. رقم 39.08 المتعلق ب: م.ح.ع.

[124]- ويمكننا تعريف المحل التجاري بأنه مال منقول معنوي مخصص لاستغلال تجاري أو صناعة معينة، وقد يسمى بالمتجر أو المصنع تبعا لنوع النشاط الذي يزاوله الشخص، والمحل التجاري وإن كان يشمل عناصر مادية كالسلع والمعدات وعناصر معنوية كالعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق = = =الملكية الصناعية، إلا أن له قيمة اقتصادية منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل من هذه العناصر على حده، فالمحل التجاري يمثل هذه العناصر المجتمعة منظورا إليها كوحدة معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة.

[125]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 20 مارس 2014، أوردته ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق ق. رقم 49.16، رسالة لنيل دبلوم الماستر في المنازعات والمهن القانونية جامعة –ابن زهر- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادير- السنة الجامعية 2017/2016، ص:42.

[126]- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 مارس 2016، أشارت إليه ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق ق. رقم 49.16، م.س.ص14.

بنايات تستعمل للتجارة أو الصناعة أو الحرف على شرط موافقة المالك، أو كانت تابعة لعقارات أو محلات تجارية أو مواقف السيارات المخصصة لزبناء الأسواق الكبرى[127].

أما المحل فهناك من اعتبره بأنه عمارة أو بناء أو جزء من العمارة يسمح باستغلال الأصل التجاري[128]، ومثال ذلك الأكشاك الموجودة على الملك العمومي بجانب الممرات والطرق التجارية العمومية.

لكن ماذا عن الأكشاك المتنقلة، والتي قد تكون لديها سمعة تجارية ولها رصيد مهم من الزبائن، فهل يمكن اعتبارها محلات وبالتالي تخضع لنطاق تطبيق القانون رقم 49.16؟.

جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط ما يلي:" إن الحماية التي يمنحها ظهير 24 ماي 1955 للمكترين التجاريين تستلزم وجود منشآت من مواد صلبة ومتينة فوق الأماكن المكراة، وتصبح هذه الحماية مرفوضة عندما لا توجد هنا سوى أكشاك أو بنايات يسهل فكها أو نقلها".[129]

وهذه الأكشاك لا يمكن اعتبارها محلات تجارية، حتى وإن كانت تتوفر على سمعة تجارية وزبناء قاريين حقيقيين لأنها دائمة الحركة والتنقل ولا يتوخى منها الاستقرار، فهي لا تخضع للمقتضيات الحمائية المنصوص عليها في القانون رقم 49.16، علما بأن المشرع قد حدد بمقتضى المادة الأولى من القانون السالف الذكر، العقارات والمحلات التي تستفيد من المقتضيات الحمائية لهذا القانون، كما حدد من خلال المادة الثانية من نفس القانون العقارات والمحلات التي لا تستفيد من هذه المقتضيات الحمائية، خصوصا وأنه لم نجد أي ذكر لهذه الأكشاك في كلتا المادتين.

---

[127] - محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري رقم 49.16، م.س، ص: 40.

[128]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الأول، م.س، ص563.

[129]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 13-2-1956، منشور بالمجلة المغربية للقانون RDM، مارس 1957، ص:121. أشار إليه أيضا محمد بونبات، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955 ومدونة قانون التجارة، سلسلة آفاق القانون، م. الوراقة الوطنية –مراكش-سنة 1999، ص:11.

واستقر العمل القضائي على اعتبار أن الحماية التي كان يكفلها الظهير الملغى تتطلب وجود منشآت من مواد صلبة قارة ومتينة فلا تمتد هذه الحماية إلى الأكشاك أو البنايات التي يسهل تفكيكها أو نقلها[130].

ويلاحظ أيضا من خلال الفقرة الأولى من القانون رقم 49.16، أن هذا القانون اهتم بصفة أساسية بالأصل التجاري وجعله مسألة أساسية في التعاقد، كما أن هذا القانون لا يجب أن يفهم

[130]- كما أن الواجهات الزجاجية والإعلانات الموجودة على الجدران لا تعتبر محلات وبالتالي لا تخضع لمقتضيات هذا القانون، وهذا ما جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي اعتبرت فيه أن:" واجهة زجاجية مكراة لعرض منتوج داخل بهو فندق ليست محل تجاري أو محل تابع للأصل التجاري". قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 30 مارس 1984، منشور بالمجلة المغربية للقانون العدد 2/85 ص:131.

والعلة من ذلك هو كون الزبناء الذين يقفون أمام هذه الواجهات والإعلانات هم زبناء الفندق وليسوا زبناء التاجر الذي يعرض منتوجاته، وهو نفس الحكم الذي يسري على المحلات الموجودة بالمراكز التجارية التي استبعدها المشرع من نطاق تطبيق ق. رقم 49.16، والذي نص عليها بشكل صريح في الفقرة الخامسة من المادة الثانية من نفس القانون وذلك خلافا لظهير 24 ماي 1955، وقد عمل المشرع أيضا على تعريفها لأول مرة في المادة المذكورة وذلك درء لأي لبس يمكن أن يثار بشأنها، وقد سبق لبعض الفقه الفرنسي أن عرف المركز التجاري بأنه:" مجموعة من المحلات التي لا يقل عددها عن عشرين محل ملقاة عن 5000 متر مربع، يقوم بخصوصها محل تجاري، إما عبارة عن سوق ممتاز أو محل ذي شعار مشهور بدور القاطرة أو المستقطب للزبناء.

-Jean, Marc poupard, « Les centres commerciaux, de nouveaux lieux de sociabilité dans le paysage urbain ». le Harmattan, 2008, p: 35-36.

منه أنه جاء لحماية الأطراف فقط، وإنما جاء أيضا لحماية الأصل التجاري[131]، الذي يتولد منه الحق في الكراء باعتباره عنصرا من عناصره[132].

ثانيا: عقود كراء العقارات أو المحلات الملحقة بالمحل الذي يستغل فيه الأصل التجاري

لم يعرف المشرع المغربي في إطار تنصيصه على هذا النوع من العقود المقصود بالمحل الملحق حينما جعله خاضعا لتطبيق نص القانون 49.16، وقد عرفه بعض الفقه[133] بأنه:" ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته"، ويجب لاستفادة المحل التابع للمحل الأصلي من المقتضيات الحمائية للقانون رقم 49.16 أن يكون المحل الملحق ضروريا لاستغلال المحل الأصلي حتى يخضع معه لنفس الحكم القانوني.

ويلاحظ أن المشرع قد تجاوز شرط التبعية بين المحل الأصلي والملحق، كأساس موضوعي لتطبيق أحكام الكراء التجاري على هذه المحلات، إلى أن تكون ضرورية ولا يمكن الاستغناء عنها.

---

[131]- إلا أنه لا يمكن تطبيق مقتضيات ق. رقم 49.16، على كراء الأصل التجاري منفردا، حيث يعتبر كراء مال منقول وليس عقار، وهذا ما تم توضيحه من طرف قضاء محكمة النقض في العديد من قراراتها نذكر منها أحد قراراته الذي اعتبر فيه أنه:" لا يخضع كراء الأصل التجاري (التسيير الحر)، لظهير 24 ماي 1955، وإنما يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في ق.ل.ع. والقواعد الخاصة لمدونة التجارة.

- قرار صادر عن محكمة النقض تحت رقم 987، بتاريخ 11-2011-08، في الملف التجاري عدد 2010/2/3/1408، أورده عمر أزوكار، منازعات الكراء التجاري من خلال محكمة النقض، ج. الأول، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء، ط. الأولى، سنة 2013، ص:25 وما بعدها.

انظر أيضا في تكريس هذا المبدأ: -قرار للمجلس الأعلى سابقا تحت عدد 9 الصادر بتاريخ 1958/04/29، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 13، ص:160. وأيضا: قرار لنفس المجلس تحت عدد 234، صادر بتاريخ 1959/6/16، نفس المرجع السابق، العدد 26، ص:180.

وعليه فإن الكراء الوارد على الأصل التجاري وعلى كل منقول آخر ماديا كان أو معنويا، لا يدخل في مجال الملكية التجارية أو الحق في الكراء التي ينظمها ق. رقم 49.16 بل يخضع للقانون المنظم للتسيير الحر ويتعلق الأمر بالمواد من 152 إلى 159 من م.ت، ولقانون الالتزامات والعقود.

هذا وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 152 من م.ت على أنه:" يخضع للأحكام التالية، بالرغم من كل شرط مخالف، كل عقد يوافق بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله على اكرائه كلا أو بعضا لمسير يستغله تحت مسؤوليته.

[132] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –أكادير- السنة الجامعية 2016-2017، ص: 42-44-43.

[133]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، م.س، ص: 214 وما يليها.

وبالرغم من عدم التنصيص صراحة على ضرورة أن يكون المحل الملحق ضروريا لاستغلال المحل الأصلي فإن ذلك مفترض ضمنيا، والضرورة العملية تقتضي لزاما إلحاق المحل الإضافي بالمحل الأصلي لاستغلال النشاط الرئيسي عملا بالقاعدة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل[134].

وبخصوص مسألة العلم والموافقة المتطلبة من قبل مكري المحل الملحق فيرى أحد الفقه بأن المكري للمحل التابع يكفيه العلم باستعمال المحل، وكونه سيكون محلا تابعا للنشاط التجاري بما يجعله خاضعا لأحكام الكراء التجاري، وذلك لكون مجرد علمه كاف، دون الحاجة إلى الموافقة بشكل صريح[135]، ويرى جانب من الفقه إلزامية حصول المكتري على الإذن الصريح بالموافقة من المكري صاحب المحل الملحق أو يتم ذلك بشكل موثق ومكتوب، إما في العقد الأصلي أو في عقد آخر[136].

وهو ما أقره القانون رقم 49.16، إذ أوجب المشرع من خلاله ضرورة العلم والموافقة من قبل مكري المحل الملحق، وضرورة الحصول على الموافقة، غير أن التساؤل المطروح حول شكل الموافقة الصادرة من مالكي العقارات الملحق والأصلي؟.

يمكن القول أن شكل الموافقة يجب أن تكون مكتوبة حتى تكون حجة بين الأطراف، أما عن طبيعة الكتابة ففي ظل التشبث بمضامين المادة الرابعة ومرامي القانون الجديد فوجب أن تكون في محرر كتابي ثابت التاريخ.

---

[134] - خالد العسري، قراءة في مشروع القانون المنظم للكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –وجدة- السنة الجامعية 2007-2008، ص: 12.

[135]- P. Blatter, Droit des baux commerciaux, document pratique, 2eme E, 1996, Dalloz, Paris, p :43.

[136] - محمد بونبات، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955، و م.ت، سلسلة آفاق القانون، م. الوراقة الوطنية، ط. الأولى سنة 1999، ص: 15

ولم تتطرق هذه المادة للحالة التي يكون فيها أحد المحلين مملوكا على الشياع، والتي يتعين الرجوع بشأنها للقواعد العامة، وبالتالي فتكفي موافقة ثلاثة أرباع المالكين لإبرام العقد، على اعتبار أن عقد الكراء يدخل ضمن أعمال الإدارة[137].

كما أنها لم تبين أيضا شكل الموافقة الصادرة عن مالكي العقارين الأصلي والملحق، هل يتعين أن تكون كتابية أم شفوية، وإن كان منطق الأمور يقتضي أن تكون الموافقة كتابية لكراء عقار لإلحاقه بالمحل الأصلي.

ثالثا: عقود كراء الأراضي العارية التي شيدت عليها، إما قبل الكراء أو بعده، بنايات لاستغلال أصل تجاري بشرط الموافقة الكتابية للمالك

يستفيد عقد الكراء من الحماية المقررة في القانون رقم 49.16، إذا انصب على كراء الأراضي العارية التي شيدت عليها، إما قبل إبرام العقد أو بعده بنايات للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي بشرط أن تكون هذه البنايات قد شيدت أو تم استغلالها برضا المالك، ويجب أن يكون هذا الرضا ثابتا بالكتابة.

وعقد الكراء الذي ينصب على كراء الأراضي العارية[138]، متى شيدت عليها إما قبل الكراء أو بعده بنايات لاستغلال الأصل التجاري شريطة الموافقة الكتابية للمالك يدعونا إلى

---

[137]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 971 من ق.ل.ع على أن:"قرارات أغلبية المالكين على الشياع ملزمة للأقلية، فيما يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به، بشرط أن يكون لمالك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال.

فإذا لم تصل الأغلبية إلى الثلاثة أرباع، حق للمالكين أن يلجئوا للقاضي، ويقرر هذا ما يراه أوفق لمصالحهم جميعا. ويمكنه أن يعين مديرا يتولى إدارة المال المشاع أو أن يأمر بقسمته.

[138]- أو الأراضي البيضاء كما كانت تسمى في ظهير 24 ماي 1955 الملغى، ويقصد بها: تلك العقارات الغير المبنية والتي تخرج في الأصل من نطاق الحماية القانونية المقررة في ق. 49.16، واستثناء تخضع له في حالة تحقق شروط معينة حددها المشرع المغربي في الظهير المذكور، وكرسها في ق. الكراء التجاري الجديد مع اختلاف طفيف، وهذا ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون السالف الذكر.

وفي هذا الإطار اعتبر المجلس الأعلى سابقا –محكمة النقض حاليا- في أحد قراراته أن:" ظهير 24 ماي يطبق على الأراضي البيضاء التي شيدت عليها أو تستغل فيها بنايات للاستعمال التجاري، أو الصناعي أو الحرفي برضا المالك.

يتعرض للنقض القرار الذي قرر بأن المكتري ليقيم الدليل على كون المالك قد أعطى موافقته لإقامة البنايات، ليعود ويرفض لهذا المكتري حق الاستفادة من الظهير، دون الإجابة على النتائج التي لها وزن في استخلاص رضا المالك من استغلال تلك البنايات".

التساؤل، لأن الأرض إذا شيد عليها بناء قبل الكراء، فإنه سيتم كرائها على أساس أنها عقار مبني وليس كأرض عارية، وأما إذا لم يشيد عليها أي بناء إلا بعد الكراء، فإن المنطق السليم يقضي بأن هذا الكراء قد انصب على أرض عارية، وهي مستثناة من نطاق تطبيق القانون رقم 49.16، لأن ليس لها تخصيص محدد إلا إذا كانت أملاكا إضافية ملحقة بالمحل التجاري بشرط أن تكون ضرورية لهذا الاستغلال.

ومن جهة أخرى، فإذا انصب الكراء على أرض عارية وقام المكتري بتشييد بنايات لاستغلال الأصل التجاري عليها بموافقة كتابية من مالكها، فإن الأمر سيتعلق هنا بملكية بنايات فوق ملك الغير، وهو حق سطحية[139] يخول للمكتري ملكية هذه البنايات، مما يتعذر معه القول بوجود حق الكراء عليها، غير أن ما يعاب على هذا البند الصياغة وبالأخص عبارة " شيدت عليها قبل الكراء" مما يعني أن هذه الأرض ليست بعارية، فالأرض العارية هي التي ليس عليها أي بناء.

وعليه فإن المشرع المغربي نص صراحة على شرط الكتابة لتشييد البناء فوق الأراضي العارية توخيا لعدم نشوب أي خلاف بين المكري والمكتري بشأن هذا التشييد.

- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1958/7/8، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 10، أكتوبر 1998، ص:86، أورده محمد بفقير: قانون كراء المحلات التجارية والعمل القضائي، م.س، ص: 14.

[139]- عرف المشرع المغربي حق السطحية في الفقرة الأولى من المادة 118 من ق. رقم 39.08، بأنها:" حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير. وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية.

رابعا: عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية

تنقسم أملاك الدولة إلى صنفين، أملاك الدولة العامة[140] والخاصة[141]، إلا أن المشرع وإن كان قد جعل مقتضيات القانون رقم 49.16، تطبق على الأملاك الخاصة للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية، فإنه استثنى منها الأملاك المرصودة للمنفعة العامة[142]، وإن كانت من بين الأملاك الخاصة للدولة وهو الاستثناء الوارد في البند الثاني من المادة الثانية منه[143].

ويفهم من هذا المقتضى الذي ورد عاما بخصوص هذه العقارات أو المحلات بحيث لم ينص على تخصيصها للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، أن المشرع يميز بشأنها بين تلك المرصودة لمنفعة عامة، بحيث لا يمكن اكتساب الحق في الكراء فيها، ولا تخضع للقانون رقم 49.16، ولو كانت مخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وبين

---

[140]- فالملك العام للدولة والمنظم بمقتضى ظهير 1914، هو ذلك المال العام المعد لاستعمال العموم أو المصلحة العامة أو بعبارة أخرى كل شيء تملكه الدولة من عقارات أو منقولات، أو أي شخص اعتباري عام مخصص للنفع العام بمقتضى القانون.

[141]- وهي منظمة بمقتضى ظهير 1916، فهي أملاك لا ترتبط بالأملاك العامة، ومن تم لا تخضع للقواعد العامة المتعلقة بالملك العمومي وإنا لنظام قانوني يتكون من عدة قواعد تتعلق بكيفية اقتنائها وتدبير شؤونها وذلك من منطلق أنها أملاك تمتلك ذمة مالية عامة تعظم أهميتها من تزايد دورها في تنمية موارد الجماعات وهذا ما أكسبها استثناء قانونيا. -"إدريس النماحي، القانون المدني، الحقوق العينية، ونظام التحفيظ العقاري، (ع.ذ.م)، ط. الأولى، سنة 2003، ص: 17-18.

[142]- جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء أنه:" حيث أن ما نازع به المدعى عليه يبقى غير قائم على أساس قانوني سليم، إذ من جهة فالعلاقة الكرائية بينه وبين المدعية تجد تطبيقها في إطار مقتضيات ق. رقم 49.16، على اعتبار أن المحطة الطرقية لأولاد زيان تدخل في نطاق ملك الجماعة الترابية الخاص وليس العام، مما يجعل حالة نص البند رقم 4 من الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المذكور هي الواجبة التطبيق".

- حكم رقم 1914، صادر بتاريخ 06-2017-03، في الملف عدد 2017/8206/2937، غير منشور.

[143]- جاء في هذا البند ما يلي:" لا تخضع لمقتضيات هذا القانون:" عقود كراء العقارات أو المحلات التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو في ملك الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية حينما تكون تلك الأملاك مرصودة لمنفعة عامة".

تلك التي لم ترصد للمنفعة العامة، والتي تخضع لمقتضيات القانون المذكور إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك.

إلا أن الإشكال المطروح هو أن المعيار المعتمد وهو المنفعة العامة غير واضح، لأن المشرع لم يعرف المنفعة العامة، ولم يضع لها ضابطا يمكن بواسطته تمييزها عن غيرها من المصالح، ولم يحدد كيفية رصد هذه العقارات لمنفعة عامة، وهل يتم ذلك بمجرد تصريح الإدارة بأن العقار المعني مخصص للمنفعة العامة، أم يتعلق الأمر بالعقارات المنزوعة ملكيتها من أجل المنفعة العامة؟ وهل للقضاء رقابة على المنفعة العامة؟.

وهو ما سيؤدي إلى تضارب في الرأي بين من سيعتبر هذه العقارات مرصودة للمنفعة العامة وبين من لا يعتبر ذلك.

فالمحلات التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة والجماعات والمؤسسات العمومية، لا تخضع العقود المنصبة عليها لقانون الكراء التجاري الجديد، إذا كانت مرصودة لمنفعة عامة أو وقع الاتفاق على عدم استعمالها في نشاط تجاري، بالإضافة إلى الملك العام للدولة المستثنى أيضا من تطبيق مقتضيات القانون أعلاه.

الفقرة الثانية: الحالات الخاصة التي يكتسب عليها الحق في الكراء.

وسع القانون رقم 49.16[144]، من نطاق تطبيقه من خلال تعداد نوع الأملاك العقارية والمحلات موضوع عقد الكراء التجاري، إذ بالإضافة إلى العقارات أو المحلات السالف

[144]- تنص الفقرة الثانية من المادة 1 من ق. رقم 49.16 على أنه:" تسري مقتضيات هذا القانون أيضا على عقود كراء المحلات الآتي ذكرها:

1- العقارات أو المحلات التي تمارس فيها مؤسسات التعليم الخصوصي نشاطها؛

2- العقارات أو المحلات التي تمارس فيها التعاونيات نشاطا تجاريا؛

3- العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات والمؤسسات المماثلة لها نشاطها؛

4- العقارات أو المحلات التي يمارس فيها النشاط الصيدلي والمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية وعيادات الفحص بالأشعة.

التطرق لها، فإن مقتضيات هذا القانون تسري كذلك على حالات خاصة وهي أماكن كلها قد تمارس فيها أنشطة غير تجارية، حيث تخضع لهذا النص القانوني الجديد عقود الكراء المنصبة على العقارات التالية:

أولا: العقارات أو المحلات التي تمارس فيها مؤسسات التعليم الخصوصي نشاطها

شكلت مؤسسات التعليم الخصوصي[145] منذ تأسيسها من طرف الخواص، أداة متميزة للمساهمة في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والتربوية بالمغرب حيث أصبح التعليم الخاص يضطلع بدور اقتصادي فعال، وذلك بتوفيره عدة مناصب للشغل، كما يضخ مجموعة من الموارد المالية المهمة لفائدة الدولة عن طريق تضريب نشاطه.

فالمشرع بتنصيصه على مؤسسات التعليم الخصوصي، يكون قد أضفى نوعا من الحماية على القطاع الخاص وأقصى مؤسسات التعليم العمومية من المقتضيات الحمائية المنصوص عليها في قانون الكراء التجاري الجديد.

وقد سمح هذا المقتضى بإدخال الكتاتيب القرآنية ضمن المحلات التي تمارس فيها مؤسسات التعليم الخصوصي نشاطها، والتي تسري عليها مقتضيات ومساطر الكراء التجاري.

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يميز بين المؤسسات التعليمية الخاصة التي يكون الغرض من إنشائها تجاريا والتي لا تهدف إلى تحقيق الربح، والتي سبق للقضاء المغربي أن ميز بشأنها.[146]

145- يقصد بالتعليم المدرسي الخصوصي في هذا القانون، جميع أنواع التعليم والتكوين الملقن بالمؤسسات التي يقوم بإحداثها أشخاص طبيعيون أو معنويون غير الدولة ولاسيما :1 - التعليم الابتدائي. 2- التعليم الإعدادي. 3- التعليم الثانوي والتكوين لتحضير دبلوم التقني العالي. 4- التعليم الخاص بالمعاقين.5- تعليم اللغات وتنظيم دروس من أجل الدعم. 6- التعليم عن بعد وبالمراسلة. 7- التعليم بالأقسام التحضيرية للمعاهد والمدارس العليا.

- وذلك حسب ما ورد في المادة الأولى من الظهير الشريف رقم 1.00.202 صادر في 15 من صفر 1421 (19 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي، الجريدة الرسمية عدد 4798 بتاريخ 21 صفر 1421 (25 ماي 2000)؛ ص1187.

146- حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا معللا ذلك بأنه ما دام أن:" الفصل الثاني من ظهير 24 ماي 1955، يطبق على عقود كراء الأملاك والأماكن التي تشغلها كل مؤسسة من مؤسسات التعليم، والقرار المطعون فيه الذي أورد في تعليلاته أن الطرف المكتري هو جمعية ذات هدف غير مادي، تخضع لأحكام ظهير 1958/11/15، المنظم لقانون الجمعيات، وأن

ثانيا: العقارات التي تمارس فيها التعاونيات نشاطها

يعتبر هذا المقتضى من بين المستجدات التي جاء بها القانون رقم 49.16، بإخضاعه للعقارات التي تمارس فيها التعاونيات[147] نشاطها لنطاق تطبيقه، فأضحت هي الأخرى تستفيد من المقتضيات الحمائية المنصوص عليها في هذا القانون، وقد جاء هذا المقتضى عاما لعلة أن القانون رقم 112.12، ميز بين أصناف التعاونيات[148]، فالمشرع لم يعين بشكل

صريح أي صنف معني بهذا المقتضى[149]، وعليه يبقى النص ساريا على كل أصناف التعاونيات، ربما لكون نية المشرع ترمي إلى حماية التعاونيات لكونها تلعب دورا محوريا في التنمية الاقتصادية.

من أهم مواضيعها تدعيم أواصر التفاهم والصداقة بين الشعبين المغربي والأمريكي، وتشجيع التبادل الفكري والثقافي بين البلدين، فنشاطها ذو هدف ثقافي وليس تجاريا يبرر خضوعها لظهير 24 ماي 1955

- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا، أورده امحمد لفروجي، الكراء التجاري من خلال قضاء المجلس الأعلى للسنوات 2000-2005، ع 1، ص: 232.

- ونرى أنه كان على المشرع المغربي أخذ هذا التمييز بعين الاعتبار في قانون الكراء التجاري الجديد 49.16.

[147]- ويقصد بالتعاونية حسب الفقرة الأولى من المادة 1 من القانون رقم 112.12(الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.189 صادر في 27 من محرم 1436 (21 نوفمبر 2014) الجريدة الرسمية ع، 6318 بتاريخ 25 صفر 1436-18 ديسمبر 2014-، ص8481.) المتعلق بالتعاونيات:" التعاونية مجموعة تتألف من أشخاص ذاتيين أو اعتباريين أو هما معا اتفقوا أن ينضم بعضهم إلى بعض لإنشاء مقاولة تتيح لهم تلبية حاجياتهم الاقتصادية والاجتماعية، وتدار وفق القيم والمبادئ الأساسية للتعاون المتعارف عليها ولاسيما تلك المتمثلة في:

- العضوية الاختيارية المفتوحة للجميع؛ - الإدارة الديمقراطية للتعاونيات؛ - المساهمة الاقتصادية للأعضاء؛ - الإدارة الذاتية والمستقلة؛ - التكوين والتدريب والإعلام؛ - التعاون بين التعاونيات؛ - الالتزام نحو المجتمع...".

[148]- وهذا ما يستشف من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 1 من القانون 112.12 والتي نصت على أنه:" تنقسم التعاونيات إلى ثلاثة أصناف:1- تعاونيات يزودها أعضاؤها بمنتجات قصد بيعها للأغيار بعد تحويلها، أو بخدمات قصد تقديمها إليهم؛ 2 - تعاونيات إنتاج المواد أو تقديم الخدمات لفائدة أعضائها؛

3- تعاونيات تقدم عملا مأجورا لفائدة أعضائها.

ويمكن للتعاونية أن تجمع بين أنشطة صنفين أو ثلاثة أصناف المذكورة أعلاه".

[149]- وللإشارة فإن الصيغة التي تم التوافق عليها مع لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس المستشارين حول مقترح القانون المتعلق بالعقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي (صيغة 22 أبريل 2015)، تم الإقرار فيها أن التعاونيات التي ستخضع لمقتضيات هذا القانون هي فقط التعاونيات التي تمارس نشاطا تجاريا وليس جميع التعاونيات بمختلف أصنافها.

غير أن إخضاع التعاونيات للحماية المقررة في القانون رقم 49.16، لا يجب أن يوقعنا في خلط حول طبيعة عمل هذه التعاونيات، الذي يبقى عملا مدنيا صرفا، مما يجعل مسألة اكتساب الحق في الكراء مستبعدة، لكن ما دامت التعاونيات قادرة على ممارسة عمل تجاري، تستطيع من خلال كراء محلات تمارس فيها عمليات البيع والشراء، الأمر الذي يجعلها تكتسي طبيعة تجارية، مما يجعل اكتساب الحق في الكراء أمرا ممكنا[150].

ويمكن القول أن المشرع اعتمد على معيار النشاط التجاري لإخضاع عقود كراء العقارات أو المحلات التي تزاول فيه التعاونيات نشاطها التجاري لنطاق تطبيق القانون السالف الذكر، مفترضا حكما أن هذه التعاونيات تحقق نوعا من الربح، غير أن هذا الطرح لا ينسجم مع ما جاء في كتاب أصدرته وزارة العدل لشرح مقتضيات القانون أعلاه، وذلك حينما اعتبرت أنه:" بإخضاع أنشطة التعاونيات لهذا القانون والتي تمارس نشاطا تجاريا، لا يعني بالضرورة أن التعاونيات تكتسب صفة تاجر، لكون نشاطها لا يهدف إلى تحقيق الربح ولا تعتمد على نية المضاربة[151]، وهو الشيء الذي لا نتفق معه على اعتبار أن الواقع العملي أظهر نوعا من التعاونيات يكون نشاطها تجاريا في الأصل يهدف مؤسسوها إلى أن يكون نشاطها مربحا ومدرا للدخل.

وهو ما جعل المشرع من خلال القانون رقم 112.12، ووعيا منه بهذه الممارسة يفسح المجال أمام أعضاء التعاونية إلى تحويلها إلى شركة تجارية وذلك حسب ما نصت عليه المادة 80[152] من القانون السالف الذكر.

[150]- ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق القانون. رقم 49.16، م.س، ص:56.

[151]- وزارة العدل، القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي في شروح، ص:29.

[152]- تنص الفقرة الأولى من المادة 80 من ق. رقم 112.12 على أنه:" يجوز للتعاونية أن تتحول إلى شركة، كيفما كان شكلها القانوني، ويتعين إشعار السلطة الحكومية المكلفة بالاقتصاد الاجتماعي بمشروع التحويل...".

وقد جاء قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس أنه:" متى مورست الأنشطة في شكل شركة على سبيل المضاربة وتحقيق الربح تكتسب الصفة التجارية"[153].

وعليه فإذا وجد نشاط تجاري ممارس، فإن عنصر الربح يتحقق فعليا، ولا يمكن تصور وجود نشاط تجاري مزاول بعقار ما، لا يسعى صاحبه إلى عدم المضاربة فيه.

وفي نظرنا فإن أهداف التعاونيات الآن أصبحت لا تقتصر فقط على تشجيع روح التعاونية لدى أعضائها وتحسين جودة المنتوجات التي تقدمها، وإنما أصبح الأمر يتعدى ذلك بكثير، على اعتبار أن هناك تحايل من لدن مؤسسي التعاونيات، حيث أصبح هاجسهم الأكبر تحقيق أرباح مهمة، دون أن تدخل تلك العائدات في حكم الواقعة المنشئة للضريبة.

ثالثا: العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات والمؤسسات المماثلة لها نشاطها

أخضع المشرع بموجب الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم 49.16، العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات[154]، والمؤسسات المماثلة لها نشاطها[155].

وتعتبر المصحة[156] منشأة طبية لتقديم الرعاية الصحية، وتتألف من مجموعة من العيادات التي تعمل بصفة أصلية أو مستمرة في معالجة المرضى تحت إشراف طبي.

---

[153]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 863، بتاريخ 06-2002-06، في الملف ع، 665/02، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع، مزدوج 126-127، ص: 330.

[154]- ينظم هذا القطاع ظ.ش، رقم 1.15.26 صادر في29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015)، بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، ج.ر/ ع، 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015).

[155]- إن الصياغة المطلقة لعبارة المماثلة لها أي للمصحات، جاءت عامة ومطلقة على اعتبار أنه يصعب أحيانا حصر جوامع كلمة للتعبير عن مجموعة من المؤسسات، وكذلك حتى لا يقع تناقض بين ما نظمه النص العام والنص الخاص، فأحيانا يكون النص العام عادة ما يحيل على مقتضيات متضمنة في نصوص خاصة، فإنه إذا افترضنا أنه تم تعديل بعض المقتضيات بالنص الخاص فإننا سنكون أمام تناقض في الإحالة.

[156]- حسب الفقرة الأولى من المادة 59 من ق. رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب التي جاء فيها أنه:" يراد في مدلول هذا القانون بالمصحة، أيا كان الاسم المطلق عليها وسواء كان الغرض منها تحقيق الربح أم لا، كل مؤسسة صحية خاصة تهدف إلى تقديم خدمات التشخيص والعلاج للمرضي والجرحى والنساء الحوامل أو بالمخاض في إطار الاستشفاء، طوال المدة التي تستدعيها حالتهم الصحية أو تقوم بتقديم خدمات تتعلق بإعادة تأهيلهم. ويجوز للمصحة أيضا المساهمة في "مصلحة الاستعجال الطبي" وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال تنظيم العلاجات".

ولما كان مجال هذه المصحات الطبية والمؤسسات المماثلة لها[157] ، تقديم خدمات اجتماعية وارتباطها بشكل لصيق بحياة الأفراد، فإنه كان لزاما على المشرع أن يضفي حماية خاصة على العقارات التي تزاول فيها هذه المصحات[158] وما في حكمها نشاطها، وذلك حتى لا تواجه من طرف المكري مالك العقار بعدم رغبته في تجديد العقد وبالتالي فسخه، ما سيؤدي إلى عرقلة عملها الطبي والاستشفائي.

وقد ثار نقاش حول سبب إقحام المشرع لهذه العقارات التي يزاول فيها الأطباء أنشطتهم ضمن نطاق تطبيق هذا القانون، والحال أن الأطباء يستعملون مجهودا يدويا، وبالتالي فلماذا لا يخضعون لمقتضيات القانون رقم 12.67، المتعلق بكراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، شأنهم في ذلك شأن المحامين والموثقين والمفوضين القضائيين وغيرها من الأنشطة المهنية...؟.

وللإجابة على هذا التساؤل فإن الأمر يقتضي منا أولا معرفة المعيار الذي استند إليه المشرع المغربي في إخضاع هذا النوع من العقود لنطاق تطبيق القانون رقم 49.16.

فالمشرع المغربي استند على معيار المؤسسة أو المقاولة من جهة، لإخضاع هذه العقود لنطاق تطبيق قانون الكراء التجاري الجديد، ومن جهة أخرى، احتكم إلى معيار المضاربة والربح.

---

[157]- نصت الفقرة الثانية من المادة 59 من نفس القانون أعلاه أنه:" تعتبر مؤسسات مماثلة للمصحة من أجل تطبيق أحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه. ويشار إليها في باقي أحكام القانون بالمصحة: مراكز تصفية الدم، ومراكز أمراض الدم السريرية، ومراكز العلاج الإشعاعي، ومراكز العلاج الإشعاعي الموضعي، ومراكز العلاج الكيميائي، ومراكز القسطرة، ومراكز النقاهة أو إعادة التأهيل ومراكز الاستحمام من أجل العلاج وأي مؤسسة صحية خاصة تستقبل المرضى للاستشفاء".

[158]- وما تجدر الإشارة إليه أن مشروع ق المتعلق بالمصحات كان قد استعمل صيغة المصحات الخصوصية، وفي قراءة أولى لمجلس النواب تم تعديل الصيغة وإيراد مصطلح المؤسسات الخصوصية وما يجري في حكمها، وفي قراءة ثانية لمجلس النواب تم الاهتداء إلى اعتماد صيغة المصحات والمؤسسات المماثلة لها.

ويمكن اعتبار مهنة الطب مهنة تجارية تتميز ببعض عناصر المضاربة وتحقيق الربح، فالمضاربة باعتبارها السعي والتهافت على تحقيق الربح[159]، تتفق مع طبيعة التجارة، بل تعتبر من أهم عناصرها، فالطبيب متى اكتسب صبغة تجارية باستغلال مهاراته وخبراته الفنية والصناعية، فإنه تبعا لذلك يعد بائعا لخدمته للجمهور، فهو يضارب من أجل فائدة أو كسب الزبائن[160].

ومن ثم فيمكن تصور تطبيق مقتضيات القانون رقم 49.16، على عقد الكراء الذي يتم بين مصحة طبية والمكري مالك العقار، ويستبعد بالتالي تطبيق القواعد العامة، والقوانين الخاصة كما هو الشأن للقانون رقم 12.67، المتعلق بالمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني.

وعلاوة على ذلك فإنه وبالرجوع إلى المادة 60[161] من القانون رقم 131.13، المتعلق بمهنة الطب، نجدها تنص صراحة على إمكانية أن تكون المصحة في ملكية شخص ذاتي أو في ملكية شركة تجارية أو شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص، ومن ثم فإنه من غير المعقول أن نستثني عقارا تزاول فيه مصحة نشاطها تعود ملكيتها لشركة تجارية من الخضوع لنطاق تطبيق القانون رقم 49.16.

فالمشرع أخضع هذه العقود لنطاق تطبيق القانون السالف الذكر استنادا إلى معيارين أساسيين، **أولهما:** ارتكازا إلى عنصر المضاربة والربح إذا كانت المصحة تعود ملكيتها

---

[159]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري، ج. الأول، م.س، ص:243.

[160]- أحمد أدريوش، تولية كراء المحلات المهنية، مقدمات حول قرار محكمة الاستئناف، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، ع، 21، سنة 1989، ص:7.

[161]- تنص المادة 60 من ق. رقم 131.13 على أنه:" يمكن أن تكون المصحة في ملكية شخص ذاتي شريطة أن يكون طبيبا، أو في ملكية مجموعة من الأطباء أو في ملكية شركة تجارية أو شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص لا يهدف إلى الحصول على الربح...".

لشخص ذاتي، **وثانيهما:** احتكاما إلى معيار المؤسسة إذا كانت المصحة تعود ملكيتها لشركة تجارية.

وسبق لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس أن اعتبرت:" عمل الطبيب تجاريا إذا كان يدير مستشفى أو مصحة ويضارب على إيواء المرضى وإطعامهم، بصورة تجعل من هذه المضاربة الموضوع الأساسي للمؤسسة كما هو الشأن في دور النقاهة التي يقيمها بعض الأطباء، بحيث تصبح الإرشادات الطبية والعلاج ذات أهمية ثانوية تابعة لمجموعة من الخدمات العامة والأساسية التي يستهدف الطبيب تقديمها للمريض[162].

رابعا: العقارات التي يمارس فيها النشاط الصيدلي والمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية وعيادة الفحص بالأشعة

يقصد بالصيدلي كل شخص مختص في علم الأدوية، والذي يتمثل دوره في صرف الأدوية المكتوبة في الوصفات الطبية الصادرة عن الأطباء المختصين، مع مراجعة وتحديد الطرق الصحيحة لاستخدامها، وتبيان آثارها الجانبية داخل مؤسسة صحية[163]، تسمى حسب مدلول القانون رقم 17.04[164]، بالصيدلية، وقد نص القانون رقم 49.16، في البند الرابع من الفقرة الثانية من المادة الأولى منه، على سريان أحكامه على العقارات التي يمارس فيها النشاط الصيدلي وما في حكمه.

والملاحظ هنا أن المشرع المغربي جعل العقارات أو المحلات المزاول بها مهنة الصيدلة تخضع للقواعد القانونية المنظمة لعقد الكراء التجاري، وهنا يستوقفنا سؤال من الأهمية بما كان

---

[162]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 423، بتاريخ 12-199-04، في الملف ع، 99/87، غير منشور.

[163]- ويراد بالمؤسسة الصحية المختصة القيام بصفة حصرية أو ثانوية بالعمليات المشار إليها في المادة 30 من ق. رقم 14.07.

[164]- ظ.ش، رقم 1.61.161 صادر في 01 من شوال 22/1427 نوفمبر.2006) بتنفيذ القانون رقم 14.07 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة ج. ر/ ع، 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006) ص: 3726.

حول المعيار الذي اعتمده المشرع لإدخال هذا النوع من العقود ضمن مقتضيات قانون الكراء التجاري الجديد، هل احتكاما إلى مفهوم المؤسسة، أم استنادا إلى مفهوم الربح، وإذا سلمنا أن هناك ربح محقق من لدن الصيدلي، فيمكن أن نتساءل حينها عن مدى إمكانية إضفاء الصفة التجارية على أعمال مهنة الصيدلة من عدمه؟.

إن مسألة تجارية أو عدم تجارية أعمال مهنة الصيدلة تتجاذبها مجموعة من الاتجاهات الفقهية، فهناك **اتجاه أول** اعتبر أن مهنة الصيدلة تعد تجارية لكونها تقوم على عنصر المضاربة وتحقيق الربح، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أعمال مهنة الصيدلة تعد تجارية تأسيسا على قيام مؤسسات صيدلانية بالإتجار في الأدوية على نطاق واسع كما هو الشأن بالنسبة لمستودعات الأدوية وشركات إنتاج وتوزيع الأدوية، في حين ذهب **اتجاه فقهي آخر** إلى القول بأن عمل الصيدلي يعتبر مدنياً بطبيعته كونه يعد من قبيل المهن الحرة التي تقوم على استغلال الملكات الشخصية والمؤهلات العلمية، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الصيدلي يختلف عن التاجر من حيث أن التاجر يقوم بشراء بضاعة وبيعها بقصد تحقيق الربح، بينما الصيدلي وإن قام بشراء أدوية وبيعها وحقق من وراء ذلك ربحا فإن سعر الدواء يكون في الغالب مطبوعا على العبوة، ناهيك عن أن الصيدلي يخضع لرقابة نقابة الصيادلة ووزارة الصحة، كما أن الصيدلي وعلى الرغم من تسجيله بالسجل التجاري فإنه غير ملزم بذلك ولا يخوله ذلك صفة تاجر[165].

وفي هذا الصدد يمكن القول أن **الاتجاه الثاني** لامس جزءا من الحقيقة فيما ذهب إليه خصوصا في النقطة المتعلقة بالتسجيل في السجل التجاري، على اعتبار أن التسجيل في السجل

[165]- إيهاب عمرو: مدى صحة إضفاء الصفة التجارية على أعمال مهنة الصيدلة في ضوء القانون والواقع، مقال منشور بالموقع الإلكتروني https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2015/10/27/382643.html اطلع عليه بتاريخ 22-04-2019 على الساعة: 16.56.

التجاري بالمغرب لا يعتبر قرينة قاطعة[166]، فالشخص المسجل به لا يعتبر تاجرا بالضرورة بل يمكن له إثبات عكس ذلك[167].

غير أن هذا المعطى لا يكفي بدوره لاعتبار أن مهنة الصيدلة عملا مدنيا صرفا، بل تعتبر عملا تجاريا، فنشاط الصيدلي يعتبر عملا تجاريا وليس عملا مدنيا، وسندنا في ذلك أن الصيدلي يخضع بدوره لكافة الالتزامات الملقاة على عاتق التجار كمسك محاسبة منتظمة وفق التشريع المتعلق بالالتزامات المحاسبية[168]، وكذلك تطبق في حقه أحكام الكتاب الخامس من مدونة التجارة[169].

وعليه نرى أن مهنة الصيدلة تعد عملا تجاريا لكونها تقوم على عنصر المضاربة وتحقيق الربح، خصوصا أن هناك بعض الصيدليات التي تقوم ببيع الأدوية والمستحضرات الطبية بأثمان أقل مقارنة مع غيرها من الصيدليات تأسيسا على فكرة المضاربة[170]، وقد سبق لمحكمة

---

[166]- وفي هذا الصدد فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن:" التسجيل بالسجل التجاري لا يعتبر حجة قاطعة في مواجهة الغير، بل مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس".

- قرار صادر بتاريخ 19-1991-07، في الملف ع، 91/1717، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع، 74، ص: 101.

[167]- وفي هذا الصدد فقد جاء في المادة 58 من م.ت، ما يلي:" يفترض في كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري اكتساب صفة تاجر، مع ما يترتب عنها من نتائج مالم يثبت خلاف ذلك".

[168]- نصت المادة 113 من ق. رقم 17.04، المتعلق بمدونة الأدوية والصيدلة على أنه: "يمسك الصيدلي محاسبته وفقا للتشريع المتعلق بالالتزامات المحاسبية الواجب على التجار العمل بها".

[169]- المتعلق بصعوبات المقاولة حيث نصت المادة 114 من ق. رقم 17.04 على أنه:" تطبق على الصيدليات أحكام الكتاب الخامس المتعلق بصعوبات المقاولة الواردة في القانون المشار إليه أعلاه رقم 15.95، المتعلق بمدونة التجارة.

[170]- وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض المحلات أصبحت تمارس نفس نشاط الصيدلي من بيع الأدوية والمستحضرات الطبية والتجميلية وتعرف ب: (para-pharmacie) وبالتالي فالتساؤل المطروح هل ستطبق مقتضيات ق. رقم 49.16 على هذه المحلات؟

وجوابا على هذا التساؤل فإنه باستقرائنا لمنطوق المادة 4 من القانون أعلاه، يتضح لنا أنه ليس هناك أي إشارة إلى هذا النوع من المحلات لكي نخضعها لنطاق تطبيق القانون السالف الذكر، وهو ما سيؤدي إلى تضارب العمل القضائي، خصوصا في مسألة مدى اعتبار هذا التاجر مكتسبا للحق في الكراء منذ الوهلة الأولى على غرار الصيدلاني المنصوص عليه في البند الرابعة من الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المذكور.

الاستئناف بالدار البيضاء أن اعتبرت في قرار لها أن:" الصيدلي يعتبر تاجرا، مما يجعل الاختصاص للمحاكم التجارية[171].

وعليه فإن المقتضيات التي جاء بها القانون رقم 49.16، تجعل عقود كراء العقارات أو المحلات التي يمارس فيها الصيدلي نشاطه خاضعة لنطاق تطبيقه، وإن كان لم يشر هذا الأخير إلى ذلك صراحة وإنما تم الاستناد على الإحالة الواردة في المادة 61 من القانون رقم 17.04، المتعلق بالأدوية والصيدلة[172].

ويجب على المشرع إضافة فقرة ثالثة للمادة الرابعة والتي بموجبها يتم إما نسخ المادة 61 من مدونة الأدوية والصيدلة، أو تأكيد استثناء محل الصيدلية من المدة الضرورية لكسب حق الكراء، وذلك تكريسا للحقوق المكتسبة للصيادلة وفقا للمادة 61 من المدونة السالفة الذكر.

ويمكن القول أن جميع المؤسسات التي تم التطرق لها أعلاه تعتبر تجارية، ما يخول إمكانية استغلال أصل تجاري بها، ما من شأنه أن يكسب مكتري هذه العقارات أو المحلات بعد مرور سنتين من الاستغلال الفعلي الحق في كراء أصله التجاري.

---

[171]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 1103، صادر بتاريخ 1999/07/22، في الملف، ع، 13/1244، أورده الحسن البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية، دار الأمان –الرباط- ط. الأولى سنة 2003، ص: 76.

[172]- وسبق للمجلس الأعلى أن اعتبر في أحد القرارات الصادرة عنه:" أن الصيدلي يملك أصلا تجاريا ومن تم فإن إفراغ المحل المكترى للهدم وإعادة البناء، يقتضي تعويض الصيدلي لمدة توازي كراء ثلاث سنوات"[172]، وقد ذهبت محكمة النقض في نفس الاتجاه حينما قضت في قرار لها:" باستحقاق الصيدلي لتعويض احتمالي قدره 160,000 درهم، كتعويض يمثل القيمة الحقيقية للأصل التجاري. - قرار صادر عن محكمة النقض رقم 3/493، بتاريخ 2016/11/16، في الملف التجاري، ع، 2015/3/3/728، غير منشور.

المبحث الثاني: الشروط المرتبطة بالقانون رقم 49.16

على الرغم من المكانة التي يحظى بها عقد الكراء كأحد أهم الروابط القانونية السائدة، إلا أن عقد كراء المحلات التجارية يتميز بخصوصيات تثير أحيانا صعوبات في التكييف[173].

وقد أبانت جل القوانين السابقة التي عملت على تنظيم العلاقة الكرائية في إطارها التجاري، عن أفولها وعجزها البين عن مسايرة التطورات الاقتصادية بشكل يضمن ازدهار الاستثمار ونمو المقاولات كوحدة اقتصادية تساهم في التنمية.

وتختلف نشأة الحق في الكراء اختلافا جوهريا عن نشأة الأصل التجاري، ولا غرابة في ذلك، لأن لكل منهما ذاتيته الخاصة وقانونه الخاص، فالأول عقد كراء يرد على عقار أو محل، ويخضع مبدئيا للقانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي يستثمر فيها أصل تجاري، والثاني مال منقول معنوي يخضع لمدونة التجارة (المواد من 79 إلى 158)[174]، والتي تنظم بعض التصرفات التي ترد على الأصل التجاري.

ولا يعتبر الحق في الكراء قائما بوصفه عنصرا من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري، إلا إذا توفرت الشروط المنصوص عليها بهذا الخصوص في المادتين من 3[175]،

---

[173] -Joseph Dainov, la nature juridique du droit de preneur à bail dans la loi française et dans la loi Québec Canada « thèse doctorat, le 22 juin 1931, p:11.

- jean pierre blatter, « droit des beaux commerciaux », document pratique chambre de commerciaux et industrie, paris : bail commercial, 2émé édition 1996, p: 20.

-J. Derropé « la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance » Paris Dalloz, 1952, p:303.

[174]- انظر المواد من 79 إلى 158 من م.ت.

[175] - تنص المادة 3 من القانون رقم 49.16، على أنه:" تبرم عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ.

عند تسليم المحل يجب تحرير بيان بوصف حالة الأماكن يكون حجة بين الأطراف".

و4[176] من القانون رقم 49.16.

وأدت الفروق أعلاه إلى اختلاف طرق وشروط نشأة كل من الأصل التجاري والحق في الكراء فنشأة (أو ميلاد)، الأصل التجاري تختلف باختلاف النظريات القضائية والقضائية والفقهية السائدة حيث يذهب **فريق أول**، إلى أن الأصل التجاري ينشأ ابتداء من بدء الاستغلال أو ممارسة النشاط التجاري، **وفريق آخر** ابتداء من تاريخ توفر الزبناء ولو تعلق الأمر بزبون واحد، أما الشروط التي تحكم نشأة الحق في الكراء، فهي متنوعة تستمد أسسها من قانون الكراء التجاري رقم 49.16.

وهكذا فإن اكتساب الحق في الكراء علاوة الشروط المتعلقة بالمحل، يبقى رهينا بتوفر مجموعة من الشروط الأخرى، منها ما يتعلق بالشروط المتطلبة بعقد الكراء التجاري، من جهة **(المطلب الأول)**، ومن جهة أخرى في أطراف عقد الكراء التجاري المكسب للحق في الكراء **(المطلب الثاني)**.

[176] - تنص المادة 4 من القانون رقم 49.16، على أنه:" يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل.

المطلب الأول: الاجراءات القانونية لنشوء الحق في الكراء.

إن خصائص عقود كراء المحلات التجارية ومميزاتها فرضت على المشرع المغربي أن يتدخل قصد تعديل القواعد القانونية التي تحكم هذا النوع من العقود، ذلك أن المقتضيات التي كانت تتضمن أحكام قانون الكراء التجاري، أبانت عن عجزها في ضبط العلاقة التعاقدية الرابطة بين مالك الملكية العقارية ومالك الملكية التجارية، إذ أن الواقع العملي أفرز العديد من الإشكاليات القانونية، فكثيرة هي الحالات التي يبرم فيها شخص عقد كراء مع مالك العقار أو المحل التجاري وذلك بغية ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي به، وإنشاء أصل تجاري يضفي على ذمته المالية قيمة مضافة ليتفاجأ بعدها على أنه غير مكتسب للحق في الكراء الذي يخول لكل مكتري الاستمرار والاستقرار بالمحل المكترى.[177]

ويعتبر عقد كراء المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي المدخل الرئيسي لربط الملكية التجارية بالملكية العقارية، عندما لا يكون مالك الأصل التجاري هو نفسه مالك العقار، إذ يكسب هذا العقد المكتري الحق في الكراء إذا استوفي شروطا معينة، ليشكل بذلك الدعامة الأساسية لاستقراره في العين المكتراة، وبالتالي استمرار ممارسة نشاطه وتطوير ملكيته التجارية[178].

ونظرا لأهمية الحق في الكراء كعنصر من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري، فقد أفرد له المشرع المغربي تنظيما خاصا به ضمن مقتضيات القانون رقم 49.16، إلا أن اكتساب هذا الأخير رهين بتوفر مجموعة من الشروط الشكلية **(الفقرة الأولى)**، علاوة على الشروط الموضوعية **(الفقرة الثانية)**.

---

[177] - عبد الرحيم بن بركة، القانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، دراسة تحليلية، م. دار القلم، -الرباط- ط. 2017، ص:10

[178] - نور الدين أيت زباير، إشكالية عقد الكراء التجاري، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، ع/ مزدوج الرابع والخامس، يونيو 2018، ص 115.

الفقرة الأولى: الشروط الشكلية

يتعين لنشأة الحق في الكراء وجود عقد كراء كتابي، يبرم بين مالك العقار أو المحل ومالك لأصل تجاري ينتفع منه بالاستغلال بصرف النظر عما إذا كان هذا الأصل مملوكا لتاجر أو صانع أو حرفي، وبمعنى آخر فإن الحق في تجديد الكراء عملا بمقتضيات القانون رقم 49.16، لا يتم إلا إذا تعلق الأمر بالكراء التجاري الوارد على العقارات أو المحلات الخاضعة لنطاق تطبيق هذا القانون وهي الواردة في المادة الأولى منه[179]، وقد سار المشرع المغربي بهذا التوجه على نهج التشريعات المقارنة[180].

ويمكننا القول هنا على أن الرابطة القانونية التي تجمع بين مالك العقار أو المحل ومالك الأصل التجاري، يجب أن تستند في مدلولها إلى مقتضيات القانون رقم 49.16، وأيضا مفهوم ومضمون عقد الكراء كما هو محدد في الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود[181]، فلا يمكن الحديث إطلاقا عن الحق في الكراء دون أن تتأسس العلاقة بين مالك العقار أو المحل ومالك الأصل التجاري على عقد كراء[182]، الذي يعد المدخل الرئيسي للاستفادة من المقتضيات الحمائية المقررة في قانون الكراء التجاري الجديد.

لذلك فإن أي تواجد لمالك الأصل التجاري بالعقار أو المحل الذي يزاول فيه نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي غير المؤسس على وجود عقد كراء كتابي يكون خارج

---

[179]- انظر المادة الأولى من القانون رقم 49.16.

[180]- كما يتضح لنا من خلال الفصل الأول من قانون الكراء التجاري التونسي عدد 37 لسنة 1977 والمؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين والمتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف، والذي ينص على ما يلي:" تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات والمحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء أكان على ملك تاجر أو صاحب صنعة أو صاحب حرفة".- وكذلك المادة 169 من القانون التجاري الجزائري، والتي جاء فيها أنه:" على أن تطبق الأحكام التالية على إيجار العمارات والمحلات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري...".

[181]- انظر الفصل 627 من ق.ل.ع

[182]-Driss Alami Machichi (M) op.cit, p :339

نطاق القانون رقم 49.16 الجديد، بل قد يكون معتبرا في حكم المحتل بدون سند[183].

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى سابقا –محكمة النقض حاليا- بأن:" القانون اشترط وجود عقد كراء ولا يطبق على الشخص الذي يحتل عقارا بدون سند ولا قانون، لأن المحتل ليست له صفة المكتري في المطالبة بتجديد عقد كرائه أو التعويض عنه ولو مارس في هذا المحل نشاطا تجاريا خلال المدة الكافية لاكتساب الحق في الكراء التجاري"[184].

كما ذهب نفس المجلس في قرار آخر له إلى اعتبار أن:" القرار يكون غير معلل تعليلا كافيا وسليما إذا لم تتأكد المحكمة من قيام العلاقة الكرائية بين الطرفين..."[185].

ويتبين لنا أن الشخص الذي يحتل عقارا أو محلا معينا دون وجود عقد كراء بينه وبين مالكه، لا يمكن اعتباره مكتريا حتى ولو توفرت فيه الشروط الأخرى، من قبيل ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي خلال المدة المحددة لاكتساب حق الكراء التجاري، لذلك فإن وجود عقد كراء من الشروط الواجبة لميلاد الحق في الكراء، بمعية توفر باقي الشروط الأخرى المتطلبة لقيام الحق في الكراء، وعلى اعتبار أن اكتساب الحق في الكراء يتطلب بالضرورة وجود عقد فما هي مواصفات عقد الكراء التجاري المكسب للحق في الكراء؟.

---

[183]- لم يعمد المشرع المغربي إلى تعريف دعوى طرد المحتل بدون سند أو قانون، وهو أمر مستحسن كون مسألة التعاريف موكولة للفقه والقضاء، وهكذا فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار المحتل بدون سند: هو كل من حاز عقار غيره حيازة نشأ عنها إثراؤه وافتقار مقابل لهذا الغير، ثم كل من حاز عقار غيره بالغصب أو التعدي أو الاختلاس أو التدليس أو بكل عمل غير مشروع".

- شعيب عبد الباقي، طرد محتل العقار بسبب غير مشروع بالطريقة الاستعجالية، مقال منشور بمجلة الميادين، إصدار كلية الحقوق بوجدة، ع. 7 ص:71.

[184]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا تحت رقم 1166 بتاريخ 15 يونيو 1983 ملف مدني عدد 82/590 منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع، 41 سنة 1986، ص:88.

[185]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا تحت رقم 1428 بتاريخ 1993/10/13 في الملف التجاري عدد 98/77 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 55 ص:183 وما بعدها.

أولا: شرط الكتابة في عقد الكراء التجاري

إن مبدأ سلطان الإرادة يكمن أساسه في حرية الأفراد إبرام ما يشاءون من العقود.

إلا أنه ولاعتبارات تتعلق أساسا بالنظام العام والآداب العامة أو الأخلاق الحميدة، فتتدخل كل هذه المؤثرات فتكون قيدا لحرية الإرادة، فإرادة الإنسان تكون كافية وحدها دون غيرها لإبرام العقد ودونما حاجة إلى إفراغها في شكل خاص[186].

ومن الثابت أن عقد الكراء عقد رضائي، لا تشترط لقيامه أية شكليات بل يكفي مجرد اتفاق طرفيه على تحديد العقار ومقابل الكراء، وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد[187].

إلا أنه وفي بعض الحالات قد ينص القانون على ضرورة إفراغ العقد في شكلية معينة، وهو الأمر الذي نهجه المشرع المغربي من خلال المادة الثالثة[188]، من القانون رقم 49.16.

والتي اشترط بموجبها وجوب كتابة عقد الكراء بمحرر ثابت التاريخ وذلك نظرا لكثرة القضايا التي تطرح أمام القضاء، وخصوصا تلك المتعلقة بإثبات عقود الكراء التجارية

---

[186]- محمد الشرقاني، نظرية العقد، طبع وتوزيع دار القلم، ط. الأولى، سنة 2004، ص:55.

[187]- حسب نص الفصل 628 من ق.ل.ع.

[188]- تنص المادة 3 من ق. رقم 49.16 على أنه:" تبرم عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ..."

- وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن الصياغة التي جاءت بها المادة الثالثة ليست كالصياغة التي صيغ بها مقترح ق. رقم 49.16 لما قدم إلى البرلمان، بل إن المادة الثالثة كانت تنص على أنه:" تبرم عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ، ولا تخضع العقود غير المحررة بمحرر كتابي ثابت التاريخ لهذا القانون". هذا وقد سبق لبض الفقه الفرنسي في حديثه عن عقد الكراء التجاري، أن اعتبر أن الكتابة ليست شرط صحة في عقد الكراء التجاري، بقدر ما هي وسيلة لمنح التسهيلات على مستوى الإثبات.

- Laurent Aynès, Maxime Julienne, Philippe Malaurie ،Droit civil les contrats spéciaux 8e édition paris, 2019, p: 401

الشفوية[189].

ويعتبر اشتراط الكتابة لإبرام عقد الكراء التجاري من أهم المقتضيات التي جاء بها القانون الجديد رقم 49.16 في مادته الثالثة، دون أن تلزم تحريره، على خلاف قوانين أخرى، من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها القانون تحرير العقود[190].

ويتبين أن فلسفة المشرع وراء هذا الإغفال واضحة وتتمثل في رغبته جعل الأصل بالنسبة لهذا العقد، هو الإبقاء على قاعدة حرية الاختيار بين المحرر الرسمي والمحرر العرفي، دون جعل هذا الأخير حكرا على جهة معينة دون أخرى[191].

---

[189] - وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع المغربي حينما اشترط الكتابة كضابط للاستفادة من مقتضيات ق. رقم 12.67، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، وذلك حسب ما تنص عليه المادة 3 من هذا القانون حيث جاء فيها أنه:"يبرم عقد الكراء وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ يتضمن على الخصوص: الاسم الشخصي والعائلي للمكري والمكتري، والمهنة، والموطن ووثيقة إثبات الهوية وجميع المعلومات المتعلقة بالوكيل، عند الاقتضاء؛ الاسم الكامل والمقر الاجتماعي وعند الاقتضاء جميع المعلومات المتعلقة بالممثل القانوني إذا كان المكري أو المكتري شخصا معنويا؛ تحديد المحلات المكراة والمرافق التابعة لها والغرض المخصص لها وكذا التجهيزات المعدة للاستعمال الخاص من طرف المكتري وحده؛

- بيان مبلغ الوجيبة الكرائية المتفق عليها ودورية أدائها -طبيعة التكاليف الكرائية التي يتحملها المكتري- الوسيلة المتفق عليها لأداء الوجيبة والتكاليف الكرائية- الالتزامات الخاصة التي يتحملها كل طرف.

- والملاحظ هنا أن المادة 3 من ق. رقم 49.16 لم تحدد البيانات الإلزامية الواجب تضمينها في العقد وذلك على خلاف المادة 3 أعلاه.

[190]- وذلك خلافا لما نص عليه المشرع المغربي في بعض القوانين كالمادة 12 ق. رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، والتي اشترط فيها المشرع وجوب تحرير التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقاها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة، يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

وأيضا المادة 4 من ق. رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار والتي نصت على أنه: يجب أن يحرر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

[191]- كما في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي جعلته من اختصاص المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، خلافا للقوانين الأخرى، (كالمادة 12 من القانون 00-18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية)، (والفصل 618-3 من القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز)، و (المادة 4 من القانون 00-51 المتعلق بالإيجار المفضي

ويتحقق المحرر الثابت التاريخ بإفراغ عقد الكراء في محرر رسمي أو عرفي[192]، وغاية المشرع من وراء إلزامية الكتابة، التصدي للمشاكل التي عانت منها المحاكم نتيجة العقود الشفوية سواء لإثبات العلاقة الكرائية، أو إثبات السومة الكرائية، أو الالتزامات التي يتحملها كل طرف، لما للكتابة من مزايا في تقليل المنازعات بالإعداد المسبق للدليل الذي يتيح العلم الدقيق بمراكز طرفي العقد وحقوقهما والتزاماتهما وتفادي آفة النسيان، ويمكن القضاء من يسر الإحاطة بها عند نشوب نزاع، وبذلك يتحقق الأمن القانوني والقضائي وتستقر المراكز القانونية لأطراف العلاقة الكرائية وكذا الأغيار (الدائنين)[193].

ولا تنال الكتابة التي فرضها المشرع من رضائية عقد الكراء ولا تؤدي إلى بطلانه، ويجب ألا يفهم شرط الكتابة الوارد في المادة الثالثة من القانون رقم 49.16 على أنه شرط لانعقاد العقد أو إثباته، بل إن الأمر يتعلق فقط بالاستفادة من مقتضيات القانون السالف الذكر، وأن تخلف الكتابة لا يعني ذلك أن العلاقة الكرائية غير قائمة، بل إن عقد الكراء يظل قائما ومرتبا لجميع آثاره القانونية، غير أنه في حالة نشوء نزاع فلن يخضع بشأنه إلى مقتضيات القانون رقم 49.16، بل تطبق بشأنه القواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود المغربي ما لم يكن خاضعا لمقتضيات خاصة، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 37[194] من القانون رقم 49.16.

إلى تملك العقار)، التي جعلته من اختصاص مهني ينتمي إلى إحدى المهن القانونية المنظمة التي يخول لها قانونها تحرير العقود، كالعدول والموثقين...".

[192]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 417 من ق.ل.ع، على أنه:" الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية...".

[193]- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري رقم 49.16، م.س، ص:55-56.

[194]- تنص المادة 37 من ق. رقم 49.16 على أنه:"تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود على عقود الكراء التي لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون، ما لم تخضع لقوانين خاصة.

وعليه فإن العقود الشفوية التي أبرمت بعد دخول القانون رقم 49.16 حيز التنفيذ[195]، لن تخضع لمقتضياته لتعارضها مع ما جاءت به المادة الثالثة من نفس القانون السالف الذكر، وأما العقود الشفوية التي كانت مبرمة قبل دخول هذا القانون إلى حيز النفاذ فإنه تسري عليها مقتضياته، وهو ما أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 38 من نفس القانون المشار إليه أعلاه[196].

ومن هنا فقد تثار مسألة اللامساواة في القانون رقم 49.16، بحيث قد يقول قائل على أن هناك حيف من جانب المشرع لاستبعاده العقود الشفوية المبرمة بعد دخول القانون رقم 49.16 حيز التنفيذ من نطاق تطبيقه، وفي مقابل ذلك أبقى على عقود الكراء الشفوية التي كانت مبرمة قبل دخول هذا القانون حيز التطبيق؟.

وللإجابة على هذا التساؤل فإن الأمر يقتضي منا الرجوع إلى ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 38[197] من القانون رقم 49.16، حيث أنه يمكن للأطراف الاتفاق في أي وقت على إبرام عقد مطابق لمقتضيات القانون المذكور، وإذا حدث أن تم إبرام عقد شفوي بعد دخول القانون رقم 49.16 حيز التنفيذ وأراد أحد أطراف العلاقة الكرائية استدراك ما فاتهم بخصوص عدم توثيق عقد الكراء، فإنه والحالة هذه أتاح لهم المشرع المغربي إمكانية كتابة العقد من جديد كاتفاق ملحق للعقد الشفوي الأولي[198].

---

[195]- دخل ق. رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي حيز التطبيق بتاريخ 12 فبراير 2017.

[196]- تنص الفقرة الأولى من المادة 38 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يدخل هذا القانون حيز التنفيذ بعد انصرام أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وتطبق أحكامه على عقود الكراء الجارية وعلى القضايا غير الجاهزة للبت فيها دون تجديد للتصرفات والإجراءات والأحكام التي صدرت قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

[197]- تنص الفقرة الثانية من ق. رقم 49.16 على أنه:" تخضع الأكرية المبرمة خلافا للمقتضيات الواردة في المادة الثالثة أعلاه، لهذا القانون، ويمكن للأطراف الاتفاق في أي وقت على إبرام عقد مطابق لمقتضياته...".

[198]- جواد الرفاعي، الكراء التجاري الثابت والمتغير في ضوء القانون رقم 49-16، م.س، ص:57.

إلا أن مقتضيات المادة 38 من القانون رقم 49.16 لا تسعفنا أحيانا، وذلك في حالة رفض المكري إبرام عقد كتابي مع المكتري لتهربه من المقتضيات القانونية المقررة في القانون السالف الذكر.

ودرء لكل هذه التعقيدات فوجب على أطراف العلاقة التعاقدية إبرام كافة تصرفاتهم القانونية في عقد مكتوب[199]، وهو ما توخاه المشرع المغربي قصد تشجيع المتعاقدين على كتابة اتفاقاتهم المتعلقة بالأكرية التجارية من أجل القضاء على المشاكل التي تطرحها فيما بعد[200]، وكذا خلق نظام جديد للعلاقة الكرائية وتصور جديد للتعامل يؤسس على النظام التوثيقي[201]، وهو ما كرسه أيضا العمل القضائي في العديد من قراراته، بحيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض أن:" إبرام عقد الكراء عن طريق تحرير وثيقة بشأنه يؤدي إلى صيانة الحقوق التي تولد عن هذا العقد، والتي لا تكون مضمونة ومصونة أكثر إلا بتوثيق هذه العلاقة بمقتضى عقد كتابي تحدد فيه حقوق والتزامات كل طرف في العقد"[202].

وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي أشارت إلى المحرر الثابت التاريخ وخاصة ظهير 01-12- 1945 المتعلق بوكلاء الأعمال[203]، والقانون رقم 107.12[204]،المتعلق ببيع العقارات

[199]- كما جاء في قرار فريد تحت رقم 2008/2203، أن: " الفاكس لا يقوم مقام العقد المكتوب، إلا إذا تم الإقرار به من طرف من يتمسك به ضده. - وهو قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2012/04/29، في الملف التجاري عدد، 14/2007/4213، منشور بمجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج، 13-14، سنة 2009، ص:287.

[200]- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، دراسة في إطار ظهير 24-1955-05، ومدونة التجارة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى، سنة 1998، ص:49.

[201]- رشيد مشقاقة، قانون استيفاء الوجيبة الكرائية، شرح وتعليق، م. دار السلام –الرباط- ط. الأولى، سنة 2000، ص:22.

[202]- قرار صادر عن محكمة النقض تحت رقم 603، بتاريخ 2012/05/31، في الملف التجاري عدد 2011/2/3/777، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 76، سنة 2013، ص:123.

[203]- وفي هذا الإطار هناك مشروع قانون يحمل رقم 88-12، يهدف إلى ضبط مهنة تحرير العقود ثابتة التاريخ من طرف وكلاء الأعمال.

[204]- ظ.ش، رقم 05-16-1 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 12-107 بتغيير وتتميم القانون رقم 00-44 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج.ر. 6439 بتاريخ 2016/02/15.

في طور الإنجاز، والقانون رقم 00-51[205] المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، يتبين لنا أن المشرع المغربي لم يعرف المحرر الثابت التاريخ، ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان المحرر الثابت التاريخ هو محرر مستقل بذاته عن المحررات الرسمية والعرفية؟.

ويمكن القول أنه لا مبرر لهذا التقسيم الثلاثي، لأن الدقة القانونية تقتضي اعتماد تقسيم ثنائي للعقود المكتوبة، بحيث هناك عقود رسمية، وأخرى عرفية، وأما مسألة ثبوت التاريخ فهي صفة تلحق العقود الرسمية بصورة تلقائية في حين أنها لا تلحق العقود العرفية إلا عند

تحقق أمور معينة نص عليها الفصل 425[206]، من قانون الالتزامات والعقود من بينها المصادقة على الإمضاءات من طرف السلطة الإدارية المختصة.

[205]- القانون رقم 51.00، المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، ج.ر، /ع. 5172، بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص: 4375.

[206]- ينص الفصل 425 من ق.ل.ع، على ما يلي:" المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه، ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛2 - من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي؛3- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛ 4 - من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛ 5- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.6- إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل. ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه".

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يعمد إلى تعريف الكتابة[207] ، تاركا الأمر للفقه، واكتفى بالنص عليها في الفصل 417[208]، من قانون الالتزامات والعقود، والذي يستفاد منه أن الأوراق التي تعد دليلا كتابيا هي إما أوراق رسمية[209] أو عرفية[210]، كما يمكن أن تكون كتابة إلكترونية[211].

ثانيا: تحرير بيان وصفي لحالة العقار

أوجب المشرع من خلال القانون رقم 49.16 بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه، تحرير بيان وصفي لحالة الأماكن عند تسليم المحل ليكون حجة على الأطراف ورفعا لكل نزاع عند إرجاع المحل لصاحبه، غير أن المشرع لم يبين البيانات الواجب توفرها فيه، كما لم يبين كيفية إنجازه ولا الجهة التي ستتولى إنجازه، كما لم يرتب أي جزاء عند عدم

---

[207]- ويمكننا تعريف الكتابة كدليل للإثبات، أن الإثبات يكون بورقة مكتوبة تثبت تصرفا أو واقعة قانونية معينة.

[208]- ينص الفصل 417 من ق.ل.ع على ما يلي:"الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية. ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها...."

[209] - يجب لاعتبار المحرر الرسمي صحيحا وله حجية قوية في الإثبات والتنفيذ، أن يتوفر على الشروط الثلاثة المنصوص عليها في الفصل 418، من قانون الالتزامات والعقود، وتنقسم هذه البيانات إلى بيانات عامة تتعلق بأسماء المتعاقدين وصفاتهم وأهليتهم وتاريخ التصرف واسم محرر العقد وتوقيعات الأطراف المعنية بالتصرف، وبيانات خاصة تتعلق بنوع التصرف ومحله ونوعه وحدوده ومكانه

[210] - بالنسبة للورقة العرفية فيمكن القول بمفهوم المخالفة للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، أنها تلك الورقة التي يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم دون تدخل الموظف العمومي، وعلى خلاف الأوراق الرسمية التي تعتبر كلها معدة للإثبات، فإن الأوراق العرفية على نوعين: أوراق عرفية معدة للإثبات وتكون موقعة ممن هي حجة عليهم، وأوراق غير معدة للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين.

[211] - تعد الكتابة الوسيلة الأساسية لإثبات التصرفات القانونية، ولا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة محررة على دعامات وسائل الاتصال الحديثة، وخاصة شبكة المعلومات حتى ولو لم تكن في صورتها التقليدية، فالكتابة عندما تتخذ الطابع الإلكتروني توصف بأنها كتابة إلكترونية، أو محررات إلكترونية وقد سعى المشرع من خلال سنه للقانون رقم 53.05إلى تحقيق العديد من الغايات أهمها إعادة النظر في مفهوم الدليل الكتابي قصد تجاوز الفراغ التشريعي الذي كان يعرفه القانون المغربي، في مجال الإثبات بالطرق الإلكترونية الحديثة من جهة، وتوسيع مفهوم الدليل الكتابي ليشمل أيضا الوثيقة الإلكترونية، وفقا للشروط التي حددها، سواء كان ناتجا عن ورقة رسمية أو عرفية.
- أحمد أدريوش: تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون 53.05 على ق.ل.ع، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1430ه/2009، ص61 وما يليها.

إنجازه، على خلاف ما نص عليه المشرع في المادة 8 من القانون رقم 12.67 المتعلق بكراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني[212].

ومن جانبنا نرى أنه يمكن إنجاز البيان الوصفي المفصل، سواء عن طريق مفوض قضائي أو بالكيفية التي يرتضيها الأطراف (إما في محرر رسمي أو عرفي).

ومن شأن التقيد بإنجاز البيان الوصفي، والذي يتم بموجبه وصف المحل المكرى وصفا دقيقا، وجرد جميع مشتملاته ومرافقه، وضع حد لكل خلاف بعد انتهاء العلاقة الكرائية حول الحالة الأصلية التي كانت عليها العين المكتراة، وضمان حق المكري في استردادها على نفس الحالة، إذ يمكنه إلزام المكتري الذي أدخل تعديلات على المحل دون موافقة منه[213]، عند إفراغه للمحل بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، أو الاحتفاظ لفائدته بالتغييرات المنجزة دون أن يكون للمكتري حق المطالبة بالتعويض عن قيمة تلك التغييرات أو التحسينات[214]، كما يعفيه البيان الوصفي من ضمان العيوب الواردة به، والتي يفترض علم المكتري بها، أما تلك غير المنصوص عليها في البيان فإن المكري يبقى عليه التزام ضمانها إذا كانت تعرقل انتفاع

[212]- تنص المادة 8 من ق. رقم 12.67 على ما يلي:" يجب أن ينجز البيان الوصفي في محرر ثابت التاريخ وأن يتضمن وصف المحل بكيفية مفصلة ودقيقة، مع تجنب استعمال الصيغ من نوع "حالة جيدة" أو " حالة متوسطة". في حالة عدم إعداد البيان الوصفي من قبل الأطراف، يفترض، بمجرد التوقيع على عقد الكراء، أن المكتري قد تسلم المحل في حالة صالحة للاستعمال".

[213]- غير أنه إذا أحدث المكتري تغييرات على العقار أو المحل المكترى وكان المكري عالما بها وحاضرا وقت إدخال هذه التغييرات وكان متواجدا بالمنطقة وسكت لمدة معينة، فإن ذلك يعتبر بمثابة قبول منه لهذه التغييرات، وهو ما أكدته المحكمة التجارية بوجدة في حكم لها حيث جاء فيه أن:" إحداث المكتري تغييرات بالمحل وسكوت المكري عن ذلك رغم حضوره وتواجده بالمنطقة التي يتواجد بها المحل المكترى لعدة سنوات، يعد قرينة على موافقته على تلك التغييرات، مما يجعل السبب المبني عليه الإنذار بالإفراغ غير مؤسس، ويتعين رفض الطلب الرامي إلى المصادقة عليه.

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 25-2017-04، في الملف عدد 700-8206-2014، غير منشور.

[214]- وفي هذا الصدد تنص المادة 8 من ق. رقم 49.16 على أنه:"لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:1- ...2- إذا أحدث المكتري تغييرا بالمحل دون موافقة المكري بشكل يضر بالبناية ويؤثر على سلامة البناء أو يرفع من تحملاته، ما عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له في الإنذار، على أن تتم الأشغال من أجل ذلك، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر".

المكتري، كما أنه يحمي المكتري من كل ادعاء مغاير للحقيقة بعد انتهاء العلاقة الكرائية[215]، لكن السؤال المطروح هنا هو: ما هو الجزاء المترتب عن عدم تحرير هذا البيان؟.

إن المنطق السليم للأمور يقتضي أنه إذا لم يتم تحرير البيان المذكور، فيفترض أن المحل سلم للمكتري في حالة يصلح معها للغرض الذي أعد له بحسب طبيعته، ويمكن للأطراف أيضا تدارك الأمر وتحرير البيان في أي وقت بناء على اتفاقهم وفق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 38 من القانون رقم 49.16، على اعتبار أن هذا البيان يبقى حجة بين الطرفين، وإلا فيرجع إلى القواعد العامة في الإثبات في حالة حصول خلاف بين الطرفين.

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في أحد قراراتها الذي جاء فيه:" بخصوص ما نعاه العارض عن الحكم المطعون فيه أن الثابت من العقد الكرائي أنه في حالة عدم إنجاز محضر بحالة المحل فإن ذلك يجعله سلم في حالة جيدة، وأن العقد شريعة المتعاقدين...مما يكون معه الحكم المستأنف والحالة هذه غير مؤسس وتعين رده وتأييد الحكم المستأنف"[216].

كما قضت المحكمة التجارية بفاس في حكم لها على بأنه:" يلزم لإثبات التغييرات بالمحل والمبررة للإفراغ، ضرورة تضمين عقد الكراء أو إلحاقه ببيان وصفي لحالة المحل أثناء إبرام العقد[217].

[215]- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري رقم 49.16، م.س، ص:74.

[216]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية رقم 584 صادر بتاريخ 22-2015-04 في الملف عدد 176- 8206- 15، غير منشور.

[217]- حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 30-2017-10 في الملف عدد 2017/8207/1059، غير منشور.

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لنشوء الحق في الكراء

يعتبر عقد الكراء من العقود الزمنية، التي تستلزم الاتفاق على مدة معينة في حدود ما يقتضيه القانون[218]، وإذا لم يحدد المتعاقدان تلك المدة تطبق في هذه الحالة مقتضيات الفصل 688[219] من قانون الالتزامات والعقود، وعلاوة على اشتراط المشرع في الكراء التجاري وجود عقد مكتوب، فإنه اشترط أيضا مدة محددة لميلاد الحق في الكراء **(أولا)**، مع إمكانية الإعفاء منها بتقديم مبلغ مالي **(ثانيا)**، مع ضرورة التزام المكتري بأداء السومة الكرائية **(ثالثا)**، مع احترام تخصيص العقار أو المحل لما أعد له **(رابعا)**.

أولا: المدة المعتبرة قانونا لنشأة الحق في الكراء

اشترط المشرع من خلال القانون رقم 49.16، لاستفادة المكتري من تجديد العقد إثبات انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل[220].

---

[218]- وتجد هذه الخاصية سندها في الفصل 627 من ق.ل.ع.

[219]- ينص الفصل 688 من ق.ل.ع على ما يلي:" إذا لم تحدد للكراء مدة، اعتبر مبرما على أساس السنة أو نصف السنة، أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم، بحسب ما إذا كانت الأجرة قد حددت باعتبار كذا في السنة أو نصف السنة أو الشهر إلخ... وينتهي العقد بانقضاء كل من المدد السابقة، من غير ضرورة للتنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يوجد عرفي خالفه". - وهكذا فإن عقد الكراء ينتهي بانتهاء مدته سواء كان متفقا عليها بين الأطراف، أو كانت محددة بمقتضى القانون أو العرف، وقد ينتهي أيضا متى توفرت الأسباب الموجبة لفسخ العقد.

- وما تجدر الإشارة إليه في إطار حديثنا عن شروط اكتساب الحق في الكراء، أنه يتعين التفرقة بدقة بين مدة الكراء المنصوص عليها في الفصل 627 من ق.ل.ع. وبين المدة اللازم توفرها لنشأة الحق في الكراء أو الحق في طلب تجديد عقد الكراء والمحددة في المادة الرابعة من القانون 49.16، واعتبار الكراء عقدا زمنيا مسألة بديهية، ما دام الانتفاع بالشيء المكرى والأجرة المقابلة له، لا تقاس عادة إلا بمقدار الزمن، الذي يتفق عليه صراحة أو ضمنيا في عقد الكراء نفسه، أو في عقد لاحق يصدر عن المكري والمكتري.

لكن هذا فيما يخص المدة المتطلبة في عقد الكراء والتي تختلف تماما عما نحن بصدد دراسته.

[220]- تنص الفقرة الأولى من المادة 4 من ق. 49.16 على أنه:" يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل...".

- لكن الخطير في الأمر الآن هو أنني مثلا أبرمت عقد كراء تجاري، واستغل بموجبه محلا أو عقارا فقبل مرور سنتين فإن عقد الكراء يبقى رضائيا، يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وابتداء من السنتين سيطبق القانون رقم 49.16 وسيتحول عقد الكراء من عقد رضائي إلى عقد شكلي وهو ما أكدته المحكمة التجارية بمراكش في حكم لها جاء فيه أن :"استغلال المكتري للمحل التجاري لمدة لا تتجاوز السنتين التي اشترطها المشرع بمقتضى المادة 4 من

وهكذا فإنه لكي يكتسب المكتري الحق في الكراء فإنه لا يكفيه انتظار مرور مدة سنتين على إبرام العقد، بل يتعين عليه أيضا استغلال المحل بشكل مستمر (الاستغلال الفعلي)، لمدة سنتين وبشكل غير منقطع، لكن ما هو الحال إذا كان الانقطاع خارجا عن إرادة المكتري أي نتيجة ظرف قاهر، فهل يسقط حقه في الاستفادة من مقتضيات هذا القانون؟.

كان على المشرع المغربي صراحة التوسع أكثر في توضيح عبارة استمرارية الانتفاع، خصوصا وأن هناك بعض الحالات التي يتعذر فيها على المكتري الالتزام بشرط الاستمرارية لظروف خارجة عن إرادته[221]، كما كنا نأمل أيضا أن يكون المشرع أكثر جرأة من مجرد الاكتفاء فقط بتوحيد المدة وتقليصها إلى سنتين، إلى إلغائها نهائيا، وجعل نشأة الحق في الكراء تبدأ بمجرد نشأة الأصل التجاري، كما هو منصوص عليه بالنسبة للصيادلة الذين يكتسبون الحق في الكراء بمجرد افتتاح الصيدلية ودون انتظار مدة معينة[222]، فليس من المعقول أن نعترف بوجود الأصل التجاري بمجرد بدء الاستغلال، ولا نعترف للتاجر بالحق في الكراء أو الملكية التجارية إلا بعد مرور سنتين من الانتفاع المستمر، لما في ذلك من توازن حقيقي بين مصالح الأطراف ومسايرة الوضعية الاقتصادية التي تقتضي حماية أكثر لاستمرار الأصل التجاري أو المقاولة التجارية في أداء مهامها وخدماتها كوحدة للتنمية والاستثمار[223].

القانون رقم 49.16 يجعل النزاع خارجا عن نطاق تطبيق القانون المذكور لتخلف شرط المدة، وتكون مقتضيات قانون الالتزامات والعقود هي الواجبة التطبيق طبقا لمقتضيات المادة 37 من قانون الكراء التجاري الجديد".

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش، بتاريخ 16-2017-03، في الملف عدد 1649-2016-8206، غير منشور.

[221]- وما تجدر الإشارة إليه بخصوص إثبات استغلال العقار أو المحل لمدة سنتين بدون انقطاع، أنه يمكن للمكتري الاستعانة بمبدأ الحرية في الإثبات المعمول به في الميدان التجاري، وذلك حسب المادة 334 من م.ت، وعلى من يدعي أن المكتري لم يستغل العقار أو المحل طيلة هذه المدة إثبات ذلك.

[222]- وما أثار انتباهنا بهذا الخصوص أن القانون رقم 49.16، لم يشر في أي إحالة إلى المادة 61 من ق. رقم 17.04 المتعلق بالأدوية والصيدلة وهو الأمر الذي يتعارض مع مقتضيات المادة 4 من قانون الكراء التجاري التي تستوجب إثبات الانتفاع بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل أو إعفاء الصيادلة من إثبات استرسال هذه المدة اللازمة لاكتساب الحق في الكراء كما هو منصوص عليه في المادة 61 من مدونة الأدوية والصيادلة ، وحفاظا على الملائمة بين القوانين يجب على المشرع المغربي إضافة فقرة ثالثة للمادة 4 من قانون الكراء التجاري، والتي بموجبها يتم إما نسخ المادة 61 من القانون رقم 17.04، أو تأكيد استثناء محل الصيدلية من المدة الضرورية لاكتساب الحق في الكراء، وذلك تكريسا للحقوق المكتسبة للصيادلة وفقا للفقرة الثانية من المادة 61 السالفة الذكر.

[223] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، م.س، ص: 38.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط المدة

لما كان المبدأ هو مرور سنتين من الانتفاع المستمر لاكتساب الحق في الكراء فإنه استثناء على ذلك يعفى المكتري من شرط المدة، وذلك بتقديمه مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء[224]، ويجب توثيق المبلغ المالي المدفوع كتابة في عقد الكراء أو في عقد منفصل، وبذلك فإن استرسال مدة الانتفاع أو الإدلاء بما يفيد الإعفاء من هذه المدة[225]، هو بمثابة المدخل الذي يكرس الاعتراف القانوني للمكتري بحق الكراء، غير أنه في الحالة التي يتم فيها إغلاق المحل بصفة مستمرة لمدة سنتين، فإن المكري يكون طبقا للفقرة 7 من المادة 8[226] من القانون رقم 49.16 محقا في إفراغ المكتري من المحل دون تعويض بسبب فقدان الأصل التجاري لعنصر الزبناء والسمعة التجارية وهي من أهم عناصره.

ومدة الإغلاق تشمل الإغلاق الإرادي والإجباري الذي تأمر به السلطة الإدارية لأن صيغة النص وردت مطلقة، وأنه في حالة وجود تعسف في القرار الإداري فإن المكتري المتضرر من واقعة إفراغه من المحل يبقى محقا في الرجوع على الجهة المتعسفة في الإغلاق بالتعويض[227].

---

[224]- وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 4 من ق. رقم 49.16، حيث جاء فيها أنه:"يعفى المكتري من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، ويجب توثيق المبلغ المالي المدفوع كتابة في عقد الكراء أو في عقد منفصل".

[225]- ويعتد بالمدة المذكورة سواء تحققت في شخص التاجر المكتري أو ذوي الحقوق.

[226]- تنص الفقرة 7 من المادة 8 من ق. رقم 49.16 على ما يلي:"لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:

1-...

8- إذا فقد الأصل التجاري عنصر الزبناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل.

[227]- والضرر المحدث من طرف الإدارة يمكن أن يكون عملا قانونيا أو ماديا، سلبيا أو إيجابيا، مرتكبا من طرف شخص من أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالخطأ الشخصي أو المرفقي أو على أساس المخاطر على أن يكون موجبا للتعويض.

والتعويض يجب أن يجبر الضرر الحاصل بكامله انطلاقا من الخسارة التي لحقته من جراء الضرر والمصروفات الضرورية التي صرفها أو سيصرفها لإصلاح ما أصابه من ضرر أو ما فاته من كسب وذلك عن طريق سلوك دعوى التعويض.

وكاستثناء أيضا عن مبدأ الانتفاع لمدة سنتين، نصت المادة 61 من القانون رقم 17.04 على اكتساب الحق في الكراء بمجرد افتتاح الصيدلية، وكاستثناء آخر من هذا المبدأ، فإن المكتري يعفى من شرط المدة إذا قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، وهو ما يشكل إقرارا قانونيا بنوع من المعاملات التي كانت شائعة في الواقع والمعروفة بعملية شراء المفتاح، وغدت بذلك تتوفر على تكريس قانوني ينظمها وهو القانون رقم 49.16

وعموما، فإن إثبات استرسال مدة الانتفاع أو الإدلاء بما يفيد الإعفاء من هذه المدة هو بمثابة المدخل الذي يكرس الاعتراف القانوني بالحق في الإيجار (حق التجديد) لفائدة المكتري[228]، وبالتالي حفظ حقه في اكتساب الملكية التجارية الرهين بالاعتراف بحق التجديد لفائدة المكتري[229].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي خصص في القانون رقم 49.16 مادة وحيدة لحق المكتري في المطالبة بتجديد العقد، بخلاف المشرع الفرنسي الذي أسهب في تنظيمه لهذه المسألة في إطار مدونة التجارة الفرنسية التي نظمت مسألة تجديد العقد[230]، ومسألة رفض

وحتى تتضح معالم قضاء التعويض لا بد من تخصيص مطالب مركزة لأمور أساسية أهمها: مسؤولية الدولة إزاء الأضرار التي تتسبب فيها، طبيعة خطأ الإدارة، التعويض عن الضرر، المسؤولية الشخصية لأعوان الإدارة.

[228]- وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنه لا يمكن اكتساب الملكية التجارية ولا الحق في الإيجار من طرف المسير الحر المنظم في الفصل الخامس (المواد من 152 إلى 158) من م.ت، ولو كان مقيدا في السجل التجاري.

[229]- عثمان بنمنصور، عقد الكراء التجاري وإشكالية اكتساب الملكية التجارية على ضوء القانون الجديد 49.16/ مقال منشور بالموقع الإلكتروني " **خطأ! مرجع الارتباط التشعبي غير صحيح.** على الساعة 17.10

[230]- l'Article L 145-8 du code commerce français : «Le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux.

"Le fonds transformé, le cas échéant, dans les conditions prévues à la section 8 du présent chapitre, doit, sauf motifs légitimes, avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours des trois années qui ont précédé la date d'expiration du bail ou de sa prolongation telle qu'elle est prévue à l'article L. 145-9, cette dernière date étant soit la date pour laquelle le congé a été donné, soit, si une demande de renouvellement a été faite, le premier jour du trimestre civil qui suit cette demande".

ويظهر لنا من خلال ما تقدم أن المشرع الفرنسي شأنه شأن المشرع المغربي قام بحصر إمكانية المطالبة بالتجديد في المكتري مستغل الأصل التجاري، دون الإشارة صراحة إلى ذوي حقوقه المخول لهم ذلك، وعلى نقيض ذلك فقد جاء في المادة 172 من القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة

تجديده[231]، في مقابل ذلك خصص المشرع المغربي مقتضيات مهمة لمسألة التعويض عن إنهاء عقد الكراء التجاري، ولعل المغزى من ذلك هو توفير نوع من الحماية للملكية العقارية، وإن كان على حساب تدعيم الملكية التجارية وحمايتها[232]، والإبقاء على الأصول التجارية[233].

وعليه فإن المشرع المغربي قرر بموجب المادة 6 من القانون رقم 49.16 أن عقد الكراء التجاري يتجدد بقوة القانون متى توفرت الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون إلى جانب انضباط المكتري في أداء الوجيبة الكرائية[234]، ما لم يتخلى المكتري عن الاستمرار فيه بإرادته، وكل ذلك يعطي للمكتري حماية قانونية تتجلى في كونه يكتسب حقا معنويا على العقار يسمى بحق الإيجار، بالإضافة إلى اكتسابه للملكية التجارية التي تمكن المكتري من التصرف في هذا الحق (حق الإيجار)، بشكل مستقل أو مع بقية عناصر الأصل التجاري[235].

1975، بصيغته المعدلة والمتممةما يلي:" لا يجوز التمسك بحق التجديد إلا من طرف المستأجرين أو المخول لهم أو ذوي الحقوق الذين يثبتون بأنهم يستغلون متجرا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم...".

[231] - l'Article L 145-14 du code commerce français : « -Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre.

[232] Stéphanie Soares et Marc Canaple, le bail commercial, contrat, liyer révision, renouvellement, Edition, Gualini, 2004, p :142.

[233] -Jaques de Gagney, baux commerciaux, Edit, Lamy .1976,p :8.

234- حيث أن عدم انضباط المكتري في أداء الوجيبة الكرائية قد يعتبر سببا في إسقاط حقه في التجديد.

[235]-عثمان بنمنصور: عقد الكراء التجاري وإشكالية اكتساب الملكية التجارية على ضوء القانون الجديد 49.16، م.س، اطلع عليه بتاريخ 21-04-2019 على الساعة 20.00

ثالثا: أداء السومة الكرائية

وفقا لمقتضيات المادة الخامسة[236] فإن الوجيبة الكرائية للعقارات والمحلات الخاضعة للقانون 49.16 والمشار إليها في المادة الأولى من نفس القانون، تحدد بالتراضي بين الأطراف، وسعيا منه لتحقيق الملائمة بين القوانين وعدم تضاربها فإن مقتضيات القانون رقم 07-03[237] المتعلقة بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي هي التي تطبق بخصوص مراجعة السومة الكرائية.

رابعا: احترام تخصيص العقار أو المحل لما أعد له

يجب على المكتري لاكتساب الحق في الكراء احترام تخصيص العقار أو المحل لما أعد له حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد.

وإذا لم يتم تحديد طبيعة النشاط المزمع ممارسته في العقار أو المحل المكترى، فإن المكتري يكون محقا في ممارسة أي نشاط يراه مناسبا، ويمكن له أيضا تغييره حسب ما تتطلبه الظروف الاقتصادية، غير أنه إذا تم الاتفاق على طبيعة النشاط الممارس في العقد الأصلي فيجب لكي يقوم المكتري بتغيير النشاط أن يكون غير مناف لغرض وخصائص وموقع البناية وليس من شأنها التأثير على سلامتها مع ضرورة حصوله على موافقة المكري كتابة، وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 22[238] من القانون رقم 49.16.

---

236 - تنص الفقرة الأولى من المادة 5 من القانون رقم 49.16، على أنه:" تحدد الوجيبة الكرائية للعقارات أو المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، وكذا كافة التحملات بتراضي الطرفين...".

237 - ظ. ش رقم 1.07.134 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 07.03 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، ج.ر /ع 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر) 2007، ص 4061.

238 - تنص الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون رقم 49.16، على أنه:" لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكري كتابة على ذلك.

المطلب الثاني: الشروط ذات الطابع الشخصي لاكتساب الحق في الكراء

نظرا للخصوصية التي ينفرد بها عقد الكراء التجاري فإن المشرع أفرد له قواعد قانونية خاصة به تحيد عن القواعد المدنية[239].

إذ ظهرت فكرة الملكية التجارية في إطارها القانوني لتكتسي أهمية قصوى، وذلك مع بداية القرن التاسع عشر، وبعد اتساع نطاق المعاملات بين الأفراد داخل المجتمع، في سياق التحولات العميقة التي عرفها العالم سواء على المستولى الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي، حيث أصبح من الضروري على المشرع إقرار تصور قانوني جديد، يضمن حماية التجارة، وتوفير شروط استمرار توهج النشاط الاقتصادي، في ظل عالم يعيش التطورات السريعة والمتلاحقة.

هذا بالإضافة إلى شروط اكتساب الحق في الكراء منظورا لها من جهة العقد، فإن المشرع اشترط شروطا أخرى متعلقة بأطراف عقد الكراء التجاري، ولو أن هذا الأخير لا يختلف عن باقي عقود الكراء في ما يخص الشروط المتطلبة في أطراف العقد، إلا أنه ونظرا لخصوصية هذا العقد، وكون الحق في الكراء ينبثق منه أساسا، فإن الأمر يقتضي منا استجلاء هذه الخصوصية دونما الدخول في جميع الشروط المتطلبة في سائر العقود[240]، وعليه فسنتطرق للأهلية المتطلبة في إبرام عقد الكراء التجاري المكسب للحق في الكراء **(الفقرة الأولى)**، ونبرز بعدها الصفة الواجب توفرها فيه وذلك في **(الفقرة الثانية)**.

---

[239]- نوال فقير، إفراغ المحلات التجارية في إطار ظهير 24 ماي 1955، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الدار البيضاء- السنة الجامعية 2004-2005، ص: 1.

[240]- وفي هذا الصدد ينص الفصل الثاني من ق.ل.ع، على أن:"الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1 - الأهلية للالتزام؛

2 - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛

3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛

4 - سبب مشروع للالتزام.

الفقرة الأولى: الأهلية المتطلبة لإبرام عقد كراء تجاري

يرتب عقد الكراء التجاري آثارا قانونية تجعله يختلف عن باقي العقود ويكتسي خصوصية عنها، ناهيك عن غياب أي مقتضى قانوني في القانون رقم 49.16، بخصوص الأهلية المتطلبة لإبرام عقد كراء تجاري، الأمر الذي يجعل تناول مسألة الأهلية غاية في الأهمية خصوصا أمام السكوت الذي التزمه المشرع في قانون الكراء التجاري الجديد، وأيضا لكون أنه أثير حولها نقاش كبير في صفوف الفقه والقضاء المقارن، فهل يكفي لإبرام عقد كراء تجاري أهلية إدارة، أم أهلية تصرف؟.

وكجواب عن هذا التساؤل فقد ظهر في فرنسا ومنذ صدور مرسوم 1953، موقفين فقهيين حول طبيعة الأهلية المتطلبة لإبرام عقد الكراء التجاري.

فقد ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن كراء عقار أو محل للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، لا يعدو أن يكون عملا من أعمال الإدارة سواء بالنسبة للمكري أو المكتري، ما دام عقد الكراء ينصب على منفعة الشيء محل العقد[241].

ولم يصمد هذا التوجه كثيرا حتى ظهر آخر مناقضا ومنتقدا له، معتبرا أنه لا يعتبر عقد كراء المحل التجاري عملا من أعمال الإدارة[242]، بل عملا من أعمال التصرف لأنه ولو لم يعتبر عقد الكراء فعلا تفويتا لحق عيني أو نقله من ذمة لأخرى، فإنه يعتبر استعمالا لمحل بطريقة غير عادية، بما قد يعرضه إلى تلف أو نقصان في قيمته، عكس عمل الإدارة والتسيير الذي يعتبر تدبيرا وتسييرا للمال دون تعريضه لأي خطر[243].

---

[241]-R.Mauss et R. Martin, les beaux commerciaux, Rép, Dalloz, Dr, Civ, T 12éme Edition 1996, p :9.

[242]- نجاة الكص: الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري، ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، م.س، ص:117.

[243]- M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, 2eme, E, p: 276.

لذلك يجب التعامل مع عقد كراء محل تجاري على أنه محل تصرف وليس إدارة، نظرا لأن الواقع الاقتصادي أثر على التكييف القانوني لعقد الكراء التجاري[244]، مما يستلزم معه اشتراط الأهلية الكاملة.

هذا وقد استمر النقاش في فرنسا بين الموقفين إلى حين تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى القانون عدد 65/570، الصادر بتاريخ 13 يوليوز 1965[245]، والذي بموجبه تم الاعتراف ضمنيا بخصوصية عقد الكراء التجاري، منتصرا بذلك للاتجاه القاضي باعتباره عقد كراء تجاري وليس مجرد عمل من أعمال الإدارة.

ولم يختلف نقاش الفقه المغربي حول طبيعة الأهلية المتطلبة في عقد الكراء التجاري عن نظيره الفرنسي، حيث ظهرت اتجاهات حول هذه المسألة، بين من اعتبر أن عقد الكراء لا يعدو أن يكون سوى عمل من أعمال الإدارة، يدخل في إطار الأعمال النافعة للصغير المميز نفعا محضا، وهذا الأخير يعتبر في حالة الاختبار كامل الأهلية فيما أذن له به وعن التقاضي فيه[246].

وذهب البعض إلى القول بأن عقد الكراء التجاري يشترط فيه توفر أهلية التصرف، ليس في جانب طرف دون الآخر، وإنما من جانب المكري والمكتري[247]، كما اعتبر البعض الآخر أن عقد إيجار محل تجاري يعتبر عقدا من عقود التصرف، لعلة كونه ينتج من الآثار القانونية

---

[244] - R. Verdet de l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition Rev .tir. Dr, Civ 1968, p : 30.

[245] - La loi n° 65/570 Du 13 Juillet 1965, dans son Article 456 paragraphe 3 : « Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé, aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, nonobstant toutes dispositions légales contraires. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur.

[246]-عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظري والواقع العملي، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى سنة 1993، ص:52.

[247]- محمد بونبات، الكراء تحت اليد أو التأجير من الباطن وفقا لأحكام التشريع، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص –جامعة محمد الخامس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الرباط- السنة الجامعية 1984-1985، ص: 60.

يعتبر في مصاف أعمال التصرف، ما يفرض على القائم والمقبل على إبرامه أن يتوفر على الأهلية الكاملة[248].

ولا يمكن إنكار أن كلا الاتجاهين لامسا جزء من الحقيقة في ما ذهبا إليه، سواء من اعتبر عقد الكراء التجاري عملا من أعمال الإدارة أو من اعتبره عملا من أعمال التصرف نظرا لما تم بسطه أعلاه، وفي نظرنا فإننا نؤيد الاتجاه الأخير، معتبرين ضرورة توفر أهلية التصرف بالنسبة لكلا طرفي عقد الكراء التجاري، وذلك نظرا لخطورة الآثار المترتبة عن هذا العقد، وخصوصا منها ما يتفرع عنه للمكتري من حقوق، الأمر الذي يجعله ليس مجرد عمل من أعمال الإدارة، أمام التصرفات التي تطال هذا العقد، والتي تتراوح بين النفع والضرر، وهو ما يفترض على من يقوم به كمكري توفره على الأهلية الكاملة[249]، وإلا فيجب أن يتم تحت إشراف قضائي.

الفقرة الثانية: صفة المكتري المستفيد من الحق في الكراء

بالإضافة إلى قيام المكتري بإبرام عقد كراء كتابي ينصب على عقار أو محل للاستفادة من المقتضيات الحمائية للقانون رقم 49.16، التي لم يتم إقرارها إلا لتوفير حماية خاصة غير منصوص عليها في القواعد العامة لصالح فئة افترض المشرع حاجتها لحماية خاصة، هذه الحماية التي يستتبعها اكتساب مجموعة من الحقوق يبقى أهمها الحق في الكراء، فقد اشترط المشرع شروطا أخرى تتعلق أساسا بالشخص المستفيد من هذه المقتضيات.

وقد ركز القانون رقم 49.16، على الأصل التجاري حيث أصبحت العلاقة بين الأطراف لم يعد ينظر إليها من الناحية القانونية الصرفة، بل أيضا من ناحية الأصل التجاري كوحدة إنتاجية لها دور في الرقي بالتنمية الاقتصادية، كما أن هذا الأصل التجاري لا يعدو أن يكون في ملكية تاجر أو صانع أو حرفي.

---

[248]- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري، قراءة في ظهير 24 ماي 1955 و 25 دجنبر 1980، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، ط. 2007، ص:19.

[249]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 209 من م.أ، على أن:" سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة ".

وقد حدد القانون رقم 49.16، الفئات المعنية والمستفيدة من المقتضيات الحمائية بهذا القانون، والمتمثلة في كل من التاجر، والصانع، والحرفي، الذي تعود له بداية ملكية الأصل التجاري، وهو ما سنحاول تبيانه من خلال هذه النقطة.

أولا: المكتري التاجر

لم يعرف المشرع المغربي كعادته التاجر[250] ، لا في القانون رقم 49.16 ولا في مدونة التجارة، وإنما قام بتعداد الأعمال التجارية على سبيل المثال لا الحصر في المادة السادسة والسابعة[251]، معتبرا أن الصفة التجارية تكتسب بالممارسة الاعتيادية والاحترافية لأحد الأنشطة الواردة في هاتين المادتين، واستبعد العمل العرضي كسبب لاعتبار القائم به تاجرا، وذلك على غرار بعض التشريعات المقارنة، كالقانون التجاري الفرنسي الذي لم يعرف بدوره التاجر واكتفى هو أيضا بتعداد الأعمال التجارية[252]، ليكون بذلك المكتري التاجر المقصود بمقتضيات القانون رقم 49.16 هو الذي يمارس عملا تجاريا بشكل اعتيادي واحترافي وتعود له ملكية أصل تجاري، فالمستفيد الأول من مقتضيات القانون المذكور، هو التاجر الذي اكتسب صفة تاجر وفق الشروط المتطلبة قانونا[253].

ثانيا: المكتري الصانع

لم يعط المشرع المغربي تعريفا للصانع التقليدي إلا من باب تحديد الأشخاص الذين يمتلكون هذه الصفة بمناسبة انتخاب ممثلي الصناع التقليديين في غرف الصناعة التقليدية، إذ اعتبر ظهير 1-63-194 الصادر في 28 يونيو 1963، والمعدل بظهير 1-97-86 الصادر

[250]- ويمكننا تعريف التاجر بأنه:" ذلك الشخص الذي يقوم بعمل تجاري معين أو بأعمال تجارية معينة على وجه الاعتياد والاحتراف أي بصورة منتظمة ومستمرة وعلى وجه الاستقلال وأن يتخذ القيام بهذه الأعمال كوسيلة لكسب الرزق".

[251]- انظر المادتين 6-7 من م.ت.

[252] - Au terme de L'article 1 de CCF % Sont commerçant ceux qui exercent des actes de commerces et en font leur profession habituelle.

[253] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، م.س، ص: 66.

بتاريخ 2 أبريل 1997 بشأن النظام الأساسي لغرف الصناعة التقليدية أن الصانع التقليدي هو كل شخص يمارس نشاطا رئيسيا ذو خاصية يدوية وبصفة دائمة، سواء في عملية الإنتاج أو التحويل أو تقديم الخدمات.

بالإضافة إلى التاجر يعتبر المكتري الصانع مستفيدا بدوره من المقتضيات الحمائية لقانون الكراء التجاري الجديد، وبالرجوع إلى عنوان القانون رقم 49.16، نجد أنه تضمن ولو بشكل ضمني الصانع مما يجعله يستفيد من المقتضيات الحمائية التي جاء بها هذا القانون[254].

وتعد الصناعة عملا تجاريا لأنها تقوم على المضاربة، ولأن الصانع يحدد ثمن البيع بمراعاة تكلفة التصنيع والأجور بالإضافة إلى هامش الربح الذي يسعى إلى تحقيقه، كما أنها تقوم على عنصر التوسط في التداول، إذ يتوسط الصانع بين العمال الذين يصنعون السلع مقابل أجر المستهلكين[255]، دون أن ننسى أن هذا النشاط بدوره يجب أن يمارس بشكل احترافي واعتيادي وفي إطار مقاولة حتى يكتسب القائم به صفة تاجر، ولا يكتمل العمل الصناعي من الناحية العملية إلا إذا واكبه تشغيل يد عاملة وبالأخص المؤهلة منها[256]، ناهيك عن ضرورة أن يعود في ملكيته الأصل التجاري[257].

كما أن مدونة التجارة تطرقت للصانع التقليدي –التاجر- الذي يصعب أحيانا تحديده خاصة عندما يبيع بالموازاة موادا لم يقم بصناعتها، في هذه الحالة الصانع يكتسب صفة التاجر، و حسب الفصل 6 من مدونة التجارة، فإن صفة تاجر تكتسب بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لمجموعة من الأنشطة منها النشاط الصناعي أو الحرفي.

---

[254]- ويمكننا تعريف الصانع بأنه: "ذلك الشخص الذي يقوم بالتصنيع عن طريق تحويل المواد الأولية أو المواد النصف مصنعة إلى موارد تامة ومعدة للاستعمال من طرف الغير".

[255]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، ج. الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الآفاق العربية، م. النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. الخامسة سنة 2016، ص: 92-93.

[256]- عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، ج. الأول من النظرية العامة للتجارة والتجار، ط. الأولى سنة 1998، ص: 144 وما يليها.

[257] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، م.س، ص: 67.

ثالثا: المكتري الحرفي

بالإضافة للمكتري التاجر والمكتري الصانع، جعل المشرع المغربي المكتري الحرفي مشمولا بالمقتضيات الحمائية التي جاء بها القانون رقم 49.16.

فعلى عكس التاجر والصانع اللذين لم يتم تعريفها تشريعيا، فإن الحرفي تم تعريفه في ظهير 28 يونيو 1963[258]، المنظم لغرف الصناعة التقليدية وذلك من خلال الفصل الثاني منه، حيث اعتبره:" كل شخص يقوم بعمل يدوي يتقنه بعد التعلم أو بعد ممارسة طويلة، وهو يقوم به لفائدته الشخصية أو بمساعدة أفراد عائلته أو شركائه أو متعلمين أو مأجورين يكون عددهم لا يتعدى العشرة، وباستخدام طاقة محركة وإذا اقتضى الحال ذلك لا تفوق عشرة خيول، ويتولى بنفسه عمليات الإنتاج وتصريف المنتوجات التي يحصلها ويزاول حرفة إما في مقاولة أو في البيت، فالصانع التقليدي أو الحرفي يعتمد بالأساس على قوته البدنية وعمله اليدوي ومهاراته لكسب عيشه، كما يستخدم في ممارسة هذه الحرفة البسيطة أدوات ومهمات بسيطة ويستعين ببعض المتعلمين للحرفة، وهو لا يبيع عمله وشغله، حيث يتميز عن صاحب المصنع الذي يضارب على أعمال غيره ويستعمل الآلات المحركة والطاقات الكبرى[259].

لذلك فبعد أن كان النشاط الحرفي مستبعدا من اعتباره عملا تجاريا، تم التنصيص على اعتباره لأول مرة من خلال البند الخامس من المادة 6 من مدونة التجارة، نشاطا تجاريا بعدما كان يثير العديد من الإشكالات بخصوص اعتباره كذلك من عدمه، وذلك بغية تمكين الحرفيين من الاستفادة من الحقوق التي يتمتع بها التجار مثل اكتساب الأصل التجاري، بالنظر إلى أنهم يعملون جنبا إلى جنب في السوق وفي نفس الظروف، حيث أنه من شأن حرمانهم من صفة تاجر، أن يخلق أوضاعا صعبة بالنسبة إليهم من الناحية القانونية، مثل حرمانهم من اكتساب الأصل التجاري، في حين أنهم في الغالب يضطرون إلى شراء أصول تجارية قائمة، أو دفع مقابل

[258]- كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 18.09، بمثابة النظام الأساسي لغرف الصناعة التقليدية الصادر بتنفيذه ظ.ش، رقم 1.11.89، في 16 رمضان 1432 (17 أغسطس 2011).

[259]- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري، م.س، ص: 50 وما بعدها.

للتنازل لهم عن حق كراء محلات تشتغل في السوق[260]، لتكون بذلك مدونة التجارة من خلال البند 5 من المادة السادسة، قد قطعت أشواطا مع ماض قانوني كان يعتبر عمل الحرفي عملا مدنيا خالصا، وهي من الإيجابيات القوية التي تحسب لمدونة التجارة الجديدة إذ أنه من شأن ذلك أن يدخل نوعا من الانسجام على النصوص القانونية ويزيل الحيف الذي كان قائما في حق الحرفيين.

ويرى جانب من الفقه أن سبب اعتراف المشرع المغربي من خلال مدونة التجارة بتجارية النشاط الحرفي مرده، تمكين الحرفيين من الاستفادة من الحقوق التي يتمتع بها التجار لاكتساب الأصل التجاري.[261]

ويمكننا القول أن القانون رقم 49.16، اعتبر أن النشاط الحرفي أضحى عملا تجاريا مثله مثل النشاط الصناعي، وباقي الأنشطة المنصوص عليها في المواد 6-7-8 من مدونة التجارة، وقد كان حريا بالمشرع من خلال القانون رقم 49.16، ألا يسقط في سلبيات وتناقض مدونة التجارة حينما اعتبرت النشاط الحرفي، نشاطا تجاريا من خلال المادة 6 من المدونة المذكورة، وبالتالي مواجهته بمقتضيات الكتاب الخامس منها للتنكر لتجاريته، لذلك فالمشرع حينما يعود إلى التمييز بين النشاط التجاري والنشاط الحرفي وذلك من خلال عبارة " تاجر، أو صانع، أو حرفي" فكأنما يقيم تمييزا غير مستساغ بين أنشطة اعتبرها المشرع بصريح المادة السادسة أنشطة تجارية لا فرق بينها[262].

---

[260]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، التاجر والنشاط التجاري، الأصل التجاري، الشركات التجارية، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى، سنة 1999، ص:93.

[261]- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، م.س، ص: 79.

[262]- ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء، م.س، ص: 69.

الفصل الثاني: الحقوق المرتبطة بالحق في الكراء

ينتج عن اكتساب الملكية التجارية -الحق في الكراء- آثار قانونية جديدة، تمكن المكتري من مجموعة من الحقوق تهدف إلى حماية النشاط التجاري وضمان استقراره واستمراره، حيث أن اكتساب المكتري للعقار أو المحل التجاري الحق في الإيجار يخوله حق التصرف فيه بكافة الأشكال القانونية ما دام قد صار مكتسبا للحق في الكراء[263].

ولن يتأتى ذلك إلا بتوفر الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من القانون رقم 49.16، حينها يمكن للمكتري أن يكتسب حقا معنويا على العقار أو المحل، وهو الحق في الكراء بالإضافة إلى اكتسابه الملكية التجارية[264]، التي تمكن المكتري من التصرف[265] في هذا الحق بشكل مستقل أو مع بقية عناصر الأصل التجاري[266].

ويشكل الحق في الكراء مالا منقولا معنويا من الأموال أو العناصر التي تدخل في تكوين الأصل التجاري، وقيمة تجارية أو اقتصادية ذاتية قابلة للتفويت والرهن قصد الائتمان، أو

---

[263]- زكرياء الزيتوني، الأبعاد الحمائية للقانون رقم 49.16، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مكناس- السنة الجامعية 2016-2017، ص: 93.

[264]- يعتبر توفر الشروط المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من ق. رقم 49.16 بمثابة المدخل الذي يكرس الاعتراف القانوني بالحق في الإيجار لفائدة المكتري، وبالتالي حفظ حقه في اكتساب الملكية التجارية التي تؤهله قانونا للتصرف في حق الإيجار خاصة عن طريق تفويته بعوض أو بدون عوض، (قد يعمل علة تفويته من دون عوض خاصة في حالة عدم قدرته على تسديد الوجيبة الكرائية على سبيل المثال لا الحصر).

- عثمان بنمنصور، عقد الكراء التجاري، م.س، اطلع عليه بتاريخ 25-04-2019 على الساعة 12.00.

وبصيغة أخرى فإن الحق في الكراء، كعنصر من عناصر الأصل التجاري ينشأ متى توفرت الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من ق. رقم 49.16، وهو ما يخول للمكتري حماية قانونية، وقيام الحق في التجديد أو التعويض في حالة الإنهاء غير المبرر، وكذا تفويت الحق في الكراء.

- وزارة العدل، القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي في شروح، م.س، ص: 35.

[265]- يمكن أن ترد مجموعة من العقود على حق الكراء، لكننا سنكتفي بتناول العقود التي أشار إليها ق. رقم 49.16، لكننا سنكتفي بتناول العقود التي أشار إليها القانون المذكور، دون غيرها، والحديث هنا عن تفويت الحق في الكراء، والكراء من الباطن، ورهن الحق في الكراء.

[266]- عثمان بنمنصور، عقد الكراء التجاري، م.س، اطلع عليه بتاريخ 25-04-2019 على الساعة 16.00

الحصول على التمويل اللازم لدعم نشاط الأصل أو المقاولة التجارية، وتزيد هذه القيمة من قيمة الأصل ذاته، وتخول هذه الطبيعة وهذه القيمة للتاجر المستثمر التصرف في ماله هذا بكامل الحرية، وفي الوقت الذي يشاء وللغرض الذي شاء، ويمكن له تفويت هذا الحق إما رفقة تفويت الأصل التجاري أو إفراديا، واستقلالا عن تفويت الأصل التجاري وعن عناصره أو مع واحد أو أكثر من هذه العناصر[267].

ولم يكتف المشرع المغربي من خلال قانون الكراء التجاري الجديد بالحديث فقط عن العلاقة التي تربط المكري بالمكتري، بمجرد اكتساب الحق في الكراء، بل تجاوز ذلك من خلال إمكانية إدخال أشخاص آخرين في العلاقة الكرائية من خلال إنشاء مجموعة من التصرفات القانونية، وذلك حينما يعمد المكتري إلى إحلال شخص آخر محله في اعتمار واستغلال الأصل التجاري.

وبالإضافة إلى إقرار القانون رقم 49.16، إمكانية تفويت الحق في الكراء بموجب المادة 25 منه، فإن هذا القانون قد منح أيضا للمكتري إمكانية إكراء المحل أو العقار المكترى من الباطن كأصل ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وهو ما يتضح جليا من خلال مقتضيات المادة 24 من القانون السالف الذكر[268].

وتفويت الحق في الكراء يعني إحلال الغير في كافة الحقوق المترتبة عن الكراء محل المكتري الأصلي عن طريق الحوالة، فيؤدي ذلك إلى إنشاء علاقة مباشرة بين المكري

---

[267]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 55.

[268]- والفرق بين التصرفين القانونيين فرق جوهري يرجع إلى طبيعة العمل نفسه، ففي تفويت الحق في الكراء لا يوجد إلا عقد الإيجار الأصلي بين المؤجر والمستأجر، ويحول المستأجر حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد إلى المفوت له.

أما في الإيجار من الباطن فيوجد عقد إيجار أصلي ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد إيجار من الباطن ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن.

- نجاة الكص، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال للبحث والتكوين، السنة الجامعية 2005-2004، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق –الدار البيضاء- ص: 126.

والمكتري الجديد، ثم إن تفويت هذا الحق يمارسه المكتري كحق أصلي له، لا يمكن للمكري أن يقيده في ممارسته، ولا أن يمنعه من ذلك.

أما الكراء من الباطن فقوامه قيام المكتري الأصلي بتمكين مكتري فرعي من الاستفادة من المحل أو العقار المكترى وذلك ما لم ينص عقد الكراء على خلاف ذلك[269].

ولقد عمل قانون الكراء التجاري الجديد على تنظيم هذه التصرفات القانونية وأوجد ضوابط لها تحقيقا لاستقرار العلاقة الكرائية القائمة، خصوصا وأمام إمكانية التصرف فيه بشتى أشكال التصرفات القانونية **(المبحث الأول)**، وبالنظر إلى الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب الحق في الكراء، على العقار أو المحل التجاري الذي يتحول إلى مال منقول معنوي قابل للتداول، وبالنظر إلى هذه الخصوصية فقد أقر المشرع المغربي من خلال القانون رقم 49.16، بهدف حماية الملكية التجارية، مجموعة من الضمانات الهادفة لحماية هذه الملكية بما يحقق نوعا من التوازن بينها وبين الملكية العقارية، **(المبحث الثاني).**

[269]- علي أزضوض، الضمانات القانونية المقررة للمكتري في عقد الكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم نهاية التكوين في سلك الماستر الأساسي المقاولة والقانون، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادير - السنة الجامعية 2016-2017، ص: 50.

المبحث الأول: التصرفات القانونية على الحق في الكراء

يشكل الحق في الكراء الخيط الناظم بين الملكية العقارية والملكية التجارية، بحكم أنه يحمي في عمقه باقي العناصر المادية والمعنوية الأخرى للأصل التجاري[270].

ولا تكون لهذا الأخير قيمته الاقتصادية إلا إذا كان يتضمن الحق في الكراء الذي يشكل اللبنة الأساسية لحماية طرفي العلاقة التعاقدية، إذ عمل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 49.16، على توفير حماية فعالة لطرفي عقد الكراء التجاري[271].

وتظهر أهمية الحق في الكراء كعنصر من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري، بالعديد من الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب الحق في الكراء، من حقوق لطرفيه وجب على صانع النص القانوني حمايتها على أساس التكافؤ والتوازن تجسيدا لمعالم الأمن التعاقدي المرهون عليه من طرف القانون رقم 49.16.

وبالنظر إلى هذه الخصوصية فقد عمل قانون الكراء التجاري الجديد على تنظيم هذه التصرفات القانونية، وإيجاد ضوابط لها تحقيقا لاستمرار العلاقة الكرائية القائمة، وباستجماع العناصر المكسبة للحق في الكراء فإنه يحق للمكري القيام بمجموعة من التصرفات القانونية سواء من خلال إحلال المكتري محله شخصا آخر عن طريق ممارسة عملية التفويت **(المطلب الأول)**، أو عن طريق إدخال شخص ثالث في إطار ممارسة الكراء من الباطن **(المطلب الثاني)**.

[270] - محمد أوزيان، الأساس الاجتهادي لتغيير عمل المجلس الأعلى في مادة الكراء التجاري، درجة الفعالية ونسبة الملائمة، قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية من خلال اجتهادات المجلس العلى، الندوة الجهوية الأولى، 22-23، فبراير، فاس، ص: 301.

[271] - زكرياء الزيتوني، الأبعاد الحمائية للقانون رقم 49.16، م.س، ص: 84.

المطلب الأول: تفويت الحق في الكراء

لم يعرف المشرع المغربي تفويت الحق في الكراء وذلك على غرار باقي التشريعات المقارنة، ويقصد بتفويت الحق في الكراء[272] تنازل المكتري عن حقه هذا المخول له بمقتضى عقد الكراء لفائدة شخص آخر من الغير عن العين المكتراة التي يشغلها سواء كان ذلك التنازل بمقابل أو بدونه، وهو بذلك يخضع لأحكام الحوالة التي تحكم العلاقة بين المكتري الأصلي والمتنازل له عن الحق في الكراء، باعتباره عنصرا من عناصر الأصل التجاري، يتم عن طريق نقل المكتري جميع حقوقه والتزاماته المترتبة عن عقد الكراء إلى شخص آخر يحل محله فيها، وهي حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المكتري الأصلي وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته[273].

وعبارة تفويت الحق في الكراء تفيد انتقال الحق في الكراء إلى الغير بعوض أو بدون عوض، لكن بالرجوع إلى المادة 25[274] من القانون رقم 49.16، في فقرتها السادسة نجد

---

[272]- تجدر الإشارة إلى أنه لا بد من توفر الشروط المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من ق. رقم 49.16، إلى جانب التقيد بمقتضيات المادة 25 من هذا القانون، للحديث عن إمكانية تفويت الحق في الكراء، ويعني التفويت أيضا أن يقوم المكتري بالتنازل عن حقه في الانتفاع بالمحل المكترى إلى شخص آخر، وما ينتج عنه من انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن حق الكراء إلى هذا الشخص، فليس هناك عقد كراء جديد. - إدريس اليعقوبي: إشكالية إفراغ محلات السكنى بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدرسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية –الرباط- سنة 1996، ص:60.

[273]- مصطفى العضراوي: الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال – الرباط- السنة الجامعية 2007-2008، ص: 77. - وفي هذا الصدد نجد أن الفصل 673 من ق.ل.ع على أنه:" تطبق في التنازل عن الكراء القواعد المقررة في باب حوالة الحقوق، وهذا التنازل يترتب عليه حلول المتنازل له محل المتنازل في الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد الكراء".

[274]- تنص المادة 25 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف. يتعين على كل من المفوت والمفوت له إشعار المكري بهذا التفويت، تحت طائلة عدم سريان آثاره عليه ولا يمكن مواجهة المكري بهذا التفويت إلا اعتبارا من تاريخ تبليغه إليه، ويبقى المكتري الأصلي مسئولا تجاه المكري بخصوص الالتزامات السابقة ولا يحول هذا التفويت دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة تحقق شروط مقتضيات المادة الثامنة من هذا القانون، كما لا يحول دون مواصلة الدعاوى المثارة، طبقا لهذا القانون، والتي كانت جارية قبل تاريخ التفويت ويتم التفويت بعقد رسمي أو عرفي ثابت التاريخ يتضمن البيانات الواردة في المادة 81 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع، ويجب أن يخضع العقد للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 83 إلى 89 من نفس القانون.

عبارة "المشتري" إلى جانب تضمن الفقرة الخامسة من نفس المادة عبارة "ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع"، مما ينصرف إلى أن التفويت الذي أشار إليه هذا القانون يعني التفويت بعوض بالدرجة الأولى، لكن إمكانية التفويت بدون عوض قد تظل قائمة في هذا السياق خاصة حالة تراجع نسبة زبائن الأصل التجاري ورغبة المكتري في الخروج ولو بدون مقابل[275].

وقد أشارت المادة 25 أيضا إلى إمكانية تفويت الحق في الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها[276]، واعتبارا لهذه الإجازة التشريعية لهذا التصرف سواء في ظل القواعد العامة[277]، أو القوانين الخاصة ونخص بالذكر هنا قانون الكراء التجاري الجديد، فقد وضع المشرع ضوابط لممارسته **(الفقرة الأولى)**، غير أنه بمجرد ممارسته تترتب عنه مجموعة من الآثار **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: أشكال تفويت حق الكراء

يعد تفويت الحق في الكراء من متطلبات النظام العام الاقتصادي، حيث أن للتاجر أن يتصرف فيه منفردا أو بمعية أصله التجاري[278]، وذلك تحت طائلة بطلان أي اتفاق مخالف،

يمكن للمكري أن يمارس حق الأفضلية، وذلك باسترجاع المحل المكترى مقابل عرضه لمجموع المبالغ المدفوعة من طرف المشتري أو إيداعه لها، عند الاقتضاء، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه، وإلا سقط حقه".

[275]- محمد الكشبور: مجال تطبيق كل من ظهير 24 ماي 1955، وظهير 25 دجنبر 1980، (دراسة مع محاولة التمييز بين المهنة والحرفة)، م.س، ص: 103.

[276]- هذا وقد تبنى القضاء المغربي مبدأ التصرف الانفرادي في الحق في الكراء في أحكام كثيرة، نذكر منها إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا حيث جاء فيه أنه :" يمكن التصرف في الحق في الكراء التجاري باستقلال عن بقية عناصر الأصل التجاري أو ضمن عناصر معينة منه، إن أهمية الحق في الكراء تقتضي ما دام لم يقع الاتفاق على بيع الأصل التجاري برمته أن تتجه إليه نية المتعاقدين ضمن تعيين ما وقع التراضي عليه، ما دام أن العقد قد حدد ما وقع التخلي عنه من عناصر الأصل التجاري وليس منها الحق في الكراء، فإن هذا يفيد أن صاحبه قد احتفظ لنفسه بهذا الحق وبالضرورة".- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا رقم 952 بتاريخ 12 أبريل 1989، ملف مدني رقم 85/393، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 43/42، السنة الرابعة عشرة، ربيع الثاني 1410، نونبر 1989، ص: 50.

[277]- انظر الفصل 668 من ق.ل.ع

[278]- عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود الخاصة، الكتاب الثاني، العقود الواردة على منفعة الشيء –عقد الكراء- (ع.ذ.م)، ط. الثالثة مزيدة ومنقحة بالقانون رقم 67.12، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة

وتتنوع صور ممارسة تفويت الحق في الكراء **(أولا)**، لكن مع ضرورة التقيد بالشكلية المتطلبة للقيام بذلك **(ثانيا)**، مع ضرورة إشعار المكري **(ثالثا)**.

أولا: صور تفويت الحق في الكراء

نصت الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 49.16 على إمكانية تفويت الحق في الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها، دون ضرورة الحصول على موافقة المكري وذلك تحت طائلة بطلان كل شرط مخالف.

ولا يحق تفويت الأصل التجاري بما فيه الحق في الكراء إلا من طرف مالكه دون الذي عهد إليه بإدارته وتسييره ولو كان مقيدا في السجل التجاري.

أ- تفويت الحق في الكراء مع الأصل التجاري

نص المشرع على هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة 25[279] من القانون رقم 49.16، حيث أن تفويت الحق في الكراء مع الأصل التجاري يعتبر حقا مطلقا ومن النظام العام، وكل شرط يعطله أو يحرم المكتري من هذا الحق يعد باطلا وكأن لم يكن، حماية للمكتري وتبقية للكراء والأصل التجاري واستمرار الاستغلال، على أن يتعلق الأمر بتفويت حقيقي لا صوري وأن يقع التفويت لمقتني الأصل التجاري[280].

للسكنى أو الاستعمال المهني والعمل القضائي والقانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، نونبر 2016، ص:17.

[279]- حيث جاء فيها ما يلي:" يحق للمكتري تفويت حق الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنها دون ضرورة الحصول على موافقة المكري، وبالرغم من كل شرط مخالف...".

[280]- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 50.

وتكرس هذه المادة ما استقر عليه العمل القضائي، لاسيما قضاء محكمة النقض، بشأن أحقية المكتري في تفويت الحق في الكراء إما بصفة مستقلة أو مع باقي عناصر الأصل التجاري[281].

وسارت في نفس الاتجاه المحكمة الابتدائية بالرباط حينما قضت في حكم لها بأنه:" يعتبر مرتكبا للتعسف في استعمال الحق المالك الذي يرفض إعطاء الإذن للمكتري قصد تفويت حقه في الكراء إلى مقتني أصله التجاري، مدعيا أن العقد يتضمن شرطا يقضي بأن الكراء لا يمكن تفويته دون إذن صريح من المكري، إذ أن هذا الشرط في الواقع ليس مانعا ولكنه مقيد فقط، إلا أن المكري لا يسوغ له أن يرفض تعسفيا الإذن خاصة إذا تعلق الأمر بكراء تجاري[282].

ويمكن القول أن الحكم أعلاه لامس الصواب حينما اعتبر المالك متعسفا في استعمال الحق، برفضه الإذن للمكتري لتفويت حقه في الكراء مدعيا أن العقد يتضمن شرطا يقضي بذلك، في حين أن هذا الشرط لا يعدو سوى أن يكون مقيدا لهذا الحق وليس مانعا من ممارسته، لكن القانون رقم 49.16، ذهب إلى أبعد من ذلك بكثير وذلك حينما اعتبر تفويت الحق في الكراء من النظام العام، لا تتوقف ممارسته على إذن من المالك ولا حتى موافقته، كما أنه ليس من شأن أي شرط منع أو حتى تقييد هذا الحق.

ويتعين الإشارة إلى أن الفقه والقضاء في فرنسا، يميز بين الاتفاقات التي تحرم المكتري من حق التفويت بشكل مطلق وقطعي، وتعتبر باطلة وكأن لم تكن وبين مجرد شرط إيقاف التفويت على قبول أو موافقة المكري وغيره من الشروط المقيدة للتفويت سواء كانت موضوعية أو شكلية، معتبرا هذه الأخيرة مشروعة إن لم تكن تعسفية أو تضر بالمصالح

[281]- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30-04-2008، رقم 579، في الملف التجاري عدد 2006/2/3/1372، غير منشور.

[282]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، بتاريخ 8 يناير 1930، منشور بمجلة المحاكم المغربية لسنة 1930-1931، ع. 393 بتاريخ 1 مارس 1930، ص: 66.

الجوهرية والمشروعة للمكتري، وخاضعة للرقابة القضائية، وبمعنى آخر، فإن شرط موافقة المكري مشروع، إلا أنه من حق المكتري أن يطلب من القضاء تجاوزه متى كان رفض الموافقة لا يستند على أسباب مشروعة ومبررة.

واختلف الفقه الفرنسي حول الشروط المقيدة للتفويت، فالبعض يراها مشروعة وجائزة لكونها لا تمنع التفويت وإنما تهدف إلى تنظيمه تحت الرقابة القضائية، خاصة أن المادة

145-16[283]، من مدونة التجارة الفرنسية تجيز للقضاء أن يستبدل الضمانات المجحفة بضمانات أخرى، إلا أن البعض اعتبرها معارضة لروح المادة أعلاه[284].

غير أن الضمانات التي تحمي حقوق المكري متوفرة تشريعيا ولو ضمنيا ولا تحتاج إلى إدراجها في عقد الكراء، فإن أدرجت وكانت الغاية منها منع تفويت الكراء أو عرقلته كانت باطلة وكأن لم تكن، أما إذا كانت الغاية منها التذكير بالتزامات المكتري الجديد بدفع الواجبات الكرائية، أو عدم تغيير طبيعة النشاط التجاري الممارس أو تحرير العقد كتابيا بعدما كان شفاهيا أو التخفيض أو الزيادة في مدة الكراء، فهي مسائل مشروعة قابلة للنقاش والاتفاق لكونها لا تحول دون التفويت وإنما تنظمه، وهي الأسباب أيضا التي جعلت التشريع يشترط لانتقال الحق إلى المحال له وسريانه تجاه المدين والغير القيام بتبليغ الحوالة أو التفويت إلى

[283] -L'article 145-16 du code de commerce français dispose:" Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise...

En cas de cession ou dans les cas prévus au deuxième alinéa, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes".

[284]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 54.

المدين أو بقبولها من طرف هذا الأخير في محرر ثابت التاريخ عملا بمقتضيات المادة 195[285] من قانون الالتزامات والعقود.

ب- تفويت الحق في الكراء مستقلا عن الأصل التجاري

يجوز للمكتري تفويت الحق في الكراء[286]، منفردا أو مستقلا عن الأصل التجاري، وهو ما كرسه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 49.16، (أو رفقة بعض عناصر الأصل التجاري استقلالا عن الأصل التجاري ككل، ما لم تشكل هذه العناصر معه تفويتا للأصل التجاري)، باعتباره مالا منقولا معنويا وقيمة تجارية مستقلة وقائمة الذات[287].

ويتميز التفويت الانفرادي للحق في الكراء بقاعدة كون التفويت الانفرادي للعناصر المادية والمعنوية التي تدخل في تكوين الأصل التجاري تخضع لقانونها الخاص، وبالتالي

---

[285] - تنص المادة 195 من ق.ل.ع، على أنه:" لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 209 الآتي: (ظهير 20 ماي 1939) حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة أو تقبل منها في محرر رسمي أو في محرر عرفي مسجل داخل المملكة".

[286]- وبالرجوع إلى المادة 4 من ق. رقم 49.16، فإن الحق في الكراء القابل للتفويت هو الحق في الكراء المنصوص عليه في هذه المادة والذي يترتب عن استفادة المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل، وكذلك حالة إعفاء المكتري من شرط المدة إذا كان د قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، أو إذا تعلق الأمر بالصيدلية حيث يكتسب حق الكراء في هذا الإطار بمجرد إبرام العقد، وهو ما يمكن نعته باكتساب الملكية التجارية كشرط لتفويت الحق في الكراء.

[287]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 56.

- وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنه لا يمكن حصر الأسباب التي تدعو المكتري إلى التفويت الانفرادي للحق في الكراء، لكونها شخصية وذاتية، فقد تكون الحاجة إلى السيولة المالية، أو إلى خلو مناسب، أو مجرد تغيير الموقع إلى موقع آخر أكثر ملائمة للنشاط التجاري الممارس، إن كراء أو شراء، إلا أن القضاء وكذلك المصالح الضريبية ترتاب في بعض الأحيان في عملية التفويت الانفرادي للحق في الكراء، التي قد تخفي في حقيقتها تفويتا للأصل التجاري ذاته، إضرارا بالمصلحة العامة وحتى بمصالح الدائنين وحمايتهم من الغش، والعكس صحيح، وبمعنى آخر أنه يمكن أن يكون تفويت الأصل التجاري مجرد تفويت للحق في الكراء فقط لاندثار الزبناء والسمعة التجارية، الأمر الذي يدعو القضاء إلى الحيطة والحذر لاستقصاء حقيقة التصرف، إلا أن هذا التخوف لا يبرر الدعوة إلى منع التفويت الانفرادي للحق في الكراء، لكونه يتنافى مع طبيعة الأشياء وفكرة الحق، التي تخول للأشخاص حق التصرف في أموالهم عقارات كانت أو منقولات (مادية كانت أو معنوية).

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، ص: 57.

خضوع التفويت الانفرادي للحق في الكراء للقانون رقم 49.16، وقانون الالتزامات والعقود[288]، باعتباره لم ينظم بقانون خاص به، على عكس بعض العناصر التي أشارت إليها المادة 90[289]، من مدونة التجارة فيما يخص التشريع الخاص المطبق بشأن طرق انتقالها[290].

وقد أحسن المشرع المغربي صنعا بتكريسه حماية أكثر للحق في الكراء من خلال إقراره إمكانية التصرف فيه مستقلا عن باقي عناصر الأصل التجاري، متجاوزا بذلك النقاش الفقهي الذي كان أثير حول مسألة تفويت الحق في الكراء منفردا من عدمه، لكون النص القانوني لم يكن يسعف للقيام بذلك، ما دام اشترط أن يكون ذلك بمعية باقي عناصر الأصل التجاري، الأمر الذي كان يشكل مساسا حقيقيا بالحق في الكراء، خصوصا وأنه ما فائدة هذا الأخير ما دامت عملية التفويت تنصب على الأصل التجاري لوحده خاصة وأن ميزان القوة الاقتصادية يكون عند إبرام العقد في يد المكري.

ثانيا: مسطرة تفويت الحق في الكراء

يتم تفويت الحق في الكراء إما بموجب عقد رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، مع تضمينه البيانات المنصوص عليها في المادة 81[291] من مدونة التجارة، وتبقى حجية هذا العقد في

---

[288]- وكذلك مدونة الأسرة فيما يتعلق بالتفويت عن طريق الهبة، أو الصدقة، أو الإيصاء، وكذلك الانتقال عن طريق الإرث في حالة الوفاة، والاتفاقات المبرمة بين الأطراف، شريطة ألا تخالف القواعد الآمرة في القوانين السابقة والأخلاق الحميدة.

[289]- تنص المادة 90 من م.ت، على ما يلي:" تبقى براءات الاختراع وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية التي شملها بيع أصل تجاري خاضعة للتشريع المتعلق بحماية الملكية الصناعية فيما يخص طرق انتقالها، كما أن حقوق الملكية الأدبية والفنية التي شملها بيع أصل تجاري تبقى خاضعة للتشريع المتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية فيما يخص طرق انتقالها".

[290]- للتوسع أكثر في هذا الموضوع يراجع:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، الصفحات 56-58-57.

[291]- تنص المادة 81 من م.ت، على ما يلي:" يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة أو تخصيصه بالقسمة أو بالمزاد، بعقد رسمي أو عرفي، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع.ينص العقد على: اسم البائع وتاريخ عقد التفويت ونوعيته وثمنه مع تمييز ثمن العناصر المعنوية والبضائع والمعدات؛ حالة تقييد الامتيازات والرهون المقامة على الأصل؛ وعند الاقتضاء، الكراء وتاريخه ومدته ومبلغ الكراء الحالي واسم وعنوان المكري؛ مصدر ملكية الأصل التجاري. - وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن تفويت الحق في الكراء يخضع لنفس الإجراءات والشروط

مواجهة المكري معلقة على عدم ممارسة هذا الأخير لحق الأفضلية طيلة مدة 30 يوما تبتدئ من إشعاره بالتفويت، سواء من طرف المفوت أو المفوت إليه، تحت طائلة عدم سريان مقتضياته تجاهه، وذلك ما لم يقدم هذا الأخير على قبول هذا التفويت بموجب عقد ثابت التاريخ باعتبار أن القبول يغني أو يعفي من الإشعار.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 25[292] من القانون رقم 49.16، فنجدها نصت على مسطرة واضحة ودقيقة لتفويت الحق في الكراء، تتمثل في وجوب إبرام عقد التفويت كتابة إما بموجب محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ[293]، مع تضمينه البيانات المنصوص عليها في مدونة التجارة، على أن يتم إيداع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع، فالموثق مثلا بصفته مؤهلا لتلقي الودائع[294]، يقوم بإيداع ثمن البيع لدى صندوق الإيداع والتدبير لتحصين الودائع وضمان فعالية العقد وتحقيق الأمن التعاقدي[295].

وباستقرائنا أيضا للمواد من 83 إلى 89 من مدونة التجارة[296]، المحال عليها من قبل المادة 25 من القانون رقم 49.16، فنستشف أنها أكدت بعد التسجيل[297]، على إيداع نسخة من

المتطلبة لبيع الأصل التجاري كما هي منصوص عليها في م.ت، وترتكز هذه المقتضيات أساسا على حماية دائني المفوت من خلال مسطرة الإشهار وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 25 من ق. رقم 49.16.

[292]- تنص الفقرة الخامسة من المادة 25 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يتم التفويت بعقد رسمي أو عرفي ثابت التاريخ يتضمن البيانات الواردة في المادة 81 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع، ويجب أن يخضع العقد للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 83الى 89 من نفس القانون".

[293]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 196 من ق.ل.ع، على أن:" حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعلقة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي أو حوالة الإيرادات الدورية المرتبة عليها عندما تقرر لفترة تزيد على سنة، لا يكون لها أثر بالنسبة للغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ".

[294]- تنص المادة 33 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على أنه:" يمنع على كل موثق: "أن يتسلم أموالا أو يحتفظ بها مقابل فوائد؛ - أن يستعمل ولو مؤقتا مبالغ أو قيما توجد في عهدته بأي صفة كانت فيما لم تخصص له؛ - أن يحتفظ بالمبالغ التي في عهدته لحساب الغير بأي صفة كانت، ويجب عليه وضعها فور تسلمها بصندوق الإيداع والتدبير.

تحدد طريقة تنظيم وتسيير الحساب المفتوح باسم الموثق بصندوق الإيداع والتدبير بنص تنظيمي".

[295]- عثمان بنمنصور، عقد الكراء التجاري، م.س، اطلع عليه بتاريخ 27-04-2019 على الساعة 13.00

[296]- انظر المواد من 83 إلى 89 من م.ت.

[297]- وذلك وفقا للمادة 127 من المدونة العامة للضرائب، التي حددت الاتفاقات والمحررات الخاضعة للتسجيل وذلك من خلال تنصيصها على أنه:" تخضع وجوبا لإجراء وواجب التسجيل، ولو كانت بسبب ما يشوبها من عيب شكلي عديمة القيمة،

العقد الرسمي أو نظيره من العقد العرفي لدى كتابة الضبط التي يستغل في دائرتها الأصل التجاري، أو المؤسسة الرئيسية للأصل التجاري، داخل أجل 15 يوما من تاريخ إبرامه، وليس من تاريخ تسجيله، إذا كان البيع يشمل فروعا.

وعمليا فإنه إذا تعذر الإيداع داخل الأجل القانوني المحدد في 15 يوما من تاريخ إبرام العقد لسبب من الأسباب، فإن الموثق في إطار التزامه بضمان فعالية العقد يبادر إلى رفع طلب إلى السيد رئيس المحكمة وذلك في إطار الأوامر المبنية على طلب وفقا للمادة 148 من قانون المسطرة المدنية، التي يستغل في دائرتها المحل أو العقار موضوع تفويت حق الإيجار المكتسب عليه، قصد إصدار أمر استعجالي بالإيداع خارج الأجل، ويقيد مستخرج هذا العقد في السجل التجاري، مع ضرورة تضمين المستخرج تاريخ العقد، والأسماء الشخصية والعائلية للمالك الجديد والمالك القديم وموطنهما، وكذا نوع الأصل التجاري، ومقره، والثمن المحدد، وبيان الفروع التي قد يشملها البيع، ومقر كل منهما، وبيان أجل التعرضات المحددة في المادة 84، وكذا اختيار موطن في دائرة المحكمة، ويقوم كاتب الضبط بنشر المستخرج المقيد بالسجل التجاري بكامله وبدون أجل في الجريدة الرسمية وفي إحدى الجرائد المخول لها نشر الإعلانات القانونية على نفقة الأطراف، كما يجدد هذا النشر بمسعى من المشتري بين اليوم الثامن والخامس عشر بعد النشر الأول[298].

جميع الاتفاقات المكتوبة أو الشفوية وكيفما كان شكل المحرر المثبت لها عرفيا أو ثابت التاريخ بما في ذلك العقود المحررة من طرف المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض أو رسميا، توثيقي أو عدلي أو عبري، قضائي أو غير قضائي أو المتعلقة بما يلي:

...-1

4- الإيجار والتخلي عن الإيجار والكراء من الباطن للعقارات وللحقوق العقارية أو الأصول التجارية...".

- وأيضا المادة 137 من نفس المدونة حيث نصت على التزامات الجهة التي يعود إليها أمر استيفاء إجراءات تسجيل العقود والتي من بينها عقد تفويت الحق في الكراء والمحدد في نسبة 6% من ثمن البيع وذلك عملا بمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 133 من نفس المدونة المذكورة.

[298]- وهذا حسب ما تنص عليه المادة 83 من م.ت.

إلا أن المشرع وكما يظهر جليا لم يحدد أجلا محددا، مما قد يؤدي إلى طول المسطرة وسيشكل عائقا أمام استخلاص وسحب الوديعة (الثمن)، من طرف المفوت، لدى الجهة المؤهلة قانونا لتلقي الودائع، كما أنه يؤدي عدم مباشرة ما ذكر وفق الشكل المحدد إلى عدم إبراء ذمة المشتري تجاه الأغيار[299].

ويجوز لدائني البائع سواء كان الدين واجب الأداء أم لا، أن يتعرضوا داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد النشر الثاني، على أداء ثمن البيع برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل توجه إلى كتابة الضبط المحكمة التي تم إيداع العقد بها، أو بإيداع التعرض بتلك الكتابة مقابل وصل، كما يجب أن يبين في التعرض تحت طائلة البطلان، مبلغ الدين وأسبابه والموطن المختار داخل دائرة المحكمة ولا يجوز للمكري، بالرغم من كل شرط مخالف، أن يتعرض من أجل استيفاء أكرية جارية أو مستحقة مستقبلا، كما أنه لا يمكن الاحتجاج بأي انتقال سواء كان رضائيا أو قضائيا لثمن البيع أو لجزء منه اتجاه الدائنين الذين تعرضوا داخل الأجل[300].

ولعل الغاية من أخذ المشرع بمؤسسة التعرض، تتجلى في خدمة ذوي الحقوق خاصة دائني المفوت، وكافة المتعاملين مع المفوت.

وعلى الرغم من ذلك، فإن إجراء التعرض لا يشكل في حد ذاته شرطا من شروط صحة عقد التفويت، ولا حجة ولا سببا لاكتساب ملكية الثمن المودع لدى الجهة المخول لها ذلك، وإنما مجرد إجراء مؤقت واحتمالي، غايته الحفاظ المؤقت على الحق المدعى به، وبالتالي فالمحكمة هي الفاصل في صحته أو عدم صحته[301].

---

[299]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا رقم 1347بتاريخ 28-12-2005، في الملف التجاري، عدد 02/814 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 66 ص: 151 وما يليها.

[300]- وذلك حسب ما تنص عليه المادة 84 من م.ت.

[301]- كما أن هذا لا يمنع البائع عند وجود تعرض على الثمن في كل الأحوال، وبعد انصرام عشرة أيام على الأجل المحدد للتعرض، أن يطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة الإذن له بقبض الثمن رغم التعرض، وذلك شريطة أن يودع لدى كتابة الضبط مبلغا كافيا يحدده القاضي المذكور لتغطية ما يتحمل من ديون عن هذا التعرض، قد يعترف بها البائع أو يصدر حكم بثبوتها في ذمته، كما أنه تخصص المبالغ المودعة أساسا لضمان الديون التي وقع التعرض من أجل تأمينها، ويعطى لهذه الديون دون غيرها امتيازا خاصا على الإيداع، من دون أن ينتج عن ذلك انتقال قضائي لصالح المتعرض

ويتبين لنا أن فعالية عقد تفويت حق الكراء تبقى معلقة على عدم ممارسة المكري لحق الأفضلية لاسترجاع المحل المكترى، مقابل عرضه مجموع المبالغ المدفوعة من طرف المشتري أو إيداعه لها عند الاقتضاء، داخل أجل 30 يوما من تاريخ تبليغه تحت طائلة سقوط حقه، وبالتالي فحجية العقد في مواجهة المكري تبدأ بعد مرور الأجل المذكور من تاريخ إشعار المكري بواقعة التفويت، ما لم يمارس المكري حقه في استرجاع المحل داخل هذا الأجل، وليس من تاريخ إبرام العقد[302].

ثالثا: إشعار المكري

ذهبت المادة 25 القانون رقم 49.16، إلى عدم التنصيص على جزاء إيراد مثل هذا الشرط في عقد الكراء، لكونها كرست قاعدة عدم ضرورة حصول التخلي أو التفويت إلا بناء على موافقة المكري.

واستبعد المشرع كليا موافقة المكري، وجعل ممارسة تفويت الحق في الكراء من طرف المكتري حقا من الحقوق المكفولة له قانونا، إلا أن عدم توقف تفويت الحق في الكراء على ترخيص مسبق أو إذن لاحق من المكري، لا يعني التغييب الكامل لهذا الأخير عن إبرام هذا

أو المتعرضين المعنيين تجاه دائني البائع الآخرين، الذين تعرضوا إن وجدوا، وتبرأ ذمة المشتري ابتداء من تاريخ تنفيذ الأمر الاستعجالي، وتنتقل آثار التعرض إلى كتابة الضبط.

كما أن قاضي المستعجلات لا يمنح الإذن المطلوب إلا بعد تقديم المشتري المدخل في الدعوى تصريحا، يسجل تحت مسؤوليته الشخصية بعدم وجود دائنين آخرين قدموا تعرضا غير الذين بوشرت المسطرة ضدهم، ولا يبرأ تنفيذ الأمر الاستعجالي ذمة المشتري اتجاه الدائنين الذين تعرضوا قبل هذا الأمر إن وجدوا.

وإذا كان التعرض بدون سند أو بدون سبب باطلا من حيث الشكل ولم يقم دعوى في الموضوع، جاز للبائع أن يطلب من قاضي المستعجلات الإذن بقبض ثمن البيع بالرغم من وجود التعرض.

ولا تبرأ ذمة المشتري اتجاه الأغيار إذا دفع الثمن للبائع، من دون أن يباشر وفق الشكل المحدد أو قبل انصرام خمسة عشر يوما أو من دون أن يراعي التقييدات والتعرضات.

[302]- وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 25 من ق. رقم 49.16.

التفويت وتحققه، لذلك فقد اقتبس مشرع قانون الكراء التجاري الجديد قاعدة مدنية أصلية نص عليها الفصل 195[303] من قانون الالتزامات والعقود.

وبذلك لا يختلف موقف المشرع المغربي عن الموقف السائد في التشريع والفقه والقضاء في فرنسا، بحيث اشترط المشرع الفرنسي كذلك التبليغ عملا بالمادة 1690[304] من القانون المدني الفرنسي، ويقع هذا التبليغ سواء تم تفويت الحق في الكراء لوحده أو مع بقية عناصر الأصل التجاري.

ويثار في هذا الصدد مسألة ما إذا كان إشعار المكري من قبل أحد الطرفين فقط يحقق الغاية من إعلام المكري بحوالة الحق طبقا للفصل 195[305] من قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن توصله بإشعار واحد كاف ليسري التفويت بذلك في مواجهته؟، وهل يتحقق الإشعار بمجرد علم المكري بالتفويت، ولو لم يكن أشعر بشكل قانوني من طرف المفوت أو المفوت إليه؟.

ذهب البعض إلى اعتبار إشعار المكري من أحد الطرفين سواء المفوت أو المفوت له كاف لنفاذ التفويت في مواجهة المكري وكذا الغير، الذي يقصد به كل شخص له حق تجاه المحيل على المحال به، بل إن قبول المكري التفويت في محرر ثابت التاريخ يعفي المفوت والمفوت له حتى من إشعار المكري[306].

---

[303]- انظر الفصل 195من ق.ل.ع.

[304] -Le chapitre 1690 du code civil français dispose que:" Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique".

[305] - انظر الفصل 195 من ق.ل.ع

[306]- علي أزضوض، الضمانات القانونية المقررة للمكتري في عقد الكراء التجاري، م.س، ص: 60..

وحسب الظاهر من صياغة الفقرة الثانية من المادة 25[307] من القانون رقم 49.16، فإنه يتعين على كل من المفوت والمفوت له القيام بإشعار المكري بهذا التفويت، وبالتالي فهو التزام ملقى على عاتقهما معا بمقتضى القانون، ولا يعفي قيام أحدهما بالإشعار الآخر من القيام بذلك، ولا يعد إشعارا مجرد علم المكري بعملية التفويت خروجا عن مقتضيات المادة 25 من القانون رقم 49.16، كأن يعلم بالأمر من أحد أقاربه أو معارفه، ولا يعني الإشعار نشر أو شهر بيع الأصل التجاري عملا بالمادة 83 من مدونة التجارة، ما دام هذا النشر يخص دائني البائع الذين يحق لهم التعرض على الثمن، وليس من بين هؤلاء المكري، لذلك فالمشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المذكور، قد أوجب طريقة واحدة لتحقق علم المكري بواقعة تفويت الحق في الكراء ألا وهي الإشعار، مع ضرورة توجيه هذا الإشعار وفق طرق التبليغ القانونية كما نص عليها المشرع في المادة 34[308] من القانون رقم 49.16.

إلا أنه وعلى الرغم من ذلك قد يكون تصرف المكري بناء على الواقعة الجديدة من قبيل قبض الوجيبة الكرائية من المكتري المفوت إليه مباشرة، أو مطالبته بها قد يقوم قرينة على

[307]- حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 25 من ق. رقم 49.16، أنه:" يتعين على كل من المفوت والمفوت له إشعار المكري بهذا التفويت، تحت طائلة عدم سريان آثاره عليه".

[308]- تنص المادة 34 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يجب أن تتم الإنذارات والإشعارات وغيرها من الإجراءات، المنجزة في إطار هذا القانون، بواسطة مفوض قضائي أو طبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية".

علمه وإشعاره[309]، لذلك تبقى الغاية من تبليغ المكري بانتقال الحق في الكراء لمالك جديد هو علمه بهذا الانتقال ولا يمكنه الاحتجاج بعدم تبليغه بحوالة الحق متى ثبت هذا الانتقال[310].

وقد سار المشرع المغربي من خلال القانون رقم 49.16، حينما لم ينص على الأجل الذي يتوجب فيه إشعار المكري بتفويت الحق في الكراء[311]، على نفس التوجه الذي نهجه المشرع الفرنسي[312]، وسار عليه المجلس الأعلى المغربي[313]، اللهم إذا تضمن عقد الكراء الأصلي ابتداء تحديد الآجال التي يتعين فيها على المكتري إخبار المكري برغبته في ممارسة حقه في التفويت.

---

[309]- ويعتد بالتبليغ بالبريد الذي باشره المحال له -المفوت له- ما لم يقع الطعن فيع بالزور، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي:" حيث صح ما نعاه الطاعن على القرار ذلك أنه تمسك بكونه أشعر المطلوبة في النقض بحوالة الحق بتاريخ 02/5/27 مدليا بشهادة من إدارة البريد تفيد الإشعار بالاستلام لمن يهمه الأمر بتاريخ 02/5/27 والذي لم يكن محل أي طعن من طرف المكرية كما تمسك بإشعار هذه الأخيرة بحوالة الحق من طرف مشتري الأصل التجاري بتاريخ 03/4/25، إلا أن المحكمة اعتبرت أنه لم يثبت إعلام المكرية بحوالة الحق في الكراء إلى الغير طبقا للقانون دون الأخذ بعين الاعتبار الإشعار بالاستلام المتوصل به بتاريخ 02/5/27، والذي كان قبل توصل المكتري الطاعن بوشفرة الصلحي بالإنذار ولم يكن محل أي طعن، علما بأن الطعن بالزور الفرعي الذي تقدمت به المطعون ضدها والذي صرفت المحكمة النظر عنه انصب على الإشعار الثاني المتوصل به بتاريخ 03/4/25 تحت رقم 881، فيكون القرار مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه عرضة للنقض. - قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا رقم: 272 بتاريخ: 2007/3/7 في الملف التجاري عدد: 2006/2/3/975 غير منشور.

[310]- قرار صادر عن محكمة النقض رقم 818 بتاريخ 2012/09/13، في الملف التجاري عدد 2011/2/3/1284، منشور بمجلة العلوم القانونية والاجتهادات القضائية، ع. الأول، ص: 381.

[311]- لم يحدد المشرع المغربي شكلا معينا لتبليغ الحوالة و لم يحدد لها أجلا معينا لنفاذها، وفي هذا الصدد فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي:"... وبخصوص ما نعته من خرق لمقتضيات الفصلين 195 و 196 ق ل ع، فإنه لئن كانت حوالة الحق لا تنفذ تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة تبليغا رسميا أو قبوله لها في محرر ثابت التاريخ، فإن الفصل 195 المذكور لم يحدد طريقة معينة للتبليغ الرسمي، والذي لا تأثير له مادام تحويل الحق في الكراء قائما بإقرار الشركة المطلوبة في النقض، والمحكمة التي تبين لها من وثائق الملف أن الطاعنة تقر بتوصلها بالإشعار بحوالة الحق في الكراء بتاريخ 03/7/21، وكذلك بمناسبة الاستئناف الذي تقدمت به شركة داف اندستري المطلوبة، إذ أقرت الطاعنة بأن المستأنفة حولت حقها في الكراء لشركة أخرى، وأن العلاقة الكرائية أصبحت مع هذه الأخيرة واستخلصت من مجمل ذلك أن الطاعنة أشعرت بحوالة الحق في الكراء تكون قد طبقت مقتضيات الفصل 195 تطبيقا سليما، وجاء قرارها مرتكزا على أساس سليم والوسائل على غير أساس".

- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا-محكمة النقض حاليا- رقم: 579 بتاريخ 2008/4/30 في الملف التجاري ع: 2006/2/3/1372 غير منشور.

[312]- نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري، م.س، ص: 117.

[313]- قرار للمجلس الأعلى سابقا رقم 1665 صادر بتاريخ 24 يونيو 1992 في الملف المدني عدد 90/4113، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48 ص: 325.

هذا وقد اعتبر أحد الباحثين[314]، أنه وحتى في غياب تحديد أجل لتبليغ أو قبول الحوالة، فمن حق المحال له المكتري الجديد، أن يلجأ إلى التبليغ في أي وقت وإلى غاية نهاية مدة الكراء ويقع على عاتقه إثبات حدوث التبليغ عند الإنكار أو الخلاف.

الفقرة الثانية: آثار تفويت الحق في الكراء

يخضع الأصل التجاري للعديد من العمليات والتصرفات كالرهن والبيع والتقديم حصة في شركة، وفي هذا الإطار نصت المادة 25 من قانون الكراء التجاري على أنه يحق للمكتري تفويت الكراء مع بقية عناصر الأصل التجاري أو مستقلا عنه.

وتتعدد الآثار التي يرتبها تفويت الحق في الكراء، حسب ما إذا كان التفويت قد تم بطريقة قانونية **(أولا)**، أو بطريقة غير قانونية **(ثانيا)**.

أولا: آثار تفويت الحق في الكراء المنجز بطريقة قانونية

إن التفويت المنجز بالطرق القانونية تترتب عنه مجموعة من الآثار، تنظم العلاقة بين المكري والمكتري الجديد، المفوت إليه من جهة، والعلاقة بين المفوت المكتري الأصلي والمفوت له من جهة أخرى، ويحل المفوت له –المحال له- محل المفوت –المحيل- في الحقوق كالحق في الانتفاع من العقار أو المحل والحق في تجديد عقد الكراء متى توفرت شروط ذلك، وأيضا الالتزامات الناشئة عن عقد الكراء كأداء الوجيبة الكرائية، وعدم تغيير النشاط الممارس بالعقار أو المحل، وذلك عملا بمقتضيات الفصل 673[315] من قانون الالتزامات والعقود[316].

---

[314]- إدريس مولاي علي، نطاق تجديد الإيجار التجاري في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الرباط- السنة الجامعية 1982-1983، ص: 254.

[315]- ينص الفصل 673 من ق.ل.ع، على أنه:" تطبق في التنازل عن الكراء القواعد المقررة في باب حوالة الحقوق. وهذا التنازل يترتب عليه حلول المتنازل له محل المتنازل في الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد الكراء".

[316] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، م.س، ص: 84.

كما أن علاقة المكتري والمتنازل له عن الكراء يحكمها عقد الحوالة الصادرة من المكتري المفوت إلى المفوت له، وهذا التفويت أو التخلي عن الكراء قد يكون كليا أو جزئيا[317].

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بالرباط": بأن العلاقة التي تنشأ بين الطرفين عبارة عن حوالة حق وليست عقد كراء، ذلك أن المحال له تنتقل له الحقوق الناتجة عن عقد الكراء، ومن ذلك الانتفاع بالعين المكتراة ومدة الانتفاع، والمحيل هنا لا يضمن للمحال له سوى وجود الحق في الكراء في ذمة المكري، في الحدود التي كانت له أثناء إبرام عقد الحوالة[318].

ويظهر أن هذا القضاء استند فيما قضى به على مقتضيات الفصل 203[319] من قانون الالتزامات والعقود.

وتنشأ علاقة كرائية مباشرة بين المكري والمتخلى له الذي تصبح له صفة المكتري وتخول له الحق في مواصلة الكراء التجاري[320].

وبالنسبة لمسألة التضامن بين المكتري الأصلي والمكتري الجديد بشأن التزامات هذا الأخير، فإن الفقرتين 2 و 3 من المادة 25 من القانون رقم 49.16، حسمتا في هذه المسألة، على اعتبار أن المكتري الأصلي يكون مسئولا في مواجهة المكري عن الالتزامات السابقة لعقد تفويت حق الكراء إن وقع إشعار المكري بهذا التفويت أو قام بقبوله بموجب عقد ثابت التاريخ، غير أن المكتري الأصلي يكون مسئولا في مواجهة المكري حتى وإن وقع التفويت

317- محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة، البيوعات والأكرية الواردة على العقار في ضوء آخر التعديلات، م. النجاح الجديدة، ط. الأولى –الدار البيضاء- سنة 2017، ص: 263.

318- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، أورده محمد محروك، التولية والتخلي في ضوء القانون الجديد 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المعدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، ع. مزدوج الرابع والخامس- يونيو 2018، الصفحتان: 245.

319 - ينص الفصل 203 من ق.ل.ع على ما يلي:" من أحال بعوض دينا أو أي حق معنوي آخر يلتزم بأن يضمن:1 - كونه دائنا أو صاحب حق.2 - وجود الدين أو الحق وقت الحوالة. 3- حقه في التصرف فيه.
. وكل هذا ولو حصلت الحوالة بغير ضمان".

320 - محمد محروك، التولية والتخلي في ضوء القانون الجديد 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المعدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، م.س، ص: 246.

ولم يشعر المكري بهذا التفويت ولم يوافق عليه بمقتضى عقد ثابت التاريخ، وهو نفس توجه الفصل 670[321] من قانون الالتزامات والعقود.

بمعنى أنه في الحالة التي لا يؤدي فيها مثلا المتخلى له الوجيبة الكرائية أو التحملات الأخرى، فإن المتخلي يبقى ملزما بأدائها، وقد اختلف القضاء في شأن ضمان المتخلي للمتخلى له، بحيث قضى المجلس الأعلى سابقا-محكمة النقض حاليا- بأن:" التخلي عن الكراء لا يمكن أن ينهي التزامات المتخلي الذي يبقى ضامنا لتنفيذ الكراء من طرف المتخلى له إلى غاية نهاية العقد[322].

وفي نفس المنحى ذهب بعض الفقه إلى القول أن المتخلي عن الكراء ضامن للمتخلى له ولو حصلت الحوالة بدون ضمان، والتخلي عن الكراء يخضع للأحكام المنظمة لضمان البائع للشيء المبيع وفقا لأحكام الفصلين 532 و533 من قانون الالتزامات والعقود، ويجري هذا الضمان لفائدة المشتري وإن لم يشترط ذلك، وبغض النظر عن حسن أو سوء نية المتخلي[323]، وبخلاف هذا الرأي فقد ذهب بعض الفقه إلى أنه عند سريان حوالة الحق ونفادها، تختفي وساطة المكتري المتخلي بين المالك والمتخلى له عن الكراء، بل يصبح غيرا بالنسبة للمالك[324].

---

[321]- ينص الفصل 670 من ق.ل.ع، على ما يلي:" المكتري ضامن لمن تنازل له عن كراء الشيء أو أكراه له تحت يده. ويبقى هو نفسه متحملا، في مواجهة المكري بكل الالتزامات الناشئة من العقد ولا يبقى ملتزما:" أولا - إذا قبض المكري مباشرة الكراء من يد المكتري الفرعي أو المتنازل له عن الكراء، من غير أن يجري أي تحفظ ضد المكتري الأصلي؛

ثانيا - إذا قبل المكري صراحة عقد الكراء تحت اليد أو التنازل عن الكراء من غير أن يجري أي تحفظ ضد المكتري الأصلي".

[322]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا رقم 3359 بتاريخ 24-08-2010، في الملف ع. 2009/6/1/1745، غير منشور.

[323]- محمد بونبات، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955 و، م.ت، سلسلة آفاق القانون، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى، سنة 2008، ص: 164.

[324]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. السادس، م.س، ص: 363.

وبالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة 25 من القانون رقم 49.16، فإنه لا يحول تفويت الحق في الكراء دون مواصلة الدعاوى المثارة طبقا للقانون رقم 49.16، والتي كانت قبل تاريخ التفويت في مواجهة المكتري الأصلي، كما لا يحول هذا التفويت دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة توفر أحد الحالات المنصوص عليه في المادة 8 من القانون رقم 49.16[325].

و المشرع المغربي وإن كان من خلال تكريسه لهذا الحق الذي يعتبر من بين الأمور المستجدة التي جاء بها قانون الكراء التجاري الجديد وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 25 منه،

[325]- تنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من ق. رقم 49.16، على أنه:" لا يحول هذا التفويت دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة تحقق شروط مقتضيات المادة الثامنة من هذا القانون...".- وقد عالج المشرع المغربي في المادة 8 من قانون الكراء التجاري الجديد، بدقة الأسباب المؤدية للإفراغ بدون تعويض وحددها في حالات سبع، وقد أضاف القانون الجديد أسبابا أخرى موجبة للإفراغ، وهي فقد عنصري الزبائن والسمعة التجارية بسبب إغلاق المحل لسنتين على الأقل، سواء أكان هذا الإغلاق إراديا أو جبريا، أو الكراء من الباطن خلافا للاتفاق، وكذا هلاك المحل بسبب فعل المكتري أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وأخيرا فإن المشرع سمح للمكتري بتدارك خطئه في حالة تغيير معالم المحل أو تغيير النشاط، وذلك بإرجاع حالة المحل إلى ما كانت عليه، داخل أجل معين على ألا يتعدى ثلاثة أشهر، وأما فيما يتعلق بالإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط، فإن المشرع اشترط للإعفاء من التعويض ألا يكون تردي حال العقار راجعا إلى إهمال المكري الذي تم إعذاره بذلك. ويطرح التساؤل في هذا الصدد، حول ما إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 8 من ق. رقم 49.16، والمتعلقة بفقدان الأصل التجاري لعنصري الزبناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل، تطبق أيضا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 4 من نفس القانون، والمرتبطة بتقديم مبلغ مالي مقابل الحق في الكراء، حيث يعفى المكتري من شرط المدة؟.

يمكن القول أن مقابل المبلغ المالي المدفوع في إطار المادة 4، إنما هو إعفاء للمكتري من أحد الشروط اللازمة لاكتساب الحق في الكراء، وهو شرط المدة المحدد في سنتين، ولا يتعلق الأمر بتملك الأصل التجاري الذي بإغلاقه لمدة سنتين يفقد عنصري الزبناء والسمعة التجارية.- وزارة العدل: القانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي في شروح، م.س، ص: 40.

هذا وقد مكن المشرع المكري من ممارسة حقه في الأفضلية ضد المكتري الذي فوت حقه في الكراء، وذلك عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 25 من ق. رقم 49.16، حيث يمكنه هذا الحق من استرجاع المحل المكترى مقابل عرضه مجموع المبالغ المدفوعة من طرف المفوت له حق الإيجار، وذلك داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ من طرف المفوت والمفوت له عملا بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون السالف الذكر، وفي حالة ممارسته لهذا الحق وداخل الأجل المنصوص عليه، فيترتب على ذلك سقوط هذا الحق، ويشكل هذا المقتضى –حق الأفضلية- ضربا في صميم الأمن التعاقدي، حيث يتناقض مع الغاية الأساسية من العقد الرسمي الذي يرمي إلى ضمان فعالية العقد، وبالتالي ضمان الأمن التعاقدي واستقرار المعاملات المالية، وعملا بهذا المقتضى المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 25 من القانون أعلاه، فإن فعالية العقد المنصب على تفويت حق الإيجار ستبقى معلقة إلى حين مرور ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ المفوت والمفوت له عقد التفويت للمكري، وليس من تاريخ العقد.

- عثمان بنمنصور: عقد الكراء التجاري وإشكالية اكتساب الملكية التجارية على ضوء القانون الجديد 49.16، مقال منشور بموقع إلكتروني، م.س، اطلع عليه بتاريخ 02-2019-05 على الساعة 14.00

فقد حقق حماية للمكري في مواجهة المكتري الذي فوت الحق في الكراء، وذلك من خلال إمكانية استرجاع المحل المكترى[326].

ثانيا: آثار تفويت الحق في الكراء المنجز بطريقة غير قانونية

يراد بالتفويت المنجز بطريقة غير قانونية، ذلك التفويت الذي يخل بالقواعد المنظمة لعملية التفويت.

وقد أثارت مسألة تحديد الجزاء المترتب على التفويت المنجز بطريقة غير قانونية مواقف قضائية متضاربة وذلك لعدم إيراد جزاء محدد، فتارة تكون متشددة من خلال اعتبار المشتري أو المفوت له محتلا بدون سند[327] لعدم إعلام المكري بواقعة التفويت أو بعملية التخلي[328]، وتارة أخرى يعتبر التبليغ بحوالة الحق يتم بجميع الطرق ولو أثناء سريان الدعوى[329]، كما أن عدم تبليغه لا يجعله محتلا بصفة غير قانونية.

---

[326] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، ، م.س، ص: 86.

[327]- و تبليغ حوالة الحق في الكراء إلى المكري مانع من اعتبار المفوت إليه الأصل التجاري في وضعية المحتل من غير سند قانوني، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي:" لكن لما كان الطالبون ورثة بوري الحاج محمد يقرون بوجود علاقة كرائية مع موروث المطلوبين تمرا إبراهيم التي انتقلت إلى خلفه العام ورثته ، ولما كان التوصيل الكرائي المدلى به في اسم موروث المطلوبين إبراهيم تمرا ، ولما كان تنازل المطلوبين حادي الحسين والغازي الحسين يفيد أنهما تنازلا عن استغلال الدكان محل النزاع الذي كانا يزاولان فيه حرفة الخياطة لفائدة ورثة تمرا، ولما كان الاعتراف المحرر بتاريخ 02/10/23 يفيد أن المسمى اعزاز أحمد اشترى الأصل التجاري للدكان الكائن بزنقة ابطيح رقم 8 خنيفرة من ورثة تمرا إبراهيم، ومن تبليغ إشعار الذي يفيد أن المشتري للأصل التجاري المذكور أشعر الطالبين ورثة بوري محمد بواسطة محاميهم الأستاذ مضمون ، فإن محكمة الاستئناف التي اعتبرت مجمل ما ذكر مستخلصة من ذلك أن الطالبين يقرون بعلاقتهم الكرائية بخصوص الدكان موضوع النزاع بينهم وموروث المطلوبين إبراهيم تمرا التي استمرت بعد وفاته مع خلفه العام ورثته . وأن اكتسابهم الحق التجاري الذي أنجر لهم إرثا من خلفهم العام إبراهيم تمرا يخولهم الحق في تفويت الأصل التجاري للغير، وبالتالي فإن المطلوبين ورثة تمرا إبراهيم ذووا صفة ومصلحة لحماية مصالحهم التي ستتضرر في حالة استرجاع المكرين المحل مع وجود عقد كرائي لم ينفسخ بعد، يربطهم بالمطلوبين ورثة تمرا إبراهيم وان تفويتهم للأصل التجاري للغير الذي قام الإعلام اللازم لحوالة الحق بجعلهم ضامنين لتملكه مشتراه ، فقضت بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بالاستجابة لطلب الإفراغ للاحتلال، باعتباره غير ذي موضوع . فلم تخرق أي مقتضى مما احتج به الذي لا محل له في النازلة ، وتبقى العلة المنتقدة في القرار القائلة بأن مالك الحق التجاري له الحق أيضا في تولية الكراء . علة زائدة يستقيم القرار بدونها وتكون الوسيلة على غير أساس ."

- قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 158 بتاريخ 2008/2/13 في الملف التجاري ع: 2006/2/3/11 غير منشور.

[328]- وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 13 نونبر 1989، منشور بمجلة الإشعاع ع. 3 ص: 84.

[329] - قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا-محكمة النقض حاليا- بتاريخ 24 يونيو 1992، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 48، ص: 325 وما بعدها.

وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أنه لا يترتب عن الإخلال بالتبليغ أو عدم قبول الحوالة من طرف المدين بطلان التفويت أو فسخ عقد الكراء، لأن التبليغ والقبول ليسا من شروط انعقاد التفويت وإنما هما مجرد شرطين لازمين لنفاد الحوالة تجاه المدين والغير، وبتخلفهما يعتبر المفوت إليه محتلا للعقار أو المحل دون حق أو سند، يخول للمكري أن يطلب من قاضي المستعجلات إصدار أمر بإخلائه أو إفراغه، ويحرم المحال له من طلب تجديد عقد الكراء لأنه محتل دون سند أو قانون، وكذلك المحيل -المكتري الأصلي- لكونه لم يعد مالكا للأصل التجاري أو الحق في الكراء نتيجة تفويتهما[330].

والمشرع من خلال القانون رقم 49.16 لم يحدد أي جزاء قانوني من جراء عدم إشعار المكري بواقعة التفويت، إلا أن المشرع جعل إخبار المكري شرطا واجبا لكي ينتج التفويت آثاره وذلك تحت طائلة عدم سريانه في مواجهته[331].

وقد اعتبرت المادة 25 من القانون رقم 49.16 أن من آثار عدم تبليغ حوالة الحق للمكري بقاء المكتري الأصلي مسئولا تجاه المكري بخصوص الالتزامات المترتبة عن عقد الكراء[332].

ولا يحول التفويت أيضا دون ممارسة المكري لحقه في المطالبة بالإفراغ في حالة تحقق شروط المادة الثامنة من هذا القانون، والتي تعتبر بمثابة اختلالات صادرة من جانب المكتري بالالتزامات المفروضة عليه[333].

- انظر أيضا قرار آخر صادر عن نفس المجلس في نفس الإطار رقم 94/1395، بتاريخ 13 أبريل 1994، في الملف التجاري، ع. 93/1784، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى الصادر في المادة التجارية ص: 97.

[330]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 70

[331]- وذلك حسب ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 49.16.

[332]- وهذا ما استقر عليه المجلس الأعلى سابقا-محكمة النقض حاليا- أثناء سريان ظهير 24 ماي 1955 الملغى، في أحد القرارات الصادرة عنه رقم 203 بتاريخ 21-02-2007، في الملف التجاري، ع. 2006/2/3/558، غير منشور.

[333] - ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، م.س، ص: 87-88.

إلا أن الإشكالات الموضوعية والشكلية تضر باستقلال الاستثمار، ويتعين إعادة النظر فيها بفصل تفويت الأصل التجاري والحق في الكراء عن إجراءات الحوالة، وإعطاء التاجر مالك الأصل التجاري والحق في الكراء، الحق في التصرف في ماله المعنوي هذا بعيدا عن إكراهات المكري والمفاوضات.

ولن يتأتى ذلك إلا بالاعتراف بالحق المطلق لصاحب الملكية التجارية، والحق المطلق في التصرف في هذه الملكية دون أدنى قيد أو شرط، حتى دون إشعار المكري إذا أردنا أن نتخلص من الإرث التقليدي القديم ونسبح في بحر العولمة والمنافسة وليبرالية الاقتصاد وحماية الحقوق الثابتة والاستثمار، وما على المكري عند حدوث هذا التغيير وفي كل الأحوال، إلا الحق في رفض تجديد العقد للمحال له عند انتهاء مدته مع تحمل التبعات الإيجابية والسلبية الناجمة عن الرفض كما هي منصوص عليها في القانون رقم 49.16.؟

المطلب الثاني: الكراء من الباطن كتصرف يرد على الحق في الكراء

نؤكد بداية على أن المشرع غير التسمية عند الصياغة القانونية، فبعدما استعمل مصطلح التولية[334] في الفصل 22 من ظهير 24 ملي 1955 الملغى، نلقاه يرجح في المادة 24 من القانون رقم 49.16، عبارة الكراء من الباطن المعهودة لدى الفقه القانوني المغربي، وأيضا في بعض التشريعات المقارنة[335].

إلا أنه وبالرغم من الاختلاف في التسمية فيظل المعنى واحدا، والمتمثل في الكراء من الباطن، وقد أحجم المشرع المغربي على غرار غيره من التشريعات المقارنة، عن وضع تعريف للكراء من الباطن أو الكراء الفرعي، تاركا المجال للفقه والقضاء.

وهكذا فقد عرف بعض الفقه هذا الكراء بكونه:" عقدا بمقتضاه يلتزم المكتري الأصلي، بتمكين المكتري الفرعي من منفعة العين المكراة له، كلها أو بعضها لمدة معينة مقابل وجيبة معلومة[336]، بحيث يصبح هذا الأخير ملتزما تجاه المكتري الأصلي بجميع الالتزامات التي تم التنصيص عليها في العقد، في حين يظل المكتري الأصلي ملتزما تجاه صاحب الملك[337].

وهو أيضا ذلك العقد الذي يبرم بين المكتري الأصلي والمكتري الفرعي كلا أو بعضا، حيث يصبح هناك عقدي كراء، أحدهما ينظم العلاقة بين المكري الأصلي والمكتري الأصلي،

---

[334]- هذا وقد أطلقت عليه عدة مصطلحات: كتولية الكراء، (وهو مصطلح الفقه الإسلامي الشائع، والذي أخذ به المشرع المغربي في الفصلين 22 و 23 من الظهير الملغى)، والكراء الفرعي، والكراء تحت اليد، وأيضا الكراء على الكراء.

[335]- كالتشريع والفقه الفرنسيين الذين أجمعا على مصطلح واحد وهو الكراء من الباطن « La Sous-Location »

[336]- محمد بونبات، الكراء تحت اليد –أو التأجير من الباطن- وفقا لأحكام التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الرباط- السنة الجامعية 1984-1985، ص: 51.

- ويعتبر الكراء من الباطن بمثابة العقد، الذي بموجبه يعمد المكتري الأصلي إلى اكراء ما اكتراه من المكري إلى طرف ثالث يسمى المكتري الفرعي مقابل أجرة معينة.

- عمر أزوكار، الإنذار بالإفراغ في ضوء ظهير الكراء التجاري وآخر المواقف القضائية، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى سنة 2015، ص: 249.

[337]- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، (ع.ذ.م)، ط. الأولى سنة 1998، ص: 58.

والثاني يربط بين هذا الأخير وشخص آخر يطلق عليه المكتري الفرعي أو المكتري تحت اليد، وميزة هذه الازدواجية أن المكتري الأصلي يظل طرفا في عقد الكراء مع المالك الذي يستطيع أن يطالبه بكافة الحقوق الناشئة عن عقد الكراء، كما يكون له الحق في أن يتابع المكتري الفرعي مباشرة[338].

ومن جهتنا فإن الكراء من الباطن هو تنازل المكتري الأصلي لشخص آخر يسمى المكتري الفرعي، يحل محله في الاستفادة من منفعة المحل المكترى، وقد يشمل هذا الكراء المحل كله أو يقتصر على جزء منه، مقابل التزام هذا الأخير بتنفيذ الالتزامات التي على أساسها تم إبرام العقد، ومن بينها الالتزام بأداء الوجيبة الكرائية.

ولما كان الكراء من الباطن يدخل في خانة المنع كقاعدة عامة والجواز كاستثناء، فإن الاستثناء أصبح هو القاعدة في القانون الحالي على غرار القواعد العامة[339].

ويشترط في الكراء الفرعي من حيث الشروط العامة للتعاقد، أن يكون الطرفان أهلا للتعاقد، وأن يكون العقار أو المحل مما يجوز تأجيره، وكذلك يجب أن تكون لهذا العقد أجرة معلومة ومدة محددة، أما عند عدم ذكر المدة فيؤخذ عندئذ بمدة العقد الأصلي، وهذا العقد طرفاه من جهة المكتري الأصلي، والمكتري الفرعي من جهة أخرى، يلتزم بمقتضاه كل منها تجاه الآخر بجميع الالتزامات التأجيرية التي يخضع لها أحكام عقد الكراء، فيلتزم تبعا لذلك المكتري الأصلي بضمان العين المكتراة، ويلتزم بالمقابل المكتري الفرعي بأداء الأجرة[340].

---

[338]- بهيجة رشيد، فسخ وإنهاء عقود كراء المحلات المخصصة للسكنى، دراسة في ق.ل.ع، وق. رقم 6.79، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق –الدار البيضاء- السنة الجامعية 2003-2004، ص: 166.

[339]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 686 من ق.ل.ع، على أنه:" للمكتري الحق في أن يكري تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء لغيره، بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضته طبيعة ما اكتراه، ويجب أن يفهم المنع من الكراء للغير على إطلاقه، بحيث لا يسوغ الكراء للغير ولو جزئيا، كما لا يسوغ التنازل عن الانتفاع ولو على سبيل التبرع".

[340]- مصطفى العضراوي، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، م.س، ص: 79.

وبالإضافة إلى هذه الشروط فإن الاستفادة من هذا المستجد تحقق مجموعة من الشروط الأخرى المعززة لها **(الفقرة الأولى)**، علاوة على إخبار المكري بإجراء هذا التصرف **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: شروط ممارسة الكراء من الباطن

خصص المشرع المغربي للكراء من الباطن مادة وحيدة في القانون رقم 49.16، وهي المادة 24 منه، وباستقرائنا لمقتضيات هذه المادة، نستشف أنه لصحة الكراء من الباطن، لا بد بالإضافة إلى الشروط العامة المتطلبة في سائر العقود تحقق بعض الشروط الخاصة بهذا النوع من التصرفات، ويتعلق الأمر بشرط عدم وجود أي شرط مانع له في العقد الأصلي **(أولا)**، ونبين بعدها كيفية إبرام عقد كراء من الباطن **(ثانيا)**.

أولا: الالتزام باحترام الشرط المانع للكراء من الباطن

بالرجوع إلى الفقرة الأولى[341] من المادة 24 من القانون رقم 49.16، يتضح أنه يحق للمكتري إيجار المحل المكترى كلا أو بعضا ما لم ينص عقد الكراء الأصلي على خلاف ذلك، مع بقاء العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الأصلي[342]، دون أن يكون المكتري ملزما بإثبات الانتفاع لمدة سنتين كما هو معمول به في تفويت حق الكراء[343].

ويحق للمكتري إيجار المحل للغير كمبدأ، مع ضرورة إخبار المكري بهذا الكراء حتى يسري في مواجهته، ما لم يتضمن عقد الكراء الأصلي شرطا يمنعه من ذلك، وفي حالة ما إذا تضمن العقد شرطا يمنع المكتري من إيجار المحل المكترى، فلا يمكن إبرام عقد الكراء من

---

[341]- تنص هذه الفقرة على أنه:" يجوز للمكتري أن يؤجر للغير المحل المكترى كلا أو بعضا، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وتبقى العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الأصلي".

[342]- وبالتالي فإن الرابطة بين المكتري الأصلي والمكري ينظمها عقد الكراء الأصلي، وتخضع العلاقة التعاقدية الرابطة بين المكتري الأصلي والمكتري الفرعي لعقد الكراء من الباطن، مع أنه لا يمكن الاحتجاج بعقد الكراء من الباطن في مواجهة المكري إلا ابتداء من تاريخ إشعاره به.

[343]- عثمان بنمنصور، عقد الكراء التجاري، م.س، اطلع عيه في تاريخ سابق.

الباطن[344]، والملاحظ أن المشرع من خلال القانون رقم 49.16 لم يشر إلى الموافقة البعدية للمكري إن وجد شرط يمنع الكراء من الباطن في صلب عقد الكراء الأصلي، أما المشرع الفرنسي فقد منع الكراء من الباطن كمبدأ، ما لم يتضمن عقد الكراء الأصلي ما يفيد إجازته، وهو ما يتضح من مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 145-31 من مدونة التجارة الفرنسية[345].

فالمشرع المغربي عندما نص على إمكانية عقد كراء من الباطن ما لم يوجد في العقد الأصلي ما يمنعه، يكون من خلال هذا التنصيص سار على نفس التوجه المعتمد في عقد التسيير الحر أو كراء الأصل التجاري[346]، حينما جعله المشرع المغربي جائزا وخاضعا لإرادة الأطراف المتعاقدة، دون وجود أي مقتضى قانوني يمنعه، مع إعطائهم إمكانية إيراد شرط في عقد الكراء الأصلي يمنع وضع الأصل التجاري في مؤسسة التسيير الحر[347]، الأمر الذي

---

[344] - خالد العسري، قراءة في مشروع القانون المنظم للكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة- الموسم الجامعي 2008-2009، ص: 30.

[345] -L'article 145-131 du code de commerce français dispose que:" Sauf stipulation contraire au bail ou accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite.

En cas de sous-location autorisée, le propriétaire est appelé à concourir à l'acte…".

[346]- قد يحدث خلط في الأذهان بين التسيير الحر والكراء الفرعي، نظرا للتركيب والارتباط الواقع بينهما إلا أن هناك أوجه اختلاف كثيرة بين كلا العقدين، حيث إن محل عقد التسيير الحر يتكون من مجموعة مركبة من العناصر المادية والمعنوية، لا ينظر إليها بشكل مستقل، بل كوحدة متجانسة من طبيعة مختلفة عن طبيعة العناصر المشكلة لها، أي أن المحل الحقيقي لعقد التسيير الحر هو الأصل التجاري ككل، باعتباره مالا منقولا معنويا يتمتع باستقلالية عن العناصر المشكلة له، وله قيمته المالية الذاتية التي ليست هي قيمة تلك العناصر، حيث يسوغ لمكتري العقار صاحب الأصل التجاري أن يسير هذا الأخير بواسطة الغير ولا ضرر للمكري مالك العقار من هذا التسيير، في حين أن المحل في الكراء من الباطن الذي يزاول فيه صاحب الأصل التجاري نشاطه ينصب فقط على الانتفاع بهذا العقار الثابت، وتضبط هذا العقد نفس أحكام عقد الكراء الأصلي، استنادا إلى قاعدة أن:" ما يسري على الأصل، يسري على الفرع". - نور الدين الفقيهي: الكراء التجاري من التولية إلى الكراء من الباطن، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، عدد مزدوج، الرابع والخامس – يونيو 2018، ص: 151

- وللتوسع أكثر في هذا الموضوع راجع:- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، م. الأمنية –الرباط- ط. الرابعة 2012، ص: 257 وما بعدها.

وأيضا: - محمد مومن، التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي، م. الوطنية، الحي المحمدي، الداوديات –مراكش- ط. الأولى سنة 2005، ص: 77 وما بعدها.

[347]- كثيرا ما يقع إخفاء عقد الكراء الفرعي في عقد التسيير الحر، حتى لا يتم الخضوع لمقتضيات عقد الكراء التجاري، وقد أتيحت للقضاء الفرنسي فرصة إعادة تكييف الصفة الحقيقية للعقد، حيث قضى بفسخ عقد الكراء التجاري لإخفاء عقد الكراء الفرعي في لباس عقد التسيير الحر، من أجل التملص من الخضوع لمرسوم 1953 الفرنسي وللواجبات التي يضعها على كاهل المالك وللقضاء سلطة واسعة لإعادة تكييف العقد وإعادة وصفه الصحيح.

يشكل خطورة على مالك الأصل التجاري عند إخلاله بهذا الشرط العقدي الذي من شأنه أن يؤدي إلى فسخ عقد الكراء التجاري، ومن ثم ضياع حق الكراء والأصل التجاري استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[348].

وقد اعتبر أحد الفقه أن المشرع المغربي أخطأ في تنصيصه على جواز الكراء من الباطن، معتدا بمبادئ قانون الالتزامات والعقود غير الملائمة لمدونة التجارة[349]، وذلك في إطار تعليقه على الفقرة الأولى من مقترح القانون لسنة 2007[350]، والذي تخلى فيه عن مبادئ قانون الالتزامات والعقود من خلال منع الكراء من الباطن.

وقد سبق للمشرع الفرنسي بدوره أن تخلى هو الآخر عن مبادئ القانون المدني في التطبيق على الكراء التجاري، حينما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن قيام المكتري الأصلي بالكراء من الباطن إما كليا أو جزئيا، يبرهن على أن هذا الأخير لم يعد في حاجة إليه كليا أو جزئيا، لانتقاله إلى محل آخر مما يرفع أو يزيل عنه الحماية التي يحظى بها في الأساس الأصل التجاري[351]، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي ومعه المشرع الجزائري[352].

---

[348] -Abdellatif Taliani: "La gérance Libre du fond de commerce" Cassation Civil III, n° 67 p: 606.

[349]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، م.س، الصفحتان: 703-704.

[350]- وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 23 من صيغة مقترح القانون المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الذي تقدم به الفريق الاشتراكي وسجل بمجلس النواب بتاريخ 31 دجنبر 2007، والتي جاء تفيها ما يلي:" للمكتري أن يؤجر للغير المحل المكترى كلا أو بعضا ما لم ينص العقد عللا خلاف ذلك، وتبقى العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الأصليين".

- وزارة العدل، القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، م.س، ص: 72.

[351]- ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، م.س، ص: 93.

[352]- وذلك من خلال المادة 145-31 من مدونة التجارة الفرنسية المشار إليها آنفا، وكذلك المادة 188 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه:" يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن، إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر...".

ويتضح أنه يمكن مسايرة هذا الاتجاه الأخير لولا تنصيص المشرع المغربي صراحة على إمكانية تضمين شرط مانع لهذا التصرف في العقد الأصلي، والذي من شأنه أن يشكل حماية وضمانة للمكري الذي بإمكانه ومنذ البداية وضع حد له، والإعلان عن عدم رغبته فيه، وبالتالي التوافق على استبعاده.

ومن هنا يتبدى لنا أن المشرع المغربي أخذ بهذا المبدأ في القانون الجديد رقم 49.16، من زاوية مشاركة المكري وانضمامه إلى عقد الكراء من الباطن، مما يؤشر لمرونة كبيرة تبناها المشرع، والمتمثلة في تخويل المكتري الحق في التصرف في حق الكراء، كما تبدو مراعاة وضعية ومصلحة المكتري صاحب الملكية التجارية أكثر من خلال إعطاء المكتري حق إبرام عقد الكراء من الباطن، دون الحصول على إذن مسبق من المكري.

وقد يحدث أن يقدم المكتري على إبرام عقد كراء من الباطن رغم وجود شرط مانع في العقد، وبهذا يكون قد أخل بالتزام من الالتزامات الضمنة في العقد مما يترتب عن ذلك جزاء والذي هو حسب المادة 8[353] من القانون رقم 49.16، الإفراغ دون أداء أي تعويض.

ثانيا: كيفية إبرام عقد الكراء من الباطن

لم تشر المادة 24 من القانون رقم 49.16، إلى شكل انعقاد الكراء من الباطن، غير أنها أقرت أن هذا العقد لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة المكري الأصلي إلا ابتداء من تاريخ إشعاره به.

وقد ذهب البعض إلى القول أنه ما دام عقد الإيجار من الباطن عقدا رضائيا، فإنه ينعقد بمجرد تراضي طرفيه دون حاجة إلى إفراغه في شكلية معينة، وينعقد هذا التصرف بالكتابة

[353] - جاء في المادة 8 من ق. رقم 49.16، أنه:" لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:
6- إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء؛

كما ينعقد كذلك عن طريق المشافهة، ولا يثير إثباته بين عاقديه أية صعوبة إذ يخضع الحكم فيه في هذا المجال للقواعد المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[354].

ومن جهتنا فإننا نروم إلى قول أنه لما كان المشرع من خلال القانون رقم 49.16، قد تبنى الشكلية -شكلية الكتابة- في انعقاد عقود الكراء التجاري وفقا لمقتضيات المادة 3 من القانون السالف الذكر، فيجب إبرام عقد الكراء من الباطن أيضا كتابة وفقا لقاعدة أن "ما يسري على الأصل يسري على الفرع"، حيث من شأن ذلك ضمان حقوق المتعاقدين وتحقيق الأمن التعاقدي ونظرا للمكانة التي تحظى بها الكتابة في إثبات التصرفات.

الفقرة الثانية: إخبار المكري بعقد الكراء من الباطن

يمكن للمكتري إذا لم يتضمن عقد الكراء الأصلي شرطا يمنع المكتري من إيجار المحل المكترى للغير، إبرام عقد كراء من الباطن مع مكتري فرعي، على أنه لا يكون لهذا الكراء أي أثر في مواجهة المكري إلا من تاريخ إخباره به حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية[355] من المادة 24 من القانون رقم 49.16، غير أن هذه الفقرة لم تعلق نفاذ الكراء من الباطن على موافقة المكري[356].

ولم تشر المادة 24 من القانون رقم 49.16، إلى أجل تبليغ المكري بهذا الكراء، على خلاف نص المشروع الذي كان قد حدد هذا الأجل في 30 يوما[357].

---

[354]- علي أزضوض، الضمانات القانونية المقررة للمكتري في عقد الكراء التجاري، م.س، ص: 66.

[355]- تنص هذه الفقرة على أنه:" لا يكون لهذا الكراء أي أثر تجاه المكري إلا من تاريخ إخباره به...".

[356] - نجاة الكص، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال للبحث والتكوين جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الدار البيضاء- السنة الجامعية، 2005-2004، ص:153.

[357]- حيث نصت المادة 23 منه على أنه:" على المكتري الأصلي أن يخبر المكري الأصلي بكرائه للمحل من الباطن كلا أو بعضا داخل أجل شهر من تاريخ إبرام العقد...".

وقد كان من الأجدر بالمشرع أن يحدد مدة لقيام المكتري بإخبار المكري بإبرامه عقد كراء من الباطن، ليكون على بينة من أمره ويمارس حقوقه، المتمثلة أساسا في مطالبة المكتري بالإفراغ عندما يكون عقد الكراء من الباطن مخالفا للشرط المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي، بل وحتى إن أجاز المكري هذا التصرف، فقد منحه المشرع الحق في مراجعة السومة الكرائية[358].

وفي هذا الصدد نرى أن المشرع لم يقم بتحديد أجل لهذا الإخبار، ولا الطرف الذي يقع على عاتقه هذا الإخبار ولا الجهة التي ستقوم به، لغاية في نفسها تتمثل في كون المكتري الأصلي والمكتري الفرعي، متضامنين اتجاه المكري الأصلي في جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي.

ونرى أن إمكانية تبليغ المكري بإبرام عقد كراء من الباطن متوفرة طالما ظل عقد الكراء الأصلي قائما، كما أن المادة 24 أعلاه، لم تشر إلى من يقع عليه تبليغ المكري بعقد الكراء من الباطن، غير أننا نلاحظ أن صياغة الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة جاءت عامة وتحتمل تبليغ المكري سواء من قبل المكتري الأصلي أو الفرعي كما يمكن إخباره من كلا الطرفين معا.

وعموما فيمكن للمكتري إبرام عقد الكراء من الباطن دون الحصول على إذن مسبق من المكري، ما لم يرد في عقد الكراء ما يمنعه من ممارسة هذا الحق، ولا يشترط أيضا حضور المكري مجلس العقد[359].

---

[358]- توفيق عبد اللطيف، توازن العلاقة الكرائية على ضوء القانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –تطوان- السنة الجامعية 2016-2017، الصفحتان: 43-44.

[359]- خالد السيساوي، حماية الحق في الإيجار بين ظهير 24 ماي والمشروع، رسالة لنيل دبلوم الماستر في وحدة القانون والمقاولة، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –مكناس- السنة الجامعية 2008-2009، ص: 163.

ويتبين لنا أن إقدام المكتري على إبرام عقد كراء من الباطن رغم وجود شرط مانع في عقد الكراء الأصلي، يجعل المكتري الفرعي في حكم المحتل بدون سند للعقار أو المحل المكترى، وفي حالة إقدام المكتري الأصلي على إبرام عقد كراء من الباطن وكان العقد الأصلي خاليا من أي شرط يمنعه، فيجب عليه إخبار المكري بهذا التصرف حتى ينتج آثاره القانونية، وذلك تحت طائلة عدم الاحتجاج به في مواجهة المكري[360]، وهو ما أكدته المحكمة التجارية بفاس في حكم لها جاء فيه أنه:" لا يكون للكراء من الباطن أي أثر في مواجهة المكري إلا من تاريخ إخباره به عملا بمقتضيات المادة 24 من القانون رقم 49.16[361].

وقد تبنى المشرع الفرنسي بدوره هذا الإخبار، وهو ما يتضح لنا من خلال مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 145-31 من مدونة التجارة الفرنسية[362].

- وفي هذا الإطار نرى أن المشرع لم يقم بتحديد أجل لهذا الإخبار، ولا الطرف الذي يقع على عاتقه هذا الإخبار، ولا الجهة التي ستقوم به، لغاية في نفسها تتمثل في كون المكتري الأصلي والمكتري الفرعي متضامنين اتجاه المكري الأصلي في جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي.

[360]- هذا ويبقى السبيل الوحيد لقيام عقد الكراء من الباطن صحيحا، ومنتجا لآثاره القانونية في مواجهة المكري، هو إبرام هذا العقد حالة خلو عقد الكراء الأصلي من شرط يمنعه أو لا يجيزه، مع المبادرة إلى إخبار المكري بهذا العقد بعد ذلك سواء من طرف المكتري الأصلي أو المكتري الفرعي أو هما معا.

[361]- حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس، بتاريخ 15-2017-05، في الملف التجاري عدد 2016/8207/1381، غير منشور.

[362] -Comme le dit ce paragraphe:" Le locataire doit faire connaître au propriétaire son intention de sous-louer par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans les quinze jours de la réception de cet avis, le propriétaire doit faire connaître s'il entend concourir à l'acte. Si, malgré l'autorisation prévue au premier alinéa, le bailleur refuse ou s'il omet de répondre, il est passé outre".

وما دام عقد الكراء من الباطن عقدا من العقود التي تنصب على المحل المكترى، فقد يكون جزئيا[363]، وقد يكون كليا[364]، الأمر الذي يفرض اختلاف المراكز بين الأطراف باختلاف طبيعة وحجم الكراء من الباطن[365].

وإلى جانب عقدي الكراء من الباطن، وتفويت الحق في الكراء المنصوص عليهما على التوالي بمقتضى المواد 24-25 من القانون رقم 49.16، وقياسا على تفويت الحق في الكراء فهل يمكن رهن هذا الحق؟.

فالحق في الكراء كالأصل التجاري، يغلب عليه طابع التجريد باعتباره مالا منقولا معنويا أو قيمة اقتصادية قابلة للتصرف، ويشكل تأمينا خاصا يخول للتاجر رهنه بغية

الحصول على الائتمان أو تمويل بضمان هذا الحق.[366]

وفي ظل غياب تنظيم خاص يتعلق برهن الحق في الكراء، إلى جانب عدم تنصيص القانون رقم 49.16، على إيراد هذا العقد على حق الكراء، ما يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان الحق في الكراء يقبل الرهن باعتباره عنصرا يدخل ضمن عناصر تكوين الأصل التجاري أم لا؟.

---

[363]- لما يقع الكراء الفرعي على جزء من العين المكتراة، تبقى العلاقة بين المكتري الأصلي والمكري قائمة في حدود الجزء المستثنى من الكراء الفرعي.

[364]- إذا انصب الكراء الفرعي على العقار أو المحل المكترى ككل، وأعلم المكري بذلك، فإن العلاقة بين المكتري الأصلي والمكري تنتهي، لأن الاستفادة في هذه الحالة من التجديد ومن الحقوق المترتبة عن الكراء التجاري تكون لصالح المكتري الفرعي الذي يصبح في علاقة مباشرة مع المكري.

- نجاة الكص: الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، م.س، ص: 210.

[365] - لؤي بن عجيبة، قراءة في مشروع القانون المنظم للكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –طنجة- السنة الجامعية 2012-2013، ص: 31.

[366]- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 75.

ذهب اتجاه من الفقه إلى القول بأن الأصل التجاري ما هو إلا مجموعة قانونية، وأن هذه المجموعة هي عبارة عن كتلة أموال موحدة بفعل التخصيص المشترك لها، والهدف هو المعيار الوحيد لبناء الذمة المستقلة للأصل التجاري عن التاجر كأنه جزيرة لها أصول وخصوم[367].

ومن ثم فلا يمكن إجراء أي نوع من أنواع المعاملة في أحد عناصره منفصلة عن العناصر الأخرى، حتى يبقى للدائنين أحقية التنفيذ على الأصل التجاري بكامله، متى نشأت ديونهم بسبب استغلال المتجر الذي يعتبر أهم ضمان لهم، وبديهي أن أية مساواة بين الدائنين التجاريين والدائنين المدينين لا تتفق مع قواعد العدالة، حيث إن الأولين هم الذين لهم الفضل في استمرارية نشاط صاحب الأصل التجاري بتمويله وإخراجه من الصعوبة المالية التي أثرت عليه، ووفقا لهذا الاتجاه وتفسيرهم لوضعية المكتسب للأصل التجاري أو المشتري له، فلا يمكن رهن الحق في الكراء بمفرده باعتباره أحد العناصر المعنوية للأصل التجاري[368].

وذهب البعض إلى القول بجواز رهن الحق في الكراء، ويمكن إسناد هذا الجواز إلى مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 1174[369] من قانون الالتزامات والعقود، فالمراد من هذا النص أن الأصل هو الجواز أي الإباحة كقاعدة عامة، ولما أجاز المشرع في المادة 25 من القانون رقم 49.16، للمكتري تفويت الحق في الكراء، فإنه قياسا على هذا الأصل يجوز للمكتري رهن الحق في الكراء[370].

---

[367]- Alain Viandier Jocelyne: Actes de commerce, commerçant, Activité commerciale. Puf, 1[er]édition 1986, p:220

[368]- هذا وقد وقع خلاف فقهي كبير بصدد تكييف الذمة المالية المستقلة للأصل التجاري بين من قال بأنها شخص معنوي وبين من قال بأن هذه الذمة المالية مخصصة ضمن الذمة العامة للمحل التجاري.

للمزيد من التوسع في هذا الموضوع انظر : كامران الصالحي: بيع المحل التجاري، في التشريع المقارن، مكتبة دار الثقافة، عمان-الأردن، 1998 ص: 100.

[369]- تنص الفقرة الأولى من الفصل 1174 من ق.ل.ع، على أن:" كل ما يجوز بيعه بيعا صحيحا يجوز رهنه...".

[370]- محمد بونبات: كراء المحلات التجارية، بين ظهير 24 ماي 1955، وق. رقم 07.03 الخاص بمراجعة أثمان الكراء، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى سنة 2008، ص: 163.

ومما لا شك فيه أن الحق في الكراء قابل للرهن مع الأصل التجاري وضمن مشتملاته، أو إفراديا ومستقلا عنه، وقد قدم المشرع الأساس القانوني لرهن الحق في الكراء مع الأصل التجاري، إما بالاتفاق مع الدائن المرتهن أو بقوة القانون وذلك في المادة 108[371] من مدونة التجارة، التي بمقتضاها لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع[372]، وإذا لم يبين العقد محتوى الرهن بصفة صريحة ودقيقة فإن الرهن لا يشمل إلا الاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والزبناء والسمعة التجارية[373].

ويتم رهن الحق في الكراء دون انتقال حيازة هذا الحق المعنوي حسب مقتضيات المادة 336[374] من مدونة التجارة، وذلك حتى لا يحرم التاجر من العقار أو المحل الذي يستغل فيه أصله التجاري، أي أنه لا تسري عليه شأنه شأن رهن الأصل التجاري مقتضيات الفصل 1188[375] من قانون الالتزامات والعقود، التي تفرض تسليم الشيء المرهون فعلا إلى الدائن

---

[371]- تنص المادة 108 من م.ت، على أنه:" لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع.- إذا شمل الرهن براءة الاختراع فإن الشهادة الإضافية المنطبقة عليها والناشئة بعده، تكون مشمولة أيضا بالرهن كالبراءة الأصلية.- إذا لم يبين العقد محتوى الرهن بصفة صريحة ودقيقة فإن الرهن لا يشمل إلا الاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والزبناء والسمعة التجارية.- إذا شمل الرهن الأصل التجاري وفروعه وجب تعيين الفروع ببيان مقارها على وجه الدقة".

[372]- والحق في الكراء من بين العناصر المحددة في المادة 80 ، حيث يمكن رهنه وحده أو مع عناصر أخرى استقلالا عن الأصل التجاري ما عدى البضائع التي لا تقبل الرهن.

[373]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 75.

[374]- تنص المادة 336 من م.ت، على ما يلي:" الرهن نوعان، رهن يفترض معه تخلي المدين عن الحيازة ورهن لا يفترض فيه ذلك.

[375]- ينص الفصل 1188 من ق.ل.ع، على أنه:" يتم الرهن الحيازي: أولا - بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن؛

ثانيا - وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون.

وإذا كان الشيء موجودا بالفعل وقت الرهن في يد الدائن كان رضى الطرفين وحده متطلبا، وإذا وجد الشيء في يد أحد من الغير وكان يحوزه لحساب المدين كفى أن يقوم هذا الأخير بإخطار حائز الشيء بإنشاء الرهن. وابتداء من هذا الإخطار، يعتبر الأجنبي الحائز أنه أصبح حائزا للشيء لحساب الدائن ولو لم يكن قد التزم مباشرة تجاهه.

أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدين، ولا الفصلين 1184[376] و 1204[377]، ولا يجوز للدائن أن يرهن الحق في الكراء المرهون للغير، ولا أن يتصرف فيه بأية طريقة أخرى لمصلحة نفسه ما لم يؤذن له بذلك صراحة[378]، كما لا يطبق على رهن الحق في الكراء الفصل 456[379] من قانون الالتزامات والعقود، المثبتة لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، هذا ويشمل رهن الحق في الكراء، الحق في تجديده وتعويضات الإفراغ عملا بمقتضيات القانون رقم 49.61.

ولا يمكن لأحد أن ينازع في أن الرهن المستقل للحق في الكراء أو مع بقية عناصر الأصل التجاري باستثناء البضائع التي لا تقبل الرهن، يشكل قيمة تجارية تمنح للتاجر الفرصة لرهن الحق في الكراء دون رهن الأصل التجاري ذاته، خاصة إذا كانت قيمة الدين المضمون تقل عن قيمة الأصل التجاري، مما يخول للتاجر المدين الراهن الاحتفاظ بالأصل التجاري وباقي العناصر الأخرى حرة، ويمكنه استخدامها عند الحاجة كضمان احتياطي لضمان تأمين التزامات أو ديون أخرى، قد يضطر إلى اقتراضها مستقبلا لدعم أو توسع أنشطته[380].

ونظرا لغياب تنظيم خاص، يجري على رهن الحق في الكراء إلى جانب العقد، في قانون الالتزامات والعقود، وخاصة منه المقتضيات القانونية المتعلقة برهن المنقولات المعنوية، حيث

---

[376]- ينص الفصل 1184 من ق.ل.ع، على ما يلي:"الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن الحق في أن يحبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر.

[377]- ينص الفصل 1204 من ق.ل.ع، على أنه:" يلتزم الدائن بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ بها على الأشياء التي يملكها".

[378]- وذلك حسب مقتضيات الفصل 1207 من ق.ل.ع، حيث جاء فيه أنه:" لا يجوز للدائن أن يستعمل الشيء المرهون أو أن يرهنه للغير أو أن يتصرف فيه بأي طريقة أخرى لمصلحة نفسه، ما لم يؤذن في ذلك صراحة. وعند الإخلال بهذا الالتزام يسأل الدائن حتى عن نتيجة الحادث الفجائي مع حفظ حق المدين أو الغير المالك للمرهون في التعويض".

[379]- يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه.

ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه.

[380]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 76.

تضمن العديد من النصوص القانونية التي تشكل الأساس القانوني لرهن الحق في الكراء، نذكر منها الفصول 57[381]، 1170[382]، و 1174[383].

ولقد أكد القضاء المغربي إجراءات إنشاء عقد رهن الحق في الكراء وحدد طبيعته في قرار صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط[384]، وتضمن المبادئ التالية:

- أن المادة 1170 من قانون الالتزامات والعقود تنص على إمكانية رهن حق معنوي ضمانا لالتزام معين.
- لا يوجد في القانون شكل خاص لرهن حق معنوي، لذلك يعد هذا الرهن صحيحا وينفذ تجاه الغير ما دام ناتجا عن محرر ثابت التاريخ وأن المدين كان وقت إنشاء الرهن متمتعا بأهلية الالتزام.
- لا يعد رهن الحق في الكراء رهنا رسميا أو عقاريا – لكونه حقا شخصيا وليس حقا عينيا لدى الرأي الغالب – لأنه لا يرد على العقار، وإنما يقع على حق المكتري تجاه مالك العقار.
- لا يعد رهن الحق في الكراء رهنا للأصل التجاري، لكونه مجرد عنصر معنوي، يدخل ضمن عناصر أخرى مادية ومعنوية في تكوينه، يوجد الأصل التجاري بوجوده ودون وجوده، ولا يتأثر وجود الأصل لا بتفويت الحق في الكراء ولا برهنه.

ولا يلقى رهن الحق في الكراء رواجا وشيوعا في مجال ضمان الائتمان والتمويل لأسباب عدة نذكر منها:

- عدم إدراك الممولين ورجال الأعمال لأهمية الحق في الكراء في مجال المعاملات.

---

[381]- ينص الفصل 57 من ق.ل.ع، على أن :" الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها.

[382]- انظر الفصل 1170 من ق.ل.ع.

[383]- انظر الفصل 1174 من ق.ل.ع.

[384]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 12 نونبر 1924، منشور بمجلة المحاكم المغربية في 11 دجنبر 1914، السنة الرابعة، ع. 153، أورده أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 77.

- غياب تنظيم خاص لرهن الحق في الكراء يضمن الحقوق المتواجدة، على خلاف التنظيم المحكم لرهن الأصل التجاري، أو لبض العناصر الأخرى التي يتكون منها الأصل التجاري، كرهن المعدات والأدوات وبراءات الاختراع وغيرها....
- الخوف من الأخطار المحتملة كالحكم بالإفراغ أو الإخلاء لرفض التجديد أو لأسباب مشروعة أخرى، حتى وإن كان رهن الحق في الكراء يغطي الحق في التجديد متى توفرت شروطه والتعويضات المحكوم بها عند الإفراغ.
- الحيطة والحذر من احتمال تعرض المدين الراهن لمساطر المعالجة، وما تحمل من تعقيدات، وظهور مؤسسات قانونية جديدة في هذا المجال، من سنديك وقاض منتدب ونيابة عامة وغيرها...، وقد لا تزيل هذا الخوف الضمانات التي قدمها المشرع والمجسدة في :
- إبعاد الفسخ التلقائي بقوة القانون لعقد الكراء عند تطبيق هذه المساطر الجماعية، وأكدت هذا المبدأ المقتضيات التي تحكم مساطر المعالجة، والتي بمقتضاها لا تؤدي التصفية القضائية بقوة القانون إلى فسخ عقد كراء العقارات المخصصة لنشاط المقاولة[385].

ويترتب كذلك عن عدم انتقال حيازة الحق في الكراء عند رهنه تعطيل تطبيق قاعدة حبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين وبيعه عند عدم الوفاء به، واستيفاء الدين من ثمن المرهون عند بيعه[386]، إلا أن الدائن المرتهن يتمتع في مقابل ذلك بالحق في استيفاء دينه من

[385]- وفي هذا الصدد تنص المادة 653 من م.ت على أنه:" لا تؤدي التصفية القضائية، بقوة القانون، إلى فسخ عقد كراء العقارات المخصصة لنشاط المقاولة، كما أن المادة 649 من نفس المدونة تنص على أنه:" لا يتمتع المكري بامتياز إلا بالنسبة لوجيبة الكراء المستحقة عن السنتين السابقتين مباشرة عن تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة. إذا تم فسخ العقد، يستفيد المكري بامتياز إضافي عن ثمن كراء السنة التي يتم خلالها الفسخ.

- أما إذا لم يتم فسخ عقد الكراء، فلا يمكن للمكري أن يطالب بالوجيبة التي لم تستحق بعد، ماعدا إذا تم إلغاء الضمان الذي أعطي له عند إبرام عقد الكراء".

[386]- كما ينص على ذلك الفصل 1184 من ق.ل.ع، حيث جاء فيه أن:" الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن الحق في أن يحبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر".

الشيء المرهون -الحق في الكراء- بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يفي له به المدين[387].

وإذ كان المدين الراهن للحق في الكراء لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون، يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت[388]، وكل ذلك مع مراعاة إجراءات ومقتضيات المادة 112[389] من مدونة التجارة، المتعلقة بدعوى المالك بفسخ كراء العقار المثقل بتقييدات[390].

وبالتالي يتبين لنا أن تفويت الحق في الكراء والكراء من الباطن، ورهن الحق في الكراء من أهم العمليات التي ترد على الحق في الكراء، فتفويت الحق في الكراء يعني تنازل المكتري عن استعمال العين المكتراة وكافة حقوقه والتزاماته التي تنتقل للمفوت له، وأما الكراء الفرعي فيبرم بموجبه المكتري مع الغير عقدا جديدا يخول لهذا الأخير الحق في استعمال العين مع بقاء المكتري الأصلي متحملا بجميع الالتزامات في مواجهة المكري[391]، ولا أحد ينكر إمكانية رهن الحق في الكراء إما إفراديا أو مع بقية العناصر الأخرى، على اعتبار أن للأصل التجاري ملكية معنوية مستقلة عن ملكية العقار المكترى، وبالتالي جواز التعامل في هذه الملكية بالبيع أو الرهن.

---

[387]- كما ينص على ذلك الفصل 1170 من ق.ل.ع.

[388]- وفي هذا الصدد ينص الفصل 1177 من ق.ل.ع، على أن:" من رهن شيئا لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع، ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت".

[389]- تنص الفقرة الأولى من المادة 112 من م.ت، على أنه:" إذا أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا، في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم. ولا يصدر الحكم إلا بعد ثلاثين يوما من هذا التبليغ".

[390]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، م.س، ص: 79.

[391]- غيثة الناجحي، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري والحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –سطات- السنة الجامعية 2013-2014، ص: 61.

المبحث الثاني: الأبعاد الحمائية للمكتري أثناء سريان عقد الكراء التجاري

ينتج عن اكتساب الحق في الكراء آثار قانونية مهمة، تمكن المكتري من وسائل جعلها المشرع عنوانا بارزا لحمايته، وضمانا لاستقراره واستمراره، خصوصا وأمام إمكانية التصرف فيه بشتى أشكال التصرفات القانونية التي أشرنا إليها آنفا.

إلا أن اكتساب الحق في الكراء لا يقوم كسبب لغل يد مالك العقار في التصرف في ماله أو حتى استجماع عناصر ملكيته، بل تظل حقوقه المترتبة عن مركزه القانوني قائمة، لكن لا تمارس على إطلاقها، باعتبار أن ضرورة ضمان استمرارية نشاط الأصل التجاري وحماية الحق في الكراء الذي أضحى المكتري متمتعا به يفرض تقييد حرية المكري، ناهيك على أن ممارسة الحقوق المخولة له والتي يبقى أبرزها استرجاع محله من خلال رغبته في إنهاء العلاقة الكرائية مشروط أيضا بعدم الإضرار بمالك الأصل التجاري[392]، وبالنشاط التجاري وهو ما دفع المشرع المغربي إلى خلق مؤسسة توجيه الإنذار كضمانة مسطرية حمائية للحق في الكراء، بالإضافة إلى وضع قواعد للتعويض عند إنهاء عقد الكراء التجاري الأمر الذي سيؤدي لا محالة إلى خلق نوع من الثقة والاستقرار لدى ممارسي النشاط التجاري والمشمولون بمقتضيات القانون رقم 49.16.

ويعتبر حق تجديد عقد الكراء من أهم الوسائل الحمائية المقررة للحق في الكراء التي قررها القانون رقم 49.16، لمالك الأصل التجاري، واعتبر المشرع كل اتفاق من شأنه حرمان المكتري من هذا الحق باطلا.

[392]- B. Guérin, l'exercice du droit de repentire en matière de beaux commerciaux، 1980-P 33.

وتظهر أهمية الحق في الكراء كعنصر من العناصر المعنوية المكونة للأصل التجاري بالنظر إلى عديد الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب الحق في الكراء، من حقوق لأطرافه كان على مشرع القانون رقم 49.16، حمايتها على أساس التكافؤ والتوازن تجسيدا لمعالم الأمن التعاقدي المراهن عليه من طرف القانون السالف الذكر.

غير أنه لمنح نوع من التوازن بين طرفي العقد فقد منح المكري إمكانية استرداد ملكيته العقارية شريطة منح المكتري تعويضا عن أصله التجاري، ولا يستطيع حرمانه من هذا التعويض إلا للأسباب التي حددها القانون[393].

وفي ظل الرهان التشريعي لتوفير المقومات الضرورية لتحقيق التوازن التعاقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية فقد أقر قانون الكراء التجاري الجديد للمكتري إمكانية تجديد عقد الكراء عند انتهاء مدته **(المطلب الأول)**، كما حاول المشرع من خلال قانون الكراء التجاري الجديد رقم 49.16، مواكبة الأنشطة الاقتصادية **(المطلب الثاني)**.

---

[393]- تنص المادة 8 من ق. رقم 49.16.على أنه:" لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكتري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:

1. إذا لم يؤد المكتري الوجيبة الكرائية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ توصله بالإنذار، وكان مجموع ما بذمته على الأقل ثلاثة أشهر من الكراء؛
2. إذا أحدث المكتري تغييرا بالمحل دون موافقة المكري بشكل يضر بالبناية ويؤثر على سلامة البناء أو يرفع من تحملاته، ما عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له في الإنذار، على أن تتم الأشغال من أجل ذلك، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛
3. إذا قام المكتري بتغيير نشاط أصله التجاري دون موافقة المالك، ما عدا إذا عبر المكتري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له، على أن يتم هذا الارجاع، في جميع الأحوال، داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر؛
4. إذا كان المحل آيلا للسقوط، ما لم يثبت المكتري مسؤولية المكري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا رغم إنذاره بذلك؛
5. إذا هلك المحل موضوع الكراء بفعل المكتري أو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي؛
6. إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء؛
7. إذا فقد الأصل التجاري عنصر الزبناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل.

المطلب الأول: الحق في تجديد عقد الكراء المقابل لحق إنهائه

إن ممارسة نشاط تجاري، أو صناعي، أو حرفي، في عقار أو في محل تجاري حسب المدة المتطلبة قانونا وبموجب عقد كراء مكتوب، ينشئ عنصرا جديدا أو قيمة جديدة تضاف إلى الأصل التجاري وتزيد من مكانته، وهو الحق في الكراء، الذي يضمن للتاجر الاستقرار والاستمرار في ممارسته نشاطه التجاري، والحق في تجديد عقد الكراء عند انتهاء مدته بقوة القانون، وذلك بغض النظر عما أورده المتعاقدان من شروط إذا تعارضت مع مقتضيات القانون رقم 49.16، المتعلق بعقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي إلا وتم التصريح ببطلانها، وأن رفض المكري تجديد العقد أو مطالبته باسترجاع عقاره أو محله التجاري للاستعمال الشخصي يخول ذلك للمكتري الحق في حصوله على تعويض لا يقل عن قيمة أصله التجاري أو عما يحققه من أرباح حسب تصاريحه الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة[394].

ويعتبر حق التجديد من أهم الوسائل الحمائية للحق في الكراء والأصل التجاري، التي خولها القانون لمالك الأصل التجاري حرصا من المشرع على استمرار الأصل التجاري ونموه وازدهاره[395]، وتبرز أهمية حق تجديد عقد الكراء في الحفاظ على عنصر الحق في الكراء عند نهاية عقد الكراء، لذلك أقر المشرع في القانون رقم 49.16، للمكتري الحق غي تجديد عقد الكراء (**الفقرة الأولى**)، كما نص أيضا على حق المكري في إنهاء عقد الكراء، (**الفقرة الثانية**).

---

394 - وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 7 من ق. رقم 49.16، والتي جاء فيها أنه:" يشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكتري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل...".

[395]- نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري، م.س، ص: 279.

الفقرة الأولى: تجديد عقد الكراء التجاري

إن ولادة الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري، رهين بتوفر الشروط القانونية، التي ينص عليها القانون، فعندما ينشأ الحق في الكراء ككيان مستقل، فإن المكتري يتوفر على حماية تشريعية خاصة لهذا الحق في مواجهة المكري أو في مواجهة خلفه العام أو الخاص، من خلال إمكانية التخلي عنه بعوض أو بغير عوض، والوصية به للغير، وهو يورث عنه بعد وفاته[396]، ويعتبر الحق في التجديد من أهم التقنيات المتاحة لحماية حق الكراء والأصل التجاري والذي خوله المشرع لمالك الأصل التجاري حرصا منه على استمرار هذا الأخير في نموه وازدهاره[397].

وقد نص القانون رقم 49.16، على مبدأ التجديد في المادة 6[398] منه، دون أن يسن له مسطرة معينة، واشترط فقط إثبات المكتري انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل أو في حالة أداء ثمن المدة، بالإضافة إلى كون العقد مبرما في محرر ثابت التاريخ، إلى جانب ذلك وحسب مقتضيات القانون أعلاه، وجب أن يتم استغلال أصل تجاري بالمحل أو العقار كمعيار للنطاق، حيث يلاحظ أن المشرع في هذا القانون اهتم بصفة جوهرية بالأصل التجاري، وهذا مستجد مهم جدا باعتباره مسألة أساسية في التعاقد ما بين الطرفين، المكري، والمكتري[399]، ويؤدي توفر الشروط المنصوص عليها أعلاه إلى تجديد عقد الكراء بعد انقضاء مدته الاتفاقية، بحيث يمنع المكري من إنهاء العلاقة الكرائية من جانب واحد بمجرد انتهاء مدة

---

[396]- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى، سنة 1998، ص: 100.

[397] - رشيد حطابي، الحق في الكراء في ظهير 24 ماي 1955، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –سطات- السنة الجامعية 2006-2007، ص: 95.

[398] - تنص المادة 6 من ق. رقم 49.16، على أنه:" يكون المكتري محقا في تجديد عقد الكراء متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون، ولا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات والعقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا لمقتضيات المادة 26 بعده، ويعتبر كل شرط مخالف باطلا".

[399]- Souad boujidi, la réforme de la loi marocaine sur les baux commerciaux et le nouveau document" état des lieux, www.fr.linkedin.com

العقد، بل يستمر الكراء لفائدة المكتري إلى أن يتم تصحيح الإشعار بالإفراغ وفقا لما نص عليه القانون رقم 49.16.

لكن التساؤل الذي يطرح بهذا الخصوص هو: هل التجديد هنا تجديد يكون بقوة القانون ولنفس المدة وبنفس الشروط؟ أم أن العقد بعد انتهاء مدته يصبح مسترسلا؟.

يمكن القول أنه إذا انتهت مدة العقد ولم يوجه المكري للمكتري إنذارا بالإفراغ، فإن العقد يتجدد تلقائيا وبقوة القانون ويستمر بين طرفيه، ولا ينتهي إلا إذا توفرت أحد الأسباب الواردة على سبيل الحصر في القانون رقم 49.16 والتي ليس ضمنها انتهاء مدة العقد.

وبالنظر إلى أن هذا الامتداد الزمني لعقد الكراء يستمد قوته من إرادة المشرع، فهو يختلف اختلافا كليا عن تجديد العقد بالتراضي سواء حصل هذا التجديد صراحة أو ضمنا وبالرغم من أن الظاهر يوحي أن هذا الامتداد في الزمن لعقد الكراء ما هو إلا شكل من أشكال التجديد الضمني لهذا العقد[400]، ويسمى تجديدا ضمنيا لأنه مبني على مجرد الإرادة الضمنية للطرفين، أو على قرينة السكوت وعدم الاعتراض على البقاء بالمحل عند نهاية مدة العقد[401].

ومن آثار التجديد الضمني قيام عقد جديد بنفس شروط العقد القديم ولنفس المدة، وفقا لما ينص عليه الفصل 689[402] من قانون الالتزامات والعقود.

---

[400]- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الثاني، عقد الكراء المدني، مكتبة دار الأمان سنة 2002، ص: 106.

[401]- أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء التجاري، م.س، ص: 44.

[402]- ينص الفصل 689 من ق.ل.ع على أنه:" إذا أبرم الكراء لمدة محددة، ثم انتهت، وظل المكتري واضعا يده على العين، فإنه يتجدد بنفس الشروط ولنفس المدة. وإذا أبرم الكراء من غير أن تحدد له مدة، ساغ لكل من عاقديه أن يفسخه، ويثبت مع ذلك للمكتري الحق في الأجل الذي يحدده العرف المحلي لإخلاء المكان.

ويكون التجديد صريحا أو تجديدا بقوة العقد إذا اتفق الطرفان عند نهاية العقد على تجديده لنفس المدة وبنفس الشروط أو لمدة وشروط مختلفة، وكذلك إذا تضمن العقد شرطا مسبقا يقضي بتجديد العقد إذا لم يشعر أحد الطرفين الآخر برغبته في عدم تجديده، أما إذا لم يتم الاتفاق على مدة العقد فإن المشرع افترض في الفصل 688 من قانون الالتزامات والعقود، بأنه يكون مبرما على السنة أو نصف السنة أو الأسبوع أو اليوم، وذلك بالنظر إلى أجرة الكراء المتفق عليها بين الأطراف، وينتهي العقد بانقضاء المدد السابقة من غير ضرورة للتنبيه بالإخلاء ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلاف ذلك.

ويطرح الإشكال بخصوص تجديد عقد الكراء التجاري مع مشتري العقار الجديد، وفي هذا الإطار فقد استقر العمل القضائي على أنه يجب على مشتري العقار أن يبادر إلى إعلام المكتري بانتقال الملك إليه، وهذا الإعلام يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات، وقد اعتبر المجلس الأعلى سابقا:" أن إنذار المالك الجديد المكتري بأداء واجبات الكراء يعتبر بمثابة إشعار بانتقال الملك إليه[403].

وقد أعطى المشرع من خلال المادة 25 من القانون رقم 49.16، الحق للمكتري في أن يؤجر المحل المكترى كلا أو بعضا، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك وتبقى العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الأصلي.

وهنا يطرح الإشكال بخصوص العلاقة التي تربط المكتري الفرعي بالمكري، هل تعتبر تجديدا لعقد الكراء الأصلي، خاصة وأن المشرع نص في الفقرة الرابعة من المادة 24 من القانون السالف الذكر، على تضامن المكتريان الأصلي والفرعي تجاه المكري في جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي.

[403]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا-محكمة النقض حاليا- رقم 1524، بتاريخ 26-11-2009، في الملف ع. 08/519، غير منشور.

وبما أنه تم إشعار المكري بتولية الكراء وأن لهذا الأخير الحق في مراجعة السومة الكرائية اتفاقا أو قضاء، وما دام المكتري الفرعي يتحمل جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد الكراء الأصلي فإن ذلك يعتبر تجديدا ضمنيا لعقد الكراء.

وطبقا لمقتضيات المادة 9[404] من القانون رقم 49.16، فإنه يمكن للمكري المطالبة بالإفراغ لهدم المحل وإعادة بنائه شريطة إثبات تملكه لمدة لا تقل عن سنة من تاريخ الإنذار وأدائه تعويضا مؤقتا يوازي كراء ثلاث سنوات مع الاحتفاظ له بحق الرجوع إذا اشتملت البناية الجديدة على محلات معدة لممارسة نشاط مماثل تحدده المحكمة من خلال التصميم المصادق عليه من الجهة الإدارية المختصة.

وهنا يطرح إشكال بخصوص الحق في الأسبقية في تجديد عقد الكراء فالمشرع نص في المادة 14[405] من القانون رقم 49.16، أنه إذا كانت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات تكفي أو تتسع لجميع المكترين فحق الأسبقية يعطى لأقدمهم الذي عبر عن رغبته في خيار الرجوع.

وحق الأسبقية في تجديد عقد الكراء ينحصر في المحلات ذات المساحة المساوية لمساحة المحلات التي كان يستغلها المكتري، أو تكون صالحة للممارسة النشاط القديم وإذا كانت البناية الجديدة لا تشتمل على محلات صالحة لممارسة نفس النشاط فإن من حق المكتري الاستفادة من حق الأسبقية لممارسة نشاط آخر ينسجم مع التهيئة الجديدة للبناء، ولا يمكن للكري في هذه الحالة أن يلزم المكتري بممارسة نفس النشاط المتفق عليه في عقد الكراء الأصلي.

---

404 - تنص الفقرة الأولى من المادة 9 من ق. رقم 49.16، على أنه:" يحق للمكري المطالبة بالإفراغ لرغبته في هدم المحل وإعادة بنائه، شريطة إثبات تملكه إياه لمدة لا تقل عن سنة من تاريخ الإنذار وأدائه للمكتري تعويضا مؤقتا يوازي كراء ثلاث سنوات مع الاحتفاظ له بحق الرجوع إذا اشتملت البناية الجديدة على محلات معدة لممارسة نشاط مماثل تحدده المحكمة من خلال التصميم المصادق عليه من الجهة الإدارية المختصة، على أن يكون، قدر الإمكان، متطابقا مع المحل السابق والنشاط الممارس فيه..."

405 - تنص الفقرة الأولى من المادة 14 من ق. رقم 49.16، على أنه:" إذا تعدد المكترون، يكون الحق في الأسبقية في المحلات المعاد بناؤها كالآتي:

إذا كانت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات تكفي أو تتسع لجميع المكترين، فحق الأسبقية يعطى لأقدمهم الذي عبر عن رغبته في خيار الرجوع..."

وبالنسبة لتجديد عقد الكراء بعد الإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط، فقد قيد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 49.16، حق المكتري في الرجوع وتجديد عقد الكراء أو في الحصول على التعويض إلا إذا تم بناء المحل أو إصلاحه داخل أجل 3 سنوات الموالية لتاريخ الإفراغ.

ونرى في هذا النص هدرا لحقوق المكتري، ذلك أنه إذا كان الإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط فلم يتم برغبة من المكري بل لأسباب خارجة عن إرادته، فإن تقييد حق المكتري في تجديد عقد الكراء أو التعويض ببناء المحل داخل أجل 3 سنوات ليس له ما يبرره خاصة وأنه ليس هناك أي نص يلزم المالك ببناء المحل أو إصلاحه داخل هذا الأجل بعكس حالة الهدم وإعادة البناء.

فمن الناحية العملية وبعد الإفراغ لكون المحل آيلا للسقوط ينتظر المالك أجل 3 سنوات لبناء المحل أو إصلاحه حتى يحرم المكتري من حق الرجوع وتجديد عقد الكراء أو التعويض.

وقد ألزم المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 13[406] من القانون رقم 49.16، المكري أن يخبر المكتري بتاريخ الشروع في البناء ومطالبته بالإعراب عن نيته في استعمال حق الرجوع داخل أجل 3 أشهر من تاريخ التوصل، وفي حالة عدم إعراب المكتري عن رغبته في الرجوع أو المطالبة بالتعويض فإن حقه يسقط.

فتجديد عقد الكراء في هذه الحالة متوقف على إخبار المكتري المكري في رغبته في الرجوع داخل الأجل اعلاه.

[406] - جاء في الفقرة الثالثة من المادة 13 من ق. رقم 49.16 أنه:" يكون المكتري محقا في الرجوع إلى المحل إذا أعرب عن رغبته في الرجوع أثناء سريان دعوى الإفراغ، وإذا لم يعرب عن رغبته، فإن المكري يكون ملزما، تحت طائلة التعويض عن فقدان الأصل التجاري، بإخبار المكتري بتاريخ الشروع في البناء ومطالبته بالإعراب عن نيته في استعمال حق الرجوع داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التوصل بهذا الإخبار.

وأما عن تجديد عقد الكراء لعدم أداء التعويض المحكوم به بعد الإفراغ من أجل الاستعمال الشخصي، فإنه طبقا للمادة 28[407] من القانون رقم 49.16، فإنه إذا قضت الجهة القضائية المختصة بإفراغ المكتري مع التعويض، يتعين على المكري إيداع مبلغ التعويض المحكوم به داخل أجل 3 أشهر من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم قابلا للتنفيذ، وإلا اعتبر متنازلا عن التنفيذ.

ففي حالة عدم أداء المكري مبلغ التعويض المحكوم به داخل الأجل أعلاه فإن عقد الكراء يتجدد تلقائيا بنفس شروط العقد القديمة.

ومن الناحية العملية فإن المكتري غالبا ما يتقدم بدعوى تجديد عقد الكراء بنفس الشروط ما دام أن عقد الكراء السابق تم إنهائه بمقتضى حكم نهائي[408].

الفقرة الثانية: إنهاء عقد الكراء التجاري

يعتبر عقد الكراء من عقود المدة إذ يشكل الزمن فيها عنصرا أساسيا في العقد، سواء لتحديد السومة الكرائية (أسبوعية أو شهرية أو سنوية)، أو لتحديد مدة انقضائه، فطبقا للفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود فإن عقد الكراء ينقضي بقوة القانون بانقضاء مدته من غير ضرورة إنذار المكتري بذلك، ويعتبر شرط المدة من الشروط الأساسية للعقد التي يجب احترامها من طرفيه[409].

ويمكن لطرفي العقد تجاوز القاعدة التي تنص على انتهاء العقد بانتهاء مدته بالاتفاق صراحة على تجديد العقد لنفس المدة وبنفس الشروط أو لمدة وشروط أخرى، كما يمكن أن

---

407 - تنص المادة 28 من ق. رقم 49.16 على أنه:" إذا قضت الجهة القضائية المختصة بإفراغ المكتري مع التعويض، يتعين على المكري إيداع مبلغ التعويض المحكوم به داخل أجل ثلاثة أشهر من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم قابلا للتنفيذ، وإلا اعتبر متنازلا عن التنفيذ، ويتحمل حينئذ جميع المصاريف القضائية المترتبة عن هذه المسطرة."

408 - عبد الواحد الصفوري، إشكاليات تجديد عقد الكراء التجاري في إطار القانون رقم 49.16، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، ع. مزدوج، الرابع والخامس، يونيو 2018، ص: 142.

409- محمد السكلي، الإفراغ بسبب وضعية البناء في ضوء قانون الكراء التجاري رقم 49.16، م.س، ص: 90.

يتجدد العقد بناء على إرادة الطرفين الضمنية بنفس الشروط والمدة، وإذا استمر المكتري في الانتفاع بالمحل دون أن يتوصل بتنبيه يعبر فيه المكري عن رغبته في التجديد[410]، أما إذا أخل المكتري بالتزاماته كان للمكري أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ[411].

ولا يتقيد الفسخ في عقد الكراء المحدد المدة بشرط المدة، فهو يقع بصورة آنية، مع إخلال المكتري بالتزاماته التعاقدية، لا فرق في ذلك إن صادف أن وقع ذلك خلال سريان مدة العقد أو مع نهايتها، غير أن أهمية دوره تظهر أكثر إذا وقع الإخلال أثناء سريان مدة العقد، فالفسخ يقع جزاء عن الخطأ الصادر عن المكتري المتمثل في إخلاله بالتزاماته، ويضع حدا للعقد المحدد المدة حتى قبل نهاية مدته، وهو يقابل الإنهاء الذي لا يقع إلا مع نهاية مدة العقد[412].

وخلافا للقواعد العامة التي تنص على أن عقد الكراء ينتهي بانتهاء مدته، فإن المشرع المغربي في عقود الكراء التجاري ذهب في اتجاه تعطيل تطبيق القاعدتين العامتين المنصوص عليهما في الفصلين 687 و689 من قانون الالتزامات والعقود، على عقود الكراء الخاضعة لأحكامه، أما بالنسبة لباقي العقود غير الخاضعة له فإنه يمكن إعمالها.

تقرر **القاعدة الأولى** أن عقد الكراء ينتهي بقوة القانون بانتهاء مدته.

---

[410]- أحمد عاصم، دعوى فسخ عقد الكراء ومسطرة ظهير 24 ماي والقانون رقم 6-79 لسنة 1989، مقال منشور بمجلة المحامي، ع. 19-20 سنة 1991، ص:9.

[411]- تعرض المشرع المغربي للفسخ في باب تنفيذ الالتزامات بوجه عام فقرر في الفصل 259 قاعدة عامة تطبق في كافة العقود.

وقد يقع الخلط بين فسخ العقد وإنهائه إلا أنهما مختلفان تماما، فالفسخ عبارة عن جزاء يقع على العقد إثر إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، لأنه في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يعمل أحد المتعاقدين على تنفيذ التزاماته الناشئة بموجب العقد حق للطرف الآخر التحلل من التزاماته، أما إنهاء العقد فهو المصير المألوف للعقود، وهو فك العلاقة القانونية، استنادا لما نص عليه المشرع في الفصول 319 إلى 338 من ق.ل.ع، المرتبطة بانقضاء الالتزامات عن طريق الوفاء، واستحالة التنفيذ والإبراء الاختياري، والتجديد بالمقاصة، واتخاذ الذمة والتقادم والإقالة الاختيارية.

للمزيد من التوسع بهذا الخصوص راجع:

- عادل الغنوبي، فسخ عقد الكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –وجدة- السنة الجامعية 2006-2007 من ص: 9 إلى ص: 14.

[412]- أحمد عاصم، مقال دعوى فسخ عقد الكراء ومسطرة ظهير 24 ماي والقانون رقم 6-79، م.س، ص: 10.

وتقرر **الثانية** أنه يتجدد ضمنيا إذا بقي المكتري بالمحل دون اعتراض من المكري، وعهد في المقابل إلى تعويضهما بقاعدتين مقابلتين:

- تقرر **الأولى** أن عقد الكراء لا ينقضي إلا بالإنذار المبرر للإفراغ الذي يوجه إلى المكتري طبقا للفصل 26 منه إذا صححته المحكمة.
- وتقرر **الثانية** أن عقد الكراء يتجدد بقوة القانون، متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 6[413] من القانون رقم 49.16.

وبالرجوع إلى المادة 26[414] من القانون السالف الذكر، فإن أجل الإنذار بالإفراغ في إطار هذا القانون يختلف بحسب السبب المؤسس عليه، فإذا سبب الإنذار بالإفراغ للتماطل في أداء واجبات الكراء، أو لكون المحل آيلا للسقوط فإن الأجل هو 15 يوما، وأما إذا كان الطلب مبنيا على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي، أو لهدمه وإعادة بنائه، أو توسعته أو تعليته، أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكتري ببنود العقد فإن الأجل محدد في ثلاثة أشهر.

---

[413]- تنص المادة 6 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يكون المكتري محقا في تجديد عقد الكراء متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون، ولا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات والعقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا لمقتضيات المادة 26 بعده، ويعتبر كل شرط مخالف باطلا".

[414]- تنص المادة 26 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكتري إنذارا، يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل.

يحدد هذا الأجل في: خمسة عشر يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل آيلا للسقوط؛

ثلاثة أشهر إذا كان الطلب مبنيا على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي، أو لهدمه وإعادة بنائه، أو توسعته، أو تعليته، أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكتري ببنود العقد.

في حالة عدم استجابة المكتري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.

إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتبارا من تاريخ تحرير محضر بذلك.

يسقط حق المكري في طلب المصادقة على الإنذار بمرور ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكتري في الإنذار.

غير أنه يجوز للمكري رفع دعوى المصادقة بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

وفي حالة عدم استجابة المكتري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.

وإذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتبارا من تاريخ تحرير محضر بذلك.

وقد حدد القانون رقم 49.16، أجلا عاما لسقوط طلب المصادقة على الإنذار بمقتضى المادة 26 منه، في ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكتري في الإنذار، وبما أن الأجل الممنوح للمكري في الإنذار يتعلق بأجل سقوط، فهو مرتبط لذلك بالنظام العام وتثيره المحكمة تلقائيا[415].

غير أنه يجوز للمكري رفع دعوى المصادقة بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في المادة أعلاه.

وقد حسم القانون الجديد النقاش والتضارب الذي كان قائما بخصوص مدى صحة الإنذار بالإفراغ المجرى بواسطة أحد المفوضين القضائيين، وذلك بموجب المادة 34[416] منه، والتي أعطت الصلاحية لهؤلاء للقيام بالإنذارات والإشعارات وغيرها من الإجراءات المنجزة في إطار هذا القانون، أو يتم إنجازها طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

ومعلوم أن عقد الكراء ينتهي بأحد الأسباب المسقطة له والمنصوص عليها في القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي

[415] - وزارة العدل، ق. رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي في شروح، م.س، ص: 56.

[416]- تنص المادة 34 من ق. رقم 49.16 على أنه:" يجب أن تتم الإنذارات والإشعارات وغيرها من الإجراءات، المنجزة في إطار هذا القانون، بواسطة مفوض قضائي أو طبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية".

أو الحرفي، إلا أنها تختلف من حيث استحقاق التعويض الذي يدفعه المكري للمكتري نتيجة لما لحقه من ضرر ناجم عن الإفراغ، والذي يشكل تعويضا عن بعثرة عناصر أصله التجاري[417].

وقد جاء المشرع المغربي في الفرع الثاني من القانون رقم 49.16 بالعديد من المستجدات بخصوص التعويض عن إنهاء عقد الكراء[418]، ولعل أهمها التنصيص على عدة معايير موضوعية من الواجب أخذها بعين الاعتبار عند تقدير مقدار التعويض عن الإفراغ وهي كالتالي:

- أن يبني التعويض ويحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة.
- أخد بعين الاعتبار الإصلاحات التي أدخلها المكتري على نفقته.
- مراعاة العناصر التي فقدها الأصل التجاري.
- ألا يقل التعويض الذي أداه المكري عما قدمه المكتري مقابل الحق في الكراء، شريطة أن يكون موثقا في عقد الكراء أو في عقد لاحق.
- نفقات مصاريف التنقل من المحل[419].

فالأصل، استحقاق المكتري تعويضا عما أصابه من ضرر نتيجة الإفراغ، وهذا حق للمكتري خوله له القانون حماية لملكيته التجارية، وهو من النظام العام، إذ لا يحق للمكري والمكتري الاتفاق مسبقا على إسقاط الحق في التعويض، بل كل شرط ينص على ذلك فهو باطل[420].

---

[417] - بشرى اكليلح، التعويض في الكراء التجاري دراسة وفق ظهير 24 ماي 1955 و القانون رقم 49.16 ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، ماستر قانون الأعمال، -جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية –تطوان- السنة الجامعية 2016-2017 ، ص13.

[418] - حسب ما ورد في المادة 7 من ق. رقم 49.16.

[419] - ويعتبر هذا المقتضى أكبر ضمانة للمكتري خصوصا عندما يكون الأصل التجاري مملوكا لمقاولات تجارية كبرى، حيث أن مصاريف التنقل ستكون مكلفة.

[420] - وفي هذا الصدد تنص الفقرة الخامسة من المادة 7 من ق. رقم 49.16، على أنه:" يعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق من شأنه حرمان المكتري من حقه في التعويض عن إنهاء الكراء...".

كما نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع خول ضمانة للمكري وهي المنازعة في قيمة التعويض، إذا أثبت أن الضرر اللاحق بالمكتري أخف من القيمة المذكورة[421]، وله إثباتها بشتى الوسائل القانونية، باعتبارها واقعة مادية من شهادة الشهود، وقرائن وخبرة مضادة، كما أنه لا رقابة لمحكمة النقض على محاكم الموضوع في هذه النقطة، لكن المشرع المغربي وضع استثناءات على استحقاق التعويض، أو ما سماه في الفرع الثالث من القانون رقم 49.16، بالإعفاء من التعويض، وهي سبع حالات حددها في المادة 8 من القانون السالف الذكر.

المطلب الثاني: مواكبة الأنشطة الاقتصادية

يعتبر الحق في الكراء من بين الحقوق المهمة التي يحظى بها المكتري (التاجر)، وينشأ هذا الحق من عقد الكراء الذي يبرمه المكتري التاجر أو الصانع أو الحرفي، مع مالك العقار أو المحل لأجل أن يستغل أصله التجاري فيه خلال مدة معينة، ويتفق معه مبدئيا على طبيعة النشاط الذي يعتزم ممارسته بالعقار أو المحل، ويمكن لهما أيضا ألا يتفقا على ذلك.

غير أن تميز الاقتصاد العالمي عموما والمغربي خصوصا، بطفرة اقتصادية اصطلح عليها بموجة الأنشطة التجارية سريعة النفاذ، وبهدف حماية الحقوق في سياق متصل ومستحضر لهذه التحولات، عمل المشرع المغربي من خلال أحكام قانون الكراء التجاري الجديد على ذلك من خلال تنظيم المادة 22[422] منه، عنصرين محوريين يساهمان بشكل كبير

[421] - تنص الفقرة الرابعة من المادة 7 من ق. رقم 49.16، على أنه: " غير أنه يمكن للمكري أن يثبت أن الضرر الذي لحق المكتري أخف من القيمة المذكورة.

[422]- تنص المادة 22 من ق. رقم 49.16، على أنه:"يمكن السماح للمكتري بممارسة نشاط أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي، متى كانت هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية، وليس من شأنها التأثير على سلامتها، وفي هذه الحالة يجب على المكتري أن يوجه طلبه للمكري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها.
لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكري كتابة على ذلك".

في حماية حقوق المكتري، والتشجيع على ممارسة الأنشطة التجارية، على اعتبار أن واقعنا الاقتصادي يعيش على نغمة الأنشطة سريعة النفاذ[423].

وهو الأمر الذي فطن له المشرع المغربي من خلال حرصه على تنظيم الأحكام الواجب إعمالها قصد ممارسة المكتري لنشاط مكمل أو مرتبط **(الفقرة الأولى)**، وكذا في حالة رغبته في تغيير النشاط المزاول بالعقار أو المحل **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: استغلال المكتري لأنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي

خولت الفقرة الأولى من المادة 22 من القانون رقم 49.16 للمكتري بعد توجيه طلب للمكري[424]، يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها (سواء كانت نشاطا أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي)، شريطة كون هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية وليس من شأنها التأثير على سلامتها، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف سلفا على النشاط الذي يعتزم المكتري ممارسته بالعقار أو المحل، فيمكن له ممارسة أي نشاط دون موافقة المكري، وهو ما أكدته المحكمة التجارية بفاس في حكم لها قضت فيه بأن:" خلو الملف مما يثبت اتفاق الطرفين على النشاط المراد مزاولته في المحل المكترى، يبرر رفض الطلب الرامي إلى الإفراغ بسبب تغيير النشاط المزاول بالمحل من بيع المواد الغذائية إلى بيع السفيفة[425].

و سبق للمجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- أن سار في نفس الاتجاه، حينما قضى في قرار له بما يلي:" لكن حيث أن محكمة الاستئناف كمحكمة موضوع قدرت الوقائع والحجج المعروضة عليها واستخلصت أن النشاط التجاري الذي أصبحت تزاوله المطلوبة في النقض

---

[423]- زكرياء الزيتوني: الأبعاد الحمائية للقانون رقم 49.16، م.س، ص: 88.

[424]- وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 22 حيث جاء فيها أنه:" يجب على المكري إشعار المكتري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض يمكن للمكتري اللجوء إلى رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة".

[425]- -حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 10-2017-07، في الملف عدد 194-8207-2017، غير منشور.

كمكترية بالعين المكراة، هو البيع والشراء في أدوات المكتب له علاقة بالنشاط التجاري السابق وهو عمل المطبعة، واعتبرت أن التغيير الذي حصل في النشاط الممارس بالمحل ليس تغييرا بالمفهوم الذي يؤدي إلى فسخ عقد الكراء وإنهائه، وانتهت إلى القول بأن السبب الذي بني عليه الإنذار غير جدي وأيدت الحكم المستأنف الذي قضى ببطلانه وفي ذلك رد ضمني لما أثارته الطاعنة من دفوع ولم تكن ملزمة بمناقشة الاجتهادات المستدل بها والإشارة إلى المقتضيات القانونية طالما أن قضائها صدر وفقا للقانون فجاء القرار على هذا النحو معللا بما فيه الكفاية ومركزا على أساس وكان ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار[426].

ويتضح باستقرائنا لهذا القرار أن المجلس الأعلى سابقا قد صادف الصواب على اعتبار أن بيع وشراء أدوات المكتب له علاقة بعمل المطبعة، واعتبر المجلس أن النشاط الجديد غير مناف لغرض وخصائص وموقع البناية كما ليس من شأنه أن يلحق ضررا بها أو بالجوار.

وانطلاقا من مقتضيات المادة 22 أعلاه، وحتى يتمكن المكتري من ممارسة النشاط المكمل أو المرتبط بالنشاط الأصلي بالمحل المكترى، فإنه يجب عليه أن يوجه طلبه للمكري يتضمن الإشارة إلى الأنشطة التي يريد ممارستها، كما أنه يجب على المكري إشعار المكتري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض فيمكن للمكتري اللجوء إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور

[426]- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا -محكمة النقض حاليا- تحت رقم 571، بتاريخ 31-05-2006، بتاريخ 31-05-2006، في الملف التجاري عدد 630/3/2/2005، غير منشور.- وقد ذهبت محكمة النقض أيضا في نفس الاتجاه حينما قضت في إحدى القرارات الصادرة عنها بما يلي:" لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف والمؤيد بالقرار المطعون فيه يلاحظ أن المحكمة التجارية عندما عللت حكمها بشأن تغيير النشاط حسب ما ورد بمحضر المعاينة بما يلي: "إن تغيير النشاط على فرض ثبوت لا ينهض سببا للإفراغ وما دام لم يثبت أن النشاط الجديد يلحق أضرارا بالمحل والجوار"، وهي بذلك قد ناقشت المحضر المشار إليه أعلاه ومحكمة الاستئناف عندما عللت قرارها بأن الخبرتين تفيدان أن المحل يستعمل لتجارة الجلد والكاوتشو، وهو نفس النشاط التجاري المنصوص عليه في عقد الكراء المبرم بتاريخ 20-12-1983، بين المستأنف عليه والمالكين السابقين أي قبل انتقال ملكية المحل للمستأنف، تأكد لها بأن النشاط التجاري المذكور لا زال الآن هو الممارس بالعين المكتراة بعد أم قدرت الخبرتين المذكورتين واستبعدت ما جاء بمحضر المعاينة ضمنيا وهي في ذلك لم تخرق حقوق الدفاع وبنت قرارها على أساس وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

- قرار صادر عن محكمة النقض تحت رقم 925، بتاريخ 23-06-2011 في الملف التجاري عدد 1426/3/2/2010، غير منشور.

المستعجلة، للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة[427]، والتي من شأنها الزيادة من دخل المحل أو العقار وبالتالي توسيع النشاط والرفع من رصيد الزبناء، كما من شأنها أيضا تمكين المكري من سومة كرائية جديدة تسري من تاريخ مطالبة هذا الأخير بها

وفق ما نصت عليه المادة 32 من القانون رقم 49.16[428].

كما يطرح التساؤل حول الجهة الواجب الحصول من خلالها على الموافقة الكتابية في حالة تفويت الحق في الإيجار أو في حالة الكراء من الباطن، هل يجب الحصول على الموافقة الكتابية في حالة رغبة المكتري الفرعي للحق في الإيجار من طرف المكتري الأصلي أو المكري الأصلي، أو هما معا؟

وهل يجب أن تكون مكتوبة من طرفيهما في محرر واحد أو في محررين منفصلين؟. ونفس الإشكال يثار بالنسبة لحالة المفوت إليه الحق في الكراء في حالة سعيه لتغيير النشاط، فهل يستوجب الأمر موافقة المفوت أو صاحب الملك أو هما معا، وكيف يتم تضمين الكتابة؟.

وفي هذه الحالة فإنه من الأجدر بالمكتري الفرعي أو المفوت إليه الحصول على موافقة كل من المكتري الأصلي والمكري الأصلي، أو من طرف المفوت وصاحب الملك من أجل تغيير النشاط في شكل موافقة كتابية، تتضمن موافقتهما معا، سواء بشكل منفصل أو متصل، وذلك حتى لا يتم إرهاق كاهل السعي إلى تغيير النشاط.

كما تثار أيضا إشكالية تحديد السومة الكرائية الجديدة في حالة رفض المكري ممارسة المكتري لنشاط مكمل أو مرتبط بنشاطه الأصلي، فلو فرضنا أن المكتري في حالة الرفض

427- مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16، م. ليتوغراف –طنجة- ط. الأولى 2016، ص:100-101.

428- بالرجوع إلى مقتضيات المادة 23 من ق. رقم 49.16، نجدها تتحدث عن تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة، مما يفيد أن تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة تكون حيادا عن مقتضيات المادة 5 من ق. رقم 49.16، وبالتالي خارج إطار القانون رقم 07.03 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الحرفي.

- مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16، م.س، ص105.

التجأ إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، قصد استصدار إذن يخول له ممارسة نشاط مكمل، فإن مسألة تحديد السومة الجديدة تقتضي تدخل رئيس المحكمة من جديد قصد تحديدها، والحال أن هذا الأخير غير مخول له ذلك، على اعتبار أن منطوق الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون رقم 49.16، حصرت اختصاص رئيس المحكمة في منح الإذن لممارسة نشاط مكمل جديد، ودون النظر في مسألة تحديد مبلغ السومة الكرائية.

وفي نظرنا فإنه يمكن للمكتري اللجوء في إطار قضاء الموضوع قصد استصدار حكم يحدد بموجبه ثمن السومة الكرائية الجديدة.

الفقرة الثانية: تغيير المكتري للنشاط الممارس بالمحل

اعتبرت الفقرة الأخيرة من المادة 22[429] من القانون رقم 49.16، بأنه لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، يكون مختلفا عما تم الاتفاق عليه في عقد الكراء إلا إذا وافق المكري على ذلك كتابة[430]، ومنه يستفاد أن تغيير المكتري للنشاط الممارس في المحل مقيد بشرط الموافقة الكتابية من طرف المكتري، وقد سبق لمحكمة النقض أن قضت في قرار لها بأنه:" وحيث أن موضوع النزاع يتمحور حول المصادقة على الإنذار بالإفراغ بسبب تغيير المستأنف عليه للنشاط الذي تم الاتفاق عليه وهو استنساخ المفاتيح إلى إصلاح مفاتيح السيارات وأبواب المحلات بالإضافة إلى ميكانيك السيارات، وحيث أن المحكمة باطلاعها على الترخيص الذي منحه المكترون بتاريخ 2007/02/07، للمستأنفة يتبين منه أنهم يوافقون على حصول المستأنف عليه المكتري على ترخيص إداري من أجل ممارس مهنة صناعة المفاتيح دون تحديد وأن هذا الترخيص يعد بمثابة اتفاق ضمني على نوع النشاط المرخص به من قبل المكترين وأن إصلاح المفاتيح المتعلقة بالسيارات الذي يقتضي أحيانا فتح غطاءاتها الأمامية

[429]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 22 من ق. 49.16 على ما يلي:" لا يجوز للمكتري ممارسة نشاط بالمحل المكترى، مختلف عما تم الاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكري كتابة على ذلك.

[430]- وإلا حق للمكري المطالبة بإفراغه دون إلزامه بدفع تعويض له، وذلك حسب ما نص عليه البند الثالث من المادة 8 من ق. 49.16.

لمراقبة الأسلاك الكهربائية المرتبطة بها تعد كلها نشاطا مكملا للنشاط الأصلي الذي هو صناعة المفاتيح التي جاءت بشكل مطلق ولا يعد تغييرا له، أما احتلال الملك العمومي أو إحداث الضوضاء هي مسائل منفصلة عن عقد الكراء، ويمكن للمتضرر أن يسلك بشأنها مساطر أخرى خارج العقد، كما أن وجود بعض المتلاشيات حسب محضر المعاينة المؤرخ في 2012/12/14، بمحل المستأنف لا يمكن معه الجزم بتغيير النشاط المرخص به إلى نشاط مغاير[431].

كما قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرار لها بأنه:" حيث من جهة فإنه للقول بوجود تغيير في النشاط التجاري يجب أن يكون هناك عقد كراء يلتزم فيه المكتري بتحديد نشاطه في نوع معين، عندئذ يمكن القول بأن هناك إخلالا ببنود العقد، أما إذا غير المكتري النشاط المضمن بعقد الكراء دون ترخيص من المكري الأمر المنعدم في نازلة الحال، ومن جهة أخرى فإن المقصود بتغيير النشاط التجاري دون موافقة المالك هو الذي يرهق كاهل المكري بالتزامات تلحق به الضرر.

وحيث لأجله فإن تغيير النشاط التجاري من خياط إلى بائع التمور، حتى على فرض ثبوته فإنه لا ينهض سببا للإفراغ ما دام لم يثبت أن النشاط الجديد يلحق أضرارا بالمحل وبالجوار".[432]

وقد صادفت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء الصواب في قرارها أعلاه، حيث أنه إذا لم يقم المكري بحصر نشاطه في نوع محدد في عقد الكراء، فإنه لا مجال لتمسك

[431] - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4004/2013، بتاريخ 2013/07/24، في الملف ع. 1140/15/2013، منشور بالموقع الإلكتروني: www.jurisprudence. .maroc.com اطلع عليه بتاريخ: 2019/06/03، على الساعة 02:55.

[432]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2013-4106، بتاريخ 2013/8/1، في الملف عدد 2013/15/1140، غير منشور.

المكري بتغيير النشاط كسبب موجب للإفراغ، ما لم يثبت هذا الأخير أن هذا النشاط الجديد والمختلف عن النشاط الأصلي قد ألحق ضررا بالمحل أو الجوار.

كما أن تغيير المكتري للنشاط قد يكون من شأنه الزيادة في الأرباح بالنسبة للمكتري مما يخول معه للمكري المطالبة بالزيادة في السومة الكرائية، غير أن المشرع من خلال قانون الكراء التجاري حرم المكتري الذي يقوم بتغيير النشاط الممارس بالعقار أو المحل، دون موافقة كتابية من المكري، من الحصول على التعويض، وذلك وفقا لما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 8 من القانون رقم 49.16

والملاحظ أنه كان على المشرع المغربي من خلال القانون رقم 49.16، ألا يوقف حق المكتري في تغيير النشاط الممارس بالعقار أو المحل على موافقة المكري[433]، ولا حرمانه من التعويض في حالة قيامه بذلك دون موافقة المكري، نظرا لتقلب الظروف الاقتصادية ومتطلبات السوق وتعسف بعض ملاك الملكية العقارية في منح الإذن.

حيث أن تغيير النشاط أو ممارسة نشاط مرتبط أو مكمل للنشاط الأصلي، ليس في كل حالة من شأنه إلحاق ضرر بالمحل أو العقار المكترى، بل قد يعود بالنفع على المكري والمكتري على حد سواء، بل حتى على الاقتصاد الوطني.

---

[433]- ويجب على المكتري انتظار أجل شهرين حتى يتوصل بموقف المكري، وفي حالة الرفض يمكن له اللجوء إلى رئيس المحكمة، غير أن المشرع لم يبين طبيعة هذه المسطرة في حالة رفض الطلب من طرف رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة؟.

- وهنا يمكننا القول على أن المشرع أكد حسب ما يستفاد من صياغة المادة 22 من القانون رقم 49.16، على أن السيد رئيس المحكمة قبل منحه الإذن المذكور يتأكد من كون النشاط المزمع ممارسته مكمل أو مرتبط بالنشاط الأصلي، وكونه غير مناف لغرض وخصائص البناية، وليس من شأنه التأثير على سلامتها.

وبتوفر هذه الشروط فإن السيد رئيس المحكمة يمكنه بصفته قاضيا للأمور المستعجلة منح الإذن للمكتري لممارسة نشاط مرتبط أو مكمل للنشاط الأصلي، دون ضرورة الحصول على إذن من المكري.

خاتمة:

لقد حظي موضوع الكراء التجاري باهتمام فقهاء القانون والباحثين نظرا لحساسيته وتأثيره على غالبية المجتمع، حيث أن الميدان التشريعي في ميدان الكراء التجاري عرف تطورا ملحوظا عبر المد التاريخي، ولم يعرف وثيرة واحدة، وأنه كان يتفاعل مع ما تفرزه مستجدات المجتمع لإيجاد الحلول الملائمة، للحفاظ على الاستقرار الاجتماعي، ولقد كان ميلاد الحق في الكراء كما توج من خلال ظهير 24 ماي 1955 ، إعلانا على رهان الاعتراف بالملكية التجارية، وضمان موطئ قدم لها في النسيج الاقتصادي بالمقارنة مع الملكية العقارية، إلا أن النصوص التي وضعت لهذا الاعتراف لم تكن مناسبة من قبيل المتطلبات الإجرائية المعقدة والصعوبات التي وقفت حائلا دون تحقيق الغاية التي أسس من أجلها.

وعلى الرغم من كون الظهير المذكور اعتبر منعطفا جديدا أعاد الاعتبار إلى حق كان معدوما في ظل سيطرة الملكية العقارية، محددا له المجال الذي ترعرع فيه، مواكبا كل التغييرات التي يمكن أن تطاله حتى أضحى ملكية تجارية قابلة للتصرف فيها بمختلف التصرفات من خلال التنصيص لأول مرة على الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري، وعلى الرغم من ذلك فهو لا يلازم باستمرار الأصل التجاري.

إلا أن الحق في الكراء لا يحتاج فقط إلى تكريس تشريعي متضمن لقواعد قانونية تنظم وتروم حماية النشاط التجاري عبر ضمان استقراره، بل قواعد تجعل ممارسة هذا الحق ممكنا ومستقرا بعيدا عن سائر التعقيدات.

ويظهر لنا من خلال هذه الدراسة أن أحكام وقواعد قانون الكراء التجاري الجديد، شهدت تأثير العوامل الاقتصادية بشكل واضح، إذ يكرس هذا القانون المفهوم اللبرالي للنظام الاقتصادي الحديث، حيث يبرز ذلك من خلال التضييق على سيادة مبدأ الحرية التعاقدية، التي لم تعد محتفظة بتلك الصرامة التي أعطيت له في البداية، فالمصلحة العامة الاقتصادية فرضت رؤية جديدة حيث أصبحت العلاقة وفق القانون رقم 49.16، تؤطر مصالح الأطراف إلى

جانب حماية المشروع الاقتصادي، لنتحول بذلك من البعد العمودي الذي يؤطر العلاقة المباشرة بين المكري والمكتري نحو علاقة أفقية تستحضر بالإضافة إلى ذلك المقاولة "المشروع الاقتصادي" الذي تعتبر مصلحته من النظام العام.

وبغض النظر عن الانتقادات التي وجهت لهذا القانون منذ بداياته الأولى إلا أن هذا الأخير يشكل كتلة متكاملة من القواعد الشكلية والموضوعية التي تتكتل فيما بينها لتشكل وحدة قانونية لحماية الحق في الكراء بهدف ضمان مكانته ضمن العناصر المكونة للأصل التجاري، وتنظيم العلاقة الكرائية بين المكري والمكتري.

ولو أردنا استبيان الغاية من إقرار الحق في الكراء للمكتري، فإننا نستطيع القول أن هذا الأخير يعتبر أكبر ضمانة للمكتري سواء التاجر أو الصانع أو الحرفي، وذلك حفاظا على النشاط التجاري الذي يمارسه المكتري واعترافا له بالملكية التجارية وتمكينه أيضا من المحافظة على رصيده من الزبناء والسمعة التجارية التي يكتسبها بمناسبة استغلاله للأصل التجاري في المحل المكترى.

وانطلاقا مما سبق نرى ضرورة الإدلاء ببعض الملاحظات العامة فيما يتعلق ببعض مواد القانون رقم 49.16، يمكننا إجمالها فيما يلي:

- أن القانون الجديد عمل على فرض مجموعة من الضوابط والشروط قصد الاستفادة من مقتضياته، كما وسع من نطاق تطبيقه من خلال تعداد نوع الأملاك العقارية أو المحلات وموضوع عقد الكراء التجاري.
- حاول المشرع من خلال القانون رقم 49.16، خلق توازن بين مصالح المكري والمكتري حماية للأصل التجاري كوحدة اقتصادية وإنتاجية.
- كما أوجب لاستفادة المكتري من مقتضيات هذا القانون ضرورة التقيد بقواعد شكلية، إذ نصت المادة الثالثة على أن عقود كراء العقارات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي تبرم وجوبا بمحرر كتابي ثابت التاريخ.

- نص القانون الجديد على تقليص وتوحيد المدة الواجبة لنشأة الحق في الكراء، كما اعتمد مقاربة جديدة تقوم على المرونة وتعد محفزة على الشفافية بمنظومة الكراء التجاري من خلال الإعفاء من شرط المدة بتقديم مبلغ مالي.

- ترتيب مجموعة من الآثار والحقوق على اكتساب الحق في الإيجار بهدف حمايتها ويتضح ذلك من خلال تمكن المكتري من مجموعة من الحقوق تهدف حماية النشاط التجاري ضمانا لاستقراره واستمراره.

- حق التصرف في الحق بكافة الأشكال القانونية ما دام قد صار مكتسبا للحق في الكراء، وقد تولى القانون المنظم للكراء التجاري الأحكام القانونية التي بموجبها يحل محل المكتري شخص آخر، وذلك من خلال تنظيم أحكام عقد الكراء من الباطن أو بموجب أحكام التخلي عن الحق في الإيجار.

- ضرورة احترام مجموعة من الشكليات لإنهاء عقد الكراء التجاري تتجسد في ضرورة توجيه إنذار بالإفراغ.

- لا زال المشرع وهو بصدد الحديث عن الفئة المستهدفة من هذا القانون يقوم بتمييز غير مستساغ عند ذكره لعبارة "تاجر، أو صانع، أو حرفي".

- التنصيص على شرط الكتابة لإبرام عقد الكراء التجاري للخضوع لمقتضيات هذا القانون ومعه اكتساب الحق في الكراء، إذ أصبح لزاما على المتعاقدين معا إبرام عقد الكراء بمقتضى محرر ثابت التاريخ، وهو ما من شأنه التخفيف من شكلية الإثبات وتعزيز استقرار المعاملات، مع وجوب تحرير بيان بوصف حالة الأماكن عند تسليم المحل انسجاما مع شرط الكتابة.

- إدخال المشرع مجموعة من المحلات أو العقارات للاستفادة من المقتضيات الحمائية التي يقررها هذا القانون، التي تكتسي طبيعة مدنية، وميزها عن المحلات التي يستغل فيها الأصل التجاري من خلال الإشارة إليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى، دون استحضار هذا التمييز في باقي المواد.

والواقع أن صدور القانون رقم 49.16، وإن كان تمكن من تجاوز مجموعة من الثغرات التي كانت تشوب ظهير 24 ماي 1955، إلا أنه في المقابل لا زالت تعتري فصوله القانونية بعض الثغرات، يمكن معالجتها من خلال تقديم مجموعة من التوصيات:

- لزوم اعتراف المشرع لمكتري محل تجاري داخل وحدة تجارية بالحق في الأصل التجاري دعما لائتمانه، زيادة على تمتيعه بحق التعويض عن الإفراغ الذي يشترط استغلال الأصل التجاري داخل المحل المكترى.

- إمكانية إدخال المشرع لعقد الإيواء الخاص بالمواقع الإلكترونية التجارية في نطاق تطبيق القانون رقم 49.16، وذلك لكون طبيعة هذا العقد متلائمة تماما مع عقد كراء محل تجاري عادي، هذا مع العلم أن هذا العقد "عقد الإيواء" لم يرد ذكره ضمن الاستثناءات التي شملتها المادة 2 من القانون المذكور.

- إقرار المشرع مبدأ عدم جوهرية الزبناء لوجود الاصل التجاري، نظرا لعدم قيام هذا المعيار على مبررات واقعية.

- ضرورة التدخل التشريعي لإزالة التعارض القائم بين الفصل 4 من القانون رقم 49.16، الذي يشترط لاكتساب الحق في الكراء استغلال المحل لمدة سنتين متتاليتين، والفصل 61 من القانون رقم 17.04 المتعلق بمدونة الأدوية والصيدلة الذي يقر للصيدلي أحقية اكتساب هذا الحق ابتداء من تاريخ فتح الصيدلية.

- ضرورة إصدار قانون يحدد وضعية المحلات التجارية المتواجدة بالمراكز التجارية ويضمن حقوق أصحابها ما دامت خارجة من نطاق الحماية المقررة بمقتضى القانون رقم 49.16.

- سن مقتضيات قانونية لتوضيح مركز الكتابة في عقد الكراء، هل هي للانعقاد أم للإثبات، والتنصيص بوضوح على الآثار القانونية في حالة تخلفها.

- توحيد المدة المتطلبة في اكتساب الحق في الكراء من خلال جعلها محددة في سنتين، متجاوزا بذلك ازدواجية المدة في اكتساب الحق في الكراء واللامساواة التي كانت تقع بين المكتري صاحب عقد شفوي والمكتري صاحب العقد الكتابي.

- ضرورة تحديد أجل معقول لإخبار المكتري الأصلي المكري الأصلي بإبرام عقد كراء من الباطن لضمان حقوقه.

- حيث أن المشرع من خلال المادة الأولى والمادة الثانية من هذا القانون، قد حدد العقارات أو المحلات التي تخضع، والتي لا تخضع لمقتضيات القانون المذكور.

ما يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان المشرع قد أحاط بجميع العقارات أو المحلات التي يكتسب عليها الحق في الكراء؟.

وعموما فإن التطبيق السليم لهذا القانون وغيره من القوانين ليس مهمة القضاء بمفرده، وإنما أيضا مسؤولية باقي المتدخلين في صياغة القرار القضائي، بحسب درجة مساهمة كل مهنة أو وظيفة مرتبطة عضويا بالقضاء باعتباره المركز.

فالرهان الأول والأخير يبقى هو العنصر البشري الذي ينبغي أن تتوفر فيه شروط ومقومات النزاهة، وأي خلل أخلاقي أو خدش في نزاهة إحدى هذه الحلقات المترابطة من شأنه المساس بالثقة الواجبة وينعكس سلبا على صورة القضاء والعدالة في نهاية المطاف.

ونناشد المشرع المغربي بضرورة الإسراع بالمصادقة على مشروع قانون التنظيم القضائي المغربي رقم 38.15، لتقريب القضاء التجاري المختص للنظر في نزاعات الكراء التجاري، خصوصا في النزاعات المتعلقة بكراء الأصل التجاري.

وفي الختام نقول أن ما قمنا به لا يعدو أن يكون اجتهادا يحتمل الخطأ والصواب والقصور أو التقصير، كما لا ندعي إحاطتنا بالموضوع من جميع جوانبه، بل لا زال في حاجة للدراسة والتمحيص والجدل الفقهي والاجتهاد وإلى من ينير طريق الدارسين والمهتمين بالشأن القانوني.

الملحق:

قرار محكمة النقض عدد 2/292

المؤرخ في : 2017/05/18

ملف تجاري عدد : 2017/2/3/71

القاعدة :

إن عناصر الأصل التجاري التي تتأثر جراء عملية النقل هي الحق في الكراء والاتصال بالزبناء والسمعة التجارية طبقا للمادة 80 من مدونة التجارة وهي التي يتعين اعتبارها في تحديد التعويض عن فقدان الأصل التجاري والضرر الذي يلحق بالمكتري نتيجة اضطراره إلى نقل ملكيته إلى جهة أخرى.

إن الفاتورتين المتمسك بهما من طرف الطاعنين بإصلاح المحل وتجهيزه لا تدخل ضمن عناصر التعويض وفق ما هو محدد أعلاه.

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه أن الطالبين قدما بتاريخ 2013/1/8 مقالا إلى المحكمة التجارية بالرباط عرضا فيه أنهما يكتريان من المطلوب المحل التجاري الكائن بعنوانهما توصلا منه بتاريخ 2012/09/26 بإنذار في إطار ظهير 1955/5/24 من أجل إفراغه بدعوى الاستغلال الشخصي وأن دعوى الصلح انتهت بالفشل والتمسا بذلك إبطال الإنذار وتجديد العقد بنفس الشروط واحتياطيا إجراء خبرة لتقدير قيمة الأصل التجاري وتحديد التعويض المناسب وحفظ حقهما.كما قدم المطلوب مقالا إلى نفس المحكمة التمس فيه المصادقة على الإنذار والحكم بإفراغ المكترين من محل النزاع ومن يقوم مقامهما وبعد ضم الملفين وإجراء خبرة بواسطة الخبير الذي حدد التعويض عن الإفراغ في مبلغ 338.220 درهم انتهت القضية بصدور حكم قضى بإفراغ الطالبين من محل النزاع مقابل تعويض قدره 338.220 درهم يؤديه المطلوب والذي استأنفه الطالبان وبعد إجراء خبرة بواسطة الخبير الذي حدد التعويض في مبلغ 370000 درهم أيدته محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

حيث يعيب الطاعنان القرار في الوسيلة الفريدة بخرق الفصل 50 من ق.م.م وبنقصان التعليل ذلك أنه بتبنيه لتعليلات الحكم الابتدائي يكون معللا تعليلا ناقصا إذ ورد به « أن الخبير أورد تقريره بتاريخ 2014/01/17 الذي جاء مستوفيا لما تضمنته مقتضيات الفصل 63 من ق.م.م ومنسجما مع معطيات الملف ووثائقه والمحكمة بما لها من سلطة تقريرية (هكذا) في تقييم الحكم المعروض أمامها فقد ارتأت المصادقة عليه » وهو تعليل غير كاف على اعتبار أن الطالبين أوضحا بمذكرتهما المدلى بها بتاريخ 2014/06/12 ابتدائيا أن الخبرة غير موضوعية ولا تستند إلى معطيات دقيقة وقانونية بل إن الخبير تفادى ذكر العديد من النقط القانونية التي أثارها في الخبرة ومنها الفاتورتين المتعلقتين بإصلاح وتجهيز المحل التجاري.

لكن، حيث إن محكمة الاستئناف التجارية مصدرة القرار المطعون فيه بخصوص استبعاد مذكرتهما المدلى بها للخبير والمرفقة بفاتورتي إصلاح وتجهيز المحل بتعليلها « أنه إذا كان الإفراغ للاستعمال الشخصي يعطي للمكتري الحق في الاستفادة من تعويض كامل عن رفض تجديد العقد طبقا للفصل 10 من ظهير 1995/5/24 فإن ما يراعى في تقدير هذا التعويض وهو ما قد يلحق المكتري من خسارة حقيقية وما يفوته من كسب متى كانا ناتجين عن عملية الإفراغ ونقل النشاط التجاري إلى جهة أخرى. وأن عناصر الأصل التجاري التي تتأثر جراء عملية النقل هي الحق في الكراء والاتصال بالزبناء والسمعة التجارية طبقا للمادة 80 من مدونة التجارة وهي التي يتعين اعتبارها في تحديد التعويض عن فقدان الأصل التجاري والضرر الذي يلحق بالمكتري نتيجة اضطراره إلى نقل ملكيته إلى جهة أخرى. وحيث إنه إضافة إلى تعلق الفاتورتين المتمسك بهما من الطاعنين بإصلاح المحل وتجهيزه فهي لا تدخل ضمن عناصر التعويض وفق ما هو محدد أعلاه. فتكون بذلك قد ردت وعن صواب ما تمسك به الطاعنان بهذا الخصوص ويبقى ما أثير بهذا الخصوص خلاف الواقع يجعل ما بالوسيلة غير مقبول.

لهذه الأسباب :

قضت محكمة النقض برفض الطلب وبتحميل رافعيه الصائر.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه ومن نفس الهيئة التي ناقشت القضية

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 16- 03- 2017 في الملف عدد 1649- 8206- 2016

القاعدة:

استغلال المكتري للمحل التجاري لمدة لا تتجاوز السنتين التي اشترطها المشرع بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 16.49 يجعل النزاع خارجا عن نطاق تطبيق القانون المذكور لتخلف شرط المدة، وتكون مقتضيات قانون الالتزامات والعقود هي الواجبة التطبيق طبقا لمقتضيات المادة 37 من قانون الكراء التجاري الجديد.

****

وبعد المداولة

وطبقا للقانون

في الشكل:

حيث إن جميع المقالات قدمت وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فإنه يتعين معه التصريح بقبولها.

في الموضوع:

في الطلبات المضمومة مجتمعة:

حيث إن العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب عقد الكراء المصادق على إمضائه من قبلهما بتاريخ 2015/10/22.

وحيث إن بالرجوع لوثائق الملف وخاصة عقد الكراء المذكور أعلاه يتبين أن مدة استغلال المدعي في الملف الأصلي للعين المكتراة في نشاطه التجاري لم تتجاوز بعد السنتين، الأمر

الذي يكون معه شرط المدة لم يتحقق بعد حتى تطبق مقتضيات القانون رقم 49-16 على العلاقة القانونية بين الطرفين وتبقى معه هذه الأخيرة خاضعة لمقتضيات الكراء المنظمة بظهير الالتزامات والعقود طبقا لما تنص عليه المادة 37 من القانون المذكور أعلاه.

وحيث إنه بالرجوع للإنذار بالأداء الذي توصل به المدعي أصليا بتاريخ 2016/03/22 فالثابت أنه يتوفر على كافة عناصره ومستجمع لأركانه باعتباره تصرفا قانونيا خاصة ما يتعلق بصفة باعثه كمكري ومن توصل به بصفته مكتري كما أنه تضمن عنوان العين المكتراة، مما يكون معه طلب إبطاله غير مرتكز على أساس قانوني سليم ويتعين معه التصريح برفضه.

وحيث إن الإنذار المذكور أعلاه يتعلق بأداء واجبات الكراء عن المدة من 2016/02/01 إلى 2016/03/31 بحسب وجيبة شهرية قدرها 20.000 درهم أي ما مجموعه 40.000 درهم، والثابت من خلال ما أثاره المدعي في مقاله موضوع الملف الحالي رقم 2016/8206/1649 وكذلك وصلي التحويل البنكي لفائدة المدعى عليه الأول بمبلغ 35.000 درهم بتاريخ 2016/02/03 والثاني بمبلغ 4000 درهم بتاريخ 2016/02/12 أنه قام بأداء جزئي لواجبات الكراء المتعلقة بشهري نونبر و دجنبر لسنة 2015، وتبعا لذلك وطالما أنه لم يدل بما يفيد براءة ذمته من الواجبات موضوع الإنذار بالأداء المذكور أعلاه داخل الأجل المحدد له، فإن واقعة التماطل تكون معه قائمة في حقه.

وحيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 663 من ظهير الالتزامات والعقود فإن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المكتري مقابل انتفاعه من العين المكتراة هي أداؤه الوجيبة الكرائية، وبالرجوع لوثائق الملف فليس ثمة ما يفيد أداء المدعى عليه في الملف رقم 2016/8206/1710 للواجبات موضوع الإنذار بالأداء عن المدة من تاريخ 2016/02/01 إلى غاية تاريخ 2016/03/31 أو حتى عرض أدائها داخل الأجل الممنوح له والمضمن بالإنذار المذكور، وذلك بحسب السومة الشهرية المتفق عليها بين الطرفين والمحددة فيما قدرها 00،20.000 درهم كما هو ثابت من خلال العقد المذكور أعلاه، وكذلك واجبات الكراء عن المدة موضوع الطلب الإضافي وذلك من تاريخ 2016/04/01 إلى غاية 2017/02/28 ، ولما كانت مجموع المدة المطالب بها هي 13 شهرا فإن المبلغ المستحق عن الفترة المذكورة هو 00،260.000 درهم، لذلك فإن هذا الشق من الطلب يكون معه مرتكزا على أساس قانوني سليم و يتعين الاستجابة له في حدود المبلغ المذكور.

وحيث إنه تطبيقا لمقتضيات الفصل 263 من ظهير الالتزامات والعقود فإن الدائن يكون محقا في الحصول على تعويض بسبب عدم الوفاء أو التأخر عنه، ولما ثبت للمحكمة تماطل المدعى عليها في أداء واجبات الكراء موضوع الإنذار المذكور أعلاه فإن طلب المدعي للتعويض عن ذلك يكون مرتكزا على أساس قانوني ويتعين الاستجابة له وهو ما ارتأت معه المحكمة تحديده بما لها من سلطة تقديرية أخذا بعين الاعتبار المبلغ موضوع الإنذار في مبلغ 00،2000 درهم.

وحيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 692 من ظهير الالتزامات والعقود فإن المكري يكون محقا في المطالبة بفسخ عقد الكراء ومن تم إفراغ المكترى إذا لم يؤد هذا الأخير واجبات الكراء التي حل أجلها، وتبعا لذلك ولما ثبت للمحكمة تماطل المدعى عليه في اداء واجبات الكراء موضوع الإنذار الذي توصل به بتاريخ 2016/03/22 كما هو مفصل أعلاه، فإن مطالبة المدعي بفسخ العقد الرابط بين الطرفين وإفراغ المدعى عليه هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه من المحل المكترى تكون معه مرتكزة على أساس قانوني سليم ويتعين معه الاستجابة لها.

وحيث إنه بثبوت حالة المطل تجاه المدعي في الملف الأصلي كما هو مفصل أعلاه والتي تعتبر مبررا مشروعا لفسخ العلاقة الكرائية وإفراغ المكتري من العين المكتراة دون استحقاقه اي تعويض، فإنه يكون معه طلبه الرامي إلى تعويضه عن فقدان أصله التجاري جراء الحكم بإفراغه غير مؤسس قانونا مما يتعين معه الحكم برفضه.

وحيث إن تنفيذ الحكم بالإفراغ لا يتطلب من المحكوم عليه القيام بعمل، علاوة على أنه يمكن للمحكوم له الاستعانة في تنفيذه بطرق قانونية أخرى لذلك لا ترى المحكمة مبررا لشموله بالغرامة التهديدية مما يتعين معه رفض هذا الشق من الطلب.

وحيث إن طلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل له ما يبرره بخصوص واجبات الكراء لثبوتها وحلول أجلها وارتكازها على عقد الكراء مما يتعين معه الاستجابة له.

وحيث إن الإكراه البدني وسيلة قانونية لإجبار المحكوم عليه بأداء مبلغ مالي على التنفيذ، فإن طلبه يكون مبررا ويتعين معه الاستجابة له وهو ما ارتأت معه المحكمة تحديده في الأدنى طبقا لمقتضيات المادة 638 من قانون المسطرة الجنائية.

وتطبيقا للفصول 1-32-50-124 -147 من ق م م و263 و663 من ظ ل ع والمادتين 37 و38 من القانون رقم 49-16 والمادة 638 ق م ج والمادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة في جلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل:

بقبول جميع الطلبات.

في الموضوع:

في الطلبين المقدمين من السيد (ع.ق): برفضهما وإبقاء صائرهما على عاتقه.

في الطلب المقدم من السيد (ع.م) بصفته وكيلا عن السيد (ع.ح): بأداء المدعى عليه لفائدة المدعي مبلغ 00،260.000 درهم (مائتين وستون ألف درهم) واجبات الكراء عن المدة من 2016/02/01 إلى غاية 2017/02/28، ومبلغ 00،2000 درهم (ألفي درهم) تعويضا عن التماطل، وبفسخ عقد الكراء الرابط بين الطرفين وبإفراغ المدعى عليه من المحل الكائن بعين حميدة 2 عمارة 7 المتجر 1 علال الفاسي مراكش هو و من يقوم مقامه أو بإذنه مع تحميله الصائر بحسب النسبة وتحديد الإكراه البدني في حقه في الأدنى وبرفض باقي الطلب.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس المقرر كاتب الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2017/10/30 في الملف عدد 2017/8207/1059

القاعدة:

يلزم لإثبات التغييرات بالمحل والمبررة للإفراغ ضرورة تضمين عقد الكراء أو إلحاقه ببيان وصفي لحالة المحل أثناء إبرام العقد.

تأسيس المكري الإنذار بالإفراغ على تغييرالمكتري لمعالم المحل المكترى بفتح باب يؤدي إلى المرآب دون سبَق تضمين عقد الكراء ما يفيد وصف المحل المكترى ومنحه له أجل 3 أشهر لأجل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه طبقا للمادة 8 من القانون رقم 16.49 يبرر رفض طلب المصادقة على الإنذار بالإفراغ لتعذر التحقق مما إذا كان المكتري هو من قام بفتح ذلك الباب.

****

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

في الشكل:

حيث قدمت الدعوى وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعين معه التصريح بقبولها.

في الموضوع:

حيث يرمي طلب المدعي إلى المصادقة على الإنذار والحكم بفسخ عقد الكراء الرابط بينهما والحكم تبعا لذلك بإفراغه من المحل الكائن بعنوانه أعلاه والمستغل في خياطة الأفرشة من شخصه وأمتعته وكل مقيم باسمه، مع أدائه له تعويض عن الضرر قدره 5000 درهم مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل والإجبار في الأقصى وتحميله الصائر.

وحيث أسس المدعي إنذاره الرامي إلى إفراغ المدعى عليه من المحل المكترى على سبب تغيير معالم المحل بفتح باب بالمحل تسهل ولوجه إلى المرآب الذي يملكه مانحا إياه أجل 3 أشهر من أجل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وفق مقتضيات المادة 8 من القانون رقم 16-49.

وحيث أدلى المدعي إثباتا للسبب المضمن بالإنذار بمحضري معاينة مؤرخين في 2016/10/21 و2017/06/09 يشير فيهما المفوض القضائي محررهما إلى معاينته وجود باب بالدكان المكترى تمكن من ولوج المدعى عليه إلى المرآب، وهما لا يدلان بالقاطع على كون المدعى عليه هو من قام بهذا التغيير خصوصا وأن عقد الكراء الرابط بينهما والمتعلق بالعين المكتراة لا يتضمن وصف للأماكن المكتراة حتى يمكن التحقق من كون المدعى عليه (المكتري) هو من قام بهذا التغيير، الأمر الذي يبقى معه السبب المؤسس عليه الإنذار بالإفراغ والمبلغ للمدعى عليه بتاريخ 2017/03/08 غير مبرر وليس صحيحا ويتيعن رفض طلب المدعي الرامي إلى المصادقة عليه.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

وتطبيقا للفصول 1 و 2 و 3 و 31 و 32 و 37 إلى 40 و 45 و 50 و 124 من ق م م، ومقتضيات القانون رقم 16 – 49، والقانون رقم 95 / 53.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

بقبول الدعوى شكلا ورفضها موضوعا مع إبقاء الصائر على رافعها.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس المقرر كاتب الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 15- 2017/05 في الملف

عدد 1381- 8207- 2016

القاعدة:

ترخيص المدعي للمدعى عليهم حق كراء ما تحت يدهم لفائدة المدخلة في الدعوى لا يقوم قرينة على علمه بتاريخ دخول المكتري الجديد للعين المكتراة.

لا يكون للكراء من الباطن أي أثر في مواجهة المكري إلا من تاريخ إخباره به عملا بمقتضيات المادة 24 من القانون رقم 16.49.

****

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

في الشكل:

حيث دفع المدعى عليهم بكون الدعوى مقدمة ضد غير ذي صفة لكونهم لم تعد تربطهم أية علاقة بالمدعي.

لكن حيث إن صفة المدعى عليهم ثابتة في الدعوى باعتبارهم مكترين للمحل موضوع النزاع كما هو مبين من خلال عقد الكراء المدلى به والمؤرخ في 2013/05/18، وبالتالي تبقى صفتهم في الدعوى ثابتة والدفع المثار غير مؤسس وحليف الرد.

وحيث قدمت المقالات الأصلي والتدخل الإرادي وإدخال الغير في الدعوى وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعن معه التصريح بقبولهن

في الموضوع:

في الطلبين الأصلي وإدخال الغير في الدعوى

حيث التمس المدعي الحكم بالمصادقة على الإنذار المؤرخ في 15 / 3 / 16 والمبلغ للمدعى عليهم بتاريخ 2017/03/17، والحكم تبعا لذلك بإفراغهم من الملك المسمى بياضة الكائن بدائرة جرسيف جماعة هوارة أولاد رحو والمتمثل في قطعة أرضية فلاحية مساحتها الإجمالية 40 آر و 46 سنتيار موضوع الرسم العقاري عدد 25077 / 21 هم ومن يقوم مقامهم من شخصهم وأمتعتهم وكل مقيم بإذنهم، وأدائهم له مبلغ 280.000 درهم واجبات كراء المحل التجاري عن المدة من 1 / 8 / 2015 إلى 30 / 9 / 2016 بحساب سومة شهرية قدرها 22000 درهم والكل مع النفاذ المعجل وتحميلهم الصائر.

وحيث التمس المدعى عليهم في طلب إدخال الغير في الدعوى الحكم بإخراجهم من الدعوى وإدخال شركة النورس للسلامة الطرقية والحكم عليها بأداء بدل الكراء.

وحيث إن العلاقة الكرائية والسومة ثابتة بين المدعي والمدعى عليهم من خلال عقد الكراء المدلى به والمؤرخ في 18 / 5 / 2013.

وحيث إنه وإن كان المدعي قد رخص للمدعى عليهم بمقتضى عقد الكراء المشار إليه حق الكراء من الباطن للعين موضوع التعاقد لفائدة الشركة المدخلة في الدعوى، فإن العلاقة تبقى قائمة بين المكري والمكتري الأصلي (المدعىعليهم) وأن الكراء من الباطن الذي قاموا بإبرامه مع الشركة المدخلة في الدعوى لا يكون له أي أثر في مواجهة المكري إلا من تاريخ إخباره به عملا بمقتضيات المادة 24 من القانون رقم 16 – 49.

وحيث إن ترخيص المدعي للمدعى عليهم حق كراء ما تحت يدهم لفائدة المدخلة في الدعوى لا يقوم قرينة على علمه بتاريخ دخول المكتري الجديد للعين المكتراة، خاصة أن مباشرة الترخيص المذكور غير مرتبط بأجل، وأن الملف خال مما يفيد استخلاص المدعي للكراء مباشرة من المكتري الفرعي أو مشاركته في عقد الكراء من الباطن خلاف ما تمسك به المدعى عليهم، مما تبقى معه دفوعاتهم المثارة بهذا الخصوص غير مؤسسة قانونا وحليفة الرد.

وحيث إن أهم التزام يقع على عاتق المكتري بموجب عقد الكراء هو أداء أجرة الكراء في الموعد المتفق عليه طبقا لمقتضيات الفصل 664 من ق ل ع، الأمر الذي يجعل طلب المدعي في غياب ما يفيد براءة ذمة المدعى عليهم من الواجبات الكرائية المستحقة عن المدة من 1 / 8 / 2015 إلى غاية متم شتنبر 2016 مبرر قانونا وواقعا ويتعين الاستجابة له والحكم له بها فيكون

مجموع المبلغ المستحق عن المدة المطلوبة هو 286.000 درهم بحساب سومة شهرية قدرها 22000 درهم وفي حدود الطلب مبلغ 280.000 درهم.

وحيث إنه وتبعا للعلل أعلاه يكون السبب الذي استند عليه الإنذار لإفراغ المدعى عليهم من العين المكتراة والمتمثل في التماطل في أداء الكراء وفق مقتضيات المادتين 8 و 26 من القانون رقم 16 – 49 ثابت في النازلة، طالما أن الملف ضل خاليا مما يفيد أداء الواجبات المستحقة، الأمر الذي يجعل المدعى عليهم مخلين بالتزامهم التعاقدي طبقا لمقتضيات الفصل 663 من ق ل ع ويوجب فسخ العلاقة الكرائية والحكم بإفراغهم من العين المكراة وفقا لمقتضيات الفصل 692 من نفس القانون، مما يكون معه طلب المصادقة على الإنذار بالإفراغ واقعا في محله.

وحيث إنه لا موجب للحكم بالنفاذ المعجل لتخلف مبرراته المنصوص عليها في الفصل 147 من ق م م.

وحيث إن خاسر الطلبين يتحمل الصائر.

في طلب التدخل الإرادي في الدعوى

حيث التمس المتدخلة في الدعوى الحكم بإخراج المنقولات المحجوزة من الدعوى، وذلك بعلة كونها دائنة للمدخلة في الدعوى وصاحبة حجز على منقولاتها الكائنة بالمحل موضوع النزاع.

لكن حيث إن الطلب المذكور غير مرتبط بالطلب الأصلي المتمثل في أداء الكراء والإفراغ، هذا فضلا على أن حقها محفوظ باعتبارها صاحبة الحجز ومن حقها تتبع المنقولات المحجوزة أينما وجدت، الأمر الذي يجعل طلبها غير مؤسس قانونا وحليف الرفض.

وحيث إن خاسر الطلب يتحمل الصائر

وتطبيقا للفصول 1 و 2 و 3 و 31 و 32 و 37 إلى 40 و 45 و 50 و 124 و 147 من ق م م، والفصول 664 و 670 من ق ل ع، والمادة 24 من القانون رقم 16 – 49، ومقتضيات ق إ م ت.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل:

بقبول الطلبات الأصلي والتدخل الإرادي وإدخال الغير في الدعوى

في الموضوع:

في الطلبين الأصلي وإدخال الغير في الدعوى:

بأداء المدعى عليهم لفائدة المدعي مبلغ 280.000 درهم (مائتان وثمانون ألف درهم) واجبات كراء الملك المسمى " بياضة" الكائن بدائرة جرسيف جماعة هوارة أولاد رحو والمتمثلة في قطعة أرضية فلاحية مساحتها الإجمالية 40 آر و46 سنتيار موضوع الرسم العقاري عدد 25077 / 21، عن المدة من 1 / 8 / 2015 إلى غاية متم شتنبر 2016 بحساب سومة شهرية قدرها 22000 درهم، وبإفراغهم من الملك المذكور من شخصهم وامتعتهم وكل من يقوم مقامهم مع تحميل المدعى عليهم صائر الطلبين وبرفض ما زاد عن ذلك.

في طلب التدخل الإرادي في الدعوى: برفضه وتحميل رافعته الصائر.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس المقرر كاتب الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 10- 07- 2017 في الملف عدد 194- 8207- 2017

القاعدة:

خلو الملف مما يثبت اتفاق الطرفين على النشاط المراد مزاولته في المحل المكترى يبرر رفض الطلب الرامي إلى الإفراغ بسبب تغيير النشاط المزاول بالمحل من بيع المواد الغذائية إلى بيع السفيفة.

إضافة حاجز خشبي بالمحل هي تغييرات طفيفة تستلزمها طبيعة النشاط المزاول بالمحل وغير موجبة للإفراغ لإحداث تغييرات بالمحل دون علم المكري طبقا للمادة 24 من القانون رقم16.49.

****

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

في الشكل:

حيث قدما المقالين الأصلي والمقابل وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعين معه التصريح بقبولهما.

في الموضوع:

- **في الطلب الأصلي:**

حيث يهدف طلب المدعي إلى الحكم ببطلان الإنذار موضوع الأمر الاستعجالي عدد 206 / 16 / 13، بعلة كون السبب المضمن بالإنذار لا أساس له ومجرد عن الإثبات.

وحيث إن العلاقة الكرائية والسومة المحددة في مبلغ 1320 درهم ثابتة من خلال الحكم رقم 51 / 17 ملف عدد 425 / 16 الصادر عن ابتدائية تازة بتاريخ 30 / 1 / 2017.

وحيث إنه وبعد اطلاع المحكمة على ملف الصلح عدد 206 / 16 / 2013 وخاصة الإنذار المضمن به تبين لها أن يتضمن سببين: الأول هو تغيير معالم المحل قصد تغيير طبيعة النشاط، والثاني هو تولية المحل للمسمى عبد الله.

وحيث أدلى المدعى عليه إثباتا للسببين المضمنين بالإنذار بمحضر معاينة واستجواب مؤرخ في 1/3/2013 يشهد من خلاله المفوض القضائي السيد رضوان زوادة بأنه انتقل إلى المحل موضوع النزاع وعاين المنزل من الواجهة الخارجية له مرآبين بالطابق السفلي، وأن أحدهما مخصص لبيع السفيفة له باب حديدي مكتوب بالواجهة الداخلية له "مرحبا بكم عند عبدالله لصنع جميع أنواع السفيفة ورقم هاتف " وبعد تخطي الباب الحديدي للمرآب يوجد حاجز أبيض اللون من خشب الألمنيوم وبعد تخطي هذا الحاجز وجد المحل مجزء إلى جزئين بواسطة الخشب جزء علوي لم يسمح بالولوج إليه، وجزء سفلي به بعض العمال وآلات لصنع السفيفة، وعاين المرآب المجاور فارغ وبه حفرة بها اسمنت ومحطة كهربائية ينطلق منها خيط كهربائي في اتجاه المرأب الثاني المخصص لبيع السفيفة ، وعند استجواب المدعي صرح أنه هو من قام بتقسيم المحل إلى جزئين منذ مدة وأنه يشغل المحل على وجه الكراء.

وحيث إنه وبخصوص السبب الأول المتمثل في تغيير معالم المحل قصد تغيير طبيعة النشاط من بيع المواد الغذائية إلى بيع السفيفة، فإنه ليس بالملف عقد الكراء او ما يفيد اتفاق الطرفين على النشاط المراد مزاولته بالمحل لمعرفة تغييره من عدمه هذا من جهة ، أما من جهة ثانية فإن التغييرات الموجبة لإفراغ المكتري حسب ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض هي تلك التغييرات الجدرية أو الجوهرية التي تغير من معالم المحل ومن شأنها أن تؤثر على سلامة بنائه (قرار محكمة النقض عدد 735 ملف تجاري عدد 293/3/2/2012 صادر بتاريخ 16/8/2012 منشور بموقع: http://www.jurisprudencemaroc.com)، وأن ما أقدم عليه المدعي(المكتري) من تغييرات تمثلت في إضافة حاجز خشبي بالمحل هي تغييرات طفيفة يستلزمها طبيعة النشاط المزال بالمحل خاصة وأن جميع المحلات التي تزاول نفس النشاط تتضمن مثل هذه التغييرات هو ما أكدته محكمة النقض من خلال قرارها عدد 707 ملف تجاري عدد 256/3/2/2012 صادر بتاريخ 9/8/2012 الذي جاء فيه: "... أن بناء سدة بالمحل لا يعتبر تغييرا للعين المكتراة لكونها يمكن تفكيكها ما لم يثبت تضرر العقار منها، قرار منشور بالموقع المشار إليه)، مما يبقى معه السبب المذكور غير جدي.

أما بخصوص السبب الثاني والمتمثل في تولية المحل للغير، فإنه وبغض النظر عما إذا كان عقد الكراء يلزم المكتري بعدم تولية المحل على اعتبار أن التولية جائزة حسب نص المادة 24 من القانون رقم 16 – 49 المتعلق بالكراء التجاري، فإن العبارة المكتوبة على واجهة المحل "مرحبا بكم عند عبدالله لصنع جميع أنواع السفيفة ورقم هاتف" لا تفيد بالقاطع أن المدعي

فعلا عمد إلى تولية المحل للمسمى عبدالله، خاصة وأن محضر المعاينة المدلى به يشير إلى تواجد المدعي بالمحل وليس غيره، مما يبقى معه هذا السبب أيضا غير صحيح وليس جديا ، ويبقى الإنذار المبني عليهما غير مؤسس قانونا ويتعين التصريح بإبطاله.

وحيث إن خاسر الطلب يتحمل صائره.

- **في الطلب المقابل:**

حيث يهدف الطلب المقابل إلى الحكم بالمصادقة على الإنذار الموجه للمدعي المؤرخ في 8/ 5 / 2013 والحكم تبعا لذلك بإفراغه من المحل الكائن بحي بني مرين رقم 42 تازة السفلى من شخصه وكل من يقوم مقامه، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل والإجبار في الأقصى وتحميله الصائر.

وحيث إنه وتبعا لما توصلت إليه المحكمة من خلال حيثياتها أعلاه يكون السبب الذي استند عليه الإنذار لإفراغ المدعى عليه من العين المكتراة والمتمثل في تغيير معالم المحل والتولية غير ثابت في النازلة ويتعين تبعا لذلك رفض طلب المدعي الفرعي الرامي إلى المصادقة على الإنذار والإفراغ.

وحيث إن خاسر الطلب يتحمل صائره.

وتطبيقا للفصول 1 و3 و31 و32 و37 و38 و39 و40 و45 و49 من ق م م ومقتضيات القانون رقم 16.49 المتعلق بالكراء التجاري، ومقتضيات ق إ م ت.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل:

بقبول الطلبين الأصلي والمقابل.

في الموضوع:

- **في الطلب الأصلي:** بإبطال الإنذار المبلغ للمدعي محمد عياشي والمؤرخ في 2013/05/08 مع تحميل المدعى عليه الصائر.
- **في الطلب المقابل:** برفضه وتحميل رافعه الصائر.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس

المقرر

كاتب الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 25- 04- 2017 في الملف عدد 700- 8206- 2014

القاعدة:

إحداث المكتري تغييرات بالمحل المكترى وسكوت المكري عن ذلك رغم حضوره وتواجده بالمنطقة التي يتواجد بها المحل المكترى لعدة سنوات، يعد قرينة على موافقته على تلك التغييرات، مما يجعل السبب المبني عليه الإنذار بالإفراغ غير مؤسس، ويتعين رفض الطلب الرامي إلى المصادقة عليه.

****

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

في الشكل:

حيث قدمت كل من الدعوى الأصلية والدعوى المضادة طبقا لما توجبه القواعد الإجرائية. لذا وجب قبولهما شكلا.

في الموضوع:

في الطلب الأصلي:

يروم الطلب أساسا إبطال الإنذار بالإفراغ المؤرخ في 20-06-2013، واحتياطيا الحكم للمدعي بتعويض قدره مليوني درهم مقابل إفراغه.

وحيث إن الإنذار المنازع فيه تم تأسيسه على سببين: عدم أداء واجب الكراء وإحداث تغييرات بالمحل المكترى أثرت على معالمه.

وحيث إنه فيما يخص السبب الأول، فإن المكتري (المدعي الأصلي) قد أبرأ ذمته من المبالغ المطلوبة في الإنذار، وذلك داخل الأجل المحدد فيه، حسب الثابت من الوصل المسلم له من

طرف محامي الجهة المالكة والشيك المستدل بصورة شمسية منه، أما بخصوص التغييرات المحدثة على المحل، فالثابت من معطيات الملف، خاصة ما تعلق منها بالبحث المجرى في النازلة أن التغييرات التي أجراها المكتري قديمة، بحيث تعود إلى سنوات خلت، آخرها تم سنة 2002 وتمثل في فتح ثلاث نوافذ، وكون الطرف المكري يقطن بالمغرب وتحديدا بالمنطقة التي يتواجد فيها المحل المدعى فيه يجعل من حضوره وسكوته طيلة هذه المدة قرينة على علمه بالتغييرات المحدثة وموافقته عليها، سيما وأنها تمت على مراحل، أولها تعود إلى سنة 1993، ومما يؤكد القرينة المذكورة أن الطرف المكري لم ينكر ما نسبه إليه الطرف المكتري من قبول بأي تغيير تم إحداثه مقابل الرفع من السومة الكرائية، وبالتالي يكون الإنذار المنازع فيه بدون أساس صحيح وبتعين الاستجابة لطلب إبطاله.

في الطلب المضاد:

حيث يروم الطلب إفراغ المدعى عليه فرعيا ومن يقوم مقامه من المحل المدعى فيه، تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 5000 درهم عن كل يوم تأخير.

لكن، حيث إنه لما كان طلب الإفراغ قد أسس على إنذار صرحت المحكمة بإبطاله للعلة المفصلة أعلاه، فإن ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي وجب رد الطلب.

لهذه الأسباب:

وتطبيقا للفصول: 1، 3، 32، 37، 38، 39، 50، 124 من ق م م والقانون رقم 16.49.

حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل:

بقبول الدعويين الأصلية والمضادة.

في الموضوع:

في الطلب الأصلي:

بإبطال الإنذار المؤرخ في 2013/06/20 مع ما يترتب عن ذلك من أثر قانوني، وتحميل المدعى عليهما الصائر.

في الطلب المضاد:

برفضه وتحميل صائره للمدعيين فرعيا.

بهذا صدر الحكم وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس والمقرر كاتبة الضبط

حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 28- 09- 2017 في الملف عدد 1474- 8207- 2017

القاعدة:

استغلال المحل المكترى في نشاط تجاري لمدة تفوق السنتين يجعل العلاقة الكرائية خاضعة لمقتضيات القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

عدم تضمين الإنذار بالإفراغ العناصر المنصوص عليها بالمادة 26 من قانون الكراء التجاري وخاصة شرطي بيان تحقق السبب الموجب للإفراغ ومنح المكتري أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل، يجعل مآل الطلب الرامي إلى المصادقة على الإنذار عدم القبول.

****

وبعد المداولة

وطبقا للقانون

في الشكل:

حيث إن المدعي طالب بإفراغ المدعى عليه من المحل المكترى، لكن ولما كان الثابت من خلال عقد الكراء الموقع من الطرفين بتاريخ 2010/06/17 أن المدعى عليه يستغل العين المكتراة في نشاطه التجاري لمدة تفوق سنتين، مما تكون معه العلاقة القانونية بين الطرفين أصبحت خاضعة لمقتضيات القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11 غشت 2016 ، وطالما أن الإنذار بأداء واجبات الكراء الذي توصل به المكتري بتاريخ 2017/03/27 لا يتضمن العناصر المنصوص عليها بالمادة 26 من القانون المذكور وخاصة شرطي بيان تحقق السبب الموجب للإفراغ وكذلك منحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل، فإنه تبعا لذلك يكون معه هذا الشق من الطلب المتعلق بإفراغ المدعى عليه غير مؤسس قانونا مما يتعين معه التصريح بعدم قبوله.

وحيث إنه بالرجوع لوثائق الملف فالثابت أن المدعي لم يدل بما يفيد أداءه واجبات الضريبة على النظافة حتى يحق له المطالبة باسترجاعها من المدعى عليه، مما يكون معه هذا الشق من الطلب غير مؤسس قانونا ويتعين معه التصريح بعدم قبوله

وحيث إن باقي الطلب قدم وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فإنه يتعين معه التصريح بقبوله.

في الموضوع:

حيث إن العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب عقد الكراء المذكور أعلاه.

وحيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 663 من ظهير الالتزامات والعقود فإن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المكتري مقابل انتفاعه من العين المكتراة هي أداؤه الوجيبة الكرائية. وبالرجوع لوثائق الملف فليس ثمة ما يفيد أداء المدعى عليه للواجبات موضوع الطلب و الإنذار بالأداء عن المدة من تاريخ 2016/10/01 إلى غاية تاريخ 2017/09/30 أو حتى عرض أدائها داخل الأجل الممنوح له والمضمن بالإنذار المذكور، وذلك بحسب السومة الشهرية المحددة في العقد بما قدرها 00،1800 درهم، ولما كانت مجموع المدة المطالب بها هي 12 شهرا فإن المبلغ المستحق عن الفترة المذكورة هو 00،21.600 درهم، لذلك فإن هذا الشق من الطلب يكون معه مرتكزا على أساس قانوني سليم و يتعين الاستجابة له.

وحيث إنه تطبيقا لمقتضيات الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية فإن طلب شمول حكم أداء واجبات الكراء بالتنفيذ المعجل له ما يبرره لثبوتها وحلول أجلها ولارتكازه على عقد الكراء مما يتعين معه الاستجابة له.

وتطبيقا للفصول 1 و2 و3 و32 و50 و124 و147 ق م م والفصل 663 ظ ل ع والمادتين 26 و38 من القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي والمادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة في جلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل:

بعدم قبول الشق من الطلب المتعلق بإفراغ المدعى عليه وبأداء واجبات ضريبة النظافة وبقبول باقي الطلب.

في الموضوع:

بأداء المدعى عليه لفائدة المدعي مبلغ 00.21.600 درهما (واحد عشرون ألفا وستمائة درهم) واجبات الكراء عن المدة من 2016/10/01 إلى غاية 2017/09/30 مع شموله بالتنفيذ المعجل وتحميله الصائر بحسب النسبة.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس المقرر كاتب الضبط

نموذج لعقد كراء محل تجاري1:

***** عقد كراء محل تجاري *****

بين الموقعين أسفله :

1) **الطرف الأول** : السيد .....، مغربية الجنسية، الساكنة ..... والحاملة لبطاقة التعريف الوطنية رقم .....

- رب الملك من جهة -

2) **الطرف الثاني** : السيد .....، مغربي الجنسية، من مواليد 1979/08/24، السكن .....، والحامل لبطاقة التعريف الوطنية

- المكتري من جهة أخرى -

وقع الاتفاق والتراضي بين الطرفين على ما يلي بيانه :

بموجب هذا العقد الخاضع لكافة الشروط القبلية والقانونية فإن الطرف الأول السيد ..... أكرى للطرف الثاني السيد ..... الذي قبل منها بعد المعاينة والإطلاع المحل التجاري الكائن .....، والذي سيستغله المكتري محلا تجاريا بصومعة كرائية قدرها ..... درهم (..... درهم) شهريا تؤدى في الأول من كل شهر بدون مماطلة أو تأخير وفي حالة المماطلة لشهر واحد يعتبر هذا العقد ملغيا وغير معمول به قانونيا

- يلتزم الطرف الثاني بأداء واجب الكراء الشهري و قدره ..... درهم (..... درهم) شهريا في أول كل شهر بدون مماطلة أو تأخير و في حالة المماطلة لمدة شهر واحد يعتبر عقد الكراء هذا ملغيا وغير معمول به قانونيا والطرف الأول كامل الصلاحية بالدخول إلى المحل وحيازته رغم السلع الموجودة فيه ويلتزم المكتري بأداء مستحقات الكراء وجميع المصاريف بما فيها أجرة المحامي.
- مدة الكراء محدودة في سنتين ابتداءً من ..... إلى ..... غير قابلة للتجديد إلا بموافقة رب الملك.
- يلتزم المكتري بالمحافظة على المحل كما دخله من قبل وكل خسارة وقعت بالمحل يقوم بإصلاحها من ماله الخاص بدون مطالبة رب الملك بأي تعويض أو خصم من مبلغ الكراء. و أن جميع الصلاحيات تبقى في ملكية الطرف الأول.
- يلتزم الطرف الثاني بعدم تفويت المحل للغير أو كرائه أو كراء جزء منه و بصفة نهائية.
- يلتزم الطرف الثاني بتحمل كافة المسؤولية القانونية بخصوص السلع الموجودة في المحل بإبراء رب الملك الإبراء التام.
- يلتزم الطرف الثاني بعدم الحصول على أي قرض بنكي من أي وكالة بنكية وما شبه ذلك أو رهن المحل وفي حالة وقوع ذلك يلتزم بأدائه و يبقى المحل ملكا لصاحبه.
- يلتزم الطرف الثاني بعدم الحصول على أي ترخيص تجاري أو مهني على المحل أو التسجيل بالضريبة أو الحصول على الأصل التجاري.
- جميع مصاريف استهلاك مادة الكهرباء يتحملها المكتري وحده.
- حرر هذا العقد على الوفاء و الصفاء بنية حسنة و بقبول و موافقة المتعاقدين المذكورين على جميع ما سطر بالموافقة التامة بإبراء محرر هذا العقد الإبراء التام لكونه قام بنقله فقط.

الطرف الأول　　الطرف الثاني

عقد كراء محل تجاري

وقع التراضي و الاتفاق على مايلي بيانه

الطرف الأول: السيد .....

الطرف الثاني السيد.....الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم .....

أكري المحل التجاري الكائن .....بمبلغ شهري .....درهما

يدفع بموجبة كراني شهرين و بالتسبيق

الفصل 1: يجب على المكتري المذكور أن يضع في المحل من الأمتعة و البضائع ما يكون كفالة كافية في وجبة الكراء و في القيام بشروطه

الفصل 2: و أشهد المكتري بإعداد المحل التجاري

الفصل 3: لا ينبغي للمكتري أن يستعمل المحل لغير ما هو معد له إلا بموافقة كتابية من المالك

الفصل 4: و اعتراف المكتري المذكور بمعرفته للمحل كما ينبغي و بقبوله على ماهو عليه تحت عهدته و مسؤوليته

الفصل 5: يشهد المكري أنه قد توصل بمبلغ..... درهم كراء شهرين بمجرد التوقيع على هذا العقد

الفصل 6: لا يجوز للمكتري أن يحيل المحل كلا أو بعضا لغيره إلا اذا كانت بيده رخصة كتابية من المالك

الفصل 7: جميع التحسينات و الإحداثات التي يحدثها المكتري تبقى مجانا للمالك

يشهد المكتري أنه في حالة مخالفة أحد الشروط أو في حالة عدم أداء قسط من الكراء في أجله 15 يوما من بعد انذار موجه اليه كما هو مسطر في القانون، فإن العقدة تصبح لاغية و مفسوخة و اذا رأى المؤجر ذلك في صالحه و بدون خسارة التعويضات بالحكم بطرد المستأجر و طرد جميع الذين يحتلون المحل بموجب حكم قضائي للأمور المستعجلة عن المحكمة الابتدائية ب,,,

هذا ما اتفق عليه الطرفان أمضياه علامة منهما على الطوع و الرضا

و حـــــــرر بـ:..... في .....

إمضاء الكاري إمضاء المكتري

كشك

لائحة المراجع:

الكتب

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، دراسة في قانون التجارة المغربي والقانون المقارن والفقه والقضاء، ج. الأول، م. المعارف الجديدة –الرباط- سنة 2007.
- امحمد الفروجي، الأصل التجاري، عناصره وطبيعته القانونية كما يستغل في إطار التسيير الحر، سلسلة القانون والممارسة القضائية، ع. 6 ، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- سنة 2005.
- امحمد الفروجي، التاجر وقانون التجارة المغربي، م. النجاح الجديدة -الدار البيضاء- 1997 .
- أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء التجاري، دراسة نظرية تطبيقية للنصوص على ضوء قرارات المجلس الأعلى، ، دار النشر المغربي -الدار البيضاء، سنة 1988
- المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. 2000.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، ج. الثاني، دار نشر المعرفة، ط. الأولى، سنة 2008 .
- أبو القاسم الطيبي، إفراغ المحلات التجارية، دراسة على ضوء القانون 16.49، (ع.ذ.م)، ط. 2018.
- إدريس النماحي، القانون المدني، الحقوق العينية، ونظام التحفيظ العقاري، (ع.ذ.م)، ط. الأولى، سنة 2003.
- إسماعيل أبو ياسين- أيوب عبد الرزاق، المبادئ الاساسية للقانون التجاري، م. كومبالا حي الزيتون، تكوين، ط. الأولى 2016.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق، مطابع الأمل بيروت 1990.

- جواد الرفاعي، الكراء التجاري الثابت والمتغير في ضوء ق. رقم 49.16، م. النجاح الجديدة-الدار البيضاء- ط. الأولى نونبر 2018.
- كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، المكتبة القانونية، ط. الأولى، الناشر، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1998.
- محمد السلكي، الإفراغ بسبب وضعية البناء، في ضوء قانون الكراء التجاري 49.16، م. الوراقة الوطنية، ط. الأولى 2018.
- محمد مومن، التسيير الحر للأصل التجاري في القانون المغربي، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى 2005.
- محمد بونبات، كراء المحلات التجارية بين ظهير 24 ماي 1955، والقانون رقم 07.03 الخاص بمراجعة أثمان الكراء، سلسلة آفاق القانون سنة 2009.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية م. الهلال العربية، ج. الثاني، سنة 1987.
- محمد خياط، القانون التجاري المغربي الجديد، التاجر والأنشطة التجارية، الأصل التجاري، م. دار النشر، الجسور –وجدة- سنة 2001.
- محمد الأطرش، القانون التجاري المغربي، م. النجاح الجديدة- الدار البيضاء - ط. الثانية 2018.
- محمد بونبات، كراء المحلات التجارية، بين ظهير 24 ماي 1955، وق. رقم 07.03 الخاص بمراجعة أثمان الكراء، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى سنة 2008.
- محمد المهدي، الحماية القانونية والقضائية لمكتري الأماكن التجارية، مقال منشور بمجلة المحاكمة، ع. 4، أبريل- ماي، سنة 2008.
- محمد الشرقاني، نظرية العقد، طبع وتوزيع دار القلم، ط. الأولى، سنة 2004.

- محمد الكشبور، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، دراسة في إطار ظهير 24-05-1955، ومدونة التجارة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى، سنة 1998.
- محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة، البيوعات والأكرية الواردة على العقار في ضوء آخر التعديلات، م. النجاح الجديدة، ط. الأولى –الدار البيضاء- سنة 2017.
- محمد الكشبور، الكراء المدني والكراء التجاري، قراءة في ظهير 24 ماي 1955 و 25 دجنبر 1980، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، ط. 2007.
- محمد بونبات، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955 و، م.ت، سلسلة آفاق القانون، م. الوراقة الوطنية –مراكش- ط. الأولى، سنة 2008.
- مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 والقانون رقم 49.16، م. ليتوغراف –طنجة- ط. الأولى 2016.
- نور الدين عسري، بيع الأصل التجاري في التشريع المغربي في ضوء الاجتهاد القضائي، ط. الأولى ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع –الرباط- دجنبر 2002.
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، ج. الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، م. النجاح الجديدة -الدار البيضاء- ط. الخامسة سنة 2018.
- نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري، ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، م. النجاح الجديدة، 2006.
- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الثاني، عقد الكراء المدني، مكتبة دار الأمان سنة 2002.
- عبد الرحيم شميعة، القانون التجاري الأساسي، م. سجلماسة -مكناس- ط. 2016.
- عبد العزيز توفيق، الأصل التجاري في التشريع المغربي، مقال منشور بمجلة رابطة القضاء عدد 1 بتاريخ 17 يناير 1981.

عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق ق. رقم 39.08، (ع.ذ.م)، ط. الثالثة 2018.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. السادس، الإيجار والعارية، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان- (ع.ذ.ط).

عبد الرحيم بن بركة، القانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، دراسة تحليلية، م. دار القلم،- الرباط- ط. 2017.

عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظري والواقع العملي، م. النجاح الجديدة – الدار البيضاء- ط. الأولى سنة 1993.

عمر أزوكار، الإنذار بالإفراغ في ضوء ظهير الكراء التجاري وآخر المواقف القضائية، م. النجاح الجديدة –الدار البيضاء- ط. الأولى سنة 2015.

عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، ج. الأول من النظرية العامة للتجارة والتجار، ط. الأولى سنة 1998.

عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الثاني، العقود الواردة على منفعة الشيء، عقد الكراء، م. يادبب –الرباط- ط. الثانية 2016.

رشيد مشقاقة، قانون استيفاء الوجيبة الكرائية، شرح وتعليق، م. دار السلام –الرباط- ط. الأولى، سنة 2000.

الأطاريح والرسائل:

1- الأطاريح:

نجاة الكص، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة

قانون الأعمال للبحث والتكوين، ، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق –الدار البيضاء- السنة الجامعية 2004-2005.

- نوال فقير، إفراغ المحلات التجارية في إطار ظهير 24 ماي 1955، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الدار البيضاء- السنة الجامعية 2004-2005.
- بهيجة رشيد، فسخ وإنهاء عقود كراء المحلات المخصصة للسكنى، دراسة في ق.ل.ع، وق. رقم 6.79، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق –الدار البيضاء- السنة الجامعية 2003-2004.

2- الرسائل:

- إلياس لوطفي، الحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - طنجة- السنة الجامعية 2007-2008 .
- ليلى أيت بوزيد، حماية الحق في الكراء وفق قانون 49.16، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –أكادير- السنة الجامعية 2016-2017.
- علي أزضوض، الضمانات القانونية المقررة للمكتري في عقد الكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم نهاية التكوين في سلك الماستر الأساسي ، المقاولة والقانون، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادير- السنة الجامعية 2016-2017
- محمد بونبات، الكراء تحت اليد أو التأجير من الباطن وفقا لأحكام التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص –جامعة محمد

الخامس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال –الرباط- السنة الجامعية 1984-1985.

- زكرياء الزيتوني، الأبعاد الحمائية للقانون رقم 49.16، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مكناس- السنة الجامعية 2016-2017.

- مصطفى العضراوي، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال – الرباط- السنة الجامعية 2007-2008.

- إدريس اليعقوبي، إشكالية إفراغ محلات السكنى بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدرسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية –الرباط- سنة 1996.

- إدريس مولاي علي، نطاق تجديد الإيجار التجاري في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –الرباط- السنة الجامعية 1982-1983.

- توفيق عبد اللطيف، توازن العلاقة الكرائية على ضوء القانون رقم 49.16، المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –تطوان- السنة الجامعية 2016-2017.

- خالد السيساوي، حماية الحق في الإيجار بين ظهير 24 ماي والمشروع، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون والمقاولة، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –مكناس- السنة الجامعية 2008-2009.

لؤي بن عجيبة، قراءة في مشروع القانون المنظم للكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –طنجة- السنة الجامعية 2012-2013.

بشرى اكليلح، التعويض في الكراء التجاري دراسة وفق ظهير 24 ماي 1955 و القانون رقم 49.16 ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، ماستر قانون الأعمال، -جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية –تطوان- السنة الجامعية 2016-2017 .

خالد العسري، قراءة في مشروع القانون المنظم للكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –وجدة- الموسم الجامعي 2008-2009.

غيثة الناجحي، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري والحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –سطات- السنة الجامعية 2013-2014.

رشيد حطابي، الحق في الكراء في ظهير 24 ماي 1955، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –سطات- السنة الجامعية 2006-2007.

عادل الغنوبي، فسخ عقد الكراء التجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة- السنة الجامعية 2006-2007 .

- المقالات:

✓ الطيب بن لمقدم، عناصر الأصل التجاري، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد المزدوج، الرابع عشر-والخامس عشر-(14-15)، 2016/2015، ص: 151.

✓ سليمان حفو، عقد الإيجار في نطاق تطبيق ظهير 24 ماي 1955، مقال منشور بمجلة الميادين، العدد 8، سنة 1993، ص: 157.

✓ محمد الكشبور، مجال تطبيق كل من ظهير 1955، وظهير 1980، (دراسة مع محاولة التمييز بين المهنة والحرفة)، مقال منشور بمجلة الميادين، العدد 8 سنة 1993، ص:61.

✓ نور الدين أيت زباير، إشكالية عقد الكراء التجاري، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، ع/ مزدوج الرابع والخامس، يونيو 2018.

✓ أحمد أدريوش، تولية كراء المحلات المهنية، مقدمات حول قرار محكمة الاستئناف، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، ع، 21، سنة 1989، ص:7.

✓ محمد العروصي، مآل عقد الكراء إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقاولة المكترية، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع، 5 سنة 2005.

✓ رياض فخري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، مجلة المرافعة، ع، 21، سنة 2000.

✓ شعيب عبد الباقي،" طرد محتل العقار بسبب غير مشروع بالطريقة الاستعجالية، مقال منشور بمجلة الميادين، إصدار كلية الحقوق بوجدة، ع. 7 .

✓ أحمد أدريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون 53.05 على ق.ل.ع، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1430ه/2009.

✓ عبد الواحد الصفوري، إشكاليات تجديد عقد الكراء التجاري في إطار القانون رقم 49.16، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، ع. مزدوج، الرابع والخامس، يونيو 2018.

- المراجع باللغة الفرنسية:

- Driss Alami Machichi (M): Droit commercial fondamental au Maroc. Rabat 2006.
- Alaoui Slimane l'alla rajae, le pas de porte, Des, soutenue en 1988, université Mohamed V, Rabat.
- Garbit Pierre, jean François martin, jacques Azéma, Alain Savage, Aristide péri, droit commercial, fonds de commerce, baux commerciaux propriétés industrielle, redressement et liquidation juridicaire, Ed Lamy, paris 1998.
- P. Blatter, Droit des baux commerciaux, document pratique, 2eme Edition, 1996, Dalloz, Paris

- Laurent Aynès, Maxime Julienne, Philippe Malaurie ،Droit civil les contrats spéciaux 8e édition paris, 2019, p: 401

- Jean, Marc poupard, « Les centres commerciaux, de nouveaux lieux de sociabilité dans le paysage urbain ». le Harmattan, 2008.
- -Françoise Auque : « les baux commerciaux, théorique et pratique, paris, 1996.
- P. Blatter : Droit des beaux commerciaux, doucement pratique paris 2éme édition 1996.
- Jean Monger : Beaux commerciaux, et réforme de droit des entreprises difficultés, 1995. Edition 1.
- Rapport de Mr. Tinbergen, R.T.D .com. 1962.

- Joseph Dainov : la nature juridique du droit de preneur à bail dans la loi française et dans la loi Québec Canada « thèse doctorat, le 22 juin 1931.
- Jean pierre blatter, « droit des beaux commerciaux », document pratique chambre de commerciaux et industrie, paris : bail commercial, 2émé édition 1996.
- -J. Derropé « la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance » Paris Dalloz, 1952.
- -Paul de creux : droit foncier marocain , tome 3, 2éme édition, revue complétée et mise à jours, édition la porte 1977.
- Malaurie et Aynès l'auront: droit civil, les contrats spéciaux, befrenois, paris, 2003.
- B. Guerin, l'exercice du droit de repentire en matière de beaux commerciaux.
- -Stéphanie Soares et Marc Canaple, le bail commercial, contrat, liyer révision, renouvellement, Edition, Gualini, 2004.
- -Jaques de Gagney, baux commerciaux, Edit, Lamy .1976.
- R. Mauss et R. Martin: les beaux commerciaux, Rép, Dalloz, Dr, Civ, T 12éme Edition 1996.
- M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, 2eme, E.

- R. Verdet de l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition Rev .tir. Dr, Civ 1968.
- Abdellatif Taliani: "La gérance Libre du fond de commerce" Cassation Civil III, n° 67.
- Alain Viandier Jocelyne: Actes de commerce, commerçant, Activité commerciale. Puf, 1er édition 1986.
- Souad boujidi: la réforme de la loi marocaine sur les baux commerciaux et le nouveau document" état des lieux, www.fr.linkedin.com

الفهرس:

مقدمة: 5
الفصل الأول: الأحكام العامة للحق في الكراء 17
المبحث الأول: ماهية الحق في الكراء 19
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحق في الكراء 20
الفقرة الأولى: مفهوم الحق في الكراء 20
أولا: تعريف الحق في الكراء على مستوى النص القانوني والفقهي..... 21
ثانيا: طبيعة الحق في الكراء 26
الفقرة الثانية: تمييز الحق في الكراء عن بعض النظم المشابهة له..... 32
أولا: تمييز الحق في الكراء عن عقد الكراء 32
ثانيا: تمييز الحق في الكراء عن الأصل التجاري 34
ثالثا: تمييز الحق في الكراء عن حق الانتفاع 37
رابعا: تمييز الحق في الكراء عن حق الجلسة 39
خامسا: تمييز الحق في الكراء عن الخلو أو بيع المفتاح..... 40
المطلب الثاني: نطاق تطبيق الحق في الكراء وفق القانون رقم 49.16 45
الفقرة الأولى: الحالات العامة التي يكتسب عليها الحق في الكراء..... 46
أولا: كراء العقارات أو المحلات التي يستغل فيها أصل تجاري في ملكية تاجر أو حرفي أو صانع 46
ثانيا: عقود كراء العقارات أو المحلات الملحقة بالمحل الذي يستغل فيه الأصل التجاري 50
ثالثا: عقود كراء الأراضي العارية التي شيدت عليها، إما قبل الكراء أو بعده، بنايات لاستغلال أصل تجاري بشرط الموافقة الكتابية للمالك..... 52
رابعا: عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية..... 54

الفقرة الثانية: الحالات الخاصة التي يكتسب عليها الحق في الكراء. 55
أولا: العقارات أو المحلات التي تمارس فيها مؤسسات التعليم الخصوصي نشاطها..... 56
ثانيا: العقارات التي تمارس فيها التعاونيات نشاطها 57
ثالثا: العقارات أو المحلات التي تمارس فيها المصحات والمؤسسات المماثلة لها نشاطها 59
رابعا: العقارات التي يمارس فيها النشاط الصيدلي والمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية وعيادة الفحص بالأشعة 62
المبحث الثاني: الشروط المرتبطة بالقانون رقم 49.16..... 66
المطلب الأول: الاجراءات القانونية لنشوء الحق في الكراء. 68
الفقرة الأولى: الشروط الشكلية 69
أولا: شرط الكتابة في عقد الكراء التجاري..... 71
ثانيا: تحرير بيان وصفي لحالة العقار..... 77
الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لنشوء الحق في الكراء..... 80
أولا: المدة المعتبرة قانونا لنشأة الحق في الكراء 80
ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط المدة 82
ثالثا: أداء السومة الكرائية..... 85
المطلب الثاني: الشروط ذات الطابع الشخصي لاكتساب الحق في الكراء..... 86
الفقرة الأولى: الأهلية المتطلبة لإبرام عقد كراء تجاري 87
الفقرة الثانية: صفة المكتري المستفيد من الحق في الكراء..... 89
أولا: المكتري التاجر..... 90
ثانيا: المكتري الصانع 90
ثالثا: المكتري الحرفي 92
الفصل الثاني: الحقوق المرتبطة بالحق في الكراء 94
المبحث الأول: التصرفات القانونية على الحق في الكراء 97
المطلب الأول: تفويت الحق في الكراء 98

الفقرة الأولى: أشكال تفويت حق الكراء 99
أولا: صور تفويت الحق في الكراء..... 100
ثانيا: مسطرة تفويت الحق في الكراء..... 104
ثالثا: إشعار المكري..... 108
الفقرة الثانية: آثار تفويت الحق في الكراء 112
أولا: آثار تفويت الحق في الكراء المنجز بطريقة قانونية..... 112
ثانيا: آثار تفويت الحق في الكراء المنجز بطريقة غير قانونية..... 116
المطلب الثاني: الكراء من الباطن كتصرف يرد على الحق في الكراء 119
الفقرة الأولى: شروط ممارسة الكراء من الباطن..... 121
أولا: الالتزام باحترام الشرط المانع للكراء من الباطن 121
ثانيا: كيفية إبرام عقد الكراء من الباطن..... 124
الفقرة الثانية: إخبار المكري بعقد الكراء من الباطن 125
المبحث الثاني: الأبعاد الحمائية للمكتري أثناء سريان عقد الكراء التجاري 135
المطلب الأول: الحق في تجديد عقد الكراء المقابل لحق إنهائه..... 137
الفقرة الأولى: تجديد عقد الكراء التجاري 138
الفقرة الثانية: إنهاء عقد الكراء التجاري 143
المطلب الثاني: مواكبة الأنشطة الاقتصادية 148
الفقرة الأولى: استغلال المكتري لأنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي 149
الفقرة الثانية: تغيير المكتري للنشاط الممارس بالمحل 152
خاتمة: 155
الملحق:..... 160
لائحة المراجع: 184
الفهرس:..... 195

انتهى بحمد الله وتوفيقه

رابط تحميل جميع الأعداد السابقة لسلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

https://9anonak.blogspot.com/2020/03/Serie-de-recherches-juridiques-universitaires-approfondies.html

الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية تقدم:

سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

العدد
30

ملخص الموضوع

الحق في الكراء كعنصر من عناصر الأصل التجاري في ضوء القانون رقم 49.16

إعداد الباحث:
السيد الهاشم أوهي

المدير المسؤول:
ذ. محمد القاسمي

منشورات مجلة الباحث - جميع الحقوق محفوظة®
majalatlbahit@gmail.com
الرقم الدولي المعياري للدورية
ISBN: 978-9920-36-139-2