جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الصورية في التعاقد
-العقود الناقلة للملكية نموذجا-

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالب
لبانجي عماد

إشراف الأستاذ
د. شيهاني سمير

لجنة المناقشة

الدكتور: ڤتال حمزة، أستاذ محاضر قسم (أ) بجامعة البويرة .....رئيسًا
الدكتور: شيهاني سمير، أستاذ محاضر قسم (أ) بجامعة البويرة .....مُشرِفًا ومُقرّرًا
الأستاذة: ربيع زهية، أستاذة مساعدة قسم (أ) بجامعة البويرة.....عُضوًا

تاريخ المناقشة

2016/06/02

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا، الحمد لك خلقتني وبين مخلوقاتك زرعتني، الحمد لك بالعقل وبالنطق ميزتني، الحمد لك بجميع محامدك كلها ما عَلِمتُ منها وما لم أعلَم، على جميع نعمك وآلاءك كلها ما علمت منها وما لم أعلم. ومصداقا لقول النبي ﷺ: «لا يَشكُرُ اللهَ مَن لا يَشكُرُ النَّاسَ»[1]،

أتقدّمُ بجزيلِ الشكر، وبأسمَى معَاني التّقدير والاحتِرَام والعِرفان إلى أستَاذِنَا الفَاضِل، الدّكتور شيحاني سمير، المشرف على بحثي هذا، والذي لم يبخل عَلَيَّ بالنصح والإرشاد والتوجيه، فما يسعني إلا أن أتضرع إلى المولى عَزَّ وجَلَّ أن يديمه شمعة تحترق لتضيء لنا الدرب، وأن يبارك له في علمه.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى كل أساتذتي الكرام على المساعدات التي بذلوها من أجلنا، وإلى كل من كانت له بصمة في هذا العمل، أساتذة وطلبة.

(1)- رواه: أحمد بن حنبل، المسند، ج7، ص295، حديث رقم 7495، ج8، ص61، حديث رقم 7926 وص126، حديث رقم 8006، ج9، ص356، حديث رقم 9906، ج16، ص111، حديث رقم 21735. قال محمد أحمد شاكر: إسناده صحيح؛ البخاري، الأدب المفرد، ص83، حديث رقم 218؛ أبو داود، ص872، حديث رقم 4811؛ الترمذي، ص445، حديث رقم 1954. قال: هذا حديث صحيح، وقال الألباني: صحيح؛ الطيالسي، ج4، ص232، حديث رقم 2613. قال عبد المحسن التركي: صحيح.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي الى التي حملتني وهنا على وهن، الى التي سهرت الليالي لأنام
ملئ أجفاني، الى منبع الحب والحنان، الى أمي الحبيبة.

الى من يعجز اللسان أمامه عن الشكر، الى الذي علّمني الخير وأضاء لي الدرب، الى
أبي الحبيب.

الى سندي وقدوتي، الى من قاسموني الحياة بمرها وحلوها، الى إخوتي وأخواتي.

الى أصدقائي وأحبتي ورفقاء دربي، الى أصدقاء الدراسة وأصدقاء الطفولة.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ج.ر: جريدة رسمية

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد نشر.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.د.ب.س.ن: دون دار بلد سنة نشر

د.س.م: دون سنة مناقشة.

د.س.ن: دون سنة نشر.

س.ق: سنة قضائية.

ص: صفحة.

ع: عدد.

ف: فقرة.

ق.أ.ج: قانون أسرة جزائري.

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي.

ق.م.م: قانون مدني مصري.

م.ن.ف: محكمة النقض الفرنسية.

م.ن.م: محكمة النقض المصرية.

مج: مجموعة.

باللغة الأجنبية:

C. civ: Code Civil.
Ibid : Ibidem.
N° : Numéro.
Nbp : Note de basde page.
Op.cit : Opus citatum =ouvrage précédemment cité.
P : Page.
V : Voir.

مـقـدمـــة:

بَيْن الإنسان والمال علاقة نظمتها الشرائع ورسمتها القوانين للمالك؛ فهذا الأخير يَنفرِد بالتصرف في المال بغض النظر عن طبيعة العملية، فإذا تحققت هذه العلاقة كان الإنسانُ مالكاً والمالُ مملوكاً، وبهذا تنشأ حقوق على الشيء المملوك.

وحق الملكية يُعد الحق العيني الأصلي والرئيسي من بين الحقوق العينية الأخرى؛ ذلك أنّه يخول المالك كافة السلطات التي يمكن تصور ورودها على الشيء، من استغلال واستعمال وتصرف؛ ولذلك تعُد الملكية من المواضيع التي اهتم بها الفقه والقانون لاسيّما الملكية العقارية، باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها تطور ورقي المجتمعات.

ورغم التطورات التي مَسَّت موضوع الملكية من الناحية القانونية، إلاَّ أنّه لا يزال محل تفكير وتأليف رجال القانون، لاسيّما إذا تعلق الأمر بأسباب كسب الملكية العقارية، والتي صنّفها الفقه إلى أسباب منشئة، كالحيازة والاستيلاء؛ وأسباب ناقلة، كالعقود والشفعة. بالإضافة إلى الوفاة التي تنتقل الملكية عن طريقها إما اختيارا من مالكها عن طريق الوصية، أو جبرا عن طريق الميراث، لكن في الكثير من الأحيان تشوب هذه الأسباب شائبة، خاصة الأسباب الناقلة للملكية؛ ذلك أنه قد يلجأ أطراف العلاقة القانونية إلى إجراء تصرف قانوني ظاهر يستر بذلك حقيقة العلاقة القائمة بينهما، وهو ما يُعبَّر عنه بالصورية. هذه الأخيرة التي ليست بوليدة الحاضر، وإنّما تمتد جذورها في الظهور[1] إلى القانون الروماني، هذا القانون الذي سادت قواعده الشكلية التي لعبت دورا هاما في استقرار المعاملات، وبث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاقدين، فلم تقتصر العقود لتمام انعقادها على رضا العاقدين، بل لابد مِن إفراغها في قالب معين تُحدده هذه اللوائح: ونتيجةً لهذه الشكلية وتحت ضغط الحاجة والتطورات الاجتماعية

(1)- انظر في مراحل التطور التاريخي للصورية: إبراهيم المنجى، دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعويين، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 1998، ص193-200.

والاقتصادية؛ ظهرت الصورية في العقود والتصرفات، التي كانت صورية قانونية مِن صُنع القانون نفسه وحيله، وتتم هذه التصرفات القانونية بأشكال وأوضاع وصور خاصة، تحددت بمقتضى الألواح الاثني عشر، التي يجب اتباعها حتى تُنتج العقود آثارها القانونية.

كما أضفى عليها القضاء الروماني القوة القانونية؛ كون هذا القضاء عند تطبيقه للقوانين يطبقها تطبيقا حرفيا، إذ يكفيه أن تُفرَغ هذه العقود والتصرفات في الأشكال التي حددها لها قانون الألواح الاثني عشر؛ وبذلك انتشرت الصورية في دائرة التصرفات الناقلة للملكية. ومن أشهر الطرق التي لجأ فيها الرومان إلى الصورية في نقل الملكية: الإشهاد الصوري في عمل الوصية، أين يبيع الموصي إلى أحد أصدقائه ما يريد إيصاءه ليعيد هذا الأخير بيعه صوريا لمن اختاره البائع (الموصي حقيقةً) وارثا له بعد وفاته.

وقد عرّف فقهاء الرومان في القرن السادس عشر الصورية على أنّها: «إخفاء الحقيقة»، وعرفوا التصرف الصوري بأنّه: «كل تصرف غير جِدّي». وكان استعمال الصورية حينذاك بأحد طريقين: إما بإخفاء التصرف الحقيقي تحت ستار تصرف صوري، أي بطريقة ورقة الضد، وإما بطريقة عقد الاستعارة. والعبرة بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد الصوري الظاهر.

وفي القانون الفرنسي القديم، الذي أخذ قوانينه عن القانون الروماني، فحمل بين دفتي نصوصه القانونية نفس الأشكال والأوضاع التي استلزمها القانون الروماني لتكوين العقد، إلاّ أنّه وتفاديا للأضرار التي تنجم عن استعمال الصورية، ولأجل القضاء على الغش وحماية الغير حسن النية واستقرار المعاملات؛ جاء بنص قانوني حظر من خلاله استعمال الصورية في بعض الحالات، أين نص صراحة على بطلان ورقة الضد بطلانا مطلقا، حتى بين عاقديها، مراعاة للصالح العام.

إلاّ أنّ هذا المفهوم للصورية ما لبِثَ أن تَغير عَقِبَ الثورة الفرنسية، أين نص قانون فرومير (Frumaire) في المادة 40 منه على بطلان ورقة الضد العرفية بطلانا مطلقا إذا تضمنت زيادة في الثمن على القدر المبين في العقد الظاهر في التصرفات الناقلة للملكية التي أبرمت بمقتضى عقد رسمي أو بمقتضى عقد عرفي سبق تسجيله، وذلك بهدف الغش الذي كان في

الغالب نحو الخزانة العامة. كما أردفه بعقوبة مالية في الفقرة الثانية من نفس المادة، التي تعادل ثلاثة أمثال الرسم المستحق دفعه للخزانة العامة. وهذه المادة هي أساس التشريعات المالية المتعاقبة في فرنسا.

في حين القانون المدني الجزائري وعلى غرار نظيره المصري، الذي يسود فيه مبدأ حرية التعاقد، بمعنى أنّ رضا العاقدين كافٍ وحده لانعقاد العقد دون حاجة إلى إسباغه في قالب معين، فإنّ للأشخاص إبرام التصرفات القانونية المباشرة المسموح لهم، بطريقة غير مباشرة.

والمشرع الجزائري لم يضع نظرية عامة للصورية، وإنّما اكتفى بالنص عليها في المادتين 198 و199 ق.م.ج[1]، حيث تنص المادة 198 منه على ما يلي: «إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري». في حين تنص المادة 199 على أنّه: «إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي». فلم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة إمكانية تمسك دائني العاقدين وخلفهما الخاص بالعقد الحقيقي المستتر إذا كان ذلك في مصلحتهما، كما لم يتطرق أيضا إلى الفصل بين التعارض في المصالح الذي قد ينشأ بين الأغيار، ويمكن القول إنّ المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي الذي تناول فقط العقود المستترة، وقرر أنّ هذه الأخيرة ترتب آثارها فيما بين العاقدين فقط. وذلك من خلال نص المادة 1321 منه[2].

(1)- ويقابلهما في القوانين العربية: المادتين 244 و245 قانون مدني مصري؛ المادتين 368 و369 قانون مدني أردني؛ المادتين 147 و148 قانون مدني عراقي.

(2)- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص27. نقلا عن: ليلى مجدوبة شاينار، دعوى الصورية (في القانون المدني الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص3.

والصورية لا تقتصر على العقود[1]، بل تتعداها إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، بالإضافة إلى أنظمة قانونية أخرى. إلاّ أنّنا سنقصر بحثنا هذا على دراسة الصورية في العقود، هذه العقود التي تُرتب حقوقًا والتزامات في جانب العاقدين، كما ترتب آثارًا في حق الغير الذي يكون عالما بحقيقة التصرف الذي قام به سلفه أو مدينه، لكن إذا ما قام هذان العاقدان بإخفاء حقيقة التصرف القائم بينهما قد تتأثر مصالح هذا الغير، الأمر الذي قد يؤدي إلى إهدار حقوقه؛ لأجل ذلك كفل المشرع لهذا الغير وسيلة للحفاظ على حقوقه، وحتى الحفاظ على حقوق العاقدين، وذلك من خلال دعوى الصورية التي يستطيع كل ذي مصلحة رفعها للحفاظ على حقوقه.

وعلى ذلك فإنّ لموضوع الصورية في العقود أهمية بالغة؛ باعتبار أنّ المعاملات بين الأشخاص –خاصةً المالية منها– قد تطورت من حيث كثرتها ووسائلها، بتعدد حاجات الإنسان واختلافها وتزايدها، وفي المقابل فإنّ ما يلجأ إليه أطراف العقد من تصرفات بقصد التحايل على أحكام القانون، أو الإضرار بالغير، قد يهدد استقرار المعاملات في ظل عدم وجود تنظيم قانوني يُبَيِّن أحكام الصورية بشكل دقيق؛ الشيء الذي جعل الكثير من أحكام الصورية غامضة.

وما زاد الطين بَلَّة تجاهل الفقه للصورية أيضا، ورضوخِه وتَسليمِه في مجمله بالنصوص القانونية المجحفة في حق هذا النظام، فلا هو قيَّمها، ولا هو حاول انتقادها، واكتفى بشرحها والتعليق عليها. الأمر الذي أدى إلى انتشار الصورية بشكل رهيب في شتى المجالات، وأصبحت نِعمَ الوسيلة للاعتداء على مصالح الغير، والاحتيال على أحكام القانون، والإضرار بمصلحة الضرائب، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار اعتماد الدول في هذا الوقت على الضرائب كدخل لها –خاصة في ظل سياسة التقشف المُنتَهَجَة من قِبَل الدولة، وما جاء في قانون المالية

(1)– تنص المادة 54 ق.م.ج على أنّ: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

لسنة 2016-، مما يدفع البعض إلى التحايل من أجل التهرب الضريبي بشتى أشكال التصرفات الصورية.

الأمر الذي دفعنا لدراسة هذا الموضوع بشيء من التفصيل في ظل القوانين العربية خاصةً، منها القانون المصري، وحتى القانون الفرنسي متى لزم الأمر، وإسقاطها على القانون الجزائري، باعتبار أنّ مصدر النصوص الجزائرية في مجملها إن لم تكن مأخوذة من القانون المصري، فهي بذلك مُستَقَاة من القانون الفرنسي؛ ذلك أنّ هذا الموضوع لم يَنَل نصيبه من الاهتمام والدراسة في ظل القانون الجزائري، إذ إنّ أغلب الكُتَّاب والباحثين الجزائريين، والفقهاء العرب إنّما يَقصرون دراسة الصورية، في دعوى الصورية باعتبارها وسيلة للمحافظة على الضمان العام للدائنين، في حين أنّ الصورية أشمل بكثير من ذلك.

بالإضافة إلى أنّ ما كُتب في الجزائر – وهو قليل جدا يُعَدُّ على الأصابع – لم يتناولها بالتحليل والتقييم والنقد، كما أنّه لم يقدم بديلا للمشرع للخروج بنظام متوازن للقضاء على الغش في العقود، بل بقي في قوقعة المشرع المصري، نتيجة التأثر بما وصل إليه الفقهاء المصريين، دون تمحيص لأقوالهم.

والقانون المدني الجزائري عالج موضوع الصورية في نصين قانونيين لا غير، وبالتالي تهدف هذه الدراسة إلى تعريف الصورية وبيان شروطها. كما سنبيّن بشكل أوسع الصور العديدة التي يلجأ إليها الأفراد للتحايل في العقود الناقلة للملكية، وتمييز الصورية عن المصطلحات التي قد تشتبه بها؛ فنهدف من خلال هذه الدراسة ولو بصورة مختصرة إلى توضيح بعض الغموض الذي يَكتَنِف النصوص المنظمة للصورية، ومحاولة معالجة بعض الثغرات الواردة في هذه النصوص، من خلال بيان الآثار التي تترتب على الصورية، كما نوضح موقف الفقه والقضاء والتشريع من مسائل الحكم الصادر في دعوى الصورية، وتقادم هذه دعوى.

وعليه يمكن طرح إشكالية نراها مناسبة لما تقدم، تتمثل في: **تحديد القوة الملزمة لكل من العقدين الحقيقي والظاهر في العقود الناقلة للملكية، في إطار حكم الصورية وأثرها بالنسبة للعاقدين والغير.**

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

– هل الصورية في ذاتها سبب من أسباب بطلان التصرفات القانونية؟

– هل يَقتَصِر معنى الغير في الصورية على الفئة التي نصَّ عليها المشرع والمتمثلة في دائني العاقدين وخلفهما الخاص، أم تتعداه إلى طوائف أخرى؟

– هل تتقادم دعوى الصورية أم هي لا تخضع لنظام التقادم أصلا؟

وللإجابة على هذه الإشكالية والأسئلة الفرعية، ولأجل وضع هذا البحث في شكل مفيد، يضمن على الأقل الإحاطة بمعظم جوانبه، ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين: بحيث نتطرق في الفصل الأول إلى مفهوم الصورية في العقود الناقلة للملكية، الذي تَمَّ تقسيمه إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول المقصود بالصورية في العقود الناقلة للملكية، في حين نتناول في المبحث الثاني مدى مشروعية الصورية وتمييزها عن المصطلحات التي قد تشتبه بها. أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة أحكام الصورية في العقود الناقلة للملكية، نتطرق في المبحث الأول منه لآثار الصورية في العقود الناقلة للملكية، في حين تم التطرق لدعوى الصورية في العقود الناقلة للملكية في المبحث الثاني.

مُعتَمدين في ذلك على المنهج الوصفي والتحليلي لتحديد تعريف الصورية، وكذا تحليل آراء الفقهاء وبعض النصوص القانونية، وكذا القرارات القضائية. كما اعتمدنا على المنهج المقارن لأجل المقارنة بين التقنين المدني الجزائري والقوانين المقارنة.

الفصل الأول

مفهوم الصورية في العقود الناقلة للملكية

تُعتبر التصرفات القانونية مجالًا خصبًا للصورية، خاصةً التصرفات العقدية، ومن أهمها العقود الناقلة للملكية، فكثيرًا ما يلجأ أطراف العلاقة القانونية إليها كلما أرادوا إخفاء حقيقة وضع ما، ويكون ذلك باتفاقهما على إظهار تصرف قانوني للعلن، في حين يكون التصرف الحقيقي بينهما مستترا.

وبذلك فإنّ الصورية قد تتناول العلاقة القانونية ذاتها، بحيث يكون التصرف الظاهر مجرد مظهر كاذب لا وجود له في الحقيقة، مع تضمين الاتفاق المستتر لتصرف آخر مختلف تماما مع التصرف الظاهر.

كما قد يتفق الأطراف، لا على صورية العلاقة القانونية ذاتها، بل على إخفاء جانب من جوانب هذه العلاقة؛ وذلك إما بإخفاء طبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهما، أو إخفاءَ ركنٍ من أركان التصرف أو شرطٍ من شروطه الأساسية، وأخيرًا قد يَقصد الأطراف بالصورية إخفاء أحد أطرافها[1].

ولما كان للأفراد إبرام التصرفات المباشرة المسموح لهم بها، بطريقة غير مباشرة[2]؛ فإنّهم قد يستخدمون هذه الأنواع للصورية لأغراض مشروعة، كما قد تكون بعكس ذلك تماما، والأمر هنا لا يتعلق بأشخاص العقد وإنّما بالباعث أو الغرض من الصورية[3].

(1)– بن عودة لزرق، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014/2013، ص134.

(2)– إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص5.

(3)– عرفات تواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص.19

وبذلك أصبحت الصورية مرادفًا لكلمة الغش، وتتفق في عدة نواحي مع مصطلحات: التزوير، التحايل؛ ولا تختلف معها إلاّ اختلاف الجنس عن النوع[1].

وفي ظل عدم وضع المشرع الجزائري لنظرية عامة للصورية، سنحاول من خلال هذا الفصل، دراسة مفهوم الصورية (مبحث أول)، لنعالج في (المبحث الثاني) غاية الصورية وتمييزها عما قد يشتبه بها.

4- مجدي حسني خليل، الصورية – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة-، أطروحة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المنصورة، د.س.م، ص21-48.

المبحث الأول

المقصود بالصورية في العقود الناقلة للملكية

بادئ ذي بدء، وقبل التطرق للتعريف بالصورية وبيان أنواعها، اتضح لنا من خلال تقصينا لنصوص القانون المدني، أنَّ المشرع الجزائري وعلى غرار نُظَرائِه من المشرعين في القوانين المقارنة، لم يضع نظرية عامة للصورية، ولم يُخَصِّص لها بابًا خاصًّا من خلاله يعالج أحكامها بشكل دقيق. واكتفى بالنص عليها في المادتين 198 و199 ق.م.ج، واللتين لم يورد فيهما المشرع تعريفًا جامعًا مانعًا للصورية، بل ترك الأمر لاجتهاد الفقه، الأمر الذي أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة. ونحن لا يَسَعُنَا أنْ نَتَتَبَّعَ كل ما وقفنا عليه، ولكنَّنَا نَحرِص على إفادة المطالع بأقرب طريق، فَنُورِد أهم التعريفات الفقهية والقضائية، لنَتَوصَّلَ إلى تعريف نُضَمِّنُهُ نراه جامعًا لما سبق، وبالتالي استخلاص شروط قيام الصورية (في مطلب أول)، ومن ثَمَّ بيان أنواع وصور الصورية (في مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

التعريف بالصورية في العقود الناقلة للملكية

يلجأ المتعاقدان في الغالب إلى الصورية إذا ما أرادا إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما، فَيَنشَأ لنا عقدان: عقد ظاهر؛ وهو العقد الصوري الذي لم تتجه إليه إرادة العاقدين. وعقد مستتر؛ وهو العقد الحقيقي الذي قصده العاقدان بإرادتهما، وهو ما يسمى بورقة الضد[1].

ولتوضيح التعريف بالصورية، تَمَّ تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

(1)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968، ص1073.

الفرع الأول

تعريف الصورية

ونخصصه لدراسة تعريف الصورية لغة (أولا)، فقها (ثانيا)، وقضاء (ثالثا).

أولا: تعريف الصورية لغة

الصورية: مأخوذة من مادة صَوَرْ: صَوَّرَ الشيء: أبرز له صورة أي شكلا. والصوري: نسبة إلى صورة. وهي إظهار تصرف قصدًا وإبطان غيره، مع إرادة ذلك المُبْطَن[1].

ثانيا: تعريف الصورية فقها

اختلفت تعاريف الفقهاء للصورية، فنجد البعض يُعرِّفُها بأنَّها: «اتفاق طرفي التصرف على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرضٍ ما، يُخفيانه عن الغير»[2]. فيكون بذلك لدينا في الظاهر عقد وهو العقد الصوري، وفي نفس الوقت يتفق الطرفان على أنّ هذا الظاهر ما هو إلا مجرد وهم، كما قد يتضمن عقدًا آخر مختلف عن الظاهر وهو العقد الحقيقي.

وفي تعريف آخر للصورية، أنّها: «التظاهر بأمر يخالف الواقع مِن جميع نواحيه، أو مِن بعضها على الأقل. فهي تُوجِد موقفًا ظاهرًا غير حقيقي يَستُر موقفاً خفياً حقيقياً. فإنْ كان ذلك

(1)– محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1408هـ– 1988م، ص278.

(2)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، الطبعة الثانية، د.ب.ن، 1990، ص15. وهو يتشابه مع تعريف الفقيه الفرنسي LAYDU Jean-Baptiste حيث يقول:

«La simulation est un mensonge concerté. Les parties créent volontairement une convention apparente différente de la convention réelle, qui reste cachée».

Il y a deux acte : l'acte ostensible (destiné à être connu des tiers), encore nommé acte apparent ou acte simulé, et l'acte secret, siège de la volonté réelle des parties, aussi qualifié d'acte occulte (ou contre-lettre). LAYDU Jean-Baptiste, Droit Civil, Droit des obligations, panorama du droit, P142.

الموقف تعاقدا، كان العقد الظاهر صوريا والعقد الخفي هو العقد الحقيقي»[1]. لكن ليس في كل أنواع الصورية يتضمن الاتفاق المستتر عقدا، فقد يقتصر فقط على إثبات أن العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له.

كما عرَّفها أحد مستشاري م.ن.ف، بأنّها: «تمويه للحقيقة»[2].

بالرجوع إلى نص المادتين 198 و199 ق.م.ج، نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً للصورية، وحسنٌ فَعَل؛ لأنَّ التعريف ليس مِن اختصاص المشرع أصلاً، وإنّما يُترَكُ للفقه[3].

ثالثا: تعريف الصورية قضاء

مهمة التعريف ليست من اختصاص القضاء أيضا، لكن في حالة غموض النص ودلالته يلجأ القاضي إلى توضيح النص وتفسيره في حالة الخلاف على ذلك[4]؛ لذا نُورِد بعض تعريفات القضاء للصورية.

فبالنسبة للقضاء المصري، وبعد الرجوع إلى قراراته الصادرة بشأن الصورية[5]، نجدها تتفق جميعها بأنَّ الصورية تعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه. غير أنّ هذا التعريف يصدق في حالة الصورية المطلقة، لا النسبية.

---

(1)- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص58.

(2)- SAGHY-CADENAS Pedro, La simulation de contra, Étude comparée en droit civil Français et Vénézuélien, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 22 mars 2012, P9.

(3)- وذلك لاعتبارات عديدة، من أهمها: أنّ المشرع وظيفتُه الأساسية التشريع؛ أي وضع الأحكام والقواعد فقط، بالإضافة إلى عدم إدخاله في اضطراب بين النص والتعريف. (سهام عزي، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013، ص9).

(4)- سهام عزي، مرجع نفسه، ص10.

(5)- انظر على سبيل المثال: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 2236، لسنة 59، جلسة 1994/11/23، مج المكتب الفني، ع2، س45ق، ص1452؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعون أرقام 5291، 6152، 9213، جلسة 2014/7/1، مج المكتب الفني، س47ق، ص124؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 11308، لسنة 83، جلسة 2014/8/4، مج المكتب الفني.

أما القضاء اللبناني، فقد عرَّف الصورية بأنَّها «تعني قانونا إعطاء صورة لواقعة ما أو لعمل قانوني معين، فيَنتُج عنها عمل ظاهري عقدًا أو اتفاقًا...»[1].

كما عرَّفت محكمة النقض الفلسطينية الصورية على أنّها: «اتفاق العاقدين على إخفاء التعاقد بينهما بعقد ظاهر غير حقيقي، ويُشترط فيها اتحاد العاقدين، واتحاد الموضوع، وتزامن العقدين الظاهر والمستتر، والاتفاق على إخفاء إرادتهما الحقيقية»[2]. نلاحظ أنّ هذه المحكمة إنّما تَخُصُّ هنا الصورية النسبية، لا الصورية بنوعيها. كما أنها لم تتطرق إلى تعريف الصورية، بقدر ما تطرقت إلى ذكر شروط قيامها.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فلم نَعثر على قرارات تُفَسِّر الصورية أو تُوَضِّحُها، ناهيك عن قرارات تُعرِّفُها.

وفي الأخير، وبعد هذا العرض الوجيز لمختلف التعاريف الفقهية والقضائية، التي تَخُصُّ الصورية وتُبيِّن مفهومها، ورغم تعدُّدِها، إلاَّ أنَّها تصل في النهاية إلى نتيجة واحدة هي: "أنَّ الصورية في العقود هي اصطناع[3] مظهر كاذب مخالف للحقيقة، وذلك بالتعبير عن إرادة ظاهرة غير حقيقية تُخفي إرادة حقيقية"[4].

---

(1)- انظر في ذلك: نزيه نعيم شلالا، دعوى الصورية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص147.

(2)- قرار رقم 186، لسنة 2004، الصادر بتاريخ 2005/1/29. نقلا عن: عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص10.

(3)- فهي اصطناع: لأنّ الصورية في حقيقتها صناعة وخَلْق تصرف ظاهر.

(4)- في هذا المعنى: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1994/7/16، س60ق. نقلا عن: أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، د.س.ن، ص39؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص4.

وهذا ما يفرقها عن الأوضاع الظاهرة التي تستفيد فقط من ظاهر موجود (مجدي حسني خليل، المرجع والموضع نفسهما).

أما الإرادة الظاهرة: فهي الإرادة المُعلَن عنها، الظاهرة للعيان، بوسائل التعبير المختلفة التي نَصَّت عليها م 60 ق.م.ج.

والإرادة الحقيقية: هي ما اتجهت إليه إرادة العاقدين حقيقةً.

الفرع الثاني

شروط تحقق الصورية

من خلال التعاريف السابقة، نستنتج أنّ للصورية شروطا لابد من توافرها فيها لتحققها، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أولا: اتحاد الأطراف والموضوع في كل من الاتفاق الظاهر والمستتر

ما يُمَيِّز الصورية في الفقه المعاصر هو وجود اتفاقين، وهما: الاتفاق الظاهر الذي لا يُعَبِّر عن الإرادة الحقيقة للطرفين، والغرض منه أنْ يُفرَض على الغير. والاتفاق المستتر الذي اتجهت إليه هذه الإرادة، ويهدف إلى إلغاء أو تعديل أحكام الأول[1].

ولابد أنْ يتَّحِد الطرفان في كلا الاتفاقين، أما إن اختلف أحدهما أو كلاهما، فإنّ الصورية لا تتحقق[2]، لأنَّ الاتفاق الخفيّ يُلغي أو يُعدِّل في العقد الظاهر كليّا أو جزئيّا، وهذين الإجراءين لا يُعتَدُّ بهما إلاّ إذا قام بهما نفس أطراف العقد[3]، وهذه نتيجة منطقية لمبدأ نسبية آثار التصرفات[4].

ولا يُشترط الاتحاد الشخصي بين أطراف الاتفاق الظاهر والمستتر، وإنّما يكفي اتحادهما اتحاداً قانونيًّا[5]. فيجوز أن يحرر العقد الظاهر المتعاقدان، ويحرر الاتفاق المستتر وكيل

---

(1)- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الثامن، عمان، الأردن، 2005، ص94.

FAGES Bertrand, L'interposition de personnes ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus entre les mêmes personnes, Revue trimestrielle de droit civil 2001, Chroniques, France, P134; SAGHY-CADENAS Pedro, op.cit, p84, n°202-203. V: Civ. 1er, 13/1/1953: Bull. civ. I, n° 15.

(2)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص174.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص71.

(4)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص178.

(5)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص46؛ عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص50.

عنهما، أو العكس، أو وكيل أحدهما مع العاقد الآخر، كما يجوز أن يحرر العقد المستتر ورثة المتعاقدين باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثيهم[1].

وعلى ذلك فإنّ التعاقد بطريق التسخير لا يُعتبر ورقة ضد، حيث تنقصه خاصية اتحاد العاقدين[2].

بالإضافة إلى اتحاد الموضوع في كلا الاتفاقين الظاهر والمستتر، فإذا كان نقل ملكية في العقد الظاهر، فيجب أن يكون كذلك في الاتفاق المستتر، وذلك إما بإلغائه أو تعديل أحد عناصره[3].

ثانيا: التعاصر الذهني بين الاتفاقين الظاهر والمستتر

فالاتفاق المستتر يجب أن يتعاصر مع الاتفاق الظاهر[4]، أي أن يَصدُر كِلا الاتفاقين في وقت واحد[5]، كونُهما عمليتين لا تتجزآن في نية العاقدين[6]. والمعاصرة المقصودة هنا هي المعاصرة الذهنية لا المادية[7]، أي تلك التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت نيتهم عليها عند صدور التصرف الظاهر[8]، وإنْ جاء تاريخ صدور الاتفاق المستتر بعد ذلك[9].

وهو ما أخذت به م.ن.م، بقولها: «يكفي اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة

(1)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص175.

(2)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص50. وأنظر ما سيأتي لاحقا في الصورية بطريق التسخير.

(3)- محمود عبد الرحيم الديب، المرجع والموضع السابقان.

(4) - WEILL Alex et TERRÉ François, Droit civil, Les obligations, 2ème édition, Dalloz, 1975, p619, n°566.

(5)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص46.

(6)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص177.

(7)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص70.

(8)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع السابق، ج2، ص1077، هامش1؛ ليلى مجدوبة شاياناز، مرجع سابق، ص11.

(9)- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، د.د.ب.س.ن، ص123.

الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما»[1].

وعلى ذلك إذا لم يتحقق هذا التعاصر الذهني بين الاتفاقين الظاهر والمستتر، وكان الإتفاق الثاني المحرر في وقت لاحق من الاتفاق الأول، فإنَّ هذا الاتفاق اللاحق لا يُعَدُّ ورقة ضد، بل يُعتبر مُعَدِّلا للاتفاق السابق[2].

فاتحاد التاريخ دليل على صورية العقد، لكن اختلاف التاريخ ليس دليلا على جدية العقد، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع[3].

ثالثا: اختلاف كل من الاتفاق الظاهر والمستتر من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط

بما أنّ العقد الظاهر لم يَقصِده العاقدان بإرادتهما، وإنّما قصدا الاتفاق الحقيقي المستتر، فلابد عندئذ من وجود اختلاف بينهما[4]، هذا الاختلاف الذي قد يكون كليًّا وهو ما يسمى بالصورية المطلقة، وقد يكون جزئيًّا ويسمى حين ذاك بالصورية النسبية[5].

ومن أمثلة الاختلاف الكلي بين الاتفاقين: اتفاق شخصين على أن يبيع الأول للثاني مالا من أمواله، على أن يُحررا في نفس الوقت محررا سريا –ورقة الضد– يُضَمِّناه بأنّ هذا البيع لا وجود له في الحقيقة، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

---

(1)– طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 121، لسنة 39، جلسة 1974/4/9، مج المكتب الفني، ع1، س25ق، ص658؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1945/12/15. نقلا عن: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية–مصر، مكتبة صادر–بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1992، ص358.

(2)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص70.

وبناء على ذلك، فإنّ الصورية تتميَّز عن العقد اللاحق الذي يُلغي أو يعدِّل عقدا سابقا حقيقيا: WEILL Alex et TERRÉ François, op.cit, p619, n°566.

(3)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص16.

(4)– محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص176.

(5)– عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص12.

أما بالنسبة للاختلاف الجزئي، فقد يتناول هذا الاختلاف طبيعة العلاقة القانونية بين العاقدين، أو ركنا من أركانها، أو شرطا من شروطها[1].

رابعا: أن يكون أحدهما ظاهرا، ويكون الآخر مستترا

معنى ذلك أن يكون هناك اتفاقان، أحدهما ظاهر وهو الاتفاق الصوري، والآخر مستتر وهو الاتفاق الحقيقي[2]؛ فالاتفاق الظاهر ما هو إلاّ ستار لحقيقة التصرف الذي قصده العاقدان بإرادتيهما[3]، «فهو عقد معدوم لا أثر له قانونا؛ لأنّ إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى ترتيب أحكامه»[4].

أما الاتفاق المستتر فهو الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين الحقيقة، وهو الذي يسري بين المتعاقدين والخلف العام، وهو العقد الحقيقي. وهذا ما نصت عليه المادة 199 ق.م.ج[5].

المطلب الثاني

أنــواع الـصــورية

قلنا فيما سبق إنّ المتعاقدين يلجآن في الغالب، من أجل إخفاء حقيقة العقد القائم بينهما، إلى الصورية، هذه الأخيرة التي تَفتَرِض تصرفا ظاهرا واتفاقا مستترا. هذا الاتفاق الذي قد يكون من شأنه أن يُلغي أو يُعَدِّلَ أَحَدَ عناصر العلاقة قانونية القائمة بين المتعاقدين، أو يُلغيها برمَّتها.

---

(1)- انظر ما يأتي في المطلب الثاني من هذا المبحث بشأن أنواع الصورية.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1077.

(3)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص178.

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص66.

لكن نلاحظ أنّ العقد الظاهر، حتى وإنْ كان صوريا، فإنه يُرتب آثاره بالنسبة للغير حسن النية حسب ما نصت عليه المادة 198 ق.م.ج، المقابلة للمادة 244 ق.م.م.

(5)- انظر في تفصيل ذلك، آثار الصورية بين المتعاقدين، في الفصل الثاني.

وعلى هذا النحو، يكون للصورية نوعان: صورية مطلقة (فرع أول)، وصورية نسبية (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

الصورية المطلقة

الصورية المطلقة، «هي التي تتناول العلاقة القانونية في ذاتها، فيكون العقد الصوري لا وجود له في الواقع[1]، كما أنّ الاتفاق المستتر لا يتضمّن تصرفا آخر يختلف عن التصرف الظاهر، بل يقتصر على إثبات أنّ العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له»[2].

ومن أمثلة الصورية المطلقة أنْ يتفق شخصان "أ" و "ب" على أنْ يبيع الأول للثاني أرضه بمبلغ معين، وفي الوقت نفسه يكتبان سندا مستترا مفادُهُ أنّ البيع صوري لا حقيقة له، وهذا السند المستتر هو ورقة الضد. وبالنتيجة فإنّ البائع يَظَلُّ مالكا لتلك الأرض فلا تَخرُج مِن مُلكِه. وتطبيقاً لذلك، يستطيع البائع الصوري "أ" في حالة تسليمه الأرض للمشتري "ب"

(1)– حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل، الطبعة الأولى، 2004، ص124.

فالصورية المطلقة هي مجرد تمويه لتضليل الغير:

CARBONNIER Jean, Cours de droit civil, 2eme année de capacité, Union nationale des étudiants des France, Service d'édition des cours de la faculté de droit, Paris, France, 1956-1957, P95.

(2)– أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1998، ص152؛ عبد المجيد عبد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص121.

وقد قررت م.ن.م في عدة أحكام لها، بأنّ "الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود العقد ذاته – كيان العقد–، فيكون العقد الظاهر لا وجود به في الحقيقة". انظر مثلا: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، الطعن رقم 865، جلسة 1986/4/30، س52ق. نقلا عن: معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 1990، ص243؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 377، لسنة 46، جلسة 1978/5/25، مج المكتب الفني، ع1، س29ق، ص1337.

استردادها منه، مُحتَجًّا عليه بورقة الضد، ولا يُقبل من المشتري "ب" التمسك بالعقد الظاهر المُتضمِّن البيع، لأنّه مجرد وهم[1].

غير أنّ هناك من يَعتَبر التصرف الظاهر الصوري، تصرفا باطلا بطلانا مطلقا، مُتَجرِّدا من أي أثر قانوني[2].

وإن كنّا نُؤيِّدُه في الشق الأول –اعتبار التصرف الصوري باطلا بطلانا مطلقا– مع شيء من التفصيل، فإنّ الشق الثاني –تجريد التصرف الظاهر من أي أثر قانوني– لابد أن نَقِفَ عنده وقفة مُتأنِيّة. ولتوضيح كلا الشقين، نطرح السؤالين الآتيين:

1– هل تُعتَبر الصورية بذاتها سببا للبطلان؟

2– وهل تجريد التصرف الظاهر من أي أثر قانوني، يَقتصر على أطراف العلاقة القانونية، أم يتعداه إلى الغير حسن النية؟

بالنسبة للإجابة عن التساؤل الأول، نقول: إنه لا يترتب على مجرد سلوك الصورية بطلان التصرف القانوني الذي قصده العاقدان بإرادتيهما الحقيقية، بل يقتصر البطلان على الإرادة الصورية التي ليس لها وجود حقيقي[1]. وهذا إعمالا لنص المادة 199 ق.م.ج.

---

(1)– أما بالنسبة للغير – إذا كان حَسن النية–، فلا تسري في حقه ورقة الضد، فإذا باع "ب" الأرض لـ "ج"، فإنّ من مصلحة هذا الأخير اعتبار البيع بين "أ" و "ب" ناجزًا، ولا يُحتَج عليه بورقة الضد. (محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس، 2003، ص217).

كما يستطيع الدائنون رفع دعوى الصورية ضد مدينهم (البائع الصوري)، مُدَّعين أنّ تصرف البائع المدين في أملاكه لفائدة المشتري كان صوريا، ولا يهدف سوى لتهريب أمواله والإضرار بالضمان العام، انظر في ذلك: القرار التعقيبي، عدد 8860، المؤرخ في 1984/1/9 (ن.م.ت، 1984، ج1، ص317). نقلا عن: محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، د.د.ن، الطبعة الثانية، تونس، د.س.ن، ص381، هامش10؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 623، لسنة 53، جلسة 1986/6/15، مج المكتب الفني، ع2، س37ق، ص683.

(2)–عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، 2010، ص162.

ذلك أنّه يجب أن تكون الإرادة المُنشئة للعقد جديّة، قاصدةً إبرام العقد والارتباط به، فلا عبرة إذن بالإرادة غير الجدية والتي لم يَقصد صاحبها أن يلتزم بها، ومن بينها الإرادة الصورية[2].

وبناءً على ذلك، فإنّ المدعي بصورية عقد البيع، إذا أثبت أنّ صوريته مطلقة، كان هذا العقد باطلا[3]، وبالتالي لا يُنتج آثاره، فيظل البائع مالكا ولا يُولِّدُ في ذمَّتِهِ التزاماً بنقل ملكية المبيع[4].

أما بالنسبة للإجابة عن التساؤل الثاني: فعملا بمقتضى أحكام المادة 199 ق.م.ج، فإنّ التصرف النافذ بين المتعاقدين والخلف العام لهما، هو العقد الحقيقي، أما التصرف الصوري – الظاهر– فلا وجود له بالنسبة إليهما، «إذ لمّا كان مناط وجود عقد ما هو إرادة أطرافه، ولمّا

=

(1)– محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 1985/739، الصادر بتاريخ 1987/4/30. نقلا عن: عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، دار وائل، الطبعة الأولى، 2006، ص161، هامش1؛ وانظر أيضا: LAYDU Jean- Baptiste, op.cit, p144, n°334.

(2)– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية –مصر، مكتبة صادر –بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1987، ص134.

(3)– طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 440، لسنة 30، جلسة 1965/5/27. نقلا عن: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص256.

(4)– عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص127.

مع الإشارة أنّ التمسك بالصورية يجب أن يكون جازما صريحا، حتى تبحثه المحكمة وتَبُتَّ فيه، ولا يُفيد مجرد التمسك بالتواطؤ والاحتيال، وذلك "لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما، لأنّ الصورية إنّما تعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه، أما التواطؤ أو الاحتيال فإنّه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث أي آثار قانونية له". في هذا المعنى: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، الطعن رقم865، لسنة 25، جلسة 1986/4/30، ص330. نقلا عن: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص243؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، الطعن رقم91، لسنة 24، جلسة 1985/4/3، ص330. نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1993، ص47.

كان المتعاقدان في حالة الصورية ليس لديهما إرادة ترتيب العقد الصوري لآثاره، فإنّ هذا العقد لن يكون له وجود»[1]، وبالنتيجة، فإنّه يتجرد من أي أثر قانوني فيما بين العاقدين.

لكن ماذا عن الغير حسن النية الذي تكون له مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر؟، إذ إنّ هذا الغير قد يجهل حقيقة التصرف، مُعتمدا في ذلك على العقد الظاهر، في هذه الحالة يكون له، نتيجةً لحُسنِ نيته، أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك[2].

والحكمة من ذلك، هي رغبة المشرع في حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار المعاملات[3]، وهذا بالرغم من أنّ العقد الصوري لا يُعبر عن الإرادة الحقيقة للمتعاقدين[4]، إلاّ أنّهما قد أنشآ مظهرا كاذبا اعتمد عليه الغير حَسن النية واطمأنّ إليه في تعامله[5].

وفي الأخير نصل إلى ما وصل إليه الأستاذ إبراهيم نجار «أنّ هذه القرارات [الأقوال] فيها شيء من التسرع وعدم الدقّة، لأنّها قد توحي بأنّ الصورية المطلقة، هي بحد ذاتها سبب لإبطال أو لتعطيل مفاعيل [آثار] الأعمال القانونية، في حين أنّ الصورية المطلقة ليست سببا للإبطال، أو لتعطيل المفاعيل [الآثار]، إلاّ عندما تدخل نطاق اللاشرعية»[6].

---

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص67. وذلك تطبيقا للقواعد العامة وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. (عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص127).

(2)- معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص231.

(3)- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص159.

(4)- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص99.

(5)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص163؛ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992، ص153؛ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص179.

(6)- إبراهيم نجار، الصورية المطلقة والصورية النسبية في الاجتهاد القضائي اللبناني، ص87 وما يليها. مشار إليه في: ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص15.

الفرع الثاني

الصورية النسبية

عرَّف الفقه الصورية النسبية بأنّها «هي التي تتحقق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري[1]، دون أن تُنكِر وجود هذه العلاقة»[2]. فإنْ هي انصبَّت على نوع العقد، أي طبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهما، كانت صورية بطريق التستر، أمّا إذا اقتصرت على إخفاء ركن من أركان التصرف أو شرطا من شروطه الجوهرية، كانت صورية بطريق المضادة، فإنْ هي انصرفت إلى إخفاء شخصية أحد المتعاقدين، كانت الصورية حينئذ صورية بطريق التسخير[3].

أولا: الصورية بطريق التستر

الصورية بطريق التستر هي الصورية التي تَرِد على طبيعة العلاقة القانونية بين العاقدين، أي طبيعة التصرف القانوني[4]، بمعنى أنّها الحالة التي يتفق فيها الطرفان على إخفاء حقيقة التصرف المبرم بينهما، وذلك بإظهاره في صورة عقد آخر مختلف عنه[5].

والصورية بطريق التستر، إنّما الغرض منها الغش، إمّا نحو القانون، وإمّا نحو الغير.

---

(1)- جلال علي العدوى، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص115.

(2)- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص122.

(3)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص13.

وقبل أن نُعَرِّج إلى تأصيل هذه الأشكال للصورية النسبية، لابد أن نُوضِّح نقطة غاية في الأهمية، ذلك أنّ الفقه الغالب يُرَكِّز دراسة ورقة الضد في حالة "الصورية بطريق المضادة"، وكأنَّ الحالات الأخرى للصورية النسبية، وحتى في حالة الصورية المطلقة، لا توجد ورقة ضد. فيما أنّ ورقة الضد هي: «اتفاق خفي بين المتعاقدين، تُلغي أو تُعدِّل أحكام محتوى العقد الظاهر»

«Une contre-lettre est une convention occulte qui contredit, en les annulant ou en les modifiant, des dispositions contenues dans une convention ostensible». www.dictionnaire-juridique.com/definition/contre-lettre.php, 22/4/2016.

وعليه فإنّ ورقة الضد هي قاسم مشترك لكل حالات وفروض الصورية. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص16).

(4)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص33؛ مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص12.

(5)- محمد الزين، مرجع سابق، ص381.

1- الغش نحو القانون: وهذا الغش نجده في عدّة تطبيقات، منها:

1-1- البيع الذي يُخفي هبة:

فالعقد الظاهر هو البيع وهو العقد الصوري، والعقد المستتر هو الهبة، وهو العقد الحقيقي. ويكون الغرض منها عادة التهرب من شكلية العقد[1]، أو التهرب من رسوم التسجيل، والتي تكون كبيرة في العقود التبرعية، مقارنة عما هو في المعاوضات[2].

وعليه إذا اتفق العاقدان على أنّ عقد البيع هو في حقيقته هبة، يستطيع كل مَن له مصلحة في كشف حقيقة التصرف[3]، إثبات صورية عقد البيع بكافة الطرق القانونية في الإثبات، وذلك لوجود تحايل على أحكام القانون –المادة 206 ق.أ.ج–، وبذلك تقع الهبة باطلة بطلانا مطلقا[4].

---

(1)– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1074–1075. هذا إذا كان المعقود عليه عقارا أو حقا يتطلب الرسمية.
فالهبة كأصل، هي: «تمليك بلا عوض، تنعقد بإيجاب وقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات». وهذا ما نصت عليه المادتين 202 و206 ق.أ.ج. وعلى ذلك فإنّ عقد الهبة من العقود الشكلية، إذا تعلق الأمر بالعقارات والحقوق العينية العقارية، بمعنى أنّه لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين، وإنّما يَلزَم إفراغه في شكل رسمي. وفي حالة الإخلال بهذا الإجراء يُعتبر عقد الهبة باطلا بطلانا مطلقا، فنص المادة 206 ق.أ.ج صريح في ذلك، [سواء كانت سافرة أو مستترة]. (مهدية دحماني، فاطمة الزهراء ثلجون، عقد الهبة كسبب لاكتساب الملكية العقارية، مذكرة للحصول على شهادة الليسانس، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدية، 2012/2011، ص10).
وهذا على خلاف القانون المصري (المادة 488 فـ1)، الذي استغنى عن هذا الشكل في الهبة المستترة، وقرر انعقاد الهبة صحيحة بدونه. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص48).

(2) – LAYDU Jean-Baptiste, op.cit, p143, n°329.
ففي عقد الهبة تكون رسوم الشهر 5%، أما إذا كانت بين الأصول من الدرجة الأولى أو الأزواج فإنها تعفي من الرسوم. في حين أنّ عقد البيع تكون فيه رسوم الشهر 1%، المادة 2/353 قانون التسجيل.

(3)– وباعتبارها صورية تدليسية، يجوز حتى لأطرافها أن يُثبتاها بكل الطرق، بما فيها البينة والقرائن. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، الطعن رقم 233، لسنة 51، جلسة 1985/5/9. نقلا عن: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص370).

(4)– وبالتالي لا تلحقها إجازة، ويمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها (المادة 102 ق.م.ج)، ولا أثر للهبة لا بين المتعاقدين ولا في حق الغير، وهذا حسب موقف المشرع الجزائري (المادتين 202 و206ق.أ.ج).

1-2- البيع الذي يُخفي بيعا وفائيا:

نصت المادة 396 ق.م.ج على أنّه: «يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين»[1]. وفي ظل هذا الحظر لعقد البيع الوفائي، يمكن أن نتصور الأساليب والوسائل التي قد يلجأ إليها العاقدان بهدف التحايل على هذا الحكم[2].

فقد يحرر العاقدان عقدا يتضمّن بيع العقار، ولا يَنُصان فيه على حق الاسترداد، ثم يُتبعانِهِ بتحرير عقد آخر يَنُصانِ فيه على حقيقة التصرف، فيكون عقد البيع عقدا صوريا، والعقد الآخر هو العقد الحقيقي أي ورقة الضد[3].

وعندئذ يجوز لكل من له مصلحة في كشف حقيقة التصرف أن يثبت صورية العقد الظاهر بكل طرق الإثبات القانونية، لوجود تحايل على أحكام القانون –المادة 396 ق.م.ج–، وبذلك يقع عقد البيع الوفائي باطلا بطلانا مطلقا.

1-3- التصرفات التي تستر وصية:

إنّ كل شخص بلغ السن القانوني متمتعا بقواه العقلية، ولم يُحجَر عليه يكون أهلا لمباشر حقوقه المدنية وهذا ما نصت عليه المادة 1/40 ق.م.ج[4]، فله أن يتصرف في أمواله كيفما

---

(1)– وهو نفس موقف المشرع المصري، والذي كان موقفه متذبذبا بشأن إبطال هذا العقد نظرا للمشاكل العديدة التي واجهها من خلال التطبيق العملي، الأمر الذي دفعه إلى تقرير بطلان عقد بيع الوفاء، غير أنّ هناك من يرى بأنّ التكييف لصحيح لهذا العقد يتمثل في وجوب اعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ؛ كون إبطال التصرفات القانونية أمر غير مرغوب في التقنينات المدنية الوضعية الحديثة، التي تتجه نحو تقليص دائرة البطلان. (ياسر باسم ذنون السبعاوي، بيع الوفاء، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، دار الكتب القانونية– دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص117 وما بعدها).

(2)– بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص201.

(3)– أنور طلبة، مرجع سابق، ص132؛ وانظر على سبيل المثال: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 999، لسنة 56، جلسة 1990/11/28، مج المكتب الفني، ع2، س41ق، ص801؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن 4233، لسنة 65، جلسة 1997/12/13، مج المكتب الفني، ع2، س48ق، ص1461.

(4)– تنص المادة 1/40 ق.م.ج على أنّ: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يُحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية».

شاء ولمن شاء، وقد تكون هذه التصرفات بعوض أو بغير عوض، ومن أمثلة هذه الأخيرة نجد الوصية التي تُعتبر من التصرفات الناقلة للملكية[1].

والوصية تُعتبر من التصرفات الخطيرة، لاعتبار أنّ الموصي قد يتنازل عن كل أمواله لوارث أو لأجنبي، مما يتسبب في حرمان بقية الورثة أو كلهم من تركة مورثهم. الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى تقييد حرية الإيصاء[2]، لمنع الإضرار بالورثة[3].

غير أنّ هذا التقييد يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون، الذي إن لم

---

(1)- عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 185 ق.أ.ج بأنّها: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، ونص في المادة 190 من نفس القانون على ما يلي: «للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة».

(2)- تنص المادة 189 ق.أ.ج على أنّه: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

وهذا التقييد يكون من ناحيتين:

أ- **لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي**، وهذا ما نصت عليه المادة 189 ق.أ.ج، التي اعتبرت الوصية لوارث صحيحة، ولكنّها موقوفة على إجازة خاصة من باقي الورثة، وهو ما يُستخلص من الصياغة الفرنسية لهذه المادة.

«Le testament fait au profit d'un héritier ne produit effet que si les héritiers y consentent après le décès du testateur».

وهي القاعدة التي قضت بها المحكمة العليا في عدة قرارات لها. (عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، حماية الورثة من الوصايا المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005، ص13).

قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2001/3/14، رقم الملف 24188. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج3، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص1130؛ حكيم دربالي، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص18.

وانظر في الاعتبارات التي من أجلها علّق المشرع إجازة الورثة للتصرف الذي يتم من المورث المريض مرض الموت على وفاة مورثهم: عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دار وائل، الطبعة الأولى، 2005، ص571.

ب- **تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة**، وذلك اعتمادا على نص المادة 185 ق.أ.ج. انظر في ذلك، قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1986/2/24، رقم الملف40651، غير منشور. نقلا عن: عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، مرجع سابق، ص14. وفي حدود هذا الثلث، للمورث مطلق الحرية في التصرف فيه أثناء مرض الموت؛ لأنه المقدار المخصص للوصية شرعاً وقانونًا. (فريدة محمدي زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992، ص28).

(3)- فسبب تقييد التصرف هنا، إنّما يرجع إلى تَعَلُّق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت من وقت المرض الذي يموت فيه. انظر في تفصيل ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص323-324.

يكن من أجل حرمان بعض الورثة من حقهم في الميراث، فلأجل تفضيل بعضهم على بعض[1]. فيلجأ الشخص بذلك خلال مرض موته، إلى ستر تصرف قصد به التبرع، بتصرف يكون بعوض. بل أكثر من ذلك، فقد يَعمَد الموصي حال حياته وتَمَتُّعِهِ بكامل صحَّتِه إلى ستر تصرفاته المضافة إلى ما بعد الموت، في شكل تصرفات مُنجَزَة، بأن يتصرّف لأحد ورثته أو لأجنبي، على أن يحتفظ المتصرف، وبأيّة طريقة كانت، بحيازة العين محل التصرف، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته[2].

كل هذه التصرفات إخفاء للوصية وراء تصرفات أخرى، وهي نوع من الصورية النسبية[3]. وهي تصرفات ليست في أصلها وصية ولكنّها تأخذ حكمها، وقد اعتبرها القانون وصية مستترة[4]؛ قرر فيها حماية للورثة[5]، بأنْ حصرها بقيود الوصية[6].

وهناك حالتان يُحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة، نصَّ عليهما القانون المدني:

---

(1)- عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص44.

(2)- عبد العزيز محمودي، المرجع والموضع نفسهما؛ زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، مرجع سابق، ص20-29.

«والتحايل الممنوع على أحكام الإرث -لتعلق الإرث بالنظام العام- هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أنّ التصرفات المُنجَزَة الصادرة في حال صحته لأحد ورثته، تكون صحيحة ولو كان المورث قد قَصَدَ بها حرمان بعض ورثته؛ لأنّ ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حقَّ للورثة فيه». طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 355، لسنة 29، جلسة 1964/4/9، مج المكتب الفني، س15ق، ص525؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 3650، لسنة 60، جلسة 1995/02/19، مج المكتب الفني، ع1، س46ق، ص416.

(3)- انظر في ذلك على سبيل المثال: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 550، لسنة 34، تاريخ الجلسة 1979/1/2، ص322. نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص93.

(4)- الوصية المستترة: «هي تصرف يَعمَد الموصي فيه إلى إخفاء نية الإيصاء، وإظهار نية تصرف آخر بقصد التحايل على أحكام الميراث، وعندئذ يكون التصرف المستتر هو الوصية، أما التصرف الظاهر فقد يكون بيعا أو هبة...». (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص501).

(5)- والقانون كما يحمي الورثة من الوصايا المستترة، يحمي الدائنين أيضا. فتكون لهم بذلك مصلحة في الكشف عن الوصايا المستترة، وتُرَجَّح مصلحتهم على مصلحة الوارث، باعتبار الديون تُقَدَّم على الوصايا. (انظر في تفصيل ذلك، عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص25).

(6)- محفوظ جغبوب، الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004، ص40.

1-3-1- التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت:

نصَّ المشرع الجزائري على هاته الحالة في المادتين 408 و776 ق.م.ج[1]، واعتبر التصرفات التي ذكرتها الأولى وصية في الفارق الذي قد يتجاوز حد ثلث التركة، فيسري عليه ما يسري على الوصايا من شرط إجازة الورثة فيما زاد عن الثلث. واعتبر التصرفات التي ذكرتها الثانية مضافة إلى ما بعد الموت، فتُحاط بقيود الوصية.

أ- حالة تصرفات المريض مرض الموت بقصد التبرع:

نستنتج من نص المادة 01/776 ق.م.ج[2]، أنّ المريض مرض الموت، إذا تبرع نَفَذَ التبرع في حقه حال حياته، فإن اتصل بهذا المرض موت اعتُبِرَ وصية مستترة، وسَرَت على هذا التبرع أحكام الوصية[3].

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه بصدد ما جاء في نص المادة 776 في فقرته الأولى، أنّ حُكمه جاء عامًا، يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيّا كانت التسمية التي أعطيت له[4]؛ لذلك يكون من باب أولى أن تأخذ نفس الحكم التصرفات التبرعية الصريحة من هبة[5]

(1)- تقابلهما في القانون المدني المصري، المادتان: 477 و916 على التوالي.

(2)- تنص المادة 1/776 ق.م.ج على أنّ: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يُعتَبَر تبرعا مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًّا كانت التسمية التي تُعطى إلى هذا التصرف».

(3)- يُقصد بسريان أحكام الوصية؛ تطبيق أحكامها بعد وفاة المريض، إذ لا يُعتَبَر المورث مريضا مرض موت إلاّ إذا اتصل الموت بهذا المرض فعلا. (محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2006، ص217).

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص222.

(5)- لذلك نصَّ المشرع في المادة 204 ق.أ.ج على أنّ: «الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تُعتبر وصية». وهو الحكم الذي أيّدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها. كقرار الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 2005/05/19، رقم الملف 307939، جمال سايس، ج3، مرجع سابق، ص1288.

وهو ما أخذ به أيضا جمهور الفقهاء (عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الثاني، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص128؛

=

ووقف[1]؛ لأنّ المتصرف لا يأخذ مقابلا لما يُعطي، وهي أكثر التصرفات ضررا بالورثة[2].

ب- حالة بيع المريض مرض الموت:

قد يلجأ المريض مرض الموت إلى التصرف في أمواله ببيعها، فيكون هذا البيع في الحقيقة ستارا لتصرفٍ آخر مضاف إلى ما بعد الموت[3]، وهذا البيع قد يكون لوارث أو لأجنبي، وهذا الأخير قد يكون حسن أو سيء النية.

=

عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص53؛ وانظر أيضا: إبراهيم رشاد السيد عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص14)، إذ اعتبروا أنّ هبة مريض مرض الموت لأحد ورثته غير نافذة إلا إذا أجازها الورثة، تطبيقا لأحكام المادة 189 ق.أ.ج. والعلّة في ذلك ألاّ يتأذى بعض الورثة من إيثار بعضهم على بعض، الأمر الذي قد يؤدي إلى اختلافهم وتنازعهم. (إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الجامعية، المجلد 19، العدد 2، غزة، فلسطين، يونيو 2011، ص535).

أما إذا تمت الهبة لغير وارث، فإنّها تجوز في ثلث التركة، أما ما زاد عن هذا القدر فيتوقف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الواهب المريض، تطبيقا لأحكام المادة 185 ق.أ.ج المتعلقة بالوصية، ووجب حين ذاك على هذا الأجنبي رد القدر الزائد عن الثلث إلى التركة. (عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص54).

(1)- نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف في المواد من 213 إلى 219 ق.أ.ج، ثم صدر قانون رقم 90-25، المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر عدد49، سنة 1990. الذي أحال في مادته 32 إلى قانون 91-10، المؤرخ في 1991/4/27، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الذي نصَّ على حماية دائني المريض من تصرفاته التي يُجريها في مرض موته، غير أنّه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، ولكن بالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد المادة 215 منه نصت على تطبيق المادة 204 أعلاه على الوقف، وعلى هذا الأساس، وتطبيقا لحكم هذه المادة، فإن الوقف في مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية، مع لزوم التفرقة بين الوقف لوارث أو لأجنبي، وما إذا كان الوقف يزيد عن الثلث أو يساويه، أو كان المريض مدينا أو غير مدين. (عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص55-56؛ عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، مرجع سابق، ص40).

(2)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص485؛ فيصل دويدة، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص72.

(3)- عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص71.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام البيع في مرض الموت بالمادتين 408 و409 ق.م[1].

(1)- تنص المادة 408 ق.م.ج على أنّه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإنّ البيع لا يكون ناجزاً إلاّ إذا أقرَّهُ باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنّه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

وما نلاحظه على هذا النص، تعارضه مع الصياغة الفرنسية. وذلك في النقاط التالية:

أ- أضافت النسخة الفرنسية للفقرة الثانية عبارة لم ترد في الصياغة العربية، إذ تنص على ما يلي:

«…est présumée avoir été fait sans consentement valable ».

بمعنى أنّ البيع قد تم بدون رضا صحيح، وهذا أمر لا يستقيم، إذ إنّ البيع قد تم برضا الطرفين فعلا، ولكن حماية للورثة علَّقَ المشرع تصرفاته التي تزيد على ثلث التركة في مرض الموت على إقرار الورثة.

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه بشأن المادة 408 أعلاه، وحتى نضع النص في سياقه القانوني، لابدَّ من القول إنّ نص هذه المادة لم يَذكُر مسألة الثلث البَتَّة، لكن لما كان البيع لوارث في مرض الموت يُعتبر ساترا لوصية، ولما كان قَصد البائع من ذلك التهرب من شرط الإقرار، بهدف الإضرار بحقوق الغير، لذلك أخضع المشرع هذا التصرف لأحكام الوصية. وبالرجوع للمادة 775 ق.م.ج التي تحيلنا إلى قانون الأسرة بشأن تنظيم الوصية. نجده يُعلق الوصية التي تزيد على الثلث على إقرار الورثة، وهذا في نص المادتين 123 و185 ق.أ.ج.

ب- فرَّقَ النص في الحكم بين البيع لوارث، والبيع لأجنبي، فجعل صحة البيع الأول متوقفة على إقرار بقية الورثة، وجعل البيع الثاني قابل للإبطال؛ إما لأنّه غير مصادق عليه كما جاء في النص العربي للفقرة الثانية، وإما لعيب في الرضا كما يقول النص الفرنسي لنفس الفقرة. ومصطلح غير "مصادق عليه" مصطلح شاذ لم يعرفه القانون المدني إطلاقا، ولا ندري أي معنى قانوني قصده المشرع من وراء ذلك. انظر في شأن هذه الملاحظات: فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص31، هامش1؛ عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص91؛ محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، ص487-488.

أما بالنسبة لاعتبار البيع للغير في مرض الموت قابلا للإبطال، سواء كان في حدود الثلث أو زاد عنه، فهو أمر لا يستقيم أيضا، بالإضافة إلى أنّ عبارة "قابلا للإبطال" في غير محلها؛ ذلك أنّ طلب الإبطال قد شُرِعَ لمصلحة ناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب من عيوب الرضا، ولسنا في هذه المادة بصدد عيوب الرضا ولا نُقص الأهلية. وحتى لو فرضنا جدلا أننا في هذا الإطار، فإنّ حق الإبطال مقرر لمن شُرِعَ لمصلحته وحده. وفي حالتنا هذه، فإنّ المورث المريض مرض الموت هو الذي يكون له حق طلب الإبطال، ولن يستطيع ذلك لوفاته. كما أنّ حق طلب الإبطال لا ينتقل إلى الورثة لأنهم يكونون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم في مرض الموت. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، الجزائر، العدد 33، سنة 1987، ص29. نقلا عن: محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص30؛ انظر عكس هذا القول، محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة، ص489.

غير أنّ ما يمكن قوله في هذا الصدد أنّ حق الإبطال قد قرره أيضا المشرع للمشتري في بيع ملك الغير، وذلك في نص المادة 397ق.م.ج، وحتى إن كان حق طلب الإبطال ينتقل إلى الورثة باعتباره حقا شخصيا؛ لكن مع ذلك يبقى الورثة في هذه الحالة من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم في مرض الموت، إذ متى أثبت الورثة أنّ تصرف مورثهم صدر منه وهو في مرض الموت، اعتُبروا من الغير، ولهم حينئذ إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات. (رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص172؛ عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص60).

لذلك اقترح الأستاذ محمد صبري السعدي تعديل نص المادة 408 سالفة الذكر، لتُصبِحَ كما يلي:

«إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث، فلا يكون البيع نافذاً في حق الورثة إلاّ إذا أقروه».

=

حيث نلاحظ على المادة 408 أنّ الحكم فيها ينطبق على البيع فقط[1]، رغم أنّه يُمكن إدراج حكم بيع المريض مرض الموت تحت حكم المادة 01/776 ق.م سالفة الذكر[2].

1-3-2- التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة:

إضافة إلى التصرفات التي يُبرمها المورث في مرض الموت، والتي تأخذ حكم الوصية، فإنّه قد تصدر عن المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته، رغبةً منه في إيثار بعض الورثة على الآخرين، فيلجأ إلى إخفاء وصية في صورة تصرف مُنجَز، تحايلا على أحكام القانون. والوسيلة الشائعة في هذا التحايل هي عقد البيع الذي يكون ستارا للوصية[3]، كما قد تكون في صورة عقد هبة مع توافر نفس الشروط بها[4].

وقد تضمنت أحكام هذه الحالة المادة 777 ق.م.ج[5]، التي نلاحظ منها أنّ تصرف المورث في هذا الفرض لم يصدر في مرض موته، بل صدر في حالة صحته، غير أنّه قيَّدَ هذا

=

يُلاحظ على هذا الاقتراح: أنَّه جاء عاما؛ فصَدرُ هذه المادة لم يفرق بين بيع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث. مقتدياً في ذلك بالقانون المصري لسنة 1947 في المادة 477 منه. كما أنّ عَجزها جاء عاما بشأن إقرار الورثة، ذلك أنَّه يُفهم منها، أنّ البيع في مرض الموت، سواء كان في حدود الثلث أو جاوزه، موقوف على إقرار الورثة. في حين أنّه يجوز للمريض مرض الموت التصرف في أمواله فيما لا يُجاوز هذا القدر.

كما اقترح الأستاذ علي علي سليمان، تعديل الفقرة الثانية من هذه المادة، على النحو الآتي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث فإنّه يتوقف على إجازة الورثة". وهذا التعديل المقترح لهذه الفقرة، متعلق بمدى نفاذ التصرف في حق الورثة من عدمه، ولا يتعلق الأمر بالقابلية للإبطال لكوننا لسنا بصدده، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، أنّ نفاذ تصرف المورث في حق الورثة لا يُثار إلاّ إذا جاوز ثلث التركة فقط، وهذا الاقتراح يشير إليه صراحة. فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص30.

(1)- عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، مرجع سابق، ص35.

(2)- إلاّ أنّ المشرع وبمناسبة نصه على أنواع البيوع، فصَّلَ هذه الحالة، الأمر الذي أوقعه في تناقض – بشأن الإقرار والقابلية للإبطال – رغم أنّ نيته كانت تهدف دون شك إلى إلحاق البيع في مرض الموت بالوصية. (محفوظ جغبوب، مرجع سابق، ص42).

(3)- كأن يذكر في العقد ثمنا صوريا لا يلتزم به المشتري أصلا، مع احتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه وبحق الانتفاع به طوال حياته.

(4)- عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، مرجع سابق، ص43.

(5)- تنص المادة 777 ق.م.ج المقابلة للمادة 917 ق.م.م على أنّه: «يُعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك».

التصرف باحتفاظه لنفسه، بحيازة العين، وحقه في الانتفاع بها مدى حياته[1].

2- الغش نحو الغير:

الغش نحو الغير نجده أكثر ما يكون في صورة عقد الهبة الذي يُخفي بيعا. إذ أنّه مِنَ المتفق عليه فقها[2] وقانونا[3]، أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا، ويجب أن يكون موجوداً، حقيقيا، وصرفا. وعلى ذلك فالشفعة لا تجوز في عقد الهبة، ولو كانت بعوض نقدي[4].

ثانيا: الصورية بطريق المضادة

لا تتناول الصورية بطريق المضادة، وجود العقد ولا تكييفه[5]، وإنّما تتناول أحد عناصر التصرف القانوني، سواء كان ركنا فيه، أو شرطا من شروطه، أو سببا أو تاريخ التصرف...ويحتفظ المتعاقدان بورقة الضد، يذكران فيها مدى تعديل محتوى التصرف الظاهر[6].

الظاهر[6].

1- صورية الثمن:

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج9، ص226.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ج9، ص446؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص526؛ أنور طلبة، مرجع سابق، ص189.

(3)- تنص المادة 794 ق.م.ج على ما يلي: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون».

(4)- أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2013/2012، ص388-389.

(5)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص59؛ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص181.

(6)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص14.

تكون صورية الثمن كاشفة عن أنّ الثمن الظاهر المدرج في عقد البيع إنّما يستر ثمنا آخر حقيقيا وليس وهميا (كما في حالة الهبة المستترة في صورة بيع)، وبذلك يختلف الثمنان الحقيقي والصوري في القيمة، إما بالزيادة أو النقصان[1].

ويلجأ المتعاقدان إلى إخفاء حقيقة الثمن في الفرضين الآتيين:

1-1- التهرب من رسوم التسجيل:

قد يتفق البائع والمشتري على إبرام عقد بيع بثمن لا يمثل حقيقةً قيمة المبيع، فيكون ثمنا صوريا، –وهو الثمن الظاهر للكافة–، ويحرران في الوقت نفسه ورقة الضد التي يُضَمِّنانِها ثمنا آخر أكبر من الثمن المذكور في عقد البيع الصوري، وذلك بغرض تقليل رسوم التسجيل[2].

1-2- منع الشفيع من الأخذ بالشفعة:

وذلك بأن يذكر المتعاقدان في ورقة الضد، ثمنا أقل من الثمن المذكور في عقد البيع، فيكون هذا الأخير –بذلك– مُرتَفِعا لتعجيز الشفيع من الأخذ بالشفعة أو لتثبيط همته[3]. ففي كلا الفرضين يكون للتصرف ثمنان: ثمن حقيقي ولكنّه مستتر، وثمن ظاهر ولكنّه صوري.

2- صورية السبب:

من المتفق عليه أنه يجب أن يكون سبب الالتزام صحيحا؛ وهو يكون كذلك إذا لم يكن مغلوطا أو موهوما[4]، أو صوريا؛ ذلك أنّ العاقدين قد يلجآنِ إلى إخفاء حقيقة سبب التصرف

---

(1)– مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص480.

(2)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص498؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص14.

(3)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع والموضع نفسهما؛ مجدي حسني خليل، المرجع والموضع نفسهما؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 372، لسنة 24، جلسة 1952/4/2، مج المكتب الفني، ع2، س10ق، ص303؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 5737، لسنة62، جلسة 2000/1/13، مج المكتب الفني، ع1، س51ق، ص118.

(4)– يكون سبب الالتزام غير صحيح، إذا اعتقد العاقدان بوجود سبب التزام وهمي لا وجود له في الواقع، وهي حالة السبب المزعوم، فيكون الغلط قد أصاب وجود السبب ومنع من إنشاء العقد. (موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص258).

وراء سبب آخر صوري، كأن يهب رجل لعشيقته مالا لمواصلة العلاقة غير المشروعة، مع ذكره أنّ سبب الهبة هو خدمة مشروعة قامت بها لأجله [1]. وبالتالي يكون للتصرف سببان: سبب حقيقي ولكنّه مستتر، وسبب ظاهر ولكنّه صوري.

3- صورية تاريخ التصرف:

قد يلجأ المتعاقدان إلى إعطاء التصرف تاريخا صوريا يخالف التاريخ الحقيقي الذي دُوِّنَ في التصرف، وغالبا ما يكون ذلك هو إبعاد التصرف عن دائرة البطلان[2]، وبالتالي نكون أمام فرضين:

3-1- تقديم تاريخ العقد:

وذلك حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذي صدر فيه التصرف[3].

3-2- تأخير تاريخ العقد:

كأن يكون أحد العاقدين ناقص الأهلية لحظة إبرام العقد فيتواطأ العاقدان على تأخير تاريخ التصرف حتى يتفاديا الطعن فيه بنقص الأهلية[4]، وبذلك يقع التصرف في الوقت الذي اكتملت

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع السابق، ص14؛ ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002، ص578-580؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 101، لسنة 36، جلسة 1970/4/28، مج المكتب الفني، ع2، س21ق، ص714؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 506، لسنة 46، جلسة 1982/11/14، مج المكتب الفني، ع2، س33ق، ص915.

(2)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص28؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 190، لسنة 32، جلسة 1966/3/24، مج المكتب الفني، ع1، س17ق، ص723.

(3)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص35؛ وقضت م.ن.م بأنّ: «...المقصود بصورية التاريخ أن يوضع على العقد تاريخ غير صحيح سابقا على تاريخه الحقيقي لإخفاء أنّه حرر في مرض الموت...»؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 268، لسنة 20، جلسة 1952/11/27، مج المكتب الفني، ع1، س4ق، ص144.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص199.

فيه له أهليته[1]. وبذلك يكون للتصرف تاريخان: تاريخ حقيقي لكنّه مستتر، وتاريخ ظاهر ولكنّه صوري.

ثالثا: الصورية بطريق التسخير

يُقصد بالصورية بطريق التسخير، أن يتم التصرف لحساب شخص غير الشخص المذكور في العقد، تحايلا على أحكام القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معيّن[2].

فإذا أراد "أ" أن يهب كل أمواله أو بعضها لـ "ب"، الذي تكون الهبة غير جائزة له، فيلجأ إلى هبة أمواله صوريا إلى "ج" الذي يقتصر دوره على تلقي الهبة من الواهب "أ"، ثم نقلها إلى الموهوب له "ب". فيكون هذا الأخير بمقتضى ورقة الضد هو المنتفع من تلك الأموال الموهوبة[3].

وبذلك فإنّ الصورية بطريق التسخير تَنصَبُّ على شخصية أحد العاقدين بقصد إخفائها تحت اسم شخص آخر يظهر في العقد، ويكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر[4].

وقد تضَمَّنَ القانون المدني صوراً مختلفة للصورية بطريق التسخير[5]؛ وهي ما أطلق عليها

---

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص15.

(2)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص145؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص122؛ وقضت م.ن.م بأنّ: «الصورية بطريق التسخير تَرِد على أطراف العقد دون موضوعه، بحيث يقتصر العقد المستتر على بيان أطراف العقد الحقيقين...». طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 2479، لسنة 59، جلسة 1993/12/23، مج المكتب الفني، ع1، س44ق، ص482. وانظر أيضا: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 648، لسنة 49، جلسة 1980/4/24، مج المكتب الفني، ع1، س31ق، ص1201.

(3)-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1076؛ ليلى مجدوبة شاياز، مرجع سابق، ص16.

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص16.

(5)- ينبغي في هذا المقام التمييز بين **التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار**، وبين **الصورية بطريق التسخير**.

ففي هذه الأخيرة، يكون "الغير" المتعاقد مع الوكيل عالما بأنّه يتعامل مع مُجرَّد مُسَخَّر أو وسيط، أو على الأقل يجب عليه أن يكون عالما بهذا التسخير؛ لأنّه متفق معه على ذلك. بالإضافة إلى أنّ المُسَخَّر في الصورية يُبرم عقدين مع إبرام ورقة الضد؛ فتنتقل إليه ملكية الشيء بأحد العقدين، لينقلها بالعقد الآخر إلى الممنوع من التعاقد.

أما في التعاقد بطريق التسخير، فإنّ المُسَخَّر يتعاقد مع شخص يغلب ألاّ يكون عالما بالتسخير، أو ليس من الضروري أن يعلم به؛ ذلك أنّ الوكيل قد لا يُبرم التصرف مع الغير باسم الموكل، بل باسمه الشخصي، فيُعير اسمه للموكل حتى لا يظهر الأخير في التعاقد. فَيُقال

=

الفقه «بيع الحقوق المتنازع عليها»، وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد 402، 403 [1]، و411 ق.م.ج، والتي يتضح منها أنّ المشرع حدد الأشخاص الممنوعين من الشراء، وهم: القضاة، المدافعين القضائيين، المحامين، الموثقين، كتاب الضبط، وكذلك السماسرة والخبراء[2].

وتجدر الإشارة في نهاية تعداد أشكال الصورية النسبية، أنّها قد تجتمع كلها في تصرف واحد؛ ويكون ذلك متى اتفق الأشخاص على إخفاء حقيقة التصرف المبرم بينهما، وهو ما يحدث غالبا في الهبة، حيث يجتمع أن تكون مستورة وبواسطة شخص مسخر. وقد يكون ذلك أيضا إذا كان هناك تسخير مع إخفاء لجزء من الثمن[3].

إنّ الموكل سَخَّرَ الوكيل في التعاقد، ويُدعى المُسَخَّر هنا (بالاسم المستعار prête-nom)، الذي يبرم ثلاثة تصرفات كلها جدية: **1**- عقد وكالة يكون مُسَخَّراً فيه وكيلا عن آخر في تصرف يُعينانه في عقد الوكالة. **2**- يعقد المسخر مع الغير عقدا يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل، ولكنّه باسمه هو، فينصرف إليه أثر التصرف. **3**- يعقد مع الموكل مرة أخرى عقدا ينقل فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير.

ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي فينصرف أثر التعاقد إليه، فإنّ الوكالة المستترة تقضي بنقل هذا الأثر من الوكيل إلى الموكل. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1076؛ و ج7، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص636-637؛ أنور طلبة، مرجع سابق، ص19؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص122-123؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص17؛ نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص118؛ إيمان طارق شكري، التعاقد باسم مستعار، كلية القانون، جامعة بابل، د.د.ن، د.س.ن، ص4، نقلا عن: www.uobabylon.edu.iq).

(1)- من نص المادتين 402 و403 ق.م.ج، نلاحظ أن المشرع قد **أخلط** بين حالة **الاسم المستعار**، وبين حالة **الصورية بطريق التسخير**، حيث استعمل في كلا النصين لفظ "الاسم المستعار"، بينما نجد لفظ "personne interposée" أي الصورية بطريق التسخير، بالنسبة لصياغتهما الفرنسية. (ليلى مجدوبة شاياز، مرجع سابق، ص17).

(2)- أنظر في تفصيل هذه الحالات: عبد الزراق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج4، ص194 وما بعدها.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص18.

المبحث الثاني

مدى مشروعية الصورية وتمييزها عما قد يشتبه بها من مصطلحات

إنّ الصورية بالمفهوم المتقدِّم، ورغم تعدد أنواعها، إلاّ أنّها تشترك في حقيقة واحدة، هي أنّها تُخالف الحقيقة المتفق عليها بين المتعاقدين، سواء كانت هذه المخالفة مطلقة، أو نسبية[1]. هذه المخالفة التي قد تكون مشروعة، لكن في الغالب الأعم يُقصد بها الغش؛ إما نحو القانون، وإما نحو الغير، وبذلك تُصبح غير مشروعة.

ولأنّ غاية الصورية أسالت الكثير من الحبر، لتشابهها مع مرادفات الغش، تقتضي الضرورة بيان أقوال الفقهاء بشأن صور مشروعيتها، ثم نُتبعها بنظرة تُؤيِّد ما كان من تلك الأقوال أقرب إلى الصواب (المطلب الأول)، لنميز الصورية عما قد يشتبه بها من مصطلحات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى مشروعية الصورية

الغاية من الصورية قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة، والأمر هنا لا يتعلق بأطراف العلاقة القانونية، وإنّما بالباعث إلى التعاقد، هذا الأخير الذي قد يكون مشروعا أو غير مشروع. لذلك سنعالج (في الفرع الأول) الصورية المشروعة، لنتطرق (في الفرع الثاني) لدراسة الصورية غير المشروعة.

(1)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص266.

الفرع الأول

الصورية المشروعة

تُعتبر الصورية مشروعة إذا كان الغرض منها شريفا، وهذا هو الفرض النادر أو الأقل حدوثا في نظر الفقه[1]، ومن أمثلتها:

1- تمييز شخص لأحد أبنائه بشيء من ماله أكثر مِن إخوته، لدافع مشروع، مثل إسكانه هو وزوجته (بعد زواجهما)، وحتى لا يثير هذا التبرع الشحناء والبغضاء بين أفراد أسرته، فيستخدم هذا الأب الصورية لإخفاء تبرعه تحت ستار عقد بيع[2]. أو يقوم ببيع المال إلى صديق بيعا صوريا، وفي الوقت ذاته يكتب بينه وبين صديقه ورقة ضد تفيد بأنّ البيع صوري[3].

إلاّ أن هناك من الفقه من يقول بعدم مشروعية هذا التصرف، على أساس أنّ الأب الذي يستر التبرع تحت تصرف صوري لا يريد إثارة الحقد والحسد بين أفراد أسرته، ولا يتحقق هذا الهدف إلاّ إذا كنا في مأمن من معرفة بقية الأسرة بهذا التصرف، والغالب أنهم يطلعون على حقيقته، ولهم إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية، فيقع بذلك ما خشيه الأب، بالإضافة إلى ما يستتبع هذا الفعل من انعدام الثقة والاستقرار في المعاملات بين أفراد الأسرة[4].

(1)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص79.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص19.

CARBONNIER Jean, Cours de droit civil, Op.cit, P96.

(3)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص20.

(4)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص276-277.

2- رغبة شخص في شراء الشقة الخاصة بجاره، و لكنه ولظروف خاصة اعتقد أنّ جاره قد يرفع الثمن عليه إذا ظهر بنفسه في العقد، أو يضع شروطا مرهقة له، فاستعار اسم شخص آخر ليشتري له هذه الشقة، ثم ينقل الملكية إليه بمقتضى ورقة الضد[1].

ويرى البعض أنّ في هذا المثال إضرارًا بحقوق البائع إن لم يكن فيه تدليس، بل وفيه خرق لقاعدة فقهية تقتضي الأمانة في حصول المتعاقد على رضا المتعاقد الآخر، بالإضافة إلى أنّ في هذا المثال غلط كبير؛ ذلك أنّ الصورية بطريق التسخير يفترض فيها علم المسخر والمسخر له، والمتصرف مع المسخر، بأنّ هذا التصرف يتم صوريا، وبالتالي تنصرف آثار التصرف إلى المسخر له بمقتضى اتفاق الأطراف على ذلك، وبالتالي لا تؤدي الصورية غرضها المشروع[2].

ويصل بعض الفقه إلى أنّ الحديث عن الصورية المشروعة هو حديث نظري محض، معتبرين كل أنواع الصورية خارجة عن نطاق المشروعية، سواء كانت عدم المشروعية في الوسيلة[3] أو في الغاية[4]. فالصورية حسب هذا الرأي «لا تقوم إلاّ مصاحبة لباعث غير حميد ينافي الأخلاق القويمة، وإذا كانت النظرة التشريعية لم تَعُدَّ البعض منه غير مشروع فذلك قصور من التشريع ذاته أن يبلغ بالقاعدة المستوى الأخلاقي المنشود»[5].

(1)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص79.

LAYDU Jean-Baptiste, Op.cit, p143, n°329.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص20؛ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص277.

راجع في أمثلة الصورية المشروعة الأخرى، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1074؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص19؛ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص275.

(3)- قد تكون الوسيلة هي ورقة الضد، أو الاسم المستعار على النحو الذي بيناه عند دراسة أنواع الصورية.

(4)-إذ لا تكاد تعثر على مثال واحد تكون فيه الصورية مشروعة لها أهدافها النبيلة. (محمود عبد الرحيم الديب)، ص278.

(5)- السيد بدوي، حول "نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989، ص477 وما بعدها، نقلا عن، مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص21؛ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص278.

الفرع الثاني

الصورية غير المشروعة

وهي الصورة الغالبة لتطبيقات الصورية؛ فالصورية في غالب الحالات غرضها غير مشروع، وتتمثل إما في الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة، أو هدر حقوق الغير، أو الإضرار بحقوق مصالح التسجيل[1]، وبذلك أصبحت الصورية تُرادف كلمة الغش[2].

وهو ما يؤيده البعض بقولهم: إنّ الغرض من الصورية إما الإضرار بالدائنين، أو التحايل على القانون[3]، متجاهلين بذلك كليَّةً الصورية المشروعة.

وأمثلة الصورية غير المشروعة لا حصر لها، نورد بعضها كالآتي:

أولا: التحايل على القانون

1- اتفاق المتعاقدين على ستر عقد الهبة في صورة عقد بيع للتهرب من الشكلية التي يَتَطَلَّبُها القانون.

2- تحايل بعض الأشخاص الممنوعين من التصرف على الحظر الوارد في المواد 402، 403، والمادة 411 ق.م.ج، فيستعير اسم شخص آخر يتعاقد باسمه.

3- قد تكون الصورية بطريق التسخير وسيلة للتهرب من قواعد الأهلية التي يتطلبها القانون، كأن يقوم شخص ناقص الأهلية أو عديمها بتسخير شخص آخر في هبة، كون عدم كمال أهليته لا يسمح له بالقيام بهذه الهبة، وذلك بتواطؤ الموهوب له وعلمه[4].

---

(1)- مجدي حسني خليل، المرجع والموضع نفسهما؛ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع نفسه، ص273.
LAYDU Jean-Baptiste, Op.cit, p143, n°329.

(2)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص79.

(3)- جلال العدوى، مرجع سابق، ص114.

(4)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص275.

4- التحايل على القانون الذي حظر القيام بعقد بيع وفائي بموجب المادة 396 ق.م.ج، بأن يتفق العاقدان على أنّ عقد البيع هو في حقيقته عقد بيع وفائي، يستطيع البائع فيه استرداد المبيع عندما يرد الثمن إلى المشتري خلال مدة معينة، وفي نفس الوقت يحرران عقدا صوريا ينصان فيه على أنّه عقد بيع مُنجَز.

ثانيا: الغش إضرارا بحقوق الغير

1- إخفاء عقد البيع تحت ستار عقد هبة صوري، أو رفع الثمن في الظاهر عما هو كائن حقيقةً؛ وذلك لمنع الشفيع أو تعجيزه عن الأخذ بالشفعة.

2- إخفاء الوصية تحت ستار عقد بيع صوري، تفاديا لتطبيق القواعد التي تقيد حرية الإيصاء.

3- أن يلجأ المدين، تفاديا لتنفيذ دائنيه على أمواله، بحلول الأجل، إلى إبرام عقود صورية لإيهام الدائنين بافتقار ذمته المالية.

4- قيام العاقدين بتقديم تاريخ العقد الذي يبرمانه في مرض الموت، حتى لا يعتبر تبرعا، وبالتالي تفادي إجازة الورثة.

ثالثا: الغش للتهرب من حقوق التسجيل

قد يكون الغرض من الصورية في بعض الحالات، هو إلحاق الضرر بالدولة، من خلال الاحتيال على مصلحة التسجيل[1] وبالتالي التهرب الضريبي:

1- أن يكون عقد البيع ساترا لعقد الهبة، للتهرب من دفع رسوم تسجيل عقد الهبة، باعتبار أنّ هذه الرسوم تكون مرتفعة في العقود التبرعية مقارنة بعقود المعاوضة.

2- كما قد يذكر العاقدان ثمنا أقل من الثمن الحقيقي، تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملةً.

(1)- CARBONNIER Jean, Cours de droit civil, Op.cit, P96.

وفي الأخير نخلص إلى أنّ الغاية من الصورية قد تكون مشروعة[1] – في نظر بعض الفقه على الأقل–، وقد تكون غير مشروعة، وهذه الأخيرة هي الصورة الغالبة لتطبيقات الصورية، حتى أصبحت كلمة الصورية مرادفاً لكلمة الغش، هذا الأخير الذي قد يكون نحو القانون أو نحو الغير أو نحو مصلحة التسجيل، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن حكم الصورية في هذه الحالة؟ أو بتعبير أدق، هل تُعتبر الصورية سببا في بطلان التصرف؟

أجمع الفقه[2] والقضاء[3] على أنّ الصورية ليست بذاتها سببا في بطلان التصرف، إذ يُعتَدُّ بالعقد الحقيقي بين الطرفين إذا كان مستوفيا لشروط الانعقاد وكذا شروط الصحة، أما إذا كان التصرف المستتر باطلا – كأن يُخفي تصرفا محله غير مشروع أو يكون سببه غير مشروع– [4] فيكون جزاء التصرف حينئذ البطلان.

أما إذا كان الغرض من الصورية هو التحايل على القانون، فإن تَمَّ الكشف عن الصورية فإنّ الجزاء يقتصر عندئذ على منع تحقيق الغرض الذي قصده العاقدان من الصورية[5].

انطلاقا مما سبق ظهرت بعض الأصوات هنا وهناك مطالبةً؛ إما باعتبار الصورية في – ذاتها– سببا لبطلان التصرفات التي تشوبها؛ «ذلك أنّ النوع المشروع منها [من الصورية] قد انقرض منذ زمن سحيق، بل قُل إنّه نوع من الصورية لم يستدل له على أثر في الواقع العملي

(1)– "ذلك أنّ المشروع منها إنّما راعى الغاية فقط، دون الوسيلة، في حين أنّ التصرف ينبغي أن يأخذ في الاعتبار الوسيلة والغاية معاً، ليكون الحكم صحيحا". محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص275.

(2)– أنور سلطان، مرجع سابق، ص155؛ جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص116؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص151؛ عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص163.

CARBONNIER Jean, Théorie des obligations, Presses Universitaires de France, Paris, France, 1963, P170 ; WEILL Alex et TERRÉ François, Op.cit, p622, n°571, Buffelan-Lanore Yvaine, Larribau-Ternryre Virginie, Droit civil, Les obligations, Sirey, 13eme édition, 2012, P363, n°959.

(3) – Civ. 1er, 22 oct. 1975: Bull. civ. I, n° 291 ; Civ. 1er, 11 juill. 1979: Bull. civ. I, n° 209.

(4)– كما إذا أخفى العاقدان هبة في صورة بيع، الغرض منها الاستمرار في علاقة غير مشروعة، فإن التصرف يبطل، لا لأنّه صوري، بل لأنّ سببه غير مشروع. راجع أيضا: موريس نخلة، مرجع سابق، ج2، ص258.

(5)– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص151.

رغم تردد اسمه في كتابات الفقه»[1]، وإما بتجريم الصورية جنائيا، كون الصورية والتزوير – حسب هذا الرأي– من فصيلة واحدة، كل منهما فيه تغيير للحقيقة ونية العمد والضرر[2]، إذ على المشرع أن يَعتَدَّ بالعقد الظاهر سواء فيما بين المتعاقدين، أو في حق الغير، خاصة أنّه العقد المُعَوَّل عليه أمام القضاء في حالة العجز عن إثبات الصورية[3].

وهناك من ذهب مذهباً وسطاً، حيث يرى وجوب احترام مبدأ سلطان الإرادة، واعطائه الاهتمام الخاص، إذ يجوز للأفراد إبرام العقود في إطار مشروع[4].

المطلب الثاني

تمييز الصورية عما قد يشتبه بها من مصطلحات

بعد تحديد تعريف الصورية وشروط تحققها وأنواعها، كان لابد من تمييز الصورية عن بعض المصطلحات التي تشتبه بها، حتى نتفادى الخلط الواقع فيما بينها.

الفرع الأول

التمييز بين الصورية والتدليس

قلنا بأنّ الصورية هي اتفاق طرفي العلاقة القانونية على خلق مظهر كاذب لإخفاء الحقيقة، فيكون المتعاقدان في مركزين متعارضين[5].

أما التدليس فهو استعمال طرق احتيالية يكون الغرض منها إيقاع المتعاقد الآخر في غلط

(1)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص220.

(2)– عزيز خانكي، الصورية ووجوب اعتبارها جريمة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، 1937، ص427. نقلا عن: مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص6.

(3)– محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص283.

BAUR Louis, Droit romain : des fidéicommis, Droit français : des contre-Lettres, Thèse pour le doctorat, La faculté de droit de Nancy, université de France, Académie de Nancy, 1885, P103-105.

(5)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص27.

يدفعه إلى التعاقد. ويشترط في التدليس: الاحتيال، وأن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد، واتصال المدلس عليه بالطرق الاحتيالية[1].

فيتشابه كل من التدليس والصورية في كونهما يمثلان تزييفاً إراديّاً للحقيقة[2]، فكلاهما يخفي شيئا تحت ستار ظاهر[3]، إلاّ أنّهما يختلفان:

أولا: من حيث المصدر

في حالة الصورية، تكون الأطراف المتعاقدة متفقة فيما بينها على الغير. أما في حالة التدليس، فهناك مناورة من أحد طرفي العقد ضد الطرف الآخر[4].

ثانيا: من حيث الغاية

القصد من التدليس هو الحصول على قَبول أحد طرفي التصرف بطريق الاحتيال. أما الصورية فإن كلا الطرفين على علم بما يخفيانه عن الغير[5]، فلا يوجد طرف في العقد يغش طرفا آخر، بل يوجد أطراف تغش الغير[6].

ثالثا: من حيث الإثبات

الصورية تصرف قانوني لا يجوز – من حيث المبدأ– إثباته إلا بالكتابة إذا زادت قيمته عن

---

(1)– تنص المادة 86 ق.م.ج على أنّه: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد العاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

كما تنص المادة 87 من نفس القانون على أنّه: «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

(2)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص27.

(3)– عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص29.

(4) – WEILL Alex et TERRÉ François, Op.cit, p619, n°566.

(5)– بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص142.

(6)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص28.

100.000 د.ج، في حين أنّ التدليس واقعة مادية وبالتالي يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات[1].

رابعا: من حيث المشروعية

التدليس يعتبر دائما غير مشروع، كون الغرض منه في جميع الحالات هو غش المتعاقد الآخر[2]. أما الصورية –حسب الرأي الغالب– قد تكون مشروعة، وقد تكون غير مشروعة، الهدف منها الغش نحو القانون، أو غش الغير، أو الإضرار بحقوق مصلحة التسجيل[3].

خامسا: من حيث الأثر على التصرف القانوني

الصورية ليست –بذاتها– سببا لبطلان التصرف، في حين أنّ التدليس باعتباره من عيوب الإرادة فهو سبب لإبطال التصرف القانوني[4].

سادسا: من حيث تقادم الدعوى

دعوى البطلان للتدليس تخضع للتقادم الخماسي، من اليوم الذي يكشف فيه، أو التقادم بمضي 10سنوات من يوم تمام العقد[5]. أما دعوى الصورية فلم يُنَظِّم المشرع الجزائري مسألة تقادمها، لكنّها حسب الرأي الغالب فقها وقضاء، لا تخضع للتقادم[6].

---

(1)– عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص29.

(2)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص82.

(3)– أنور سلطان، مرجع سابق، ص154.

(4)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص29.

(5)– تنص المادة 101 ق.م.ج على أنّه: «يسقط الحق في طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة... التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، ...غير أنّه لا يجوز التمسك بحق الإبطال ...للتدليس ...إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد».

(6)– أنظر ما سيأتي لاحقا في الفصل الثاني.

الفرع الثاني

التمييز بين الصورية والغش[1]

يُقصد بالغش «المناورات المقرونة بسوء نية، بهدف الإضرار بالغير»[2]. وبالرجوع لنصوص القانون المدني الجزائري المُنَظِّمَة لدعوى عدم نفاذ التصرف، وبالتحديد نص المادة 192 منه، نجد أنّ الغش يقوم إذا كان المدين سَيُسَبِّب إعساره أو زيادة إعساره لحظة قيامه بالتصرف المطعون فيه، بالإضافة إلى علم المتصرف إليه بإعسار المدين المتصرف[3].

وعلى هذا النحو فإنّ الصورية ليست إلا الغش، ولا يميزها إلاّ اتفاق كلا الطرفين عليها؛ «ذلك أنّ الصورية تندرج تحت الاسم العام للغش، ولا تختلف عنها إلا اختلاف الجنس بالنوع»[4].

غير أنّ الصورية تتميز عن الغش من حيث كونه يفترض أن يصدر من المدين عقد جدي، يهدف المدين من خلاله إلى إحداث الآثار القانونية المترتبة عليه[1]، وأن يستهدف هذا

---

(1)- لابد أن نُميّز هنا بين الغش والتدليس؛ ذلك أنّ كلاهما ينطوي على مكر وخديعة، وسوء نية، حتى وصل الأمر، من شدة التقارب بينهما، إلى استخدام كل منهما مكان الآخر، حيث استخدم القانون الفرنسي لفظ dol بدلا من لفظ Fraude في المواد 889، 1150، 1151 ق.م.ف.

إلا أنّ الاختلاف بينهما يبدو جليا، من حيث الفاعل: فالتدليس يكون من أحد العاقدين في مواجهة العاقد الآخر، في حين أنّ الغش قد يقع من الطرفين معا بقصد الإضرار بالغير، أو الغش نحو القانون.

من حيث الهدف: في التدليس إنّما يريد المدلِّس دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد معه، على عكس الغش، الذي لا يكون القصد من ورائه سوى الإضرار بالآخرين، أو التهرب من أحكام القواعد الآمرة، ولو لم يتحصل من ورائه على أيّة مكاسب شخصية.

من حيث المحل: التدليس لا يكون إلاّ في تكوين العلاقة التعاقدية، أما الغش فقد يكون في العقد، كما في التعاقد إضرارا بالدائنين، وقد يكون خارج نطاق العقد، كالغش نجو القانون. (محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص79-82).

(2)- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع نفسه، ص79.

(3)- تنص المادة 01/192 و02 ق.م.ج على أنّه: «إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنّه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو علم بعسره.

كما يُعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حال عسر».

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص48.

التصرف نية الإضرار بالغير. أما الصورية فتفترض وجود عقد ظاهر صوري، ليس له وجود قانوني[2].

الفرع الثالث

الصورية والتحفظ الذهني

التحفظ الذهني هو أن يُظهر الشخص غير ما يُبطن[3]. ومثاله أن يكون أحد العاقدين هازلا والآخر جادا.

وعلى ذلك يشترك كل من الصورية والتحفظ الذهني فيما يلي:

1- الاختلاف بين الإرادتين الظاهرة والحقيقة.

2- توافر نية الغش والخديعة في كليهما[4].

ورغم هذا التشابه بين الصورية والتحفظ الذهني، إلا أنّ هناك فوارق جوهرية بينهما يمكن حصرها في النقاط التالية:

أولا: من حيث المصدر

الصورية تدبير واتفاق بين طرفي العلاقة القانونية[5]. أما التحفظ الذهني فيستقل به أحد العاقدين، دون أن يتفق في ذلك مع العاقد الآخر، بإظهار إرادة تختلف عن الإرادة المُبطَنة[6].

=

(1)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص144.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص49.

(3)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص78، هامش10.

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص37.

(5)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص147.

(6)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص86.

وبذلك فإنّ «التحفظ الذهني نوع من الصورية ولكنه صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين، ولهذا قيل إنّ الصورية ليست إلا تحفظا ذهنيا ثنائيا Bilatérale، وأنّ التحفظ الذهني ليس إلا صورية انفرادية Unilatérale»[1].

ثانيا: من حيث الغرض

الصورية تتجه نحو أثر العقد الظاهر، فإما أن تُلغيه أو تُعَدِّل فيه. أما التحفظ الذهني فهو موجه للتحايل على الدوافع، إذ يسعى الطرف المتحفظ إلى إقناع الطرف الآخر على إبرام العقد معتدا في ذلك على إرادة ظاهرة غير جدية تختبئ وراءها إرادة أخرى مختلفة عنها[2].

ثالثا: من حيث الجزاء

بما أن الصورية وليدة إرادتين، فهي نافذة؛ إذ يسري العقد الحقيقي بين العاقدين، كونه العقد الذي اتجهت إليه ارادتهما الحقيقة. أما الغير حسن النية، فاحتراما لمبدأ استقرار المعاملات، فإنّ العقد النافذ في حقه هو العقد الظاهر إذا كان في مصلحته[3].

أما التحفظ الذهني، كون الإرادة فيه مُبطَنَة غير مُعلَنَة، وعملا بالقاعدة الفقهية «**العبرة في العقود بالمقاصد والمباني، لا بالألفاظ والمعاني**»[4]. فهي غير نافذة؛ لا في حق المتعاقد الآخر ولا في حق الغير.

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص38.

(2)- مجدي حسني خليل، المرجع والموضع نفسهما.

(3)- أُنظر ما سيأتي في آثار الصورية، الفصل الثاني.

(4)- أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الانتباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 1405هـ -1985م، 1985م، ج2، ص268.

الفرع الرابع

الصورية والتكييف الخاطئ

يقصد بتكييف العقد «إعطاء العقد الوصف القانوني، الذي يدل على مضمونه ويتفق مع بنوده». والخطأ في تكييف العقد يعني؛ «إعطاء العقد وصفا قانونيا لا يتفق مع مضمونه». والخطأ هنا قد يكون مقصودا وقد يكون غير مقصود[1].

وبذلك تتفق الصورية مع الخطأ في تكييف العقد في أنّ كليهما يخلق مظهرا مخالفا للحقيقة. فالتصرف الظاهر في الصورية يُنشئ مظهرا مخالفا للتصرف الحقيقي، وهو ساتر له. كذلك الحال في الخطأ في تكييف العقد، أين يتولد عنه وضع ظاهر يخالف التكييف الصحيح للعقد[2]، إلاّ أنهما يختلفان في النقاط التالية:

أولا: من حيث الغرض

الصورية وإن كان الغرض منها الغش نحو القانون والغش نحو مصلحة التسجيل، إلا أنّها في الغالب الأعم تكون بهدف هدر حقوق الغير. أما الخطأ في تكييف العقد فإنّ الغاية منه تتمثل في الغش نحو القانون وقواعده الآمرة[3]، إذ يحاول الأطراف إخضاع العقد لنظام قانوني معين، والانحراف به عن النظام القانوني الواجب التطبيق عليه[4].

(1)-عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص32.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص34.

(3)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص32.

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص34.

ثانيا: من حيث الخضوع لرقابة المحكمة العليا

الصورية هي مسألة واقع، يستقل بها قاضي الموضوع، وبالتالي لا رقابة عليه من المحكمة العليا[1]. أما التكييف الخاطئ للعقد فهو مسألة قانون، وبالتالي يخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

ثالثا: من حيث الإثبات

إثبات الصورية يختلف باختلاف الشخص المدعي بصورية العقد الظاهر[3]. أما الخطأ في الوصف فيجوز إثباته بكل الطرق القانونية[4].

رابعا: من حيث الجزاء

قرر المشرع بشأن الصورية جزاءً خاصا، حيث يكون للغير الخيار في التمسك بالعقد الظاهر، أو التمسك بالعقد الحقيقي، حسب مصلحته. أما في التكييف الخاطئ فإنّ للقاضي سلطة مراجعة التكييف الخاطئ وإسباغه بالتكييف الصحيح، وبالتالي إخضاعه للنظام القانوني الواجب التطبيق عليه[5].

(1)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 950، لسنة 50، جلسة 1984/1/18؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 251، لسنة 52، جلسة 1985/5/8، نقلا عن: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص285-286.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص34.

(3)- أُنظر ما سيأتي لاحقا في إثبات دعوى الصورية، في الفصل الثاني.

(4)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص32.

(5)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص36.

الفرع الخامس

التمييز بين الصورية والعقد الإضافي

العقد الإضافي هو «عقد جدي يعمل به إما بدلا عن العقد الأول أو يعمل به معه، أي أنه يؤخذ بالعقدين معا إنْ كان العقد الثاني مكملا للأول، ويؤخذ بالثاني فقط دون الأول إن جاء الثاني لاغيا للأول»[1].

فالعقد هنا جدي، ناشئ عن إرادتين جديدتين، إنّما جاء لتعديل اتفاق جدي سابق عنه كليا أو جزئيا[2].

يتضح من خلال ما سبق أن الصورية تتفق مع الاتفاق الإضافي في وجود عقدين، لكن تختلفان من عدة نواحي جلية:

1- في الصورية يكون لدينا اتفاقان: أحدهما ظاهر صوري، تنحصر وظيفته في كونه ساترا لاتفاق حقيقي، «فنكون بذلك أمام اتفاق واحد ناتج عن نفس الفكرة وهي فكرة الصورية»[3]. أما في الاتفاق الإضافي، فإنّ العقد اللاحق إنّما يأتي لتعديل شروط العقد السابق إما كليا أو جزئيا؛ فنكون بذلك أمام عقد حقيقي جدي جاء لتعديل عقد جدي سابق عنه[4].

2- تشترط الصورية وجود التعاصر الذهني بين العقدين الظاهر والمستتر[5]، فهي بذلك تتميز عن الاتفاق اللاحق الذي يغير عقدًا سابقًا جديًّا متفقًا عليه[6].

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص66.

(2)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص87.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص42.

(4)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص30.

(5)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص146.

(6)- WEILL Alex et TERRÉ François, po.cit, p619, n°566.

3- باعتبار الصورية تُبرم في الخفاء، الغاية منها اصطناع مظهر كاذب لخداع الغير، فإنّ العقد المستتر لا يكون نافذا في حق الغير الذي يعتد بالعقد الظاهر (إذا كان في مصلحته). أما العقد الإضافي كونه عقدًا جديًّا فإنّه يكون نافذا في حق الغير[1].

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص42.

الفصل الثاني

أحكام الصورية في العقود الناقلة للملكية

الصورية هي اصطناع مظهر كاذب يُخفي حقيقة العلاقة القانونية بين العاقدين، فهي بذلك تَفتَرِض تصرفًا ظاهرًا، واتفاقًا مستترًا، هذا الأخير الذي يكون من شأنه إما محو كل أثر للتصرف الظاهر، أو تعديل بعض أحكامه.

ولمَّا كان جوهر التصرف هو إحداث أثر قانوني اتجهت إليه إرادة العاقدين الحقيقية، فالعبرة حينئذ بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان، لا بالتصرف الظاهر، الذي هو مجرد مظهر كاذب ساتر للحقيقة.

ولئن كان هذا الحكم ينطبق على العاقدين باعتبارهما أصحاب الإرادة الحقيقية، وخلفهم العام باعتباره خلفا لهم في هذه الإرادة، فإنّه مع ذلك قد لا ينطبق على دائني العاقدين وخلفهم الخاص –كل حسب مصلحته– اللذين قد يجهلون وجود الصورية، فيكون لهم، بناء على حسن نيتهم، التمسك بالعقد الظاهر إذا كانت لهم مصلحة في ذلك؛ ولأجل هذا وُجِدَت دعوى الصورية، التي تهدف إلى حماية حقوق الدائنين في المحافظة على الضمان العام، والتي يُشترط فيمن يلجأ إليها أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية في رفع الدعاوى بصفة عامة.

ورغم ما تتمتع به أحكام الصورية من أهمية، إلاّ أنّ المشرع الجزائري ترك تنظيم بعض هذه الأحكام وأخضعها للقواعد العامة، في حين ترك البعض الآخر دون تنظيم أصلا.

وبناء على ذلك سوف نُعالج في هذا الفصل أحكام الصورية، مع بيان رأي الفقه في المسائل التي تركها المشرع دون تنظيم؛ ولأجل ذلك ندرس آثار الصورية (المبحث الأول)، ثم نتطرق لدراسة دعوى الصورية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

آثار الصورية في العقود الناقلة للملكية

في ظل القوانين الرضائية، يُهيمن على أحكام الصورية مبدآن:

المبدأ الأول: «مبدأ سلطان الإرادة»، الذي أقرته المادة 106 ق.م.ج المقابلة للمادة 01/147 ق.م.م، والذي يَفترِض أنّ الإرادة الحرة والمشتركة للعاقدين هي أساس القوة الملزمة للعقد، فهي التي تُنشئه، وهي التي تُحدِّد التزاماته وما يترتب عليه من آثار قانونية، وبذلك فإنَّ هذا المبدأ يَفرِض علينا احترام الإرادة الحقيقة للمتعاقدين، ومن ثَمَّ وجوب الاعتراف بالعقد المستتر[1].

المبدأ الثاني: «مبدأ الأوضاع الظاهرة»، والذي يهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات[2]، والذي يقتضي حماية الغير حسن النية، وذلك بالسماح له بالأخذ بالعقد الظاهر الذي لم تتجه إليه الإرادة الحقيقية للعاقدين[3].

فهذان المبدآن، رغم أنّهما متناقضان، إلا أنّ لكل منهما مجاله الخاص في إطار الصورية؛ ففي العلاقة بين العاقدين يكون الاعتداد بالعقد المستتر احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، وبالنسبة للغير يكون الاعتداد بالعقد الظاهر استقرارا للمعاملات، إلاّ أنّ تطبيق المبدأين في المجال المحدد لهما لا يكون بشكل مطلق[4].

(1)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص148.

(2)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص152.

(3)- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، 126.

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص82.

المطلب الأول

آثار الصورية بين المتعاقدين

تنص المادة 199 ق.م.ج[1] على أنه: «إذا أخفى المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي».

فالملاحظ من هذا النّص أنّ العبرة في تكييف العلاقة القانونية القائمة بين العاقدين هي الاعتداد بالتصرف الحقيقي لا بالتصرف الصوري، فالعبرة إذن بما انصرفت إليه الإرادة الحرة والمشتركة للعاقدين[2]، وذلك تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة الذي بمقتضاه لا تسري آثار العقد الظاهر في حقهما[3]. ومعنى ذلك أنّه لا يجوز لأحد العاقدين[4] أن يتمسك في مواجهة العاقد الآخر إلاّ بالعقد الحقيقي[5].

وتطبيقا لنص المادة 108 ق.م.ج[6]، فإنّ أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام[7]. ويترتب ويترتب على ذلك أنّه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد[8]، «باعتبار

(1)- ويقابل هذا النص المادة 245 ق.م.م والتي جاء في مذكرتها الإيضاحية: «ذلك أنّ نية المتعاقدين تنصرف إلى التقيد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره...». نقلا عن: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص232.

(2)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص153.

(3)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص63.

(4)- يُقصد بالمتعاقد في الصورية: «الشخص الذي عَقَدَ العقد، سواء بنفسه أو بواسطة نائب مَثَّلَهُ في العقد، ويستوي في ذلك أن تكون النيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية». (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص83).

(5)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص55.

(6)- تنص المادة 108 ق.م.ج على ما يلي: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد العامة المتعلقة بالميراث».

(7)- الخلف العام: «هو كل من يخلف الشخص في ذمته المالية، أي يرثه في حقوقه وفي كل التزاماته». (محمد صبري السعدي، مصادر مصادر الالتزام، ص321). ومعنى ذلك، أنّ الحقوق التي يُنشِئُها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد، أما الالتزامات فيجب مراعاة مبدأ ألاّ تركة إلاّ بعد سداد الديون. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص542).

(8)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ج1، ص542.

الورثة مُمَثِّلِين للمورث، مُتَمِّمِينَ لشخصيته، يحلون محله في الحقوق وفي مركزه»[1]. وبالتالي فإنّ العقد النافذ في حق الخلف العام هو العقد الحقيقي شأنهم في ذلك شأن العاقدين، وهذا عملا بمقتضى أحكام المادة 199 ق.م.ج.

ولما كانت العبرة بالعقد الحقيقي المستتر لا بالعقد الصوري الظاهر، كان لابد أن نفرق بين ما إذا كانت الصورية مطلقة أو نسبية[2]؛ فإذا كانت صورية العقد مطلقة؛ فإنّه لا يترتب على العقد الظاهر الصوري أي أثر[3].

أما إذا كانت الصورية نسبية، فإنّ العقد الحقيقي لا يعدم العقد الظاهر، بل يعدله جزئيا[4]، وعلى ذلك فإنّ الاعتداد بهذا العقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد القانونية التي قَصَدَ العاقدان من الصورية تفادي تطبيقها[5]. وعلى ذلك:

1- إذا كانت الغاية من وجود الصورية هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي، فإنّ هذا التصرف يقع باطلا[6]. ويكون ذلك خاصة في الصورية بطريق التستر؛ فإذا اشترى أحد القضاة حقا متنازعا عليه بعقد صوري، مستخدما اسما مستعارا، ففي هذه الحالة يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي بطلان هذا العقد[7].

---

(1)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص55.

(2)- جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص116.

(3)- جلال علي العدوى، المرجع والموضع نفسهما.

فالعقد الظاهر لم تتجه إليه الإرادة الحقيقة للعاقدين، فهما بذلك لم يريدا ترتيب آثاره، "فهو عقد غير جدي خُلق ميتا ليس له من الوجود غير الاسم". (إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص56).

(4)- فالعقد الحقيقي المستتر هو الذي ينفذ بين العاقدين، إلا أنّ أحكام العقد الظاهر التي لا تتعارض مع أحكام العقد الحقيقي تبقى سارية. ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص63.

(5)- جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص 116.

(6)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص38.

(7)- وهذا طبقا للقاعدة التي تقضي ببطلان شراء القضاة للحقوق المتنازع عليها والتي تدخل في دائرة اختصاصهم. (جلال علي العدوى، العدوى، مرجع سابق، ص116-117).

2- جاء في المذكرة الإيضاحية لنص المادة 256 من القانون المدني الفلسطيني أنّه: «...إذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، فإنّه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق القاعدة وبالتالي عدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر...»[1]. كما إذا أخفى الموصي الوصية تحت ستار عقد بيع تفاديا لتطبيق القاعدة التي تقضي بعدم نفاذ الوصية إذا جاوزت الحد المسموح به في الإيصاء، وهو الثلث[2].

3- أما إذا كان القصد من وراء الصورية هو استبعاد تقرير حق الغير فإنّه يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي تطبيق القاعدة، بحيث يكون للغير التمسك بالحق الذي تُقَرِّرُهُ له، كإخفاء عقد البيع في صورة عقد هبة، أو ذِكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي لمنع أو تعجيز الشفيع من المطالبة بالشفعة[3].

---

(1)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص37.

(2)- جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص117.

(3)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص156.

أما إذا قصد العاقدان من الصورية تجنب قاعدة تتطلب شكلا معينا لانعقاد العقد، فإنّه لا يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي تطبيق هذه القاعدة، وإنما يُعتَبَرُ العقد قد انعقد بالرغم من عدم إفراغه في القالب المطلوب، إذ الشكلية لا تكون لازمة إلا إذا كان التصرف سافراً. (جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص117).

وهذا ما أخذ به القانون المصري (المادة 01/488 منه)، وكذلك القضاء (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1943/01/28، مجموعة عمر، ج4، رقم 21، ص47. نقلا عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1087، هامش4)، وكذلك المذكرة الإيضاحية لنص المادة 169 قانون مدني أردني.

فيجب لكي يسري العقد الحقيقي فيما بين العاقدين، أن تتوافر فيه جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون دون الشروط الشكلية. كعقد الهبة المستتر في صورية عقد بيع، فلا تُشترط فيها الشكلية التي يستلزمها القانون لانعقاد الهبة، بل يكفي أن تتوافر الشكلية اللازمة لانعقاد عقد البيع. فيصح العقد بوصفه هبة لا بيعا متى توافرت فيه شروط الصحة، فيلزم أن يكون البائع الصوري (الواهب) أهلا للتبرع وليس للبيع، ويكفي أن يكون المشتري الصوري (الموهوب له) أهلا لمباشرة الأعمال النافعة نفعا محضا. كما يمكن أن يكون للبائع الصوري (الواهب) أن يرجع في هذا التصرف وفقا لأحكام الرجوع في الهبة.

انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ص1086-1087؛ جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص117؛ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص96-97.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، كون أسباب وضع النصوص مخبأة، وفي ظل عدم استثنائه الهبة من وجوب إخضاعها لقواعد التوثيق من جهة أخرى، واكتفائه بالنص في المادة 206 ق.أ على أنّه: «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات.

=

نخلص مما سبق، أنّ الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان التصرف، وهذا عملا بالقاعدة القائلة بأنّ: «ما لم يُحرمه القانون فهو مباح»[1]، وإنّما يجب بيان العلَّة التي من أجلها أُبرِمَ التصرف الصوري، ذلك أنّ الصورية كثيرا ما تُستَعمل للغش نحو القانون أو نحو الغير، وبذلك قد يترتب عن كشف الصورية والاعتداد بالعقد الحقيقي، بطلان التصرف الأخير لعدم مشروعيته، أو الاقتصار فقط على عدم تحقيق الغاية التي قصدها العاقدان من الصورية.

المطلب الثاني

آثار الصورية بالنسبة للغير

تنص المادة 198 ق.م.ج[2] على أنّه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري". بينت هذه المادة فئة الغير، وحددتهم في طائفتين هما: دائنو العاقدين، وخلفهما الخاص، لكن الغير في لغة القانون ليس له مدلول ثابت، بل إنّ مدلوله يتغير بحسب الموضوع الذي يُستعمل فيه هذ المصطلح[3].

لذلك نبحث أولا عن المقصود بالغير في مجال الصورية، وهل يتعداه إلى أشخاص آخرين؟

=

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة». نفهم منه أنّ الهبة سواء كانت سافرة أو مستترة، إذا لم يُخضعها العاقدان لقواعد الشكلية (إذا كان محل التصرف عقارا) تكون باطلة. لكن نرى – كما يرى البعض – أنّه إذا اشترطت الشكلية في العقد الحقيقي المستتر، ولم يتم إفراغه في الشكل المطلوب فإنّ العقد النافذ بين العاقدين وخلفهما العام هو العقد الصوري، وهذا ما يُؤدي إلى تجاهل الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، وبالتالي تجاهل مبدأ سلطان الإرادة، والذي بموجبه اتجهت إرادة الأطراف إلى ستر العقد الحقيقي بستار العقد الظاهر.

بالإضافة إلى أنّ شهر هذا التصرف المستتر سيؤدي حتما إلى معرفة الغير بصورية العقد الظاهر، وحينئذ تنتفي الغاية من وجود الصورية.

(1)– إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص199.

(2)– يقابل هذه المادة 01/244 ق.م.م التي تنص على أنّه: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري». وجاء في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة: «ليست الصورية سببا من أسباب البطلان، فالأصل أن يُعتَدَّ بالعقد المستتر دون العقد الظاهر، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين. ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية، وكذلك خلفهما الخاص حقيقة الموقف اعتمادا على العقد الظاهر، وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء، تفريعا عن حسن نيتهم، أن يتمسكوا بهذا العقد إذا اقتضت مصلحتهم ذلك...». نقلا عن: إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص62.

(3)– محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص382.

(الفرع الأول)، ثم تبين أثر الصورية بالنسبة لهذا الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالغير

الغير[1] هو الشخص الأجنبي عن التعاقد الذي لم يكن طرفا فيه بشخصه أو بنائب عنه. والمشرع من خلال المادة 198 ق.م.ج قرَّر حماية الغير حسن النية[2]؛ لذلك فإنّ تحديد معنى الغير في نطاق الصورية يجب أن يتم في ضوء الحكمة التشريعية التي دعت إلى تقنين حكم المادة 198 ق.م.ج[3]، وهذه الحكمة تتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على الظاهر – العقد الصوري– واطمأنَّ إليه، واعتمد بحسن نية أنّ هذا العقد الحقيقي وبنى عليه تعامله[4]، وهو ما يُعرف بمبدأ استقرار المعاملات. وعلى ذلك فإنّ الغير في الصورية هم:

أولا: الدائن الشخصي

المقصود بالدائن الشخصي لكل من المتعاقدين طرفي الصورية، والذي يُعد غيرا في الصورية؛ «الدائن الذي له حق شخصي قِبَلَ المتعاقد على الشيء محل العقد المستتر مباشرة، وأيضا الدائن العادي، وهو من يكون دائنا بمبلغ من المال باعتبار أنّ له حق الضمان العام على أموال مدينه، ومنها محل العقد المستتر بطريق غير مباشر»[5].

---

(1)– "الغير" في الصورية يختلف عن معنى "الغير" في أثر العقد، وفي التسجيل، وكذلك في الشهر، بالإضافة إلى اختلافه عن معنى "الغير" بالنسبة لحجية الحكم، وأخيرا بالنسبة لثبوت التاريخ. (سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، عالم الكتب، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1981، ص233).

(2)– وتُعَد هذه هي الركيزة الثانية التي يقوم عليها نظام الصورية، إلى جانب الركيزة الأولى المتمثلة في ضمان احترام الإرادة الحقيقية للطرفين وتغليبها على الإرادة الظاهرة. محمد الزين، مرجع سابق، ص385.

(3)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص125.

(4)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1088.

(5)– إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص63.

واستقرَّت م.ن.م على اعتبار الدائن الشخصي للمتصرف من الغير في الصورية، سواء كان حقه سابقا على التصرف أو لاحقا له[1]، وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء، مادام خاليا من النزاع[2].

ثانيا: الخلف الخاص

الخلف الخاص هو: «من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه، أو حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل»[3].

سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف الصوري أو لاحقا عليه[4]. وعلى ذلك إذا تم بيع صوري بين شخصين، اعتُبِرَ من الغير كل من كسب من البائع أو المشتري حقا على العين

(1)- ويرى البعض بصدد الدائن العادي الذي نشأ حقُّهُ سابقاً على التصرف الصوري أنّه لا يمكن أن يكون لحظة تعامله مع المدين قد انخدع بالظاهر، لسبب بديهي هو أنّ هذا الظاهر لم يكن موجودا عند نشوء حقه، وبالتالي لم تتحقق فيه الحكمة التشريعية من اعتبار الدائن العادي من طائفة الغير. انظر في تفصيل ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص155 وما بعدها.

(2)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 4446، لسنة 65، جلسة 1996/05/16، مج المكتب الفني، ع1، س47ق، ص828، وعلى ذلك، فإنّه إذا كان العقد الصوري عقد بيع، فإنّ دائن البائع الصوري يُعتبر من الغير، وتكمن مصلحته في التمسك بالعقد المستتر الحقيقي، الذي بموجبه تعتبر العين المبيعة لم تخرج من ملك البائع وبالتالي من الضمان العام. ودائن المشتري الصوري يُعتبر أيضا من الغير، وتكمن مصلحته في التمسك بالعقد الصوري الظاهر، الذي بموجبه تُعتبر العين المبيعة قد دخلت ذمة هذا المشتري، وبالتالي إثراء الضمان العام لهذا المدين. (ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص46).

كذلك إذا باع شخص عينا لآخر بيعا صوريا، ومِن ثَمَّ باعها المشتري الصوري بيعا صوريا لمشترٍ ثانٍ، فإنّ البائع الصوري الأول (وهو دائن للمشتري منه بموجب ورقة الضد) يُعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصوري الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 19، جلسة 1949/12/1، مج المكتب الفني، ع1، ص48، نقلا عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1094؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 489، لسنة 48، جلسة 1981/11/29، مج المكتب الفني، ع2، س32ق، ص2163).

(3)- محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، ص321؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 1095، طعن رقم 1095، س54ق. نقلا عن: سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص371، هامش9.

(4)- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، أحكام الالتزام، ص163. انظر في خلاف ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص133 وما بعدها، الذي يقصُر صفة الغير على الخلف الخاص الذي اكتسب حقا عينيا على الشيء محل التصرف الصوري في تاريخ لاحق على هذا التصرف، مستثنيا بذلك الخلف الخاص الذي اكتسب حقه العيني في تاريخ سابق على إبرام التصرف الصوري، وحجته في ذلك أنّ هذا الأخير لم ينخدع بالظاهر الذي لم يكن له وجود آنذاك.

المبيعة، سواء تم الكسب قبل البيع الصوري أم بعده[1] – وهذا حسب الغالب فقها وقضاء–[2].

نخلص مما سبق، أنّ كلا من دائني العاقدين وخلفهما الخاص يُعتبرون من الغير، وهذا بصريح نص المادة 198 ق.م.ج، لكن هل يقتصر تحديد المقصود بالغير فيما يتعلق بالصورية على هؤلاء؟ أم أنّ هناك فئة أو فئات أخرى ينصرف إليها هذا المدلول؟

ثالثا: حكم بعض الفئات من الأشخاص ومدى اعتبارها من الغير

انقسم الفقه حول الفئات التي لم يَرِد ذكرهم في المادة 198 ق.م.ج المقابلة للمادة 01/244 ق.م.م، ومدى اعتبارهم غيرا في الصورية، إلى فريقين:

<u>الفريق الأول:</u> يرى أنصاره بأنّ طائفة الغير في مجال الصورية تقتصر وفقا لهذه النصوص على الدائن الشخصي والخلف الخاص للعاقدين. وعلى ذلك –حسب هذا الرأي– فإنّه فيما عدا هذين الفئتين، لا يسري في حق الطوائف الأخرى إلاّ التصرف الحقيقي المستتر، وأنّ لهم

---

(1)– رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص175.

كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن، كما يعد غيرا المحال له بالدين (فهو خلف خاص للمحيل في الحق موضوع الحوالة)، إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص65. والموصى له بعين معينة من التركة...، مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص131.

فلو باع شخص عقارا بيعا صوريا، فكل من كسب حقا عينا على هذه الدار قبل التصرف الصوري أو بعده من البائع أو من المشتري يُعتبر من الغير في البيع الصوري. وإذا باع شخص العقار مرتين، وكان البيع الأول صوريا، فإنّ المشتري الثاني يُعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف الصوري، ويجوز له أن يطعن فيه بالصورية ولو كان مشهرا، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود وإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده. (محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص155).

فلا يحول العقد الصوري المشهر دون تمكين المشتري الثاني الذي لم يشهر عقده من الطعن بصورية البيع الأول المشهر، وبالتالي تَمَكُّنِهِ من شهر عقده وتحقيق الأثر المترتب عليه، ولا يحول بينه وبين ذلك أن يكون عقد هذا المشتري الثاني غير ثابت التاريخ، وأن يكون تاريخه الحقيقي لاحقا لتاريخ العقد المسجل. (إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص65). انظر على سبيل المثال: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 4041، لسنة 66، جلسة 1997/1/30، مج المكتب الفني، ع1، س48ق، ص252؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 4104، لسنة 60، جلسة 1995/4/6، مج المكتب الفني، ع1، س46ق، ص596.

(2)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1089؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص104؛ إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص63. انظر على سبيل المثال: طعن م.ن.م، طعن رقم158، لسنة 31، جلسة 1965/12/9، مج المكتب الفني، ع3، س16ق، ص1223.

الطعن في التصرف الصوري الظاهر، ونذكر منهم الشفيع[1]، باعتباره قد كسب حقه بالشفعة، وهذه الأخيرة كسبب لكسب الملكية واقعة مركبة، يدخل في تكوينها البيع الذي تُطلب فيه الشفعة، فيكون الشفيع بذلك قد كسب حقه بموجب هذا العقد الصوري[2]، فلا يُعتَبرُ غيرا في هذا العقد[3]. وانتهى أنصار هذا الرأي إلى القول بأنَّ الشفيع لا يُعتبر خلفا خاصا للبائع؛ لأنّه بحلوله محل المشتري في البيع يُصبح طرفا مع البائع في نفس العقد الصوري[4].

الفريق الثاني: وهو الرأي الراجح فقها[5] وقضاء[6]، والذي يرى بأنّه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه، بالرغم من أن المادة 198 ق.م.ج (المادة 01/244 ق.م.م) لم تذكر إلاّ الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقد.

---

(1)- فيسري في حق الشفيع دائما العقد الحقيقي، دون العقد الصوري، فهو يتمسك بالأول لأنّه البيع الحقيقي، ويطعن بالصورية في البيع الثاني حتى يستبعد سريانه في حقه. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1091، هامش2، ص1093).

(2)- فالخلف الخاص يُعَدُّ غيرا؛ لأنّه قد كسب حقه من البائع أو المشتري بسبب يُغاير العقد الصوري الصادر من البائع إلى المشتري (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 779، لسنة 43، جلسة 1978/1/17، مج المكتب الفني، ع1، س29ق، ص218). ويترتب على ذلك أنّه لا يعتبر غيرا مَن كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف نفسه. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1091).

كما لا يمكن اعتبار الشفيع دائنا للبائع ولا للمشتري الصوري، فرخصة الشفعة لا تعد من مكونات الجانب السلبي في ذمة أي منهما، على النحو المعروف في المديونية، ولو أنّ الشفيع قد نزل عن رخصة الشفعة سواء قبل طلب الشفعة أو بعده، فلا يُعتبر هذا النزول من قبيل الإبراء من الدَّين. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص497؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص141).

(3)- فهو بذلك يَفتقدُ شرطًا من شروط الغير، وهو أن يكون لِحَقِّ الغير مصدرا يغاير التصرف الصوري. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص141). فلو باع "أ" منزله لـ "ب" بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتهرب من رسوم التسجيل، فإنّ الشفيع لا يُعتبر من الغير بالنسبة لهذا البيع، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة، بل يجب أن يدفع هذا الثمن الحقيقي إذا أثبته أيّ من البائع أو المشتري. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1091).

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1091.

(5)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص162؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص103-104؛ جلال علي العدوى، مرجع سابق، ص118؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص143.

(6)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1968/1/15، طعن رقم 1450، س50ق؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1982/6/7، طعن رقم 1716، س48ق. نقلا عن: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص53؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 244، لسنة 31، جلسة 1965/12/30، مج المكتب الفني، ع3، س16ق، ص1384؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1983/11/10، طعن رقم 265، س46ق، والذي قضى بأنّ: «الغير في معنى الصورية هو كل من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف

=

وينبني على هذا الرأي أنّ الشفيع يُعَدُّ من الغير "باعتباره خلفا خاصا بحكم القانون"[1]. ولذا يجوز له أن يأخذ بالشفعة مقابل الثمن المذكور في العقد الظاهر، ولو كان ثمنا صوريا يقل عن الثمن الحقيقي، كما أنّ له أن يشفع في البيع الصوري ولو كان في حقيقته هبة مستترة[2].

واعتبار الشفيع من الغير في أثر الصورية يرجع إلى الحكمة التشريعية التي دَعَت إلى وضع المادة 198 ق.م.ج (المقابلة للمادة 01/244 ق.م.م)، وهي حماية كل من اطمأنَّ إلى الظاهر وتعامل على أساسه[3]. بالإضافة إلى أنّ هناك مِن الفقه مَن يرى بأنّ المادة 198 ق.م.ج لم تتعرض لتحديد فئات الغير على سبيل الحصر، وإنّما على سبيل المثال. وتأسَّس هذا القول على أنّ هذا النص إنّما يُقرر خيارات يتمتع بها الخلفُ الخاصُ والدائنون، دون أن يُشير إلى أنّ هذا الحق مُخوَّل لهم دون من عداهم، مما يسمح بتمتع أشخاص آخرين بهذه الخيارات[4].

وعلى ذلك يمكن القول إنّ الغير في إطار الصورية هو «كل شخص لم يكن طرفا في التصرف الصوري، وتكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يُضارَّ من هذا التصرف»[5].

=

الصوري، فيصح التمسك بها [الصورية] لكل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية، فلا يقتصر معنى الغير في الصورية على دائني المتعاقدين أو خلفهما الخاص دون غيرهم». نقلا عن: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص175، هامش2.

(1)- ذلك أنّ القانون قد أعطاه حق أخذ العقار بالشفعة، فتعامل على أساس العقد الظاهر. (إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص67).

(2)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص162.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص143.

«ذلك أنّ منطق الغيرية في الصورية الذي يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأنَّ إليه معتقدا بحسن نية أنّه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله، يقتضي أن يُعتبَرَ من الغير كل من لم يكن طرفا في العقد الصوري أو خلفا عاما لأحد طرفيه». (إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ص210. مشار إليه في: مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص149).

(4)- باعتبار أن نص المادة 198 ق.م.ج، لو حدد الغير حصرا في طائفتي الدائنين والخلف الخاص، فإنّ هذا يؤدي إلى نتيجة خطيرة تتمثل في ظهور طائفة جديدة لا يحكمها أي نص قانوني. (مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص146).

(5)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص166، هامش3.

وبالتالي يُضاف إلى الشفيع في طائفة الغيرية على هذا النحو؛ المدين بالنسبة إلى الحوالة الصورية من الدائن، والذي يكون له، إذا كان الدين متنازعا فيه، أن يتخلص منه بدفع الثمن والمصروفات. (أنور سلطان، مرجع سابق، ص162).

=

الفرع الثاني

العقد الأوفق ومصلحة الغير

بعد أن حددنا المقصود بالغير في مجال الصورية، سنتناول الآن أثر الصورية بالنسبة لهذا الغير، والذي يختلف عن أثر الصورية بالنسبة للعاقدين وخلفهما العام. فإذا كانت القاعدة بالنسبة لهؤلاء هي أن تكون العبرة دائما بالعقد المستتر الحقيقي، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، فإنّ هذه القاعدة لا تطبق بالنسبة للغير بشكل مطلق؛ حيث تكون واجبة التطبيق إن كانت في مصلحة الغير، ولا تطبق إن كانت مصلحته في العقد الظاهر[1]، وهو ما نصت عليه المادة 198 ق.م.ج[2].

=

بالإضافة إلى الخزينة العمومية التي تكون الصورية موجهة ضدها. (ليلى مجدوبة شاينار، مرجع سابق، ص52).

(1)-رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص177.

(2)- يرى الأستاذ علي علي سليمان أنّ المشرع الجزائري تأثر بالقانون المدني الفرنسي، الذي تناول فقط العقود المستترة، وقرر أنّ هذه الأخيرة ترتب آثارها فيما بين العاقدين فقط، لكن بالتمعُن في نص المادة 198 ق.م.ج نجد أنّ مشرعنا استعمل عبارة "...فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري". فبالرغم من أنّه لم ينص صراحة على أنّ لدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص حق التمسك بالعقد الحقيقي، إلاّ أنّه لا مانع من استخلاص ذلك من ظاهر النص. (علي علي سليمان، مرجع سابق، ص26. نقلا عن: ليلى مجدوبة شاينار، مرجع سابق، ص66).

غير أنّ ما يمكن ملاحظته على هذا التعليق؛ أنّ ظاهر النص في حقيقة الأمر لا يُفهَم منه ذلك، بل يُفهم بدلالة المفهوم.

ولقد انتقد سليمان مرقس صياغة نص المادة 244 ق.م.م (المقابل لنص المادة 198 ق.م.ج) بأنّه وحّد الحكم بالنسبة لجميع الأغيار، سواء كانوا من دائني المتصرف وخلفه الخاص، أو كانوا من دائني المتصرف إليه وخلفه الخاص، ومنح لهم جميعا- متى كانوا حسني النية- التمسك بالعقد الظاهر، رغم تعارض مصلحة الفريقين؛ ذلك أنّ مصلحة الفريق الأول (دائني المتصرف وخلفه الخاص) تكمن في تمسكهم بالعقد الحقيقي المستتر، الذي بموجبه تُعتبر العين المتصرف فيها باقية في ذمة هذا المتصرف، وبالتالي الضمان العام له، لا بالعقد الظاهر كما تنص هذه المادة. أما الفريق الثاني (دائني المتصرف له وخلفه الخاص) فتكمن مصلحتهم في التمسك بالعقد الظاهر، الذي بموجبه تُعتَبر العين المتصرف فيها قد دخلت ذمة المتصرف له، وبالتالي إثراء ذمة مدينهم أو سلفهم، وهو ما يتطابق مع ظاهر نص المادة 01/244 ق.م.م. وعلى هذا الأساس اقترح هذا الفقيه تعديل المادتين 244 و245 ق.م.م (المقابلتين المادتين 198 و199 ق.م.ج) لتصبحا كالآتي:

"1- إذا ستر العاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر أنتج العقد الحقيقي آثاره لا العقد الظاهر.

2- غير أنّه يجوز للغير الذي بنى تعامله بحسن نية على أساس العقد الظاهر أن يتمسك بهذا العقد".

انظر في ذلك، سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص368-369.

=

أولا: تمسك الغير بالعقد الصوري

الأصل أنّ العقد المستتر، باعتباره العقد الذي له وجود قانوني، هو الذي يسري في حق الغير، حتى لو كان يجهل وجوده عند قيام حقه واعتقد بجدية العقد الظاهر[1]، لكن استثناء من الأصل، أجازت المادة 198 ق.م.ج للغير التمسك بالعقد الظاهر الذي لا يُعبِّر عن الإرادة الحقيقية للعاقدين، وليس له وجود قانوني[2]، ولكنّه خلق مظهرا كاذبا اتصل بعلم الغير الذي انخدع به واطمأنّ إليه، ورتب تعامله على أساسه[3]. وعند ذلك يقضي مبدأ استقرار المعاملات باحترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر[4].

ولما كان تمسك الغير بالعقد الظاهر هو وجوب استقرار المعاملات، كان لزاما أن يكون هذا الغير حسن النية وقت تعامله[5]، أي أن لا يعلم في هذا الوقت أنّ العقد الظاهر إنّما هو

=

غير أن مجدي حسني خليل ردَّ على هذا النقد الموجه لصياغة المادة 01/244 ق.م.م، الذي يرى بأنّه نقد تنقصه الدقة ولا يصلح إلاّ نسبيا. حيث يقول بأنّه إنْ صَحَّ في حالة الصورية المطلقة –أين تكون من مصلحة دائن البائع الصوري وخلفه الخاص هنا التمسك بالعقد المستتر–، فهو لا يصلح في حالة الصورية النسبية، وضرب لذلك مثالين:

المثال الأول: إذا وهب "أ" لـ "ب" مالا وسَتَرَ الهبة بعقد بيع، فهنا ستكون من مصلحة دائني المتصرف وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر، حيث يُدخِل هذا الأخير مقابلا في الذمة المالية لمدينهم المتصرف عوضا عن المال الذي خرج منها للمتصرف إليه.

المثال الثاني: لو أنّ "أ" باع لـ "ب" مالا وكان الثمن المذكور في العقد الصوري أكبر من الثمن الحقيقي فهنا سيتمسك دائني المتصرف بالعقد الظاهر لا المستتر؛ لأنّ من مصلحتهم إثراء الذمة المالية للمدين. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص200–201).

(1)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص105.

(2)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص169.

(3)– عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص99.

(4)– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص153.

(5)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص106؛ إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص72؛ وقضت م.ن.م بأنّ: «النص في المادة 01/244 ق.م [المادة 198 ق.م.ج]، يدل على أنّ العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هي بوقت التعامل ونشوء الالتزام، وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه، وانبنى عليه تعامله فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف، الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات...». طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1975/1/26، س26، ص253. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع سابق، ص73.

عقد صوري[1].

وحُسن النية مُفتَرَض[2]، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يُثبت ما يدعيه[3]، فإذا ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله، انتفت الحكمة من حمايته المقررة بنص القانون، وسرى في حقه العقد الحقيقي المستتر، شأنه في ذلك شأن العاقدين[4]. ويكفي أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله، حتى ولو علم بها بعد ذلك[5].

لكن هل المقصود بالعلم هنا هو العلم الفعلي بورقة الضد، أم العلم المفترض؟

بالنسبة للعلم الفعلي بورقة الضد –كما سبق القول– فإنّه يكفي للتحقق من ثبوت سوء نية الغير، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء[6]. أما بالنسبة للعلم المُفتَرض أو الحكمي، وهو الذي يَنتُج عن شهر ورقة الضد طبقا للقانون، فقد انقسم الفقه بشأنه إلى فريقين:

(1)– طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 466، لسنة 43، جلسة 1977/1/31، مج المكتب الفني، س28ق، ص328؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 8023، لسنة 74، جلسة 2006/6/27، مج المكتب الفني، ص640.

(2)– وتُعرَف حسن نية المتصرف أو سوء نيته من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، الطعن رقم 53، لسنة 38، جلسة 1974/1/1، مج المكتب الفني، ع1، س25ق، ص92.

(3)– طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 915، جلسة 1978/3/30، س44ق. نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص162. ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية، فإنّه يجوز إثباتها بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1102).

(4)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص106؛ إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص72؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 377، جلسة 1978/6/25، س46ق. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع سابق، ص75.

(5)– إبراهيم المنجى، المرجع والموضع نفسهما. فإذا كان دائنا شخصيا للمشتري، وكان التصرف الصوري سابقا على حقه، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائنا للمشتري قد اعتقد أنّ التصرف الصوري الذي سبق حقَّه إنّما هو تصرُّف جدّي، وقد اطمأنّ إليه على هذا الاعتبار، وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1102).

(6)– انظر في ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص187.

الفريق الأول: يرى أنصاره أنّ قرينة العلم المستفاد من شهر العقد المستتر، ليست بالقرينة القاطعة؛ ولذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها بإثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله بالرغم من شهره(1). ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أنّه:

* ما دام سلوك أطراف الصورية هو نفسه تقصير جسيم، فإنّ الغير يظل حَسَنَ النية حتى ولو قصَّرَ في الاطلاع على دفاتر الشهر لمعرفة الوضع القانوني للمال الذي يتعامل عليه(2).

* الخفاء والسرية اللذان يُحيطان بورقة الضد، لا يتبددان بشهرها، وبالتالي تظل مشوبة بالغش، فالشهر وسيلة لشهر التصرفات، وليس لتطهير العقود مما لحق بها من غش(3).

والواضح أنّ أصحاب هذا الاتجاه يؤسسون عدم سريان آثار العقد الحقيقي بالنسبة للغير عل نظرية الظاهر(4)، وبالتالي يُعتبر عدم الاحتجاج بالعقد الحقيقي في مواجهة الغير، كجزاء يَلحَق المستفيد من العقد المستتر(5). وعلى ذلك فإنّ ورقة الضد لا يمكن أن تكون حجة من الأطراف على الغير حتى ولو كانت واردة على حقوق تخضع للشهر وتمَّ شهرها(6).

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1102، هامش2.

(2)- والواضح أنّ هذا الاتجاه يُبَرِّر الخطأ بالخطأ، وهو أمر لا يُقِرُّه القانون. بالإضافة إلى أنّ الغش في ورقة الضد ليس إلاّ في سِرِّيَتِها، وهذه السرية تزول بمجرد شهرها، فيجب أن يتحمَّل الغير تَبَعَة عدم الاطلاع على دفاتر الشهر. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص188-189).

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص189.

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه أنّ هذه المسألة خلافية، إذ يرد البعض على ذلك بأنّ الحكمة من إجراءات الشهر هي قطع دابر المنازعات، خاصة ما تعلَّق منها بمسائل حسن أو سوء النية. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص107). أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري الذي رغم نصه صراحة بموجب المادة 22 من الأمر 74/75 على قيام المحافظ العقاري من التحقيق في هوية وأهلية الأطراف، وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الشهر، وهو ما يتماشى مع نظام الشهر العيني الذي يحظر الطعن في التصرفات المشهرة بناء على مبدأ الشرعية، إلاّ أنّه قد أجاز بموجب المادة 85 الأمر 63/76 الطعن في التصرفات المشهرة. (صليحة رحال، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص24-33).

(4)- WEILL Alex et TERRÉ François, Op.cit, p692, n°575.

(5)- WEILL Alex et TERRÉ François, Ibid, p692, Nbp2.

(6)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص 189.

الفريق الثاني: هناك من الفقه من يرى أنّ العقد الحقيقي إذا أشهر لم يعد مستترا؛ ولذا لا يجوز للغير أن يحتج بجهله به[1]، كما لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المشهر[2]، وذلك استنادا إلى أنّ هذا الغير كان من المفروض عليه أن يَرجع إلى دفاتر الشهر[3].

نخلص من ذلك إلى أنّ العلم بورقة الضد، سواء كان هذا العلم حقيقيا أو علما حكميا مُفترضا، يُعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس[4]. وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري، الذي يخضع العقارات والحقوق العينية المتصلة بها إلى نظام الشهر العقاري، ومن ثَمَّ فمتى تَمَّ شهر التصرف الوارد على العقار أو على الحق العيني المتصل به قامت قرينة قاطعة على علم الغير به[5].

---

(1)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص164.

(2)- عبد الزاق أحمد السنهوري، ج2، مرجع سابق، ص1102، هامش2.

(3)- وذلك كالمشتري أو المرتهن من المشتري الظاهر، أما من لا تستدعي طبيعة حقه الوارد على الشيء محل العقد الظاهر الرجوع إلى دفاتر الشهر كدائن المشتري الظاهر، فلا يُعد شهر العقد المستتر بالنسبة إليه قرينة على العلم بالصورية. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص190).

كما أنّ شهر ورقة الضد بعد تلقي الغير حقه لا يعد قرينة على علمه بالصورية، بحيث يستحيل على الغير متلقي الحق السابق على العقد أن يطلع على دفاتر الشهر؛ لعدم وجودها أصلا في هذا الوقت. (مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص191).

(4)- بَقِيَّ أن نُشير إلى أنّ ثبوت تاريخ العقد المستتر لا يُفيد العلم المفترض بالصورية؛ ذلك أنّ ثبوت التاريخ ليس وسيلة لإعلان التصرفات وإعلام الغير بها. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 152، لسنة 26، جلسة 1961/4/20، مج المكتب الفني، س12ق، ص376).

بالإضافة إلى أنّه لو شارك شخص في تحرير العقد الظاهر، ولو بصفته شاهدا، فهل يكون له الطعن بالصورية بوصفه من الغير؟

نُفَرِّق هنا بين حالتين:

حالة كون الغير (الشاهد) جاهلا بصورية هذا العقد الظاهر، مما ينفي تواطؤه على الصورية، فيبقى حَسَنَ النية، مما يُجيز له أن يتمسك بالعقد الظاهر إن كان هذا العقد يُحقق مصلحته. وبين حالة كون الغير (الشاهد) عالما بصورية هذا العقد الظاهر، وبالتالي تواطؤه على الصورية، فينتفي حُسن نيته، فيكون حُكمُه نفس حكم العاقدين. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص107-108؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص194-195).

(5)- بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص179.

وقد تساءل بعض الفقه حول فائدة تمسك الغير بالعقد الظاهر في ظل قوانين الشهر العقاري، فقد قيل بأنّ الحماية المكرسة في قوانين الشهر العقاري تُغني الغير عن مثيلتها المقررة في المادة 01/244 ق.م.م المقابلة للمادة 198 ق.م.ج!

=

ثانيا: تمسك الغير بالعقد المستتر

إنّ هذا الخيار الممنوح للغير لم ينص عليه المشرع الجزائري، على عكس نظيره المصري الذي نصّ في المادة 02/244 ق.م.م على ما يلي: «كما أنّ لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضَرَّ بهم»[1].

هذا الخيار ما هو في الحقيقة إلا تطبيق للقواعد العامة[2]؛ ذلك أنّ العقد المستتر هو الذي انصرفت إليه إرادة العاقدين الحقيقية[3]، وعليه فإنّ العقد المستتر كأصل هو الذي يسري على الغير، حتى ولو كان الغير جاهلا بوجود هذا العقد، وبنى تعامله باعتقاده بجدية العقد الظاهر[4]، وحتى لو تأيّد هذا الأخير بحكم قضائي قضى بصحته ونفاذه[5].

=

غير أنّ هذا القول تنقصه بعض الدقة؛ ذلك أنّ الحماية المقررة في قوانين الشهر العقاري إنّما يقتصر مجالها على تطبيقها عند اتحاد السلف وتعدد خلفائه، أما مجال تطبيق المادة 198 ق.م.ج فيكون عند اختلاف شخص المتصرف في كل من العاقدين محل المفاضلة، بحيث يكون أحدهما صاحب الحق الظاهر والآخر صاحب الحق المستتر (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 1589، لسنة 48، جلسة 1980/5/19، مج المكتب الفني، ع2، س31ق، ص1431). فلكل من الحمايتين نطاقهما الخاص، ولا يجوز إعمال أحد نظامي الحماية داخل النطاق الخاص لنظام الحماية الآخر. فيكون بذلك لمن كسب من البائع حقا على المبيع – كمشترٍ ثانٍ – أن يُثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة، ولو كان العقد المطعون فيه مشهرا. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص176-177).

(1)- وقد انتقد بعض الفقه سبب وضع المشرع المصري لهذه الفقرة، معتبرا أنها تطبيق وترديد للقواعد العامة؛ ذلك أنّ الأساس القانوني لتمسك الغير بالعقد الحقيقي هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يُتيح للعاقدين حرية إبرام العقود، فهو تَزَيُّد من المشرع المصري الذي كان في غنى عن وضع هذه الفقرة، والاكتفاء بما تقرره القواعد العامة.

ويضيف البعض إلى هذا الانتقاد انتقادا آخر، يتمثل في أنّ المشرع المصري بإيراده لهذه الفقرة قد وقع في المحظور، حيث جاء في عَجز النص عبارة: «...ويُثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرّ بهم»، فكأنّ المشرع يستلزم للطعن بصورية العقد أن يكون ضارا بمصالح الدائنين، رغم أنّ الفقه والقضاء متفقان على أنّ الإضرار بالغير لا يُشترط لتمسك هذا الأخير بالعقد المستتر، وعلى ذلك يجوز للغير ولو لم يلحق به ضرر من التصرف الصوري أن يثبت هذا التصرف. (انظر في ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص201-202).

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص200.

(3)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص70.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1096.

(5)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ج2، ص1096، هامش2؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص203.

=

وينبني على ذلك أنّ لدائني البائع وخلفه الخاص التمسك بالعقد المستتر سواء كان ثبوت الحق أو كسبه بعد أو قبل صدور البيع الصوري[1]، ما دام هذا الحق خاليا من النزاع[2].

وقد جعلت الفقرة السابقة أساس تمسك الغير بالعقد المستتر، أن يثبت صورية العقد الظاهر الذي أضر بهم[3]. وهو أمر إجرائي سنتناوله في حينه.

ثالثا: التعارض بين مصالح الأغيار

لم يتضمن نص المادة 198 ق.م.ج على حكم التعارض بين مصالح الأغيار، واقتصر على حق الدائنين والخلف الخاص في التمسك بالعقد الصوري، متى كانوا حسني النية[4]. بَيْدَ أنّه لما كان لهذا الغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر، وفقا لمصلحته، فقد يحدث أن تتعارض مصالح الأغيار[5]، ولما كان يستحيل الأخذ بالعقدين معا، كان لزاما عندئذ تغليب

=

ذلك أنّ الدائن عندما يطعن بالصورية يكون من الغير بالنسبة للأحكام التي تتعلق بصحة العقد محل الطعن طالما لم يختصم في الدعوى، ولأنّ المدين لا يُمثِّله فيها. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص82).

(1)- فلدائني البائع، إذا كان البيع صوريا، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع، ولهم أن يتمسكوا بأنّ التصرف هبة مستترة تمت في صورة بيع، حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات الغش، حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري.

كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صوريا، أن يتمسك بالعقد المستتر، ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد أو قبل صدور البيع الصوري. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1097-1098).

(2)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 915، لسنة 44، جلسة 1978/3/30، مج المكتب الفني، ع1، س29، ص932.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص210.

وقد تساءل بعض الفقه الفرنسي حول إمكانية الغير مطالبة العاقدين، وحتى الغير الذين اشتركوا في العقد الصوري وكانوا على علم به، تعويضهم عن الضرر اللاحق بهم نتيجة الصورية. وكانت غرفة العرائض لـ: م.ن.ف قد قررت في حكم لها بتاريخ 1888/7/23 على كل من البائع والمشتري وحتى الموثق تعويض الغير؛ حيث تعلق الأمر بعقد بيع صوري أبرم أمام موثق، ولم يُذكر ثمنه كاملا، وتضمنته ورقة ضد غير مشهرة. غير أنّ الفقه يقول بوجوب عدم تعميم هذا الحل، وإلا كان لزاما تعويض الغير كلما تحققت الصورية. (انظر: ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص75).

(4)- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، ص167.

(5)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص164.

إحدى المصلحتين على الأخرى[1]، لذلك نصَّ المشرع المصري في المادة 02/244 ق.م.م على أنّه: «وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين»[2]. وقد نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنّ هذا الحل يستدعيه مبدأ استقرار المعاملات[3]. غير أنّ هناك من الفقه من يرى في تغليب العقد الظاهر نتيجة يصعب تبريرها؛ ذلك أنّ دائن المشتري الظاهر، حتى لو حَقُّهُ ثبت في ذمة المشتري قبل صدور البيع الصوري، يُفَضَّل في استيفاء حقه من العين على دائن البائع، هذا الأخير الذي يحميه القانون لو كان تصرف مدينه جديا بأن يكون له أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية، ولن يحميه حين يكون تصرف مدينه صوريا!

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1103؛ حسين علي الذنون، محمد سعيد الرحو، مرجع سابق، ص127.

(2)- ويعاب على هذا النص أنّ عبارة "ذوي الشأن" تشمل المتعاقدين والغير، لكن من المؤكد أنّه لا يقصد به العلاقة التي تقوم بين العاقدين وحدهما أو بين أحدهما وورثة الآخر؛ لأنّ هذه العلاقة تحكمها المادة 245 التي تقضي بإعمال العقد الحقيقي دون العقد الصوري. كما أنّه مِن المستبعد أن يقع التعارض بين شخصين ممن يُعتبرون من الغير فيما يتعلق بأثر الصورية؛ لأنّ هؤلاء الغير يجمعهم أنّ مصلحتهم في التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، فلا يبقى إلاّ أن يقع هذا التعارض بين مَن يُعتبر مِن الغير بهذا المعنى ومَن لا يُعتبر كذلك، سواء كان هذا الأخير هو العاقد الآخر الذي لم يتعامل معه ذلك الغير أم كان وارث هذا العاقد أو خلفه الخاص أو دائنه؛ لأنّ هؤلاء جميعا تكون مصلحتهم في التمسك بالعقد الحقيقي، فتتعارض بذلك مع مصلحة الغير في التمسك بالعقد الصوري. (سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص373-374).

كما يعاب أيضا على هذه الفقرة أنّ حكمها ترديد أو تكرار لحكم الشطر الأول من الفقرة الأولى، وهي إحدى تطبيقاتها؛ ذلك أنّ هذه الأخيرة تُقَرر أنّ القاعدة العامة في أثر الصورية بالنسبة للغير هي أنّ العقد المستتر هو النافذ في حقهم، وأنّ الاستثناء هو إعمال ونفاذ العقد الظاهر احتراما لاستقرار المعاملات. وبعد التمعن في حكم الشطر الثاني من هذه الفقرة نجده عبارة عن ترجيح لمصلحة الغير المتمسك بالعقد الظاهر على مصلحة المتمسك بالعقد المستتر. وهو في الحقيقة ترديد لحكم الشطر الأول من نفس الفقرة؛ ففي حالة البيع الصوري إذا احتج دائن البائع الصوري بورقة الضد وتمسك دائن المشتري الصوري بالعقد الظاهر، فالأفضلية ستكون للمتمسك بالعقد الظاهر؛ لأنه من الغير الذين لا تسري في حقهم القاعدة العامة في الصورية، وإنّما ينطبق عليهم الاستثناء المقرر في الشطر الثاني من المادة 01/244 ق.م.م. وبالتالي لم يكن المشرع المصري بحاجة إلى إيراد الفقرة الثانية من المادة 244، إذ في حكم القواعد العامة ما يُغني عنها. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص223).

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص271.

غير أنّ لدائن البائع في هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية في العقد الظاهر ويعتبره عقدا جديا، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البوليصية، وسيحكم له بعدم نفاذ تصرف مدينه في المال محل حقه[1].

في الواقع أنّ هذا الحل رغم أهميته، إلاّ أنّه لا يحسم الأمر بشكل نهائي وفي جميع الفروض. ذلك أنّ لكل من دعوى الصورية والدعوى البوليصية شروطها، وقد لا تتوافر لدائن البائع الصوري كل شروط الدعوى البوليصية، فقد يكون حق دائن البائع الظاهر غير مستحق الأداء مثلا، بأن يكون معلقا على شرط لم يتحقق بعد أو مضاف إلى أجل لم يحل لحظة طعنه بالدعوى البوليصية، حينئذ لا يكون بوسع هذا الدائن أن يأخذ بالحل الذي أوجده الأستاذ السنهوري.

ولما كان التعارض بين مصالح الأغيار، ما هو في الحقيقة إلا صراع بين مبدأين؛ مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ استقرار المعاملات. ومادام قد ارتضى كل من القانون، الفقه، والقضاء لحل منازعات الصورية حلولا أساسها فكرة استقرار المعاملات، على حساب مبدأ سلطان الإرادة، فكان لابد من التسليم عندئذ بأنّ حسم القانون للمنازعات وترجيحه لمصالح تتعارض مع مصالح أخرى لابد وأن يكون له ضحايا من أمثال هذا الدائن –دائن البائع الظاهر–[2].

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار نظيره اللبناني لم يتعرض لمسألة تعارض المصالح بين الأغيار، إلاّ أنّه يتعين الأخذ فيه بحكم القانون المصري، خاصة وأنّ هذا الحكم هو الراجح فقها وقضاء في فرنسا، وكذلك في القضاء المصري[3].

(1)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1104، هامش2.

(2)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص219–220.

(3)– أنور سلطان، مرجع سابق، ص165.

ونلاحظ بالإضافة إلى أنّ مشرعنا لم يضع نص في القانون المدني يعالج مسألة تعارض مصالح الأغيار، لا يوجد كذلك أي اجتهاد قضائي يفصل في هذه المسألة، عكس القضاء المصري.

المبحث الثاني

دعوى الصورية في العقود الناقلة للملكية

إنّ حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين، ليس من شأنه أن يُقيّدَ حرية هذا المدين في التصرف في أمواله، كما لا يُخَوِّل الدائن حق الاعتراض على هذا التصرف من المدين[1]، باعتبار أنّ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

غير أنّ القانون لم يترك الدائن تحت رحمة المدين وعرضة لتصرفاته المشروعة وغير المشروعة، بل جعل له طرقا ووسائل للحفاظ على حقوقه، من بينها دعوى الصورية[2]، التي يرفعها الدائن ليثبت صورية تصرف مدينه في أمواله، وأنّ هذا التصرف الظاهر إنّما كان بغرض تهربه من الوفاء بديونه. ولما كان موضوع دعوى الصورية[3] يتمثل في إظهار حقيقة تصرف المدين، وبالتالي ترتيب آثاره القانونية وهي وسيلة يلجأ إليها كل صاحب مصلحة لإثبات صورية التصرف الظاهر، فإنّ طبيعتها تختلف بحسب طبيعة حق المدعي؛ فإن كان دائنا عاديا، كانت دعواه ذات طبيعة شخصية، أما إن كان خلفا خاصا لأحد العاقدين، كانت دعواه ذات طبيعة عينية.

وعليه فإنّ دعوى الصورية يختلف أساسها[4] بحسب رافعها؛ فهي تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة إذا كانت مرفوعة من طرف ضد طرف آخر، أما إذا رفعها دائن عادي تستند

(1)- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2011، ص481-482.

(2)- دعوى الصورية هي «الدعوى التي يرفعها الدائن في حالة قيام المدين بتصرف صوري». (محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ص98).

(3)- انظر في تفصيل موضوع دعوى الصورية والاختلافات الفقهية بشأنه: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص241؛ ليلى مجدوبة شاينار، مرجع سابق، ص25-27.

(4)- انظر في تفصيل ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص228 وما بعدها؛ ليلى مجدوبة شاينار، مرجع نفسه، ص27 وما بعدها؛ عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص59-60.

حينئذ إلى المادة 188 ق.م.ج[1]، وأخيرا إذا رفعها غير ولكنه ليس دائنا عاديا لأطراف الصورية؛ فإنّها تجد أساسها في القاعدة التي تقضي بوجوب انتصار الحقيقة على الكذب والظاهر؛ لهذا يتعين علينا قبل دراسة إثبات الصورية (المطلب الثاني)، أن ندرس أولا الوسيلة التي منحها المشرع للمدعي بصورية التصرف لإثبات هذه الصورية (المطلب الأول).

المطلب الأول

أحكام دعوى الصورية في العقود الناقلة للملكية

«الدعوى هي من توابع الحق ووسيلة قانونية لحمايته، وبتعبير آخر هي الحق الممارس أمام القضاء، وبالتالي فهي رهن بطبيعة الحق الذي وضعت لحمايته من حيث إمكانية استمرارها وسقوطها بمرور الزمن»[2].

وعلى ذلك سنتناول (في الفرع الأول) مباشرة دعوى الصورية منذ رفعها حتى صدور الحكم فيها، لنتطرق بعدها إلى تمييزها عن غيرها من الدعاوى التي قد تشتبه بها، حتى نتفادى الخلط بينها، باعتبارها وسائل لحقوق ضمان الدائنين (في الفرع الثاني).

الفرع الأول

مباشرة دعوى الصورية

تقضي المادة الثالثة من ق.إ.م.إ بأنّه: «يجوز لكل شخص يدعي حقا، رَفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم...»، وعلى ذلك فإنّ عنصر مباشرة دعوى الصورية سَنُفَصِّلُهُ كالآتي:

(1)- تنص م01/188 ق.م.ج على أنّ: «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه».

(2)- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص331.

أولا: شروط مباشرة دعوى الصورية

انطلاقا من نص المادة 13 ق.إ.م.إ الذي ورد فيه: «يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يُقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه...». وعلى ذلك فإنّ شروط مباشرة دعوى الصورية نتناولها كالآتي:

1- شرط الصفة لمباشرة دعوى الصورية:

تمثل الصفة: «السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق مما يُمَكِّن صاحب الحق من اللجوء إلى هذه الدعوى بوصفه الأصيل في استعمال الحق في ممارستها، وقد يُمارس هذا الحق بواسطة غيره، وفي كلا الحالتين هو استعمال للصفة الممنوحة قانونا لحماية الحق»[1]. فإذا انتفت الصفة في المتقاضي رُفضت دعواه.

2- شرط المصلحة[2] لمباشرة دعوى الصورية:

إنّ دعوى الصورية تخضع للقاعدة العامة، لا دعوى دون مصلحة، فالأمر هنا مجرد تطبيق لقاعدة عامة تسري على كل الدعاوى القضائية[3]، منها دعوى الصورية.

---

(1)- عمار بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، كليك للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر 2012، ص32، ص32.

(2)- يُعرّف الفقه المصلحة بأنها: «الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه للدعوى منعا من إشغال القضاء بدعوى لا طائل منها». (انظر: أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية. نقلا عن عمار بوضياف، مرجع سابق، ص27).

والمصلحة التي يُعتد بها هي المصلحة القانونية، ويشترط أن تكون مباشرة، وأن تكون قائمة وحالة. (عرفات فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص54).

أما بالنسبة للمصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى، لا تتوافر فيها إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين: -الاحتياط لدفع ضرر محدق، -الاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 135، لسنة 46، جلسة 1979/1/25، مج المكتب الفني، ع1، س30ق، ص381).

(3)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص54.

وعلى ذلك فإنّ شرط المصلحة من المسائل اللازمة لمباشرة دعوى الصورية، كما أنّه كاف، فلا حاجة بعد ذلك إلى إثبات إعسار المدين[1]، ولا إلى إثبات عنصر الضرر، ولا علاقة السببية بين الصورية وحالة الإعسار، ولا إلى إثبات غش المدين[2]، كما لا يُشترط لذلك أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري[3].

وعلى ذلك فإنّ دعوى الصورية تُرفع من طرف كل من له مصلحة في إثبات الصورية، والتمسك بالحقيقة. فهي كما تُرفع من قِبَل الغير، تُرفع كذلك من أحد العاقدين[4].

ثانيا: الدفع بالصورية

استنادا إلى نص المادة 13 ق.إ.م.إ سالفة الذكر، بالإضافة إلى ما أوردناه سابقا، فإنّ المحكمة المختصة بنظر دعوى الصورية إذا تبين لها انتفاء الشروط الواردة بنص هذه المادة وجب عليها القضاء بعدم قبول الدعوى، ولو من تلقاء نفسها[5]، وفي أي مرحلة كانت عليها

(1)- انظر في خلاف ذلك: أيمن أبو العيال، الصورية ودعوى الطعن بها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد20، العدد1، دمشق، سوريا، 2004، ص61، الذي يرى بأنّ المصلحة لن تتحقق إلا إذا كان المدين معسرا، فإذا كان للمدين أموال أخرى يستطيع الدائن أن يستوفي منها حقه كاملا، فليست له مصلحة في أن يطعن بصورية تصرف مدينه.

(2)- ليلى مجدوبة شاينار، مرجع سابق، ص54.

(3)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 158، لسنة 31، جلسة 1965/12/9، مج المكتب الفني، ع3، س16ق، ص1223.

(4)- وقد أشرنا إلى هذه النقطة عند حديثنا عن آثار الصورية، بالنسبة للعاقدين، وبالنسبة للغير.

تجدر الإشارة فقط إلى أنّ دعوى الصورية التي ترفع من أحد العاقدين لا تكون موجهة ضد الغير حسن النية؛ لأنّ دعواه لن تكون مقبولة لتخلف شرط المصلحة المشروعة. أما إذا رفع أحد العاقدين دعوى الصورية ضد العاقد الآخر أو الغير سيء النية، فتكون له مصلحة في ذلك. ونجد ذلك في ثلاثة فروض:

أ- إذا لم يتم تحرير ورقة الضد؛ فالأمر هنا مرهون بمدى حُسن نية الطرف الآخر، في عدم الادعاء بالتمسك بأحكام العقد الظاهر.

ب- في حالة ضياع ورقة الضد من المتعاقد؛ وينطبق عليه ما قيل في الفرض الأول.

ج- في حالة توافر ورقة الضد، لكن يشوبها غموض أو نقص في بياناتها؛ فهنا لابد من رفع دعوى الصورية في حالة تنازع الطرفين على حقيقة أو صحة البيانات المتضمنة في ورقة الضد. في تفصيل ذلك: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص251 وما بعدها.

(5)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص108.

=

الدعوى[1]. وعلى ذلك فإنّ الدفع بالصورية دفع موضوعي يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، حتى ولو لم يكن أحد أطراف العقد المدعى بصوريته قد اختصم أمام المحكمة الابتدائية[2].

ثالثا: أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية

نقصد بأثر الحكم الصادر في دعوى الصورية ما يترتب بعد الكشف عن الصورية وتقرير انعدام وجود العقد الظاهر. فهل يكون لهذا الحكم حجية مطلقة أم نسبية [3]؟

لمعرفة ذلك، لابد من التمييز بين أثر الحكم بالصورية المطلقة، و بين أثر الحكم بالصورية النسبية:

1- أثر الحكم بالصورية المطلقة:

اختلف الفقهاء على أثر الحكم في الصورية المطلقة، فيرى البعض بأنّ الدائن الذي يرفع دعوى الصورية هو الذي يستأثر وحده بالتنفيذ على العين دون بقية الدائنين ممن لم يدخلوا في الدعوى[4]. وحجتهم في ذلك أنّ الدائن إنّما يرفع الدعوى باسمه[5]، فلا توجد – في نظرهم–

=

وقضت محكمة استئناف بيروت المدنية بأنه «إذا كانت الصفة من الشروط التي يترتب على المحكمة أن تتحقق من توفرها، ومن ثبوتها والأخذ بها عند توفرها، فإنّ المصلحة هي من الأمور التي يعود للمحكمة أن تقدر وجودها بالنسبة لأوجه الادعاء». الغرفة المدنية الثالثة، الجلسة 1966/7/05، قرار إعدادي، طعن رقم 1094. نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص173.

(1)– ويرى البعض بأنّه لا يجوز للمحكمة القضاء بصورية العقد إلا إذا طعن فيه أحد الخصوم بالصورية. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص266).

(2)– طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 740، لسنة 41، جلسة 1981/4/16. نقلا عن: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص266.

(3)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص278–285.

(4)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص231.

(5)– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1097 هامش2. ويرى هذا الفقيه بأنّ الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الاتجاه تتفق والاعتبارات المتحققة في الدعوى البوليصية؛ ذلك أنّه في القانون الفرنسي كان الدائن في الدعوى البوليصية يستأثر وحده بالتنفيذ على العين، فاستخلص أنصار هذا الاتجاه أنّ الواجب أيضا أن يستأثر الدائن في دعوى الصورية بالتنفيذ على العين.

نيابة بين طرفين لا تتفق مصلحة كل منهما ومصلحة الطرف الآخر، فهم يستندون إلى نسبية الحكم الصادر في دعوى الصورية[1].

في حين يرى البعض الآخر من الفقه أنّ الحكم الصادر في دعوى الصورية لا يسري على الخصمين وحدهما، بل يتعدى أثره إلى سائر الدائنين[2]. وعليه فإنّ الدائن إذا أثبت صورية العقد الظاهر، فإنّ الحكم الصادر في الدعوى تكون له حجية على الجميع[3]. وحجتهم في ذلك، أنّ دعوى الصورية تهدف إلى إثبات واقعة مادية، وهي أنّ العين لم تخرج من ملك البائع، وبالتالي من الضمان العام[4]. ومن حق جميع الدائنين دون استثناء التنفيذ عليها لاستيفاء حقوقهم[5]. وأساس هذا الحكم هو القياس على حكم الدعوى البوليصية[6]، وبالتحديد المادة 194 ق.م.ج، وهذا هو الرأي الراجح.

2- أثر الحكم بالصورية النسبية:

إنّ أثر الحكم بالصورية النسبية يقتصر على الاعتداد بالتصرف الحقيقي من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ[7]؛ ذلك أنّ العقد موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين أخفاه العاقدان بعقد صوري[8]. فإذا أخفى العاقدان عقد هبة في صورة عقد بيع، فإنّ الكشف عن الصورية

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص258.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1097-1098؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص231؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص179، هامش1.

(3)- دون تفرقة في ذلك بين من اشترك في رفع هذه الدعوى أو تدخل فيها، وبين غيره، ودون تفرقة أيضا بين من كان تاريخ حقه سابقا أو لاحقا على التصرف الصوري. (سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص387؛ أيمن أبو العيال، مرجع سابق، ص52).

(4)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص246.

(5)- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص179، هامش1.

(6)- أيمن أبو العيال، مرجع سابق، ص52.

(7)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص71.

(8)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص118.

يترتب عليه تطبيق أحكام الهبة؛ لأنّ العقد موجود ومشروع. أما إذا كان العقد المستتر مخالفا للقانون، فإنّ هذا العقد يعتبر باطلا[1].

رابعا: تقادم دعوى الصورية

إنّ أي مسألة لم تخضع لتنظيم القانون، نادرا ما يتفق بشأنها الفقه، وباعتبار تقادم دعوى الصورية لم ينظمه المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري، فقد أثارت هذه المسألة جدلا واسعا في أوساط الفقهاء، وعلى ذلك سنتناول هذا العنصر من خلال النقاط التالية:

1- مدى خضوع دعوى الصورية للتقادم:

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول[2] : يرى بأنّ دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، سواء رفعت من أحد طرفي العقد أو من الغير، ولكنهم اختلفوا في الأساس المعتمد لتبرير هذا القول، فمنهم من قال بأنّها لا تسقط بالتقادم؛ لأن الغرض منها تقرير حقيقة قائمة مستمرة هي عدم وجود التصرف الظاهر، ولا يُتَصَور أن ينقلب عدم الوجود إلى وجود بمرور الزمن[3]. وهناك من قال بأنّ دعوى الصورية دعوى انعدام، والحق في التمسك بالانعدام لا يلحقه تقادم مهما طالت مدته[4]. وهذا

(1)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص222. وراجع ما أسلفناه عن الغاية من الصورية.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1107؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص125؛ أنور طلبة، مرجع سابق، ص102-103و116؛ عز الدين الدناصوري، عبد الجميد الشواربي، مرجع سابق، ص312؛ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص178.

(3)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص93.

فلا يهم بعد ذلك – حسب هذا الرأي – ما إذا تحققت الصورية منذ أكثر من مدة التقادم المنصوص عليها في القواعد العامة (15سنة في القانون الجزائري)؛ لأنّ الزمن لم يُغير من الوضعية القانونية بالنسبة للأطراف الذين عليهم الالتزام بالعقد الحقيقي، ولا يحق لأحدهم التمسك بالعقد الظاهر، بل يحق للغير اللجوء إلى القضاء لإظهار وكشف أنّ العين محل التصرف الصوري لا زالت بذمة المدين المتصرف، وبالتالي الضمان العام. (ليلى مجدوبة شايناز، مرجع نفسه، ص94).

(4)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع نفسه، ص93-95.

الرأي هو الغالب فقها وقضاء[1].

غير أنّ الملاحظ على حُجَج هذا الفريق أنّها تصدق في حالة الصورية المطلقة، حيث إنّ الادعاء بالصورية المطلقة المقصود منه تقرير أمر واقع هو عدم وجود العقد الظاهر، وهذا الأمر صحيح مهما انقضى عليه الزمن[2]، أما إذا كانت دعوى الصورية نسبية وادعى الطاعن ببطلان التصرف الحقيقي المستتر، فإنّ هذا الطعن بالبطلان يسقط بالتقادم شأنه شأن كل دعوى بطلان احتراما لاستقرار المعاملات، ذلك أنّه لا يجب أن يبقى العقد المستتر مهددا بالإبطال طوال الوقت من طرف من خَوَّلَه القانون التمسك بهذا الحق[3].

<u>الاتجاه الثاني:</u> هناك من الفقه من ذهب عكس الاتجاه السابق، وأقرَّ بأنّ دعوى الصورية تسقط بالتقادم، مستندين في ذلك على ما يلي:

* إنّ استقرار التعامل، الذي هو محور كل الحلول التشريعية الواردة بشأن الصورية، يُحَتِّم هذا الحل، حتى لا يبقى التصرف معلقا زمنا طويلا[4].

* إنّ مضي مدة طويلة على قيام العقد الصوري، إن لم يكن من شأنها أن تُسبِغَ عليه وجودا قانونيا – باعتباره عقدًا لا وجود له قانونا–، إلاّ أنّها تَحُول دون سماع دعوى الصورية

---

(1)– محكمة لبنان الجنوبي البدائية، قرار صادر بتاريخ 23 أيار1945، النشرة القضائية اللبنانية، 1945. نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص67.

هناك قرار لـ م.ن.م يُستنتج من خلاله أن دعوى الصورية تخضع للتقادم لاعتباره إياها مثل باقي الدعاوى والطرق التي قررها الشارع في التقنين المدني للحفاظ على الضمان العام. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقن 41، لسنة 24، جلسة 1958/3/13، مج المكتب الفني، ع1، س9ق، ص187). لكن هناك قرار صريح يُفيد بعدم سقوطها. (انظر: طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 19، لسنة 52، جلسة 1989/2/9، مج المكتب الفني، ع1، س40ق، ص428).

طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1969/3/20، س20ق، ص450؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1973/4/10، س24ق، ص577. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع سابق، ص115–116.

(2)– راجع في شأن ذلك: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص246.

(3)– بن عودة لزرق، مرجع سابق، ص184.

(4)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص292. نقلا عن: أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1958، بند 275.

التي تُرفع بعد مضي هذه المدة[1].

وبالنتيجة يصل أنصار هذا الاتجاه إلى تطبيق القواعد العامة، الخاصة بالتقادم المنصوص عليها في المادة 308 ق.م.ج على دعوى الصورية، باعتبار أنّ المشرع لم ينص على مدة لسقوط دعوى الصورية[2].

* كما يَرُد أنصار هذا الاتجاه على القائلين بعدم تقادم دعوى الصورية، إذ كيف يتقادم ويستقر ما هو عدم، ليس له أي وجود قانوني! بالقول بأنّ نظام التقادم إنّما يهدف إلى ضبط شرعية المراكز غير الشرعية، وليس إلى تخليدها، ولو صحت هذه الحجة لاعتمدنا عليها كذلك في رفض فكرة الأثر الرجعي للبطلان النسبي عندما يقضى به، فالعقد الباطل نسبيا عقد موجود، ولكن بصدور حكم الإبطال يزول العقد بأثر رجعي، ويُعتبر كأن لم يكن، فهنا قد أزال نظام الإبطال بأثر رجعي الوجود القانوني لما هو قائم وموجود. فلماذا إذن ننكر على نظام التقادم أن يَمنح وجودا قانونيا لما لا يُعَدُّ موجودا؟[3].

وقد أيَّدَ هذا الرأي محكمة جبل لبنان المدنية[4]، وكذلك م.ن.ف في عدة قرارات لها، والتي بعد أن كانت تأخذ بعدم تقادم دعوى الصورية، تراجعت عن موقفها هذا وأخضعتها للتقادم[5].

2 – تقدير مدة التقادم التي تخضع لها دعوى الصورية في التشريع الجزائري:

إنّ التقنين المدني الجزائري لم يتضمن نصا خاصا بتقادم دعوى الصورية، أو عدم خضوعها للتقادم أصلا. وفي ظل ذلك كله لا مناص حينئذ من تطبيق القواعد العامة في مدد

(1)– عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص312. نقلا عن: أحمد مرزوق، مرجع نفسه، ص405.

(2)– عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص65. نقلا عن: أحمد مرزوق، المرجع والموضع نفسهما.

(3)– مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص299.

(4)– قضت محكمة استئناف جبل لبنان المدنية في قرار لها صادر بتاريخ 1963/11/21 بأنّه: «وإنْ يكن هناك خلاف في الفقه والاجتهاد حول إخضاع دعوى الصورية لمرور الزمن؛ فإنّ هذه المحكمة تتبنى الرأي القائل بوجوب اخضاع هذه الدعوى لمرور الزمن، لأنّه إذا جاز بناء العقد الظاهري الذي ينطوي في أكثر الأحيان على الغش مدة من الزمن، فإنّه يجوز خلق حالة عدم استقرار دائمة بإبقاء الغش مستمرا مدة تزيد عن مدة مرور الزمن». نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص247.

(5)– ليلى مجدوبة شاياناز، مرجع سابق، ص95.

التقادم، وبالتالي فإنّ دعوى الصورية تسري عليها أحكام المادة 308 ق.م.ج[1]، وبذلك فهي تسقط بمضي 15 سنة[2]. وهكذا لن تكون دعوى الصورية مقبولة بعد مضي هذه المدة، فلا الغير ولا العاقدان يستطيعون أن يرفعوا دعوى الصورية بعد هذه المدة[3].

ومن المتفق عليه في الفقه والقضاء الفرنسي أنّ مدة التقادم تسري ابتداء من يوم تحرير العقد الصوري[4]. وبذلك فإنّ مدة 15 سنة تتأثر بأسباب الوقوف والانقطاع[5].

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير، أنّ التقادم إنّما يلحق فقط الدعوى نفسها، أما الدفع الذي يُستمد من واقعة الصورية، فإنّه يبقى مستمرا لا يسقط مهما طال الزمن، وذلك تطبيقا لقاعدة «الدعاوى مؤقتة، أما الدفوع فدائمة»[6].

الفرع الثاني

تمييز دعوى الصورية عن دعاوى مشابهة لها

قلنا فيما سبق إنّ حق الضمان العام المقرر للدائن لا يخوله حقا في أن يعترض على تصرف المدين في أمواله، سواء كان تصرفه هذا بعوض أو بغير عوض، غير أنّ القانون حاول أن يُحقق لهذا الدائن أكبر قدر من الحماية، في الحدود التي تسمح بها فكرة الضمان العام، حيث يمكنه اللجوء إلى رفع إحدى الدعاوى الثلاث الآتية: دعوى الصورية، الدعوى

(1)- تنص المادة 308 ق.م.ج على ما يلي: «يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية».

(2)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص96.

(3)-مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص297.

(4)- لكن استثناء إذا لم يتمكن المدعي من ممارسة دعواه خلال تلك المدة، كما لو تعلق الأمر بوارث أجرى مورثه هبة مستترة، تسري مدة التقادم من يوم افتتاح التركة. (ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص96-97).

(5)- ومن ذلك اعتبار قيام علاقة الزوجية سببا لوقوف مدة تقادم دعوى الصورية، ولا تُعاود مدة التقادم سيرها إلاّ عند حل الزواج. (مجدي (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص298).

(6)- مجدي حسني خليل، المرجع والموضع نفسهما؛ ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص96.

البوليصية، والدعوى غير المباشرة[1].

وعلى ذلك سنحاول من خلال هذا الفرع تمييز دعوى الصورية عن هذه الدعاوى، حتى نُزيل الخلط بينها، خاصة الدعوى البوليصية، أين وصل الخلط بينهما إلى حد اعتبار دعوى الصورية نوعا من الدعوى البوليصية.

أولا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية[2]

1- أوجه التشابه بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية:

1- يَجمع بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية وحدة الغرض من الدعويين[3]، وهو المحافظة على الضمان العام بالطعن في تصرف صادر من المدين، يَقصد به إبعاد بعض أمواله أو كلها عن أنظار دائنيه، وتُعتبر تصرفا تدليسيا[4].

2- في كلا الدعويين يسعى المدين إلى تجنب تنفيذ الدائن على ماله، فيتصرف في ماله تصرفا جديا أو صوريا، وفي كلتا الحالتين لا يَنفُذ تصرف المدين في حق الدائن[5].

3- إنّ أثر الحكم[6] – حسب الرأي الغالب – يستفيد منه جميع الدائنين، وإن لم يَشترك

(1)- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص482.

(2)- الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات «هي المطالبة المدنية التي أدلى بها الدائن ضد طرف ثالث بالتراجع عن نقل الملكية التي بُذِلَت لصالح هذا الطرف من قِبل المدين الطرف الثاني، والتي نقلت عادة لغرض إحباط تنفيذ اتفاق المدين لالتزام الدائن». www.dictionary.thelaw.com/paulian-action بتاريخ 2016/5/12.

أو هي «الدعوى التي يباشرها الدائن من أجل حمايته من الأفعال الاحتيالية التي يقوم بها المدين والتي تستهدف تهريب ما بقي من أصول أمواله». (ابتسام القرّام، مرجع سابق، ص13).

(3)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص149.

(4)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص208.

(5)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص56.

(6)- أثر الحكم يتمثل في عدم النفاذ في الدعوى البوليصية، أو لإثبات صورية التصرف الظاهر في دعوى الصورية.

بعضهم في رفع الدعوى أو لم يتدخل فيها[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 194 ق.م.ج[2].

2- أوجه الاختلاف بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية:

1- إنّ الفارق الجوهري بين الدعويين يَكمُن في موضوع كل منهما[3]؛ فإنْ كانت الدعوى البوليصية موجهة إلى تصرف جدي يُنتج أثره فيما بين عاقديه وبالنسبة للغير، فإنّ دعوى الصورية تُصَوَّب نحو تصرف صوري لا يُنتج أي أثر بين العاقدين، ولا يكون له أثر بالنسبة للغير إلاّ بالقدر اللازم لاستقرار المعاملات[4].

2- دعوى الصورية يرفعها كل من له مصلحة في التمسك بصورية التصرف الظاهر، ولو كان أحد العاقدين. أما الدعوى البوليصية فلا يرفعها إلاّ الدائن[5].

3- إذا كان يُشترط في الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، فإنّه يكفي في دعوى الصورية أن يكون خاليا من النزاع[6].

4- في دعوى الصورية لا يُشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن، أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار[7].

5- الدعوى البوليصية لا يمكن أن تمارس إلا من قِبَل الدائن السابق حقه على التصرف

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص345.

(2)- راجع في ذلك المادة 194 ق.م.ج.

(3)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص149.

(4)- سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص390.

(5)- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص95.

(6)- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، أحكام الالتزام، ص167.

وعلى ذلك يجوز في دعوى الصورية لمن كان دينه مؤجلا أو معلقا على شرط واقف رفع هذه الدعوى. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص136).

(7)- إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص209.

المتنازع عليه[1]. أما في دعوى الصورية – حسب الرأي الغالب – فلا يُشترط ذلك[2].

6- لا يُشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون التصرف الصوري قد سَبَّبَ إعسار المدين أو زاد في إعساره، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد[3]. أما في الدعوى البوليصية فإنّه فإنّه يجب على الدائن أن يثبت أنّ التصرف المطعون فيه قد تَسَبَّبَ في إعسار المدين أو زاد فيه[4]، أو مجرد إثبات الدائن أنّه سيكون من الصعب استعادة المدين له[5].

7- في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري، أما في الدعوى البوليصية فلا يستطيع المدين ذلك؛ لأنّ البيع الذي صَدَرَ منه بيع جدي[6].

8- في دعوى الصورية المرفوعة ضد بيع صوري، إذا تنازع دائن البائع الذي يتمسك بالعقد الحقيقي مع دائن المشتري الذي يتمسك بالعقد الظاهر، كانت الأفضلية لدائن المشتري، متى كان حسن النية، احتراما لمبدأ استقرار المعاملات[7]. أما في الدعوى البوليصية المرفوعة ضد بيع جدي أبرمه المدين إلى متصرف إليه من الغير إضرارا بالدائن، يُعتَبر البيع غير نافذ في حق الدائنين، ويتَقَدَّمَ هذا الدائن لاستيفاء حقوقه من العين على دائن المشتري[8].

---

(1)- HARDY Jules, De l'action paulienne en droit romain et de l'article 1167 du code NAPOLÉON, Thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, France, 1865, P53.

(2)- انظر: مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص338. وحُجتهم في ذلك أنّ الدائن لا يطلب في دعوى الصورية أكثر من تقرير عدم وجود تصرف المدين، وهو أمر لا يتأثر بتاريخ نشوء حق الدائن. (أنور سلطان، مرجع سابق، ص150).

(3)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 979، س52ق، جلسة 1985/6/23. نقلا عن: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص138-139؛ راجع أيضا السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1119، هامش1.

(4)- سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص391.

PELLOUIN Louis, Droit Romain de l'action paulienne- Droit civil Français de la révocation des actes faite par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers (Art 1167 C. civ), Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Caen, France, 1879, P103-111.

(5)- NOTARNICOLA Sandra, A propos de l'action paulienne: Quand le créancier poursuit la poursuit la condamnation du tiers acquéreur au paiement des sommes dues par le débiteurs indélicat, Antwerpen, 3/1/2005. P3.

(6)- عبد الرزاق أحمد السنهوري،، مرجع سابق، ج2، ص1120.

(7)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص341.

(8)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص137.

9- في الدعوى البوليصية، وانطلاقا من فكرة الغش، فإنّ الدائن رافع الدعوى يجوز له أن يُثبت الغش بكل طرق الإثبات. أما في دعوى الصورية فإنّ الإثبات يختلف باختلاف رافعها[1].

10- نص المشرع صراحة على تقادم الدعوى البوليصية في المادة 197 ق.م.ج[2]. في حين سكت عن ذلك بشأن دعوى الصورية، وفي ظل هذا الصمت من المشرع وعدم نصه على تقادمها من عدمه، فإنّها – وكما سبق القول- تخضع للقواعد العامة في التقادم.

ثانيا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة[3]

إن الدعوى غير المباشرة تتشابه مع دعوى الصورية في عدة أوجه، ولكنهما مع ذلك متمايزتان عن بعضهما البعض.

1- أوجه التشابه بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

1- لا يُشترط في كلا الدعويين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء[4]، بل يكفي أن يكون محقق الوجود خاليا من النزاع[5].

2- لا يُشترط أن يكون حق الدائن في كلا الدعويين سابقا على التصرف الصادر من المدين (التصرف المطعون فيه)[6].

---

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص344.

(2)- راجع المادة 197 ق.م.ج.

(3)- يُقصد بالدعوى غير المباشرة: «أن يتصرف الدائن في حقوق مدينه المعسر ودعاواه باسم ولصالح هذا الأخير، وذلك إذا أهمل استعمالها»، ومثال ذلك: أن يُهمِل مدين معسر استعمال حقوقه، كقبول تركة أو متابعة مدين يَمتَنِع عن الوفاء نظرا لعدم استفادته شخصيا منها، وهكذا لا يبقى لدائنه من وسيلة تسمح له بالمحافظة على حقه إلاّ التصرف بدلا من المدين من أجل استرجاع أموال هذا الأخير. (ابتسام القرّام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، د.س.ن، ص12).

(4)- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، أحكام الالتزام، ص165. راجع أيضا نص المادة 189 ق.م.ج.

(5)- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص94.

(6)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص151.

3- لا تقتصر كلا الدعويين على الدائن، بل تُفيد جميع الدائنين على حدٍ سواء[1].

2- أوجه الاختلاف بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

1- إنَّ الفارق الأساسي بين الدعويين يكمن في اختلاف محل كل منهما؛ ذلك أن محل الدعوى غير المباشرة هو الحق الأصلي للمدين، أما دعوى الصورية فمحلها هو حق خاص بالدائن رافعها[2].

2- بالنسبة لطرق الإثبات، فنجد في الدعوى غير المباشرة أنّ الدائن رافعها إنّما يخضع لنفس نظام الإثبات الذي يخضع له مدينه، فيما لو باشر هذا الحق بنفسه[3]. أما إذا طعن الدائن في العقد الظاهر ورفع الدعوى باسمه هو، فإنّه يستطيع إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات القانونية لأنّه من الغير[4].

3- إذا طعن الدائن بالصورية فلا حاجة إلى إثبات إعسار المدين. أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه، وجب عليه أن يُثبِتَ أنّ المدين يُصبح معسرا أو يزيد في إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد[5].

4- بالنسبة لوسائل دفع هاتين الدعويين: في دعوى الصورية لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع الادعاء بصورية العقد بأي دفع خاص مستمد من العقد المستتر؛ لأنّ الدائن يُعتبر من

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1122؛ إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص210.

(2)- فهذه الدعوى إنّما تستهدف استعمال نفس حق المدين الثابت لصالحه في ذمة الغير (مدين المدين)، ولا تنصرف إلى استعمال حق خاص بالدائن رافع الدعوى، فالدائن هنا يرفع الدعوى غير المباشرة مستعملا اسم مدينه. على عكس دعوى الصورية أين يمارس الدائن في مباشرته للدعوى حقا قرره له القانون في إثبات صورية التصرف الظاهر، فالدائن هنا يرفع دعوى الصورية باسمه هو. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص314-315).

(3)- ويترتب على ذلك أنّ الدائن إذا رفع دعوى الصورية عن طريق الدعوى غير المباشرة – أي باسم مدينه –، فإنّه يكون نائبا عنه فيها، فيلتزم في الإثبات بما كان يلتزم به المدين. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص106).

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1122.

(5)- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، أحكام الالتزام، ص166.

الغير بالنسبة لأثر الصورية[1]. أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين، جاز للمدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بكافة الدفوع التي يستطيع أي يدفع بها دعوى البائع لو كان هو الذي تمسك بالعقد المستتر[2].

5- بالنسبة لمن يحق لهم رفع كلا الدعويين: في دعوى الصورية يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك بإثبات صورية التصرف الظاهر. في حين أنّ الدعوى غير المباشرة مقتصرة على الدائنين دون سواهم[3].

6- قلنا سابقا إنّ دعوى الصورية تتقادم طبقا للقواعد العامة بمضي 15 سنة ابتداء من يوم تحرير العقد الصوري. في حين أنّ الدعوى غير المباشرة كما يقول الأستاذ السنهوري فإنّها تسقط بالمدة التي يسقط بها الحق الذي يستعمله الدائن[4].

وبناء على ذلك، فإنّ الدائن غالبا ما يُفَضِّل التمسك بالعقد المستتر الذي أهمل مدينه التمسك به، بطريق رفع دعوى الصورية، أي الطعن باسمه بصورية العقد الظاهر، فهذا أيسر له من التمسك بالعقد المستتر عن طريق الدعوى غير المباشرة أي نيابةً عن مدينه، رغم تساوي النتيجة النهائية في كلا الدعويين[5].

وفي الأخير نصل بعد هذه المقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة إلى أنّ؛ دعوى الصورية دعوى مستقلة بذاتها ولها نظامها القانوني الخاص[6].

---

(1)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص316؛ عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص56.

(2)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص145.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص315.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1123، هامش1.

(5)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ج2، ص1123؛ مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص316.

(6)- V : PATARIN Jean, Donation déguisée : prescription de l'action en déclaration de simulation ou de déguisement, Revue trimestrielle de droit civil 1994, Chroniques p920.

المطلب الثاني

طرق إثبات دعوى الصورية

يُقصد بالإثبات «تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني، بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق»[1]. ومسألة عبء الإثبات في دعوى الصورية تخضع للقواعد العامة في الإثبات، والتي تقضي بأنّ ((البينة على من ادعى واليمين على من أنكر))[2]، وطالما أنّ الأطراف في الصورية تتفق على ستر تصرف حقيقي تحت ستار آخر ظاهر صوري، فلابد من أنّ هناك أغيارا، بل حتى الأطراف، منهم من يتأثر بهذا التصرف الصوري، وتقتضي مصلحته أن يَرفَعَ دعوى يتمسك فيها بصورية التصرف الظاهر، وبالتالي تمسكه بالعقد المستتر الحقيقي، وحينئذ لابد له من أدلة يستعين بها في هذا الإثبات، ويستجيب القضاء بذلك لادعائه.

هذا الإثبات الذي يختلف بحسب ما إذا كان رافع الدعوى طرفا في الصورية أو غيرًا. وعلى ذلك سنتناول (في الفرع الأول) طرق إثبات الصورية في حال ما إذا رُفِعَت الدعوى من قِبَل العاقدين، لنتطرق (في الفرع الثاني) لطرق إثباتها في حالة ممارسة الغير لدعوى الصورية.

الفرع الأول

طرق إثبات الصورية من طرف العاقدين

نميز بشأن هذه الحالة بين حالتين:

(1)- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2005، ج1، ص29.

(2)- تنص المادة 323 ق.م.ج على ما يلي: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه». ويُعتبر هذا النص تطبيقا لمبدأ عام يسري على جميع أنواع الروابط القانونية لا على الروابط المالية فحسب، وهذا المبدأ يُلخص في أنّ {البينة على من ادعى خلاف الظاهر}. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ص83.

أولا: الصورية بين العاقدين وورثتهم لا تثبت إلاّ بالكتابة

يخضع إثبات الصورية فيما بين العاقدين وخلفهما العام للقواعد العامة في الإثبات[1]، فطبقا لأحكام المادة 333 ق.م.ج[2]، إذا كانت قيمة التصرف تزيد على 100.000 دج وجب إثباته بالكتابة، وكذلك الحال لو كان التصرف الصوري ثابتا بالكتابة، إذ يتعين في هذه الحالة إثبات التصرف الحقيقي بالكتابة أيضا حتى لو كانت قيمته (أي التصرف الحقيقي) أقل من 100.000 دج؛ ذلك أنّ العاقد مدعي الصورية إنّما يريد إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة، وهو ما لا يجوز إلاّ بالكتابة أيضا[3].

كما أنّ هذه القاعدة تَرِد عليها عدة استثناءات، يجوز فيها الإثبات بكل الطرق، وهي:

1- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية[4].

2- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي (ورقة الضد)[5].

---

(1)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 1027، س50، جلسة 1984/5/16، مج المكتب الفني، ع1، س35ق، ص1330؛ محكمة التمييز المدنية، تاريخ 1970/2/27، قرار رقم 28. نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص26.

(2)- تنص المادة 333 ق.م.ج على ما يلي: «وفي غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

(3)- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص97؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 1885، س51، جلسة 1984/11/20. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع سابق، ص54؛ محكمة لبنان الجنوبية البدائية، بتاريخ 24 أيار 1945، النشرة القضائية اللبنانية، 1945. نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص69.

(4)- تنص المادة 01/335 ق.م.ج على أنّ: «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تُعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة».

(5)- ولا يوجد معيار معين للمانع المادي الذي يتعذر معه على المتعاقد أن يحصل على ورقة الضد، فتستقل بالتالي كل حالة على الأخرى، وفقا للظروف والعلاقة التي تربط بين العاقدين. ولقاضي الموضوع استخلاص وجود أو عدم وجود المانع من الوقائع والأدلة الموجودة لديه. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص127-128).

وقضت م.ن.م بأنّه: «إذا أقامت محكمة الاستئناف حكمها بجواز إثبات الصورية بالبينة على اعتبارين: أحدهما هو اعتبار الأبوة مانعة من الحصول على كتابة مُثبِتة للصورية، والآخر هو اعتبار ظروف تحرير السند وحدها – بقطع النظر عن علاقة الأبوة – مانعة من الحصول على هذه الكتابة...». (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1946/4/11، ص760. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع نفسه، ص58).

وتنص المادة 01/336 ق.م.ج على أنّه: «يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

=

3- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بعد الحصول عليه بسبب أجنبي[1]:

فيجوز، إذا ما توافرت هذه الاستثناءات، إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البينة والقرائن[2]، حتى لو زادت قيمة التصرف عن 100.000 دج أو كان العقد الظاهر الصوري ثابتا بالكتابة[3].

ويُضيف الفقه إلى هذه الاستثناءات استثناءات أخرى، تتمثل في: حالة ما إذا كانت قد أحاطت تنظيم العقد ظروف قد شابها الغش والتدليس[4]، وحال ما إذا كان الغرض من الصورية هو التحايل على القانون[5]. والحكمة من تقرير هذا الاستثناء الأخير هي: أنّ الغش نحو القانون عمل غير أخلاقي، لذلك يجب تيسير كشفه بجميع الطرق[6]، استنادا إلى أنّ قاعدة الغش يُفسِد كلَّ شيء[7].

=

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي».

(1)- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص152.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 336 أعلاه: «يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: ... - إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته».

(2)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 697، س42، جلسة 1976/12/13، مج المكتب الفني، س27ق، ص1738.

(3)- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص152-153.

(4)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص69.

(5)- "يُقصَد بالتحايل على القانون: «التهرب من أحكامه المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، وهي التي لا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها، وإلاّ كان اتفاقهم باطلا بطلانا مطلقا...ويتوفر الاحتيال على القانون، عندما ينصرف الاتفاق إلى الإضرار بحقوق أحد المتعاقدين أو بتمييز أحدهما عن الآخر...». (أنور طلبة، مرجع سابق، ص14-15-255).

(6)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص373.

«ولما كان التحايل على القانون ليس واقعة مادية حتى يُمكن إثباتها بكل طرق الإثبات، بل هو تواطؤ بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام، وإخفاء هذه المخالفة تحت تصرف مشروع، فهو عنصر من عناصر التصرف القانوني، يتعلق بالمحل أو السبب، كان الواجب في الأصل أن يُثبَتَ بنفس الطريقة التي يُثبَت بها التصرف القانوني، إلاّ أنّ فيه خروجا على النظام العام، فوجب تيسير كشفه وإباحته بجميع الطرق». (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص151).

غير أنّ القضاء لا يقتنع بالبينة لوحدها في هذا الصدد، وإنّما يستلزم أن تدعمها قرائن قانونية تُرَجِّح أنّ العقد الظاهر ينطوي على عمل مخالف للنظام العام وللآداب. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص372).

(7)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص373.

=

على أنّ علَّة جواز الإثبات بالبينة والقرائن في حالة التحايل على القانون ضد مصلحة أحد العاقدين، هو وجود مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد ممن تم التحايل عليه[1]. فإذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية، جاز للآخر إثبات هذا الاختلاس، ثم إثبات الصورية بجميع الطرق[2]. على أنّ انتفاء الكتابة لا يعني استبعاد إثبات الصورية، وإنّما يجوز إثباتها بالإقرار واليمين[3]. مع وجوب أن تكون كل هذه الأدلة والقرائن والبينة موافقة وهامة وصريحة، بحيث أنها تُقنع المحكمة بصحة دعوى الصورية[4].

أما إذا فشل مدعي الصورية في إثباتها أمام القضاء، يبقى العقد المطعون بصوريته معتبرا عقدا جديا، ويكون هو وحده المنتج لآثاره فيما بين العاقدين[5].

=

FAGES Bertrand, La fraude fait échec à toutes les règles, Revue trimestrielle de droit civil 2007, Chroniques, P772.

(1)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص158.

(2)- نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص32.

(3)- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، أحكام الالتزام، ص162.

(4)- محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى، تاريخ 1956/5/31، قرار رقم 41. نقلا عن: نزيه نعيم شلالا، مرجع سابق، ص215.

(5)- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص38.

فإذا أخفق الطاعن في إثبات الصورية، فإنّ مفاد ذلك، أنّه لا يوجد عقد آخر غير العقد المطعون عليه، وبالتالي يكون الطاعن غير محق فيما ادعاه من عدم جدية هذا العقد، مما يؤدي إلى اعتباره غير صوري، بما يترتب على ذلك من آثار. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص52).

تجدر الإشارة إلى أنّه إذا أراد أحد العاقدين إثبات صورية العقد في مواجهة شخص من الغير، فلا يجوز له ذلك؛ لأنّ للغير التمسك بالعقد الصوري إذا كانت له مصلحة في ذلك، اللّهم إلاّ إذا ثبت علم الغير بالصورية، أي أنّه سيء النية، فيكون شأنه في ذلك شأن العاقدين أنفسهم. (ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص87).

ثانيا: إثبات الصورية في حالة التحايل على قواعد الميراث ضد مصلحة أحد الورثة

كقاعدة عامة تسري قواعد الإثبات المتعلقة بالعاقدين، على خلفهما العام[1]، سواء كانت خلافته عن طريق إرث أو وصية[2]، تطبيقا للمادة 108 ق.م.ج سالفة الذكر. والواقع أنّه يجب التمييز بين حالتين:

1- حالة الخلف العام الذي يتمسك بحق مستمد من سلفه:

وهنا ينطبق المبدأ تماما، ويعد الخلف العام حينئذ في نفس مركز سلفه، ويُحتج عليه بالعقود الصورية أو الجدية التي أبرمها سلفه[3]، ولا يُعتبرون في حكم الغير بالنسبة لتصرفاته[4]، وأنّه تبعا لذلك؛ لا يجوز له إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها[5] ،على النحو الذي بيناه آنفا.

2- حالة الخلف العام الذي يتمسك بحق مستمد من القانون مباشرة:

حيث يتأثر هذا الحق بالصورية، وعندئذ يتحقق الاستثناء، ويُصبح الخلف العام غيرا مِمَّنْ تحميه المادة 198 ق.م.ج[6]. إذ متى أثبت الورثة أنّ التصرف صدر من مورثهم في مرض

---

(1)- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص153.

(2)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص83.

(3)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص128.

(4)- عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص60.

(5)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص58.

ولا يغير من هذا كله أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث، من شأنه أن يُقلل من نصيب الوارث في التركة، إذ هذا الإقلال لا يُعتَبر إضرارا بحق الوارث الذي لا ينشأ إلاّ بوفاة مورثه. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 164، لسنة 17، جلسة 1949/3/24، طعن رقم 164. نقلا عن: سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص127). كما قضت هذه المحكمة أيضا بأنّ «الوارث حكمه حكم المورث، فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى الغير إلاّ بالكتابة، إلاّ إذا طعن في هذا السند بأنّه ينطوي على الإيصاء أو أنّه صدر في مرض موت مورثه». (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 761، لسنة 25، جلسة 1953/2/24. نقلا عن: أنور طلبة، مرجع سابق، ص62).

(6)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص129.

الموت، اعتُبِروا من الغير، ولهم حينئذ إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[1]؛ لأنّهم في هذه الحالة يستمدون حقهم من القانون مباشرة[2]، بالإضافة إلى وجود المانع الذي يحول دون حصوله على الدليل الكتابي المُثبِت للصورية[3].

وقلنا سابقا إنّ مِن بين الأدلة التي يستند إليها الورثة في إثبات صورية تصرف مورثهم، الذي قصد به التحايل على أحكام الميراث، نجد شهادة الشهود[4]. غير أنّ القضاء لا يقتنع بالشهادة لوحدها في هذا الصدد، وإنّما يستلزم أن تدعمها قرائن[5] تُرَجِّح أنّ العقد الظاهر ينطوي على عمل مخالف للنظام العام وللآداب. ومن بين هذه القرائن الأكثر وجودا في الواقع العملي:

القرائن المتعلقة بالوصية:

سبق وأن ذكرنا بأنّ التقييد المزدوج الذي فرضه المشرع على حرية الإيصاء لمنع الإضرار بالورثة، قد يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون، ويكون ذلك في الغالب

---

(1)- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص172؛ عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص60.
فبمجرد تَمَكُّن الورثة من إثبات ذلك، فإنّ هذا التصرف لا يسري عليهم إلاّ في حدود الثلث. (عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص200).

(2)- ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات. (طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 751، لسنة 54، جلسة 1985/6/9. نقلا عن: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص189).

(3)- أنور سلطان، مرجع سابق، ص158.
غير أنّ الأستاذ السنهوري يرى أنّ الوارث لا يُعتبر من الغير في هذا الصدد، ولكن يجوز له إثبات صورية التصرف بجميع الطرق، بسبب ما ارتُكِبَ في حقه من غش وتحايل للإضرار به، بحرمانه من الإرث. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص125).

(4)- شهادة الشهود يُقصد بها: «إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت عن غيره، يترتب عليها حق لغيره». (محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص129).

(5)- القرائن هي: «النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة». (محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص164). ونصت المادة 137 ق.م.ج على أنّ: «القرينة القانونية تُغني من تَقَرَّرت لمصلحته عن أيّة طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنّه يجوز نقض القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».
والقرائن على نوعين: **قرائن قانونية**؛ أعدّها المشرع للقاضي وطرحها أمامه وأوجب عليه الأخذ بها عند توافر شروطها. **وقرائن قضائية**؛ يصنعها القاضي بنفسه باستخلاصها من وقائع الدعوى. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص406).
مع ملاحظة أنّ الإثبات بالقرائن ليس مطلقا، فهو ينحصر في الحالات التي يكون فيها الإثبات بالبينة مقبولا. (المادة 340 ق.م.ج).

بستر تصرف قصد به التبرع، بتصرف آخر يكون بعوض، والذي يكون غالبا وصية في صورة عقد بيع.

وبعد أن نصّ المشرع الجزائري في المادة 775 ق.م على سريان قانون الأسرة والنصوص المتعلقة بها على الوصية، نصَّ بعدها على قرينتين:

أ- قرينة المادة 776[1] الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت:

إنّ الأصل يقتضي لإعمال أحكام المادة 01/776 ق.م.ج سالفة الذكر، أن يُثبِتَ الورثة أنّ تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت بقصد التبرع[2]، ولكن المشرع أعفاهم من هذا الإثبات؛ بإقامة قرينة قانونية مفادها ((أنّ كل تبرع يصدر من الشخص أثناء مرض الموت يُعد في حكم الوصية، وتسري عليه أحكامها))، طالما توافر شرطان: - أن يَصدر أثناء مرض الموت[3]، - وأن يَصدر بقصد التبرع[4]. ومتى توافر الشرط الأول، كان قرينة على توافر الشرط الثاني، وبتوافر الشرطين معا، يُعتبر التصرف الصادر من مريض مرض الموت وصية[5]، وهي وهي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه إثبات عكسها[6]، وذلك من خلال إثباته أنّه دفع عوضا

(1)- تنص المادة 01/776 و02 ق.م على أنّه: «وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أنّ التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أنّ التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

(2)- حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص349.

(3)- وللورثة إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات من بينها البينة والقرائن، لأنّ مرض الموت واقعة مادية، فيستطيعون إثباته بتقارير الأطباء، وبشهادة الشهود، وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض...(عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص73-74، هامش1).

(4)- وهذا الشرط حسب نص المادة 03/776 ق.م.ج لا لزوم لإثباته؛ ذلك أنّ مجرد إثبات الشرط الأول قرينة على توافر نية التبرع لديه. (مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص418).

(5)- مجدي حسني خليل، مرجع نفسه، ص419.

(6)- محفوظ جغبوب، مرجع سابق، ص41.

عوضا للمورث[1].

ب- قرينة المادة 777[2] الخاصة بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

إنّ المشرع من خلال نص المادة 777 ق.م.ج أقام قرينة قانونية مفادها أنّه إذا تصرف المورث إلى أحد ورثته، واحتفظ لنفسه بحيازة العين، وبحق الانتفاع، وكان احتفاظه بهذين الحقين لمدى حياته، اعتبر التصرف صوريا وأنّه يستر وصية، وبالتالي تسري عليه أحكامها[3].

فقيام هذه القرينة يؤدي إلى إعفاء الوارث من إثبات ما تدل عليه، وينتقل عبء الإثبات إلى خصمه[4]. وهي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه إثبات عكسها[5]، فللوارث الذي صدر له التصرف أن يثبت أن التصرف في حقيقته تصرف منجز كبيع أو هبة، أما إذا عجز عن إثبات ذلك، اعتُبر التصرف وصية مستترة، وطبقت عليه أحكام الوصية[6].

غير أنّ الوارث المتمسك بالقرينة القانونية، إذا عجز عن إثباتها، أن يستند إلى القرائن القضائية، إذ لا يوجد ما يحول دون استنباط قصد الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى[7]، هذه الأخيرة التي تختلف من قضية إلى أخرى[8].

---

(1)- وتسري عليه في هذه الحالة أحكام البيع في مرض الموت، وتخضع المحاباة في الثمن إلى حكم الوصية. (عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص50).

(2)- تنص المادة 777 ق.م.ج على ما يلي: «يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك».

(3)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص201؛ طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 181، س36، جلسة 1970/6/16، مج المكتب الفني، ع2، س21ق، ص1061.

(4)- أنور طلبة، مرجع سابق، ص221.

(5)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج9، ص233.

(6)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص201.

(7)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، طعن رقم 1532، لسنة 55، جلسة 1991/10/9، مج المكتب الفني، ع2، س42ق، ص1517.

(8)- محمد حسنين، مرجع سابق، ص222.

الفرع الثاني

إثبات الصورية من طرف الغير

إنّ المدعي قد يكون من الغير والمدعى عليه أحد أطراف العقد، وقد يكون المدعي أحد أطراف العقد والمدعى عليه من الغير، وقد يكون المدعي من الغير والمدعى عليه غيرا أيضا، وفي كل هذه الأحوال يقع عبء الإثبات على مدعي الصورية[1].

فدعوى الصورية حينما تُرفَع من الغير ضد أحد طرفي التصرف الصوري أو ضد غير آخر بالنسبة للعقد الظاهر، فإنّ له الحق في إثبات الصورية بكافة الطرق، حتى بالشهادة والقرائن[2] مهما كانت هذه الصورية[3]، ومهما كانت قيمة الالتزام[4].

ويرجع السبب في حرية الإثبات لسببين هما:

1- أنّ العقد الصوري بالنسبة للغير ليس تصرفا قانونيا، بل هو واقعة مادية[5]، والوقائع المادية لا تسمح طبيعتها في أغلب الحالات بإعداد دليل لإثباتها، فيمكن إثباتها بكافة الطرق[6].

الطرق[6].

2- أنّ الغير باعتبارهم أجانب بالنسبة لذلك العقد، حال ذلك دون تَمَكُّنِهِم في وقت تحرير العقد بين عاقديه أن يحصلوا على دليل كتابي على الصورية[1].

---

(1)- عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص69.

(2)- من القرائن التي يستند إليها الغير في إثبات صورية التصرف، نجد:

أ- وجود علاقة زوجية أو قرابة بين المتعاقدين، **ب**- تراخي المشتري المشفوع منه في إبرام عقد البيع المطعون فيه بالصورية المطلقة،... (أنور طلبة، مرجع سابق، ص216).

(3)- ليلى مجدوبة شايناز، مرجع سابق، ص89.

(4)- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، ص167. إذ إنّ الغير في إثبات الصورية لا يتقيد بالكتابة، حتى ولو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على 100.000 دج. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص1111-1112).

(5)- مجدي حسني خليل، مرجع سابق، ص395.

(6)- محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص133.

تجدر الإشارة في نهاية هذا المطلب الذي خصصناه لإثبات دعوى الصورية، أنّ هذه القواعد المقررة في الإثبات غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تتعرض لها من تلقاء نفسها[2]، غير أنّ لهذه المحكمة السلطة المطلقة في أن تُقرر ما إذا كان العقد صوريا أو جديا[3]، لتعلقه بفهم الوقائع في الدعوى[4].

=

(1)- سليمان مرقس، أحكام الالتزام، ص381.

(2)- فإن كان التصرف لا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة، ومع ذلك طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباته بكافة الطرق بما في ذلك البينة وحدها أو القرائن وحدها أو البينة والقرائن معا، فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب من تلقاء نفسها، قولا منها بأنّ التصرف يُجاوز نصاب البينة أو أنّه ثابت بالكتابة، فلا يجوز إثبات ما يخالفه إلاّ بالكتابة، بل يتعين عليها إجابة هذا الطلب إن تضمن دفاعا جوهريا، أو ترفضه ليس للأسباب السابقة، إنّما لِمَا توافر لديها من أدلة أخرى تُغني عن التحقيق المطلوب، كما يجب عليها رفضه إذا دفع الخصم الآخر بعدم جواز الإثبات بالبينة أو القرائن. (أنور طلبة، مرجع سابق، ص51-128).

(3)- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص155.

(4)- طعن م.ن.م، الغرفة المدنية، جلسة 1976/3/23، س27ق، ص728. نقلا عن: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص246.

خاتمة

لقد رأينا من خلال دراستنا هذه أنّ الأفراد يلجؤون غالبا، من أجل ستر تصرفاتهم الحقيقية عن الكافة، إلى الصورية، التي تقوم على وجود عقد حقيقي ولكنّه مستتر، وعقد ظاهر ولكنّه صوري؛ فيكون بذلك الأول هو النافذ بين أطراف العلاقة القانونية، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، في حين يسري الثاني في حق الغير حسن النية تحقيقا لاستقرار المعاملات.

وقد حاولنا جاهدين من خلال دراستنا هذه الإلمام بجميع الجوانب المحيطة بالصورية في نطاق العقود الناقلة للملكية، ووصلنا إلى عدة نتائج واقتراحات نعرضها كالآتي:

النتائج:

1- إنّ الصورية في العقود هي اصطناع مظهر كاذب مخالف للحقيقة، وذلك بالتعبير عن إرادة ظاهرة غير حقيقية تُخفي إرادة حقيقية.

2- يستلزم لتحقق الصورية في العقود أن تتوافر فيها شروط معينة، مع وجوب اجتماعها في لحظة واحدة، وإلا تَغيَّر الوصف القانوني لها؛ إذ لابد من توافر عقدين اتحد فيهما الطرفان والموضوع، إضافة إلى التعاصر الذهني بين العقدين الظاهر والمستتر، ووجوب اختلاف العقدين من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط، فضلا عن أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا في حين يكون الآخر مستترا سريا.

3- يلجأ العاقدان من أجل إخفاء حقيقة العلاقة القائمة بينهما عادة إلى الصورية، التي تَفتَرِض بدورها تصرفا ظاهرا وآخر مستترا، هذا الأخير الذي يكون من شأنه أن يمحي هذه العلاقة برمتها، أو يعدل أحد عناصر هذه العلاقة، المتمثلة في طبيعتها، أو ركن من أركانها، أو شخصية أحد عاقديها.

4- انطلاقا من قاعدة «أنّ ما لم يُحرمه القانون فهو مباح» فإنّ الصورية ليست – في ذاتها- سببا لبطلان التصرفات القانونية، إلاّ إذا دخلت نطاق اللاشرعية، إذ يُعتَدُّ بالعقد الحقيقي بين الطرفين إذا كان مستوفيا لشروط الانعقاد وكذا شروط الصحة، أما إذا كان التصرف

المستتر باطلا –كأن يُخفي تصرفا غير مشروع أو يكون سببه غير مشروع– فيكون جزاء التصرف حينئذ البطلان.

أما إذا كان الغرض من الصورية هو التحايل على القانون، فإن تَمَّ الكشف عن الصورية فإنّ الجزاء يقتصر عندئذ على منع تحقيق الغرض الذي قصده العاقدان من الصورية.

5– إنّ الحديث عن الصورية المشروعة هو حديث نظري محض؛ ذلك أنّه يمكن اعتبار – وإلى حد بعيد – كل أنواع الصورية خارجة عن نطاق المشروعية، سواء كان عدم المشروعية في الوسيلة أو في الغاية.

6– يُهيمن على أحكام الصورية مبدآن:

– «مبدأ سلطان الإرادة»، الذي أقرته المادة 106 ق.م.ج والذي يَفتَرِض أنّ الإرادة الحرة والمشتركة للعاقدين هي أساس القوة الملزمة للعقد، فهي التي تُنشئُه، وهي التي تُحدِّد التزاماته وما يترتب عليه من آثار قانونية؛ وبذلك فإنَّ هذا المبدأ يَفرِض علينا احترام الإرادة الحقيقة للمتعاقدين، ومن ثَمَّ وجوب الاعتراف بالعقد المستتر.

– «مبدأ الأوضاع الظاهرة»، والذي يهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات، والذي يقتضي حماية الغير حسن النية، وذلك بالسماح له بالأخذ بالعقد الظاهر الذي لم تتجه إليه الإرادة الحقيقية للعاقدين.

7– آثار أوراق الضد بالنسبة للطرفين، ماهي إلاّ تطبيق للقواعد العامة، والتي وردت في نص المادة 199 ق.م.ج، إذ إنّ المشرع الجزائري كَرَّسَ في هذا النص مبدأ سلطان الإرادة، بحيث جعل العقد الساري المفعول بين العاقدين هو العقد المستتر، احتراما للإرادة الحرة المشتركة لعاقديه.

أما آثار أوراق الضد بالنسبة للغير، فهي في شق منها تطبيق للقواعد العامة، بحيث يجوز للغير التمسك بالعقد الحقيقي إن هو أثبت صورية العقد الظاهر – إن كان في العقد الأول ما يحقق مصلحته –، وفي شق آخر هي استثناء من هذه القواعد، حيث أجاز المشرع في المادة

198 ق.م.ج للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر – وهو العقد الذي لا وجود له قانونا–، إذا كان فيه ما يحقق مصلحته.

8– إنّ مفهوم الغير في الصورية لا يقتصر على دائني العاقدين وخلفهما الخاص، وهذا هو الفهم الظاهر للنص، بل يتعدى إلى أشخاص آخرين من بينهم الشفيع، الذي له ما للفئة السابقة من التمسك بالعقد الظاهر حتى لا يضيع حقة في الأخذ بالشفعة، وذلك في ضوء الحكمة التشريعية التي ابتغاها المشرع من وراء نصه للمادة 198 ق.م.ج، وهي حماية كل من اطمأنّ إلى الظاهر وتعامل على أساسه.

9– إنّ المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية تمسك الغير بالعقد المستتر على عكس المشرع المصري، مقتديا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي، ذلك أنّ هذا الحكم ما هو في الحقيقة إلا تطبيق وترديد للقواعد العامة؛ ذلك أنّ الأساس القانوني لتمسك الغير بالعقد الحقيقي هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يُتيح للعاقدين حرية إبرام العقود، وعلى ذلك فإنّه يمكن أنْ نفهم من ظاهر نص المادة 198 ق.م.ج، أنّه يمكن للغير التمسك بالعقد المستتر الحقيقي إذا اقتضت مصلحتهم ذلك.

10– كما أنّ مشرعنا لم ينص على حكم التعارض بين مصالح الأغيار، كما فعل المشرع المصري، الذي رَجَّحَ مصلحة الغير المتمسك بالعقد الظاهر على مصلحة المتمسك بالعقد المستتر، غير أنّ في القواعد العامة ما يغني عن هذا الحكم أيضا.

11– لم يتفق الفقهاء على أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية، غير أنّ ترجيح قول على آخر يقتضي التمييز بين الصورية المطلقة؛ أين يتعدى الحكم الصادر فيها إلى سائر الدائنين دون اقتصاره على الخصمين وحدهما، وبين الصورية النسبية؛ أين يقتصر أثر الحكم الصادر فيها على الاعتداد بالتصرف الحقيقي من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ.

12– لم يُعالج المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري مسألة تقادم دعوى الصورية، بل تركه لاجتهادات الفقه والقضاء، حيث يرى البعض بأنّ دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، سواء رفعت من أحد طرفي العقد أو من الغير؛ لأنّ الغرض منها تقرير حقيقة قائمة مستمرة هي عدم

وجود التصرف الظاهر، ولا يُتَصَور أن ينقلب عدم الوجود إلى وجود بمرور الزمن. في حين يرى البعض الآخر بأنها دعوى تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى، وذلك من أجل استقرار المعاملات. وإن كان الرأي الأول هو الغالب فقها وقضاء، إلا أنّ الرأي الثاني هو الذي يتطابق مع القواعد المقررة في الصورية؛ ذلك أنّ هذا الحل يفرضه استقرار التعامل الذي هو محور كل الحلول التشريعية الواردة بشأن الصورية، وكذا القواعد العامة للتقادم، أين تنص المادة 308 ق.م.ج بأنّ كل التزام يخضع للتقادم المنصوص عليه في هذا النص، ما لم يرد بشأنه نص خاص أو تضمنته المواد من 309 إلى 311 من نفس القانون.

13- يخضع إثبات الصورية للقواعد العامة في الإثبات، وعلى ذلك فإنّ عبء الإثبات يقع على مدعي الصورية، إلاّ أنّ طرق إثبات الصورية تختلف باختلاف رافع الدعوى، فإن كانت هذه الأخيرة مرفوعة من قبل أحد العاقدين أو خلفه العام فنرجع دائما لتطبيق هذه القواعد العامة لعدم وجود نصوص خاصة تتعلق بإثبات الصورية، وهذا في حالة عدم وجود تحايل ضد مصلحة العاقد الآخر الذي يكون له حينئذ الحق في إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات القانونية، شأنه في ذلك شأن الغير الذي يعجز عن الحصول على سند لإثبات هذه الصورية. والغير الذي يعنيه إثبات الصورية هو الذي يَجِد مصلحته في العقد المستتر.

التوصيات:

1- عدم ترك الباب مفتوحا أمام إبرام العقود الصورية التي انتشرت -في سائر المجالات- انتشار النار في الهشيم، إذ لم تكتفِ بمجرد التصرفات القانونية؛ لذا كان لزاما على المشرع تجريم العقود الصورية التي تهدف إلى تحقيق غاية غير مشروعة. وهذا لا يعني إطلاق الحرية في إبرام العقود الصورية الأخرى، بل لابد من تقييدها بهدف الحد من اللجوء إليها.

2- نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 408 ق.م.ج، في كل من الصياغتين العربية والفرنسية على النحو الذي أسلفناه، حتى يتفادى التناقض الحاصل بين النص الأصلي والنص الرسمي، بالإضافة إلى تفادي الخلط بين لفظي الإقرار والقابلية للإبطال.

3- في ظل عدم تطرق المشرع لبيان الحكم في العقود التي تشترط شكلية معينة لانعقادها، نقترح عليه النص على هذا الحكم، وتبيان أي العقدين يستلزم فيه هذه الشكلية لتمام

العقد، ونرى أن يقتدي في هذه الحالة بالمشرع المصري في نص المادة 1/488 ق.م.م الذي استثنى صراحة الشكلية المطلوبة في عقد الهبة المستترة، حتى يكون العقد النافذ بين العاقدين هو العقد المستتر، احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، وتكريسا لإرادتهما المشتركة.

4- ضرورة تعديل المادة 198 ق.م.ج، والتفرقة من خلالها بين دائني المتصرف وخلفه الخاص، وبين دائني المتصرف إليه وخلفه الخاص، لتعارض مصالح كل منهما.

5- ضرورة النص على تقادم دعوى الصورية، وتحديد مدة لهذا التقادم، بما يتوافق وما جاء في القواعد العامة في التقادم.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

1-الكتب:

أ- الكتب المتخصصة:

1- إبراهيم المنجى، دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرفات، التنظيم القانوني والاجرائي لرفع الدعويين، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 1998.

2- أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، د.س.ن.

3- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1993.

4- عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، مرض الموت، الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.

5- عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.

6- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، الطبعة الثانية، د.ب.ن، 1990.

7- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

8- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 1990.

9- نزيه نعيم شلالا، دعوى الصورية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.

ب- الكتب العامة:

1- ابتسام القرّام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، د.س.ن.

2- أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الانتباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 1405هـ -1985م، ج2.

3- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، مكتبة العلم للجميع، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2005.

4- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1983.

5- إيمان طارق شكري، التعاقد باسم مستعار، كلية القانون، جامعة بابل، د.د.ن، د.س.ن.

6- جلال علي العدوى، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.

7- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج3، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

8- حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل، الطبعة الأولى، 2004.

9- حسن كيرة، الوجيز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامه ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

10- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

11- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربي، عالم الكتب، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1981.

12- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، دار الكتب القانونية-مصر، مكتبة صادر-بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1992.

13- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية -مصر، مكتبة صادر -بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1987.

14- عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، 2010.

15- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، دار وائل، الطبعة الأولى، 2005.

16- عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، دار وائل، الطبعة الأولى، 2006.

17- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968.

18- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العبي، بيروت، لبنان، 1964.

19- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.

20- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.

21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الثاني، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن.

22- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الثامن، عمان، الأردن، 2005.

23- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، د.د.ب.س.ن.

24- عمار بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، كليك للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر 2012.

25- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، د.د.ن، الطبعة الثانية، تونس، دس.ن.

26- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس، 2003.

27- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2006.

28- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

29- محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1408هـ- 1988م.

30- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2011.

31- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

32- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

33- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

34- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
35- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق.
36- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
37- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
38- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992.
39- ياسر باسم ذنون السبعاوي، بيع الوفاء، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
40- ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دار وائل، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002.

2- الرسائل والمذكرات

أ- الرسائل:

1- أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2013/2012.
2- فريدة محمدي زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.

3- مجدي حسني خليل، الصورية دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المنصورة، د.س.م.

ب- المذكرات:

1- إبراهيم رشاد السيد عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989.

2- بن عودة لزرق، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014/2013.

3- حكيم دربالي، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.

4- سهام عزي، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013.

5- صليحة رحال، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسترفي القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

6- عبد الرؤوف زروق، محمد حموش، حماية الورثة من الوصايا المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005.

7- عرفات تواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

8- فيصل دويدة، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر -بسكرة-، 2015/2014.

9- ليلى مجدوبة شاينار، دعوى الصورية (في القانون المدني الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002.

10- محفوظ جغبوب، الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004.

11- مهدية دحماني، فاطمة الزهراء ثلجون، عقد الهبة كسبب لاكتساب الملكية العقارية، مذكرة للحصول على شهادة الليسانس، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدية، 2012/2011.

3- المقالات

1- إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الجامعية)، المجلد 19، العدد 2، غزة، فلسطين، يونيو 2011، ص ص515-544.

2- أيمن أبو العيال، الصورية ودعوى الطعن بها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد20، العدد1، دمشق، سوريا، 2004، ص ص47-72.

4- النصوص القانونية

1- الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر عدد78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2- الأمر 75- 74 مؤرخ في 1975/11/12، متضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 52، مؤرخ في 1975/11/18.

3- قانون 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج.ر عدد24، مؤرخة في 12 جوان 1984.
4- قانون رقم 90-25، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر عدد49، سنة 1990.
5- قانون 91-10، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم.
6- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Les Livres:

1- Alex WEILL et François TERRÉ, Droit Civil, Les Obligations, Précis Dalloz, Deuxième édition, Dalloz, 1975.
2- Buffelan-Lanore Yvaine, Larribau-Ternryre Virginie, Droit civil, Les obligations, Sirey, 13eme édition, 2012.
3- CARBONNIER Jean, Théorie des obligations, Presses Universitaires de France, Paris, France, 1963.
4- Jean-Baptiste LAYDU, Droit Civil, Droit des obligation, panorama du droit.

Les Thèses:

1- HARDY Jules, De l'action paulienne en droit romain et de l'article 1167 du code NAPOLÉON, Thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1865.
2- BAUR Louis, Droit romain : Des Fidéicommis, Droit français : Des Contre-Lettres, Thèse pour le doctorat, la faculté de droit de Nancy, Université de France, Académie de Nancy, 1885.
3- PELLOUIN Louis, Droit Romain de l'action paulienne- Droit civil Français de la révocation des actes faite par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers (Art 1167 C. civ), Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Caen, France, 1879
4- SAGHY-CADENAS Pedro, La simulation de contra, Étude comparée en droit civil Français et Vénézuélien, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 22 mars 2012.

Les Revues:

1- FAGES Bertrand, L'interposition de personnes ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus entre les mêmes personnes, Revue trimestrielle de droit civil, 2001.
2- FAGES Bertrand, La fraude fait échec à toutes les règles, Revue trimestrielle de droit civil, 2007.
3- NOTARNICOLA Sandra, A propos de l'action paulienne: Quand le créancier poursuit la poursuit la condamnation du tiers acquéreur au paiement des sommes dues par le débiteurs indélicat, Antwerpen, 3/1/2005.
4- PATARIN Jean, Donation déguisée : prescription de l'action en déclaration de simulation ou de déguisement, Revue trimestrielle de droit civil, 1994.

Les Cours:

1- CARBONNIER Jean, Cours de droit civil, 2eme année de capacité, Union nationale des étudiants des France, Service d'édition des cours de la faculté de droit, Paris, 1956-1957.

Les Sites :

1- www.dictionnaire-juridique.com/definition/contre-lettre.php.

2- www.dictionary.thelaw.com/paulian-action.

فهرس المحتويات

مقدمة: ..... أ
الفصل الأول: مفهوم الصورية في العقود الناقلة للملكية 7
المبحث الأول: المقصود بالصورية في العقود الناقلة للملكية 9
المطلب الأول: التعريف بالصورية في العقود الناقلة للملكية 9
الفرع الأول: تعريف الصورية 10
أولا: تعريف الصورية لغة 10
ثانيا: تعريف الصورية فقها 10
ثالثا: تعريف الصورية قضاء 11
الفرع الثاني: شروط تحقق الصورية 13
أولا: اتحاد الأطراف والموضوع في كل من الاتفاق الظاهر والمستتر 13
ثانيا: التعاصر الذهني بين الاتفاقين الظاهر والمستتر 14
ثالثا: اختلاف كل من الاتفاق الظاهر والمستتر من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط 15
رابعا: أن يكون أحدهما ظاهرا، ويكون الآخر مستترا 16
المطلب الثاني: أنواع الصورية 16
الفرع الأول: الصورية المطلقة 17
الفرع الثاني: الصورية النسبية 21
أولا: الصورية بطريق التستر 21
ثانيا: الصورية بطريق المضادة 30
ثالثا: الصورية بطريق التسخير 32
المبحث الثاني: مدى مشروعية الصورية وتمييزها عما قد يشتبه بها من مصطلحات 35
المطلب الأول: غاية الصورية 35
الفرع الأول: الصورية المشروعة 36
الفرع الثاني: الصورية غير المشروعة 38
أولا: التحايل على القانون 38
ثانيا: الغش إضرارا بحقوق الغير 39
ثالثا: الغش للإضرار بحقوق مصلحة التسجيل 39
المطلب الثاني: تمييز الصورية عما قد يشتبه بها من مصطلحات 41
الفرع الأول: التمييز بين الصورية والتدليس 41
أولا: من حيث المصدر 42
ثانيا: من حيث الغاية 42

ثالثا: من حيث الإثبات.....42
رابعا: من حيث المشروعية:.....43
خامسا: من حيث الأثر على التصرف القانوني.....43
سادسا: من حيث تقادم الدعوى:.....43
الفرع الثاني: التمييز بين الصورية والغش().....44
الفرع الثالث: الصورية والتحفظ الذهني.....45
أولا: من حيث المصدر.....45
ثانيا: من حيث الغرض.....46
ثالثا: من حيث الجزاء.....46
الفرع الرابع: الصورية والتكييف الخاطئ.....46
أولا: من حيث الغرض.....47
ثانيا: من حيث الخضوع لرقابة المحكمة العليا.....47
ثالثا: من حيث الإثبات.....48
رابعا: من حيث الجزاء.....48
الفرع الخامس: التمييز بين الصورية والعقد الإضافي.....48
الفصل الثاني: أحكام الصورية في العقود الناقلة للملكية.....50
المبحث الأول: آثار الصورية في العقود الناقلة للملكية.....51
المطلب الأول: آثار الصورية بين المتعاقدين.....52
المطلب الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير.....55
الفرع الأول: المقصود بالغير.....56
أولا: الدائن الشخصي.....56
ثانيا: الخلف الخاص.....57
ثالثا: حكم بعض الفئات من الأشخاص ومدى اعتبارها من الغير.....58
الفرع الثاني: العقد الأوفق ومصلحة الغير.....61
أولا: تمسك الغير بالعقد الصوري.....62
ثانيا: تمسك الغير بالعقد المستتر.....66
ثالثا: التعارض بين مصالح الأغيار.....67
المبحث الثاني: دعوى الصورية في العقود الناقلة للملكية.....70
المطلب الأول: أحكام دعوى الصورية في العقود الناقلة للملكية.....71
الفرع الأول: مباشرة دعوى الصورية.....71
أولا: شروط مباشرة دعوى الصورية.....72
ثانيا: الدفع بالصورية.....73
ثالثا: أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية.....74
رابعا: تقادم دعوى الصورية.....76
الفرع الثاني: تمييز دعوى الصورية عن دعاوى مشابهة لها.79

أولا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية[()].....80
ثانيا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة[()]....83
المطلب الثاني: طرق إثبات دعوى الصورية.....86
الفرع الأول: طرق إثبات الصورية من طرف العاقدين.....86
أولا: الصورية بين العاقدين وورثتهم لا تثبت إلاّ بالكتابة.87
ثانيا: إثبات الصورية في حالة التحايل على قواعد الميراث ضد مصلحة أحد الورثة.....89
الفرع الثاني: إثبات الصورية من طرف الغير.....93
خاتمة.....90
قائمة المراجع.....95
فهرس المحتويات.....104