ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

الأساس القانوني لشفعة الأصل التجاري في ضوء القانون المغربي

The Legal Basis for the Pre-emption of a Going Concern in the Light of Moroccan Law

الدكتورة فاطمة الزهراء أباتراب

أستاذة بكلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول بسطات

مختبر قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والسياسية بسطات

الأستاذ ياسين أباتراب

أستاذ بهيئة المحامين بالدار البيضاء – باحث في سلك الدكتوراه

ملخص:

إن الطبيعة القانونية للأصل التجاري باعتباره مالاً منقولاً معنوياً، هي ذاتها المرتكز الأساسي الذي استندنا إليه للقول بعدم إمكانية إخضاعه لأحكام الشفعة المنظمة بموجب مدونة الحقوق العينية؛ ذلك أن المشرع المغربي حصر نطاق تطبيق الشفعة صراحة في العقارات والحقوق العينية الأصلية القابلة للتداول، وهو ما يخرج الأصل التجاري وعناصره من نطاق تطبيقها. وبالمقابل، فإن جميع أنواع المنقولات – سواء كانت مادية أو معنوية – كالأصول التجارية المملوكة على الشياع، يمكن استشفاعها، استناداً إلى المقتضيات العامة لظهير الالتزامات والعقود المغربي، غير أن هذه المقتضيات العامة لا تتلاءم والخصوصية التجارية والائتمانية للأصل التجاري، مما يقتضي تدخلاً تشريعياً لتنظيم أحكام استرداد أو شفعة الأصل التجاري بموجب مقتضيات خاصة وضمن مدونة التجارة.

كما أن توابع الأصل التجاري يمكن أيضاً المطالبة بتملكها عن طريق حق استرداد الحصة الشائعة عن طريق الشفعة، سواء تم ذلك بالتزامن مع استرداد الأصل التجاري في الوقت نفسه، أو بشكل مستقل عنه، كلما توفرت في هذه التوابع الشروط القانونية التي نظمها الفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

الكلمات المفتاحية: حق الشفعة – الطبيعة القانونية للأصل التجاري – توابع الأصل التجاري – عناصر الأصل التجاري – الحقوق العينية – منقول معنوي

Abstract

The legal nature of the business concern as an intangible movable asset serves as the primary foundation for our argument that it cannot be subjected to the rules of pre-emption regulated under the Code of Real Rights; this is because the Moroccan legislator has expressly restricted the scope of pre-emption to real estate and negotiable original real rights, thereby excluding the business concern and its elements from its application.Conversely, all types of co-owned movable assets—whether tangible or intangible, such as a business concern—may be subject to the right of withdrawal (redemption of undivided shares) based on the general provisions of the Moroccan Dahir of Obligations and Contracts (Article 974). However, these general provisions do not align with the unique commercial and credit-based nature of the business concern, which necessitates a legislative intervention to regulate the pre-emption or redemption of the business concern through specific provisions within the Commercial Code.

Furthermore, business accessories may also be claimed through the right of withdrawal (redemption of undivided shares), either concurrently with the business concern itself or independently of it, provided that such accessories meet the legal requirements regulated under Article 975 of the Moroccan Dahir of Obligations and Contracts.

Keywords: Right of Withdrawal - Legal Nature of the Business Concern- Business Accessories- Elements of the Business Concern- Real Rights- Incorporeal Chattel .

جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

مقدمة

الأصل أن الشفعة تشكل إحدى الوسائل القانونية التي تهدف إلى حماية الشريك على الشياع أيا طانت صفته أو طبيعته[1] وإعطائه الأولوية في الحلول محل شريكه الذي نقل بعوض حصته المشاعة معه إلى الغير، أي أنها تمكنه من الحلول محل المشفوع منه في الحقوق والالتزامات الناشئة عن انتقال الحق إليه، وفق الشروط والضوابط التي يحددها القانون.

وتكتسي الشفعة أهمية خاصة بالنظر إلى الدور الذي تضطلع به في تحقيق الاستقرار للملكية الشائعة، وتفادي النزاعات التي قد تترتب على دخول الأغيار إليها.

وإذا كانت الشفعة قد ارتبطت وفقا للمذهب المالكي بالأموال العقارية[2]، فإن التطورات الاقتصادية والتجارية الحديثة أفرزت أنواعا جديدة من الأموال ذات القيمة الاقتصادية الكبرى، وفي مقدمتها السفن والطائرات والعديد من الأصول التجارية[3] هذه الأخير التي تشكل إحدى الدعائم الأساسية للنشاط التجاري، بالنظر إلى ما يتضمنه من عناصر مادية ومعنوية[4] تساهم في استقطاب الزبناء، وضمان استمرارية الأصل التجاري.

غير أن تحديد الطبيعة القانونية للأصل التجاري يثير إشكالا قانونيا يتعلق بمدى إمكانية إخضاعه لأحكام الشفعة، خاصة في الحالة التي يكون فيها مملوكا على الشياع، ويقوم أحد الشركاء بتفويت حصته فيه إلى الغير، أو يقدمه حصة في شركة. فهل يمكن لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة واسترداد الحصة المبيعة من الأصل التجاري، أم أن الطبيعة القانونية للأصل التجاري تحول دون ذلك؟

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في اعتبارات نظرية وعملية متعددة. فمن الناحية النظرية، تطرح إشكالية التوفيق بين قواعد الشفعة باعتبارها نظاما استثنائيا يحد من حرية التصرف أي من سلطان الإرادة، وبين خصوصية الأصل التجاري. أما من الناحية العملية، فتبرز أهميتها أولا بالنظر إلى كثرة حالات الشيوع التي ترد على **المنقولات** ذات القيمة المالية المرتفعة كالسفن

---

1 - لقد اعتبر الفقيه ابن معجوز أن الشريك على الشياع يستحق الشفعة سواء كان مسلما أو غير مسلم، وسواء كان شخصا ذاتيا أو اعتباريا، وسواء كان راشدا أو قاصرا له نائب شرعي.

محمد ابن معجوز، الشفعة في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، الصفحة 356.

والاطلاع حول تعريف الشفعة أنظر : العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2015، الطبعة الأولى الصفحة 33 وما يليها.

2 - لقد ذهب الفقه المالكي أنه لا شفعة إلا في الأموال العقارية، ولا شفعة في المنقول، إلا بالنسبة للثمار المملوكة على الشياع، سواء بيعت مع العقار المشاع أو بيعت لوحدها، وذلك لقول ابن عاصم في تحفته: **وفي الأصول شفعة ما شرع..... في ذي الشياع وبحد تمتنع**

محمد ابن معجوز، مرجع سابق، الصفحة 355.

أنظر أيضا : -شكير الفتوح، مقاربة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقه المالكي والاجتهاد القضائي المغربي، المنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014 الصفحة 170.

وقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن الشفعة ثابتة في كل شيء حتى في الثوب لما رواه الترميذي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعا: الشريك شفيع والشفعة في كل شيء، ورواه مرسلا وصحيح المرسل. وقال ابن قدامة في معرض كلامه بالشفعة في المنقولات.

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 18، 1987، الصفحة 31

3 - نظم المشرع المغربي الأصل التجاري في الكتاب الثاني من مدونة التجارة الصادرة بموجب القانون 95.15 الصادر بتاريخ 1996/08/01 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 1996/10/03، الصفحة 2187.

وقد تم تعديل مدونة التجارة بموجب مجموعة من القوانين كان آخرها القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة الصادر بتاريخ 17 أبريل 2019، المنشور في الجريدة الرسمية عدد، 6771 بتاريخ 22 أبريل 2019، الصفحة 2058.

4 - تنص المادة 80 من مدونة التجارة على ما يلي : **" يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية. ويشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والرخص وعالمات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقة بالأصل".**

جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

والطائرات[5]، التي أقر المشرع بقابليتها للشفعة، وما يترتب عن انتقال الحصص المشاعة فيها إلى الأغيار من آثار قد تؤثر على الاستقرار داخل المشروعات التجارية، وثانيا لأن القيمة المالية للعديد من الأصول التجارية تكون مرتفعة، كما يمكن أن تكون مملوكة على الشياع. وبناء عليه، إلى أي حد يمكن ممارسة حق الشفعة على الأصل التجاري وتوابعه في ظل قصور التشريع المغربي الحالي وغياب مقتضيات خاصة بها في مدونة التجارة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية، من قبيلها :

هل تبرر الطبيعة القانونية للأصل التجاري إمكانية استبعاده من مجال تطبيق الشفعة؟

وهل خضوع بعض المنقولات ذات القيمة المالية المرتفعة كالسفن والطائرات لأحكام الشفعة يبرر تمديد هذه الأحكام إلى الأصل التجاري؟

لمعالجة هذه الإشكالية، سيتم اعتماد تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: مدى إمكانية شفعة الأصل التجاري استنادا إلى مدونة الحقوق العينية

المطلب الثاني: مدى إمكانية شفعة الأصل التجاري استنادا إلى ظهير الالتزامات والعقود

---

5 - في هذا الإطار أنظر المادة 43 من القانون رقم 40.13 المتعلق بالطيران المدني التي تنص على أنه :" **يمكن لكل مالك حصة في طائرة أن يبيع حصته دون قبول الشركاء الآخرين، غير أنهم يحق لهم تطبيق نظام الشفعة"، وعليه، إذا كانت الطائرة مملوكة على الشياع، فإن بيع أحد الشركاء لحصته للغير يمنح باقي الشركاء حق استرداد تلك الحصة بالشفعة، على الرغم من أن الطبيعة القانونية للطائرات هي أملاك منقولة، إذ تنص المادة 39 من نفس القانون على ما يلي : " الطائرات أملاك منقولة تخضع للقواعد القانونية العامة مع مراعاة القواعد الخاصة المنصوص عليها في أحكام هذا الباب".**

القانون رقم 40.13 المتعلق بالطيران المدني، الصادر بتاريخ 2016/05/24، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6470، الصادرة بتاريخ 26-01-2023، الصفحة.3274

ولا توجد في القانون أعلاه نصوص خاصة تنظم إجراءات الشفعة الواردة على الطائرات على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للشفعة العقارية في مدونة الحقوق العينية، على الرغم من أن القيمة المالية للطائرات قد تفوق في العديد من الأحيان تلك المقررة للحقوق العينية. =

= - فالقانون رقم 40.13 المتعلق بالطيران المدني اقتصر على تقرير الحق في الشفعة، دون أن يحدد أجل ممارسة حق الشفعة، أو كيفية إعلان الرغبة في الأخذ بها، ووجوب إيداع الثمن، المحكمة المختصة في ذلك، والآثار المترتبة على الحكم بالشفعة. ومن تم يثور التساؤل حول النصوص الواجبة التطبيق.

كما تم تنظيم **شفعة السفن** في القانون المغربي بشكل يختلف عن شفعة الطائرات. فالمشرع البحري لم يكتف بتقرير الحق في الشفعة، بل نظم أحكامه بنصوص خاصة في قانون التجارة البحرية المغربي الصادر بتاريخ 31 مارس 1919، وقد تم تغيير وتتميم مقتضيات هذا التشريع بموجب عدة قوانين أساسية نُشرت في الجريدة الرسمية، من أبرزها: القانون رقم 46.12 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6466 بتاريخ 19 ماي 2016.

وتتمثل أهم النصوص القانونية **المنظمة لشفعة السفن** فيما يلي:

- **الفصل 76 من قانون التجارة البحرية، الذي ينص على أنه: "إذا كانت السفينة مملوكة على الشياع، فإن كل شريك يملك حق بيع حصته، غير أن باقي الشركاء يتمتعون بحق الشفعة"، وبذلك يقرر المشرع صراحة حق الشفعة لفائدة الشركاء في ملكية السفينة.**
- **الفصل 77 من قانون التجارة البحرية، الذي ينظم كيفية ممارسة الشفعة، حيث يوجب تبليغ البيع إلى الشركاء، وتمكينهم داخل أجل معين ممارسة حقهم في الشفعة، وحلول الشفيع محل المشتري بعد أداء الثمن والشروط المتفق عليها.**

جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

المطلب الأول: مدى إمكانية شفعة الأصل التجاري استنادا إلى مدونة الحقوق العينية

تتمثل الأموال القابلة للشفعة وفقا لمدونة الحقوق العينية، في الأموال العقارية سواء كانت قابلة للقسمة أو غير قابلة لها، والحقوق العينية القابلة للتداول[6]، والتي تتمثل في حق الملكية[7]، حق الارتفاق[8]، حق الانتفاع[9]، حق السطحية[10]، حق الكراء

---

6 -أنظر المادتان 292 و 288 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2011، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، الصفحة 5587، وقد عرف هذا القانون مجموعة من التعديلات، آخرها:
القانون رقم 44.23 القاضي بتغيير المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، الصادر بتاريخ 6/08/0 2024، الجريدة الرسمية عدد 7328 بتاريخ 22/ 08/2024 الصفحة 573.

7 -حق الملكية وفقا للمادة 14 من مدونة الحقوق العينية هو الحق الذي يخول لصاحبه دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيده في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.
وقد نظم المشرع حق الملكية في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول، في المواد من 14 إلى 36 من مدونة الحقوق العينية
وبالرجوع للمادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية يتبين أن حق الملكية هو أول حق نص عليه المشرع، أي قبل باقي الحقوق العينية الأخرى، لأنها تتفرع عنه.
وللمزيد من الاطلاع بخصوص حق الملكية العقارية سواء كانت منفردة أو مشاعة أنظر : - أمينة مبروك مهلاوي، مدخل لدراسة النظام العقاري المغربي، مقاربة قانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2018، الصفحة 56 وما يليها.

8 - وفقا للمادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية، يعتبر الارتفاق من بين الحقوق العينية الأصلية، وقد عرفته المادة 37 من نفس المدونة بأنه: " الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر"
وقد تم تنظيم أحكام الارتفاق في المواد من 37 إلى 69 من مدونة الحقوق العينية..
وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق، 2013- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، لجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، الصفحة 53 وما يليها- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقا القانون رقم 39.08، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018.

9 - عرفت المادة 79 من مدونة الحقوق العينية حق الانتفاع باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع".
وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 79 إلى 104 من مدونة الحقوق العينية.
وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق - العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، الصفحة 13 وما يليها- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

10 - عرفت الفقرة الأولى من المادة 116 من مدونة الحقوق العينية حق السطحية باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " السطحية حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير. وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية".
وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 116 إلى 120 من مدونة الحقوق العينية.
وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، لجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، الصفحة 9 وما يليها- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

الطويل الأمد[11]، حق الحبس[12]، حق الزينة[13]، حق الهواء والتعلية[14]، إضافة إلى الحقوق العرفية التي نشأت بوجه صحيح قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق[15].

11 - لم تعرف مدونة الحقوق العينية المقصود بحق الكراء الطويل الأمد، وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 121 إلى 129 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، لجزء الثالث، مرجع سابق، الصفحة 117 وما يليها- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق.

12 - لم تعرف مدونة الحقوق العينية حق الحبس، بل أحالت على تطبيق مقتضيات مدونة الأوقاف، إذ تنص المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: " تطبق على حق الحبس ا لأحكام الواردة في مدونة الأوقاف".

وتعرف المادة الأولى من مدونة الأوقاف الوقف بأنه: " الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.

يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا".

الظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الأوقاف والصادر في 8 ربيع الأول 1431 الموافق لـ 23 فبراير 2010 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1431 الموافق لـ 14 يونيو 2010.

وللاطلاع حول خصوصيات حق الحبس أنظر: أمينة مبروك مهلاوي، مرجع سابق، الصفحة 365 وما يليها.

13 - عرفت المادة 131 من مدونة الحقوق العينية الزينة باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء، الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير".

وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 131 إلى 139 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مرجع سابق، الصفحة 103 وما يليها.

14 - عرفت المادة 138 من مدونة الحقوق العينية حق الهواء والتعلية باعتباره من بين الحقوق العينية الأصلية بأنه: " حق الهوا ء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة".

وقد تم تنظيم أحكامه في المواد من 138 إلى 141 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على خصوصيات هذا الحق العيني: أنظر: إدريس الفاخوري، مرجع سابق- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مرجع سابق، الصفحة 141 وما يليها.

15 - أما بشأن الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ، فلم تنظمها مدونة الحقوق العينية، وإنما اكتفت فقد بالإشارة إلى هذه المسألة في الفقرة الأخيرة من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية.

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

كما يعتبر الرهن الحيازي والرسمي[16] من بين الحقوق العينية التبعية القابلة للتداول[17]، وبالتالي للشفعة، لأن المادة 298 اشترطت فقط القابلية للتداول في الحق العيني، كي يمكن المطالبة بشفعته، على الرغم من أن هذين الحقين العينيين التبعيين لا يقومان بذاتهما، وإنما يستندان في قيامهما على وجود حق شخصي[18]، أي أنها ترتبط بشخص صاحبها، وذلك بخلاف العقوق العينية الأصلية المشار لها أعلاه، التي تقوم بذاتها من غير حاجة إلى أي حق آخر تستند عليه[19].

وبالمقابل، فإن باقي الأنواع الأخرى من الأموال لا تعد قابلة للشفعة وفقا لمدونة الحقوق العينية، لأنها مستثناة بمفهوم المخالفة، ومن بينها نجد الحقوق العينية غير القابلة للتداول أي غير القابلة للتصرف فيها، والتي تتمثل في حق العمرى، إذ تنص المادة 107 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: **" يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته. ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطي أو لوارثه"**، وثانيا حق الاستعمال، إذ تنص المادة 113 من نفس المدونة على ما يلي: **" لا يجوز للمتمتع بحق الاستعمال أن يتصرف فيه"**، وبالتالي فهذه الحقوق العينية لا يمكن تملكها بالشفعة، لأن الشفعة تقتضي وجود تصرف قانوني يؤدي إلى نقل الحق موضوعها من شخص إلى آخر، وهو ما لا يمكن تحققه في هذه الحقوق العينية، وقد ذهب الفقيه ابن معجوز إلى أن سبب عدم إمكانية شفعة حق الاستعمال يرجع إلى أنه حق يرتبط بشخص صاحبه، ولا يقبل الانتقال[20].

وبناء عليه، يُعد تحديد الطبيعة القانونية للأصل التجاري مدخلاً أساسياً للوقوف على مدى إمكانية إخضاعه لنظام الشفعة المنظم في مدونة الحقوق العينية، باعتبار الشفعة مؤسسة قانونية استثنائية مرتبطة في أصلها بالأموال العقارية، ومن تم فإن تكييف الطبيعة القانونية للأصل التجاري له أثر مباشر على تحديد مدى إخضاعه للشفعة وفقا لمدونة الحقوق العينية من عدمه.

---

16 -للمزيد من الاطلاع حول الأحكام والقواعد المنظمة للرهن الرسمي والحيازي، أنظر : محمد العربي مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2017، الصفحات ابتداء من 11.

17 - إن الرهن الرسمي **في مدونة الحقوق العينية قابل للتداول والانتقال**. فالرهن حق عيني تبعي مرتبط بالدين المضمون به، وبالتالي يمكن نقله وتداوله عبر آلية قانونية تسمى **"حوالة الحق المضمون بالرهن"** أو من خلال آليات مالية حديثة مثل **"تسنيد الديون الرهنية"**.

وسندنا فيما سبق هو ما يلي:

- المادة 174 من مدونة الحقوق العينية التي تنص صراحة على فكرة انتقال الرهن وتداوله بقولها: "ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحاً إلا إذا قيد بالرسم العقاري. لا تسري أحكام المادة 4 أعلاه على إنشاء أو **نقل** أو تعديل أو إسقاط **الرهن الاتفاقي**"، إذ أن استخدام المشرع لكلمة **"نقل" الرهن** يؤكد صراحة قابليته للتداول والتفويت من دائن مرتهن إلى دائن آخر.
- الفصل 200 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي : **" حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له بما فيها : 2 – الرهون الرسمية بشرط صريح، ".**
- الفصل 225 من نفس الظهير بالمتعلق بمقتضيات الإنابة، والتي تحيل على تطبيق الفصل 200 أعلاه.
- **القانون رقم 33.06** المتعلق بتسنيد الأصول: يسمح للمؤسسات البنكية بتحويل وتداول ديونها المضمونة برهون رسمية عقارية وتحويلها إلى **سندات مالية قابلة للتداول** في سوق الرساميل، وهو ما يمنح الرهن العقاري مرونة تداولية عالية لتوفير السيولة.

القانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيد الأصول، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.95 بتاريخ 20 أكتوبر 2008، **كما تم تغييره وتتميمه بموجب القوانين رقم 119.12 ، ورقم 05.14، ورقم 69.17.**

وفي نفس الاطار ذهب الفقيه ابن معجوز إلى أنه يمكن شفعة الرهن الحيازي في ظل القانون المغربي في الحالة التي يرهن فيها شخص ملكه لشخص، فيموت قبل حلول أجل الذين وتنتقل ملكية الحق العيني الثابت للدائن على الرهن إلى ورثته، ويصبحون مالكين لحق الرهن ملكية مشاعة بينهم كل على قدر نصيبه من الدين، أو أن يرهن شخص ملكه لشخصين أو أكثر لمدة معينة فيكتسب هؤلاء المرتهنون حقا عينيا مشاعا على الشيء المرهون يقدر نسبة دين كل واحد منهم لمجموع الدين، ويكون الراهن قد أذن لهم صراحة في الانتفاع بالشيء المرهون خلال مدة الرهن، فإذا باع أحد المرتهنين حقه العيني الذي له في الرهن، فيحق لباقي المرتهنين أن يشفعوه.

محمد ابن معجوز، مرجع سابق، الصفحة 281.

18 - في هذا الإطار أنظر المادة 10 من مدونة الحقوق العينية.

وللاطلاع على بعض الفروق بين الحق العيني والحق الشخصي أنظر : أبو بكر مهم، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2021، الصفحة 35.

19 - أنظر الفقرة الأولى من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية.

20 - محمد ابن معجوز، مرجع سابق، الصفحة 377.

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

فالأصل التجاري وفقا لنظرية الملكية المعنوية[21] مال منقول معنوي، يدخل في الذمة المالية لصاحبه، ويحتج به على الكافة، ويحميه من الاعتداءات[22]، وهو عبارة عن وحدة مستقلة قائمة بذاتها، وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في مدونة التجارة، لما اعتبرت في مادتها 79 أن الأصل التجاري هو: " مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة النشاط التجاري أو عدة أنشطة تجارية". كما أن قانون المسطرة المدنية الجديد[23] سار في نفس الطرح لما اعتبره منقولا، إذ نظم إجراءات الحجز التنفيذي على الأصل التجاري[24] وإجراءات بيعه[25] ضمن حجز المنقولات[26]، وليس حجز العقارات[27]، التي تم تنظيم المقتضيات المتعلقة بها بعد تلك المتعلقة بحجز المنقولات.

ويترتب على ذلك أن الأصل التجاري وحدة قانونية قابلة للتداول بالبيع والرهن والإيجار، دون أن تنطبق عليه صفة العقار أو الحق العيني القابل للتداول أو تخضعه لنظامه القانوني.

---

21 - بالإضافة إلى نظرية الملكية المعنوية هناك نظريتان حاول أصحابها تحديد الطبيعة القانونية للأصل التجارية، واللتان كانتا سابقتين على نظرية الملكية المعنوية، وتتمثلان فيما يلي :

أولا : نظرية الذمة المستقلة أو المجموع القانوني للأموال :

ذهب البعض إلى القول بأن الأصل التجاري يعتبر مجموعا قانونيا من الأموال يستثمر في الغرض الذي خصص له، ويتكون هذا المجموع في جانبيه الإيجابي والسلبي من الحقوق والديون الناشئة عن هذا الاستثمار

امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن، الصفحة 188.

وتسعى هذه النظرية إلى تخصيص الأصل التجاري لضمان الديون التجارية للتاجر، وذلك زيادة في الضمان لدائنيه حتى لا يجد هؤلاء أنفسهم مزاحمين بالدائنين العاديين، فيتدعم بذلك الائتمان التجاري، وهي تصل إلى هذه الغاية عن طريق إحداث فصل بين الذمة التجارية للتاجر وبين ذمته المدنية التي تظل مخصصة لضمان ديونه المدنية

فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، الصفحة 174 وما يليها.

وهذا ما جعل هذه النظرية تتعارض مع مبدأ وحدة الذمة المالية، إذ يرتكز هذا المبدأ على عدم الاعتراف للشخص الواحد بذمة مالية واحدة، تشمل الحقوق التي تنشأ لفائدته وتتحمل في مقابل ذلك كافة الديون المترتبة عليه دون تمييز بين ما إذا كانت هذه الديون تجارية أو مدنية، وهذا ما تبناه المشرع المغربي في الفصل 1241 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي : " أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأسبقية".

ظهير الالتزامات والعقود الصادر بتاريخ 1913/08/12، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 8 دجنبر 1913، الصفحة 78، وقد عرف هذا الظهير مجموعة من التعديلات، كان آخرها : القانون رقم 40.24 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 573، الصادر بتاريخ 2024/08/07الجريدة الرسمية عدد 7328 بتاريخ 22 غشت 2024، الصفحة 5362.

ثانيا : نظرية المجموعة الواقعية للأموال :

أمام عدم إمكانية اعتبار الأصل التجاري مجموعة قانونية من الأموال، على غرار الذمة المالية لما ينطوي عليه من تعارض مع مبدأ وحدة الذمة المالية، فإن جانبا من الفقه قد ذهب إلى القول أن الأصل التجاري لا يعد ذمة مستقلة عن ذمة صاحبه، وإنما يعتبر مجموعا واقعيا من الأموال من نوع خاص، يتم رصدها بهدف تحقيق غرض مشترك يتمثل في استغلال الأصل التجاري مع احتفاظ كل عنصر من العناصر التي يتكون منها الأصل بطبيعته وخصائصه التي تميزه عن غيره

فؤاد معلال، مرجع سابق، الصفحة 175.

فالأصل التجاري وفقا لهذه النظرية لا يعد مالاً واحداً، بل هو مجموعة أموال مادية ومعنوية مرتبطة بوظيفة اقتصادية واحدة، وتستند هذه النظرية على أن: عناصر الأصل التجاري مستقلة قانونياً- يمكن التصرف في كل عنصر من عناصرها على حدة- لا توجد وحدة مادية حقيقية تجمع عناصره.

وبالتالي فإن الأصل التجاري ليس مالاً بالمعنى الدقيق، وإنما هو "كتلة قانونية وظيفية" تهدف إلى تحقيق استمرارية النشاط التجاري.

22 - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966، الصفحة 416.

23 - القانون رقم 25.58 المتعلق بقانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 2026/02/11، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 7485، بتاريخ 2026/02/23، الصفحة 1220.

24 - أنظر المادة 525 من قانون المسطرة المدنية الجديد.

25 - أنظر المواد من 526 إلى 534 من قانون المسطرة المدنية الجديد.

26 - أنظر **ثانيا** من الفرع الثاني من الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية.

27 - أنظر **ثالثا** من الفرع الثاني من الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية.

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

فالأصل التجاري لا يعتبر إذن عقاراً أو حقا عينيا عقاريا، بل هو مال منقول ذو طبيعة خاصة، لأنه لا يقوم على عنصر مادي واحد ثابت، وإنما على مجموعة من العناصر التي يعتبر بعضها غير مادي، مثل الزبناء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الكراء، والبعض الآخر مادي كالبضائع والتجهيزات.

ويترتب عن هذا التكييف القانوني للأصل التجاري مجموعة من الآثار القانونية، أهمها:

-خضوعه لقواعد المنقولات لا العقارات.

-انتقاله يتم وفق إجراءات تجارية خاصة.

-إمكانية رهنه وبيعه دون التقيد بقواعد رهن وبيع الملكية العقارية[28].

وعليه، فمادام الأصل التجاري مال منقول معنوي، فإنه لا يمكن إخضاعه لأحكام الشفعة الواردة في مدونة الحقوق العينية، لأن الشفعة المنظمة فيها تنطبق فقط على الحقوق العينية القابلة للتداول، وهذا ما أقرته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، لما اعتبرت ما يلي: " وحيث إن ظهير 2 يونيو 1915 الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة والمنسوخ بمقتضى القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية يتعلق بالشفعة في العقار أمام الشفعة في المنقول **فينظمها قانون الالتزامات والعقود** والذي أجاز ممارسة حق الشفعة في المنقول ومن ضمنها الأصول التجارية باعتبارها مال منقولا معنويا"[29]، مما يفيد أن هذا المقرر قد ميز هيكليا بين الأحكام الموضوعية للشفعة العقارية وتلك الواردة على المنقول؛ فبينما ينحصر نطاق الظهير المنسوخ الصادر في 2 يونيو 1915، وكذا القانون الحالي رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، في تنظيم الشفعة الواردة على الحقوق العينية القابلة للتداول، تظل القواعد العامة للمنقولات محكومة بأحكام ظهير الالتزامات والعقود.

وينبني هذا التوجه القضائي على معيار الطبيعة القانونية للمال المشاع؛ إذ أن تصنيف الأصل التجاري كمالٍ منقول معنوي يخرجه بقوة القانون من نطاق المقتضيات المطبقة على الحقوق العينية، ليدخله في النطاق الكلي لظهير الالتزامات والعقود، وهو ما يمنح الشركاء مكنة ممارسة الشفعة لرفع ضرر الشياع في المنقول دون اشتراط طبيعة عقارية للمال المفوت، **الأمر الذي يفيد وفقا لهذا المقرر أن ظهير الالتزامات والعقود يعتبر هو الأساس القانوني المنظم لشفعة الأصل التجاري، ولكن إلى أي حد يعتبر هذا التوجه صائبا؟**

المطلب الثاني: مدى إمكانية شفعة الأصل التجاري استنادا إلى ظهير الالتزامات والعقود

سنناقش في هذا الإطار مدى قابلية تملك الحصة الشائعة من الأصل التجاري بالشفعة إذا تم تفويتها للغير، استنادا إلى مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود، باعتباره ينظم في بعض مقتضياته القواعد العامة للشفعة، وإذا كان الجواب إيجابا، فهل عمومية القواعد التي ينظمها تتلاءم مع خصوصية وطبيعة الأصل التجاري؟

أولا: مدى إمكانية شفعة الأصل التجاري استنادا إلى اعتباره ملكية مستقلة

استنادا إلى الفقرة الأولى من الفصل 974 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على ما يلي: **" إذا باع أحد المالكين على الشياع لأجنبي حصته الشائعة، جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم، في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع. ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة"**، مما يفيد أن المشرع في هذا المقتضى لم يحدد طبيعة أو أنواع الأموال التي يمكن شفعتها، الأمر الذي يفيد أن جميع أنواع الأموال سواء كانت عقارية أو منقولة ذات طبيعة مادية أو معنوية كالأصل التجاري يمكن شفعتها، أي أنه لا يوجد مانع قانوني يمنع أو

28 - إن بيع ورهن الملكية العقارية منظمة بموجب المادة الرابعة والقسم الثاني من الكتاب الأول من مدونة الحقوق العينية.

29 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 3867، الصادر بتاريخ 2017/07/03، ملف عدد 2017/8205/2339، غير منشور.

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

يحول دون إخضاع الأصل التجاري لأحكام الشفعة، مادام النص أعلاه جاء عاما، ولم يرد عليه أي استثناء أو قيد يحد من عموميته، إذ نص على عبارة " **حصته الشائعة**" دون تحديد طبيعتها القانونية.

أي أن النص أعلاه لم يقيد ممارسة الشفعة بطبيعة المال، فلم يحصرها في المال العقاري، ولم يستثنِ منها المال المنقول. وبما أن القاعدة الفقهية والتفسيرية المستقرة تنص على أن **"المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده"**، فإن الشياع الوارد في النص يمتد قانوناً ليشمل الملكية الشائعة سواء وردت على عقار، أو على منقول مادي، أو على منقول معنوي كالأصل التجاري بكل مشتملاته.

فإذا كان الأصل التجاري مملوكا على الشياع من طرف شخصين أو أكثر، وباع أحدهم حصته الشائعة للغير فلباقي الشركاء على الشياع حق ممارسة الشفعة، وهذا ما أقرته محكمة النقض، لما اعتبرت ما يلي: " حقا لقد صح ما نعاه الطالبان على القرار، ذلك أن الطلب يروم استحقاق شفعة الحصة المبيعة موضوع الأصل التجاري من المطلوب الأول في النقض. وأن المحكمة مصدرة القرار ردت الطلب بعلة (انه بالرجوع إلى أوراق الملف يلفى ان البيع المنصب على الحصة المطلوب شفعتها تم تقييده بالسجل التجاري بتاريخ 2013/01/23 وتقديم العرض العيني لواجبات الشفعة كان بتاريخ 2014/01/22 وان المستأنف عليهما لم يرفقا مقالهما بما يفيد إشعار المشفوع منهما برغبتهما في الأخذ بشفعة الحصة المبيعة لهما. كما أنهما لم يتقدما بإيداع واجبات الشفعة داخل اجل سنة من تاريخ تسجيل المبيع بالسجل التجاري ولم يتقدما بإيداعها الا بتاريخ 2014/03/23 الأمر الذي يكونان معه قد أخلا بالشرطين الأساسيين للأخذ بالشفعة. وهما إبداء الرغبة في الاستشفاع وعرض واجبات الشفعة وإيداعها داخل الأجل القانوني (.) وهي بذلك اعتبرت شفعة الحصة المبيعة للأصل التجاري لا تتحقق إلا بالشرطين المشار اليهما اعلاه دون الإشارة إلى المقتضيات القانونية التي طبقتها حتى تتمكن محكمة النقض من مراقبة حسن تطبيق القانون، كما أنها لم تجب عما ضمن بمحضر العرض العيني المؤرخ في 2014/01/22 والمعبر فيه عن رغبة الطالبين في ممارسة حق الشفعة في الحصة المبيعة سلبا أو إيجابا فجاء قرارها على النحو المذكور غير مرتكز على اساس ومنعدم التعليل لذا يتعين نقضه"[30].

وتطبيقا لذلك، يشترط للاستفادة من تطبيق أحكام الشفعة على الأصل التجاري توفر مجموعة من الشروط، والتي تتمثل فيما يلي

-**أن يكون الأصل التجاري مملوكا على الشياع**، وهذا ما نستنبطه من الفقرة الأولى من المادة 81 من مدونة التجارة التي تنص على ما يلي: " يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة أو **تخصيصه بالقسمة** أو بالمزاد، بعقد رسمي أو عرفي. ..."، إذ لو لم تكن إمكانية تملكه على سبيل الشياع ممكنة لما نص المشرع على إمكانية قسمته في هذا المقتضى. وإمكانية تملك الأصل التجاري شياعا واردة أيا كان أصل تملكه، أي سواء كان هذا المصدر إرثا أو تقديما لحصة في الشركة على سبيل التمليك مثلا[31].

وهذا الشرط يتطلبه القضاء عند بته في مدى قابلية تملك الأصل التجاري بالشفعة، إذ اعتبرت محكمة النقض ما يلي: " حيث أن تسجيل الشريك اسمه وحده في السجل التجاري لا يكسبه ملكية الأصل التجاري كله، وأن بيع الشريك الذي سجل اسمه في السجل التجاري كمالك وحيد للأصل التجاري لا يعتبر صحيحا، ولا ينفذ تجاه شريكه إلا إذا أجازه سواء كان المشتري حسن النية أو سيئها"[32].

-**أن يتم نقل ملكية الحصة المشاعة في الأصل التجاري بمقابل أي بعوض**، لأن فالفقرة الأولى من المقتضى أعلاه بينت أن للشفعة محل كلما كان التصرف الذي أدى لنقل حصة شائعة منها للغير هو إما معاوضة أو بيع.

30 - قرار محكمة النقض عدد 2/312 بتاريخ 2019/04/18، ملف تجاري عدد 2017/2/3/648، غير منشور.

31 - للمزيد من الاطلاع حول تقديم الأصل التجاري حصة في الشركة، أنظر: عبد الرحيم شميعة، تقديم الأصل التجارية حصة في شركة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، فاس، 1995.

32 - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 403 بتاريخ 1985/02/30، متاح في مجلة رابطة القضاة، العدد 17/16، مارس 1986، الصفحة 41.

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

وبالمقابل فإذا تم نقل ملكية الحصة الشائعة من الأصل التجاري بدون عوض، عن طريق الهبة[33] مثلا فإنه لا محل للشفعة، إلا إذا تبث أن هذا التصرف كان تحايلا أو صوريا، وهذا ما أخذت به محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء لما اعتبرت ما يلي : " وحيث انه من الثابت من العقد التوثيقي المؤرخ في 11/10/2010 ان المسمى محمد (غ.) وهب للطالب جميع حقوقه المشاعة المتمثلة في النصف إلى جانب المسمى عبد الرحيم (غ.).

وحيث انه لا مجال لتمسك المتعرض ضدهم بكون عقد الهبة المستدل به لإثبات تملك الطالب لنصف الاصل التجاري هو عقد صوري في غياب إدلائهم بما يفيد صورية العقد"[34].

ويندرج تقديم الحصة الشائعة من الأصل التجاري حصة في شركة على سبيل التمليك[35] ضمن التصرفات التي تخول حق ممارسة الشفعة، لأنه تصرف يؤدي إلى نقل ملكية حصة شائعة من الأصل التجاري من مالكه إلى الشركة المقدم إليها، وهذا التقديم شأنه شأن بيعه، وهو ما يعني خروجه من ضمان دائنيه.

بالمقابل فتقديم الحصة الشائعة من الأصل التجاري للشركة على سبيل الانتفاع لا يخول ممارسة حق الشفعة، لأنه يظل في ملكية صاحبه.

-**أن يتم نقل ملكية الحصة الشائعة للغير**، وليس لأحد الشركاء على الشياع، لأن النص أعلاه استعمل حصرا مصطلح " أجنبي"، مما يفيد أنه لا يمكن ممارسة حق الشفعة إذا تم نقل ملكية الحصة المشاعة من الأصل التجاري لأحد الشركاء في حال تعددهم، وهذا الأمر يخالف الشفعة الواردة على الحقوق العينية وفقا لمدونة الحقوق العينية، التي تتيح إمكانية مباشرة حق الشفعة سواء كان المنقولة إليه شريكا أو غيرا[36].

-**أن يكون التصرف الناقل لملكية الحصة الشائعة من الأصل التجاري صحيحا**، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تضمن كل أركانه التي تتمثل في الرضا والمحل والسبب والأهلية، أما الكتابة فلا تعتبر شرطا لانعقاد عقد نقل ملكية الأصل التجاري، وإنما هي شكلية إثبات، لذلك يظل بالإمكان في حال تخلفه إثبات البيع باليمين والإقرار[37]، وبالمقابل فإذا كان العقد الناقل لملكية الحصة الشائعة من الأصل التجاري غير صحيح، فإنه لا حق في الشفعة، لأن ما قام على باطل فهو باطل.

والملاحظ أن المشرع لم يشترط بموجب مدونة التجارة في العقد الناقل لملكية الحصة المشاعة من الأصل التجاري عن طريق البيع أن يكون رسميا، مما يفيد أنه قد يكون عرفيا أيضا.

وبناء عليه، فشفعة الأصل التجاري تجد مشروعيتها النصية في المقتضى أعلاه، الذي يشكل أساسا لحماية انسجام المقاولة التجارية وقوة الأصل التجاري ومنع دخول الغير إليه عبر ممارسة حق الشفعة، ولكن هل معنى تطبيق أحكام الشفعة على الأصل التجاري وفقا للمقتضى أعلاه من ظهير الالتزامات والعقود، أن المشرع قد أحاطها بالتنظيم المحكم الذي يتوافق مع الطبيعة القانونية للأصل التجاري؟ أي هل القواعد القانونية المستنبطة من النص أعلاه تنطبق فقط على الأصل التجاري أم أنها تمتد لتنطبق على كل الأموال؟

---

33 - بالرجوع للفقرة الأولى من المادة 80 من مدونة التجارة نجدها تنص على ما يلي : " كل بيع للأصل التجاري أو تفويت له، وكذا كل تقديم له كحصة في شركة أو كل تخصيص له بالقسمة أو بالمصادقة، يثبت بمحرر رسمي أو عرفي. يودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع"، **مما يبين أنه مادام النص أعلاه استعمل مصطلح " تفويت" بشكل عام، ومادامت الهبة تعتبر من بين التفويتات، فإنه يمكن هبة الأصل التجاري.**

34 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 4898، الصادر بتاريخ 13/10/2021، ملف عدد 2020/8232/1104، غير منشور.

35 - للمزيد من الاطلاع أنظر: فؤاد معلال، مرجع سابق، الصفحة 236 وما يليها.

36 - أنظر الفقرتان الأولى والثالثة من المادة 296 من مدونة الحقوق العينية.

37 - فؤاد معلال، مرجع سابق، الصفحة 199 وما يليها.

جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

بالرجوع للفقرة الأولى من الفصل 974 أعلاه نجد أنها استعملت العبارات التالية " المالكين على الشياع"، " حصته الشائعة"، " **أن يشفعوا هذه الحصة"**، "ولكل من المالكين على الشياع" و**"بنسبة حصته"**. وبالرجوع للفصل 976 من نفس الظهير نجد أنه استعمل العبارات التالية: " **حق المالك على الشياع"**، "**علمه بالبيع الحاصل من المالك**". مما يتبين معه أنه مادام المشرع لم يحدد طبيعة الأموال محل الملكية المشاعة، أي أن نطاقها يمتد ليشمل جميع الأموال التي يمكن تملكها بالشفعة، سواء كانت عقارية أو منقولة.

والمعلوم أن الأحكام، الآثار والطبيعة القانونية للأموال العقارية تختلف اختلافا تاما عن الأموال المنقولة، الأمر الذي يفيد أن منحى المشرع في إخضاع الأصل التجاري لنفس المقتضيات التي تسري على باقي الأموال أن يؤدي إلى عدم الانسجام مع طبيعة الأصل التجاري، الأمر الذي يقتضي تنظيم أحكام شفعة الأصل التجاري بمقتضيات خاصة لا تسري على باقي الأموال المنقولة الأخرى أو العقارية، وذلك كما فعل بشأن شفعة السفن كما رأينا سابقا.

والمعلوم أن الأصل التجاري قد يتكون من مجموعة من الأموال ذات القيمة المالية التي قد تكون مرتفعة أو منخفضة بحسب الأصل التجاري وطبيعة النشاط التي يستغل بموجبه. وتتمثل هذه العناصر في الأموال المنقولة المادية والمعنوية، الأمر الذي نتساءل معه هل يمكن أن تنصب الشفعة على هذه العناصر بشكل مستقل عن الأصل التجاري؟ أم أن شفعتها لا تكون إلا تابعة للأصل التجاري؟

ثانيا: مدى إمكانية شفعة توابع الأصل التجاري

استنادا إلى الفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على ما يلي: " **لا تكون الشفعة فقط في الحصة المبيعة من المالك على الشياع. ولكنها تمتد أيضا بقوة القانون إلى ما يدخل في هذه الحصة باعتباره من توابعها. ويجوز أن تكون الشفعة في توابع الحصة المشاعة وحدها إذا بيعت مستقلة عنها"**، يتبين أنه تجوز شفعة المنقولات التابعة سواء مع الأصول المتبوعة في نفس المطالبة أو بدونها، مما يفيد أن المنقولات التي يمكن شفعتها يتعين أن تتخذ صفة التابع، أما إذا كانت مستقلة غير تابعة فلا يمكن شفعتها.

ويشترط لاعتبار المال المنقول تابعا ما يلي:

-أن يكون مرتبطاً بالأصل ارتباطاً وظيفيا، أي يوجد ارتباط مادي ووظيفي مباشر بين التابع والمال المتبوع، إذ أنه يخول الأصل القيام بوظيفته، أي بدونه يستعصي أو يستحيل عليه القيام بذلك.

-وألا يتمتع باستقلال اقتصادي، لأنه تابع.

-وأن يؤدي فصله عن الأصل إلى الإضرار بالمال الأصلي أو عدم القدرة على استغلاله.

وهذه الشروط لا تنطبق على الأصل التجاري، لأنه ليس تابعاً لعقار أو لحصة مشاعة، بل هو ذمة اقتصادية قائمة بذاتها تتكون من عناصر مستقلة ومتكاملة في آن واحد، كما أنه غير تابع للعقار المستغل عليه، إذ أن الملكية العقارية منفصلة عن ملكية الأصل التجارية باعتباره ملكية تجارية مستقلة.

فالفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود يثير إشكالاً نظرياً حين ينص على امتداد الشفعة إلى ما يدخل في الحصة المبيعة باعتباره من توابعها، التي تتخذ صفة منقول، وهو ما قد يوحي بإمكانية شمول بعض المنقولات ضمن نطاق الشفعة. وبناء عليه، يتضح أن الأصل التجاري لا يمكن اعتباره تابعاً للعقار الذي يستغل فوقه، لأنه يقوم على فكرة الاستقلال الاقتصادي والتنظيم الذاتي للنشاط التجاري، وليس على فكرة الارتباط التبعي، مما قد يوحي ظاهريا أن الأصل التجاري غير قابل للشفعة في هذا الإطار، **لأنه ليس مالا تابعا**، ومن تم، فإن امتداد ممارسة حق الشفعة إلى التوابع وفق الفصل 975 لا يمكن أن يُفسر بما يسمح بإدخال الأصل التجاري ضمن نطاقها، بل يظل هذا الامتداد محصوراً في الحالات التي تتوافر فيها شروط التبعية للأصل.

فالأصل التجاري باعتباره مالاً منقولاً معنوياً مستقلاً، لا يدخل في نطاق الأموال التابعة التي يمكن شفعتها على هذا الأساس، وأن امتداد أحكامها إلى التوابع لا يمكن أن يُطبق عليه باعتباره مالا منقولا معنويا مستقلا لغياب عنصر التبعية فيه، مما يعزز

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

القول بعدم قابلية تطبيق الفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود على الأصل التجاري في كليته، استنادا إلى أنه لا يعتبر من التوابع، ولكن هل يمكن تمديد أحكام هذا المقتضى إلى توابع الأصل التجاري أو مشتملاته؟

إن الفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود يمدد أحكام الشفعة إلى ما يدخل في الحصة المبيعة باعتباره من توابعها، فالشفعة لا تقتصر دائماً على المال الأصلي، بل قد تمتد إلى ملحقاته أو توابعه متى كانت هذه الأخيرة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمال المتبوع، بحيث لا يمكن فصلها عنه دون الإضرار بقيمته أو وظيفته الاقتصادية.

وتطبيقا لذلك، فمادام الأصل التجاري يخضع لقواعد الشفعة وفقا للفصل 974 أعلاه، فإن توابعه تخضع أيضا لها استنادا للفصل 975 إما مع الأصل التجاري في نفس المطالبة أو بشكل مستقل عنه، إذ يمكن لأحد الشركاء على الشياع في الأصل التجاري أن يفوت نصيبه الوارد على عناصره مستقلة عنه، وهو ما يخول لشركائه على الشياع حق شفعتها في مطالبة لا تشمل الأصل التجاري وإنما على العنصر موضوع التفويت فقط.

ومن بين عناصر الأصل التجاري التي يمكن أن تكون ملكيتها مشاعة وتكتسي أهمية قصوى، وبالتالي يمكن تفويتها مستقلة عنه نجد الحق في الكراء، وهذا ما أكده القضاء المغربي لما اعتبر ما يلي : **" لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف أن البيع موضوع طلب الشفعة يتعلق ببيع نصيب من الحق في الكراء المتعلق بالمحل التجاري موضوع الدعوى و الذي يتملكه المطعون ضده بشراكة مع البائع للمستأنفين، و أن بيع الحق في الكراء موضوع النازلة يختلف عن تفويت الحق في الكراء المنظم من طرف المشرع بمقتضى المادة 25 من القانون رقم 16-49، إذ أن هذا القانون يعالج إشكالية ممارسة حق الأفضلية من طرف مالك العقار- المكري عندما يفوت المكتري الحق في الكراء، وهو ما يتضح معه اختلاف إطار الدعوى الحالية عن نطاق دعوى الأفضلية المنظمة بالمقتضى القانوني المذكور، إذ في نازلة الحال يتعلق الأمر بممارسة حق الشفعة ناتج عن تفويت قام به مالك الحق في الكراء على الشياع، و بذلك فإن المال المشاع في نازلة الحال هو الحق في الكراء فقط و بذلك يحق لكل شريك على الشياع متى قام شريكه بتفويت نصيبه من الحق المذكور أن يمارس دعوى الشفعة لاسترداد الشقص المبيع استنادا للفصل 975 من قانون الالتزامات و العقود الذي لم يرد به أي مقتضى يستثني الحق في الكراء من نطاقه، مما يكون معه طلب المطعون ضده مؤسس قانونا و أن المحكمة لم تخرق أي مقتضى قانوني بل طبقت القانون الواجب التطبيق تطبيقا سليما مما يستوجب رد السبب المثار من الطاعنين بهذا الشأن"**[38]، مما يفيد أن هذا المقرر القضائي يرسم الحدود الفاصلة بين حق الأولوية أو الأفضلية وحق ممارسة الشفعة، وذلك منعاً لأي خلط في المراكز الإجرائية؛ إذ يتمايز حق الأفضلية المنظم بموجب المادة 16 من القانون رقم 49.16 المتعلق بالكراء التجاري[39]، عن نظام الشفعة المقرر في القواعد العامة، إذ أن حق الأفضلية يهدف إلى حماية مالك الرقبة (المكري) في مواجهة المكتري المفوت، في حين أن الشفعة في إطار القواعد العامة تهدف إلى حماية الشريك على الشياع من دخول الغير إلى الملكية المشاعة، وهذا التمايز الهيكلي هو ما أكده المقرر أعلاه لما قال بمشروعية الشفعة عند تفويت الحصص المشاعة من الحق في الكراء، مستبعداً تطبيق مقتضيات قانون الكراء التجاري لعدم اتحاد الإطار الموضوعي والسبب؛ فالنزاع بين الشركاء في الحق في الكراء يخرج عن النطاق الحمائي للعلاقة الكرائية بين المكري والمكتري، ليدخل في النطاق الموضوعي الكلي للفصل 975 من ظهير الالتزامات والعقود.

وبالتالي، فإن الاستناد على الفصل 975 أعلاه لا يمكن أن يشكل أساساً قانونياً لشفعة الأصل التجاري في كليته، باعتباره مالا مستقلا، لأن هذا النص يتعلق بشفعة التوابع وليس الأصل، أي يتعلق بحالات التبعية داخل الملكية المشاعة وليس بالذمم الاقتصادية المستقلة.

38 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 4945، الصادر بتاريخ 2025/10/13، ملف عدد 2025/8205/4075، غير منشور.

39

ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
جامعة الحسن الأول سطات
كلية العلوم القانونية و السياسية
مختبر البحث قانون الأعمال

وختاماً، يمكن القول إن البحث في الأساس القانوني لشفعة الأصل التجاري يكشف عن مفارقة تشريعية؛ ففي الوقت الذي تتسم فيه مدونة التجارة بالخصوصية وسرعة التداول، يضطر الفقه والقضاء إلى الرجوع إلى القواعد المدنية التقليدية المنظمة للشفعة لسد الفراغ التشريعي.

ولئن كان التوجهات القضائي قد مددت قواعد ظهير الالتزامات والعقود لتشمل المنقولات المعنوية، فإن غياب نص خاص ينظم آليات شفعة الأصل التجاري يفتح الباب أمام تضارب التأويلات حول شروط وكيفيات ممارستها كالآجال، وإجراءات العرض الحقيقي.

وإن إخضاع الأصل التجاري **للقواعد العامة للشفعة** تترتب عنه جملة من الإشكالات القانونية والعملية، ومن بينها: إضعاف مبدأ استقرار المعاملات التجارية، تعطيل سرعة تداول الأصول التجارية وخلق حالة من عدم اليقين القانوني في السوق الاستثمارية.

ونرى أن هذه الإشكالات تعود بالأساس إلى غياب مقتضيات خاصة تميز الأصل التجاري عن باقي الأموال المشاعة، مما يكرس عدم ملاءمة الأحكام العامة—سواء من حيث الآجال، الإجراءات، أو أسباب السقوط—مع الخصوصية الائتمانية للأصل التجاري. وتتجلى أبرز الثغرات الإجرائية في كيفية تطبيق معيار العلم الذي اعتمده المشرع في ظهير الالتزامات والعقود كنقطة انطلاق لاحتساب أجل سقوط الحق في الشفعة؛ إذ يعد 'العلم' معياراً شخصياً يختلف وقت تحققه من شخص لآخر، مما يؤدي إلى زعزعة الأمن القانوني وإحجام الأغيار عن شراء الحصص المشاعة في الأصول التجارية خوفاً من مباغتتهم بطلبات الشفعة، بناءً على وقائع غير منضبطة وثابتة..

كما أن تقييد الشريك بأجل قصير جداً لدفع الثمن والمصروفات يُعد مقتضى غير ملائم، خاصة في الحالات التي تكون فيها القيمة المالية للحصة الشائعة مرتفعة جداً، مما يحول دون قدرة الشريك على توفير السيولة الكافية لعرضها قانوناً ويحرمه من حقه. علاوة على ذلك، فإن إقصاء 'مصاريف التحسينات' من مشتملات العرض التي يتعين على الشفيع دفعها للمشفوع منه - حيث يقتصر النص على الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة فقط- مما يترتب عنه حرمان المشتري الأجنبي من استرداد ما أنفقه، وبالتالي يحول بينه وبين تطوير الأصل التجاري، مما يدفع الشركاء إلى العزوف عن إجراء أي إصلاحات تحسينية، وهو ما ينعكس سلباً على جودة الاستغلال التجاري وقيمة المقاولة.

ونضيف إلى هذا القصور الإجرائي، غياب آلية واضحة ومُلزمة داخل السجل التجاري لإشهار تصرفات الشركاء المتعلقة ببيع 'الحصة المشاعة' للأغيار، على النقيض من نظام التحفيظ العقاري؛ هذا الفراغ التشريعي يحرم باقي الشركاء من وسيلة رسمية ومؤسساتية للعلم بالتفويت، ويفتح الباب أمام النزاعات حول واقعة بداية احتساب آجال ممارسة الشفعة.

كما أن الآليات التقليدية للتبليغ والعرض الحقيقي للثمن باتت عاجزة عن مواكبة التحول الرقمي للمعاملات التجارية وعصر المقاولات الرقمية، التي تُدار بمرونة وسرعة فائقة لا تتلاءم مع المساطر المدنية التقليدية. وتزداد المعضلة تعقيداً بالنظر إلى تغير القيمة المالية لعناصر الأصل التجاري المعنوية كالزبناء والسمعة التجارية بين تاريخ البيع للأجنبي وتاريخ ممارسة حق الشفعة؛ إذ تتميز هذه العناصر بعدم الاستقرار والتأثر المباشر بالنزاعات، مما يجعل الالتزام بالثمن المذكور في العقد مجحفاً في حق أحد الأطراف، إذا ما عرفت قيمة الأصل هبوطاً حاداً أو صعوداً خلال فترة النزاع، وهو ما يتطلب إقرار آلية للخبرة التجارية لتقييم الحصة وقت ممارسة الشفعة.

وتأسيساً على ما تقدم، نقترح:

- ضرورة تدخل المشرع المغربي لتنظيم القواعد الموضوعية لشفعة الأصل التجاري ضمن مقتضيات خاصة بمدونة التجارة، وإفراد قواعدها الإجرائية في قانون المسطرة المدنية، وذلك تماشياً مع خصوصيته الذاتية؛ إذ لا يمكن أن تسري عليه نفس الأحكام العامة للمنقولات المادية، أسوة بما نهجه المشرع في مدونة الحقوق العينية بشأن الشفعة الواردة على الحقوق العقارية، أو في القانون البحري بخصوص شفعة السفن.

Volume 11 issue 4
N:65 August 2026
مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires
www.Droitetentreprise.com
ISSN:2509-0291
DOI
https://doi.org/10.63585/OZSP2793

-إرساء قواعد خاصة تضمن وضع آجال قصيرة ومحددة لممارسة حق الشفعة، تماشياً مع خصوصية المادة التجارية التي لا تلائمها الآجال الطويلة للقواعد العامة

-وكبديل تشريعي متطور، نقترح استبدال مصطلح 'الشفعة' بمفهوم تجاري حديث وهو "حق الأولوية" أو الأفضلية، ينظم صراحة داخل مدونة التجارة، ويمنح الشركاء بقوة القانون حق شراء حصة شريكهم قبل تفويتها للأغيار، بآجال قصيرة، وبإجراءات مبسطة تضمن استقرار المقاولة التجارية وتحمي الائتمان.

❖ **لائحة المراجع :**

1.أبو بكر مهم، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2021.

2.إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق، 2013- العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، لجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.

3.امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن.

4.أمينة مبروك مهلاوي، مدخل لدراسة النظام العقاري المغربي، مقاربة قانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2018.

5.شكير الفتوح، مقاربة قانونية لحق الشفعة في مدونة الحقوق العينية والفقه المالكي والاجتهاد القضائي المغربي، المنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.

6.عبد الرحيم شميعة، تقديم الأصل التجارية حصة في شركة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، فاس، 1995.

7.عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقا القانون رقم 39.08، مطبعة الأمنية، الرباط، 2018.

8.العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2015.

9.العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، لجزء الثالث مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.

10.العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة الرباط،2017.

11.العربي محمد مياد، تأملات في مدونة الحقوق العينية، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون المدني العربي الموحد، الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017.

12.فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018.

13.محمد ابن معجوز، الشفعة في القانون المغربي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط.

14.مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966.

15.اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 18، 1987.