



جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الصوربة فب التعاقد

مذكرة لنبل شهادة الماستر فب القانون

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذة:

د/ فونان كهينة

من إعداد الطالبين:

بوباكور صارة

ملابة تبنهينان

لجنة المناقشة:

- د/ بن نعمان فتيحة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسة
- د/ فونان كهينة، أستاذة محاضرة "أ". جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقرا
- أ/ لحراري ويزة، أستاذة مساعدة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر واحتراف

نسجد لله شكرًا أن جعلنا من طلاب العلم وهي أسمى منزلة وأشرف منحة وأنبأ غاية.

فالحمد لله رب العالمين الذي وفقنا والذي منحنا الصبر والإرادة لإتمام هذا العمل الذي يعد من عظيم فضله وجزيل كرمه. والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد

وبكل وفاء وصادق العرفان وعظيم الإمتنان، نتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى الأستاذة الفاضلة فونان كهينة التي أحاطتنا بكل رعاية وتوجيه حكيم، مما كان بها عظيم الأثر في إثراء معارفنا لإستكمال هذا العمل. كما نتقدم بالشكر والتقدير للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، على الجهد الذي سببنا على ما سيمنحونا من وقتهم الثمين لمناقشة هذا العمل وتقديم الملاحظات والتوجيهات التي ستسهم في إثرائه.

وكما نتقدم بالشكر والامتنان إلى أصحاب الفضل أساتذة العام النظري الإجماع الذين لم يبخلوا علينا بعلمهم الفياض، ولما بذلوه من جهد وصبر للوصول بنا إلى هذه المرتبة.

إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل. (بارك الله فيكم)

* صارة وتينهينان *



إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من كلله الله بالهبة والوقار.....إلى من علمني العطاء بدون إنتظار، إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار روح القلب والغالي أطال الله عمره أبي.

إلى من لا تملك الكلمات أن توقفني....ولا أرقام أن تحصي فضائلها، إلى معنى التفاني، إلى بسمه الحياة وسر الوجود إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي، أمي الحبيبة.

* صارة *



إهداء

إلى من علمتني الكلمات الأولى إلى أمي
إلى من جعلتني أتذوق رغد الحياة والعيش والصبر
إلى من ساندتني في أيامي الدراسية وشجعتني إلى

جدتي

الكريمة

إلى أساتذتي وزملائي الذين يحتلون زاوية ما في خلدي

وفي

ذاكرتي

لهم جميعا كل الحب والتقدير والإحترام.

تينهينان



قائمة المختصرات

- ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- ص: صفحة.

- ص ص: من صفحة إلى صفحة

- د.د.ن: دون دار النشر

- د.ب.ن: دون بلد النشر

يعد العقد أهم مصادر الالتزام، ووسيلة هامة للتعامل بين الأفراد، يسمح لهم بتبادل المصالح، عرفه القانون المدني الجزائري¹ في المادة 54 منه على أنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " .

يصبح للعقد بمجرد انعقاده صحيحا قوة ملزمة، تفرض على أطرافه تنفيذ بنوده بحسن نية، دون أن ينفرد أحدهم بنقضه أو تعديله، ما يضمن ثبات واستقرار العلاقات التعاقدية.

إلا أنه ولأسباب معينة قد يتمتع أحد أطرافه عن تنفيذ التزامه، الأمر الذي دفع المشرع إلى تكريس ضمان يحمي الطرف الآخر من عزوف الأول عن تنفيذ التزامه من خلال اعتبار أمواله ضامنة للوفاء بالتزامه، تطبيقا للمادة 188 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

ولما كانت قاعدة الضمان العام لا تحرم المدين من التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته، دون الخضوع إلى الرقابة في ذلك، فإن للمدين كل الحرية في إبرام مختلف العقود كعقد البيع، الإيجار الوكالة أو الهبة...إلخ، عملا بمبدأ سلطان الإرادة، فكل هذه التصرفات جائزة ما دامت غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومستوفية للشروط المنصوص عليها في القانون.

غير أن المتعاقدان قد يعمدان إلى إبرام تلك التصرفات القانونية فقط لإضعاف الضمان العام، وبالتبعية التهرب من الالتزامات المترتبة على العقد المبرم، والإضرار بالغير عن طريق التستر وراء القانون، ومن أبرز تلك التصرفات التي من شأنها إنقاص الضمان العام،

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج، ر، ج، ج، عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

الإتفاق على إخفاء عقد ما تحت ستار عقد آخر أو إصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرف حقيقي، من خلال إبرام ما يسمى بالعقد السوري، مضمونه إخفاء حقيقة تصرف قانوني تم إبرامه، بهدف الاحتيال على أحكام القانون، مثل إخفاء الهبة تحت ستار البيع، لأن رسوم الهبة أعلى من رسوم البيع.

وبالنظر إلى الآثار الضارة للعقود السورية على استقرار المعاملات بين الأفراد خاصة إذا لم يكن العقد الحقيقي قد حرر خطياً، تظهر أهمية دراسة هذا النوع من العقود وتحديد الآثار المترتبة عنها من خلال طرح الإشكالية التالية: كيف تم تنظيم العقد السوري للحفاظ على حقوق المتعاقدين والغير؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية العقد السوري

الفصل الثاني: تكريس دعوى السورية

الفصل الأول

ماهية العقد السوري

تعد الصورية من أقدم الممارسات التي عرفها الرومان، تقوم على خلاف كاذب من أجل إخفاء الحقيقة، فهي بذلك خرق ملتوي للقانون، كما تظهر في شكل عمل قانوني أو واقعة قانونية ينتج عنها عمل ظاهري يختلف عن العمل الحقيقي الخفي، ولذلك تعتبر الصورية إحدى أشكال الحيل القانونية، التي كثرت قضاياها أمام المحاكم وما زالت في ازدياد مطرد ومستمر، لما تشكله من تحايل على القانون ولاسيما التهرب من الضريبة، أو حقوق الغير، على وجه الخصوص الدائنين أو الورثة، لذلك ينظر إليها بارتياح، ولفهم مضمون هذا العقد يتعين تحديد العقد السوري (المبحث الأول)، ودراسة أحكامه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تحديد العقد السوري

تعتبر الصورية إحدى التصرفات القانونية التي تتنافى مع النزاهة وحسن النية، لما تشكله كقاعدة عامة من خرق للقانون وإخفاء للحقيقة، مما يؤدي إلى إضعاف الضمان العام، ولتحديده لا بد من التعريف به (المطلب الأول)، وصولاً إلى استعراض صورته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بالعقد السوري

يقضي التعريف بالعقد السوري الوقوف على تعريفه (الفرع الأول)، وتمييزه عن العلاقات المشابهة له (الفرع الثاني)، وكذا الشروط الخاصة لتكوينه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف العقد السوري

يعتبر تعريف العقد السوري من المواضيع التي شغلت اهتمام الفقه، الذي حاول ضبط تعريفه (أولاً)، و كان للمشرع الجزائري موقفه من المسألة (ثانياً).

أولاً: تعريف الفقهي

شكل تعريف الصورية محور اهتمام الفقه سواء الشرعي (1) أو الوضعي (2).

1- تعريف الصورية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

خلت كتب فقه الشريعة الإسلامية من تعريف للصورية كتعريف مستقل بذاته، إلا أنها موجودة كوقائع في تطبيقاتهم الفقهية لصور مخالفة العبارة للإرادة، وتتجلى صورية العقود

عندهم في حالات معينة، هي حالة الهزل وحالة التلجئة وحالة الحيل الشرعية¹.

يعتبر الهزل ضد الجد، ويتحقق في العقود عندما يصدر من الهازل تعبير باختياره على سبيل اللّهو والعبث دون أن يكون راغباً في ترتب آثار وأحكام هذا العقد، فالهازل ينطق بالعبارة وهو عالم بها ولكنه لا يريد معناها الحقيقي ولا المجازي، كأن تصدر عن شخص عبارة تتضمن معنى البيع أو الشراء فهو ينطق بها وهو عالم بمعناها قاصدا استعمالها، ولكنه في حقيقة الأمر لا يريد تكوين العقد ولا يريد الالتزام بآثاره².

أما التلجئة، فهي ما يلجأ إليه الإنسان بغير اختياره، وتعرف في الفقه الشافعي والحنبلي والمالكي بأنها العقد الذي ينشئه لضرورة أمر أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه؛ ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً، هذا يعني أن العاقد إذا ما باع مال نفسه لغيره بيعاً ظاهرياً سورياً خوفاً من سلطان أو ظالم ونحوه؛ فإن هذا البيع تلجئه أي ألجأ إليه العاقد لحماية نفسه. أما عند الأحناف فيقصد بها أن يتوافق الطرفان على أنهما يعلنان بأنهما يعقدان العقد دون إرادة الأثر من هذا العقد، وأن عقدهما وقع ظاهرياً فقط³.

يضيف جانب من الفقه الإسلامي إلى حالتَي الهزل والتلجئة، حالة ثالثة تتمثل في الحيل الشرعية، مضمونها أن كل المتعاقدين يصطنع مظهرًا كاذبًا غير حقيقي باستعمال الحيلة⁴.

1- عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود السورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص 51.

2- عادل حسن على، إثبات أحكام الإلتزام، دار النشر مكتبة الزهراء الشرق، مصر، 1997، ص 365.

3- عدنان عبد الهادي حسن حسان، مرجع سابق، ص 53.

4- العربي بلحاج، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، طبعة 2، دار هومة، 2015، ص 295.

اختلفت تعريفات الفقهاء للحيلة، حيث يعرفها ابن تيمية على أنها سقوط الواجب أو حل الحرام، بفعل لم يقصد به، ما جعل ذلك الفعل حلالاً له أو شرعاً له، ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الحيلة ما هي إلا فطنة في إتباع ما شرعه الله والوصول إلى الحلول وإستتباب الأحكام، كما أنها قد تستعمل في غير ذلك من إبطال للحق وإحقاق للباطل ونصرة الظالم¹.

2- تعريف الصورية عند الفقه الوضعي:

اختلف الفقه الوضعي في تعريفه للصورية، حيث انقسم في ذلك إلى اتجاهين، يرى الأول أن مفهومها يقتصر على العقد، معتمدين في تبرير موقفهم على أن الصورية هي وضع قائم على عقد ظاهر، يلجأ إليه الطرفان ليسترا عقداً آخر أراداه حقيقة²، ومن هنا وجد في العقد التصرف الظاهر وهو التصرف السوري ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي³.

في حين يرى الاتجاه الآخر أن مفهوم الصورية لا يقتصر على العقد فقط، إنما هو أوسع من ذلك، فهي اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون سورياً، أما تصرفها المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقياً⁴.

1- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 98.

2- SAGHY-CADENAS Pedro, La simulation du contrat étude comparée en droit civil français et vénézuélien, thèse de doctorat, université panthéon Assas école de doctoral de droit privé, 2012, p 34.

3- إبراهيم المنجي، الدعوى الصورية، منشأة المعارف، القاهرة، 1991، ص 17.

4- عبد الله سامي، نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة، دون دار النشر، بيروت، 1977، ص 87.

فالصورية إذن هي وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تعترض تصرف ظاهر واتفاق مستتر، ويكون شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه¹.

إلا أن هذا المفهوم لم يسلم من النقد، حيث يرى بعض الفقهاء أن أصحاب هذا الاتجاه يخلطون ما بين الصورية وبين الأوضاع الظاهرة التي لا تستلزم إبرام تصرف وتكتفي لانطباقها بوجود خطأ شائع، وينتهي هذا الاتجاه بالصورية إلى أن تصبح مجرد كلمة لا تعبر عن شيء محدد بل ويمكن استبدالها بأي لفظ آخر دون إحداث خلل في المقصود².

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من تعريف الصورية

تناول المشرع الجزائري مسألة الصورية دون أن يورد لها تعريفاً، تاركاً ذلك لاجتهاد الفقهاء، وحسناً فعل لأن مهمة التعريف ليست من اختصاصه، وقد اكتفى بالنص على آثار العقد الصوري جاعلاً من العقد الحقيقي العقد الساري بين الطرفين، على النحو الذي سيتم التفصيل فيه لاحقاً.

الفرع الثاني

تمييز العقد الصوري عما يشابهه من العقود

يتطلب التعريف بالعقد الصوري، تمييزه عن المفاهيم القريبة منه، ومن أهمها الاتفاق الإضافي (أولاً)، التحفظ الذهني (ثانياً)، عيوب الرضا (ثالثاً).

1- عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لإستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 10.

2- خولة بوقرة، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص 11.

أولاً: تمييز العقد السوري عن الاتفاق الإضافي

يقصد بالاتفاق الإضافي، ذلك العقد الجدي الجديد، بإرادتين جديدتين جاء معدلاً لاتفاق سابق جدي كلياً أو جزئياً، فقد يكون حسب الأحوال إبراء من دين أو استبدالاً لدين¹. فمثلاً إذا اتفق الطرفان على عقد إيجار، ثم بدالهما بعد ذلك أن يدخل فيه تعديلاً، كما لو عدلا العقد بتخفيض الأجرة، هنا لا يوجد عقد صوري وآخر حقيقي، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل العقد الأول، ومن ثم تطبق القواعد العامة من حيث سريانه على المتعاقدين، وعلى الغير على حد سواء، لذا فإن الاتفاق الإضافي يشتهب مع الصورية حيث أن كل منهما يتكون من عقدين، أحدهما يعدل الآخر أو يغيره، أو ينقل آثاره.

وعلى رغم من التشابه الحاصل بينهما إلا أن الفارق واضح:

- العقدان في الاتفاق الإضافي جديان، بخلاف الصورية، فالظاهر غير جدي بينما المستتر فقط هو الجدي².
- العقدان في الاتفاق الإضافي أحدهما سابق والآخر لاحق يعدل من الأول، ويغير فيه أو ينقل آثاره، بخلاف الصورية فهي وأن كان أحد العقدين يعدل من العقد الآخر أو يغيره إلا أنه يجب أن يكونا متعاصرين³.

ثانياً: تمييز العقد السوري عن التحفظ الذهني

يتميز العقد السوري عن التحفظ الذهني، في أن في هذا الأخير يظهر أحد المتعاقدين إرادة تختلف عن إرادته الحقيقية، لكن دون أن يتفق مع الطرف الآخر على إرادته الباطنة، بمعنى مخالفة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة، وهي تختلف عن الصورية التي تتجه

1- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة ثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 44.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 39-40 .

3- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 88.

فيها إرادة الطرفين إلى وجود اتفاقين، أحدهما ظاهر لا يتفق مع الإرادة الحقيقية والآخر خفي يتفق معها¹.

يختلف العقد السوري عن التحفظ الذهني من حيث الجزاء فالتحفظ الذهني ليس له أي قيمة، ويعد لاغياً، فهو مجرد نية داخلية لأحد المتعاقدين وليس متوفر لدى الطرف الآخر، وليس للغير أي إمكانية لمعرفة وجود هذا التحفظ، وبالتالي فلا يمكن الاحتجاج به، فلا يعلم أحدهم بوجوده².

تكون الفعالية والتأثير قاصرة على الإرادة المعلنة، أما الإرادة الخفية فلا قيمة لها، بما أن الصورية هي نتيجة تدبير اتفاق الطرفين فالعقد الخفي له قيمته بين المتعاقدين، أما الغير حسن النية هو الذي يجهل بالإرادة الحقيقية للأطراف فليس للعقد الحقيقي أي قيمة تجاهه³.

ثالثاً: تمييز العقد السوري عن عيوب الرضا

نظم المشرع أحكام العقد، ووضع له شروط انعقاده تتمثل في الرضا، المحل، والسبب اصافة الشكلية بالنسبة للعقود التي يشترط فيها القانون ذلك، يكون الرضا صحيحاً عندما تكون إرادة طرفي العقد سليمة من العيوب، ويعني ذلك لما تكون صادرة من غير إكراه أو غلط أو تدليس، وبناء على ذلك يستلزم منا دراسة أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف ما بين الصورية وعيوب الرضا على النحو التالي: تمييز الصورية عن الإكراه(1)، تمييز الصورية عن الغلط (2)، تمييز الصورية عن التدليس(3)، تمييز الصورية عن الاستغلال (4).

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الإلتزام، الإثبات، جزء ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 999.

2- محمد عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للإلتزام، ج2، أحكام الإلتزام طبعة2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 280.

3- خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 18.

1- تمييز الصورية عن الإكراه:

يعرف الإكراه بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً¹.

تختلف الصورية عن الإكراه في أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتجه نحو إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليها تحت ستار عقد آخر، أي أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتفق على القيام بهذا العمل، أما الإكراه فهو يمس حرية التعاقد المكروه، يصيب الإرادة في أحد عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار، فالمكروه لا يريد أن يتعاقد ولكن الرهبة التي يشعر بها جراء الإكراه تدفعه إلى التعاقد².

تختلف أيضاً الصورية عن الإكراه من حيث الشروط، حيث يشترط في الصورية وجود عقدين، مع الاختلاف بينهما في الطبيعة والأركان، ووجود تعاصر ذهني بين المتعاقدين³، أما الإكراه فلا يشترط فيه ذلك، بل يشترط أن يكون صادر عن شخص يستطيع تنفيذ ما يهدد به⁴.

2- تمييز الصورية عن الغلط

يعرف الغلط بأنه: "وهم يقع فيه الشخص فيدفعه إلى التعاقد"⁵. وباستقراء نص المادة 82 من القانون المدني، نجد أن الشرط الوحيد لاعتبار الغلط عيباً من عيوب الرضا هو أن يكون جوهرياً، ويعتبر كذلك إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط، وهكذا فإن المشرع الجزائري يخضع مسألة جوهريّة الغلط أو

1- أحمد هاني مختار، الصورية، أنواعها وإجراءاتها، مكتبة الكتب العربية، القاهرة، 2005، ص 4.

2- عبد المنعم فرج، الصده، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979، ص 247.

3- أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 99.

4- عبد المنعم فرج، الصده، مرجع سابق، ص 248.

5- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص 309.

عدم جوهريته للشخص الذي وقع فيه، ولكي يكون العقد صحيحاً يجب أن يكون متفقاً مع إرادة الأطراف الحقيقية التي التقت حول موضوعه وسببه¹.

فالقوة الإلزامية للعقد مستمدة من صحته ومن توافقه مع الأحكام القانونية التي ترعاه، فيأتي تنفيذه متوافقاً مع الإرادة التي أنشأته.

وبناء على ما تقدم فإن الصورية تتفق مع الغلط في أن نتيجة كل منهما تؤدي إلى فهم الواقع بصورة مخالفة للحقيقة، إلا أن الاختلاف بين الصورية والغلط يكمن في أن الصورية اتفاق على خلاف الواقع، في حين أن الغلط هو توهم غير الواقع، أي أنه في الصورية يتفق الأطراف بمحض إرادتهم على إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد السوري، مع العلم أن العقد المراد تحقيق نتيجته هو العقد الحقيقي، أما الغلط فإنه قد يقع دون علم الأطراف أو يقع بموجب تقرير أحد الأطراف بالآخر².

3- تمييز الصورية عن التدليس:

يعتبر التدليس ثاني عيوب الإرادة التي نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني حيث تنص المادة 1/86 على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

يتضح من خلال الفقرة أعلاه، أن التدليس كعيب من عيوب الإرادة هو إيقاع أحد الأشخاص في الغلط، فيكون هو الدافع له لإبرام التصرف القانوني، وبهذا فالتدليس ليس هو بحد ذاته العيب الذي يؤثر سلباً أو إيجاباً في الإرادة وإنما الغلط الذي يقع فيه الشخص

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص 309.

2- عرفان نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص 28.

نتيجة إيهامه بغير الحقيقة، عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها الغير أو المتعاقد الآخر¹.

تتفق الصورية مع التدليس في أن كل منهما يخفي شيئاً تحت ستار ظاهر، إلا أن الاختلاف بينهما واضح، حيث يلجأ إلى التدليس أحد أطراف العقد أو كلاهما في آن واحد أو من شخص ثالث، بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين على الغير، كما أن الغاية من التدليس هي موافقة الطرف الآخر على التعاقد بطرق إحتيالية مما يجعل العقد قابلاً للإبطال، أما الصورية فكلا المتعاقدين علم بما يخفيانه عن الغير².

يعتبر التدليس دائماً غير مشروع، حيث يقصد منه دائماً غش المتعاقد الآخر، أما الصورية فقد يقصد منها غش الغير أو غش الخزينة العامة أو التحايل على القانون، كما قد تكون الغاية منها مشروعة³، فالصورية في العقود قد تكون لأغراض ستر أعمال البر والإحسان، فتدخل في باب الصدقة التي يخفيها المتصدق⁴.

التدليس هو السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، فيمكن إثباته بكافة طرق الإثبات كونه واقعة مادية، أما الصورية، فهي تصرف قانوني لا يمكن إثباتها كمبدأ عام إلا بالكتابة في الأحوال التي تزيد قيمة الالتزام فيها على مائتي ألف دينار⁵.

1- جهيدة تيغرمت، سلوى بركان، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 14.

2- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 ص 8.

3- أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة نهضة، مصر، د.س.ن، ص 102.

4- محمد بن سعود الجذلاني، دعوى الصورية.. وهل تسقط بالتقادم؟ محمول على الموقع:

https://www.aleqt.com/2009/08/02/article_258950.html

5- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 290.

يكون في التدليس أحد طرفي العقد ضحية لإحتيال الطرف الآخر قصد تضليله وإخفاء الحقيقة عنه لهذا يكون العقد قابلاً للإبطال لعيب في الرضا، وهو ما أكدته المادة 2/86 من ق.م.ج التي تنص على: " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

ولكن الصورية لا يوجد فيها عيب في الرضا بل قائمة على اتفاق الطرفين وقصدهما في إخفاء التصرف عن الغير¹.

4- تمييز الصورية عن الاستغلال:

يعتبر الاستغلال رابع وآخر عيب من عيوب الإرادة التي جاء بها القانون المدني الجزائري بنص المادة 90 من ق.م.ج، حيث يعرف الاستغلال بأنه عدم التعادل بينما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يلتزم نتيجة لإستغلال المتعاقد الآخر له. يكمن الاختلاف بين الصورية والاستغلال في أن الصورية تتم بإتفاق طرفيها أما الاستغلال يستغل فيه أحد طرفي العقد هوى جامع أو طيش الطرف الآخر، كذلك أن الصورية لا تسقط بالتقادم أما الاستغلال يسقط بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد².

الفرع الثالث

الشروط الخاصة بتكوين العقد السوري

يحتاج العقد السوري لنشأته وانعقاده توافر الأركان العامة لانعقاد جميع العقود، المتمثلة في كل من الرضا، المحل والسبب، لكن باعتباره عقداً يخفي وراءه عقداً مستتراً فإنه يتميز ببعض الشروط الخاصة لتكوين العقد، تتمثل في وجود عقدين، أحدهما ظاهراً والآخر

1- أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص 152.

2- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 51.

خفيا (أولاً)، إضافة إلى وجوب اختلاف العقد الظاهر عن العقد الحقيقي في أحد عناصره (ثانياً)، والتزام ما بين العقدين (ثالثاً).

أولاً: وجود عقدين أحدهما ظاهراً والآخر خفي

يشترط لقيام العقد السوري توفر عقدين، أحدهما ظاهر والآخر خفي ويسمى العقد الخفي المستتر وراء العقد الظاهر بورقة الضد¹، فالمتعاقدين هما اللذين يعلمان وحدهما بوجود عقدين، أما الغير فلا يكون في علمهم إلا العقد الظاهر فحسب².

ثانياً: وجوب اختلاف العقدين

تتحقق الصورية إذا توفر عقدان مختلفان، إحداهما ظاهراً سوريا والآخر مستتراً حقيقياً، بمعنى أنه يستلزم وجود اتفاقين متعارضين، الاتفاق الثاني سري يلغي الاتفاق الأول الظاهر أو يعدله، فقد يتناول هذا الاختلاف بين العقدين وجود العقد الظاهر ذاته كله أو ماهيته أو ركناً أساسية أو شرطاً من شروطه الأساسية، فهما ضدان لا يجمعان، أي استحالة تنفيذهما معاً³، يجب أن يكون العقد الظاهر مختلف عن العقد الخفي، فقد يكون هذا الاختلاف بين العقدين في جزء معين وقد يكون اختلافاً كلياً⁴.

ثالثاً: التزام ما بين العقدين

يعني التزام بين العقدين، أن تتجه إرادة كل الطرفين إلى إبرام العقد السوري والعقد الحقيقي معاً، وذلك لكي لا يعتبر العقد الثاني ناسخاً للعقد الأول أو مجرد تعديل له، فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف ما ومن ثم اتفقا على تغيير التصرف الأول أو تعديل شروطه،

1- أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ صورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2012، ص 137.

2- سهام عربوات، أمينة أعويداد، حماية المتضرر من الصورية في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014-2015، ص 6.

3- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني جزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 37.

4- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 105.

فإننا لا تكون بصدد صورية، وإنما نكون بصدد تصرف سابق تعدلت شروطه أو اتفاق جديد¹.

ولا يعد العقد الحقيقي بمثابة عقد مستتر، إلا إذا كان سابقاً بوقت قريب أو معاصر للعقد الظاهر، بمعنى أنه يجب أن يقوم في ذهن كل الطرفين في نفس الوقت أن أحد الاتفاقين حقيقي والآخر غير حقيقي، فيصدران معاً في وقت واحد، لأنهما عمليتان لا تتجزآن في نية المتعاقدين، فلا بد أن يكونا متعاصرين².

لذلك فإن المهم هو ليس وجود التعاصر الزمني بين العقدتين، وإنما وجود التعاصر الذهني بينهما، ولذلك تقرر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تال للعقد الآخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير وصف بأنه إقالة أو تفاسخ، فهو في حقيقته حسب ما إنعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول³.

المطلب الثاني

صور صورية العقد

يقسم الفقه الصورية إلى صورتين هما: الصورية المطلقة (الفرع الأول)، والصورية النسبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الصورية المطلقة

تتناول الصورية المطلقة مسألة وجود التصرف القانوني ذاته، إذ يصور هذا النوع من الصورية في الظاهر تصرف قانوني لا وجود له في الحقيقة والواقع، بمعنى أنه ليس هناك في الواقع عقداً أو تصرفاً قانونياً حقيقياً مستتراً، ولا يستتر وراءه أي عقد آخر.

1- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 91.

2- سليمان علي علي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 89.

3- رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 201.

وقد حاول البعض إيراد تعريف للصورية المطلقة على النحو التالي: " تلك الصورية التي تجعل من العقد الظاهر مجرد مظهر فقط لا وجود له في الحقيقة، فالمتعاقدان لم يقصدا ترتيب أي أثر قانوني على هذا العقد الظاهر"¹.

تتخذ الصورية عدة أمثلة، منها بيع المدين لأمواله إلى أحد أقاربه ظاهرياً فقط وبتفقا على أن هذا البيع هو عقد بيع صوري بحت، وتبقى هذه الأموال في حقيقة الأمر ملكاً للمدين، ملكاً للمدين².

يطلق على الصورية المطلقة تسمية الصورية الكلية، وقد عرّفت على أنها: " إتفاق الطرفين على أن التصرف المبرم بينهم لا وجود له في الحقيقة فهي تصرف وهمي يخفي حقيقة معينة"³.

تكون الصورية في التصرف القانوني مطلقة عندما لا تكون هناك ثمة تصرف مستتر اتجهت إليه ارادة المتعاقدين، فلا يخفي التصرف الظاهر تصرفاً آخر ونكون أمام تصرف ظاهر فقط يخفي حقيقة انتفاء أي اتفاق بين طرفي التصرف الظاهر⁴، كمن يقوم ببيع شيء ما وهو لم يبيعه ولم يستلم الثمن أو يحرر عقد شركة لفتح ملف ضريبي مثلاً وهي لم تنشأ⁵.
خول القانون المدني الجزائري الحق لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص التمسك بالعقد السوري الظاهري إذا كانوا حسني النية، وهذا إعمالاً بنص المدة 198 التي تنص على ما يلي: " إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد السوري" .

1و2- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 103.

3 راشد مصباح الكلباني، صورية عقد الشركة، دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والكويتي، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، قانون خاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص 18.

4- المرجع نفسه، ص 18.

5- محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 181.

كما لهم أن يتمسكوا بالعقد الحقيقي النافذ بين المتعاقدين، إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد صوري ظاهر، ولهم أن يثبتوا صورية العقد، بجميع الوسائل القانونية تطبيقاً لنص المادة 199 قانون مدني، التي جاء نصها كما يلي: " إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وتأسيساً على ما سبق، فإنه لا وجود بالأساس في الصورية المطلقة لتصرف صحيح بين المدين والشخص الآخر، لذا يعتبر التصرف الصوري تصرف باطل بطلاناً مطلقاً لا يرتب أي أثر قانوني¹.

الفرع الثاني

الصورية النسبية

تتحقق الصورية النسبية عندما يتفق الطرفين على إخفاء تصرف حقيقي تحت تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي، أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصية أحد أطرافه، وللصورية النسبية صور عديدة، منها الصورية بطريق التستر (أولاً)، والصورية بطريق التسخير (ثانياً)، وكذا الصورية بطريق المضادة (ثالثاً).

أولاً: الصورية بطريق التستر

تعرف الصورية بطريق التستر بأنها الصورية التي تتناول نوع العقد لا مسألة وجوده، لكن يسعى أطرافه للتخلص من النظام القانوني الذي يحكمه طبقاً لتكييفه العادي، كأن يبرم الطرفان تصرفاً حقيقياً، ولكن هروباً من نظامه القانوني يتم إبرام تصرف صوري يتفق محتواه والتكييف الذي يرغبان في انطباق نظامه القانوني مع الأصلح لهما²، كالبيع في

1- محمد عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 181

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 167.

صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، أو الوصية في صورة بيع، حتى لا يعلق نفاذها فيما زاد ثلث التركة على إقرار الورثة¹.

يكون الغرض من إخفاء العقد الصحيح إخفاء السبب الحقيقي له، كأن يذكر المدين في سند الدين أن القيمة وصلته نقدًا، بينما الحقيقة لم يتسلم شيئًا، وإنما أراد التبرع بما تعهد بأدائه لباعث مشروع على حسب الأحوال، فيكون العقد الظاهر قرضًا والعقد المستتر هبة، وقد يكون الغرض من التعهد، الوفاء بدين قمار².

يظهر توجه الفقه بخصوص إلحاق الصورية بطريق التستر بالصورية المطلقة أو التصرف الوهمي المحض، حيث أن لا فرق بينهما من حيث الظاهر، فعلى سبيل المثال هبة وهمية أبرمت بغرض إفلات مال المدين الواهب من متابعة وملاحقة دائنيه، بين هبة صورية يستتر وراءها عقد البيع، ففي كلتا الحالتين بمجرد إثبات الصورية، يختفي العقد الظاهر بالكامل³.

ثانياً: الصورية بطريق التسخير

منع المشرع بعض الأفراد من التعاقد أو التملك بأسمائهم⁴ مما يدفع الأشخاص إلى الاحتيال على النص الذي يمنعه من مباشرة هذا التصرف الذي تقتضي مصلحته الوصول إلى إبرامه، لذلك يلجأ إلى شخص آخر، تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون لإبرام العقد، بحيث يظهر هذا الشخص وكأنه يبرم التصرف لحسابه الخاص وفي الحقيقة ما هو إلا تستر لمتعاقد آخر ممنوع من التعاقد، ولكن مع علم المتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة

1- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 30.

2- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 39-40.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 167.

4- حسين علي والرحو، الذنون سعيد محمد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 125.

نكون بصدد الصورية بطريق التسخير، ومثال ذلك منع القضاة من شراء الحقوق المتنازع عليها التي تدخل في اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها وظائفهم¹.

لكن قد نجد حالات أخرى يكون فيها هذا المتعاقد غير عالم بهذا التسخير، كما في حالة التعاقد باسم مستعار، ففي مثل هذه الحالة يستوجب منا التمييز بين التصرفات التي تعقد باسم مستعار، والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير، عن الصورية بطريق التسخير².

فبالنسبة لتمييز الصورية بطريق التسخير عن الاسم المستعار، فإن كل من الأولى والثانية شكلان لإخفاء المتعاقد الحقيقي وراء الشخص المتعاقد الظاهر، إلا أن الاختلاف يبقى قائماً بينهما، حيث يعتبر التعاقد بواسطة الاسم المستعار حالة من حالات النيابة، فالاسم المستعار أو النائب عن سخره، لا يفصح عن نيابته للشخص الذي يتعاقد معه، في حين نجد المسخر في الصورية بطريقة التسخير والشخص المتعاقد معه يعلم بوجود التسخير، كما أن المسخر في الاسم المستعار يبرم ثلاثة عقود كلها جديّة³.

يظهر مما سبق، أن الصورية بطريق التسخير تفترض وجود عقدين أحدهما يمثل المسخر الطرف المعني بالعقد الحقيقي والطرف الآخر الذي إرتبطه معه⁴.

أما بخصوص تمييز الصورية بطريق التسخير عن البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير، فإن هذا الأخير يعد أحد أنواع البيوع التي أثارت اهتمام المشرع، ويقصد به البيع الذي يورد فيه البائع والمشتري شرطاً صريحاً، بمقتضاه يقرر الشخص الذي صار مشترياً

1- إيمان طارق الشكري، التعاقد باسم مستعار، كلية القانون، جامعة بابل، تاريخ يوم 2012/04/18، محمول من الموقع مكتبة جامعة واسط الإلكترونية، ص 81.

2- خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 30.

3- لسعد حسين عبد ملحم الحلبيوسي، "إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد 08، المجلد 14، 2005، ص 05.

4- SAGHY-CADENAS Pedro, op.cit, pp 160-164.

في عقد البيع، أن يحتفظ بحقه في تعيين شخص آخر، يتم التصرف لحسابه الخاص في وقت لاحق محدد¹.

هذا ويشتهر عقد البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير مع الصورية بطريق التسخير في الشخص المسخر والمشتري اللذان لا يعتبران المستفيدين النهائيين من التصرف الذي يبرمونه، وإنما ينقلان الفائدة التي تحققت من التصرف إلى شخص آخر، يعد هو المستفيد النهائي، إلا أنهما يختلفان، في كون أن المشتري في عقد البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير، ينوه صراحة بالعقد المستتر ويكشف عن وجوده، وبالتالي تنتفي الصورية لفقدان العقد السري بصفة الإخفاء عكس الصورية بطريق التسخير، حيث لا يشار إليه في العقد الظاهر بل يبقى سرًا بين الطرفين².

ثالثاً: الصورية بطريق المضادة

يمس هذا النوع من الصورية شرطاً من شروط العقد أو ركن من أركانه، وهو محله، أي الصورية هنا لا تقع على وجود التصرف، بل تقتصر على أحد عناصره، فقد يلجأ المتعاقدان إلى ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي في عقد البيع تهرباً من رسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة³.

تعرف ورقة الضد بأنها مستند يعبر عن حقيقة التعاقد الذي قصد إليه الطرفان، مادام مشروعاً، ويقصد إلى حفظ حقوق الأطراف في مواجهة بعضهما البعض و في مواجهة الغير⁴.

1- خليل حسن مجدي، الصورية نظرية تطبيقية مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، مصر، دس.ن، ص 13.
 2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 182 و ص 185.
 3- جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 47.
 4- أيمن أحمد عبد الحميد، "الصورية وورقة الضد في العقود المدنية"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، ص 35.

المبحث الثاني

العلاقات الناشئة عن العقد السوري

يترتب على إبرام عقد صوري نشوء علاقات بين المتعاقدين أو بينهم وبين الغير لأن الصورية تصرف قانوني ظاهري يخفي تصرف آخر حقيقي مستتر، لذا لا بد أن تكون هناك مجموعة من الأحكام تضبط هذا التصرف، سواء من حيث آثار هذا العقد (المطلب الأول) أو إثبات تلك الصورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية

يصطدم تطبيق حكم الصورية بموضوعين أساسيين في نطاق المعاملات القانونية الأول مبدأ سلطان الإرادة والثاني مبدأ استقرار المعاملات، وتنشأ عن العقد المكون لها آثار سواء بين المتعاقدين وخلفهما العام (الفرع الأول) أو بالنسبة للغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

يقصد بالخلف العام من يخلف الشخص في كل حقوقه أو في جزء منها وقد يكون هذا الخلف وارثاً أو موصى له بجزء من التركة، ويحدث أحياناً أن يكون الخلف العام من الغير بالنسبة للتصرف الذي يبرمه مورثهم، إذا تم التحايل على القانون للإضرار بهم، كأن يفرغ المورث وصية في صورة بيع إضراراً بأحد ورثته¹.

تتصرف إرادة المتعاقدين في الصورية إلى العقد المستتر الحقيقي، حيث أنه لا وجود للعقد الظاهر بينهما، لذلك فإن العقد الذي يجب أن يسري في شأنهما وخلفهما العام العقد الخفي تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 199 قانون مدني

1- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993 ص 270.

على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

ولكي يتمسك المتعاقدان وخلفهما العام بالعقد الحقيقي، يجب أن يكون هذا العقد مستوفياً لكل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة العقد، من رضا محل، سبب، فمثلاً إذا ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع، وجب أن تتوفر في الهبة شروط صحتها وأركانها من الناحية الموضوعية¹ وفقاً للمادة 203 قانون أسرة التي تنص على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"، أما من الناحية الشكلية، فإذا كان العقد الخفي يتطلب شكلية معينة بينما العقد الظاهر لا يتطلب إفراغه في قالب معين، ففي هذه الحالة يكون العقد الخفي صحيحاً.²

وتطبيقاً للمادة 108 القانون المدني التي تنص على أنه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، فإن المشرع لا يرتب أثراً إلا للعقد الذي تلاقت فيه إرادة الأطراف الحقيقية، فالأطراف لا يلتزمون إلا بما اتفقوا عليه، فلا تسري آثار العقد الظاهر أو السوري، لأنه مجرد واقعة لا آثار لها، بينما العقد المستتر هو الذي يرتب آثاره.

1- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديد، للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 144.

2- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. عدد 24 الصادر في 12 جوان 1984، المعدل بموجب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج. عدد 43 الصادر في 22 جوان 2005.

يمحو العقد المستتر تمامًا العقد السوري الذي تتعدم كل قيمة له في حالة الصورية المطلقة، فالإرادة الحقيقية للأطراف لم تنشأ أن تعلق عليه أية قيمة تؤخذ في عين الاعتبار، لذا وجب أن يوضع المتعاقدان في الوضع الذي كانا عليه قبل إبرام العقد السوري¹.

وتبعاً لذلك، فإن البيع السوري لا يترتب أي أثر فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام، حتى لو أبرم البيع في شكل رسمي وتم شهره، إذ يبقى البائع بالرغم من الشهر مالكا للمبيع يجوز له التصرف فيه بكافة التصرفات القانونية، وتكون هذه التصرفات صحيحة منتجة لآثارها، بما في ذلك نقل الملكية إلى المتصرف إليه الحقيقي، ولا يكسب المشتري السوري أي حق، ولا يترتب البيع في ذمته أي التزام بالثمن إذ المعول عليه إرادة الطرفين الحقيقية وهي إتجهت إلى عدم البيع وعدم إحداث أي أثر قانوني، فلا عبرة بالإرادة الصورية التي تظاهرت فقط بمظهر الإرادة المتجهة إلى البيع².

أما إذا تعلق الأمر بالصورية النسبية، فإن العقد الحقيقي لا يعدم العقد الظاهر، بل يعدله جزئياً، بإنشاء التزامات تختلف عن تلك الإلتزامات المترتبة عن العقد السوري³.

ولكي يترتب هذا العقد الحقيقي آثاره لابد من توافر الشروط المطلوبة قانونياً وهو ما قضت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/12/02 التي تقضي: "أنه إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بينهما والخلف العام هو العقد الحقيقي المتوافر لجميع أركانه".

1- بوقرة خولة، مرجع سابق، ص 51.

2- عبد الفتاح الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 182 و183.

3- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام وأحكامها (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي ومعززة بأراء الفقهاء وأحكام القضاء)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 481.

فقضاة الموضوع أشاروا إلى أنهم وجدوا أنفسهم أمام عقدين محررين في نفس التاريخ يناقض كل منهما الآخر فيما يخص الثمن وأن ثمن البيع غير متفق عليه من كلا الطرفين، وبالتالي فركن الثمن غير ثابت لأن العقد يتم بتوافر أركانه جميعاً.

يمكن المجلس من تطبيق المادة 199 من القانون المدني، سالف الذكر، فإنه لا بد أن يكون العقد المستتر صحيحاً ومتوافقاً على جميع أركانه، وطالما أن العقد المستتر المؤرخ في 1987/12/07 الذي هو عبارة عن وصل غير ثابت لأن ركنه غير ثابت ولأنه يناقض العقد المؤرخ في 1987/12/07 فإنه لا يمكن الأخذ به كعقد صحيح مستتر حقيقي¹.

وسريان العقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد التي قصد المتعاقدان من الصورية إستبعاد تطبيقها، فإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي ببطان التصرف الحقيقي المستتر، فإن هذا التصرف يقع باطلاً، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، فإنه يترتب على الإعتداء بهذا التصرف تطبيق القاعدة عدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقرر حقاً للغير، فإنه يترتب على الإعتداد بالتصرف الحقيقي تطبيق هذه القاعدة ويكون للغير التمسك بالحق الذي ثبت له².

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة في بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام: " أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود وكافية لتحديد آثارها، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. وأساس هذا المبدأ هو أن الأفراد أحرار بحسب حالتهم

1- قرار المحكمة الجزائية، الغرفة المدنية، ملف رقم 94944 المؤرخ في 1992/12/02، غير منشور، مشار إليه بمرجع عمر بن سعيد، الإجتهااد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، بريكة، باتنة، 2001، ص 72.

2- أحمد محمد شريف، مصادر الإلتزام في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 24.

الطبيعية، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد حسب هذا الأصل إلا بإرادته"، ويترتب على ذلك تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ما لم يخلق ذلك القانون والنظام العام¹.

والقاعدة أنه لا يترتب أي أثر للعقد السوري فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلى العقد الحقيقي، وليست إلى العقد السوري.

بناءً على ما تقدم فإن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ويترتب على ذلك:

1- إذا كانت الغاية من وجود العقد المستتر هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطان التصرف الحقيقي فإن التصرف الحقيقي يكون باطلاً وبناءً على ذلك إذا كان العقد الحقيقي باطلاً فإنه لا يترتب أي أثر فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن إجازته من قبل الأطراف².

2- طالما اتجهت الإرادة إلى العقد الخفي لا الظاهر، فإن العقد الخفي هو العقد الحقيقي أو ما يعرف بالعقد المستتر هو الذي سيرى عليهما كما سبق الذكر وعلى خلفهما العام، مع ما يترتب على هذا القول من أحكام، وعليه يجب أن تتوفر في العقد الحقيقي أركانه الأساسية من تراضي ومحل وسبب³، أما إذا كان العقد الخفي يتطلب شكلية معينة (كالرسمية) بينما لا يتطلبها العقد الظاهر، فإن العقد الخفي يكون صحيحاً ولو لم يفرغ في الشكل المطلوب⁴.

1- فريد الصحرابي، "الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية سياسية محكمة، عدد 10، المركز الجامعي لتامنغست، 2016، ص 70-ص 71.

2- السرحان عدنان إبراهيم، وخاطر نوري حمد، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 67.

3- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 150.

4- خليل أحمد حسين قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 86.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على عدم قيام العقد السوري بين المتعاقدين في قرارها الصادر بتاريخ 1958/04/03 حيث ورد فيه: "لأن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلاً في نية عاقديه"¹.

كما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية الصادر بتاريخ 1986/04/30 ما يلي: "أنه لا يترتب على مجرد سلوك سبيل الصورية بطلان العمل القانوني الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية بل يقتصر البطلان على الإرادة الصورية التي ليس لها وجود حقيقي".

من خلال القرارين السابقين نجد أن محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الأردنية أكدت على عدم سريان العقد السوري في مواجهة طرفي العقد، وسريان العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، واحتراماً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

الفرع الثاني

آثر العقد السوري بالنسبة للغير

تقتضي دراسة آثار العقد السوري بالنسبة للغير الوقوف على تحديد من هو الغير المستفيد من الحماية من التصرفات الصورية (أولاً)، ثم نتعرض إلى مضمون هذه الحماية (ثانياً).

أولاً: المقصود بالغير في الصورية

يتنوع معنى الغير ويتغير حسب المجال والأنظمة القانونية، فهو مصطلح ليس له معنى ثابتاً دائماً، فالغير في التصرفات الصورية يختلف عن الغير في الشهر، والغير في موضوع الرهن يختلف عن الغير بالنسبة لآثار التصرف وعن الغير في ثبوت التاريخ².

1- الطعن رقم 91، جلسة 1958/04/3، نقلاً عن عبد التواب معوض، مرجع في التعليق على نصوص القانون المدني الجزائري، الطبعة 4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 1038.

2- فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1992، ص 57.

وبما أن مفهوم الغير له طابع متميز في هذا الصدد نحاول تحديده بمحاولة إيجاد معيار بموجبه يستبعد من لا يعتبر غيراً (1)، ومن ثم نتحدد طائفة أشخاص الغير (2).

1- معيار تحديد الغير:

اهتم الفقه بمسألة معيار تحديد الغير في العقد السوري، حيث يرى جانب منه أن تحديد الغير يتم على أساس المسؤولية عن نشوء الظاهر الخادع، فالغير هو من لا يكون مسؤولاً عن نشوئه، إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد، لأنه يشتمل على إدخال فكرة العقوبة في حين لا يترتب على الحكم بالصورية سوى عدم نفاذ العقد السوري في مواجهة الغير¹.
يقترح الأستاذ السنهوري معياراً آخر يقول فيه: "الوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى الغير يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد العقد السوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي مبني عليه تعامله"².

وهناك رأي آخر يقول أن كل من لا يوقع على العقد يعتبر من الغير، وعلى الرغم من بساطة هذا المعيار، إلا أنه يجعل من بعض الأشخاص الذين هم طرف في العقد السوري يستفيدون من الحماية، خاصة لما نكون بصدد صورية بطريق التسخير لا يوقع المتعاقد الحقيقي على العقد السوري بطريق التسخير ولا يعلن عنه في هذا العقد فلا يمكن اعتباره من الغير³.

يتضح مما تقدم أن الراجح فقهاً وقضائياً أن الغير في العقد السوري، هو من لم يكن طرفاً فيه ولا ممثلاً فيه وبني بحسن نية تعامله مع المتصرف إليه بالعقد السوري على أن هذا العقد حقيقي.

1-NAUT Pau, Effets des actes juridiques simules, thèse doctorat, Université de Paris, 1952, P18.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1009.

3- محمد خاطر صبري، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001، ص

2- أشخاص الغير في العقد السوري:

يعتبر المشرع الجزائري في المادة 198 قانون مدني من الغير، كل من الخلف الخاص (أ) والدائنين (ب).

أ- الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء معين، أو في ملكية شيء معين كالموهوب له والمشتري والدائن المرتهن، وهو في نطاق الصورية، كل من كسب من أحد المتعاقدين حقًا عينيًا على الشيء محل التصرف السوري¹، ومثال ذلك: عندما يقوم شخص ببيع معين بيعًا صوريًا، ثم يبيعه بيعًا حقيقيًا، فللخلف الخاص الحق في الطعن ذلك التصرف بالصورية إذا كانت له مصلحة في ذلك، ولولا الصورية لفضل المشتري الأول على المشتري الثاني، لأنه سابق له في التاريخ، لذلك يكون من مصلحة المشتري بعقد حقيقي أن يطعن في البيع الأول (السوري) بالصورية، ويتقدم على المشتري الأول السوري، وكما يمكن أن يصدر التصرف السوري من البائع، يمكن صدوره من المشتري أيضًا، ففي مثلنا أعلاه، يعتمد المشتري (السوري) إلى بيع الشيء بيعًا حقيقيًا، وفي هذه الحالة ليس بإمكان البائع السوري أن يتمسك ضد المشتري الحقيقي (الذي اشترى العين من المشتري السوري) بالعقد المستتر (الحقيقي)، وله (للمشتري الحقيقي) أن يتمسك بالبيع السوري، إذا كان حسن النية وحسن النية مفترض وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك².

كما يرى الأستاذ مجدي حسن خليل أن الخلف الخاص الذي تعامل مع السلف في تاريخ سابق على إبرام العقد السوري ليس من الغير فهو لم ينخدع في الظاهر وكيف ينخدع في ظاهر غير قائم لحظة تعامله مع السلف، كما أن قواعد الصورية هي قواعد استثنائية لا تنطبق إلا على من توافرت فيه شروطها، وشروط انطباق هذه القواعد هي

1- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج2، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإنترام) دراسة موازنة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 322.

2- جوني عيسى إلياس مرزوقة، الصورية، مقوماتها وآثارها، دراسة مقارنة رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت 1998/08/12، ص 187.

انخداع في الظاهر، وهو لم يتحقق بصدد الخلف الخاص الذي نشأ حقه في وقت لم يكن فيه العقد السوري قد أبرم بعد¹.

يلاحظ أن اعتبار الخلف الخاص من الغير بالنسبة لآثار الصورية فيه مخالفة للقواعد العامة من ناحيتين، الناحية الأولى فيما يتعلق بحجية العقد، فالخلف الخاص لا يجوز له أن يتملص من سريان الآثار القانونية الناشئة عن العقود التي يبرمها سلفه قبل انتقال الحق إليه، فهو يتلقى من سلفه الحق وجميع الحقوق المترتبة على هذا الحق، بينما في الصورية يعد الخلف الخاص من الغير الذين لهم حق التمسك بالخيارات ومنها عدم سريان العقد المستتر الحقيقي بمواجهة إلا إذا كان ذلك في مصلحته وتمسك به².

أما الحالة الثانية فيما يتعلق بالأثر الملزم للعقد: فالخلف الخاص وفقاً للقواعد العامة غير ملزم بالعقود التي يبرمها سلفه³.

ب- الدائنون:

تتمثل فئة دائني المتعاقدين في الدائنين العاديين للأطراف المتعاقدة عندما تكون لهم مصلحة تتأثر بالعقد السوري المبرم بين المتعاقدين.

تعد الثقة التي وضعها الدائنون في مدينهم، سبباً كافياً لجعلهم جديرين بالحماية، وقد سمح القانون لهؤلاء الطعن في تصرفات مدينهم عن طريق الدعوى البوليصرية، ودعوى الصورية ليست إلا وسيلة أخرى يلجئون إليها لحماية مصالحهم، فإذا كان العقد السوري عقد بيع فإن دائن البائع السوري يعتبر من الغير، ويحق له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، لأن

1- خليل حسن مجدي، مرجع سابق، ص 131.

2و3- جوني عيسى إلياس مرزوقة، المرجع السابق، ص 198.

مصلحته تكمن في ذلك العقد الذي بمقتضاه يعتبر الشيء محل العقد لم يخرج من ملك البائع أي من الضمان العام¹.

ومثال ذلك: دائن المشتري في البيع السوري تكون مصلحته قد تأثرت بالبيع وتأثرها يكون تأثيراً إيجابياً، لأن المبيع يكون قد دخل في ذمة مدينه المالية ذمة (المشتري السوري)، فالدائن المشتري في هذه الحالة أن يتمسك به إذا كان حسن النية وأساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو ما يقتضيه مبدأ استقرار التعامل من وجوب الاطمئنان إلى الإرادة التي من الممكن التعرف عليها، وحسن النية مطلوب وقت التعامل، أي أن يجعل الغير وجود العقد المستتر في ذلك الوقت، وعلى العكس من ذلك يكون دائن البائع في البيع السوري، فإنه هو الآخر قد تأثرت مصلحته، ولكن تأثيرها يكون سلبياً لأن البيع السوري يؤدي إلى أن يخرج المبيع من ذمته المالية (ذمة البائع السوري)².

رغم أنه لم يخرج منها حقيقة، فله أن يطعن في هذا التصرف بالصورية ويتمسك بالعقد الحقيقي المستتر، فالأصل هو وجوب إعمال العقد المستتر لأنه العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وهنا يجب مراعاة شرط المصلحة³.

وبالتالي يعتبر الدائن من الغير في العقد السوري، سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ما دام خالياً من النزاع، وسواء كان حقه سابقاً على التصرف أو تالياً له⁴.

أما إذا استعمل الدائن العادي الدعوى غير المباشرة أي باسم المدين، ففي هذه الحالة لا يعتبر من الغير، فالدائن في هذه الدعوى ليس إلا نائباً قانونياً عن المدين، فليس له إذن

1- بوقرة خولة، مرجع سابق، ص 56.

2- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج2، أحكام الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965، ص 127.

3- ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 322.

4- فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 108.

من الحقوق أكثر مما له لمدينه طبقاً للمادة 190 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً لجميع دائنيه".

وتبعاً لذلك فإنه يفقد الحق في التمسك بالعقد الظاهر، إلا أن الأستاذ David يرى أن الدائن العادي حسن النية يبقى محتفظاً بصفة الغير، حتى لو مارس حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة¹.

فحسب رأيه أنه من الخطأ أن نميز بين الدائنين العاديين الذين يتصرفون بمقتضى حق خاص وبين الدائنين العاديين الذين يكتفون بممارسة دعوى مدينهم بطريق غير مباشر، حتى نتوصل بهذا التمييز إلى التقرير بأنه في الحالة الأخيرة تكون ورقة الضد نافذة في حقهم بخلاف الحالة الأولى حيث يظلون معتبرين من الغير، بحجة أنه ليس لهم من الحقوق أكثر مما له لمدينهم، ففي نظر هذا الفقه أن الدعوى غير المباشرة ما هي إلا وسيلة أو إجراء تحفظي يمارسها الدائن العادي للمحافظة على الضمان العام المقرر للدائنين على ذمة مدينهم المالية ومكونات هذا الضمان العام لا يمكن أن يجري تعديلها بمجرد ورقة الضد².

ج. حكم بعض الفئات من الأشخاص ومدى اعتبارها من الغير:

ولمعرفة هل الدائنون والخلف الخاص هما الشخصان الوحيدان الجديران بالحماية، لابد من الوقوف على ما ذهب إليه الفقه، حيث انقسم في هذه المسألة إلى قسمين:

يرى جانب من الفقه أن مدلول الغير في العقد السوري يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص فقط، فحسب وجهة نظر هذا الاتجاه، هناك ثلاث طوائف الأولى طائفة المتعاقدين والخلف العام والثانية تتمثل في طائفة الغير، والتي تشمل الدائن الشخصي

1- محمد خاطر صبري، مرجع سابق، ص 196.

2- مرجع نفسه، ص 196.

والخلف الخاص للمتعاقدين، الثالثة ليست لا من طائفة المتعاقدين ولا خلفهم العام، كما أنها لا تدخل ضمن طائفة الدائنين العاديين والخلف الخاص ولا يسري في حقها إلا التصرف الحقيقي ويدخل ضمنها الشفيع والمدين في الحوالة السورية¹.

لذا إذا ما باع شخص عقاراً لآخر، وذكر ثمناً أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل، فإن الشفيع في هذا العقار لا يمكن أن يعتبر غيراً، ولا يمكنه التمسك بالثمن المذكور في العقد السوري للأخذ بالشفعة، بل عليه دفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته البائع أو المشتري، هذا لأنه يستمد حق الشفعة من التصرف السوري، فهو بذلك يفقد شرطاً من شروط الغير وهو أن يكون لحق الغير مصدر يغير التصرف السوري².

كما لا يعتبر المدين في الحوالة السورية غيراً، بالرغم من أنه ليس طرفاً في هذه الحوالة، فإذا ما طالبه المحال إليه السوري بالوفاء فلا يجوز له أن يمتنع عن ذلك، إذا الحوالة تنفذ في حقه بما أن المحيل (أي الدائن) صاحب الحق أصلاً قد قبل بحوالاته أن يحيل المتنازل إليه محله في إستيفاء الحق، فلا مصلحة إذن للمدين في أن يتمسك بصورية الحوالة³.

في حين ذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أن الغير في العقد السوري لا ينحصر في الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقدين، بل هو كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأطراف.

وبالتالي فإن الحماية لا تقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص بل تمتد لتشمل الأشخاص الآخرين كالشفيع، لأن عدم اعتبار الشفيع من بين فئة الغير يؤدي إلى نتيجة

1- أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات، ج1، طبعة سادسة، د.د. ن، 1996، ص 252.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح المدني العقود التي تقع على ملكية عقد البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 1013.

3- أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 252.

غير عادية، تتمثل في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، إذا ما أودع الشفيع الثمن السوري بعد فوات 30 يوماً دون أن يعلم بالثمن الحقيقي وهذا ما نصت عليه المادة 799 من القانون المدني الجزائري.

كما أن حق الشفيع مستمد من القانون لا من محل التصرف السوري، وبالتحديد من المادتين 794 إلى 798 من القانون المدني الجزائري، ذلك أن الشفيع في ممارسته لرخصة الشفعة إنما يباشر مكنة منحها له المشرع بنصوص قانونية وليس للبائع ولا للمشتري دور في التأثير على هذه المكنة، فدورهم مجرد واقعة مادية تتجسد في مباشرتهم لواقعة بيع العقار، أما المكنة نفسها فمصدرها القانون وليس عقد البيع¹.

هذا ما استقر عليه الفقه والقضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصري بأن: " الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع بسبب الشفعة فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر دون المستتر بشرط أن يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته"².

وهو ما تبناه أيضاً القضاء الجزائري حيث استقر على اعتبار الشفيع من الغير، هذا ما يستشف من مضمون القرار الصادر بتاريخ 2003/07/23 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا والذي جاء فيه: " حيث إنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، والحكم المؤيد بموجبه وإلى الإجراءات المتبعة في الدعوي فإن الطاعنة العالية رفعت دعوى ترمي إلى إبطال عقد الهبة من المطعون ضدهم ورثة (ع-ب) لفائدة (ح-م) و (ح-ع) والمؤرخين في 1990/11/25 والمشهرين في 1991/07/02 وذلك على أساس صورية عقد الهبة كونه يخفي اتفاقاً بالبيع وأن إفراغ هذا التعامل في شكل هبة المراد منعها من ممارسة حق

1- محمود سعد ماهر، دعاوي حماية الضمان العام للدائنين، المكتبة القانونية المركزية، القاهرة، 1996، ص 178.

2- محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنية، قرار المؤرخ في 1953/01/29 نقلاً عن محمود سعد ماهر، مرجع سابق، ص 193.

الشفعة....، وحيث إن كان المشرع في هاتين المادتين في معالجته للصورية قد إقتصر على آثار العقد السوري (العقد الظاهر) بالنسبة للدائني المتعاقدين والغلق الخاص (المادة 198 من ق.م.ج) وعلى آثار العقد الحقيقي (العقد الخفي) بين المتعاقدين والخلف العام (المادة 199 من ق.م.ج) فإنه من المستقر قضاء وفقهاً أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه ولا يفوتنا أن نذكر من بين الغير، خزينة الدولة فتكون الصورية موجهة ضدها، ويتمثل هذا الغش في إجتناح تحصيل الضرائب والرسوم الناجمة عن بيع مال معين، عادة ما يكون عقاراً، وقد يتم ذلك إما بذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي، أو من خلال إبرام عقد معاوضة صوري، بينما تكون حقيقة التصرف تبرعاً، وبالتالي للخزينة العامة التمسك بالصورية، إذا تضمن العقد بياناً حقيقياً للإضرار بحقوقها¹.

يمكن القول في الأخير، أن الغير الذي يستفيد من هذه الحماية هو كل شخص لم يكن من أطراف العقد السوري، ولا من خلفهم العام، وكانت له مصلحة أو حقوق تأثر بها وسواء كان ينتمي لفئة الخلف الخاص للمتعاقدين، أو دائنيهم العاديين أو لا ينتمي وكان قد وثق في الظاهر وإنخدع به وتعامل على أساسه².

ثانياً: مضمون الحماية

عمل المشرع على حماية الغير من التصرفات الصورية، وذلك بعدم نفاذ التصرف الحقيقي في مواجهته³، ذلك بتمكينه من التمسك بالعقد السوري حيث ينص صراحة في المادة 198 من القانون المدني، على أنه: ".... فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد السوري"، إلا أنه لا مانع من أن يتمسك بالعقد

1- جلال على العدوى، أصول وأحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 95.

2- محكمة النقض المصرية، الغرفة المدنية، قرار المؤرخ في 1953/01/29 نقلاً عن: محمود سعد ماهر، مرجع سابق، ص 193.

3- سعيد ربيع عبد الجبار، النظام القانوني للعقد السوري، مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 04، المجلد 01، العراق، 2005، ص 91 نقلاً عن بوقرة خولة، ص 22.

الحقيقي إذا كان يخدم مصلحته، فالبرغم من عدم نص المشرع صراحة على ذلك فإنه يستخلص من ظاهر النص.

لذا يقتضي دراسة كلا الحالتين على التوالي بدءاً بالفرض المنصوص عليه صراحة، وهو تمسك الغير بالعقد السوري (1)، وصولاً إلى الفرض المستخلص وهو إمكانية تمسك الغير بالعقد الحقيقي (2)، ودراسة هذين الفرضين تؤدي بنا حتماً إلى معالجة حالة أخرى تفرض نفسها هي حالة تعدد الغير، وتمسك بعضهم بالعقد السوري، وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي، وهذا الفرض سكت عنه المشرع، فهل يمكن القول بوجود فراغ تشريعي (3).

1- تمسك الغير بالعقد السوري

أجاز المشرع للغير في المادة السالفة الذكر التمسك بالعقد الظاهر، باعتباره العقد الذي انخدع به، يعتبر ذلك استثناءً من القواعد العامة لأنه في حقيقة الأمر عقد لا يعبر عن إرادة الطرفين الحقيقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه ليس له وجود قانوني سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، إلا أنه قد تقتضي مصلحة الغير التمسك به¹

إلا أن الفقه اختلف في تبرير أساس هذا الحل، فمنهم من يبرره على أساس فكرة العقوبة أي أن أعمال المظهر في الصورية هو نوع من العقوبة يلحق الشخص المستفيد من التصرف السري جزءاً له على كتمانها للحقوق التي اكتسبها في الخفاء، وهذه العقوبة جزاء مانع من وقوع الضرر لأنها تحرم المتعاقد السوري من التمسك بالعقد المستتر قبل الغير حسن النية².

1 و2- هشام طه محمود سليم، الوجيز في مصادر الإلتزام، في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني"، مصر، 201، 5، ص 163.

فالعنصر الظاهري في الصورية وليد إرادة هادفة لخلقه وإظهاره بالشكل الذي برر فيه فالمتصرف قصد إظهار خلاف ما يبطن، فيؤخذ بما يظهر، عقاباً له على إرادته بخلق مظهر خادع متى كان الشخص الثالث حسن النية وله مصلحة في التمسك بهذا الظاهر وإن تسبب ذلك بحدوث أضرار لأطراف التصرف السوري ماداموا أنهم هم من قاموا بخلق هذا الظاهر¹.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، حيث تعد فكرة إيقاع العقوبة بالمتصرف السوري عاجزة عن تبرير هذا الحل، طالما أن النزاع يدور بين الغير، خاصة في حالة تمسك الغير بالعقد المستتر في مواجهة غير آخر يتمسك بالعقد الظاهر، فكيف نوقع العقوبة على غير لم يشارك في ارتكاب الصورية².

إضافة إلى ذلك، فإن توقيع الجزاء يستدعي الاعتداد بالحالة الذهنية لأطراف الصورية، وهو ما لا يتفق مع إرادة المشرع الذي جعل مناط هذه الحالة الذهنية للغير، وليس الحالة الذهنية لدى المتعاقدين³.

في حين ذهب أغلب الفقهاء، وهو الرأي الراجح، إلا أن تبرير هذا الحل يكون على أساس مبدأ استقرار المعاملات واحترام الأوضاع الظاهرة. فالغير قد تعامل مع أطراف الصورية على أساس العقد الظاهر، وهذا الأخير خلق وصفا ظاهراً غير حقيقي فانخدع الغير به، فمن مقتضى قواعد العدالة ألا يحتج على الغير إلا بالعقد الذي أحيط به علماً وهو العقد الظاهر⁴.

1- عبد الرحمن عياد، أساس الإلتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1956، ص 70.

2- خليل حسن مجدي، مرجع سابق، ص 181

3- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 120.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على ملكية عقد البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 1009.

2- تمسك الغير بالعقد المستتر

تطبيقاً للقاعدة التي تقضي العبرة بمن انصرفت إليه الإرادة الحقيقية ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير¹، فيجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية، أي لا يعلم بالعقد المستتر، أما إذا كان الغير على علم بالعقد الحقيقي فإنه يسري في حقه شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى تبث علمه به، حتى ولو كان هذا العقد غير مسجل².

مثلاً فلو باع شخص منزلاً لشخص آخر بيعاً سورياً، فكل من كسب حقاً عينياً على هذا المنزل قبل البيع السوري أو بعده، من البائع، أو المشتري، يعتبر من الغير في البيع السوري الذي تم.

فللغير وبصفة خاصة دائني كل من المتعاقدين، فقد أجاز لهم المشرع التمسك بالعقد السوري وهو العقد الظاهر الذي أعلنه المتعاقدان للناس، إذ المفروض ألا يعلم الغير بالعقد المستتر الذي أخفاه المتعاقدان عن الناس.

على هذا النحو إذا باع شخص شيئاً يملكه بعقد سوري واحتفظ بملكته بعقد حقيقي، فإنه يجوز مع ذلك لدائن المشتري أن يتمسك بالعقد السوري، أي أن يعتبر أن الملكية قد انتقلت فعلاً إلى مدينة المشتري ومن ثمة يجوز له بالتالي أن ينفذ على هذا الشيء ويبيعه بالمزاد العلني استثناء لحقه.

1- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 122.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 165.

يشترط لذلك أن يكون دائماً المشتري حسن النية لا يعلم أن هذا العقد صوري غير حقيقي، ويفترض في الدائن حسن النية وعلى من يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات¹ وهو ما عبر عنه المادة 198 من القانون المدني.

إذا كان أساس تمسك الغير بالعقد السوري الظاهر هو وجوب استقرار المعاملات فإنه يتعين لذلك أن يكون حسن النية وقت تعامله.

بمعنى أن للغير أن يتمسك بصورية العقد الظاهر متى كان حسن النية وقت التعاقد أي جهل وجود العقد الحقيقي المستتر في ذلك الوقت، ذلك أن حسن النية مفروض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله، إنتفت الحكمة من حمايته المقررة بنص القانون، ولازمه العقد الحقيقي المستتر شأنه في ذلك وشأن المتعاقدين.

فلا بد إذن أن يكون الغير جاهلاً بصورية العقد السوري الظاهر حتى أن يتمسك به ويكفي أن جهل هذه الصورية وقت تعامله، حتى ولو علم بها بعد ذلك².

لما كان الأصل هو حسن نية الغير الذي يتمسك بالعقد السوري، إلا أنه على من يدعي سوء النية إثباتها، وإذا تم شهر العقد المستور فلا يقبل منا الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك، إذا أنه بشهره لم يعد مستوراً ما لم يكن قد تعامل على أساس تصرف الظاهر قبل تسجيل العقد الحقيقي، إذا العبرة في حسن النية بالوقت الذي يبني فيه الغير تعامله على أساس العقد الظاهر، فيشترط أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت البيع³.

1- سمير عبد السيد تناعو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 272.

2- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 72.

3- أيمن أبو العيال، " الصورية ودعوى الطعن بها "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 01، المجلد 20، سوريا، 2004، ص 58.

الحكمة في حماية الغير حسن النية ضمناً لاستقرار التعامل، حيث ترتب على وجود العقد السوري مظهر كاذب اطمأن به الغير واعتمد عليه في تعامله¹.

يقصد بحسن النية في عقد البيع السوري الجهل بحقيقة الواقع، أي الجهل بأن العقد الظاهر هو في الحقيقة عقد صوري، والمفروض أن الغير حسن النية لا يعلم بالعقد المستتر، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه ولاشك أنه لا يقبل من الغير الاحتجاج بجهله بالعقد الحقيقي، إذا كان هذا العقد قد تم شهره.

فمثلاً من مصلحة دائن المشتري السوري أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانه العام ويمكنه التنفيذ عليه، ويستطيع المشتري من المشتري السوري أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى تنتقل إليه الملكية، ويجوز للشفيع أن يودع الثمن المسمى في العقد خزانة المحكمة، وليس للبائع أو المشتري أن يحتج عليه بأن هذا الثمن يقل كثيراً عن الثمن الحقيقي².

3- تعارض مصالح الغير

تصطدم مصلحة بعض الدائنين مع مصلحة البعض الآخر، فقد يكون من مصلحة بعضهم أن يتمسك بالعقد الحقيقي (المستتر)، وبعضهم الآخر يتمسك بالعقد الصوري (الظاهر) إذا كان من مصلحته، وكان حسن النية، فالذي يلاحظه هنا هو أن التعارض قائم بين المصالح وحاصل لا محالة، فأبي المصالح تلك أجدر بالرعاية وأولى بالتقدم والتفضيل³.

1- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في الصورية والشفعة، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال الأربعة وستين عاماً، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 38.

2- المرجع سابق، ص 39.

3 - عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 128.

فقد يتمسك بالعقد المستتر وقد يتمسك بالعقد الظاهر، ومثال ذلك قام زيد ببيع قطعة من أثاث بيته الفاخر بيعاً سورياً إلى عمر، فيكون من مصلحة دائني عمر التمسك بالعقد الظاهر (السوري).

حتى يتمكنوا من أن ينفذوا على ذلك المال الذي اشتراه مدينهم عمر (المشتري السوري)، وبالمقابل يكون من مصلحة دائني زيد أن يتمسكوا بالصورية ويحاولون جهد إمكانهم إثبات صورية البيع توصلاً إلى عدم خروج تلك العين المباعة من ملك مدينهم زيد (البائع السوري) كي تبقى تلك العين جزء من الضمان العام .

في حين أن من مصلحة الدائن المشتري أو خلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر ففي هذه الحالة أيهما الأرجح¹.

في هذا الشأن لم ينص المشرع صراحة على حكم يتعلق بذلك يوجد إذن فراغ تشريعي في هذا الصدد، إلا أنه في الصورية تتجلى حماية الغير في نفاذ العقد الظاهر، لهذا ففي حالة تزامم بين دائنين يتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ويمسك البعض الآخر بالعقد السوري تكون الأولوية لمن تمسك بالعقد الظاهر لأن هذا هو الذي قصده المشرع ولا يوجد في هذا الصدد فراغ تشريعي بل يصبح تكراراً لو أضيفت مادة تتناول الموضوع².

المطلب الثاني

إثبات الصورية

تفترض الصورية وجود عقدين أحدهما هو العقد الحقيقي الذي يخفيه المتعاقدان وثانيهما هو العقد السوري الذي يظهر، ويخضع المتعاقدان في إثبات العقد المستتر للقواعد

1- عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 377.

2- جهيدة تيفرمت، سلوى بركان، مرجع سابق، ص 20.

العامة المقررة في الإثبات، لذلك من يدعي الصورية يقع عليه عبء إثباتها، سواء تعلق الأمر بالعلاقة بين المتعاقدين وخلفهما العام (الفرع الأول)، أو بالغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام

تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام بالكتابة، إلا أن هناك حالات محددة جاءت كاستثناءات على هذا المبدأ، فنجد مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية (أولاً)، الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية (ثانياً).

أولاً: مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام للقواعد العامة في الإثبات، فلا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة¹، وما يجب إثباته بالكتابة هي التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على 100.000 دينار جزائري، أو كانت غير محددة القيمة، فهذه التصرفات لا يجوز إثباتها بالشهود وفقاً للمادة 333 من ق.م.ج: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

كما يجب على المتعاقد أن يحتاط في حالة ما إذا كان العقد الظاهر والعقد الحقيقي من شأنه الإضرار به، وذلك بأن يحصل على وثيقة تثبت حقيقة التصرف والتي تسمى "ورقة الضد"، فإن لم توجد فإنه يمتنع إثبات الصورية بغير اليمين أو الإقرار².

1- رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 208.

2- فتحي عبد الرحيم، عبد الله، أحمد شوقي عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، ج 2، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 92.

إذا ادعى المدعى أن السبب المذكور في العقد هو سبب صوري يستتر سببا حقيقيا وهي الصورية النسبية، فإنه إذا كان السبب الحقيقي مشروعا وجب على المدعى أن يثبته بالكتابة وفقا للقاعدة المتقدمة وهذا سواء كان العقد الظاهر ثابتا بسند رسمي أم بسند عادي¹.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات في الصورية

يرد على مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية استثناءات يجوز فيها الإثبات بالشهود وتتمثل هذه الاستثناءات في الحالات التالية:

- حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة:

نصت المادة 335 من قانون مدني على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

يفهم من هذا النص أن الكتابة التي تصدر من الخصم تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال كالخطابات والإيصالات والمخالصات والمذكرات الشخصية وغيرها، ويشترط لتحقيق مبدأ ثبوت بالكتابة ثلاثة شروط: أولها أن يكون دليل كتابي صادر من الخصم بغض النظر إذا كان موقعا أم لا، وثانيها أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه، وثالثها أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال، فإذا توفرت هذه الشروط كاملة كان لمبدأ ثبوت بالكتابة نفس قوة الإثبات بالكتابة متى أكمله الخصم بشهادة الشهود، إذا تم الخصم خطابا أو إيصالا من خصمه يتضمن وقائع تجعل الصورية قريبة الاحتمال، جاز للمحكمة اعتبار هذا الخطاب أو الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة وعلى المتمسك به تكملة الإثبات بشهادة الشهود.

1- أيمن أبو العيال، مرجع سابق، ص 75.

- في حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو ضاع السند لسبب أجنبي¹:

تنص المادة 336 قانون مدني: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة":

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي دون الحصول على دليل كتابي،
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

نستخلص من هذه المادة أنه في حالة إثبات الصورية بالكتابة لوجود مانع مادي كوفاة الخصم دون حصول الطرف الآخر على ورقة الضد أو أن يغش الخصم خصمه ليمنعه من الحصول على دليل كتابي أي ورقة الضد لإثبات صورية التصرف المبرم بينهما كأن يتفق شخص مع شخص آخر أن يبيعه عقار مملوك له بيعا سوريا على أن يحصل على ورقة الضد تثبت حقيقة التصرف، ولما صدر من هذا الشخص عقد البيع قام الشخص الآخر بتسليمه ورقة الضد موقعة من طرف شخص آخر غيره غشا منه، ففي هذه الحالة كان للشخص البائع إثبات صورية العقد بشهادة الشهود.

يجوز أيضا إثبات الصورية بالشهود حالة وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي كصلة الأبوة التي تعتبر من الموانع الأدبية التي قد تمنع الأب من الحصول على ورقة الضد من ابنه كذلك صلة الزوجية قد تمنع الزوج من الحصول على ورقة الضد، كذلك في حالة ضياع السند الكتابي بعد الحصول عليه لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدعى كان أيضا لهذا الأخير إثبات الصورية بالشهود².

1- عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ص 148-149.

2- عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 150.

- حالة التحايل على القانون:

لا تعمل قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة إذا كان القصد من الصورية هو التحايل على القانون أو التهرب من أحكامه، لا يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات من شهادة وقرائن، كأن يكون سبب الدين غير مشروع وهو القمار، ويدون المتعاقدان في مضمون العقد على أنه قرض.

والأمر كذلك إذا كان الهدف من الصورية التحايل على قواعد الوصية قصد الإضرار بالورثة، كأن يقوم المورث ببيع مال له أو يقر بدين فهو في الحقيقة لم يقصد لا البيع و لا الإقرار بدين وإنما قصد من ذلك الوصية ففي مثل هذه الحالة للورثة إثبات حقيقة التصرف بكافة طرق الإثبات حتى ولو كان التصرف ثابت بالكتابة¹.

وفي ذلك تنص المادة 185 قانون أسرة جزائري على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة".

أجاز القانون إثبات الصورية في حالة التحايل على القانون أو قواعد الوصية بكل طرق الإثبات بسبب استحالة الحصول على ورقة الضد، لأن المتعاقد المتحايل ليس لمصلحته أن يقدم دليل ضد نفسه².

1- فتحي عبد الرحيم، عبد الله، أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 92.

2- المرجع نفسه، ص 94.

الفرع الثاني

إثبات الصورية بالنسبة للغير

تختلف طرق إثبات الصورية فيما إذا كانت الدعوى مرفوعة من الغير، فسبق الذكر أن الدائنون والخلف الخاص يعتبرون من الغير حيث لا يحتج بالعقد السوري عليهم فيمكن لهم إثبات الصورية وهذا ما سنبينه كالتالي:

يثبت الغير الصورية بكل طرق الإثبات من شهادة وقرائن وهذا الوجود سببين، يتمثل السبب الأول في تطبيق مبدأ نسبية أثر العقود أي أن آثار العقد لا تمتد إلى من لم يكن طرفاً في العقد وكما أنها لا تلحق به ضرراً، أما السبب الثاني مفاده أن الغير لا يمكن له الحصول على دليل كتابي لمانع أدبي أو مادي أو في حالة ضياع ورقة الضد¹.

إذا وجهت الصورية إلى الغير للإضرار به وليس للإضرار بأحد أطراف العقد التي يقصد منها الإحتيال على القانون فإن أحد الطرفين لا يستطيع أن يثبت الصورية في مواجهة الغير، ولا يتم الإثبات في هذه الحالة إلا بالكتابة لأنه باستطاعته الإحتفاظ بورقة الضد في مواجهة المتعاقد معه².

يجوز لغير أطراف المعاملة الصورية وخلفهم العام أن يثبتوا صورية الإلتزام بكل طرق الإثبات دون أن يفرض عليهم الإثبات بالكتابة ولو كان التصرف المطعون بصوريته ثابتاً بالكتابة لأنه من المتعذر والمستحيل على غير أطراف المعاملة الصورية أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرف فيه³.

1- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 207.

2- عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 207.

3- إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1976، ص 207.

يضاف إلى كل هذا نجد أن الغير لا يمكن أن يطلب منه الإمتثال لقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة فالتصرف بالنسبة لهم يأخذ حكم الواقعة المادية¹.

1- مقدم ياسين، مرجع سابق، ص 32.

الفصل الثاني

دعوى الصورية

تعتبر دعوى الصورية آلية قانونية لحماية المتضرر من العقد الصوري ووسيلة للمحافظة على الضمان العام، فهي أداة إثبات لصورية العقد، تكشف عن كون الأخير مجرد ستار يخفي وراءه الطرفان حقيقة ما تعاقدوا عليه، لذا فإن معالجة دعوى الصورية تستلزم منا تحديد مفهومها في (المبحث الأول)، وصولاً إلى إستعراض كيفية مباشرتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم دعوى الصورية

وضع المشرع في يد الدائن دعوى الصورية للكشف عن حقيقة تصرف مدينه، مما يقتضي بنا التعمق في تعريف دعوى الصورية وتناول أهم شروط قيامها، ومن ثم ما يميزها عن غيرها من الدعاوى (المطلب الأول) بعد ذلك يتم التطرق إلى مقومات الدعوى الصورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بالدعوى الصورية

تقتضي دراسة التعريف بالدعوى الصورية من خلال الكشف على تعريفها (الفرع الأول) والإشارة إلى الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى أمام القضاء، حيث أن تخلفها يقتضي الحكم بعدم قبولها (الفرع الثاني)، وتمييزها عن مختلف الدعاوى الأخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الدعوى الصورية

تعرف الدعوى الصورية بأنها تلك الدعوى التي يرفعها الدائن ليثبت أن المدين قد تظاهر بأنه تصرف في مال معين مملوك له، سواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات ليسهل إخفاءها، ويكون هذا التصرف قد نقص من الضمان العام للدائن في الظاهر، وأنه في الواقع لا يزال هذا المال في ذمة المدين ويدخل في الضمان العام¹.

1- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 191.

وأساس دعوى الصورية هو الضرر الذي يصيب الدائن سواء كانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة أي قصد بها الأضرار بحقوق الدائنين، ذلك لأن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليبعده من الضمان العام يكون قد أخل بالتزام تبعي إلى جانب التزامه الأصلي.

فإذا كان للمدين حرية التصرف وإدارة أمواله إلا أنه إذا كان هذا التصرف صوري بمعنى أن المدين لم يتصرف أصلاً في ماله أو أنه أظهر تصرف آخر غير التصرف الحقيقي، كان للدائن أن يطعن في هذا التصرف بدعوى الصورية ليكشف عن حقيقته حتى يستبقى على مال المدين المتصرف فيه تصرفاً صورياً في ضمانه العام ليستطيع التنفيذ عليه¹.

فدعوى الصورية لا تعتبر دعوى إبطال *action en nullité* ولا دعوى إصلاح ضرر *action en réparation de préjudice* بل دعوى بنفي التصرف *action en déclaration d'inexistence* فيطلب فيها إلى القضاء الحكم بتقرير عدم وجود العقد من الناحية القانونية، وليس الغرض من الرجوع إلى القضاء هو الحصول على حكم مقرر لحالة جديدة لم تكن متوفرة قبلاً، لأن صورية العقد ملتصقة به من يوم نشؤه المادي، فلا حاجة إلى الحكم بالصورية مادامت قائمة فعلاً من قبل وإنما الغرض منها أن لا يترك الأفراد يعملون من تلقاء ذاتهم على تقاضي ديونهم بقوتهم صارفين النظر بالإعتبارات القانونية غير متقيدين بالمبادئ القانونية العامة، ولما كان الأصل في العقود أن تكون نافذة ولو مؤقتاً حتى يقوم الدليل على بطلانها فقد أتاح القانون الدائن أن يرفع دعوى الصورية ليتحصل على حكم مقرر *déclaratif* لا منشئ *attributif* للصورية².

1- عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 166.

2- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج 05، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 274.

مثال ذلك دعوى الصورية تتصرف إلى تقرير صورية العقد المطعون عليه بإعتباره يخالف حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان، ولذلك يجب أن تنحصر طلبات المدعي المتعلقة بالطعن في العقد بتقدير صوريته وبعد ذلك يحق له أن يضيف طلبات أخرى كتثبيت ملكيته لعين النزاع عندما يكون مشتريا سجل عقده بعد تسجيل التصرف الصوري، وقد يكون وارثا يطعن على العقد الصادر مورثه بالصورية بإعتباره أنه يخفي و حينئذ يكون له أن يضيف تثبيت ملكيته لما يجاوز ثلث التركة¹.

يستفاد مما تقدم أن دعوى الصورية لما كان لمحكمة الموضوع أن تعطي للدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، ومن ثم يكون لها إذا رفعت إليها الدعوى بطلب بطلان عقد ورأت أن التكييف الصحيح لها أنها دعوى صورية، وجب عليها أن تقضي فيها وفقا لهذا التكييف الأخير دون حاجة إلى تبنيه الخصوم وهي عندما تقتضي بذلك لا تكون قد قضت في صميم طلباتهم².

الفرع الثاني

شروط ممارسة دعوى الصورية

تستلزم دعوى الصورية كغيرها من الدعاوي لمباشرتها أمام القضاء أن يتوفر في الطاعن شرط المصلحة أو الصفة القانونية (أولا) وأن يكون حقه ثابتا أو خاليا من النزاع (ثانيا)، لكي يثبت أن المال المتصرف فيه تصرفا صوريا، ولما يخرج من مجال فكرة الضمان العام.

1- أنور طلبية، الصورية واوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2004، ص 104.

2- المرجع نفسه، ص 105.

أولاً: أن يكون للطاعن صفة قانونية والمصلحة

إذا كانت الدعوى هي الوسيلة القانونية لحماية الحق بواسطة القضاء، فليس معنى ذلك أن من يستخدمها هو صاحب الحق، فلا بد من توافر شروط معينة حتى تقبل دعواه.

- 1- على المدعي ان يثبت حقه وللمدعى عليه نفيه.
 - 2- ويجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى و منتجة فيها وجائز قبولها.
 - 3- ولا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي.
 - 4- الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسببها ما لم تتضمن حكماً قطعياً في دفع أو طلب.
 - 5- وفي جميع الأحوال يتعين تسبب الأحكام الصادرة في دعاوى المستعجلة بإثبات الحالة أو بسماع شاهد.
- ككل الدعاوى القضائية يجب على رافع الدعوى الصورية، أن تتوفر فيه المصلحة والصفة.

فتعتبر المصلحة أهم شروط لقبول الدعوى بصفة عامة والدعوى الصورية بصفة خاصة، لذا يجب أن يكون للمدعي مصلحة في مباشرة دعواه¹.

فلا يكفي لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها في رفعها، إنما يجب أن تكون هذه المصلحة قانونية، وقد تكون مادية أو معنوية إلا أن هناك من يرى أن تكون المصلحة مالية كي تقبل دعوى الصورية، في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه يكفي لقبول دعوى الصورية توافر المصلحة المعنوية، لأن القول بغير ذلك يعطل هذه الدعوى حين يكون محلها عقداً من العقود غير المالية².

1- خليل بوضنوبرة، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج 1، دار نوميديا للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2010، ص 108.

2- عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 393.

يمكن القول أن كل من تثبت لديه مصلحة مشروعة، يستطيع التقاضي أيًا كان وضعه بالنسبة للعقد الصوري سواء كان طرفًا أو خلفًا عامًا أو خاصًا، أو حتى الغير والمصلحة الجديرة بالحماية هي المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز قانوني مشروع. كما يشترط أيضا أن تكون مباشرة وقائمة وحالة أي أنه يمكن أن تقام دعوى الصورية من قبل جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة مباشرة في الكشف عن الصورية والتمسك بالعقد الحقيقي¹.

وتكون غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة أو كانت مصلحة إقتصادية².

مثال ذلك عندما يطلب شخص من خليلته تنفيذ عقد تم بينه وبينها يقضي باستمرار العلاقة بينهما ومثال على المصلحة الاقتصادية، عندما يطلب تاجر بطلان عقد تأسيس شركة تنافسية في تجارته دون أن يكون شريكا فيها وهذا ما نصت عليه المادة 03 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 02 لسنة 2001 على أنه: "لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.

تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

إذا لم تتوافر المصلحة وفقا للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعد قبول الدعوى"³.

ينطبق هذا النص على الدعوى الصورية، وبذلك يمكن ان ترفع دعوى الصورية من قبل جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة مباشرة في إعلان الصورية والتمسك بالحقيقة، وقد سبق بيان من لهم مصلحة في رفعها، وقد تكون المصلحة محتملة، الغرض منها دفع ضرر

1- راشد مصباح الكلباني، مرجع سابق، ص 92.

2- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1952، ص 123.

3- محمد وليد هاشم المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 160.

محقق، ومثال ذلك الدائن الذي لم يصبح دينه حال الأداء ويقدم الدعوى الصورية بقصد إثبات أن أموال المدين لم تخرج من ذمته، فتكون مصلحته في رفع الدعوى دفع الضرر محقق، يتجلى في إنقاص الذمة المالية للمدين وهو بدوره يحافظ على الضمان العام للدائنين، إلا أن ذلك لا يعني أن كل مصلحة محتملة يمكن رفع الدعوى بناء عليها¹.

ومن الواضح أن هذه المصلحة تتحقق عندما تكون أموال المدين غير كافية لوفاء ديونه بسبب التصرف الصوري الذي قام به، أما إذا كانت أموال المدين كافية للوفاء بديونه رغم قيامه بالتصرف الصوري فإن المصلحة تزول ولا تتحقق، إلا إذا كان من شأن التصرف الصوري الذي أجراه المدين أن يؤدي إلى زيادة إعساره وإلى الوصول به إلى مرحلة الإعسار، فيستطيع الدائن الطعن في الصورية ولا تزول عنه المصلحة أو الصفة القانونية².

أما إذا لم يكن للدائن مصلحة مباشرة في رفع الدعوى الصورية، فإن دعواه لن تقبل حيث تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، كما يمنع التمسك بصورية العقد، وقد ضرب لنا القاضي عبد الله سامي على ذلك بالقول: "لا يجوز للناخب الطعن بصورية عقد يملك المرشح بمقتضاه، النصاب المالي اللازم للترشيح وإن جاز ذلك لمرشح آخر ينافس الأول لإنتفاء المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة للناخب، ولتحققها بالنسبة للمرشح الآخر".

1- عرفات نواق فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص 61.

2- توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.س.ن، ص 707-708.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بخصوص المصلحة في قرارها الصادر سنة 1997 بالقول: "إن المصلحة مناط الدعوى وشرط لقبولها ولا يقبل طعن من غير ذي مصلحة..."¹.

يؤكد هذا النص على ضرورة وجود المصلحة لقبول الدعوى مما يعني أن أي دعوى أو طلب أو طعن لا يوجد لصاحبه مصلحة لا يمكن قبولها.

إن من غير المتصور السماح للأفراد باللجوء إلى القضاء على سبيل المزاح دون وجود مصلحة حقيقية في الإلتجاء للقضاء.²

يلزم توافر الصفة لطرفي الدعوى لما كانت هذه الأخيرة هي حق الإلتجاء إلى القضاء لحماية المركز القانوني المدعي به، بأن ترفع الدعوى ممن يدعي إستحقاقه لهذه الحماية و ضد من يراد الإحتجاج عليه بها، أي ترفع من ذي صفة فإذا لم يكن للمدعي صفة الطرف بالصورية فلن تقبل دعواه.³

ثانياً: أن يكون حق الدائن الطاعن ثابتاً وخالياً من النزاع.

تستلزم دعوى الصورية حتى تكون للطاعن مصلحة وصفة قانونية، يجب أن يكون حقه الذي يتقل ذمة المدين ثابتاً وخالياً من النزاع، أما إذا كان حق الدائن الطاعن غير ثابت ومنتازع عليه ليس له الطعن على تصرف مدينه بالصورية⁴، أما إذا كان هذا الحق غير مستحق الأداء وقت رفع الدعوى فإن هذا لا يمنع من توفر المصلحة والصفة القانونية في

1- حسين ومحمد عبد الطاهر، دعاوي عقد البيع(شروطها، اثارها، سقوطها) ط 02، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 1995، ص 39. نقلاً عن عرفات و نواف نهدي مرداوي، مرجع سابق، ص 62.

2- خولة لوقرة، مرجع سابق، ص 96.

3- أحمد إبراهيم عطية، مرجع سابق، ص 494.

4- توفيق حسن فرج و مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 708.

صاحب الحق وإن كانت هذه المصلحة ليست حالة، لذا يجوز للدائن الذي يكون حقه معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد أو مضاف إلى أجل أن يطعن على التصرف بالصورية¹.

الفرع الثالث

مجال دعوى الصورية وتمييزها عن الدعاوى الأخرى

تقوم دعوى الصورية في مجال محدد، إذ هناك مجموعة من التصرفات التي يجوز الطعن فيها بهذه الدعوى دون الأخرى، كما أن دعوى الصورية تتميز بمجموعة من الخصائص التي تجعلها مستقلة بذاتها (أولاً)، وتمييزها عن غيرها من الدعاوى التي قد تتشابه معها النقاط وتختلف في النقاط الأخرى (ثانياً).

أولاً: مجال دعوى الصورية

تقتضي دعوى الصورية أن يكون الطعن في العقود العرفية (01)، أو الرسمية (02) ما إستثنى منها قانوناً، ولكن هذا لا يمنع من وجود إمكانية الطعن بالصورية أيضاً في الأحكام النهائية² (03).

1-العقود العرفية:

تعرف العقود العرفية بأنها تلك العقود التي تتم بين الأفراد دون خضوعها إلى رسمية أو شكلية معينة، ويجوز الطعن بالصورية في العقود العرفية إلا ما إستثناه القانون منها، وهذا الإستثناء يشمل العقود والتصرفات التي إقتضت المصلحة العامة أن يمنح لها القانون حماية خاصة، فلا يصح الطعن فيها بالصورية تطبيقاً لنص المادة 327 من قانون مدني جزائري على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادراً أو وقفه أو وضع بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...".

1- المرجع نفسه، ص 708.

2- جهيدة تيغرمت، مرجع سابق، ص 30.

2- العقود الرسمية:

يجوز الطعن بالصورية في العقود الرسمية، فيما أثبتته الموثق في أوراقه الرسمية إذا كان الطعن منصبا على قرارات العاقدين التي تمت أمام موثق العقود دون حاجة إلى الطعن بالتزوير وذلك كون أن العقد لا يكون له صفة رسمية إلا فيما يثبتته الموثق من وقائع حاصلة أمامه، مثلا إذا اعترف البائع أمام الموثق وقبض الثمن والمشتري أقر بدوره بالشراء فهذا إثبات صورية هذه الإقرارات والإعترافات بالطرق التي قررها القانون لإثبات الصورية من كتابة وشهود¹.

أما فيما يتعلق بالبيانات التي يثبتها الموثق في العقد والتي تمت أمامه وتؤكد منها، فلا يجوز الطعن فيها بالصورية بل تتم الطعن فيها بالتزوير ومثال ذلك إذا أثبت على لسان المشتري أنه يشتري لحساب غيره، فهنا لا يجوز الطعن في هذه البيانات إلا بطريق الطعن بالتزوير، كذلك إذا أقر الموثق أن المشتري سلم البائع الثمن أمام عينيه، وفي هذه الحالة كذلك لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير.

إلا أنه يمكن أن يثبت أن هذه الوقائع التي حصلت أمام الموثق والتي أثبتتها أنها كانت تصرف صوري، إما إذا كانت هناك إتفاق بين العاقدين ولم يثبت هذا الإتفاق في العقد كأن يتفقا الطرفين على فوائد فاحشة، فهذه الواقعة لا علاقة لها بالعقد الرسمي ومن ثم ليس هناك ما يمنع من إثبات العقد الرسمي بكل طرق الإثبات وذلك حتى بالنسبة للوقائع التي تمت على يد الموثق².

كما يجوز الطعن في العقود التي تم تسجيلها، والتصرفات الواجب إخضاعها لتسجيل وفقا لمضمون المادة 324 مكرر 01 التي نصت على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية، أو صناعية أو كل عنصر

1- جهيدة تيغرمت، سلوى بركان، مرجع سابق، ص 31.

2- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 93.

من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها لو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي".

التسجيل ليس إلا وسيلة للإشهار وأنه لا يؤدي إلا إزالة ما شاب العقد من أسباب البطلان ولا يعطي للعقود المعدومة وجداً، ذلك أن التسجيل ليس له حجية مطلقة على العقد الذي من شأنه إنشاء حق الملكية وبما أن العقد السوري صورية مطلقة لا وجود له قانوناً ولا يرتب أي آثار، بالتالي ليس من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق آخر، فإن التسجيل لا يمنع الطعن في العقد السوري بناء على ذلك يمكن للمشتري سواء سجل عقده أم لم يسجله أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر من البائع له صورية مطلقة ليتمكن من محو عقد المشتري الثاني الذي هو عقد صوري ليحكم بصحة عقده، فإذا تم تسجيل الحكم إنتقلت إليه الملكية ذلك أن الصورية المطلقة تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، فلا تنتقل به ملكية العقار المبيع ولو كان مسجلاً، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً ولا يكفي وحده لنقل الملكية بل لا بد أن يرد على عقد جدي وصحيح¹.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد في النقض 1992/15/13 الطعن رقم 62 س 57 ق بما يلي: "ولأن كان المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن العقد المسجل ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشتري آخر من ذات الصفقة يفضل العقد غير المسجل، إلا أن الصورية تختلف عن التواطؤ مدلولاً وحكماً، لأن الصورية تعني عدم قيام المحرر أصلاً في نية المتعاقدين أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد وبين قيام الرغبة في أحداث آثار قانونية له، وأن ثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقة يرتب بطلانه فلا تنتقل به ملكية العقار المبيع ولو كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً".

1- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 318-322.

وقضيت كذلك في النقض 1985/01/17 الطعن رقم 907 عن 51 ق: للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة، حتى ولو كان هذا الآخر قد سجل عقده ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود فإنه بصفته دائنا للبائع في الإلتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له التمسك بالصورية¹.

3. الأحكام النهائية:

يحدث أن تكون الدعوى الصورية التي يراد بها تأكيداً حق أحد العاقدين على الآخر وتأكيد حقهما معا أو حتى إحداهما على الغير ومثالها أن يتفق شخص مع آخر على أن يقرضه مبلغاً بفوائد فاحشة، ولكن هذا الشخص (الدائن) يخشى طعن المدين بالصورية عند مطالبته بالدين، مما يجعله يتفق مع المدين على أن يحرر له السند بدين ليرفع به الدعوى عليه، بغرض الفصل فيها بحكم نهائي².

غير أن الأحكام النهائية التي لها قوة الشيء المقضي فيه أو المحكوم فيها، والواجبة الإحترام هي الأحكام التي تصدر في خصومة جدية، وفي هذا الصدد تنص المادة 338 من قانون مدني جزائري على أن: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولمن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب..."³.

1- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 318-322، نقلاً عن جريدة تيغرمت وسلوى بركان، مرجع سابق، ص 33.

2- مرجع نفسه، ص 318-322.

3- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 94.

أما في المثال السابق فهناك خصومة بين العاقدين، لذا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيها بدعوى الطعن، وقد يكون الغرض من الطعن بين الخصمين الإضرار بالغير، وفي غالب الأحيان يكون الغرض منها هو الإضرار بدائني أحد العاقدين¹.

ويحدث الطعن بالطعن بالصورية خاصة في أحكام رسو المزاد، التي تقتصر فيها مهمة القاضي في مراقبة إستيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسي عليه وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 24 س 11 ق ج 1941/12/11: "الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام وخاصة أحكام رسو المزاد التي تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد إستيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسي عليه، وكان لمحكمة الموضوع أن تستقل وحدها بتصوير وقائع النزاع دون معقب ما دام تصويرها يستند إلى ما هو ثابت من أوراق الدعوى وملابساتها، فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به، التي إنتهت إلى إيقاع البيع على الطاعة صورية قوامها تواطؤ الطاعة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليها الأولى، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي إقتنعت بها محكمة الموضوع ولا يكون قد خالف القانون إذا عمل الأثر القانوني المرتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد"².

يستثنى من هذه الأحكام الحكم الذي يصدر بإثبات نسب الولد بناء على إقرار والده إذ لا يجوز الطعن في هذا الحكم بالصورية إن كان الأصل أنه يجوز الطعن في الأحكام النهائية، فإذا رفعت الزوجة ضد زوجها دعوى تطالب فيها إثبات نسب ولد له، وأقر الزوج أمام المحكمة بالبنوة وصدر الحكم بذلك، وأن حدث وتوفي هذا الزوج ومنع تعرض الإبن لهم

1- مرجع نفسه، ص 94.

2- سعيد احمد شعله، الصورية والشفعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 75.

في تركته إدعاء منهم أن الحكم الذي صدر بإثبات النسب صدر صوريا بناء على إتفاق طرفي الدعوى¹.

ومن ثم فإنه لا مجال لصورية في الأحكام الشرعية لا الإقرار بالنسبية هو إقرار شرعي، الغرض منه إثبات نسب مجهول أو لقيط تحقيقا لمصلحة كل منهما لهذا يقبل الإقرار بالنسب دون حاجة نسبية حسب المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

وهذا ما أقرته المحكمة العليا للجزائر في الملف رقم 202430 قرار بتاريخ 1998/12/15.

قضية (م ح) ضد (م ط).

"إثبات النسب بالإقرار عدم سماع القضاة لجماعة الشهود الذين حضروا شهادة الإقرار أمام الموثق من طرف المطعون ضده. قصور في التسبيب".

الشرعية الاسلامية: من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار بقول خليل باب أحكام الإقرار: "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة...".

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة أحياء الولد.

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صالح بل هي وثيقة لشهادة

1- إبراهيم المنجي، مرجع سبق، ص 310.

جماعية عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و 461 من قانون مدني جزائري تنطبق على قضيت الحالة التي هي قضايا الحالة التي حكمها قانون الأسرة.

كما أن لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون أسرة جزائري التي تحدد مدة الحمل كما أن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار...

وعليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا لوجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده في التسبب¹.

ثانيا: تمييز دعوى الصورية عن غيرها من الدعاوى

تتشابه دعوى الصورية مع بعض الدعاوى إلى حد يؤدي إلى الخلط بينهما كالدعوى البولصية(01)، والدعوى غير المباشرة (02)، ولنميز دعوى الصورية عن هذه الدعاوى يقتضي بنا تحديد كل من أوجه التشابه والإختلاف فيما بينها.

1- تمييز بين دعوى الصورية والدعوى البولصية:

يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البولصية وإما بدعوى الصورية.

والدعويان وإن كانت تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير، إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض².

ففي الدعوى البولصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لا مكان التنفيذ عليه وإستيفاء الدائن حقه منه.

1- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 202430 المؤرخ في 15/12/1998، قضية (م ح) ضد (م ط)، المجلة القضائية، العدد الاول، سنة 1999.

2- سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص 50.

أما في دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقدير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا.

وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويتين الدعوى التي يتحقق بها غرضه¹.

فإن كان قد إختار الدعوى بالصورية، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته، وكانت مع ذلك قد عرضت في أثناء البحث إلى الدعوى البولصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزييدا لا يستوجب نقض الحكم، ثم أن مدعي الصورية له أن يضم إلى طلب ملكيته الأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذي حصل فيه².

وفي هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعي وإبطال التصرف بثبوت صورتيه سليما، ثم أنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث في أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكون له محل.

وهكذا تختلف الدعوى الصورية عن الدعوى البولصية³.

2- تمييز دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

يظن لأوّل نظرة أن هناك شبها بين الدعويتين وأن الدائن في الدعوى الصورية يعمل بإسم مدينه وبالنيابة عنه لإسترداد المال الذي دخل على الغير كما يعمل الدائن في الدعوى غير المباشرة، إلا أن هذا الأمر غير صحيح⁴.

ففي الدعوى غير المباشرة يعمل الدائن بإسم مدينه، وفي الدعوى الصورية يعمل باسمه خاصة، وعليه:

1- سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص 50.

2- فتحي عبد الرحيم عبد الله و محمد عبد الرحمان أحمد شوقي، مرجع سابق، ص 99.

3و4- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 275.

• إذا أقام الدائن الدعوى غير المباشرة وطلب فيها الحكم بالنيابة عن مدينه بصورية العقد فإنه لا يمكن إثبات الصورية إلا بإقامة الدليل بالكتابة كإظهار الورقة السرية التي أعلنت عن الصورية، بينما إذا أقام الدعوى بالصورية مباشرة فإنه يجوز له أن يثبت الصورية بجميع الطرق القانونية¹ لأن الدائن في الدعوى غير المباشرة يعتبر خلفا لمدينه فيحتج عليه بما يحتج به على مدينه، أما في الدعوى الصورية فهو يعمل بإسمه خاصة ويعد من طائفة الغير فلا يحتج عليه بما صدر عن مدينه لأنه يتعذر عليه الحصول على سند خطي بالصورية إذا لم يكن فريقا في العقد المطعون فيه ولذا يجوز له الإثبات بالقرائن والشهادة².

ومتى أقام الدائن الدعوى غير المباشرة بإسم مدينه إستفاد منها بقية الدائنين، وإذا مارس الدائن الدعوى الصورية بإسمه خاصة إستفاد منها وحده لأنه يمارس حقا خاصا به، ولذلك لا يستفيد من الحكم سواه ولذلك كان له الحق بحجز الأموال التي كانت موضوع الصورية³.

يتضح مما تقدم أن الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة و الدعوى البولصية تتفق جميعها مع بعض البعض في أنها تحمي الضمان العام لحقوق الدائنين، وقد تبين من خلال المقارنة بينهما أنه يوجد تشابه بينهما في مواقع معينة، إلا أن الخلاف بينهما قائم حيث أن لكل منها شروط خاصة، كما يترتب على كل منها آثار قد لا تترتب على الدعوى الأخرى.

1- رأفت محمد حماد، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 02، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1977، ص 121.

2- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج 02، مصادر الالتزام واثاره، اوصافه وانتقاله، انقضاؤه، النظرية العامة لاثبات، المطبعة العالمية 16، القاهرة، 1964، ص 68.

3- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 277.

المطلب الثاني

مقومات الدعوى الصورية

يستلزم موضوع مقومات الدعوى الصورية معرفة أساسها (الفرع الأول)، بعد ذلك يتم استبيان طبيعتها القانونية في (الفرع الثاني)

الفرع الأول

أساس دعوى الصورية

يتمثل الأساس الذي تقوم عليه الدعوى الصورية في الضرر الذي يصيب الدائن سواء أكانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة، مطلقة أم نسبية، حيث يلجأ المدين إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري يكون قد أخل بالتزام تبعي وهو (المحافظة على الضمان العام للدائنين) إلى جانب الإلتزام الأصلي (سداد الديون)¹. تنص المادة 365 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه: "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

بناء على هذا النص فإن أموال المدين جميعها تدخل في الضمان العام للدائنين، أي أنه يجوز للدائن الحاصل على حكم قضائي، أو الذي بحوزته سند تنفيذي أن يختار ما يشاء من أموال إذا كان من شأنها أن تنقص من الضمان العام للدائنين².

ويرتبط هذا النص بالدعوى الصورية إرتباطاً وثيقاً حيث أن الدائن يرفع الدعوى الصورية من أجل إثبات أن التصرف الظاهر الذي قام به المدين هو صوري وأن الأموال محل التصرف مازالت في ذمته، ولم تخرج منها، أي أن الأموال التي تصرف بها المدين

1- أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص 391.

2- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 113 نقلاً عن عرفات نواف مهدي مرداوي، مرجع سابق، ص 59.

صوريا، يستطيع الدائن أو كل من له مصلحة أن يثبت صوريته، ويعيدها إلى ذمة المدين لتضاف إلى الضمان العام للدائنين¹.

تجد أساسها أيضا في مبدأ إحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وعدم ترك الظاهر الخادع ينتج أثر قانونيا لم تتجه إليه إرادة الأطراف أصلا، وعندما ينكر أحد الأطراف صورية التصرف كان لابد من اللجوء إلى القضاء وإثبات صورية التصرف، كما أنها تجد أساسها في الحفاظ على حقوق الورثة إذا أقيمت من أحدهم².

يتضح مما تقدم أن أساس الدعوى الصورية يدور حول فكرة الحفاظ على حقوق الدائنين من أجل عدم إنقاص الضمان العام لهم، وبناء عليه فكان لابد للمشرع أن يرسم طريقا للدائن لكي يحمي حقه في مواجهة المدين الذي يحاول الإضرار به³، فسمح له أن يرفع دعوى يثبت فيها صورية التصرف الذي قام به المدين وينكر فيها صحة وقوع هذا التصرف، ولذلك يكون المشرع قد تصدى لمحاولة المدين تهريب أمواله من الضمان العام للدائنين، على أنه ألزم الدائن بإثبات صورية التصرف الذي قام به المدين⁴

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للدعوى الصورية

إختلفت نظرة الفقهاء فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للدعوى الصورية، فمنهم من إعتبرها دعوى بطلان للتصرف المشوب بالصورية(أولا)، ومنهم من إعتبرها دعوى عدم نفاذ التصرف(ثانيا)، بينما ذهب إتجاه ثالث إلى إعتبرها دعوى من نوع خاص يقتصر موضوعها على الكشف والإعلان عن الصورية والتقرير(ثالثا).

أولا: إعتبر دعوى الصورية دعوى بطلان

1- عرفات نواف مهدي مرداوي، مرجع سابق، ص 60.

2- عبد الله سامي ، مرجع سابق، ص 387.

3و4- خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 73.

يعتبر البعض دعوى الصورية دعوى بطلان، حيث يترتب عنها بطلان العقد الصوري بطلانا مطلقا، فينعدم وجوده ويقتصر الأمر عندئذ على العقد الحقيقي، فالدائن الطاعن بالصورية يستهدف إثبات أنه بسبب الطبيعة الوهمية للتصرف فإن أمولا معنية رغم الظاهر الخادع لم تخرج إطلاقا من ذمة المدين، بل بقيت دائما داخل مشتملات حق الضمان العام.¹

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد، وذلك لمنافاة أحكام الصورية لأحكام البطلان، فدعوى البطلان تفترض وجود عقد حقيقي وهو أمر غير قائم في الصورية، فالصورية ليست بذاتها سبب من أسباب بطلان التصرفات، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يترك للمتعاقدين الحرية الكاملة في التعبير عن عقودهم بشكل ظاهر أو مستتر ما دامت هذه العقود المستترة لا تهدف إلى غاية غير مشروعة².

وفي هذا الصدد يقول جميل الشرقاوي: "ليست الصورية سببا في بطلان التصرف ولا يمكن أن تكون سببا له إلا إذا دخلت في صورة عدم المشروعية، فالعقد الصوري بالرغم من أنه عقد وهمي لا وجود له، إلا أنه يرتب آثاره إذا ما تمسك به الغير حسن النية، أما بالنسبة للعقد المستتر وبرغم خفائه هو عقد قائم قانونيا، ويستطيع أن يتمسك به أطرافه ضد بعضهم أو حتى يتمسك به الغير الذي يوفق في إثبات وجوده ويكون من مصلحته الاحتجاج به وإهدار العقد الظاهر، فلا شك أن ترتيب العقد الظاهر والمستتر في ظل الصورية لآثار قانونية، إنما هو أمر يتنافى مع جوهر فكرة البطلان التي تقوم على تخلف آثار التصرف الباطل كلية³.

1- خليل مجدي حسن مجدي، مرجع سابق، ص 241-ص 242

2- جميل الشرقاوي، نظرية البطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 309.

ثانياً: اعتبار دعوى الصورية دعوى عدم النفاذ

يرى أصحاب هذا الرأي أن دعوى الصورية هي في حقيقتها دعوى عدم نفاذ، تجد أساسها في وجهة نظر تقرب ما بين الصورية وبين الغش، فعدم النفاذ هو العقاب الأساسي للغش¹.

كما أن أصحاب هذا الرأي يجعلون من دعوى الصورية دعوى عدم سريان أو عدم نفاذ، وذلك راجع إلى تطابقهما في الهدف المتوخى من العقد، وهو محاولة إفلات مال معين من ملاحقة الدائنين، إلا أنها تختلف عنها وكل منهما مستقل عن الآخر².

ثالثاً: اعتبار دعوى الصورية دعوى من نوع خاص

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن دعوى الصورية هي دعوى لتقرير انعدام التصرف والتصريح بصوريته، ومصدر هذا الانعدام يعود إلى إرادة المتعاقدين اللذين لم يريد التصرف القانوني بكامله أو حتى في بعض عناصره، فهنا لا مجال لاعتبار الحكم الصادر في دعوى الصورية حكماً ببطان العقد الظاهر³.

وهذا ما جاء في قرار لمجلس قضاء مدينة limoges بتاريخ 24 فيفري 1899 الذي قضى أن دعوى الصورية تهدف إلى الإقرار بأن العقد الصوري لا وجود له، فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان ولا دعوى فسخ بل أنها دعوى تقرير إنعدام التصرف⁴.

إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد على أساس أن تكييف دعوى الصورية، وإن صح في حالة الصورية المطلقة، يصدر الحكم القضائي في مقرر انعدام الوجود القانوني للعقد الصوري⁵.

1- خليل حسن مجدي، مرجع سابق، ص 241، نقلاً عن خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 75.

2- أنور طلبية، مرجع سابق، ص 104.

3- خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 75.

4- مرجع نفسه، ص 76.

5- خولة بوقرة، ص 76.

فإنه لا يصح في حالة الصورية النسبية بالرغم من أن الحكم الصادر في دعوى الصورية النسبية لا يعدم وجود العقد الظاهر الذي يبقى قائماً باعتبار أنه غير منعدم الوجود إلا في الجزئية التي ورد بشأنها الإتفاق المخالف المستتر، ومن ثم فإن ما يدعمه هذا الإتجاه من أن هدف الدعوى هو التمسك بالإنعدام الكامل للتصرف هو أمر لا يمكن تصوره باعتبار أن النتيجة من الدعوى في هذه الحالة إنما تتجاوز الهدف المتبقي¹.

المبحث الثاني

مباشرة الدعوى الصورية

يستلزم ضبط مقومات الدعوى الصورية معرفة موضوعها والمسائل اللازمة لمباشرتها وقد سبق الذكر أنه يجب أن يكون المدعي قد علم بطرق مباشرته للدعوى ضد الطرف الآخر وذلك من ممارسة الإجراءات دعوى الصورية (المطلب الأول)، وكذا معرفة الحكم الصادر في الدعوى الصورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات رفع الدعوى الصورية

يجب على الطرف الذي يتوفر فيه كامل الشروط اللازمة لرفع الدعوى الصورية، أن يكون على يقين بالإجراءات التي تمر بها هذه الدعوى، منها الخصوم في الدعوى الصورية (الفرع الأول) وكذا المحكمة المختصة في رفع الدعوى (الفرع الثاني) وأخيراً ميعاد رفعها (الفرع الثالث).

1- خليل حسن مجدي، مرجع سابق، ص 246_ص 248.

الفرع الأول

خصوم الدعوى الصورية

يقصد بالخصوم كل طرف لمصلحة في رفع الدعوى الصورية من طرف آخر والتي تتمثل في التمسك بالعقد المستتر أو التمسك بالعقد الظاهر وعلى هذا الأساس فإنه: يجوز لأطراف العقد الصوري رفع الدعوى الصورية فهم أولي بإثبات وهمية ما تعاقدوا عليه، مادام لا يوجد نص خاص يحرمهم من سلوك هذا الطريق².

فيعتبر من وجود الثقة المتبادلة ما بين الطرفين عند اللجوء إلى الصورية كقالب فني لإبرام العقود ولكن يمكن ان يتنكر أحد المتعاقدين للصورية ويتمسك بالعقد الظاهر وتنفيذه من قبل الطرف الآخر³ كأن يبيع شخص عقار تجوز فيه الشفعة لأحد أقارب بيعا صوريا، بغية منع الشفيع من التمسك بحقه لكن قد يحدث ان يتمسك المشتري الظاهر بالعقد الصوري الذي يفيد نقل الملكية إليه ويتجاهل العقد أملا في أن يصبح مالكا للعقار السباع إليه صوريا إذا ما أخفق خصمه في إقامة الدليل على البيع هذا¹.

يملك أيضا الخلف العام للمتعاقدين نفس منزلة أطراف العقد الصوري فلهم نفس حقوق الأطراف في مباشرة الدعوى الصورية لإثبات وهمية العقد الظاهر. فالمدعي سواء كان هو أحد المتعاقدين أو الخلف العام يتحمل عبء إثبات صورية العقد².

يمكن رفع الدعوى أيضا من قبل دائني البائع لكي يستطيعوا التنفيذ على المال المباع صوريا، كما قد يمكن أن ترفع من الغير أي كل ما تلقى من البائع حقا متعلقا بذلك المال كستر ثان أو دائن مرتهن أو مستأجر³.

1- خليل حسن مجدي، مرجع سابق، ص 83

2- مرجع نفسه، ص 85.

3- الفكهاني حسن وشركاه، مرجع سابق، ص 599.

لا يتصور رفع الدعوى من قبل الأشخاص المستفدين من الصورية والذين من مصلحتهم عادة التمسك بالعقد الظاهر كالموهوب له والموصى له والمشتري الصوري وخلفهم العام أو الخاص ودائنيهم¹.

الفرع الثاني

المحكمة المختصة في دعوى الصورية

يضاف إلى اشتراط أن يكون للمدعي مصلحة في رفع دعوى الصورية حتى يستطيع مباشرتها، معرفة المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى .

تحدد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الصورية والتي يرفعها أحد أطراف العقد أو خلفهما العام بالنظر إلى الإرادة الحقيقية لأطراف العقد بمعنى أن العقد الحقيقي هو الذي يحدد المحكمة المختصة وليس العقد الصوري ومثال ذلك إذا كان العقد الحقيقي الخفي هو عقد هبة وكان العقد الصوري الظاهر هو عقد بيع فإن العقد الحقيقي الذي هو عقد هبة هو الذي يحدد المحكمة المختصة².

يختلف الأمر في حالة ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الخلف الخاص أو من الغير بحيث أن العقد الظاهر هو الذي يحدد المحكمة المختصة بما أنه هو العقد النافذ فيما بينهم في حالة حدوث نزاع بين محكمتين نظاميتين فإنه يتم اللجوء إلى محكمة النقض للفصل في النزاع، فالعقد الخفي هو الذي يحدد المحكمة المختصة بين المتعاقدين احتراماً وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة أما بالنسبة للغير فإن العقد الصوري هو الذي يحدد المحكمة المختصة تطبيقاً ومراعاة لمبدأ استقرار المعاملات³.

1- عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 389.

2- عرفات نواف مهدي مرداوي، مرجع سابق، ص 63.

3- مرجع نفسه، ص 64.

الفرع الثالث

ميعاد رفع الدعوى الصورية

يتدخل المشرع لتحديد ميعاد معين لرفع دعوى معينة وإلا سقط حق المدعي في رفعها يقضي هذه المدة المحددة، كما هو الحال في الدعوى البوليصية¹. نجد ان المادة 97 من ق.م.ج تنص على انه: "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة في الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه".

يضاف إلى هذا فإن في الدعوى الصورية فتح المجال لطعن فيها دون تحديد آجال محددة مثلا إذا كان هناك عقد بيع يستر وصية وتم الدفع ببطلان العقد على أساس انه ستر وصية رغم وصف هذا الدفع بأنه دفع بالبطلان إلا انه في حقيقة الأمر المقصود منه هو الدفع بالصورية عن طريق التستر وهذه الأخيرة لا تسقط بالتقادم لأن المتمسك بهذا الدفع كل ما يطلبه هو تحديد طبيعة التصرف القانوني الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وترتيب آثاره القانونية².

وإذا تضمنت دعوى الصورية دعوى أخرى، كأن يطعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم وكانت هذه الهبة مستترة في صورة عقد بيع، فهنا نكون أمام دعويين، إحداها تتعلق بصورية عقد البيع والأخرى بالطعن ببطلان عقد الهبة، وفي هذه الحالة إذا قام الورثة بالتمسك بدعوى اصورية عقد البيع فإن هذه الأخيرة لا تسقط بالتقادم³.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية في النقض 1973/04/10 بأنه: "لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصف بأنه دفع بالبطلان إلا

1- عرفات نواف، فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص 64.

2- محمد عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 304.

3- إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 304.

أنه في حقيقته وبحسب المقصود منه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم لان ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تكون مرتبة على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له وهذه حالة واقعية قائمة ومستترة لا تزول بالتقادم¹.

المطلب الثاني

الحكم في الدعوى الصورية

يستلزم بعد مباشرة دعوى الصورية أن يصدر حكم فيها يفصل في النزاع وذلك من خلال الكشف على مراحل صدور الحكم في دعوى الصورية (الفرع الأول) وبعد ذلك يتم دراسة تسبب الحكم الصادر عنها (الفرع الثاني) وحجية ذلك الحكم (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مراحل صدور الحكم في دعوى الصورية

يعتبر الحكم في دعوى الصورية آخر مرحلة من مراحل هذه الدعوى، والحكم اذى يصدر للفصل في هذه الأخيرة يمر بمراحل تتمثل في: الحكم التمهيدي (أولاً)، الحكم الابتدائي (ثانياً) الحكم الإستئنافي (ثالثاً) وأخيراً الطعن بالنقض في دعوى الصورية (رابعاً).

أولاً: الحكم التمهيدي في دعوى الصورية

يتم الحكم التمهيدي بالتحقيق في واقع الدعوى، وذلك بالنقاط صورة للواقع المحسوس، بهدف إيضاح الأمور والكشف عن الوقائع للمحكمة على ضوء سماع أقوال الخصوم المتعارضة و اللجوء إلى الخبرة في المسائل التي يصعب على القاضي إستقصائها لوحده،

1- عز الدين الديناصوري، عبد الرحمان الشواربي، المرجع السابق، ص313.

ويخول لمحكمة الموضوع إستعمال كافة طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود، إستجواب الخصوم لتحقيق الواقع في دعوى الصورية¹.

متى كان الحكم التمهيدي إذا قضى بإحالة الدعوى على التحقيق قد أذن للمشتري المطعون عليه الأول في أن يثبت صورية عقد البيع الصادر من البائع المطعون عليه الثاني عن ذات العين المباعة إلى مشتريين آخرين الطاعنين، كما أذن للبائع في نفي هذه الصورية، إلا أنه أغفل النص على الإذن للمشتريين الآخرين في نفيها، فإن ذلك لا يبطل الحكم ولا يسقط حق هذين المشتريين في نفي صورية عقدهما.

ذلك لأنهما إنما يستمدان هذا الحق من القانون وفقا المادة 181 من قانون المرافعات القديم وهي تنص على أنه: "إذا أذنت المحكمة لأحد الأخصام بإثبات شيء بالبينة أيضا كان للخصم الآخر الحق دائما في إثبات عدم صحة ذلك الشيء بالبينة أيضا"².

ومن مقتضى ذلك أن يكون لهما رغم سكوت الحكم التمهيدي عن الإذن لهما في نفس الصورية أن يطلبوا إلى المحكمة عند التحقيق سماع شهودهما إن كان لهما شهود إلا أنه لما كان هذا الحق مقررا لمصلحتهما وكان الواقع في الدعوى أنهما إقتصرا على النفي في صحيفة إستئنافها على الحكم الابتدائي الذي أسس على ما إستخلصه الحكم التمهيدي من التحقيق إقتصرا على النفي على الحكم الابتدائي بالبطلان في هذا الخصوص ولم يطلبوا إلى محكمة الإستئناف في عريضة إستئنافهما سماع شهودهما ولم يقدموا إلى محكمة النقض صورة رسمية من مذكرتهما الختامية أمام محكمة الإستئناف ليثبتا أنهما تمسكا لديها بهذا الطلب فإنه يكون سائغا ما إستخلصه الحكم الإستئناف من عدولهما عن طلب إحالة الدعوى

1- جريدة تيغريت و سلوى بركان، مرجع سابق، ص 46.

2- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، طبعة ثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989، ص

على التحقيق من جديد لسماع شهودهما إكتفاء بالتحقيق الذي أجرته محكمة الدرجة الأولى ومن ثم يكون النص على هذا الحكم البطلان على غير أساس¹.

ثانياً: الحكم الابتدائي في الدعوى الصورية

يأتي الحكم الابتدائي الذي هو الحكم الذي تصدره محكمة الدرجة الأولى ويقبل الاستئناف فيه أمام محكمة الاستئناف التي تعد الدرجة الثانية في درجات التقاضي².

يقبل الحكم الابتدائي الطعن عليه بكافة طرق الطعن العادية وغير العادية، فهو قابل للطعن عليه بالاستئناف أن كان حكماً مدنياً أو كان حكماً جنائياً حضورياً، وقابل للطعن عليه بالعارضة إن كان حكماً غيابياً في جنحة أو الطعن عليه بطلب إعادة الإجراءات أن كان حكماً غيابياً في جنابة وكما أنه قابل للطعن عليه في كافة الحالات بالتماس إعادة النظر، أما إتضح أن أحد الخصوم قد أدخل غشا أو تدليساً على هيئة المحكم³.

ثالثاً: الحكم الاستئناف في الدعوى الصورية

يعد الاستئناف طريق طعن عادي به يطرح الخصم الذي صدره الحكم كلياً أو جزئياً لغير صالحه القضية كلها أو جزء منها أمام محكمة أعلى من تلك التي أصدرت الحكم وهي محكمة الاستئناف، فالمدعي أو المدعى عليه، ما لم يكن راضي بالحكم كان بإمكانه الطعن بالاستئناف وذلك في موضوع الدعوى من جديد⁴.

يشترط لقبول الطعن بالاستئناف أن يكون الحكم الصادر عن الدرجة الأولى قد فصل في ص الخصومة الأصلية كلما⁵.

1- مرجع نفسه، ص 315.

2- ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 338.

3- تيغزمت جهيدة، مرجع سابق، ص 46.

4- ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 362.

5- تيغزمت جهيدة، مرجع سابق، ص 46.

رابعاً: الطعن بالنقض في دعوى الصورية

يجوز لأطراف الدعوى الطعن بطريق النقض، ويقصد من هذا الأخير عرض موضوع النزاع الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الثانية على محكمة النقض لإعادة النظر في دعوى الصورية ولا يقبل الطعن بالنقض إذا توافرت حالة الأحوال الجائز الطعن فيها كأن يكون الحكم المستأنف فيه مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقها و في تأويله أو لبطلان الحكم أو وقوع بطلان في الإجراءات أثر الحكم¹.

الفرع الثاني

تسبب الحكم في الدعوى الصورية

يقوم الحكم القضائي في إلزام قانوني ألا وهو تسبب لأحكام القضائية حيث تقوم المحكمة العليا ببسط رقابتها من أجل التأكد من القاضي قد قام بتطبيق القانون تطبيقاً سليماً وهذا ما سنبينه كالتالي:

تبنى الكثير من الأحكام في الصورية على القرائن، فمن المقرر أن للقاضي السلطة التقديرية في تعديل الأدلة الصورية وذلك لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه في ذلك من قبل محكمة النقض²

فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في قضاؤه بصورية التصرف أو عدم صوريته على ما تضمنه المحرر المطعون بصورية التصرف من أدلة مثبتة للواقعة، فيحكم على هذه الأدلة قبل التحقيق فيها³. أن أقيم الحكم على مجموعة من القرائن متمسك تكمل بعضها البعض فلا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة، أن أقيم الحكم على أكثر من قرينة وتم تحديد دلالة

1- مرجع نفسه، ص 47-48.

2- عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 274.

3- ابراهيم المنجي، المرجع سابق، ص 269.

كل واحدة منها فإن فساد بعضها لا يؤدي إلى تعيب الحكم متى كانت الدلائل الأخرى صحيحة وكافية الحكم¹.

يضاف إلى هذا فإنه أقيم الحكم في مجموعة من القرائن دون أن يبين في أسبابه، ودلالة كل قرينة على حد فإن فساد أحداها يؤدي التعيب أو قصور الحكم ولا يشترط على القاضي أن يبني حكمه بوجود الصورية أو عندما على عدة قرائن، بل يكفي أن يكون الحكم مبني على قرينة واحدة ما دام أنها كافية وقوية ومنتجة في الأثبات وأن تكون مستمدة من واقعة ثابتة، كان يتعين على محكمة الدرجة الثانية أن تشرف على تقدير محكمة الدرجة الأولى لهذه القرينة وأن تتحقق من أنها لم تستمد من واقعة غير ثابتة².

الفرع الثالث

حجية الحكم في الدعوى الصورية

تكمن أهمية دراسة الآثار المترتبة على الحكم الصادر في إطار دعوى الصورية في معرفة ما إذا كان الحكم المقرر للصورية له أثر مطلق أو نسبي، وفي ذلك انقسم الفقه إلى توجهين ، الأول يرى في الحكم في الصورية حجية مطلقة (أولاً)، والثاني يرى بأنها حجية نسبية (ثانياً).

أولاً: حجية الحكم في الصورية النسبية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم الصادر في دعوى الصورية لا يفيد إلا رافعها وأن الأخذ بالآثر المطلق لهذا الحكم يؤدي الى تعارض مع مبدأ قوة الشيء المقضي فيه³.
يقر هذا الاتجاه أنه لا يمكن من الاستفادة بالحكم الصادر في الدعوى إلى كل دائن ولم يكن هو الطاعن بالصورية ولا يمكن القول بأن المدين مثل الدائنين العاديين ورفضهم هذه الفكرة يستند إلى سببين:

1- عز الدين الديناصوري، مرجع سابق، ص 269.

2- تيغرمت جهيدة، مرجع سابق، ص 48-49.

3- أنور طلبية، مرجع سابق، ص 118.

- السبب الأول يتمثل في أن مصالح هؤلاء استثنائية، فالحكم إذن حسب وجهة نظر هذا الاتجاه لا يكون حجة إلا على أطراف الصورية والأشخاص المختصين في هذه الدعوى فهذا هو مقتضى نسبية الأحكام.
- أما السبب الثاني هو في استنادهم إلى أن دعوى الصورية دعوى فردية، لا تباشر إلا ممن له مصلحة شخصية وباسمه الخاص دون أن تشمل بقية الدائنين¹.

ثانياً: حجية الحكم في الصورية المطلقة

يرى توجه آخر أن حجية الحكم في الصورية مطلقة، باعتباره أن أثره لا يقتصر على رافع الدعوى الصورية فقط، بل يفيد كل صاحب مصلحة، فهو مفيد للجميع ويحتج على الجميع وقد اعتمد الإتجاه على ما يلي:

سريان الحكم الصادر في الدعوى في حق الدائنين العاديين جميعاً ممن لم يباشروا أو يختصموا في الدعوى لأنهم ممثلون في الدعوى التي صدر فيها الحكم بواسطة المدين².

تهدف الدعوى الصورية إلى إثبات واقعة مادية وهي عدم خروج المال من ذمة المدين حقيقة، فهذه الواقعة لا تثبت في حقه فحسب، بل تثبت كذلك في حق العامة، لأنه إثبات لواقعة مادية وليس إثبات لواقعة ناتجة عن غش، ومن ثم المال الذي وقع التصرف الصوري عليه موجود في ذمة المدين، وجميع الدائنين يمكنهم أن يستفيدوا من الحكم والتنفيذ على المال موضوع التصرف الصوري، لأنه لا زال داخلاً في الضمان العام³.

1- خليل مجدي حسن، مرجع سابق، ص 285.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح في القانون المدني، العقود التي تقع على ملكية عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 235.

3- عز الدين الديناصوري و عبد المجيد الشواربي، مرجع سابق، ص 236

خاتمة

نستنتج تحت ضوء ما تم دراسته أن الصورية لا تؤدي إلى بطلان التصرف، إذ أن ستر تصرف وراء تصرف آخر لا يؤدي إلى بطلانه وهذا إذا كان هدف الصورية مشروع، إذ يتم فيها الأخذ فقط بالإرادة الجدية الحقيقية لأنها أساس التصرف القانوني الحقيقي، فإذا كنا بصدد صورية مطلقة فليس هناك تصرف قانوني إتجهت إليه إرادة المتعاقدين بالأساس، والتصرف الظاهر مجرد صورة غير حقيقية بالتالي لا يعتد به.

أما إذا كانت الصورية نسبية فإنه يعتد بالتصرف الحقيقي بما أنه مستوفيا لشرائطه القانونية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام، أما بالنسبة للغير الحسن النية له الإعتداد بالتصرف الظاهر أو التمسك بالعقد الحقيقي.

لكن إستثناء قد تكون الصورية سببا للبطلان، إذا كانت الأوضاع التي تقوم عليها غير مشروعة سواء لمخالفتها للقانون أو النظام العام و الآداب أي أنه إذا منع القانون إبرام تصرف معين فلا يجوز للأفراد التحايل بإبرامه تحت صورة عقد آخر.

يتضح من خلال دراسة لموضوع العقد الصوري وآثاره، معرفة مدى نجاح التشريع الجزائري في وضع نظام قانوني خاص بالعقد الصوري، ومدى نجاحه في جعل هذا النوع من العقود عديم الفعالية والأثر في مواجهة الغير الذين لم يكونوا طرفا فيه، وبالتالي سد الطريق أمام المخاطر التي قد يربتها هذا العقد، والمتمثلة أساسا في إهدار الحقوق على المستوى الخاص ومنه سرعان و إعاقاة مبدأ إستقرار المعاملات على المستوى العام، ويمكن إستخلاص النتائج التي وصلت إليها الدراسة في النقاط الآتية:

1- على الرغم من معرفة الفقه الإسلامي للصورية إلا أنه لم يضع لها قاعدة عامة أو تعريفا جامعا تدخل تحته جميع حالات الصورية بل أن الفقه الإسلامي عالج كل حالة على حده حسب الظروف والوقائع التي حصلت وقت التصرف.

- 2- أن الصورية أربعة شروط يجب توافرها كي تكون أمام الصورية.
- 3- أن المشرع الجزائري حذا حذوا أقرانه إذ قام بإيراد نصوص قانونية خاصة بالعقد السوري وذلك من خلال المادتين 198 و 199 من قانون المدني الجزائري الواردتين ضمن الفصل الثالث بعنوان ضمان حقوق الدائنين من الباب الثاني بعنوان آثار الإلتزام من الكتاب الثاني تحت عنوان الإلتزامات والعقود، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي ضمن نص المادة 1321 من قانون مدني فرنسي الخاصة بالعقد السوري في الفصل المخصص بالكتابة تحت عنوان السند الرسمي، إذ يلاحظ أنه أخلط بين مفهوم ورقة الضد باعتبارها دليلا كتابيا بينما مضمون المادة يتعلق بآثار العقد السوري.
- 4- أن المشرع قد مزج بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ استقرار المعاملات من خلال احكام العقد السوري، حيث نجد أن المشرع قد إعتمد على أساس مبدأ سلطان الإرادة بأن جعل العقد الحقيقي ساريا بين المتعاقدين إذ ما إستوفى هذا العقد كامل شروطه، وذلك إستنادا على مبدأ حرية التعاقد، كما إعتمد المشرع على مبدأ إستقرار المعاملات حيث أعطى لهم حق الإختيار بين التمسك بالعقد الحقيقي دون الوقوف عند أي شرط وبين التمسك بالعقد السوري شريطة أن يكونوا حسني النية حسب ما تقتضيها مصالحهم، وذلك حفاظا على إستقرار المعاملات، كما أن المشرع قد أعطى الأولوية للمحافظة على هذا المبدأ في الحالة التي يكون فيها التنازع بين المتمسك بالعقد السوري والمتمسك بالعقد الحقيقي، وذلك أن مبدأ إستقرار المعاملات يعد من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها مصالح المجتمع.
- 5- أن الدعوى الصورية هي الوسيلة التي منحها القانون للمتضرر من العقد السوري من أجل المحافظة على الضمان العام، وتعتبر هذه الدعوى أداة إثبات بالدرجة الأولى حيث تهدف إلى تقرير وإثبات إنعدام التصرف والتصريح بصوريته إذ يتوجب على رافع الدعوى إثبات صورية العقد المبرم بين المتعاقدين، ولا تختلف الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوي، إذ لا بد من توافر شرطي الصفة أو المصلحة القانونية، أما بالنسبة

للحكم الصادر عنها فهو حكم ذو حجية مطلقة يستفيد منه كل من طرفي الدعوى وكل من له مصلحة في ذلك.

6- سكوت القانون على مدة تقادم الدعوى السورية مما يتوجب علينا اللجوء إلى القواعد العامة التي نصت عليها المادة 308 من قانون مدني جزائري والتي جاء فيها ما يلي: "يتقادم الإلتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الإستثناءات الآتية". وهذا على خلاف الفقه الذي يرى عدم قابلية الدعوى السورية للسقوط بالتقادم لأنها تسعى إلى تقرير حقيقة والحقيقة لا تموت مهما مضى عليها من زمن.

قائمة المراجع

1. باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1- إبراهيم المنجي، الدعوى السورية، منشأة المعارف، القاهرة، 1991.
- 2- أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ صورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر 2012.
- 3- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1952.
- 4- أحمد محمد شريف، مصادر الإلتزام في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
- 5- أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة نهضة، مصر، 1957.
- 6- أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات، ج1، طبعة سادسة، دار الفكر العربي ، القاهرة 1996 .
- 7- أحمد هاني مختار، الصورية، أنواعها وإجراءاتها، مكتبة الكتب العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2005.
- 8- إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1976
- 9- أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004،
- 10- أنور سلطان، أحكام الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980
- 11- أنور طلبية، الصورية واوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2004.
- 12- توفيق حسن فرج و مصطفى الجمال، مصادر أحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.س.ن.

- 13- **جلال على العدوى**، أصول وأحكام الالتزام والاثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 14- **جميلة دوار**، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 15- **حسين علي والدحو، الذنون، سعيد محمد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام**، ج2، أحكام الإلتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- 16- **حسين محمد عبد الظاهر**، دعاوى عقد البيع، شروطها، آثارها، سقوطها، طبعة 2، دار النهضة العربية للطبع، مصر، 1995.
- 17- **خليل أحمد حسين قدارة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 18- **خليل بوصنوبرة**، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج 1، دار نوميديا للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2010.
- 19- **رأفت محمد حماد**، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 02، أحكام الالتزام /، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1977.
- 20- **رمضان أبو السعود**، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
- 21- **زهدي يكن**، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلامية، ج 05، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.س.ن.
- 22- **السرطان عدنان إبراهيم، وخاطر نوري حمد**، شرح القانون المدني(مصادر الحقوق الشخصية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 23- **سعيد احمد شعلة**، الصورية والشفعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 24- _____ **قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة**، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال لأربعة وستين عامًا، منشأة المعارف، مصر، 1995.

- 25- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 26- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج 02، مصادر الالتزام واثاره، اوصافه وانتقاله، انقضاؤه، النظرية العامة للإثبات، المطبعة العالمية 16، القاهرة، 1964
- 27- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 28- عادل حسن علي، إثبات أحكام الالتزام، دار النشر مكتبة الزهراء الشرق، مصر، 1997،
- 29- عامر محمود الكسواني، احكام الإلتزام ، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 30- عبد التواب معوض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج1، الطبعة 4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 31- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 2، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 1993 .
- 32- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1956.
- 33- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، الإثبات، جزء ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 35- عبد الرزاق دريال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني جزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 36- عبد الفتاح الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

- 37- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- 38- عبد الله سامي، نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة، د.د.ن، بيروت، 1977.
- 39- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج2، أحكام الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965
- 40- عبد المنعم فرج، الصده، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979.
- 41- العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، طبعة 2، دار هومة، الجزائر 2015.
- 42- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي الصورية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 43- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 44- فتحي عبد الرحيم، عبد الله، أحمد شوقي عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 45- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 46- محمد خاطر صبري، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية، عمان، 2001.
- 47- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

- 48- محمد عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للإلتزام، ج2، أحكام الإلتزام طبعة2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن،
- 49- محمد وليد هاشم المصري، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- 50- محمود سعد ماهر، دعاوي حماية الضمان العام للدائنين، المكتبة القانونية المركزية، القاهرة، 1996.
- 51- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001،
- 52- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان ، 1995
- 53- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام وأحكامها (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي ومعززة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 54- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديد، للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 55- هشام طه محمود سليم، الوجيز في مصادر الإلتزام، في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني"، مصر، 2015
- 56- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج2، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الإلتزام) دراسة موازنة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1- جميل الشراوي، نظرية البطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

2- خليل حسن مجدي، الصورية نظرية تطبيقية مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، مصر، دس.ن.

3- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1992.

ب- الرسائل والمذكرات الماجستير والماستر

1- رسائل ومذكرات الماجستير:

1. جوني عيسى إلياس مرزوقة، الصورية، مقوماتها وآثارها، دراسة مقارنة رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، العراق 12/08/1998

2. خولة بوقرة، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017،

3. راشد ناصر مصبح الكلباني، صورية عقد الشركة، دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والكويتي، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، قانون خاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المستحدثة، 2018

4. عرفان نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لإستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

5. عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006.

2-مذكرات الماجستير :

1. جهيدة تيفرمت، سلوى بركان، السورية في لتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012-2013،
2. سهام عربوات، آمينة أعويداد، حماية المتضرر من السورية في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014-2015،
3. شايوي بوخاري، السورية في المعاملات العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016-2017

ثالثا: المقالات

1. أمين أحمد عبد الحميد، "السورية وورقة الضد في العقود المدنية"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 40، 2019. ص ص 3-93
2. أيمن أبو العيال، " السورية ودعوى الطعن بها "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 01، المجلد 20، سوريا، 2004. ص ص 70-74.
3. فريد الصحرابي، "السورية وأثرها في القانون المدني الجزائري"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية سياسية محكمة، عدد 10، المركز الجامعي لتامنغست، 2016، ص ص 63-79.
4. لسعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، "إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد 08، المجلد 14 سنة، 2005، ص ص 1-43.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1. ايمان طارق الشكري، التعاقد باسم مستعار، كلية القانون، جامعة بابل، محمول من الموقع مكتبة جامعة واسط الإلكترونية، يوم 2022/04/18، ص 81.
2. محمد بن سعود الجدلاني، محمد بن سعود الجدلاني، دعوى الصورية.. وهل تسقط بالتقادم؟ محمول على الموقع:
https://www.aleqt.com/2009/08/02/article_25895

خامساً: النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.
2. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج. عدد 24، صادر 12 جوان 1984. المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج. ج. عدد 43 صادر في 22 جوان 2005.

خامساً: القرارات

- 1- قرار المحكمة الجزائرية، الغرفة المدنية، ملف رقم 94944 المؤرخ في 1992/12/02، غير منشور
- 2- قرار المحكمة النقض المصرية، الغرفة المدنية، مؤرخ في 1993/01/29 (غير منشور)
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 202430 المؤرخ في 1998/12/15، قضية (م ح) ضد (م ط)، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، سنة 1999.
- 4- قرار المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، ملف رقم 247879 المؤرخ في 2003/07/23، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 2003.

II . باللغة الفرنسية

- 1- **MALIT Paul**, Effets des actes juridiques simules, thèse doctorat, Université de Paris, 1952.
- 2- **SAGHY-CADENAS Pedro**, La simulation du contrat étude comparée en droit civil français et vénézuélien, thèse de doctorat, université panthéon Assas école de doctoral de droit privé, 2012.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
05.....	الفصل الأول: ماهية العقد السوري.....
06.....	المبحث الأول: تحديد العقد السوري.....
06.....	المطلب الأول: التعريف بالعقد السوري.....
06.....	الفرع الأول: تعريف بالعقد السوري.....
06.....	أولاً: تعريف الفقهي.....
09.....	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من تعريف الصورية.....
11.....	الفرع الثاني: تمييز العقد السوري عما يشابهه من العقود.....
11.....	أولاً: تمييز العقد السوري عن الاتفاق الإضافي.....
12.....	ثانياً: تمييز العقد السوري عن التحفظ الذهني.....
12.....	ثالثاً: تمييز العقد السوري عن عيوب الرضا.....
16.....	الفرع الثالث: شروط الخاصة بتكوين العقد السوري.....
17.....	أولاً: وجود عقدين احدهما ظاهراً والآخر خفي.....
17.....	ثانياً: وجوب إختلاف العقدين.....
17.....	ثالثاً: التزامن ما بين العقدين.....
18.....	المطلب الثاني: صور صورية العقد.....
19.....	الفرع الأول: الصورية المطلقة.....
21.....	الفرع الثاني: الصورية النسبية.....
21.....	أولاً: الصورية بطريق التستر.....
22.....	ثانياً: الصورية بطريق التسخير.....
24.....	ثالثاً: الصورية بطريق المضادة.....

23.....	المبحث الثاني: العلاقات الناشئة عن العقد الصوري
26.....	المطلب الأول: آثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية
26.....	الفرع الأول: آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفها العام
33.....	الفرع الثاني: أثر العقد الصورية بالنسبة للغير
33.....	أولاً: المقصود بالغير في الصورية
42.....	ثانياً: مضمون الحماية
48.....	المطلب الثاني: إثبات الصورية
48.....	الفرع الأول: إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام
49.....	أولاً: مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية
49.....	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات في الصورية
52.....	الفرع الثاني: إثبات الصورية بالنسبة للغير
54.....	الفصل الثاني: دعوى الصورية
55.....	المبحث الأول: مفهوم دعوى الصورية
55.....	المطلب الأول: التعريف بالدعوى الصورية
55.....	الفرع الأول: تعريف الدعوى الصورية
57.....	الفرع الثاني: شروط ممارسة دعوى الصورية
57.....	أولاً: أن يكون للطاعن صفة قانونية والمصلحة
61.....	ثانياً: أن يكون حق الدائن الطاعن ثابتاً وخالياً من النزاع
62.....	الفرع الثالث: مجال دعوى الصورية وتمييزها عن الدعاوي الأخرى
62.....	أولاً: مجال دعوى الصورية
68.....	ثانياً: تمييز دعوى الصورية عن غيرها من الدعاوي
70.....	المطلب الثاني: مقومات الدعوى الصورية
71.....	الفرع الأول: أساس دعوى الصورية

72.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى الصورية.
72.....	أولاً: إعتبار دعوى الصورية دعوى بطلان.
74.....	ثانياً: إعتبار دعوى الصورية دعوى عدم النفاذ.
74.....	ثالثاً: إعتبار دعوى الصورية دعوى من نوع خاص.
76.....	المبحث الثاني: مباشرة دعوى الصورية.
76.....	المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى الصورية.
76.....	الفرع الأول: خصوم الدعوى الصورية.
77.....	الفرع الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الصورية.
78.....	الفرع الثالث: ميعاد رفع الدعوى الصورية.
80.....	المطلب الثاني: الحكم في الدعوى الصورية.
80.....	الفرع الأول: مراحل صدور الحكم في دعوى الصورية.
80.....	أولاً: الحكم التمهيدي في دعوى الصورية.
82.....	ثانياً: الحكم الابتدائي في الدعوى الصورية.
82.....	ثالثاً: الحكم الاستئناف في الدعوى الصورية.
82.....	رابعاً: الطعن بالنقض في دعوى الصورية.
83.....	الفرع الثاني: تسبيب الحكم في الدعوى الصورية.
84.....	الفرع الثالث: حجية الحكم في الدعوى الصورية.
84.....	أولاً: حجية الحكم في الصورية النسبية.
85.....	ثانياً: حجية الحكم في الصورية المطلقة.
86.....	خاتمة.
89.....	قائمة المراجع.
98.....	الفهرس.