

السوق العقارية : محاولة تعريف

بقلم ناصر لباد
أستاذ مساعد مكلف بالدروس
بكلية الحقوق
- جامعة فرحات عباس - سطيف

يتناول هذا العمل دراسة السوق العقارية أي المعاملات التي يتضمن موضوعها الأموال العقارية: مثل المبادلة والكراء والبيع والشراء، ... ولكن في هذه الدراسة سنركز خاصة على البيع والشراء للأموال العقارية. أي بيع وشراء العقارات الموجودة les immeubles existants⁽¹⁾.

والذي يتضمن بيع وشراء الأراضي غير المبنية les terrains nus ، مخصصة للبناء أو لا، بيع وشراء العقارات المبنية les immeubles batis ، بيع وشراء العقارات الريفية -aux- les immeubles rurs أو داخل المحيط العمراني les immeubles urbains . بالإضافة إلى هذا، سيتناول هذا العمل دراسة بيع وشراء العقارات التي سنتجز مستقبلًا les immeubles à construire

1 - Ce terme est emprunté à J- L. BERGEL qui l'a utilisé dans son ouvrage: les ventes d'immeubles existants, Litec, Paris, 1982. Il désigne les ventes de terrains nus, à bâtir ou non, d'immeubles bâtis, d'immeubles ruraux ou urbains.

ومن بين الأسباب الأساسية إلى أدت إلى اختيار هذا الموضوع، نذكر قلة الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع ولا سيما في الجزائر. بالإضافة إلى هذا السبب، يجب كذلك ذكر السبب المتعلق بالأهمية التي تحتلها الأموال العقارية في حياة الأفراد بصفة خاصة وفي الحياة الاجتماعية بصفة عامة. بحيث إن الملكية *la propriété* ولا سيما الملكية العقارية *La propriété immobilière et foncière*، تعتبر منذ القدم ذات أهمية كبرى. فيقول في هذا الإطار أحد الباحثين: "فهي أي الملكية شرط الحياة المادية وحتى الروحية."⁽²⁾ ويضيف نفس الباحث: "إن الملكية التي تلعب دورا عظيما في الحياة الفردية، هي واقع اجتماعي ذو أهمية أولية..."⁽³⁾

وعن الملكية العقارية يقول باحث آخر: "لتنظيم المدينة، كل الأموال ليست لها نفس الأهمية".

هناك بعض الأشياء ليست لها أهمية بالنسبة للسلطات العمومية. بالعكس هناك أشياء أخرى لأنها نادرة وضرورية بالنسبة للجميع، فلا يمكن التخلي عنها لنزوات الأفراد. ... ويتعلق الأمر بالملكية العقارية ولا سيما الملكية العقارية الخاصة. هذه الأخيرة يجب عليها أن تخضع للضرورات الإدارية لتهيئة الإقليم والتعمير والبناء."⁽⁴⁾ والعكس كذلك حسب بعض الباحثين يجب أن يكون بحيث يقول في هذا الإطار أحد الباحثين ما يلي: "وإذا وافقنا على كل الإجراءات التي تجعل من ممارسة حق الملكية الفردية، أكثر توافقا مع المجتمع، إلا أننا ندافع على هذا الحق ضد الهجومات التي تصدر من أنصار النزعة الجماعية. لأن الملكية الفردية هو حق شرعي يستجيب لمجهودات الإنسان الرامية إلى

2 - فيليسيان شالاي: تاريخ الملكية، ترجمة صباح كنعان، ش.و.ن.ت، الجزائر، ص5، أنظر كذلك:

Félicien CHALLAYE: histoire de la propriété, PUF « qsj », Paris, 1984., p. 5.

3 - فيليسيان شالاي، نفس المرجع، ص 5.

4 - Christian ATIAS: droit civil, les biens, T1, litec, Paris, 1980, p.20.

تحسين حياته وحياة عائلته ويضمن الحرية، ويكون الشرط لنجاعة اقتصادية أفضل، وكذلك الضامن للسلم الاجتماعي⁽⁵⁾.

في الواقع، منذ القدم وإلى يومنا هذا، فالمعروف هو أن الأرض تكون "العقار بالامتياز la terre est le foncier par excellence. لأنها كانت هي الوسيلة الوحيدة للإنتاج. حينئذ أصبحت طرق الحصول عليها وتسييرها تشكل مسألة حيوية.

إلا أن الأراضي أي العقار بالامتياز التي كانت تستعمل خاصة في الزراعة، أصبحت تستعمل فيما بعد لأغراض أخرى. في البداية، استعملت كأساس لبناء ملجأ يأوي الأفراد والمجموعات أي استعماله لبناء المسكن. فأصبح المسكن بمختلف أنواعه سواء كان ريفيا أو حضاريا من الحاجيات الأساسية للأفراد والمجموعات.

ومن جهة أخرى، تجب الإشارة، أنه مع تزايد النمو الديمغرافي وكذلك اتساع رقعة المدن وارتفاع مستوى المعيشة، أصبحت الحاجة للأراضي الصالحة للبناء les terrains à bâtir، في تزايد أكثر فأكثر. فأصبحت الإشكالية مطروحة حول الكيفية التي يمكن بموجبها التصدي لهذه الوضعية.

بالإضافة إلى كل هذه الاستعمالات، ومع التطور الصناعي أي بناء المصانع ومختلف البنيات الأخرى التي لها علاقة بالصناعة، ليس فقط في الدول المصنعة ولكن كذلك في الدول المستقلة حديثا، سواء انتهجت هذه الدول النظام الاشتراكي أو النظام الرأسمالي، فأصبح الطلب على ما يسمى بالعقار لأغراض صناعية في ارتفاع مستمر. ويظهر هذا واضحا من خلال إنشاء العديد من المناطق الصناعية les zones industrielles ومناطق النشاطات les zones d'activité.

5 - Henry et Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD: leçons de droit civil, T2, V2, 5^e ed par Michel de JUGLART, ed Montchretien, Paris, 1996., p. 2.

لكل هذه الأسباب، بدأت شيئا فشيئا تظهر إلى الوجود سوق عقارية في مختلف دول العالم، سواء كانت هذه السوق حرة أو موجهة إداريا، سواء صدر العرض والطلب من الأشخاص الطبيعيين أو من الأشخاص المعنويين، سواء كانت هذه الأشخاص المعنوية خاصة أو عمومية؛ سواء تعلق هذا العرض والطلب بالأراضي الموجهة للفلاحة أو بالأراضي الموجهة للبناء، سواء تعلق هذا البناء بالبنائات الصالحة للسكن أو بالبنائات الصالحة للأغراض الصناعية أو لأغراض أخرى.

وبالتالي، فإن السوق العقارية أصبحت تكون شرطا من الشروط الأساسية للحصول على العقار .

استنادا إلى ما سبق ذكره، سنحاول في هذه الدراسة تحديد مفهوم السوق العقارية. وتكون هذه الدراسة للسوق العقارية بصفة عامة مع الإشارة إلى الجوائر وذلك من خلال المحورين الأساسيين التاليين: أولا تعريف السوق (1) ثم تعريف السوق العقارية (2).

1 - تعريف السوق

1 - 1 - المعنى العام

السوق حسب المنجد في اللغة والأعلام⁽⁶⁾، هو⁽⁷⁾ موضع البضائع والأمتعة. وسميت بذلك لأن التجارة تجلب إليها وتساق المبيعات نحوها.

أما قاموس لاروس⁽⁸⁾ le dictionnaire Larousse، فإنه يعرف السوق le marché.

كالتالي: Le marché est le lieu public, en plein air ou couvert, où l'on vend et où l'on achète des marchandises; réunion de marchands rassemblés dans ce lieu pour vendre.

6 - المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، 1991، ص 365.

7 - يؤنث ويذكر، المنجد في اللغة والأعلام، نفس المرجع.

8 - Petit Larousse illustré, librairie Larousse, 1980., p. 611.

أي السوق هو المكان العمومي، في الهواء الطلق أو مغطى، أين تباع أو تشتري فيه البضائع؛ اجتماع التجار في هذا المكان للبيع.

وحسب القاموس لاروس الفلاحي⁽⁹⁾ Larousse agricole،

Le marché est le lieu de rencontre des vendeurs et des acheteurs d'une marchandise; par extension, ensemble des opération ayant à la commercialisation d'un produit sur le plan national et sur le plan international.

أي السوق هو المكان لالتقاء البائعين والمشتريين لبضاعة ما، وبمعنى أوسع هو مجموع العمليات المتعلقة بتسويق منتج ما على المستوى الوطني والدولي.

وكلمة السوق le marché، مشتقة من الأصل اللاتيني⁽¹⁰⁾ mercatus .

فالسوق إذن بالمعنى العام، يقصد به المكان الجغرافي الذي تباع فيه السلع أو المنتجات les produits أو الأموال les biens .

ففي المدن والقرى، توجد أماكن يجتمع فيها البائعون ويلتقون بالمشتري بصفة دائمة. وهناك الأسواق التي تقام في يوم محدد في المدن الصغيرة حيث تباع وتشتري فيه السلع المختلفة.⁽¹¹⁾

في الأصل، السوق هو المكان الذي يلتقي فيه فعليا البائعون والمشترون لتبادل السلع (مواد غذائية، ألبسة، أبقار وأغنام، وسلع أخرى). اليوم، فإنه يمثل مصلحا مجردا ينتج عنه البيع والشراء لسلع أو خدمات معينة. فإنه خال من أي مرجع جغرافي⁽¹²⁾ .

إن تطور المدينة وتقدم المواصلات جعل للسوق معنى آخر. فقد أصبح من الممكن أن يتصل البائعون بالمشتريين عن طريق البريد والبرق والهاتف، ولم يعد هناك أهمية كبيرة للمكان المحدد للالتقاء. كما أن التبادل أصبح يتناول سلعا مختلفة، كالأسهم والعقارات.

9 - Larousse Agricole, librairie Larousse Paris , 1981., pp. 725 et s.

10 - voir Larousse étymologique, librairie Larousse Paris , 1971.,p. 445.

11 - أنظر شمعون شمعون: مبادئ الاقتصاد السياسي، دفاثر التكوين الإداري، 1974، ص 37.

12 - John Kenneth GALBRAITH, Nicole SALINGER: Tout savoir ou presque sur l'économie, ed du SEUIL, Paris, 1978., p.43.

كما أنه أصبح من الممكن إجراء عملية تبادل آجلة بقصد المضاربة دون أن يكون في نية المشتري استلام البضائع بل يقصد بيعها قبل الميعاد والحصول على ربح. هذه الأنواع من التبادل وغيره، أفقدت المكان أهميته، مما جعل الاقتصاديون يحددون السوق بالنظر إلى السلعة دون اعتبار المكان⁽¹³⁾.

1-2 - المعنى الاقتصادي

في المعنى الاقتصادي، تعرف السوق بأنها مجموع ما يعرض للبيع من سلع وما يطلب للشراء منها، لا يهم أن يلتقي البائعون بالمشتري مباشرة أو بطريق غير مباشر⁽¹⁴⁾. وهناك من يعرفه بأنه رابطة للقاء بين العرض والطلب (سوق الحراش)، كما هو مجموعة التعامل المترابطة مع الإنتاج (سوق البرتقال) أو في بلد (السوق الجزائرية، ...)⁽¹⁵⁾.

كما أن هناك من يعرفه، بأنه الوسيلة التي بواسطتها، يحاول المنتجون بيع منتجاتهم إلى المستهلكين، وهؤلاء من جهمهم يحاولون شراء منتجات لتلبية حاجاتهم. هذه المنتجات أو الأموال هي أموال، أو منتجات مهما كان نوعها⁽¹⁶⁾.

ويمكن تصنيف السوق حسب عدة معايير:

أ- حسب الموقع الجغرافي

وحسب المعيار الجغرافي يمكن تقسيم السوق إلى:

13 - شمعون شمعون، المرجع سابق، ص 37.

14 - شمعون شمعون، المرجع سابق، ص 37.

15 - اسماعيل عرابجي: اقتصاد المؤسسة، م.ج.ع.ق، رقم 1، 1997، ص 121.

16 - Denis CLERC: Economie politique générale, les cahiers de la formation administrative, D.G.F.P, ministère de l'intérieur, Alger, 1976., p. 15.

سوق محلية، كالأسواق الأسبوعية،

سوق وطنية، ويتعلق الأمر بالمنتجات التي يحاول منتجوها، بيعها عبر كامل التراب الوطني (مثل الأقمشة، السيارات، العقارات، ...). فهي توضع للبيع عبر نقاط عديدة بالرغم من أنها أنتجت في مصنع واحد أو عدد محدود من المصانع أو في رقعة جغرافية محددة،

- سوق عالمية، فالسوق العالمية تتعامل في السلع النمطية أي السلع التي يمكن تحديد مواصفات ودرجات لها كالقمح والقطن والمعادن، ... التي تنتج في دول مختلفة لكن تباع في السوق العالمية عن طريق "بورصة المواد الأولية" وحسب الثمن الذي تحدده هذه الأخيرة. وتتعامل السوق العالمية أيضا في الأوراق المالية، كالشراء للأسهم والسندات أو عملات الدول المختلفة (سوق الصرف).

ب- حسب التركيب الاقتصادي

فحسب هذا المعيار، يمكن تقسيم السوق إلى سوق المنافسة التامة أو الكاملة وسوق المنافسة غير الكاملة.

1 - سوق المنافسة الكاملة

لوجود سوق المنافسة الكاملة، يجب توافر الشروط التالية:

- وجود عدد كبير من البائعين والمشتريين بحيث أن أحدهم لا يستطيع وحده أن يؤثر في الكميات المعروضة أو المطلوبة بالزيادة أو النقصان، لأن عرض البائع الواحد ضئيل بالنسبة إلى العرض الإجمالي أو الطلب الإجمالي في السوق،
- وجود تجانس في السلعة أي أن وحدة من وحدات السلعة تتشابه مع الأخرى تماما،
- عدم وجود اتفاق بين البائعين والمشتريين لأن وجود الاتفاق بين أي من هاتين الفئتين تكون دائما على حساب الفئة الأخرى،
- توافر المعرفة الكافية لكل من البائعين والمشتريين بظروف السوق أي بظروف العرض والطلب،

- سهولة نقل السلعة من مكان إلى آخر.

ومن أهم مظاهر السوق في هذه الحالة، هو تعدد الأسعار للسلعة الواحدة في السوق.

2 - سوق المنافسة غير الكاملة

يؤدي عدم توفر أي من هذه الشروط السابق ذكرها إلى جعل السوق، سوق منافسة

غير كاملة، أي:

أهمية بعض المشتريين والبائعين،

- عدم تجانس الإنتاج،

- المعلومات المتعلقة بالمنتجات رديئة،

وجود العراقيل الإدارية لتسيير الإنتاج،

- وجود الاحتكار.

ولكن مهما كان نوع السوق، فالمنتجون أو البائعون يبحثون عن بيع كمية من الأموال

des biens فيكونون ما يسمى بالعرض l'offre . بالمقابل، فإن المستهلكين أو المشتريين

يبحثون عن شراء عدد من الأموال. فيكونون ما يسمى بالطلب la demande .

ولكن العارضين والطالبين ليست لهم نفس المتطلبات فيما يخص الثمن le prix .

فالفئة الأولى، تحاول أن تباع بأعلى الثمن، أما الفئة الثانية، فإنها تحاول أن تشتري بأدنى

ثمن ممكن. فوجود السوق هو الذي يمكن من الوصول إلى ثمن أو سعر يوفق بين متطلبات

الطالبين والعارضين.

إذن السوق، مهما كانت الأموال والخدمات التي ستباع أو ستشتري، ودون الأخذ

بعين الاعتبار المعيار الجغرافي، فإنه يتكون من ثلاث عناصر أساسية وهي الطلب

والعرض والسعر.

ويعرف طلب السوق la demande على سلعة ما أو الطلب الإجمالي، بالكميات التي

يكون المستهلكون مستعدين وقادرين على شرائها حسب سعر كل كمية.

وهناك علاقة ما بين السعر والكمية المطلوبة. فإذا ارتفع السعر انخفضت الكمية المطلوبة من السلع وبالعكس إذا انخفض ثمن السلعة ارتفعت الكمية المطلوبة. أما العوامل المؤثرة في الطلب، فبالإضافة إلى سعر السلعة، هناك 4 عوامل أساسية تؤثر في الطلب وهي: عدد المستهلكين ودخل المستهلكين وذوق المستهلكين وأسعار السلع الأخرى. أي على سبيل المثال، إذا زاد عدد المستهلكين أو زادت دخولهم أو اتجه ذوقهم إلى سلعة أو ارتفعت أسعار السلع الأخرى أدى ذلك إلى زيادة الطلب والعكس بالعكس.

أما العرض أي عرض السوق l'offre فيعرف بأنه الكميات التي يكون البائعون مستعدين لبيعها عند الأسعار المختلفة.

وهناك علاقة بين الثمن والكمية المعروضة. فإذا ارتفع ثمن السلعة، زادت الكمية المعروضة منها وإذا انخفض ثمنها انخفضت الكمية المعروضة منها.

أما العوامل المؤثرة في العرض، فهناك عوامل عديدة، بالإضافة إلى ثمن السلعة هناك العوامل المتعلقة بتكاليف الإنتاج والمستوى الفني للإنتاج وإعانات الدولة والضرائب التي تفرضها الدولة على الإنتاج.

أما السعر أو الثمن le prix فيتحدد عند تقاطع العرض والطلب أو عند تعادل الكمية المعروضة والكمية المطلوبة. ويتغير الثمن أو السعر إما نحو الارتفاع أو نحو الانخفاض: - فيرتفع السعر في الحالتين التاليتين:

1 - عندما يزداد الطلب مع بقاء العرض على حاله.

2 - عندما ينخفض العرض مع بقاء الطلب على حاله.

- وينخفض السعر في الحالتين التاليتين:

1 - عندما ينخفض الطلب مع بقاء العرض على حاله.

2 - عندما يزداد العرض مع بقاء الطلب على حاله.

أما بشأن الكمية المتبادلة، فتزداد إذا زاد العرض أو الطلب أو الاثنان معا. وتنخفض الكمية المتبادلة، إذا انخفض، العرض أو الطلب أو الاثنان معا.

ومن العوامل المؤثرة على السعر أو الثمن، الاحتكار وتدخل الدولة في تحديد الأسعار. فالاحتكار يعني وجود مقالة واحدة أي مؤسسة إنتاجية واحدة تحصر بين أيديها العرض الكامل لسلعة من السلع مع وجود عدد كبير من الطالبين لهذه السلعة. أما تدخل الدولة في تحديد الأسعار، فيتولد عنه خاصة ظهور سوق تكون أسعارها محددة إداريا كالسوق المتعلقة بالخبز، والحليب، والسجائر، وقطع الأراضي الموجهة للبناء، ...

وحسب القانون رقم 89 - 12 المؤرخ في 5 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار⁽¹⁷⁾، فإن وضع نظام الأسعار وإعداد التنظيم الخاص بها، يخضع للمقاييس التالية:

- حالة العرض والطلب،
- شروط المحافظة على القدرة الشرائية للمستهلك والتحكم في أسعار السلع والخدمات الاستراتيجية،
- الشروط العامة للإنتاج والتسويق،
- الأسعار المعمول بها في السلع والخدمات المشابهة أو البديلة،
- الأسعار المعمول بها في الأسواق الدولية فيما يخص السلع والخدمات المعنية أو المشابهة.

وحسب نفس القانون، فالسلع والخدمات تخضع إلى أحد النظامين التاليين:

- نظام الأسعار المقننة،
- نظام التصريح بالأسعار.
- ويطبق نظام الأسعار المقننة عن طريق:
- ضمان الأسعار عند الإنتاج،
- و/أو تحديد الحد الأعلى للأسعار و/أو الهوامش.

17 - أنظر ج ررقم 29، ص 757.

أما السلع والخدمات الخاضعة لنظام التصريح بالأسعار فتكون محل تصريح بسعر البيع عند الإنتاج لدى السلطة المختصة. ويمكن أن تقرر هذه السلع والخدمات عند الاقتضاء بتحديد للحد الأعلى لهوامش التوزيع.

2 - تعريف السوق العقارية

أصبحت السوق العقارية بنوعها (العقار المبنى أو العقار غير المبنى)، تكون سوقا منظمة، مثلها في ذلك مثل سوق السلع أو المنتجات الاستهلاكية العادية. فهي تتكون من طلب *une demande*، يصدر من أفراد يكونون ما يسمى بالمستهلكين *les consommateurs*، ومن عرض للسلع أو المنتجات، *une offre de produit*. ومن الالتقاء *la rencontre* بين هذا الطلب وهذا العرض لهذه السلع أو هذه المنتجات. وهذه الأخيرة أي السلع أو المنتجات، هي من جهة محلات *des locaux* موجودة إما حالا إما مستقبلا ومن جهة أخرى هي الأرض *le sol*. هذه الأخيرة أصبحت نفسها تكون ما لا *un bien*، خاضعا لقواعد العرض والطلب التي بموجبها يتحدد الثمن.

وفي المجال العقاري، فالاستهلاك *la consommation* يسمى المعاملة *la transaction* أو التسويق⁽¹⁸⁾ *la commercialisation*.

ومن خلال ما سبق ذكره، فالسوق العقارية تتكون من مجموع المحلات *les locaux* أي العقارات المبنية *les immeubles b âtis* الموجودة داخل المحيط العمراني أي العقارات الحضرية أو خارجه، ومن مجموع الأراضي العارية أي غير المبنية *les terrains nus* داخل المحيط العمراني أي الحضرية أو خارجه.

18 - Voir Claude HEURTEUX: l'immobilier d'entreprise, PUF «q s j», Paris, 1993., p.12; Voir également Michel PAGES: la maitrise de la croissance urbaine, PUF «q s j», Paris, 1980., p.35.

ولهذا سنتطرق أولاً إلى السوق العقارية داخل المحيط العمراني أي السوق العقارية الحضرية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى السوق العقارية خارج المحيط العمراني أي السوق العقارية الريفية (المطلب الثاني).

1 - 2 - السوق العقارية الحضرية

تتكون السوق العقارية الحضرية وهي السوق العقارية الموجودة داخل المحيط العمراني أي داخل المدينة، من سوق العقار المبني أي مجموع المحلات les locaux، ومن سوق العقار غير المبني أي الأراضي العارية أي غير المبنية les terrains nus.

1 - 1 - 2 سوق العقار المبني Le marche immobilier

1-1-2 - العرض

يجب التمييز، فيما يخص سوق العقار المبني، بين العقار الذي يستعمل لأغراض سكنية والعقار المستعمل لأغراض تجارية.

2 - 1 - 1 - 1 - 1 العقارات المبنية ذات الاستعمال السكني⁽¹⁹⁾

فيما يخص هذا النوع من العقارات المبنية، يجب التمييز بين حالتين: الحالة الأولى وتتعلق بمحلات تكون موجودة في عقار يستعمل بصفة جماعية، أما في الحالة الثانية فتتعلق بالعقار المبني الفردي⁽²⁰⁾.

19- En ce qui concerne la différence entre l'habitation et la logement, voir J-E. HAVEL: Habitat et Logement , PUF «qsj», Paris, 1975., pp9 et s .

20 - فيما يخص تعريف المحلات ذات الطابع السكني الجماعية والسكنات الفردية، تنص المادة 2 من م. رقم 81 - 97 المؤرخ في 16 ماي 1981 الذي يحدد كفاءات ضبط أسعار بيع المحلات ذات الاستعمال السكني القابلة للتنازل عنها، في إطار القانون رقم 81 - 01 المؤرخ في 7 فيفري 1981 (ج ر رقم 20، ص 663) على ما يلي: "العقار السكني الجماعي هو العقار المخصص للبيع بالشقة أو المحل. وهو يخضع لنظام الملكية المشتركة. =

2-1-1-1-1-1 - المحلات الموجودة في العقارات ذات الاستعمال الجماعي الشقق⁽²¹⁾

في فرنسا على سبيل المثال، فإن السكنات الجماعية، تمثل 44 % من إجمالي الحظيرة العقارية le parc immobilier، الذي قدرت عدد وحداتها السكنية 263، مليون وحدة في سنة 1991 دون أن يحدد بصفة دقيقة عدد السكنات التي تخضع لنظام الملكية المشتركة والتي يقدر عددها بالتقريب 4 ملايين وحدة⁽²²⁾.

أما في الجزائر واستنادا لتحقيق أجري في سنة 1995 من طرف الديوان الوطني للإحصائيات⁽²³⁾ l'office national des statistique ONS، فإن الحظيرة الوطنية للسكنات le parc national de logements، قد بلغ بالتقريب 3.756.000 وحدة سكنية. من بينها 4، 51 % موجودة في المناطق الحضرية و 48,6 % موجودة في المناطق الريفية. وتمثل السكنات الفردية les logements individuels 77% (وهي إما سكنات فردية

تابع هامش 20 / Est défini comme immeuble d 'habitation collectif, tout immeuble destiné à être cédé par appartement ou local. Il est soumis au régime de la copropriété».

وتنص المادة 3 ف 1 من نفس المرسوم على ما يلي: "العقار الفردي هو العقار الذي يخصص تصميمه المعماري السكن وتوابعه للاستعمال الفردي"

«Est défini comme immeuble individuel, tout immeuble dont la conception architecturale destine le logement et ses dépendances à un usage individuel.»

وتضيف ف 2 من المادة 3 من نفس المرسوم ما يلي: "غير أن العقارات المخصصة في الأصل للاستعمال الفردي، التي شغلها بصفة نظامية أكثر من مستأجر واحد، تباع حسب الجزء المطابق لما شغله كل مستأجر فعلا سواء بالنسبة للأقسام المسكونة أو التوابع. ويخضعون في هذه الحالة لنظام الملكية المشتركة."

«Toutefois, les immeubles destinés à l'origine à un usage individuel mais qui sont régulièrement occupés par plus d'un locataire, sont cédés par fraction correspondant à l'occupation effectivement exercée par chaque locataire tant sur les parties privatives que sur les dépendances. Ils sont dans ce cas, soumis au régime de la copropriété.»

21 -sur la notion de logement et appartement, voir J-E. HAVEL, op cit., p..30.

22 - Bernard BOUBLI: Le logement, Puf «q s j», Paris, 1994.,pp. 10 et s.

23 - أنظر جريدة، E. W. du 11 sept 1996 .

جديدة أي من نمط الفيلا villa إما سكنات فردية تقليدية individuelles traditionnelles (maisons). أما السكنات الجماعية les logements en immeubles collectifs ، فهي تمثل 21.3 % .

وتمثل الملكية المشتركة⁽²⁴⁾ شكلا من أشكال الملكية الجماعية.

وقد ظهرت الملكية المشتركة في فرنسا لأسباب تاريخية⁽²⁵⁾ .

وقد أصبحت الملكية المشتركة ظاهرة اجتماعية تعنى بأهمية كبيرة؛ فإنها تملك العقار للجميع⁽²⁶⁾ .

24 - حسب قاموس العبارات القانونية (112 p., 1978., Dalloz, Paris, 4 ed , de termes juridiques, le lexique) ، إن الملكية المشتركة هي صيغة من صيغ حق الملكية تنجر عن تعدد أصحاب هذا الحق على الشيء أو المال. فينتج عنه أن حق الملكية لكل واحد منهم يمارس على حصة من هذا المال (1/3, 2/1, 1/4) ، والتي يمكن لصاحبها أن يستعملها بحرية. لكن تسيير المال المشترك أي العقار المشترك نفسه، يخضع لموافقة الجميع، لأن الحق يمارس ماديا وبصفة كاملة على العقار. وعبارة ~ الملكية المشتركة~ تعني من الناحية التطبيقية، هي الحالة التي بني وقسم فيها العقار إلى عدة شقق. ومنحت هذه الأخيرة بصفة فردية لمجموعة من الأشخاص: فالملكية المشتركة لا تمارس إلا في الأجزاء المشتركة الكبرى. أما تنظيم الملكية المشتركة Le règlement de la copropriété ، فهو وثيقة مكتوبة، تحدد بصفة إجبارية الأجزاء المشتركة les parties communes والأجزاء الخاصة les parties privatives ، حصص الأعباء، شروط استغلال الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة وتحدد كذلك القواعد المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة.

Sur la copropriété, voir également Christian ATIAS: droit civil, les biens, T2, droit immobilier, LITEC, Paris, 1982., pp. 77 et 78; A. PIEDELIEVRE: la copropriété par appartement in l'immeuble urbain à usage d'habitation, ouvrage collectif sous la direction de Jean CARBONNIER, L.G.D.J, Paris, 1963., pp. 183 et s;

أنظر كذلك خديجة بن شارف: ملكية الشقق، رسالة الماجستير، معهد القانون والعلوم الإدارية، جامعة عنابة، 1988؛ بختاوي السعيد (موثق) : الملكية المشتركة بين القانون ومشاكل التطبيق، مجلة الموثق عدد رقم 5 و 7، سنة 2002.

25 - Voir Ph. MALINVAND et Ph. JESTAZ: le droit de la promotion immobilière, 5 e ed, DALLOZ, Paris, 1991., p.1; voir également A. PIEDELIEVRE, ibid., pp. 183 et s; Ch. ATIAS, ibid.

26 - A. PIEDELIEVRE, ibid., p. 184.

ففي هذا الإطار، يجب الإشارة، أنه ابتداء من 1945، تعرضت صيغة الملكية المشتركة إلى تطور ملحوظ، إلى درجة أنه جعل من الملكية المشتركة الشكل العادي للملكية العقارية المنتشر في المدن الفرنسية⁽²⁷⁾.

أما في الجزائر، فيجب التمييز فيما يخص ظهور الملكية المشتركة بين مرحلتين: مرحلة ما قبل 1962 ومرحلة ما بعد 1962.

قبل 1962، كان بناء السكنات يخضع تقريبا بصفة كلية للمبادرة الخاصة⁽²⁸⁾ فكانت الملكية المشتركة تخضع للمقاييس المطبقة في فرنسا⁽²⁹⁾.

ومن الناحية القانونية، فإن السكنات الموجودة les immeubles existants غداة الاستقلال، كانت إما ملكا للمواطنين أو لشركات تابعة للقطاع الخاص أو لدواوين أو شركات متخصصة تابعة للقطاع العمومي، أو لشركات تعاونية أو لشركات مختلطة. فكان:

11 - ديوانا لسكنات ذات الإيجار المعتدل (habitat à loyer modéré H.L.M.)،

29 - شركة تعاونية من بينها 8 شركات ذات مساهمة،

4 - شركات تابعة للقرض العقاري،

55 - تعاونية غير تابعة لقطاع H.L.M.

1 - شركة مختلطة هي الشركة الجزائرية العقارية⁽³⁰⁾

la compagnie immobilière Algérienne (CIA)

أما بعد 1962، فقد استمرت نوعا ما هذه الوضعية ولو على مستوى النصوص القانونية خاصة.

27 - ibid., p. 185.

28 - Rachid HAMIDOU: le logement, un défi, ENAP/ OPU/ ENAL, Alger, 1989., p. 29.

29 - Abderahim HAFIANE: les défis à l'urbanisme, OPU, Alger, 1989., p p. 40 et 50, renvoi N° 3.

30 - voir N-A. BENMATI: L'habitat du tiers monde, cas de l'Algérie, SNED, Alger, 1982., pp.198 et 199.

ولكن بعد المغادرة الجماعية للأوروبيين، شغل عدد كبير من السكنات، فردية وجماعية والتي سميت بالأماكن الشاغرة les biens vacants⁽³¹⁾. هذه السكنات التي شغلها فيما بعد المواطنون الجزائريون أصبحت تسمى بأماكن الدولة les biens de l'Etat بموجب الأمر رقم 66-102 المؤرخ في 6 ماي 1966⁽³²⁾. وبعد صدور القانون رقم 81-01 المؤرخ في 7 فبراير 1981⁽³³⁾، تنازلت الدولة عن هذه الأماكن لصالح الخواص، فأصبح يطبق عليها نظام الملكية المشتركة.

كما تجدر الإشارة كذلك إلى وجود نظام الملكية المشتركة، قبل صدور القانون رقم 81-01، وذلك في إطار المرسوم رقم 73-82 المؤرخ في 5 جوان 1973 والمتضمن شروط بيع المساكن الجديدة من قبل الهيئات العمومية المكلفة بترقية البنايات الجماعية والمجموعات السكنية⁽³⁴⁾ وكذلك الأمر رقم 76-92 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن تنظيم التعاون العقاري⁽³⁵⁾.

وعليه، فالمشرع الجزائري لم يتخلف عن مواكبة تطور هذا النوع من الملكية. فبالإضافة إلى القواعد العامة المتضمنة في الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني⁽³⁶⁾ تحت عنوان الملكية المشتركة في العقارات المبنية من المادة 743 إلى

31- أنظر في هذا الإطار أ. رقم 62-20 المؤرخ في 24 أوت 1962 المتعلق بحماية وتسيير الأماكن الشاغرة، ج رقم 12، ص 138 (en français).

32- أنظر ج ر رقم 36، ص 421.

33- القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07 فيفري 1981 يتضمن التنازل عن الأماكن العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ودواوين الترقية والتسيير العقاري والهيئات والأجهزة العمومية، ج ر رقم 6، ص 121.

34- أنظر ج ر رقم 47، ص 696.

35- أنظر ج ر رقم 12 لسنة 1977، ص 220.

36- أنظر ج ر رقم 78، ص 990.

المادة 772 والتي عدلت بموجب القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 جانفي 1983⁽³⁷⁾، صدر المرسوم رقم 76-146 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن أحكام النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء⁽³⁸⁾، ثم صدر المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983⁽³⁹⁾ الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية. وقد عدل هذا الأخير بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-59 المؤرخ في 7 مارس 1994⁽⁴⁰⁾.

2-1-1-2 العقار المبنى الفردي: السكنات الفردية

فيما يخص السوق المتعلقة بهذا النوع من السكنات، يجب التمييز بين السكنات الفردية التي تستعمل كإقامة رئيسية والسكنات الفردية التي تستعمل كإقامة ثانوية.

- السكن الفردي المستعمل كإقامة رئيسية

l'immeuble individuel à usage d'habitation principale

ففي فرنسا مثلا، تمثل السكنات الفردية 56% من الحظيرة العقارية التي يبلغ عدد سكناتها كما أشرنا سابقا 26,3 مليون وحدة سكنية في سنة 1991. ويبلغ عدد السكنات المستعملة كإقامة رئيسية دون التمييز بين السكن الجماعي والسكن الفردي 21,5 مليون وحدة سكنية⁽⁴¹⁾

37 - وهو القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 جانفي 1983 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، أنظر ج ر رقم 5، ص 307.
38 - أنظر ج ر رقم 12 لسنة 1977، ص 236.
39 - أنظر ج ر رقم 47، ص 2876. وتجب الإشارة أن م. رقم 83-666، قد ألغى ضمينا م. رقم 76-146.
40 - أنظر ج ر رقم 13، ص 17.

41 - Bernard BOUBLI, op cit., p. 10.

أما في الجزائر، التي يبلغ عدد سكانات حظيرتها العقارية كما أشرنا سابقا 3.756.000 وحدة سكنية، حسب التحقيق الذي أجري في سنة 1995، فإن السكان الفردية تمثل تقريبا 77%⁽⁴²⁾، دون التمييز بين الإقامة الرئيسية والإقامة الثانوية. كما تجدر الإشارة، أن السكان الفردية بنوعها (الجديدة أو التقليدية)، فإن عددها يكثر خاصة في المناطق الريفية، التي تمثل فيها 91,4% و 63,9% في المناطق الحضرية⁽⁴³⁾.

ومن الأسباب التي أدت إلى توجه هذا العدد الكبير من الأفراد في فرنسا نحو السكان الفردية، يمكننا ذكر ما يلي: المحيط المعيشي الجيد، وجود الحديقة، إمكانية تهيئة السكن الفردي، داخليا حسب طلبات المستهلك، وبصفة كبيرة وجود المرآب le garage. ولكن كذلك وهروباً من المشاكل التي يتعرض لها السكان في إطار السكان الجماعية. وربما هي تقريبا نفس الأسباب التي تدفع بالمواطن الجزائري إلى التوجه نحو السكن الفردي ولكن بصعوبة أكبر.

غير أنه تجدر الإشارة، أن هناك صعوبة كبيرة في فرنسا لبناء سكن فردي داخل المدن الكبرى، نظرا للنقص الكبير في الأراضي ولكن كذلك نظرا لتكلفة البناء، بالإضافة إلى ضرورة الاستغلال الكبير لكثافة شغل الأراضي la densité d'occupation. ولهذا، فإذا كان السكن الجماعي يمثل الأقلية على المستوى الوطني، إلا أنه ضروري على مستوى المدن الكبرى: بحيث في فرنسا مثلاً يبلغ 99% في باريس، 96% بليون، 68% ببوردو، 69% بليل.

ونفس الظاهرة يمكننا أن نطبقها على الجزائر، خاصة المدن الكبرى منها: مثل الجزائر العاصمة، وهران، عنابة، قسنطينة. فباستثناء بعض الأحياء التي ورثت بعد الاستقلال أو الأحياء التي بنيت في إطار الاحتياطات العقارية بعد صدور الأمر المؤرخ في 1974، فإنه يغلب على هذه المدن، السكن الجماعي.

42 - أنظر جريدة 11 sept 1996 E. W.

43 - أنظر جريدة 11 sept 1996 E. W.

- السكن الفردي المستعمل كإقامة ثانوية L'immeuble individuel à usage d'habitation secondaire

هذا النوع من السكنات يمثل 2,8 مليون وحدة سكنانية في فرنسا في سنة 1991⁽⁴⁴⁾، من بين 26,3 مليون سكنا الذي يمثل الحظيرة العقارية على المستوى الوطني. ويدخل في هذا الإطار ما يسمى بالمزرعات الصغيرة les fermettes والسكنات الريفية التي يستعملها سكان المدن لقضاء عطلة نهاية الأسبوع وأيام الراحة. كما تجدر الإشارة إلى ظهور نوع آخر من هذه السكنات في السنوات الأخيرة، وهو ما يسمى بالعقار الترفيهي l'immobilier de loisirs، وهي السكنات الثانوية الموجودة في الجبال وعلى شاطئ البحر⁽⁴⁵⁾.

وتجدر الإشارة، استنادا إلى الإحصائيات التي قام بها الديوان الوطني للإحصائيات في سنة 1998⁽⁴⁶⁾، أن هناك 919000 سكنا غير مشغول، من بينها حسب وزير البناء والتعمير⁽⁴⁷⁾ 82,77 % هي سكنات خاصة. فهل هذه السكنات تدخل في إطار السكنات ذات الاستعمال الثانوي ؟

ضف إلى ذلك، أن السكن الثانوي la résidence secondaire، ليس غريبا على المجتمع الجزائري، فقد عرفه هذا الأخير، كما سنرى فيما بعد، قبل سنة 1830.

44 - Bernard BOUBLI, op cit., p. 10.

45 - voir également Jaques BOULEZ: l'expertise immobilière, ed MASSON, Paris, 1993.,p. 51; Michel PARENT: la Pratique des placements et investissements immobiliers , ed J. DELMAS et Cie, 1^{ère} ed, Paris, 1966., p.4.

46 - أنظر جريدة النصر بتاريخ 4 جويلية 2000.

47 - أنظر جريدة النصر بتاريخ 4 جويلية 2000.

2-1-1-2 العقارات المبنية ذات الاستعمال التجاري

يجب أو لا تحديد عبارة "ذات الاستعمال التجاري". إن هذه العبارة، أخذت في مفهومها القانوني. أي أنها تطبق على كل المحلات التي يمكنها استقبال نشاطات تجارية في منظور القانون التجاري⁽⁴⁸⁾.

وبالتالي، فهذه العبارة تنطبق على:

- المحلات التي تأوي النشاطات الصناعية (المحلات الصناعية)،

- المحلات التي تأوي نشاطات البيع بالتجزئة (الدكاكين les boutiques)،

- المحلات التي تأوي النشاطات الخدمائية (المكاتب les bureaux)⁽⁴⁹⁾.

وتسمى كذلك هذه المحلات "بـعقار المقولة المبنى l'immobilier d'entreprise". ويقصد بهذا المعنى مجموعة مختلفة من المحلات. لأن المقاولات تمارس نشاطات مختلفة ومتكاملة تتطلب لإيوائها، محلات مختلفة ومتكاملة.

وهذه النشاطات هي:

- النشاط المتعلق بالإدارة العامة والتسيير الإداري والمحاسبة والمالية. وبالتالي يتطلب هذا النشاط وجود مكاتب des bureaux.

- النشاط المتعلق بالإنتاج. وبالتالي يتطلب هذا النشاط وجود مصانع des usines أو معامل des ateliers.

- النشاط المتعلق بالتخزين le stockage والتوزيع la distribution. وبالتالي يتطلب هذا النشاط وجود المخازن Les entrepôts.

48- أنظر في هذا الإطار المادة 2 من أ. رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون التجاري.

49 - J. BOULEZ, ibid., p 2.

- النشاط المتعلق بصيانة المنتج *la maintenance ou remise en état du produit*.
وبالتالي يتطلب هذا النشاط وجود محلات مختلطة *mixte* أو محلات متعددة النشاطات *polyvalente*.

- النشاطات المرتبطة باستعمال التكنولوجيا العالية. وبالتالي يتطلب هذا النشاط نوعا من المحلات يتطابق معها مثل الدكاكين وقاعات العرض *les salles d'exposition*.
...

كما تجدر الإشارة، أنه يمكن تصنيف هذه العقارات المبنية ذات الاستعمال التجاري حسب معايير أخرى ⁽⁵⁰⁾.

2-1-1-2 الطلب

فيما يخص الطلب، يجب التمييز بين نوعين من العقارات المبنية ذات الاستعمال السكني، جماعية كانت أو فردية، تستعمل كإقامة رئيسية أو كإقامة ثانوية؛ والعقارات المبنية ذات الاستعمال التجاري.

في الحالة الأولى، الطلب يمكن أن يصدر من الأسر *les ménages*، أي الأفراد الذين يريدون الحصول على عقار لأسباب سكنية. ولكن يمكن للطلب أن يصدر من أشخاص آخرين مثل السماسرة أو الوكلاء العقاريين *les agents immobiliers*، أو من أشخاص يريدون الاستثمار في هذا القطاع، أي شراء العقار ثم بيعه في المستقبل *les placeurs*.
أما في الحالة الثانية، هناك صعوبة لتحديد الطلب ⁽⁵¹⁾، لأن هذا الأخير يصدر من مستهلكين متعددين ومختلفين يوظفون هذا العقار في استعمالات مختلفة:

50 - voir Claude HEURTEUX., op cit., pp. 19 et s.

51 - ibid., p. 12.

- استعمال متعلق بتعدد النشاطات: مثل الخدمات التي تقدم للمقاولات، للأشخاص، للنشاطات ذات التكنولوجيا العالية، صناعات تقليدية،...
- استعمال متعلق بحجم المقاولات: مقاولات صغيرة ومتوسطة، مجتمعات عالمية كبرى، ...
- استعمال متعلق بتعدد الحاجيات، طبقا للوسائل المالية للمقاولات المعنية، طبقا للمقاولات التي تتعامل معها كزبائن، ...

2-1-1-3 - الثمن

إن ارتفاع سعر السكنات مرتبط وبنسبة كبيرة بما يسمى التكلفة العقارية *La charge foncière* أي ثمن الأرض بعد تهيئتها حسب المتر المربع الواحد الصالح للبناء وكذلك المرتبط بالمضاربة العقارية *La spéculation foncière* المتعلقة بالأرض الحضرية الصالحة للبناء. والمنافسة بين القطاع الخاص والقطاع العمومي لا يمكنها أن تؤثر بصفة فعالة في هذه الآلية⁽⁵²⁾.

وقد لاحظ بعض الباحثين خاصة في المدن الكبرى، أن ثمن المتر المربع للأرض يرتفع كلما اتجهنا من ضاحية المدينة باتجاه مركزها، هذا من جهة. وأن الثمن يرتفع بصفة عامة كل سنة كلما اتسعت المدينة، هذا من جهة أخرى. ويربط نفس الباحثين ارتفاع هذا الثمن، بالوقت الذي يستغرقه الفرد للذهاب إلى وسط المدينة: ففي ضاحية المدينة، حيث توجد الأراضي الفلاحية وبكثرة، وبما أن موقعها الجغرافي غير جيد بالنظر إلى وسط المدينة، فإن أسعار هذه الأرض منخفضة. لأنه يستلزم وقتا كبيرا للذهاب إلى وسط المدينة، حيث توجد المحلات التجارية ومناصب العمل. ولهذا رغم وجود متاعب للسكن في وسط المدينة، إلا أن أغلب الأشخاص، يحبذون المكوث به وفي شقق صغيرة، بدلا من العيش في

52 - Voir Hubert LEVY - LAMBERT: la vérité des prix, ed SEUIL., Paris, 1969., p.62.

الضاحية وفي مسكن فردي وواسع وبسعر منخفض. فالطلب على الأراضي الموجودة وسط المدينة مرتفع جدا⁽⁵³⁾.

والسبب في غلاء الأراضي في وسط المدينة هو أنها قليلة بالمقارنة مع المساحات الكبيرة الموجودة في الضاحية. وهذا ما يدفع مشتريها وخاصة منهم المتعاملون الخواص إلى استعمالها بصفة أكثر عقلانية.

كما يرى مختصون آخرون⁽⁵⁴⁾، أن ثمن العقار مرتبط بمجموعة من العوامل، نذكر منها ما يلي:

- العوامل المرتبطة بطبيعة الوظائف التي يؤديها العقار نفسه: إقامة رئيسية أو ثانوية، استغلاله في وظيفة تجارية، مهنية، مختلطة، وهل هذه الوظائف نفسها هي وظائف دائمة أو موسمية.

- عوامل ذات طبيعة اصطناعية: تتمثل بعض هذه العوامل ذات الطبيعة الاصطناعية مثلاً في تدخل المشرع نفسه باتخاذ قواعد قانونية بموجبها تحدد الوضعيات والمداخل لبعض العقارات وذلك استناداً إلى تاريخ إنجازها، ووضعها الجغرافي وشغلها. فيقوم هكذا بمنح شخصية قانونية خاصة لمجموعة من الأموال وذلك بوضعه حدوداً اصطناعية.

من جهته، إن تعدد الأنظمة المالية الممنوحة إلى البنيات، حسب تاريخ استغلالها، قد أدى إلى ظهور نزاعات داخل حظيرة السكنات الموجودة.

إن التعمير كذلك قد أنشأ مجموعة من التخصيصات العقارية أعطت إلى كل قطعة أرضية صالحة للبناء نوعاً من الخصوصية وذلك عن طريق إنشاء قطاعات، منحت لها امتيازات وموانع .

53 - ibid., pp.62 et s.

54 - Michel PARENT, op cit., pp. 1 et s; J. BOULEZ., op cit., p.34.

- العوامل الجغرافية: من منظور السوق، تلعب العوامل الجغرافية، دورا أساسيا. فلا يعقل أن قيمة عقار أنجز في منطقة حضرية، تساوي نفس الاستثمار بمحطة بحرية؛ ولا لعقار موجود في حي عادي مقارنة بسكنات في إطار الملكية المشتركة ولكن موجودة داخل الأحياء الفاخرة وفي العاصمة أو في المدن الكبرى؛ ولا لمحل مهني ولكن يستعمل موسميا مقارنة بمحلات داخل مركز تجاري .

- العوامل الاقتصادية: إن المستثمر في الميدان العقاري على المدى الطويل، يجب عليه بموضوعية وبتأني مهما كانت الأجواء التي نضجت فيها العمليات العقارية، ملاحظة العوامل الاقتصادية الأساسية، التي تكون في أي وقت، السبب في نجاح أو إخفاق الاستثمارات في المجال العقاري. من بين هذه العوامل، إن ارتفاع النمو الديمغرافي، وارتفاع مستوى المعيشة والتوسع العمراني، تعتبر عناصر أساسية. كما أنها مازالت تعتبر اليوم وربما في المستقبل كذلك من العوامل الأساسية التي تشجع على الاستثمار في المجال العقاري.

- بالعكس، هناك ظروف سلبية أو عوامل يمكنها أن تحيط أو تكتنف السوق وتنشئ مخاطر لوضعية ركود اقتصادية (وبالتالي بالسوق العقارية) مهلكة. فيتعلق الأمر مثلا بحادث يطرأ على المستوى الوطني أو الدولي.

2 - 1 - 2 سوق العقار غير المبني le marché foncier

2 - 1 - 2 - العرض

ويتعلق الأمر بالأرض المهيأة أو القابلة للتهيئة مستقبلا لتستعمل في البناء. فتكون ما يسمى بقطع الأراضي الصالحة للبناء les terrains à bâtir . فإنها إذن أراضي غير مبنية أي أراضي عارية كما يمكنها أن تكون أراضي توجد فوقها بنايات معرضة للهدم.⁽⁵⁵⁾

55 - voir Michel PAGES: la maîtrise de la croissance urbaine, PUF «qsj», Paris, 1980., p.36; voir également J-BOULEZ., op cit., p.15.

إن قطع الأراضي الصالحة للبناء يمكن أن تكون لها عدة وظائف، تؤثر هذه الأخيرة على قيمتها في السوق. ويمكن أن تكون هذه الوظائف، في إطار:

الاستعمال الجماعي الذي يهدف إلى إنجاز سكنات عديدة. إن هذا الاستعمال يعطي قيمة كبيرة للقطعة الأرضية، خاصة إذا كانت هذه الأخيرة في وضعية جغرافية حسنة داخل المحيط العمراني. إن هذا النوع من قطع الأراضي قليل خاصة في المدن الكبرى. ولكن في أغلب الأحيان إن وجد، تكون فوق هذه الأراضي بنايات قديمة يجب هدمها. وهذا الهدم، يمكن أن يطرح اشكالات قانونية ومادية.

- الاستعمال الفردي. هذا الأخير يمكن أن يكون بصفة معزولة أو باشتراك سكنين أو اشتراك عدة سكنات أي يكون استعمال قطعة الأرض جماعيا. وهذا حسب نوع السكن المسموح به. ويتعلق هنا الأمر بأراضي مختلفة عن تلك المستعملة في السكنات الجماعية أي قطع الأراضي البعيدة عن المناطق العمرانية أو تلك الموجودة في محيط عمراني صغير. فتكون قيمتها في السوق ضعيفة.

- الاستعمال الصناعي. إن القطع الأرضية المستعملة في هذا الإطار، تكون لها القيمة الضعيفة، حتى إن وجدت في منطقة حضرية. إن القطعة الأرضية المستعملة لأغراض صناعية تكون لها قيمة منخفضة بالمقارنة مع قطعة أرضية محاذية لها تستعمل خاصة في السكن الجماعي. وتكون كذلك قيمة قطع الأراضي منخفضة إذا كانت بعيدة رغم أنها موجودة داخل منطقة صناعية، مقارنة بالقطع الأرضية ذات الاستعمال السكني الفردي ولكن موجودة بجانب هذه المناطق الصناعية. والسبب في ذلك، أن النشاط الصناعي يركز أكثر على شساعة القطع الأرضية (لبناء العمارات المستعملة من طرف الإدارة، ولاستعمالها كحظيرة للسيارات أو في المساحات الخضراء، ...)، منه على كثافتها⁽⁵⁶⁾

56 - J. BOULEZ., op cit., pp.15 et 16 .

وتجدر الإشارة في الأخير، أن العقار غير المبنى، متعدد ومختلف يتعدد الوظائف التي تستعمل فيها: قطع أرضية تستعمل في النشاط الصناعي أو الإداري أو التجاري أو في إطار التخصيص، قطع أرضية حضرية؛ قطع أرضية لاستعمالها في إطار المقيم، قطع أرضية مؤجرة مبنية أو غير مبنية، قطع أرضية موجودة داخل أو خارج المناطق العملية للتعمير (مثل القطع الأرضية الجبلية أو الموجودة قرب شاطئ البحر، ...): إنها أموال عقارية عديدة تعرض في السوق، وتختلف خصوصية كل مال عقاري عن الآخر حسب الأغراض المختلفة التي يستعمل فيها كل عقار. وبالتالي، فإن قيمة كل عقار مرتبطة من جهة بالأهداف الملتصقة بكل عقار ومن جهة أخرى بالضغوطات الناتجة عن الحاجيات المحلية وبالتالي بالسلوك الذي يتسلكه السوق العقارية بكاملها.

2-2-1-2 الطلب

يقتسم سوق العقار غير المبنى ثلاث قطاعات أساسية:

- القطاع العمومي، ويقوم بتلبية حاجيات المجموعات المحلية وكذلك حاجيات المؤسسات التابعة للدولة. فيقوم في هذا الإطار بتكوين الاحتياطات العقارية، تجهيز المناطق الصناعية أو السكنية وكذلك بناء المنشآت العمومية.

- القطاع المهني يقوم بتنشيطه المستثمرون والمتعاملون في الترقية العقارية والبناءون الخواص والبناءون شبه العموميين. داخل هذا القطاع تبرم المعاملات المتعلقة بقطع الأراضي التي يتم استعمالها في بناء السكنات الموجهة للإيجار، والمجمعات السكنية، والتخصيصات القريبة من المناطق الحضرية وكذلك المحطات الترفيهية، ...

- القطاع الخاص، يمارس فيه "البيع بالتجزئة" لصالح أفراد يريدون بناء سكنات فردية أو لصالح مستثمرين صغار.

ولكن تجب الإشارة، أنه مهما كان تداخل قطاع مع قطاع آخر من هذه القطاعات الثلاثة، فإن المستثمر في المجال العقاري بغرض البيع مستقبلاً le placeur vendeur ، يجب عليه في آخر المطاف التعامل مع واحد من هؤلاء الممولين إذا أراد الحول على قطعة أرضية⁽⁵⁷⁾.

وإذا كانت سوق العقار غير المبني تتصف بخاصية أساسية وهي الندرة la rareté، خاصة في المناطق التي تعرف كثافة سكانية عالية، إلا أنه يجب النظر إلى هذه الخاصية ليس بصفة مطلقة، وإنما بنظرة نسبية. أي يجب النظر إلى القطعة الأرضية حسب وضعها الجغرافي: هل هي موجودة بالقرب من شاطئ البحر، أو داخل مدينة كبيرة، أو مدينة جديدة أو مدينة متوسطة أو صغيرة أو في المنطقة الريفية، ...

فالطلب على القطع الأرضية غير متجانس على مستوى التراب الوطني لبلد ما، وإنما يخضع إلى خصوصيات كل حالة.

وتجدر الإشارة في الأخير أنه إذا كان الاتجاه العام للطلب على القطع الأرضية في تزايد مستمر، فيقابله اتجاه آخر هو انخفاض في العرض.⁽⁵⁸⁾

2 - 1 - 2 - الثمن

هو نتيجة العرض والطلب أي قانون السوق. فحسب بعض الباحثين⁽⁵⁹⁾، إن أثمان الأرض في الدول التي تعمل بقانون السوق، تخضع إلى مجموعتين من العوامل: البعض منها يمكن أن يطلق عليها اسم الاقتصاديات الكبرى وهي التي ترسم الخطوط العريضة والبعض الآخر مرتبط بشدة بما هو محلي، فهي محلية ودقيقة.

57 - Michel PARENT., op cit., p. 17.

58 - Michel PAGES, op cit., p. 36.

59 - أنظر في هذا الإطار، جكلين بوقارني: الجغرافية الحضرية (ترجمة حلمي عبد القادر)، د. م. ج، الجزائر، 1989، ص 154 وما بعدها؛ أنظر كذلك Hubert LEVY et s. LAMBERT, op cit., pp. 62.

ففيما يخص المجموعة الأولى من العوامل، لقد لاحظ بعض الباحثين، خاصة في المدن الكبرى أن ثمن المتر مربع للأرض، يرتفع كلما اتجهنا من ضواحي المدينة اتجاه مركزها، هذا من جهة وأن الثمن يرتفع بصفة عامة كلما اتسعت المدينة. ويربط نفس الباحثين ارتفاع هذا الثمن، بالوقت الذي يستغرقه الفرد للذهاب إلى وسط المدينة.

هكذا يلتقي كل من عامل المجال وعامل الزمان برسم الخطوط العريضة لقيمة الأرض وتغييراتها الموازية للتطور الحضري.

لكن الحالة التفصيلية لا تتسم بالبساطة. فيمكن استخراج عدة مجموعات من العوامل الاقتصادية والاجتماعية وأخرى مغيرة محليا للرسم العام. وهي تمثل المجموعة الثانية من العوامل.

ففي إطار المجموعة الثانية من العوامل، تجب الإشارة، أنه ليست كل النشاطات الحضرية متشابهة. فميزتها الخاصة يمكن ردها إلى مجموعتين: الكفاءة على دفع الثمن، والحاجيات من المساحة. فالكفاءة المالية أكبر لدى الجماعات التي تمس شعبا واسعا والذين يعيشون بمخالطته. فهؤلاء يبحثون أكثر من غيرهم عن إمكانية أقصى العبور. وهذه النشاطات هي التي أيضا تقنع بالمساحات المختصرة المتمثلة في ناطحات السحاب. حيث المكاتب المتنوعة (مقرات اجتماعية، تأمينات، خدمات للأعمال، بعض أنماط التجارة،...). وعلى العكس من ذلك، الصناعة التي تحتل مساحات واسعة وتتطلب في الغالب المباني المنخفضة، فهي تقلل من مردودية الأرض. ومحلات الإقامة توجد بين الاثنين، وموضعها وسطي. كذلك يجب ملاحظة النمط المورفولوجي للمسكن والمستوى الاجتماعي الموجه إليه⁽⁶⁰⁾.

60 - جكلين بوقارني، المرجع السابق، ص 156.

بالإضافة إلى هذا، فإن داخل المحيط الحضري، هناك عوامل أخرى، نذكر منها: الاعتبارات المناخية المحلية، السعي نحو الأبهة، التصرفات العنصرية، إرادة المحافظة على تقوية المجموعة العائلية، ... كل هذه العوامل تؤثر في العمق على الرسم العام وبإمكانها أن تؤدي إلى فشل النموذج المختصر جدا.

فعلى سبيل المثال حي بيفارلي هيلس Biverly hills بلوس أنجلوس في الولايات المتحدة الأمريكية والدائرة 16^{ème} arrondissement 16 بالعاصمة الفرنسية لأنهما يسكنهما أشخاص أثرياء ومشاهير، فإن ثمن الأرض فيهما مرتفع جدا⁽⁶¹⁾.

إن مثل هذا التطور، ستنجم عنه نتائج وخيمة. زيادة على أنه سيصعب من بناء السكنات الاجتماعية في وسط المدينة إن لم نقل استحالتها، فإنه سيرمى إلى ضاحية المدينة مجموعة كبيرة من المواطنين. وبالتالي سينشأ عدم توازن خطير في توزيع السكنات من جهة والمكاتب والمحلات من جهة أخرى. فإن إلزامية المردودية للعمليات العقارية أضرم وسيضر بإنجاز المرافق الجماعية (المدارس، مراكز الصحة، ...). وهذه الوضعية أصبحت تنطبق على بعض المدن الكبرى في الجزائر. بحيث في المستقبل القريب سيصعب عليها جدا أي على السلطات العمومية وجود أراضي شاغرة داخل المدينة لإيواء مرافق عمومية.

2-2- السوق العقارية الريفية، سوق الأراضي الفلاحية والعقار الفلاحي المبني

2-2-1 العرض

2-2-1-1 العقارات الفلاحية غير المبنية : الأرض

يتعلق الأمر بالأرض الصالحة للزراعة، الأرض الرعوية والبساتين، وأراضي الغابات⁽⁶²⁾.

61- جكلين بوقارني، المرجع السابق، ص 157 وما بعدها.

62- J. BOULEZ, op. cit., pp. 27 et 28.

إن المال العقاري المتمثل في الأرض، يعتبر ثروة طبيعية وليس مالا مصطنعا ابتكره الإنسان، مقارنة بالعقار المبني.

فإذا كان يجب على رأس المال أن يستهلك ديناً، فبالعكس، إن الأرض تعتبر ثروة أبدية. إلا أنه تجب الملاحظة، أن الأرض بتدخل من الإنسان، فإنها تتعرض للتحسين. ففي بعض الأحيان، إن خصوبتها، هي من إنشاء عمل الإنسان .

فالإنسان هو الذي أحيا الأرض عندما كانت غابات بعد قطع أشجارها، فهو الذي حرث الأرض، وأنجز الطرق للوصول إلى مزارعه وجني المحاصيل. فهو الذي قام بوضع الأسمدة اللازمة. وهو الذي قام بتنظيف التربة وتحسين نوعيتها. فكان لزاماً عليه حفر قنوات لتسهيل تسرب المياه الزائدة حتى لا تضر بالتربة. كما قام بوضع حواجز طبيعية (غرس الأشجار) واصطناعية، لحماية المحاصيل من الرياح القوية. في بعض الأحيان فقد غير تماماً التكوين الكيميائي للتربة وذلك بإضافة مواد أخرى مثل الجبس، ...

إن كل هذه الأعمال تمثل مصاريف قد ساهمت في تغيير هذه الأرض من وضعيتها الطبيعية الأولية إلى أرض منتجة. وبالتالي يجب أن تستهلك ديناً هذه المصاريف ces dépenses doivent être amorties ولو على المدى الطويل⁽⁶³⁾.

2- 2 - 1 - 2 - العقار الفلاحي المبني

يتمثل العقار الفلاحي المبني في العقارات ذات الاستعمال السكني والعقارات المرتبطة باستغلال المزرعة، وكذلك العقارات التي تستعمل في تحصيصات فلاحية أخرى. إن الحصول على سكن للإيواء، يعتبر من الحاجيات الأساسية المرتبطة بطبيعة الإنسان. ولكن الوظائف التي يؤديها السكن، تختلف إذا تعلق الأمر بسكن حضري منه بسكن فلاحي.

63 - J. MILHAU et R. MONTAGNE: Economie rurale, PUF «Themis», Paris, 1968., p. 70.

في المدينة، إن وظيفة السكن تعتبر بسيطة، فإنه يستعمل في إيواء العامل وعائلته. ففي أغلب الأحيان، هناك تمييز بين العقار الذي يستعمل كسكن والعقار الذي يستعمل لأغراض مهنية (مثل المعامل، المكاتب، المخازن، المتاجر،...).

أما في الريف، بالعكس، فالعقار له وظائف متعددة: إيواء الفلاح ووظيفة غير كافية. فلا بد كذلك من إنشاء بنايات لحماية الأبقار والأغنام، والعتاد، وحماية كذلك المحاصيل، ... وبالتالي فإلى جانب السكن، يجب على الفلاح بناء منشآت الاستغلال . les bâtiments d'exploitation

وكل هذه المباني مرتبطة ببعضها البعض⁽⁶⁴⁾ بحيث تساهم كلها في الحصول على تسير عقلائي للمزرعة.

2 - 2 - 2 - الطلب

يصدر الطلب أولا من الفلاحين أنفسهم. بحيث إن الفلاح يريد دائما وطبيعيا شراء العدد الكبير والممكن من الأراضي الفلاحية. ولا يريد أن يبيع أو يرهن عقاراته⁽⁶⁵⁾. أما الطلب الآخر على الأراضي الفلاحية، فيتمثل في التوسع العمراني وإنشاء المناطق الصناعية، وسياسة الاحتياطات العقارية. فهذا الطلب الذي أصبح ينافس الطلب الصادر من الفلاح، بدأ يتسبب في إنقاص وبصفة معتبرة الأراضي الموجودة الصالحة للزراعة. إلى حد الآن، كان التطور الاقتصادي يطلب من الأرض المواد الغذائية واليد العاملة، أما اليوم فأصبح ينافسها في الحصول على الأرض⁽⁶⁶⁾. وهذه الوضعية تنطبق على أغلب دول العالم بما فيها الجزائر. فكم هي في الجزائر عدد الهكتارات التي انتزعت من الأراضي الفلاحية الخصبة واستعملت لأغراض غير الأغراض المرتبطة بالفلاحة.

64 - ibid., p. 8.

65 - J. MILHAU et R. MONTAGNE, op cit., p. 19

66 - ibid., p. 72.

فهناك منافسة كبيرة بين الطلب الصادر من الفلاحين من جهة وأشخاص آخرين من جهة أخرى، لشراء الأراضي الفلاحية، خاصة في بعض المناطق (مثل المناطق المجاورة للمراكز العمرانية الكبرى لأغراض سكنية وصناعية، أو المناطق المحاذية لشواطئ البحر، لأغراض سياحية، ...). فالفئة الأولى تهدف من خلال الطلب الصادر منها، توسيع مساحتها الزراعية، أما الفئة الثانية، فهدفها يرمي إلى تحقيق أغراض مرتبطة بالمضاربة. وتبرم المعاملات العقارية في أغلب الأحيان لصالح الفئة الثانية، لأن مردودية مشاريعها لنفس المساحة الأرضية أكثر من مردوديتها الفلاحية⁽⁶⁷⁾.

2 - 2 - 3 الثمن

إن الأرض تمثل القاعدة الأساسية للنشاط الزراعي. وهذا ما يجعل قيمتها نسبيا دائما مرتفعة.

ضف على ذلك، إن الأرض - شيء نادر - هي في أغلب الحالات ملكية لشخص ما. واستعمالها واستغلالها يؤدي إلى نشأة ما يسمى "بالريع العقاري la rente foncière". إن الأرض خاصة عندما تكون مهيئة، تكون لها قيمة مرتفعة، ولكن هذه القيمة تختلف باختلاف المناطق والمراحل الزمنية (خاصة أثناء الحروب أو عندما يتعرض الاقتصاد إلى ارتفاع في الأسعار inflation)، فتصبح الأرض تلعب الدور التقليدي أي كقيمة يلجأ إليها الأفراد لحماية ثرواتهم الخاصة)، وكذلك نوع المنتج الفلاحي.

ضف إلى ذلك النمو الديمغرافي. فالمناطق التي تعرف نموا ديمغرافيا سريعا أو كثافة سكانية كبيرة، فإن ثمن الأرض سجل ارتفاعا، بحيث نفس الأرض وبنفس المساحة، في منطقة لا تعرف هذه الظاهرة، يكون ثمن الأرض أقل.⁽⁶⁸⁾

67 - P. VIAU: l'essentiel sur l'agriculture française, les éditions ouvrières, Paris, 1978., p. 171.

68 - J. MILHAU et R. MONTAGNE., ibid., p. 71.

هناك كذلك عوامل تقنية وأخرى اقتصادية تؤثر في ارتفاع الثمن. على سبيل المثال، فيما يخص العوامل التقنية، يمكننا ذكر "عامل المكننة"، الذي أنجر عنه عملية تجميع القطع الأرضية وبالتالي توسيع المستثمرات الفلاحية لأسباب متعلقة بالمردودية. هذه الوضعية أدت إلى رفع الطلب في الأراض الفلاحية.

كذلك الجباية تؤثر في تحديد قيمة الأرض الفلاحية.⁽⁶⁹⁾

ضف إلى ذلك، إن التوسع العمراني وإنشاء المناطق الصناعية وسياسة الاحتياطات العقارية، أنشأت طلب، أصبح ينافس الطلب الصادر من الفلاح وبالتالي أنقص بصفة معتبرة مساحة الأراضي الموجودة الصالحة للزراعة وبالتالي تسبب في رفع قيمة الأرض الفلاحية⁽⁷⁰⁾.

فعلى سبيل المثال، في تقرير صدر لها في سنة 1987، فإن مديرية التعمير والبناء والسكن لولاية الجزائر، قد سجلت اختفاء 1716 هكتارا سنويا بضواحي العاصمة فقط. إن هذه المساحة قد استعملت لبناء سكنات تابعة للقطاع العمومي. أما إذا أدمجنا المساحات التي استعملت في بناء السكنات من طرف القطاع الخاص والبناء غير المشروع، فإن عدد المساحة المحولة لعمليات البناء سنويا تكون أكبر بكثير⁽⁷¹⁾.

69 - J. BOULEZ, op cit., p.28.

70 - J . MILHAU et R. MONTAGNE, op cit., p. 72.

71 - Ali HADJIEDJ: le grand Alger, OP U, Alger, 1994., p. 208.

من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار

د. محمدي سليمان
كلية الحقوق - بن عكنون

تمهيد :

أثار موضوع إلغاء النصوص الخاصة بالغبن نقاشا حادا في مختلف التشريعات وقد استند رافضو الاعتراف بالغبن في مجال العقود على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ المساواة بين الدائنين ولكن رغم ذلك مازالت كل التشريعات تتضمن نصوصا خاصة بالغبن إما في مجال عيوب الإرادة أو في نصوص خاصة أو كمبدأ عام. فهل من الضروري إلغاء الغبن في مجال العقود أم نبقه كاستثناء تفرضه العدالة التعاقدية؟

1 - اعتبار بعض المبادئ القانونية عائق على أعمال الغبن :

إن التقييد بحرفيه مبدأ سلطان ومبدأ المساواة بين المتعاقدين تقتضي استبعاد التمسك بالغبن في مجال العقود ولكن وردت على هذين المبدأين استثناءات أخرى، أفلا يمكن تقبل الغبن أيضا ضمن هذه الاستثناءات؟

أ- مبدأ سلطان الإرادة :

يعد مبدأ سلطان الإرادة عائقا يمكن الاعتراف به للتصريح بعدم جدوى الغبن فهذا المبدأ يقتضي عدم التدخل في الإرادة التعاقدية أو تغييرها ما لم تكن معيبة. فمبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل في تعديل الالتزامات غير المتكافئة⁽¹⁾.

1- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص12.

يذهب الفقه الغالب اليوم إلى ضرورة التخلص من مبدأ سلطان الإرادة، فيجب أن يسعى العقد لتحقيق العدالة⁽²⁾ ويرى أن العدالة، في عقود المعاوضة، تقضي أن يكون لكل طرف مقابل أو معادل مقارب لما يؤديه، إذ لا أحد ينكر اليوم أن الحرية التعاقدية لم تعد تحقق تلقائيا العدالة⁽³⁾، فلا بد من إحلال مبدأ آخر أو على الأقل الاعتماد على مبادئ أخرى غير مبدأ سلطان الإرادة في تبرير فلسفة التشريع، فيجب إعادة تفسير النصوص في ضوء مبادئ حسن النية والعدالة⁽⁴⁾.

يلاحظ أن معظم التشريعات التي كانت تقوم على أساس مبدأ حرية التعاقد بدأت تتخلص من هذه النزعة الفردية لتحقيق نوع من التوازن العقدي⁽⁵⁾، ويمكن الاعتماد على مبادئ أخرى كمبدأ حسن النية والغبن في العقود لتحقيق هذا التوازن.

فحسن النية يقتضي تقييد التعاقد بقدر معين من الأخلاق، ولقد استند القضاء الألماني إلى هذا المبدأ لاستبعاد عدم التوازن العقدي⁽⁶⁾.

كما أن القانون الألماني المنظم للشروط العامة للعقد قد قنن ما ذهب إليه القضاء من ضرورة احترام حسن النية وأهمية توافق الشروط العامة في العقد مع مقتضيات الأخلاق والآداب العامة⁽⁷⁾.

2 - Jacques Ghestin, Droit Civil: La formation du contrat, 3^{ème} Ed, LGDJ Paris, 1993, p220-225.

3 - Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Eric Savaux, Les obligations, v.1 L'acte juridique, 10^{ème} ed, Armand Colin, Paris, 2000, pp. 66 et 183

4 - B.Stark, H.Roland, L.Boyer, Droit Civil, les obligations du contrat 6^{ème} ed , Litec, Paris, 1998, n° 23

5 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص115.

6 - Jean Calais, Auloy Franck, droit de la consommation, 3e trimestre, 4e ed Dalloz, 1996, p. 161

7 - عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 295.

ويرى البعض أن النية الحسنة يجب أن تكون في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه⁽⁸⁾، إلا أنه يمكن الاعتراض على هذه الفكرة بأن إدماج حسن النية بهذا الشكل يعد إدراجا للقاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، ولكن يجب أن يرقى القانون إلى تحقيق المصلحة المشتركة والعدالة بالدرجة الأولى.

كما أن القانون الفرنسي يتضمن صراحة شرط حسن النية في تنفيذ العقد وهذا يعني بأنه إذا توافرت شروط الصحة ولم تراعي حسن النية في التنفيذ فلا يكون هناك مجال لإعمال القوة الإلزامية للعقد وما هذا هو إلا اعترافا بأهمية الالتزامات الأخلاقية في النظام القانوني ككل⁽⁹⁾.

فلا يمكن إذن استبعاد حسن النية في مواضيع معينة بحجة اختلاف القاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية.

فاختلال التوازن يمس بالعدالة التعاقدية وبجانب أخلاقي يجب أن يرقى العقد إليه، ومحاولة تقريب القانون بالأخلاق والمبادئ السامية تدفعنا إلى التمسك بهذه العدالة التعاقدية.

هناك عدة تشريعات غريبة تسعى إلى تحقيق التوازن العقدي فجعلت من الغبن مبدأ عام وسببا لإبطال جميع العقود مثل القانون الكندي⁽¹⁰⁾ و القانون البلجيكي والقانون السويسري⁽¹¹⁾ وذلك في حالة انتقاء التوازن بين الأدعاءات.

8 - Ghestin, op.cit, p. 237

Christian Lapoyade Deschamps, Droit des obligations, Ellipses, Paris, 1998, p. 45.

9 - StÉphane Darmaisin, Le contrat moral, LGDJ, Paris, 2000, pp. 30-31.

مع الملاحظة أن القانون الجزائري يعتد أيضا بحسن النية في مرحلة التنفيذ المادة 107 مدني.

10 - Jacques Ghestin, op.cit, p. 230.

11 - François Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, Dalloz, 6e Éd, 1996, p. 251, Art 138

BGB et 28 c suisse des obligations.

ولا شك أن استقرار المعاملات يقتضي الإبقاء على حرية التعاقد ولكن في ظل قيود حتمية مستمدة من روح القانون ذاته.

فيجب ألا يشكل مبدأ سلطان الإرادة عائقا نحو إعادة التوازن في العقد إذ أن القيود الواردة عليه مقبولة وقائمة منذ القدم وهي في تزداد باستمرار كلما دعت الضرورة لذلك.

ب - تعارض قواعد الغبن مع مبدأ المساواة بين المتعاقدين :

انتقد الغبن منذ القديم بشدة على أساس أنه لا يحقق المساواة بين المتعاقدين فهو ممنوح للبائع وحده إذ لا يستطيع المشتري التمسك به.

تعرض الفقه الفرنسي لهذه المسألة منذ وقت بعيد وقد ذهب الغالبية إلى القول بضرورة إعطاء المشتري هذه الدعوى أيضا ، ثم حدث تراجع في ذلك بعد قرار مؤرخ 1592/09/07 حيث طالب شخص اشترى عقار ب 1900 ECU بينما قيمته 600 ECU بالإبطال بسبب الغبن مستندا إلى أن الغبن لا يجب أن يكون مقصورا على البائع وإلا كان ذلك إقرارا لعدم المساواة بين البائع والمشتري. ولكن قرار برمان باريس 1592 جاء مؤكدا أن الدعوى تمنح للبائع وأن الغبن استثناء عن القواعد العامة لا يجوز التوسع فيه وإن هذا ناتج عن اختلاف مركز كل من البائع والمشتري.⁽¹²⁾ وقيل لتبرير منح الدعوى للبائع دون المشتري بأن البائع هو الذي يكون مضطرا للبيع بينما المشتري لا يمكن أن يكون مضطرا للشراء.⁽¹³⁾

ويرى البعض بأنه وإن كان مبدأ المساواة يقتضي عدم التفرقة بين المتعاقدين فهناك استثناءات ترد عليه، وأن بعض الأوضاع القانونية تفرض هذه الاستثناءات. فلماذا يسمح

12 - Denis Berthian, Le principe d'Égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, Paris, 1999, pp. 68 à 75.

13 - François Terre, Philippe simler, Yves Lequette, op-cit, p. 250.

Christian Lapoyade Deschamps, Droit des obligations, Ellipses, Paris 1998, p. 79.

القانون للقاضي مثلا بتخفيض الشرط الجزائي دون رفعه ولماذا تمنح للمقاول الفرعي دعوى مباشرة للرجوع على رب العمل ولا يجوز لهذا الأخير رفعها في مواجهة الأول؟ فهذه أوضاع مختلفة تفرض حماية متعاقد معين أو شخص معين دون غيره.⁽¹⁴⁾ فالذي يبيع بأقل من ثمن المثل غالبا ما يكون في وضعية خاصة تفرض حمايته، ولو فرضنا أن هذا الاستثناء غير مبرر باعتبار أن المشتري قد يكون مضطرا أيضا للشراء نظرا لأزمة السكن مثلا وحمايته واجبة أيضا فما هو الحل؟

لا يجب أن نختار الحل السهل، لتفادي هذا الانتقاد، وهو إلغاء دعوى الغبن الممنوحة للبائع بل يجب التفكير في آليات أخرى لحماية المشتري على الأقل عندما يكون البائع محترف في مجال البيوع العقارية.⁽¹⁵⁾

ففي القانون الكندي⁽¹⁶⁾ نصت المادة 118 على حماية المتعاقد والمشتري خصوصا بقولها: "لكل مستهلك استغل التاجر المحترف عدم خبرته أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته إذا كانت غير متوازنة بشكل ظاهر مع الالتزامات الواقعة على عاتق التاجر" فالقول بعدم التوازن بين الالتزامات ما هو إلا اعترافا بالغبن في هذا المجال.⁽¹⁷⁾

كما أن القانون الفرنسي يوصف الشرط التعسفي بأنه عدم التوازن المحسوس بين التزامات وحقوق المتعاقدين.⁽¹⁸⁾

ويلاحظ أن المشرع الجزائري مازال يفتقر إلى نصوص تحمي المستهلك من هذا الجانب لإقامة التوازن العقدي⁽¹⁹⁾

14 - Denis Berthian, op-cit, p. 79

15 - Jean Calais, Aulay Frank, op-cit, p. 352, n° 351

16 - القانون الخاص بحماية المستهلك 13/07/1991.

17 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 291.

18 - Art 132 al 1 c cos français, 01/02/1995.

19 - ماعدا بعض النصوص التي تتضمن إبطال الاتفاق على شرط عدم الضمان.

فيجب أن يلتزم البائع المحترف في المجال العقاري وخصوصا بالنسبة للسكن الترقوي بالتزامات تبرر الثمن المرتفع الذي يقبضه، إذ لو كانت مثل هذه النصوص موجودة كان باستطاعة المشتري التمسك بها، وإن كان الغبن خاص بالثمن المحدد في العقد وليس بشروط التعاقد التعسفية⁽²⁰⁾.

ولكن يمكن الرد على هذا بأن المتعامل العقاري مضطر بتحديد سعر موافق لسعر السوق وإلا اشترى الشخص عند متعامل عقاري آخر، فالواقع وقانون المنافسة يفرض على المتعامل العقاري سعر السوق ولهذا فإنه يضع شروطا يستطيع بواسطتها رفع السعر لاحقا، وهذا الأمر يتطلب تحقيق حماية المشتري المستهلك من الشروط التعسفية لإقامة التوازن التعاقدية.

كما يمكن أيضا حماية المشتري في حالة عدم وجود منافسة فعلية وارتفاع الأسعار يتدخل الدولة في تحديد السعر أو وضع أسس عامة لتقديره⁽²¹⁾ وإذا أمكن انتقاد هذه الفكرة بسهولة على أساس حرية الأسعار إذ ينص قانون المنافسة المادة الرابعة⁽²²⁾ على أن: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة. غير أنه، يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحدد في المادة 05 أدناه".

إلا أن المشرع نص في المادة 5 من قانون المنافسة على أن: "...كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين في منطقة جغرافية معينة أو في حالة الاحتكارات الطبيعية...".

20- Jean Calais Auloy Frank, op-cit, p. 161

21- Jean Calais Auloy Frank, op-cit, p. 290 n° 275.

22- الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة.

كما أن في القانون الفرنسي وبمقتضى الأمر 1986 المادة 1 فقرة 2 و3 تسمح للحكومة بتحديد الأسعار في حالة ارتفاع الأسعار بصفة مفرطة أو تسبب مشاكل بعض القطاعات⁽²³⁾ وهذه المادة مطابقة للمادة 5 ما قانون المنافسة الجزائري التي يمكن استعمالها مؤقتا عندما تكون الأسعار مفرطة.

كما أنه يمكن المشتري الاستفادة من قواعد الغلط في الشيء حيث أن الغلط في الشيء يخفي غالبا غلط في القيمة، وإن كان المشرع لا يأخذ بالغلط في القيمة بصفة مباشرة. فعندما يكون الغلط في الشيء هو مصدر عدم التوازن العقدي يمكن للمتعاقد الاستناد إليه لتحقيق هذا التوازن.⁽²⁴⁾

فهذه القاعدة تحمي المتعاقدين معا، وإن قيل أنها لا تحقق الحماية التي يحقها الغبن إذ تتطلب إثبات الغلط الجوهري فعندنا قواعد لا يتطلب فيها المشرع إثبات الغلط الجوهري وهي العلم الكافي بالمبيع وفقا للمادة 352 مدني.

فتمسك المشتري بذلك قد يكون أيضا نتيجة عدم التوازن العقدي بحيث دفع أكثر من قيمة الشيء باعتباره لم يكن عالما به علما كافيا، وتعد هذه الحماية للمشتري.

وفي الحقيقة لا يتصور أن يكون المشتري كامل الأهلية و اشترى بأكثر من قيمة الشيء ما لم يكن قد وقع في غلط جوهري أو لم يكن عالما بما اشتراه علما كافيا⁽²⁵⁾، أو يجد نفسه ملزما بمبالغ أدرجها المحترف ضمن التزامات جانبية في العقد، ويمكن حماية المشتري منها وفقا لما سبق التعرض له.

وبهذا يمكن القول أن وضع المشتري مختلف عن وضع البائع لذا فحماية المشتري تتطلب آليات مختلفة عن تلك المقررة لحماية البائع.

23 - Jacques Ghestin, La vente, p. 516.

24 - Jacques Ghestin, Formation du contrat, op-cit, p. 475.

25 - مع الملاحظة أنني لا أقترح تغيير مضمون قواعد الغلط ولا العلم الكافي بل أقول فقط بأنها يمكن أن تكون آليات يستطيع المشتري أن يستعملها لتحقيق التوازن العقدي مع الإبقاء على شروطها المقررة قانونا.

2 - مبررات الإبقاء على أحكام الغبن في بيع العقار :

إن القول بالإبقاء على النصوص الخاصة بالغبن في العقود يفرض إبراز الأهمية التي يمكن أن يحققها الغبن ؟ وهل ترقى هذه الأهمية إلى الجعل من الغبن مبدأ عام أم نبقى عليه كاستثناء فقط قابل لتوسيعه إلى مجالات مختلفة؟

أ- إبراز أهمية الإبقاء على الغبن :

يتقبل المؤلفون الغبن ضمن عيوب الإرادة، فلا أحد يفكر اليوم في إلغاء المواد الخاصة بالغبن، فالتردد القائم اليوم هو هل نذهب إلى نظرية موضوعية بحتة والقول بالغبن في العقد بمجرد عدم تكافؤ الأداءات أم نربط بين الغبن وعيوب الإرادة⁽²⁶⁾ ؟

أ - 1 - الغبن في إطار عيوب الإرادة :

تتقبل جل التشريعات الغبن ضمن نظرية الاستغلال أي ضرورة اقتران عدم التعادل بين الأداءات باستغلال، فالمتعاقد لا يتنازل عن جزء من ماله إلا إذا كان متبرعا، أما إذا كان بعوض فلا بد أنه قد اضطر لذلك. وقد عالج المشرع حالة الطيش والهوى إلا أنه يجب، في إطار مفهوم الطيش، عدم التقييد بمفهوم الخفة واللامبالاة بل يعرف الطيش أنه إقدام الشخص على التصرف دون أن يخشى تماما ما يترتب عليه من نتائج وهذا لإدماج الشخص كبير السن الذي رغم ما يتحلى به من تبصر فقد يتصرف باللامبالاة وسوء التقدير وهذه طائفة غير محمية ولا يمكن إدراج كبار السن ضمن عوارض الأهلية.

كما يوجد من المؤلفين من يميل إلى التوسع في الإكراه وجعله شاملا للحالات التي يكون فيها مضطرا إلى إبرام التصرف⁽²⁷⁾ من غير ضغط دون أن ينسب الإكراه

26 - Jacques Flour, op-cit, p. 182.

27 - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الجزائر، 1997، ص 145.

إلى شخص بل يكون نتيجة الظروف المحيطة⁽²⁸⁾ التي جعلته يتعاقد بالتزامات مفرطة⁽²⁹⁾

ويذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى عدم إبطال العقد ولكن إلى رفع الغبن⁽³⁰⁾ ويرى عبد الفتاح عبد الباقي أن القانون المصري ليس بحاجة إلى هذا التوسع لأن سبب هذا التوسع هو التخلص من عقود تتنافى مع الشرف والنزاهة في التعامل و يمكن الاستناد لنظام الاستغلال لتحقيق ذلك⁽³¹⁾ ولكن المشرع المصري ، مثله مثل المشرع الجزائري، حدد حالات الاستغلال ولا يمكن تجاوزها بينما يذهب المشرع المغربي في ظهير الالتزامات إلى هذا التوسع إذ تنص المادة 54 منه على أنص أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة.

ويرى الفقه المغربي أن الغبن الذي يقوم على استغلال مرض أو ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر ويظهر التباين بين الحقوق والالتزامات يمكن الاستناد بشأنه إلى المادة 54.32

كما أن الشريعة الإسلامية تحرم بيع المضطر إذ يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " بيع المضطر حرام" والمضطر هو الإنسان الذي يبيع ما عنده بثمن بخس تحت ضغط الحاجة.⁽³³⁾ ويرى الدكتور جعفرور: " أن الفقه الإسلامي يقترب من القانون المدني

28 - Jacques Flour, op-cit, p. 161.

29 - Christian Larroumet, Droit civil Tome 3+: les obligations, le contrat, 3^e Ed, Economica, Paris 1996, p. 72.

30 - Boris Starck, op-cit, n°562.

31 - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المتفرقة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص 378 إلى 381.

32 - إدريس الفاخوري، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون عدد3، جوان 2001، ص75. يشير إلى قرارات القضاء المغربي التي سارت في هذا الاتجاه قرار المجلس الأعلى المغربي رقم 1625 بتاريخ 13/06/1986 وأيضا قرار رقم 154 بتاريخ 04/04/1990.

33 - محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص172

في أحدث صورة له في الاعتداد بالغبن إذا كان مؤسسا على طيش بين أو هوى جامع أو عدم خبرة أو حاجة ملحة⁽³⁴⁾ ، بينما لم يتعرض قانوننا للغبن لعدم الخبرة أو الحاجة الملحة بنص خاص.

وقد ذهب القانون المدني الألماني و القانون السويسري في نفس الاتجاه حيث ينص القانون الألماني في المادة 138 مدني على أنه في حالة اختلال التعادل الواضح بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر يجوز للمتعاقد المتضرر المطالبة بمراجعة العقد.⁽³⁵⁾ ولكن ألا يؤدي بنا كل هذا إلى إعادة النظر في عيوب الإرادة وإلقاء عبء إثبات على المتعاقد بإضافة شرط عدم توازن بين الأداءات؟

لهذا يفضل الأخذ بفرضية أو قرينة بسيطة مفادها أن عدم تعادل الأداءات يفرض الاستغلال وعلى المتعاقد الآخر إثبات العكس فنجعل من عدم تعادل الأداءات فرضية بسيطة⁽³⁶⁾ وهو ما ذهب إليه القانون الكندي⁽³⁷⁾ .

وأرى أنه من الضروري على الأقل إضافة الحاجة الماسة في مجال الاستغلال في قانوننا.

وألاحظ أن المشرع إذ كان حرم بيع الوفاء الذي غالبا ما يتم في عقد صوري يصعب إثباته مما يجعل العقد يظل قائما رغم أن المتعاقد (المدين) يكون تعاقد أمام الحاجة الماسة، وما يبرر بطلان بيع الوفاء (المادة 396 مدني) هو الحاجة ووجود المتعاقد في ظرف يفرض عليه قبول التعاقد بالشروط التي يملئها الطرف الآخر (الدائن) أليس تناقض أن نجعل العقد باطلا من ناحية ونبقي العقد الذي يبرم نتيجة الحاجة الماسة إذ غالبا

34 - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص212.

35 - François Terre, op-cit, p. 251

36- Jacques Ghestin, Formation du contrat, op-cit, pp. 798 à 800.

37 - Jacques Flour, op-cit, p. 178 n° 2

لا يوجد في العقد شرط الاسترداد أو ما يدل عليه ولصعوبة إثباته يظل العقد قائما؟ فلما لا نحتمي على الأقل المتعاقد بقرينة بسيطة فعدم تعادل الأداءات قرينة لاستغلال المتعاقد لحاجة المتعاقد معه.

كما يمكن الأخذ بالغبن أيضا إذا لم يكن الإكراه هو الدافع للتعاقد بل فقط جعل المكره يتقبل شروط أشد مما يجعله يرغب في التخلص من هذه الشروط مع الإبقاء على العقد أي لا يتمسك بالإبطال. وقد تتمثل هذه الشروط في قبول ثمن أقل من قيمة الشيء فيمكن للغبن في هذا المجال أيضا أن يلعب دورا فعالا في تحقيق التوازن.

وإذا كان البعض يرى أنه في حالة ما إذا لم يريد المتعاقد التمسك بالإبطال وإنما يريد فقط التخلص من الشروط الباهظة فله أن يرجع على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.⁽³⁸⁾ ولكن لا يمكن الرجوع في إطار المسؤولية العقدية بقواعد المسؤولية التقصيرية إلا إذا قلنا أنها تدمج ضمن مسؤولية ما قبل التعاقد⁽³⁹⁾ لأنه لا يمكن الاستناد على نصوص الإكراه للقول بالتعويض دون الإبطال.

ترتبط بعض التشريعات العربية بين الغبن والتدليس فلا تقر بالغبن إلا إذا رافقته طرق احتياله⁽⁴⁰⁾ ولعل هذا جاء تأثرا برأي الفقه الإسلامي وهو رأي جمهور الحنفية والظاهر في المذهب الشافعي والحنبلي الذي يرى أن الغبن الفاحش لا يكفي لفسخ العقد إلا إذا اقترن بتغيير من أحد المتعاقدين أو الغير.⁽⁴¹⁾

لم يربط قانوننا بين الغبن والتدليس ولكن يلاحظ أن التدليس قد لا يؤدي إلى قبول التعاقد ذاته بل إلى مجرد ارتضاء شروط أشد، ويطلق عليه التدليس العارض.

38 - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 375.

39 - Jacques Ghestin, Formation du contrat, op-cit, p. 565, n° 582

G. Viney, Droit Civil, Introduction à la responsabilité, 2^{ème} Ed, LGDJ 1995, p. 351.

40 - إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 75.

41 - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 69. محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 177.

يذهب الرأي الغالب فقها إلى أنه لا أساس للتفرقة بين نوعي التدليس - العارض والدافع - لأن في كلاهما يستطيع المتعاقد المطالبة بالإبطال ولكن هل يستطيع المدعى المطالبة بالتعويض لتحقيق توازن عقدي دون الإبطال استنادا إلى قواعد التدليس؟ يرى الأستاذ فيلالي⁽⁴²⁾ "عدم جدية تقسيم التدليس إلى التدليس الدافع والتدليس العارض ذلك أن المتعاقد المدلس عليه يمكنه أن يطالب بإبطال العقد والتعويض عما لحق من ضرر أو المطالبة بتعويضات فقط على أساس أن مسؤولية المتعاقد أمر مستقل عن دعوى الإبطال".

ولكن نحن في مرحلة تكوين العقد والمطالبة بالتعويض فقط دون الإبطال أمر صعب في ظل نصوص القانون الجزائري الحالية.

يرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي أنه إذا أراد المدلس عليه الوصول إلى توازن عقدي باعتبار التدليس عملا غير مشروع يخول التعويض إعمالا بالمسؤولية التقصيرية إذا لم يتمسك المتعاقد المدلس عليه بإبطال⁽⁴³⁾ أو كما يرى البعض قياسا بدعوى ضمان العيب الخفي الذي تجيز التمسك بالتعويض دون الفسخ.⁽⁴⁴⁾

لكن لإجراء هذا القياس يجب أن يتوافر شروط العيب الخفي والأمر ليس كذلك في جميع الحالات والمطالبة بالتعويض دون الإبطال تظل مثل ما سبق بيانه في مجال الإكراه مقبولة في إطار المسؤولية ما قبل التعاقدية وفي إطار تقصيري فقط.⁽⁴⁵⁾ وفي هذا المجال يمكن إضافة فقرة لتحقيق التوازن العقدي إذا اختار المتعاقد المدلس عليه ذلك.

42 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 132.

43 - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 345.

44 - B Sark, op-cit, pp. 198-199

45 - Jacques Ghestin, Formation du contrat, op-cit, p. 552. Jacques Flour, op-cit, n° 214.

وعموما هناك من يرى أن الربط بين الغبن وعيوب الإرادة هو بمثابة حماية لا فائدة عملية لها إذ لا يضيف الغبن شيء جديد إذ يمكننا التمسك بعيوب الإرادة للإبطال.⁽⁴⁶⁾ بل قد نرهب المتعاقد فقط بإثبات عيب الإرادة وإثبات الغبن أيضا.

وأرى أن للغبن أهميته في ظل عيوب الإرادة إذا أراد المتعاقد المعيبة إرادته التمسك بتكملة الثمن أو إنقاذه بدلا من الإبطال فيكون الهدف هو تحقيق التوازن العقدي.

فالقواعد الخاصة بعيوب الإرادة - ما عدا الاستغلال - لا تؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي لمن وقع في تدليس أو وقع في غلط في الشيء وأراد استرجاع جزء مما دفعه.

أرى أنه يستحسن تعميم الحق في الرجوع بالنسبة للتدليس والإكراه والغلط من العمل على تحقيق التوازن العقدي مع الملاحظة أن هذا الاقتراح هو مجرد إضافة للنصوص الحالية إذ يكون للمتعاقد الخيار بين الإبقاء على العقد والمطالبة بالتعويض فقط أو اختيار إبطال العقد ويعد الحل الأول تماشيا مع استقرار المعاملات.

2 - الغبن ونقص الأهلية :

تذهب عدة تشريعات - تلك التي لا تقبل الغبن كمبدأ عام - إلى قبول الاستثناء الخاص بناقصي الأهلية كما في القانون الفرنسي⁽⁴⁷⁾ كما أن القانون المغربي يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمعونة نائبه القانوني أو القضائي ولولم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر⁽⁴⁸⁾ وينص القانون اللبناني في المادة 214 موجبات على أن الغبن يفسد الرضا إذا كان المغبون قاصرا⁽⁴⁹⁾.

46 - Jacques Flour, op-cit, p. 182.

47 - Jacques Flour, op-cit, p. 167. Art 1305 du code civil Français

48 - إدريس الفاخوري: المرجع السابق، ص 74.

49 - عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني و المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979، ص 264.

أما في قانوننا فيمكن القول أن نص المادة 358 لم يفرق في الحماية بين القاصر والراشد فهي مقررة لهما معا، ولكن هذا النص خاص بالتصرف في العقارات. وأرى أن ناقص الأهلية يحتاج إلى هذه الحماية أيضا بالنسبة للتصرف في المنقولات ذات أهمية. و من المستحسن أن يكون له الخيار بين طلب الإبطال أو المطالبة فقط برفع الغبن حفاظا على استقرار المعاملات.⁽⁵⁰⁾ فإبرام ناقص الأهلية لعقود تكون الأداءات فيها غير متعادلة دليل قاطع على نقص النضج لديه.⁽⁵¹⁾

ويذهب القانون الفرنسي إلى أنه عندما يجوز للنائب القانوني التصرف في أموال القاصر دون ترخيص من القاضي فإن هذه التصرفات تكون قابلة للإبطال إذا اشتملت على غبن.⁽⁵²⁾

وأرى أنه يجب الأخذ بمثل هذه الحماية في مجال المنقولات ذات الأهمية الخاصة ما دامت الحماية بالنسبة للتصرف في العقارات موجودة مثلما سبق بيانه.

أ- 3- الغبن وعوارض الأهلية :

يجعل المشرع تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه باطلة بعد الحكم بالحجر وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.⁽⁵³⁾ وبمفهوم مخالفة هذا

50 - مع الملاحظة أننا بحاجة إلى هذه الحماية إذا طبقنا المادة 43 و 101 من القانون المدني باعتبار تصرف ناقص الأهلية قابل للإبطال. أما لو أخذنا بقانون الأسرة فلنسا بحاجة إلى هذه الحماية ما دام التصرف موقوف على إجازة نائبه القانوني وفقا للمادة 83 أسرة.

51 - Denis Berthiau: op-cit, p93.

52 - Jean Carbonier: Droit Civil, 4: Les obligations 12^{ème} Èd, 1985, p. 97 Art 510/3 droit civil français.

53 المادة 107 أسرة. وإن كان من المفروض النص خاص بالمعتوه وليس السفيه تماشيا مع القانون المدني المادة 42.

النص فالتصرف الذي يصدر من المعتوه والمجنون قبل الحكم بالحجر يعتبر صحيحا وألاحظ هنا أن هناك اختلاف بين حكم القانون الجزائري والرأي الغالب في الفقه الإسلامي إذ هذا الأخير يعتبر أن المجنون والمعتوه محجور عليه لذاته أي لمجرد كونه مجنون أو معتوه دون اعتبار إذا كان قضي عليه بالحجر أم لا. ⁽⁵⁴⁾

ويذهب التشريع اللبناني إلى اعتبار المجنون محجورا لذاته فلا تكون هناك حاجة إلى صدور قرار الحجر. ⁽⁵⁵⁾ ويذهب الفقه الفرنسي أيضا إلى أن المجنون لا يمكن أن يصدر منه رضا صحيحا إذ الأمر متعلق بالإرادة السابقة ويتطلب نوع من الإدراك والقانون الفرنسي يتضمن ذلك. ⁽⁵⁶⁾ ويرى بعض الفقه المصري أن تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر عليه تقع باطلة ولو كان جنونه غير شائع ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من أمره، وأساس البطلان هنا هو انعدام الإرادة لدى المجنون والمعتوه فلا يؤسس على انعدام الأهلية. ⁽⁵⁷⁾

وألاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل المادة 125 من القانون المدني ⁽⁵⁸⁾ الخاصة بمسؤولية المميز فلم تعد المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز قائمة وذلك لانعدام الإرادة لديه. وأتساءل في هذا المجال كيف تكون المسؤولية التقصيرية منعدمة دون قرار حجر بينما في المسؤولية العقدية نشترط لذلك قرار الحجر أليس الجنون هو انعدام الإرادة وهو شرط ضروري في كلا المسؤوليتين.

54 - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 270 - 271 .

55 - عبد المنعم فرج صدة: المرجع السابق، ص 206 وفقا لأحكام المجلة 957 و 1/216 موجبات وعقود لبناني.

56 - B. Stark: op-cit, p. 161. Art 489 code civil Français .

57 - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 288 مع الملاحظة ان القانون المصري يأخذ بنفس حكم القانون الجزائري في هذا المجال المادة 114 من القانون المدني المصري.

58 - قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

لهذا أرى أن النص الخاص بالغبن يسمح للشخص من المطالبة برفع الغبن بالنسبة للتصرفات المجنون والمعتوه قبل قرار الحجر، وأرى هذه الحماية ضرورية بل أن تصرفات السفه وذي الغفلة قبل توقيع الحجر جديرة بالحماية وإن أمكن الرد على هذا بأنه يمكن هؤلاء الاستناد على القواعد القانونية الخاصة بالاستغلال إلا أن نص المادة 90 يشترط علم المتعاقد الآخر واستغلاله لحالة الطيش وقد يكون من الصعب إثباته، فلما لا نجعل من مجرد عدم تعادل الأدعاءات قرينة بسيطة على الاستغلال وعلى الطرف الآخر إثبات خلاف ذلك.

ويظل النص الخاص بالغبن يحقق نوعا من هذه الحماية لهذا أرى أنه من الضروري عدم إلغاءه حتى تحقق حماية خاصة للأشخاص المذكورين سابقا.

ب - إمكانية التوسيع من مجال الغبن

يجب أن تتوافر الثقة في العقود فلا يمكن الاعتداد بالغبن الفاحش كسبب مبطل للعقد حتى لا يفاجأ المتعاقد بتعديل عقد تم الاتفاق عليه مع كامل الأهلية إذ من المفروض أن يتبين لهذا الأخير أمر العقد قبل الإقدام على التعاقد.

فالغبن إذن لا يعد عيب مستقلا في الرضا إلا في حالات استثنائية وإلا أدى هذا إلى المساس باستقرار المعاملات.

وإن أمكن تقبل الغبن ضمن عيوب الإرادة مثلما أشرت إليه أعلاه فالفقه الفرنسي - في إطار محاول التقريب بين نصوص القانونية الأوروبية - يذهب إلى ضرورة تعديل نصوص القانون المدني الفرنسي الخاصة بعيوب الإرادة إذ يرى أن المشكل القانوني في هذا الإطار يخص بالدرجة الأولى توازن المصالح ويجب البحث عن حلول أخرى غير الإبطال والإجاعة ومن الحلول المقترحة الإبقاء على العقد ومراجعته لتحقيق التوازن العقدي⁽⁵⁹⁾.

59 Phillippe Remy: Réviser le titre 3 du livre 3^{ème} du Code civil, Revue des contrats, LGDJ, 2004/4, 1181.

ولكن هل يمكننا قصر الغبن على عيوب الإرادة والأهلية وفقا لما سبق التعرض له وبالتالي نظل في إطار قيود على مبدأ سلطان الإرادة أم يجب أن يحل مبدأ العدل والتوازن العقدي محله ⁽⁶⁰⁾ فيصير الغبن مبدأ عام؟

ولكن إذا كان مبدأ حرية التعاقد لا يحقق تلقائيا العدالة نظرا لعدم تكافؤ المتعاقدين على النحو السابق بيانه، فالقضاء على مبدأ سلطان الإرادة وإحلال محله مبدأ عام لتحقيق العدل (الغبن) يترك للقضاء تطبيقه أمر خطير يهدد استقرار المعاملات. ⁽⁶¹⁾

وبالتالي يجب فقط أن يتضمن القانون قواعد آمرة تحقق التوازن العقدي فلا يجب أن نجعل من العقد ثلاثي الأطراف حيث يصبح القاضي طرفا يعدل في العقد فيجب عدم إحلال ضرر عدم استقرار محل ضرر التعسف ⁽⁶²⁾ الناتج عن عدم التوازن العقدي، فمن الضروري أن تتضمن نصوص قانونية الغبن كلما استوجب تحقيق التوازن العقدي ذلك.

ويلاحظ أنه رغم أن المادة 1118 من القانون الفرنسي تنص على عدم التوسع في الغبن إلا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى تخفيض أتعاب الوكلاء والوسطاء المحترفين وأتعاب المهندسين حينما يثبت عدم توازن الأتعاب مع الخدمة المقدمة ⁽⁶³⁾ والغبن هو أساس هذا التخفيض. ⁽⁶⁴⁾

60 - Jacques Ghestin: op-cit, p. 226

61 - Jacques Flour: op-cit, p. 183

62 - François Terre: op-cit, p35 et 36 (il ne faut pas substituer le mal d'insécurité au mal d'abus).

63 - Mustapha Mekki: L'intérêt général et le contrat, LGDJ, Paris, 2004, p. 788.

Christian Lapoyade Deschamps, op-cit, p. 80

قرار الغرفة التجارية 17 - 06 - 1997 .

64 - Jacques Ghestin: op-cit, p. 773

كما أن القانون الفرنسي يسمح بمراجعة ثمن التنازل عن حق استغلال المصنف حينما يكون قد تم في مقابل تعويض جزافي يؤدي إلى تعرض المؤلف أو المخترع لخسارة تتجاوز 12/7 من القيمة.⁽⁶⁵⁾

وقد نص المشرع الجزائري أيضا على نفس الحكم في المادة 66 من أمر المتعلق بحقوق المؤلف⁽⁶⁶⁾.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري فضل مراجعة الثمن عن الإبطال ويجب تقبل أهمية الغبن في هذه الحالات لتحقيق التوازن العقدي مما يجعل النص الموجود في القانون المدني فعال بل يستحسن التوسع فيه لتحقيق التوازن العقدي، ولكن هذا لا يعني إحلال هذا المبدأ محل مبدأ حرية التعاقد بل يجب النظر إليه أو اعتباره استثناء إضافي ضمن الاستثناءات لتقييد هذا المبدأ وهذه الاستثناءات تفرضها العدالة وحسن النية في التعاقد وهي تتماشى مع روح القانون وجوهره.

ويجب في هذا الصدد وضع قواعد قانونية محددة لتحقيق ذلك وعدم ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي إذ يمكنه بحجة تحقيق العدالة التعاقدية إهدار القوة الإلزامية للعقد مما يؤثر سلبا على استقرار المعاملات.

65 - Lois 131-5 du Code de la propriété intellectuelle, François Terre, op-cit, p. 247.

66. أمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.