جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسي
قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة

الصورية في التعاقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبتين:

- حميش ياسمين
- دكيماش جويدة

إشراف الاستاذة:

د لحضيري وردية

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):.سعدون كريمة.....رئيسا

الأستاذ(ة): لحضيري وردية.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة):.بلاش ليندة.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

قائمة المختصرات

1- ج : الجزء

2- ط : الطبعة

3- (د . ط) : دون طبعة

4- (د . د . ن) : دون دار النشر

5- (د . ب .ن) : دون بلد النشر

6- (د . س . ن) : دون سنة النشر

7- ص : صفحة

8- (ج . ر . ج . ج) : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

9- (ق . م . ج) : القانون المدني الجزائري

10- (ق . ا . ج) : قانون الاسرة الجزائري

11- (ق . ا . م . ا) : قانون الاجراءات المدنية و الادارية

12 - (م . ق) : المجلة القضائية

إهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى

والدتي العزيزة

إلى من سعى و شقي لأنعم بالراحة و الهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة و صبر إلى

والدي العزيز

إلى من سرنا و نحن نشق الطريق معا نحو النجاح والإبداع إلى من تكاتفنا يدا بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا إلى أختي الحبيبة التي أهدتها لي الحياة إلى

دبو علبة

إلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته ورعاهم الله ووفقهم صديقاتي وزميلاتي إلى

شرفاوي عقيلة وشبين مليسة

إلى من علموني حروفا من ذهب وكلمات من دور وعبارات من أسمى وأجلى عبارات في العلم إلى من صاغوا لي من عملهم حروفا ومن فكرهم منارة تنير لنا مسيرة العلم والنجاح إلى

أساتذتي الكرام

أهدى هذا العمل المتواضع راجية من المولى عزوجل أن يجد القبول والنجاح

دكيماش جويدة

إهداء

الشكر والحمد لله الذي الهمني القوة و العزيمة للقيام بهذا العمل و أساله السداد فيه .

أهدي هذا العمل مع تمنياتي بالسعادة الى والدي الاعزاء، وأشكرهم على كل تضحياتهم و حبهم و حنانهم و دعمهم و صلواتهم طوال فترة دراستي .

وأتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذة المشرفة على توجيهها ودعمها لإنجاز هذا العمل .

وإلى أخواتي و أخواني الأعزاء، كل باسمه الخاص لتشجيعهم الدائم ودعمهم المعنوي، دون أن أخص بالذكر أولادهم و بناتهم الأحباء على قلبي .

و إلى صديقاتي التي وقفن بجانبي دائما وأسال الله التوفيق لهن .

ح. ياسمين

قال الله تعالى: ‹‹ ولا تأكلوا أموالكم بالباطل و تدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون»[1]

قال تعالى: ‹يأيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف تصليه نارا و كان ذلك الله يسيرا ››[2]

شرع الله عزوجل قد شرع من الأحكام ما يحفظ حقوق العباد من الضياع وحرم أكل أموال الناس ومما لا شك فيه أيضا أن العقود التي تبرم بين العباد منها ما هو موافق لشريعة المولى ومنها ما هو مخالف لشريعته.

يعتبر العقد أهم صورة من صور التصرف القانوني في الحياة الاجتماعية حيث أنه من أهم المسائل التي يمكن للفرد الاعتماد عليها للتواصل مع الغير وتبادل المصالح، وهو يقوم على توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني.

قد تتجه الإرادة إلى إظهار وضع قانوني وإخفاء وضعا اخر وهو ما يعرف بالصورية مما يعني أننا أمام عقدين أحدهما عقد ظاهر لأنه العقد الذي يظهره المتعاقدين أمام الغير ولا يدل على إرادتيهم الحقيقية وإنما ارادتهم الصورية ويسمى بالعقد الصوري ، والعقد الثاني هو العقد الحقيقي الذي انصرفت اليه ارادة المتعاقدين ولكنهم لا يريدون اظهاره فيظل سرا ويسمى بالعقد المستتر .

بالرغم من الخطورة التي ترتبها العقود الصورية على استقرار المعاملات بين الأفراد إلا المشرع الجزائري لم يعرف العقد الصوري حيث اكتفى بتحديد الأثار المترتبة على صورية العقد. قد تكون الصورية مشروعة وقد تكون غير ذلك في حالات مثلا كأن لا يريد الشخص أن يظهر امام الناس أنه متبرع خشية الرياء أو خشية ان يزداد عليه سعر الشيء الذي يريد اقتنائه، وقد يراد منها

[1] القران الكريم سورة البقرة، الآية 188.

[2] القران الكريم سورة النساء، الآيتان 29- 30.

التهرب من دفع الرسوم المرتفعة أو التحايل على أحكام القانون التي تمنع الشخص من التعاقد. او قد يراد منها تهريب المدين أمواله عن متناول يد دائنيه.

نجد المشرع قد أجاز للدائن أن يلجأ إلى الدعوى الصورية ليهدم بكافة صور الإثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ويكون من شانها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذبا وذلك للمحافظة على الضمان العام للدائنين. بالإضافة الى ذلك نجد المشرع قد اعطى بصفة عامة لكل ذي مصلحة أن يطعن في التصرفات الصورية بدعوى الصورية سواء كان أحد المتعاقدين أو خلفا عاما أو خاصا لاحدهم أو من الغير.

بالرغم من أهمية الدعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام، إلا أن المشرع لم ينص صراحة عليها، كما هو الحال بالنسبة للدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية، الأمر الذي جعل الفقهاء يختلفون حول طبيعة الدعوى الصورية.

إن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات نص على الصورية في المادتين 198 و199 من القانون المدني الجزائري، وقد اقتصر على الإشارة إلى أن العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام اي ان العقد النافذ هو العقد الحقيقي وهذه الحالة هي القاعدة العامة ، أما الاستثناء فقد ورد في المادة 199 في قولها أنه إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري .

تكمن أهمية الدراسة في كثرة العقود الصورية التي تبرم يوميا والتي تخفي تحايلا على أحكام القانون حيث أن الصورية اصبحت اليوم شائعة في التعاقد وهي وسيلة تستغل من قبل بعض المتعاقدين لإخفاء حقيقة ما تتجه ارادتهم لتحقيقه من أجل قيام بتصرفات كاذبة تؤدي إلى التهرب

من دفع الرسوم والضرائب أو إبرام عقود وهمية كالمضاربة الوهمية. وكثرة الخلافات التي

تنشأ

بين المتعاقدين انفسهم وقد تنشا بين أحد المتعاقدين والغير وذلك نتيجة لوجود عقدين أحدهما صوري ظاهر للغير والآخر حقيقي مستتر عن الغير وكلاهما يرتب آثار قانونية، بالإضافة الى الانعكاسات السلبية التي تهدد الثقة والاستقرار في الحياة التعاقدية .

تختلف أسباب اختيار الموضوع منها ما هو ذاتي وأخرى موضوعي، فالأسباب الذاتية تتمثل في رغبتنا وميولنا إلى البحث في هذا الموضوع ودراسته بصفة خاصة، وبصفة عامة. أما فيما يخص الاسباب الموضوعية فتتجلى في النقص الذي يعتري التشريع الجزائري بخصوص هذا الموضوع و توضيح دور الصورية في التعاقد وكيف أصبحت وسيلة تستغل لأغراض غير مشروعة من قبل المتعاقدين وكذلك الآثار التي تتركها سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية من خلال إبرام عقود وهمية لإظهار وضع صوري زائف يوهمون من خلاله الغير بحقيقة إرادتهم الخفية وإمكانياتهم المالية والفنية غير الحقيقية، وبالتالي عدم اتجاه إرادتهم إلى تنفيذ التزاماتهم، وبيان اغراض الصورية وآثارها حيث انتشرت الصورية بشكل ملحوظ في الوقت الحاضر.

تهدف هذه الدراسة الى البحث المعمق في موضوع الصورية من أجل بيان الأثار القانونية التي تترتب على الصورية بالنسبة للمتعاقدين و الغير، وكذلك البحث عن القرارات القضائية التي تتعلق بالصورية، وتحديد أهداف الصورية التي تتجه إرادة اطراف العقد الى تحقيقها سواء كانت أغراضا مشروعة أو غير مشروعة، وكذلك معرفة الأسس التي تقوم عليها الصورية، والشروط التي يجب أن تتوفر فيها وبيان اوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الصورية وبعض المصطلحات المشابهة لها، وأسباب اللجوء إلى الصورية وأخيرا بيان الدعوى الصورية وأهميتها .

من الدراسات السابقة التي عالجت موضوع الصورية كتاب بعنوان "الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري" والذي كتبه الأستاذ عبد القادر دبال حيث بين مفهوم الصورية وشروطها وكذلك أحكامها

وركز الكاتب فواز يوسف الجبوري في كتابه "الصورية في التعاقد في ضوء تطور العلاقات التعاقدية " على شروط وأغراض الصورية في التعاقد وبين أثارها .

كذلك الباحثة بوقرة خولة كتبت بحث بعنوان " الصورية في التعاقد " وبينت فيه مفهوم العقد الصوري، أشكال وشروط الصورية وتطبيقاتها في العقود وكذا الاثار المترتبة على صورية العقد.

الدكتور محمد حسن منصوري ركز في كتابه " النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) على الدعوى الصورية من حيث مفهومها وأنواعها وأحكامها وإثباتها وكذلك مقارنتها مع غيرها دون أن يوضح الأثار العام للصورية والأثار المترتبة عليها.

لقد واجهتنا عدة صعوبات في هذه الدراسة تتمثل فيما يأتي:

قلة المراجع القانونية التي تنظم أحكام الصورية بشكل كامل لأن معظمها يركز على الدعوى الصورية فقط كإحدى وسائل الضمان العام للدائنين، وكذلك قلة الاحكام القضائية الجزائرية في مجال العقد الصوري مما أدى إلى اللجوء الى القضاء الفرنسي والمصري لإثراء الموضوع.

بناء على ما تم التطرق اليه يمكن طرح الاشكالية التالية :

ما مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم احكام العقد الصوري ؟

اقتضت طبيعة الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة وتحقيق الأهداف المسطرة الاعتماد على مجموعة من المناهج، حيث اعتمدنا على المنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية والنظر في مدى كفايتها وقصورها، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي لبيان معالم النصوص ذات العلاقة وعناصرها القانونية، بالإضافة إلى اعتمادنا بصفة قانونية على المنهج الوصفي. ومما تقدم وللإجابة على الاشكاليات المطروحة، فإننا سنقوم بتناول هذه الدراسة من خلال فصلين حيث خصصنا:

الفصل الأول : ماهية الصورية

الفصل الثاني: أحكام الصورية

الفصل الأول

ماهية الصورية

يعد العقد مصدر من مصادر الالتزام، الذي ينشأ بتوافق إرادتي الطرفين، وذلك لينتج آثار قانونية معينة، وقد تكون هذه العقود مكتوبة كما هو الحال في جل العقود المسماة، وقد تكون شفوية في حالة ما إذا كان الشيء منقولا بسيطا كما هو الحال في المواد الغذائية. واستثناء عن الأصل يمكن للأطراف أن تلجأ الى الصورية من أجل إخفاء ما تم التعاقد عليه سواء كان مشروعا أي إذا كان الدافع إليها شريفا، أو غير مشروع عندما يكون الدافع إليها الإضرار بحقوق الغير كالإضرار بدائن البائع وذلك بحرمانه من التنفيذ على العين المبيعة. أو الغش في القانون أو التهرب من أحكام القانون، مما يسبب أضرارا بالغير وخطورة على استقرار المعاملات بين الأشخاص.

ولدارسة ماهية الصورية، سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين:

المبحث الأول: الأحكام العامة للصورية

المبحث الثاني: تطبيقات الصورية في العقود

المبحث الأول

الأحكام العامة للصورية

قد يلجأ المتعاقدان إلى إبرام عقد ظاهر ينتج أثار قانونية معينة وعقد آخر خفي إما شفويا أو كتابيا يلغي أو يعدل أثار الاتفاق الظاهر، وهذا التصرف القانوني يطلق عليه بالصورية. وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتناول في **(المطلب الأول)** المقصود بالصورية أما في **(المطلب الثاني)** فسوف نتعرض فيه إلى شروط وانواع الصورية.

المطلب الأول

المقصود بالصورية

المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الصورية فتعددت التعاريف التي أعطيت لها، واختلفت من فقه لأخر .وعليه سوف نتناول في هذا المطلب تعريف الصورية **(فرع أول)**وتميز الصورية عن المصطلحات المشابهة لها**(فرع ثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الصورية

للإحاطة بمقصود الصورية تقضي الدراسة الوقوف على تعريف الصورية في الفقه الإسلامي**(أولا)** ثم الفقه الوضعي**(ثانيا)**.

أولا: تعريف الصورية في الفقه الإسلامي

إن المتتبع لكتب الفقه لا يجد تعريفا للصورية كمصطلح مستقل بذاته إلا أنه متوفر في التطبيقات الفقهية كوقائع مخالفة للإرادة، والتي قد تساعد على إيجاد بيان بمعنى الصورية في الفقه الإسلامي. ونذكر في هذا الإطار كل من :حالة الهزل، حالة التلجئة أو المواضعة والحيلة .

أ-حالة الهزل

تناول الكثير من الفقهاء المعنى الخاص بالهزل، وتنوعت تعاريفهم له حيث جاء في المبسوط للسرخسي "الهزل أن يراد بالكلام غير ما وضع له والهازل لا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به[1].

يجمع الفقه على أن الهزل هو صدور العبارة بقصد من صاحبها واختياره، لا لينشئ بها عقدا بل بقصد الهزل، لذا يشترط لقيامه وجود إرادتين :إرادة وقوع اللفظ وإرادة عدم دلالة اللفظ على المعنى، كأن يتفق الطرفان على أن عقد البيع الذي سيعقدانه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه ويعتبر هذا العقد بالهزل عقدا صوريا غير منعقد، فلا يترتب عليه حكم أصلا ، فهنا لا تنتقل ملكية المبيع ولو يقبض المشتري الثمن لانتفاء الإرادة الحقيقية منه.

ب -حالة التلجئة أو المواضعة

عقد التلجئة عبارة عن اتفاق بين طرفين، على أن العقد المبرم بينهما ظاهري فقط ليدفع به ظلم سلطان أو لسبب ضروري آخر. كأن يقوم شخص ما ببيع شيء يملكه بيعا صوريا يخاف عليه من شخص ذي قوة أو نفوذ لشخص يثق به يكون قادرا على التصدي للشخص ذي نفوذ وعندما يزول الخطر يعود الحق لصاحبه، فالإرادة الحقيقية منتفية في أصل العقد والاتفاق كان ظاهريا فقط . فالعقد الصوري هنا فيه مظهر العقد وصورته فقط، لا حقيقته وجوهره[2].

ج – الحيل

يرى جانب من الفقه الإسلامي أن المعنى المرادف للصورية في الفقه الوضعي هو الحيل التي تعرف من قبل بعض فقهاء المالكية بكونها تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر الى حكم أخر. **مثال ذلك** : الواهب لماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة فالواهب قصد التهرب من دفع

[1] _ خولة بوقرة، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2017، ص 12 – ص13 .

[2] _ المرجع نفسه، ص 13.

الزكاة بان يحول عليه الحول وهو لا يملك النصاب الذي يجب فيه دفع الزكاة .

إن الحيل في الشريعة الإسلامية تنقسم الى قسمين :

- الحيل الشرعية المباحة .
- الحيل الشرعية المختلف فيها.

***الحيل الشرعية المباحة**

هي الحيل التي تهدف الى قلب طريقة مشروعة وضعت لمعالجة حالة معينة واستعمالها في حالة أخرى لإثبات وجود حق أو منع مظلمة أو تيسير حاجة[1]

مثال ذلك: إعتاد أهالي بخارى الاجارة الطويلة ولكن بما أن هذه الإجارة لا تجوز عند الحنفيين في الأشخاص لذلك أضطر هؤلاء الى وضع حيلة بيع الكرم وفاء[2].

***الحيل الشرعية المختلف فيها**

تهدف إلى قلب الأحكام الثابتة شرعا الى أحكام أخرى ، وقد رخص بعض الفقهاء استعمال الحيلة الشرعية المختلف فيها ومن أمثلة هذه الحيل : الوصية، الشفعة وبيع التلجئة[3].

إن الحيل التي تناقض مقاصد الشرع هي خداع الله تعالى والاستهزاء بآياته وتلاعب بأحكامه قد دل على تحريمها في الكتاب والسنة وإجماع السلف الصالح و قواعد الدين المعاملة، لذلك حرص الفقه على محاربة الحيل بشتى أنواعها ومن ذلك مثلا أنه بحكم طبيعة الأشياء ينصرف أثر العقد الذي يجريه المدين في أمواله الى دائنيه، إلا أن الدائن يصبح من الغير إذا تصرف المدين تبرعا في مرض موته فيأخذ هذا التبرع حكم الوصية وحق الدائن مقدم على الوصية فتسري الوصية في

---

[1] _ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران ، 2013 ، ص 130.

[2] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء ، ط 07 ،رمضان و أولاده للطباعة و التجليد، د ب ن،2003، ص 10 .

[3] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 130.

حقه

فيستوفي حقه قبل تنفيذ الوصية[1] .

وهكذا ثبت لنا أن الصورية حسب تعريف الفقه الإسلامي متمحور حول مسائل أو مواضيع الهزل والتلجئة والحيل، فقد عرفها هؤلاء بجوانب مختلفة و متناثرة تتعدى مسالة الحفاظ على الضمان العام للدائنين.

ثانيا: الصورية في القانون الوضعي

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للصورية لذا اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه حيث يرى جانب منهم أن مفهومها يقتصر على العقد ، في حين الجانب الأخر يرى أن مفهومها أوسع من العقد في حد ذاته ليشمل التصرفات القانونية الأخرى .

ا-المفهوم الضيق

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الصورية هي وضع قائم على عقد ظاهر يلجأ إليه الطرفان لتستر عقد أخر أراداه حقيقية، أو هي عقد أجراه المتعاقدان إما لإخفاء الوضع المادي أو القانوني لأحدهما وإما سترا لعقد أخر أراداه المتعاقدين حقيقة. وكما يعتبرون الاتفاق هو جوهر الصورية فتوجد بوجوده وتنتفي بانتفائه[2].

تفترض الصورية استنادا إلى هذا المفهوم وجود عقدين أحدهما ظاهر (صوري) والأخر عد مستتر (حقيقي) ويطلق على هذا العقد الأخير اصطلاح ورقة الضد، وهو الذي يعبر عن حقيقية إرادة المتعاقدين الحقيقية. **ومثال ذلك:** عقد البيع في صورة عقد هبة أو عكس ذلك. تتمثل الصورية في اتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني فهي موقف ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا. أي أن الصورية هي مخالفة الحقيقة، وتتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء ما تعاقدا عليه[3].

---

[1] _ بوخاري شاوي، الصورية في المعاملات العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، 2016، ص 21 ,ص22 .

[2] _ خولة بوقرة ، مرجع سابق، ص 10 .

[3] _ بوخاري شاوي، مرجع سابق، ص 7 .

كما أن اجتهادات المحاكم التي تشير إلى الصورية في التعاقد، حيث جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية « **إن لفظ الصورية التي تطلق على العقود التي تتظاهر بإنشاء موجبات لا وجود لها كما انها تطلق على العقود التي تخفي وصفها الحقيقي أو ينشأ عن عناصرها كإخفاء أحد المتعاقدين باللجوء إلى الاسم المستعار**»[1].

ب-المفهوم الواسع

يرى هذا الاتجاه أن مفهوم الصورية يتعدى العقد فهي واقعة خلقت مظهرا كاذبا بحيث يكون هناك مركز قانوني ظاهر يختلف عن المركز القانوني الحقيقي.

بمعنى آخر أن الصورية هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير فيكون المتعاقدين في مركزين قانونيين متعارضين أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والأخر حقيقي ولكنه خفي عن الغير ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي وهو ما يسمى ورقة الضد[2].

ويعرفها البعض الأخر بأنها تلك العملية التي يتم من خلالها اصطناع وضع قانوني ظاهر مختلف عن الوضع الحقيقي المستتر وراء واجهة الوضع الصوري الظاهر[3].

الصورية هي عمل إرادي من نتيجته خلق مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية وأكثر حصولها في العقود ويمكن حصولها في التصرفات بإرادة منفردة[4].

---

[1] _ بوخاري شاوي، مرجع سابق، ص 7.

[2] _ عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 15 .

[3] _ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، أثار الحقوق الشخصية (أثار الالتزام)(دراسة موازنة) ج2، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الاردن، 2003، ص 310.

[4] _ بخاري شاوي، مرجع سابق، ص 8 .

الفرع الثاني

تمييز الصورية عن المصطلحات المشابهة لها

لفهم الصورية أكثر لابد من تمييزها عن بعض الحالات القانونية المشابهة لها وذلك من أجل تبيان أوجه تشابههم واختلافهم.

وتشمل هذه المفاهيم التزوير **(أولا)**، والتحفظ الذهني(ثانيا)، عيوب الرضا**(ثالثا)**،الاتفاق الإضافي**(رابعا)** والخطأ في الوصف في تكييف العقد**(خامسا)**.

أولا: تمييز الصورية عن التزوير

التزوير هو تغيير الحقيقة في بيان جوهري في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها النظام تغيرا من شأنه أن يحدث ضررا بالغير مع نية استعمال المحرر فيما زور من أجله[1].

إن مفهوم الصورية يتفق مع التزوير في أن كلا منهما ينطوي على تشويه وتحريف مقصود للحقيقة ولا يقتصر استخدامها على السندات العادية بل السندات الرسمية أيضا، وكذا من حيث الإقرار على غير الحقيقة. إن الصورية تختلف عن التزوير في أنها تكون بعلم الطرفين واتفاقهم في حين أن التزوير يكون بفعل أحد الطرفين دون علم الطرف الأخر . كما أن الغاية من الصورية تتمثل في التهرب من أحكام القانون أو الإضرار بحقوق الغير أو الإضرار بالخزينة العامة أما الغاية من التزوير فهي غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية كذلك فإن الصورية ينظم أحكامها القانون المدني ولا يترتب عليها جزاء جنائي في حين إن التزوير تنظم أحكامه قانون العقوبات ويترتب عليه جزاء جنائي[2].

[1] _ أيمن عبد اللطيف، تاريخ النشر12مارس2020 ، تعريف و أركان و شروط و أنواع جريمة التزوير في قانون العقوبات، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/02/26 ،على الساعة 15:17، https://ae.linkedin.com

[2] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، الصورية في التعاقد – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 26 .

ثانيا: تمييز الصورية عن التحفظ الذهني

يقصد بالتحفظ الذهني أن يظهر أحد المتعاقدين غير ما يضمر فتجد إرادته الظاهرة مخالفة لإرادته الحقيقية عن قصد وتعمد منه، ولكن المتعاقد الأخر لا يعلم به[1].

يتضح من التعريف المقدم أن التحفظ الذهني يشترك مع الصورية في أن كلا منهما يقوم على وجود إرادة مستترة بإرادة ظاهرة، إلا أنهما يختلفان في كون أن الصورية يكون باتفاق بين الطرفين أما التحفظ الذهني ينشأ من طرف واحد دون اتفاق مع الطرف الأخر. وكذلك فالتحفظ يتجه إلى التحايل على الدوافع بينما الصورية تتجه إلى التحايل على الأثار[2].

التحفظ الذهني عبارة عن نية داخلية لأحد أطراف العقد والأخر لا يمتلك هذه النية والغير في هذه الحالة لا يمكنه معرفة هذا التحفظ، أما الصورية فهو اتفاق بين أطراف العقد يعلم به هؤلاء . أما الغير حسن النية يعلم بالعقد الظاهر ويجهل العقد الصوري الذي أبرم بين المتعاقدين.

ثالثا: تمييز الصورية عن عيوب الرضا

سوف نتناول في هذا الصدد تميز الصورية عن عيوب الرضا المتمثلة في : التدليس، الإكراه، الغلط.

أ- تمييز الصورية عن التدليس

تعرف **المادة 86 من ق م ج التدليس بقولها:« ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»**[3].

---

[1] _ عبد الحميد جاب الله، التعبير عن الارادة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود و مسؤولية، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر1،2013، ص 39 .

[2] _خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 17 .

[3] _المادة 68 من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج، ر، ج ،ج، عدد 78، لسنة 1975، معدل ومتمم.

يعرفه البعض الفقه أنه خديعة يمارسها أحد المتعاقدين توقع المتعاقد الأخر في وهم يدفعه إلى التعاقد فكل اسلوب يلجأ اليه شخص لتضليل شخص أخر وإيهامه على التعاقد، ولو لا هذا التضليل لما اقدم على التعاقد[1].

يتضح مما تقدم أن الصورية تتفق مع التدليس في أن كلا منهما يخفي شيئا تحت ستار ظاهر كاذب فالصورية تقع باتفاق الطرفين على ثالث ليس طرفا في العقد و تكون غالبا عند تنفيذ العقود، كما يتعاقد المتعاقدان وهما على علم بما يضمرانه للغير فلا يغش أحدهما الآخر، و قد تكون لغرض مشروع لا يقصد بها ضررا للغير إذ تعتبر تصرف قانوني لا يمكن إثباتها بين الطرفين كمبدأ عام إلا بالكتابة[2].

إلا أن الاختلاف بينهما واضح حيث يلجأ الى التدليس أحد أطراف العقد أو كلا الطرفين في آن واحد بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين على الغير . كما أن الغاية من التدليس هي موافقة الطرف الآخر على التعاقد بطرق احتيالية مما يجعل العقد قابلا للإبطال . أما الصورية فكلا المتعاقدين على علم بما يخفيانه عن الغير.

يعتبر التدليس من قبيل الأعمال غير المشروعة إذ الغرض منه في جميع الحالات هو غش الغير، في حين تنقسم الصورية من حيث الغرض منها إلى صورية بقصد الإضرار بالدائنين وصورية بقصد التحايل على أحكام القانون[3] .

ب _ تمييز الصورية عن الإكراه

تناول المشرع الجزائري في **المادة 88 من ق م ج** الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فالإكراه عبارة عن ضغط مادي أو معنوي يمارسه شخص على شخص أخر فيدفعه للتعاقد معه، إذ لولا هذا

---

[1] _فواز صالح، عيوب الإرادة، تم الاطلاع عليه بتاريخ:2022/04/01، على الساعة :10:10 /.com.sy/law. hhp:// areb –ency details/25656

[2] _ ابراهيم المنجى، دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرفات التنظيم القانوني والاجرائي لرفع الدعوتين، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1998 ، ص 39 .

[3] _ لزرق بن عودة ، مرجع سابق ، ص 142 .

الضغط لما تعاقد الشخص المكره.

تختلف الصورية عن الإكراه بأن إرادة المتعاقدين يجب أن تتجه نحو إخفاء حقيقة ما تم التعاقد تحت ستار عقد أخر، أي أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتفق على القيام بهذا العمل. أما الإكراه يمس حرية المتعاقد المكره فهو يصيف الإرادة في أحد عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار فالمكره لا يريد أن يتعاقد ولكن الرهبة التي يشعر بها جزاء الإكراه تدفعه على التعاق د[1]

ج- تمييز الصورية عن الغلط

الغلط هو وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور الأمر على غير حقيقته أي على غير الواقع. فالمتعاقد يتوهم أمرا و يقوم بناءا على ذلك الوهم بالتعاقد ولكن سرعان ما تتبين الحقيقة و الغلط الذي وقع فيه[2].

بناء 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 هو توهم غير الواقع أي أنه في الصورية يتفق الأطراف بمحض إرادتهم على إخفاء العقد الحقيقي و إظهار العقد الصوري ، مع العلم أن العقد المراد تحقيق نتيجته هو العقد الحقيقي أما الغلط فإنه قد يقع دون علم الأطراف أو يقع بموجب تغرير أحد الأطراف بالأخر[3].

إن الصورية تقوم على عقدين أولهما عقد ظاهر والثاني عقد مستتر. أما الغلط يكون في جوهر المتفق عليه.

رابعا: تمييز الصورية عن الاتفاق الإضافي

الاتفاق الإضافي هو عبارة عن عقد جديد بإرادتين جديدتين جاء معدلا لاتفاق سابق كليا أو

[1] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص29 .

[2] _ الغلط في القانون المدني الجزائري، تاريخ النشر09يونيو2010، تم الاطلاع عليه بتاريخ : 2022/03/22 على الساعة : 14:49h/ https://fadakahlamontada.com

[3] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص28 .

جزئيا فقد يكون حسب الأحوال إبراما لدين أو فاسخا أو استبدال لدين.

ومثال ذلك : إذا اتفق الطرفان على عقد الإيجار ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلا فيه تعديلا كما لو عدلا العقد بتخفيض الأجرة ، لا يوجد هنا عقد صوري وأخر حقيقي بل هناك عقدا حقيقيان الأخير منهما يعدل العقد الأول، ومن ثم تطبق القواعد العامة من حيث سريانه على المتعاقدين وعلى الغير على حد سواء[1].

فالصورية يوجد فيها عقدان أحدهما شكلي وهو العقد الظاهر يستخدم ستارا لعقد أخر هو عقد مستتر وهذا العقدان متعاصرين بعكس الاتفاق الإضافي ، فإن أحدهما يكون لاحقا لعقد أخر يعدل من العقد الأول أو يغير فيه أو ينقل آثاره.

خامسا: تمييز الصورية عن الخطأ في تكييف العقد

يقصد بالخطأ في تكييف العقد إعطاء العقد وصفا قانونيا لا يتفق مع مضمونه[2].

وتتفق الصورية مع الخطأ في تكييف العقد في أن كل من العقد الصوري والعقد الذي أعطى له تكييفا خاطئ قد نشأ من كليهما مظهر خارجي يخالف الحقيقة[3].

غير أن هناك اختلاف بينها يتمثل في كون العقد الصوري هو عقد لم تتجه اليه إرادة الأطراف في حين الخطأ في التكييف هو عقد جدي اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذه بكل مشتملاته إلا أنه وصف خاطئ لا يتفق مع مضمونه[4] .

يخضع الإثبات في العقود الصورية للقواعد العامة إلا أن الإثبات في الخطأ في تكييف العقد

[1] _ خولة بوقرة ، مرجع سابق، ص 18 ، ص22 .

[2] _ المرجع نفسه، ص 19 .

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 51 .

[4] _ بوقرة خولة، مرجع سابق، ص 19 .

يكون بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن القضائية[1].

ويفهم من نص **المادة 29 من ق إ م إ التي تنص على: «يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكيف القانوني الصحيح ، دون التقيد بتكييف الخصوم.**

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه»[2].

إن للقاضي الحق في تكييف العقد تكييفا صحيحا وإعطائه الوصف القانوني الصحيح وتطبيق النصوص القانونية الأمرة والمكملة لإرادة المتعاقدين التي تتفق مع هذا الوصف الذي أعطاه له المدعي أو المدعى عليه ، إذ أن تكييف العقد يعد مسالة قانونية تخضع لرقابة القضاء[3].

المطلب الثاني

شروط و أنواع الصورية

من خلال التعاريف السابقة نستنتج أن الصورية تقوم على عدة أنواع من بينها الصورية المطلقة و الصورية النسبية(الفرع الثاني) و يجب توفر مجموعة من الشروط لتحققها (الفرع الأول).

الفرع الأول

شروط الصورية

وفقا للتعريف المقدم يتضح أن العقد الصوري متكون من عقدين أحدهم حقيقي والأخر صوري وهذا ما ينجر عنه إرادتين , لذا يشترط لقيام الصورية توفر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 51 .

[2] _ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل :25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج، ر ،ج ،ج، عدد 21 ،2008 معدل و متمم.

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق ، ص 51 .

أولا: وجود عقدين أحدهما حقيقي والآخر صوري

يلزم توفر عقدين أحدهما ظاهر والأخر مستتر، بحيث يعمل المتعاقدان على ستر تعاقدهم في عقد صوري يكون ظاهرا. وهذان العقدين اتحدا فيهما الطرفان والمحل.

إذا أبرم المتعاقدان عقدا جديا بينهما ثم قررا لاحقا إدخال تعديل على هذا العقد فلا نكون أمام الصورية، كما لو أبرم الطرفان عقد الايجار بأجر معين ثم قررا تعديل هذا العقد بتخفيض الأجرة فلا يوجد هنا عقد صوري وعقد حقيقي بل هناك عقدان حقيقيان الثاني يعدل الاول[1].

ومن التطبيقات القضائية ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: **«الصورية في العقود تفترض وجود عقدين احدهما العقد الصوري الظاهر والثاني العقد الحقيقي المستتر»**[2].

وفي قرار ثان لمحكمة التمييز الأردنية :**«إذا كان المدعي يقيم دعواه بإبطال عقد بيع المصنع على صورية العقد المعقود بينه وبين المدعى عليه ، وحيث لم يثبت سوى عقد واحد هو العقد الحقيقي الذي تم بموجبه نقل ملكية السجل التجاري من اسم المدعي إلى اسم المدعى عليه ...لأنه ليس هنالك عقد صوري مستتر أو مخفي وبالتالي لا جدوى من إجراء الخبرة لغايات تقدير العطل والضرر بعد أن ثبت عدم وجود عقد صوري . ويستفاد من المادة 368 و369 من القانون المدني ان الصورية تستلزم وجود عقد حقيقي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، وعقد صوري ظاهر أبرمه المتعاقدين لستر العقد الحقيقي**[3].

ثانيا: إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد الصوري

تتحقق الصورية عند إخفاء المتعاقدين لحقيقة ما تعاقدا عليه فنكون بصدد عقدين أو اتفاقين الأول هو العقد الحقيقي الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى قبول آثاره لكنهم يبقونه سرا لسبب ما، ولذا يسمى العقد المستتر، وهو الذي يوضح حقيقة إرادة المتعاقدين إلى قبول أثاره لكنهم يبقونه سرا

[1] _ فواز يوسف الجبوري، الصورية في التعاقد في ضوء تطور العلاقات التعاقدية، ط 2، دار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان،2019،ص 105 .

[2] _ محكمة التمييز الاردنية قرار رقم 1119 /2012 المؤرخ في 05/20 /2012 عن فواز يوسف الجبوري، المرجع نفسه، ص 106.

[3] _ محكمة التمييز الأردنية قرار رقم 638 /2004 المؤرخ في 01 /07 /2004 عن فواز يوسف الجبوري، المرجع نفسه، ص 106.

لسبب ما ولذلك يسمى العقد المستتر، وهو الذي يوضح حقيقة إرادة المتعاقدين والثاني هو العقد الظاهر وهو الذي يظهره المتعاقدان أمام الغير، وهو لا يدل على إرادة المتعاقدين وإنما يدل على إرادتهما الصورية و لذلك سمي بالعقد الصوري[1].

ثالثا: أن يكون أحد العقدين متعارضا مع الآخر

يجب أن يختلف العقدين عن الأخر في ماهيته أو في أحد اركانه أو في أحد شروطه. والعقد الظاهر يخفي عقدا حقيقيا و يستره في جميع نواحيه[2] .

مما ينتج عن ذلك التعارض بين العقدين الظاهر والخفي وتتحقق بذلك الصورية المطلقة.

مثال ذلك: عندما يبيع شخص لأخر شقة في صورة عقد إيجار فإن العقد الحقيقي هو عقد بيع والعقد الصوري هو عقد إيجار والحقيقية، أن العقدين مختلفان بشكل كلي من حيث الشروط والأركان الطبيعة[3].

وإما في جزء منها سواء تعلق ذلك بطبيعة العلاقة القانونية أو بركن أو بشرط في العقد مما نكون في صدد الصورية النسبية.

مثال ذلك: أن يتفق شخص مع أخر على بيع قطعة أرض بمبلغ ثلاثين ألف دينار أردني على أن يذكر في العقد أن المبلغ عشرة ألاف دينار أردني. وبذلك يكون الاختلاف بينهما انحصر في جزء معين من العقد وهو الثمن ولا يوجد اختلاف أخر في صيغة العقد أو شروطه[4].

وحالة ما إذا وجد اتفاقان متلاحقان ولا يوجد تعارض بينهما فإن ذلك يدل على عدم وجود الصورية.
مثال ذلك: إبرام عقد قرض يبرمه مدينان متضامنان مع ثالث، ثم يبرم هذان المدينان

[1] _ فواز يوسف الجبوري ،مرجع سابق، ص 107.
[2] _ المرجع نفسه، ص 111.
[3] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص 12،13 .
[4] _ المرجع نفسه، ص 12.

عقدا فيما بينهما يتحمل به أحدهما سداد القرض وحده، فهنا يوجد العقدان ينظم كل منهما علاقة تختلف عن تلك التي تنظمها الأخر. كما لا توجد صورية إذا كان التعارض بين مركز قانوني ناتج عن عقد وبين مركز قانوني ناتج عن الإرادة المنفردة. ولا صورية كذلك إذا كان التعارض بين واقعتين تتعلقان بتنفيذ العقد لا بتكوينه[1].

رابعا: وجوب أن يتعاصر العقد الحقيقي مع العقد الصوري

فيجب أن يتعاصر العقدان أي ينبغي أن يكونا صادرين في وقت واحد أي ينبغي أن يكونا صادرين في وقت واحد، ولو تأخر تدوين أحدهما على تدوين الأخر[2].

ومثال ذلك : التعاصر بين عقد المقاولة من الباطن وعقد المقاولة الأصلي فإذا لم يكن العقد السابق مقاولة، فان العقد اللاحق يعد عقدا أصليا وليس من الباطن الأسبقية حسب تاريخ العقد غير أن معنى هذه المعاصرة لا يجب أن يفهم بمعناه المادي أي أن يبرم العقدين في نفس الوقت أو أن يقوم على وجوب قيام العقد المستتر مباشرة بعد قيام العقد الظاهر من حيث الزمان وإنتاج الأثر، بل يكفي المعاصرة الذهنية التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليهم نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر. وأن تاريخ سند التصرف المستتر بعد ذلك[3].

الفرع الثاني

أنواع الصورية

تقسم الصورية بحسب مداها إلى صورية مطلقة **(أولا)**و صورية نسبية **(ثانيا)**.

[1] _ فواز يوسف الجبوري، مرجع سابق، ص 113 .

[2] _ المرجع نفسه، ص 114 .

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 46 .

أولا: الصورية المطلقة

عرف الفقه الصورية المطلقة وهي التي تقع على العقد برمته و يكون العقد في هذه الحال خيالا ليس له وجود قانوني، فهي التي تتناول وجود العقد ذاته بأن كان التصرف الظاهر ليس له وجود حقيقي، و يقتصر الأمر على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له[1].

عرفها البعض الأخر أنها الصورية التي ترد على العقد أو التصرف ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، حيث يتفق المتعاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إطلاقا اليه[2] .

وقد عرفت الصورية المطلقة على أنها تلك المتعلقة بوجود العلاقة القانونية في مجملها فيكون العقد الظاهر غير موجود في الواقع و في مجال العقود، أي أن يقتصر العقد الحقيقي على التقرير أن العقد الظاهر هو عقد صوري لا وجود له و يكون وضع الأطراف المتعاقدة ما كان عليه قبل إبرام التصرف الظاهر[3].

بعبارة أخرى أن يكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا أخر حقيقيا يختلف عن العقد الظاهر، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له[4].

وكذلك تكون الصورية مطلقة عندما تنصرف إرادة المتعاقدين الى عدم إحداث أي أثر قانوني إطلاقا فيعتبر التصرف كتصرف الهازل الذي لا تنصرف إرادته لإحداث اي التزام

---

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق ، ص 26.

[2] _ عبد القادر الفأر، أحكام الصورية – اثار الحق في القانون المدني – ، دار الثقافة للنشر و التوزيع , لأردن، 2004، ص 92 .

[3] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 27 .

[4] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد –نظرية الالتزام بوجه عام – ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 1074 .

بالنسبة له وللمتعاقد معه فهو تصرف لا وجود له في الحقيقة على الإطلاق بالنسبة للمتعاقدين خلافا للغير. وأما العقد المستتر فيتضمن الدليل على ذلك[1].

الصورية المطلقة تتحقق عندما لا يتضمن الاتفاق المستتر بين المتعاقدين تصرفا أخر يخفيه التصرف الظاهر، و إنما يقتصر الاتفاق على تقرير أن التصرف هو تصرف صوري ظاهر لا وجود له[2].

و مثال ذلك : شخص يريد أن يتفق مع دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا الى شخص يتفق معه على ذلك، و يحرران بالبيع عقدا ظاهرا و يكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكر فيه أن البيع لا حقيقية له و أن هذا السند المستتر هو ورقة الضد[3].

ثانيا: الصورية النسبية

عرف الفقه الصورية النسبية أنها التي لا تتناول وجود العقد أو نوعه و إنما تتناول ركنا أو شرطا فيه بمعنى وجود علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين، يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها[4].

تتحقق الصورية النسبية عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصية أحد طرفيه.

تختلف الصورية المطلقة عن الصورية النسبية وذلك من حيث أن الصورية النسبية توجد فيها

[1] _ انور طلبة، الصورية و اوراق الضد ، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن ، 2004، ص 9 .

[2] _ ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 313.

[3] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 22 .

[4] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 31.

علاقة قانونية حقيقية[1].

بعبارة أخرى إذا كانت الصورية المطلقة ترد على كيان العقد فتصور أن عقدا قد نشأ في حين أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة، فإن الصورية النسبية ترد على نوع العقد أو على ركن أو على شرط أو على أحد المتعاقدين. فالعقد في الصورية النسبية موجود و حقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان و أحلا محله حكما صوريا[2] .

و للصورية عدة صور منها الصورية بطريق التستر أو المضادة أو التسخير و كل من هذه الصور تخفي جانب من التصرف الصوري فمن حيث طبيعته وهذه هي الصورية بطريق مستتر إضافة الى أنه يختلف من حيث شروطه و أركانه فنكون أمام الصورية بطريق المضادة أو من حيث أشخاص التصرف و نكون أمام الصورية بطريق التخسير .

أ- الصورية بطريق التستر

الصورية بطريق التستر يقصد بها إخفاء أو ستر التصرف الحقيقي الذي أبرمه الطرفين كما هو الحال في البيع في صورة هبة، وذلك بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، أو العكس كالهبة في صورة بيع فيكون العقد الصوري أو الظاهر هو عقد البيع. بينما يكون العقد الحقيقي الذي أستتر بالعقد الظاهر هو عقد الهبة، حيث أن القصد من ذلك يكون بقصد التهرب من الرسمية حيث أن الرسمية ركن للهبة[3].

أو ستر الهبة الصادرة من المورث إلى أحد ورثته في صورة عقد بيع، بغية التحايل على أحكام التركات و المواريث و دفعا للطعن فيها[4].

---

[1] _ انور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1984، ص 163 .

[2] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 13.

[3] _ انور سلطان، مرجع سابق، ص 153.

[4] _ المحكمة العليا ، غرفة شؤون الاسرة، القرار رقم 139123، المؤرخ في 1996/07/09، م ق، العدد 02 ،سنة 1996، ص 80.

تتحقق الصورية النسبية بطريق التستر في حالة وجود علاقة قانونية بين المتعاقدين يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها، وهذا الجانب يتناول طبيعة العلاقة بين المتعاقدين أو تتناول نوع العقد أو تكييفه لا وجوده[1].

ب-الصورية بطريق المضادة

الصورية بطريق المضادة هي الصورية التي تكون على ركن من أركان العقد أو شروطه.

مثال ذلك : أن يتفق طرفي العقد على أن يذكرا في عقد البيع المبرم بينهم ثمنا أقل من ثمن العقار الحقيقي و ذلك للهروب من دفع الرسوم أو تجنبها، أو أن تكون الصورية في تاريخ العقد حيث يتم الاتفاق بين الطرفين على تقديم التاريخ فيه، بحيث يكون التاريخ قبل قيام حق الدائنين و نشأته[2].

و كذلك قد يتفق المريض مرض الموت مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى يكون سابقا على تاريخ مرضه لتفادي الطعن فيه من قبل الورثة[3].

و هذا وفق ما نصت عليه **المادة 408 من ق م ج:‹‹ إذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة.**

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال››[4].

ج-الصورية بطريق التسخير

تتعلق هذه الصورية بشخص أحد المتعاقدين أي أن يكون التصرف باسم شخص أخر غير

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 33.

[2] _ انور سلطان، مرجع سابق، ص153 .

[3] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 136.

[4] _ المادة 408 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ذلك الشخص الذي تم إبرام العقد لحسابه أصلا، وذلك بقصد التحايل على أحكام القانون التي تمنع بعض الأشخاص من القيام ببعض التصرفات القانونية.

تتحقق الصورية النسبية بطريق التسخير عندما تتناول شخصية أطراف العقد بأن يتم التصرف لحساب شخص غير الشخص المذكور في العقد، تحايلا على حكم من أحكام القانون[1].

مثال ذلك : منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها التي تكون ضمن اختصاص الجهة القضائية التي يؤدون فيها وظائفهم سواء كان الشراء بأسمائهم او بأسماء مستعارة[2].

وقد أورد القانون المدني صورا من الصورية النسبية بطريق التسخير في المواد الاتية :

وذلك ما نصت عليه **المادة 402 من ق م ج** :‹‹ **لا يجوز للقضاة و لا للمدافعين القضائيين و لا المحامين و لا الموثقين و لا كتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا** ›› [3].

وقد نصت **المادة 410 من ق م ج** في هذا الصدد على انه : ‹‹ **لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة ما لم تأذن به السلطة القضائية ومع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى** ››[4].

وكذلك فيما يتعلق بالسماسرة والخبراء حيق نصت **المادة 411 من نفس القانون** على أنه: ‹‹ **لا يجوز للسماسرة، ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم ببيعها أو في تقدير قيمتها،**

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 36.

[2] _ انور سلطان، مرجع سابق، ص154.

[3] _ المادة 402 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] _ المادة 410،المرجع نفسه.

سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار ››[1].

تختلف الصورية بطريق التسخير عن التعاقد بطريق التسخير ففي الأولى يتعاقد الشخص مع المسخر على نحو ما تقدم، أما في التعاقد فإن المسخر يتعاقد مع الغير ثم ينتقل أثر تصرفه الى الأصيل و كأن المسخر اقتصر عملا على إعادة اسمه للأصيل[2].

[1] _ المادة411 من الأمر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 14.

المبحث الثاني

تطبيقات الصورية في العقود

تم التطرق إلى أن العقد الصوري هو عقد توافقت فيه إرادة الطرفين على عدم إحداث أثاره القانونية. فالهدف الوحيد من وراء إبرامه هو إخفاء حقيقة معينة أراد الأطراف إخفاءها عن الغير، ففي هذه الحالة نكون أمام صورية نسبية، وقد لا يهدف إلى إخفاء عقد معين إنما إخفاء حقيقة وبالتالي نكون إزاء صورية مطلقة[1].

عليه فإننا سوف نقسم الدراسة إلى مطلبين حيث نتناول في **(المطلب الأول)** تطبيقات الصورية المطلقة في العقود، أما في **(المطلب الثاني)** فسوف نتعرض فيه إلى تطبيقات الصورية النسبية في العقود.

المطلب الأول

تطبيقات الصورية المطلقة في العقود

اتضح فيما تقدم أن الصورية المطلقة تتحقق في العقود عندما لا يوجد في الحقيقة أي عقد اتجهت إليه إرادة المتعاقدين على الإطلاق إذ لا يوجد تصرف ظاهر يخفي حقيقة معينة ومن أهم تطبيقاتها: صورية البيع الثاني للعقار الذي تجوز فيه الشفعة**(الفرع الأول)**، و صورية حوالة الحق**(الفرع الثاني)**، و أخيرا صورية عقد الإيجار الصادر من المدين بتأجير العقد الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية**(الفرع الثالث)**[2].

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 26.

[2] _ المرجع نفسه، ص 32.

الفرع الاول

صورية البيع الثاني للعقار الذي تجوز فيه الشفعة

نصت **المادة 01/801 ق م ج** على أنه:« **يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا. ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا اذا كان مسجلا »**[1].

يتضح من هذا النص أن تسجيل التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة، وإنما هو إجراء يجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فإذا لم يسجل الشفيع هذا الإعلان لأنه يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع. فإذا باع المشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة فإن هذا البيع الثاني يكون نافذا في حق الشفيع وينفسخ البيع الاول من ناحية الأخذ بالشفعة[2].

ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني في هذه الحالة في مواعيده وشروطه عملا بنص المادة **797من ق م ج** التي تنص على انه:« **إذا اشترى شخص عقار تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا المادة 801 فلا يجوز الاخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشتري بها»**[3].

غير أنه قد يكون التصرف الذي صدر من المشتري الاول تصرفا صوريا بقصد منع الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة ففي هذه الحالة يجوز الشفيع أن يثبت صورية التصرف بجميع الطرق المعدة للإثبات فإذا نجح الشفيع في إقامة الدليل على صورية التصرف الصادر من المشتري الأول

[1] _ المادة 801 / 1 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ عز دين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق، ص 512.

[3] _ المادة 997 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق .

اعتبر هذا التصرف الصوري كأنه لم يكن، ويستطيع الشفيع عندئذ أن يأخذ بالشفعة في البيع الاول الذي صدر من مالك العقار الى المشتري الاول[1].

أما إذا فشل الشفيع في إثبات صورية البيع المبرم بين المشتري الأول والمشتري الثاني اعتبر هذا البيع صحيحا وقائما ولا يؤخذ بالشفعة فيه، و يجب على الشفيع في هذه الحالة أن يعلن عن رغبته في الاخذ بالشفعة إلى كل من المشتري الأول و المشتري الثاني دون البائع للمشتري الأول لأن الشفعة تطلب في البيع الثاني المبرم بين المشتري الأول و المشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع و المشتري[2].

الفرع الثاني

صورية حوالة الحق

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا لحوالة الحق بل لم يختلف في إجازته لها كبقية القوانين، فقد نصت المادة **239من ق م ج** على :« **يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص أخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام و تتم الحولة دون حاجة إلى رضا المدين»**[3].

فحوالة الحق هي عبارة عن عقد ينقل بمقتضاه الدائن (المحيل) حقه الشخصي إلى أخر (المحال له) يحل محله في حقوقه قبل المدين (المحال عليه) فتنعقد بمجرد تراضي الدائن المحيل و المحال له دون حاجة إلى رضا المدين.

لذا فقد يكون للدائن مبلغ من المال في ذمة المدين ولوجود علاقة بين الطرفين أدبيا مثلا تمنعه من استفاء حقه وتحصيله من المدين يقوم الدائن المحيل بتحويل حقه إلى المحال له حوالة صورية وبذلك يمكن للمحال له أن يطالب المدين بالوفاء ويتفقا سرا على أن الحق لا يزال للمحيل

[1] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 212.
[2] _ المرجع نفسه، ص 212 .
[3] _ المادة 239 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

لا ينتقل إلى المحال له فيجب على هذا الاخير أن يسلم للمحيل ما قد يؤديه للمدين وبالتالي فلا وجود لعقد حوالة نهائيا[1].

الفرع الثالث

صورية عقد الإيجار الصادر من المدين بتأجير العقار الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية.

تنص المادة **731من ق إ م إ** على أنه :« **تبقى عقود الايجار التي ابرمها المدين المحجوز عليه، و لها تاريخ ثابت قبل قيد أمر الحجز، نافذة في حق الحاجزين و الدائنين الذين لهم حقوق مقيدة، إلا إذا أثبت الدائن أو الراسي عليه المزاد ولو بعد البيع، وقوع غش من المدين المحجوز عليه أو المستأجر في هذا الإيجار ففي هذه الحالة يمكن فسخ الإيجار.**

عقود الايجار التي ليس لها تاريخ ثابت، و عقود الايجار التي ابرمها المدين المحجوز عليه بعد قيد أمر الحجز»[2].

كما تنص **المادة896 من ق م ج على:« الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه و لم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة»**[3].

نستنتج من المادتين السابقتين أن عقود الإيجار الواقعة قبل قيد أمر الحجز ثابت التاريخ تكون نافذة في حق الدائنين والحاجزين، أما إذا كانت غير ثابتة التاريخ و وقعت بعد الحجز فلا تكون نافذه في مواجهه حق الدائن الحاجز، لكن قد تكون نافذة إذا اعتبرت أنها من ضمن أعمال

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص33.

[2] _ المادة 731 من القانون رقم 08_09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق.

[3] _ المادة 896 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

الادارة الحسنة[1].

غير أن المدين قد يتواطأ مع شخص أخر ويحرر له عقد ايجار صوري بتأجير العقار المحجوز ويكون هذا العقد ثابت التاريخ قبل قيد أمر الحجز ففي هذه الحالة هدف المدين هو الاضرار بحقوق الدائنين، إذا أجاز المشرع للدائن والراسي عليه المزاد إثبات وقوع غش من المدين المحجوز أو المستأجر في هذا الايجار كأن يثبت صورية هذا العقد فإذا ما أفلح في إثبات ذلك بطل الإيجار واعتبر كأنه لم يكن[2].

المطلب الثاني

تطبيقات الصورية النسبية في العقود

سوف نحاول في هذا المطلب التعرض لأهم تطبيقات الصورية النسبية في العقود والتي تتحقق عندما يوجد في الحقيقة تصرف قانوني معين وكل ما في الأمر أن الصورية تستخدم لإخفاء طبيعته أو شرط من شروطه أو شخصية أحد المتعاقدين ويعتبر عقد البيع من أهم العقود المدنية التي تجد الصورية وكرا لها فيه وكذلك نجد صورية تصرفات المورث. و عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الصورية غي عقد البيع**(الفرع الأول)** و صورية تصرفات المورث**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الصورية في عقد البيع

قد تقع الصورية في العقود الملزمة للجانبين ومنها البيع، كما قد تقع في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، وقد تكون الصورية في عقد البيع بقصد اخفاء الثمن أوستر بيع وفائي، أو وصية أو وكالة، كما قد ترد على الثمن المقدر للعقار المشفوع فيه[3].

[1] _ خولة بوقرة ، مرجع سابق، ص 34.

[2] _ المرجع نفسه، ص 34.

[3] _ انور العمروسى، الصورية و ورقة الضد في القانون في المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص 221.

أولا: الصورية في طبيعة عقد البيع

الواقع أن الصورية كثيرة الوقوع بشان طبيعة عقد البيع، اذ قد يرغب المتعاقدان في ابرام عقد من العقود لكنهما يفاجآن مثلا بأن المشرع قد اورد حظرا بشأن إنشاء هذا العقد أو أن التكييف أو الوصف الحقيقي له لا يحقق مصالحهما، فلا يجدان من وسيلة للتحايل على هذا الحظر او لتفادي الوصف غير الملائم الا الصورية، بأن يبرما عقد بيع ظاهر مما أجاز المشرع ويستخدمانه كوسيلة لإخفاء العقد غير المشروع أو الوصف الحقيقي للعقد غير الملائم لهما، أو قد يكون عقد البيع في حد ذاته يضر بمصالحهما، لذا قد يلجأن إلى إبرام عقد اخر ساتر لعقد البيع، والنماذج عديدة في هذا الشأن ونورد فيما يلى بعضا منها للبيوع الساترة لعقود أخرى وبعض اخر ساتر لعقد البيع[1].

أ _ البيوع الساترة لعقود أخرى

ونذكر منها ما يلي:

أ-1 عقد البيع الساتر للوصية

تعتبر الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية فقد تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد من **775 الى 777** باعتبارها سببا من أسباب نقل الملكية غير أنه ونظرا لأهمية الوصية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال المضافة إلى ما بعد الموت وما قد ينجر عنها من اختلال الروابط الأسرية. فقد عالج المشرع أحكامها ووضع شروطها في قانون الأسرة في المواد **184 الى 201 من ق أ ج** [2] .

والوصية كما عرفتها المادة **184من ق أ ج :« تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»**[3].

---

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 35.

[2] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 203.

[3] _ المادة 184 من قانون رقم 84 _11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ج، ج ،عدد 24 الصادر في 12/ 02/ 1984، معدل و متمم.

وقد خص المشرع الجزائري بالذكر حالة البيع في مرض الموت التي تعتبر تطبيقا لتصرفات المريض مرض الموت حيث تنص المادة **408 من ق م ج** على أنه:« **إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.**

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»[1].

فمن خلال المادة السابقة نستنتج أن المشرع فرق بين حالتين:

فإذا تم البيع لأحد الورثة لا يكون البيع ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة وأما إذا لم يقروه يبقى الشيء المبيع من بين عناصر التركة فنص المادة **408 الفقرة واحد** من ق م ج مطابق لنص المادة **189** من ق أ ج والتي تنص على :« **لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي**»[2].

أما إذا صدر البيع في مرض الموت للغير يعتبر غير مصادق عليه فيكون قابل للإبطال لمصلحة المريض. وعلى هذا الأخير إذا طالب تقرير البطلان رد الثمن الذي دفع وعلى المشتري رد المبيع فالبيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية.

فيكون نافذا في حدود الثلث وما زاد عنه معلقا على إقرار الورثة له. بينما المشرع يعتبر هذا البيع قابلا للإبطال سواء كان في حدود الثلث أو تجاوزه[3].

أ-2عقد البيع الذي يخفي عقد بيع وفائي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **396 من ق م ج** على ما يلى :« **يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم المبيع بحق استيراد الشيء المبيع في أجل معين»**[4].

---

[1] _ المادة 408 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ المادة 408 /1 المرجع نفسه.

[3] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 37.

[4] _ المادة 396 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

اذا اتفق المتعاقدين على أن عقد البيع هو في حقيقته عقد بيع وفائي يستطيع البائع فيه استيراد المبيع إذ هو رد الثمن الى المشتري خلال مدة معينة إلا ان المتعاقدين حررا عقدا صوريا يتضمن انه عقد بيع بات ومنجز فهنا يستطيع البائع ان يثبت صورية هذا العقد بكافة طرق الاثبات القانونية وذلك لوجود تحايل على احكام القانون لأن عقد البيع الوفائي باطل بطلانا مطلق حسب المادة **396** من ق م ج[1].

ولا يرد عليه التقادم ولا تلحقه الإجازة، ولا يرتب اية اثار قانونية لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير لأن العبرة بما انصرفت إليه ارادة المتعاقدين، وتكفي المعاصرة الذهنية بين عقد البيع وشروط استراد المبيع وذلك بإثبات أن الطرفين وقت ابرام العقد قد قصد تخويل البائع حق استيراد ملكيه المبيع[2].

ب-عقود ساترة لعقد البيع

تتمثل أهم العقود الساترة لعقد البيع فيما يلي:

ب_1 عقد الوكالة الساتر لعقد البيع

قد يكون عقد الوكالة ساترا لعملية البيع كما هو حاصل حاليا بخصوص السيارات السياحية التي يتم اقتنائها برخصة الممنوحة للمجاهدين المعطوبين في حرب التحرير وأبناء الشهداء المعوقين المصابين بمرض مزمن، الحائزين على منحة معطوبين من الخارج دون دفع الرسم على القيمة المضافة[3].

وفقا لما هو منصوص عليه في المادة **9 من قانون الرسوم على رقم الأعمال،** لكن في مقابل ذلك يقيدهم القانون بعدم جواز التنازل عنها قبل ثلاث سنوات و إلا يدفع كل الامتياز الجبائي أو نصفه. مما يدفع بهم إلى التحايل على القانون، حيث يكون مالك السيارة قد استوردها من الخارج

[1] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 364 .

[2] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 201، 202.

[3] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 38 .

ورغبة منه في بيعها قد يتفق مع المشتري على تحرير عقد وكالة صوري يوكله فيه بتشغيلها بنفسه او بواسطة غيره وحقه في استخراج ترخيص تسييرها لا باسمه ولكن باسمي المستورد، في هذه الحالة يجوز لمصلحة الضرائب باعتبارها من الغير ان تثبت بطرق الاثبات كافة ومنها البينة والقرائن حقيقة العقد المستتر وان عقد الوكالة يخفي عقد بيع[1].

ولكن الإشكال المطروح هو في حالة مضت المدة المحظور فيها التصرف في السيارة ورغم ذلك امتنع البائع عن تحرير عقد بيع للمشتري فهل يجوز للمشتري ان يثبت عقد البيع بغير الدليل الكتابي باعتبار ان هناك تحايل على القانون ؟ وعليه فأنه لا يجوز له ذلك لأن إثبات العقد بغير الدليل الكتابي في حالة الاحتيال على القانون قاصرا على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته وهو في هذه الحالة مصلحة الضرائب اما المشتري فلم يكن الاحتلال موجه اليه وبالتالي فلا يجوز له الاثبات بغير الدليل الكتابي فيتعين عليه ان يثبت بالدليل الكتابي[2].

ب-2عقد المقايضة الساتر لعقد البيع.

تنص المادة **794 من ق م ج:« الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»**[3].

حسب هذه المادة لكي يمارس الشفيع حقه في الشفعة لابد أن يكون هناك بيع للعقار الذي تجوز فيه الشفعة أما اذا وجد عقد مقايضة ناقل للملكية فلا يؤخذ فيه بالشفعة ولو كانت المقايضة بمعدل إلا اذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة، فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع فيجوز الاخذ فيه بالشفعة، فإذا حرر البائع والمشتري عقد مقايضة صوري لمنع الشفيع من أخذ العقار المبيع بالشفعة جاز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة أنها عقد بيع[4].

---

[1] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 472.

[2] _ المرجع نفسه، ص 472.

[3] _ المادة 794 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[4] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 529.

ب-3عقد الهبة الساتر لعقد البيع

من المقرر أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع وعلى ذلك فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة حتى ولو كانت بعوض ما دامت هبة حقيقية وذلك لأن الواهب إنما وهب ورضا بالتجرد من ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوفر في الشفيع، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ولو بقيمة العقار الموهوب.

فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفي تحت ستار الهبة وسمي الثمن عوض فالعبرة بحقيقة العقد و بأنه بيع فيجوز فيه الشفعة ويجوز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أن حقيقة الهبة بيع، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي المتفق عليه لأحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور ما لم يتمسك بالعقد الظاهر وبشرط أن يكون حسن النية وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة، كما هو الغالب لم يجوز للشفيع الأخذ فيه بالشفعة[1].

ثانيا: الصورية في الثمن

لقد عرف المشرع الجزائري عقد البيع في نص المادة **351 من ق م ج** بقوله :« **البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي** »[2].

يتضح من هذا التعريف أن الثمن هو ركن من اركان عقد البيع، والثمن هو مبلغ من النقود يدفعه المشتري في مقابل انتقال حق المبيع اليه فاذا انعدم لم ينعقد البيع[3].

ويشترط في الثمن الذي ينعقد به البيع الشروط التالية:

-أن يكون نقودا.

[1] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 529.

[2] _ المادة 351 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 354.

–ان يكون مقدرا او قابلا للتقدير.

–أن يكون جديا لا يكون الثمن جديا إذا كان ثمنا صوريا لا يقصد البائع ان يتقاضاه من المشتري بل ذكر مبلغا من النقود ليكون ثمنا حتى يسلم للمبيع مظهره المذكور في العقد او يهبه اياه، فإن هذا البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن وانما يريد أن يصبغ على العقد صورة البيع[1].

يمكن إهدار الثمن الجدي بإحدى الطريقتين:

–تحديد ثمن تافه للمبيع وهو الثمن الذي لا تناسب بينه وبين المبيع مما يجعله في حكم المعدوم.

–أو ثمن صوري لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان أو لم يقصد البائع ان يقتضه من المشتري وإنما ذكر في العقد استيفاء للشكل فقط.

وبالتالي فإن صورية الثمن في البيع تحدث اثرها على طبيعة العقد، و معنى ذلك ان الثمن الثابت في عقد البيع هو ثمن محض وهمي، أي أن نية المتعاقدين لم تتجه في الحقيقة الى اقتضاء المطالبة بالثمن ولا الوفاء به، وأن الثمن الظاهر هو مجرد ستار لنية التبرع وعندئذ يوصف العقد بأنه هبة لا بيع وتسري عليه احكام عقد الهبة. ويمكن أن تقتصر اثارها على احد شروط العقد وهو شرط الثمن دون أن تتجاوزه الى التأثير على طبيعة العقد التي تظل كما هي بيعا[2].

ثالثا: صورية أحد أطراف عقد البيع

يعتبر كنموذج لذلك ما نصت عليه المادة 402 من ق م ج :« لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ، ولا للمحامين ، ولا للموثقين ولا لكاتب الضبط، ان يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازعة فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، د د ن ، بيروت ، د س ن ، ص 314، 331.

[2] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 40 ، 41.

اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا»[1].

كما تنص كذلك المادة **403 من ق م ج** على :« **لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين، ان يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم او بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة»**[2].

نستخلص من المادتين السابقتين ان المشرع أورد حضرا على طائفة معينة من الأشخاص المتمثلة في القضاة و كتاب الضبط والمحامين والموثقين والنيابة العامة من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع مطروحا امام المحكمة التي يباشرون فيها عملهم، مما يدفع هؤلاء الأشخاص إلى الاستعانة بأشخاص أخرين لإخفاء شخصيتهم من وراءهم وابرام تلك العقود.

الصورية وجدت مخبأ لها في شرط الأهلية كأحد شروط صحة عقد البيع، إلا أن المشرع قد تفطن إلى مثل هذا التحايل فرتب عليها البطلان سواء أبرمت تلك العقود بواسطتهم مباشرة أو عن طريق شخص مسخر، ويجوز في هذه الحالة اثبات صورية العقد بكافة الطرق[3].

الفرع الثاني

صورية تصرفات المورث

إذا تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك. إلا أنه كثيرا ما يلجأ المورث وهو عاجز عن الإيصاء لوارثة إلى وصية يسترها في شكل تصرف أخر، كبيع او هبة، ويحتفظ في هذا التصرف بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بهاإما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين وإما عن بهاإما عن

[1] _ المادة 402 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ المادة 403، المرجع نفسه.

[3] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 42.

طريق الإيجار مدى الحياة أو من طريق أخر[1].

أولا: التصرفات في مرض الموت

تنص المادة **1/776 من ق م ج :« كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف»**[2].

نستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث في مرض الموت يكون مقصودا به التبرع يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية، ولذلك فإن التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، ولا ينفذ فيما عاد ذلك إلا اذا أجازها. فالنص إذ عمم فأعطى حكم الوصية لكل عمل أو تصرف قانوني يصدر في مرض الموت بما في ذلك البيع والإقرار والإبراء إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع.

وحتى تسري أحكام الوصية على التصرف في مرض الموت كما هو ظاهر في نص المادة **1/776 من ق م ج** لابد أن يتوافر فيه شرطان[3].

1-الشرط الأول: أن يكون التصرف صادرا في مرض الموت.

إن حرية المريض مرض الموت في التصرف في أمواله تقيد في هذه الفترة لتعلق حق الورثة بأمواله من وقت مرضه مرض الموت.

فإذا صدر من الشخص في مرض الموت تصرف أيا كانت طبيعته وكان هذا التصرف منطويا على تبرع أخذ حكم الوصية[4].

[1] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 218.

[2] _ المادة 767 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ فتيحة بعارسية، بلال مشري تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الاسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة، 2021 ص 53.

[4] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 43.

2-الشرط الثاني: أن يكون التصرف مقصودا به التبرع.

لا بد أن يكون القصد منه التبرع. و بمفهوم المخالفة إذا كان التصرف معاوضة فلا يأخذ حكم الوصية. ويقع عبء إثبات التصرف في مرض الموت على ورثة المتصرف و ذلك بكافة الطرق. فإذا ما تمكنوا من الإثبات أعتبر التصرف صدر على سبيل التبرع[1].

ولقد نصت المادة **2/776 و3 من ق م ج** على ذلك بقولها :« **وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.**

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا مالم توجد أحكام خاصة»[2].

ومن أهم تطبيقات الهبة في مرض الموت ما تنص عليه المادة **204من ق أ ج:« الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية »**[3].

بهذا الحكم أخذت المحكمة العليا في قرار لها رقم 229397 مؤرخ في 2002/04/24 والذي جاء فيه أن القضاة المجلس توصلوا بعد إجراء تحقيق في القضية إلى أن الواهبة (ب-ع) أبرمت عقد الهبة المؤرخ في 1997/10/16 وهي في مرض الموت وأن سبب الوفاة راجع الى مرضها. حيث ان قضاة المجلس خالفوا تطبيق المادة 204 من قانون الاسرة الجزائري التي تعتبر الهبة في مرض الموت والامراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، إذ يمكن في هذه الحالة تحول عقد الهبة في مرض الموت الى وصية تستفيد منها الموهوب لها في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية وعليه فإنهم بالفصل بإبطال عقد الهبة بمقتضى القرار المطعون فيه يكونوا قد عرضوه للنقض

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 43، 44ص.

[2] _ المادة 767 / 2 و 3 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ المادة 204 من القانون رقم 84_11 يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

والإبطال[1].

ثانيا: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة

تنص المادة **777 من ق م ج:« يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك»**[2].

إن نص هذه المادة جعل من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأي طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، فرغم أن التصرف لم يصدر من الشخص في مرض الموت بل في حالة الصحة، إلا أنه لم يطلقه بل قيده بأن احتفظ لنفسه بحيازة العين والانتفاع بها طوال حياته[3].

فالمشرع الجزائري حسم التكييف القانوني للمتصرف باعتباره وصية، فإذا نجح الطاعن في إثبات أن التصرف وصية مستترة كان التصرف موقوفا على إجازة الورثة وهذا حسب المادة **189 من ق أ ج** التي تنص على :«**لا وصية لوارث الا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي»**[4].

تطبيق حكم الوصية على التصرف لا يعني أن تكييفه الصحيح هو أنه وصية، وإنما يقتصر حكم المادة **777 من ق م ج** على رد سعي المتحايلين عليها بمنع نفاذ التصرف فيها فيما زاد عن ثلث التركة إلا بإجازة الورثة. ولقد اشترط المشرع الجزائري ثلاث شروط لابد من توافرها في التصرف الذي يجريه المورث حتى يسري حكم المادة **777** من ق م ج وهي:

[1] _ محكمة العليا ، الغرفة المدنية ، رقم 229397، المؤرخ في 2002/04/24، م ق، عدد02، 2002، ص 378 ، 391.

[2] _ المادة 777 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق .

[3] _ حنان طايلب، حماية الورثة من الوصية المستترة في التشريع، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2013، ص 60.

[4] _ المادة 189 من القانون رقم 84 _11 يتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق.

أ-أن يتم التصرف لأحد الورثة.

حتى يسري حكم المادة 777 من ق م ج لابد أن يكون التصرف قد تم لوارثه وعليه فإذا تخلف هذا الشرط فلا يمكن التمسك بالقرينة القانونية، و على من تمسك بأن التصرف وصية وليس بيع أن يثبت ذلك بطرق الاثبات الاخرى، ويعتد بصفة الوارث بوقت وفاه المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف[1].

فإذا كان المتصرف إليه وارثا وقت وفاة المتصرف حتى وإن لم يكن كذلك وقت إبرام التصرف فإنه تطبق احكام المادة 777 من ق م ج على العكس إذا كان المتصرف إليه وارثا وقت التصرف ثم تغيرت صفته وأصبح غير وارث عند وفاة المتصرف فإنه لا تسري عليه أحكام هذه المادة[2].

ب- الاحتفاظ بالحيازة لمدى الحياة.

إضافة إلى الشرط الأول يجب أن يستثني المتصرف لنفسه حيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة، وقد عرف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الحيازة على أنها سبب من أسباب كسب الملكية وهي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق بقصد الظهور مالك أو صاحب حق عيني أخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك [3].

غير أن الحيازة التي تعد شرطا لإعمال قرينة المادة **777 من ق م ج** تختلف عن الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائز لها باعتباره منتفعا لا مالكا، فيتحقق معه الركن المادي دون الركن المعنوي. وعليه فإن الحيازة المقصودة بنص **المادة 777 من ق م ج** هي السيطرة القانونية و الفعلية على الشيء محل

[1] _ حنان طايلب مرجع سابق، ص 62.

[2] _ المرجع نفسه، ص 62 ، 63 ص.

[3] _ كريمة بن حمامة، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الاسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2022، ص 61.

التصرف أي أنه يكفي مجرد وضع اليد، ولا يشترط توافر الركن المعنوي لها[1].

ج- أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة

لتوضيح هذا الشرط يجب أن نحدد معنى الانتفاع طبقا للقواعد العامة حيث لم يعرفه القانون المدني لكن الفقه عرفه كما يلي هو:« **حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله واستغلاله بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده الى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بوفاة المنتفع»**[2].

أي أن احتفاظ المورث بحيازة العين التي تم التصرف فيها، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية، و يقع عبء إثبات هذا التصرف –الوصية المستترة – على من يدعي وجود وتوافر شروط **المادة 777 من ق م ج** من باقي الورثة، فإذا أثبت توافر الشروط السابقة الذكر مجتمعة أمكن استخلاص وجود قرينة الإيصاء وتكون بمثابة وصية مستترة، أما إذا لم يتمكن الورثة من إثبات وجود هذه الشروط مجتمعة فيمكن اللجوء الى طرق الإثبات الأخرى، بما في ذلك القرائن القضائية التي هي من اختصاص وسلطة القاضي في تكييف وتقدير القضية وموضوعها وذلك وفقا لظروف وملابسات الدعوى[3].

[1] كريمة بن حمامة ، مرجع سابق، ص 61.

[2] المرجع نفسه، ص 62 .

[3] المرجع نفسه، ص62، ص63.

الفصل الثاني

أحكام الصورية

تعتبر الدعوى الصورية أحد وسائل حماية الضمان العام للدائنين، حيث تناول المشرع الجزائري أحكام الدعوى الصورية في المادتين 198 و199من القانون المدني.

الصورية مظهر كاذب يلجأ إليها الأفراد من أجل إخفاء إرادة ما تعاقدوا عليه حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد المستتر والحقيقي مع التظاهر بالقصد إلى العقد الصوري أما بالنسبة للغير في حقهم العقد الظاهر لا العقد الخفي وهذا متى كانوا حسني النية.

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين إلى القواعد العامة للإثبات، وعلى ذلك فإن على من يدعي الصورية أن يثبت لإدعاءه وإلا اعتد بالعقد الظاهر فإثبات الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام يخضع للقواعد العامة في الإثبات، أما الغير فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات وبجميع الوسائل، بصرف النظر عن قيمة التصرف الصوري، حتى لو كان مكتوبا. وهذا ما سندرسه في هذا الفصل تحت عنوان أحكام الصورية الذي ينطوي على مبحثين:

المبحث الأول خصصناه لدراسة آثار الصورية وإثباتها.

المبحث الثاني خصصناه لدراسة دعوى الصورية.

المبحث الأول

آثار الصورية وإثباتها

تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر وهو العقد الصوري، وتصرف مستتر وهو العقد الحقيقي لذا لا بد أن تكون هناك أحكام تحكم هذا التصرف.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الصورية في المادتين **198 و199** من ق م ج حيث يتبين من نصوص هذه المواد أن أحكام الصورية تختلف بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام وبالنسبة للغير.

لذا سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى الآثار القانونية للصورية في التعاقد **(مطلب أول)** أما في **(المطلب الثاني)** سنتطرق فيه إلى إثبات الصورية في التعاقد.

المطلب الأول

الآثار القانونية للصورية في التعاقد

يترتب على التصرف الصوري أثار قانونية بين كل من أطراف العلاقة التعاقدية وخلفهما حيث تكون العبرة بالعقد الحقيقي (المستتر)، احتراما لمبدأ الإرادة الحقيقة. أما بالنسبة للغير فتكون العبرة بالعقد الظاهر الصوري تطبيقا لمبدأ استقرار المعاملات

.[1]

سنتطرق في هذا الخصوص إلى آثار الصورية**(الفرع الأول)**و أيضا إلى إثبات الصورية**(الفرع الثاني)**.

[1] _ فواز يوسف الجبوري، مرجع سابق، ص 171.

الفرع الأول

آثار الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام

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

ومن هذا يتبين أن ما يعتد به في العلاقة بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي دون العقد الصوري، ويعتد بذلك في كل أنواع الصورية، سواء تعلق الأمر بصورية مطلقة أو نسبية فالعلاقة بين المتفقين على الصورية تقوم على أساس الحقيقة لا الظاهر. و يعد ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فالمتعاقدين قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر، فيلتزمان بما أراداه لا بما يريداه[2].

ومن ثم فإذا كان العقد الصوري بيعا فإنه لا يرتب أثرا بين طرفيه ولا تنتقل الملكية بمقتضاه للمشتري، ويبقى البائع الصوري مالكا للعين و تنتقل منه إلى ورثته، إذ العبرة بالنسبة للخلف العام بالعقد الحقيقي أيضا لا بالعقد الصوري، وإذا كان البيع الصوري يخفى هبة، أخذ طرفاه بأحكام الهبة لا بآثار البيع[3].

ففي مثل هذا الغرض يصح العقد هبة لا بيعا متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف. فيلتزم البائع الصوري (الواهب في الحقيقة) أهلا للتبرع و ليس البيع، و يكفي أن يكون المشتري الصوري (الواهب) أن يرجع في هذا التصرف وفق أحكام الرجوع في الهبة [4].

---

[1] _ المادة 199 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ محمود سعد ماهر، دعاوي حماية الضمان العام للدائنين، د د ن، د ب ن، 1996، ص148.

[3] _ محمد حسين منصور، احكام الالتزام ، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الاسكندرية،2000، ص 151.

[4] _ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 97.

الفرع الثاني

آثار الصورية بالنسبة للغير

تنص المادة **198** من **ق م ج: « إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري»**[1].

سنتطرق في هذا الصدد إلى أشخاص الغير في العقد الصوري**(أولا)** و إلى مضمون الحماية **(ثانيا)**

أولا: أشخاص الغير في العقد الصوري

حسب المادة **198 من ق م ج** السالفة الذكر أعلاه فإنه يعتبر من الغير كل من دائني المتعاقدين والخلف الخاص.

أ _الخلف الخاص:

هو من تلقى عن سلفه حقا خاصا متعلقا بمال معين من أموال السلف، ومثاله المشتري الذي يعتبر خلفا خاصا للبائع، وكذلك من اكتسب على هذا المال حقا عينيا أخر كانتفاع أو رهن، سواء اكتسبه قبل التصرف الصوري أو بعده[2].

وعلى ذلك إذا تم بيع صوري بين شخصين، أعتبر من الغير كل من كسب من البائع أو المشتري حقا على العين المبيعة سواء تم الكسب قبل البيع الصوري أم بعده، كالمشتري و الموهوب له و الدائن المرتهن، كما يعد غيرا المحال بالدين فهو خلف خاص للمحيل في الحق موضوع الحوالة[3] .

---

[1] _ المادة 198 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ رمضان محمد ابو السعود، احكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،1998، ص 212، ص213.

[3] _ المرجع نفسه، ص211،ص212.

إذا تصرف شخص في عقار له مرتين بالبيع، و كان التصرف الأول صوريا، كان بإمكان للمشتري الثاني أن يطعن بالصورية على العقد الأول حتى ولو كان مسجلا، حتى يتمكن من تسجيل عقده هو ولا يقف عقبة دون ذلك أن يكون عقد المشتري الثاني غير ثابت التاريخ أو أن يكون تاريخه لاحقا لتاريخ العقد الأول.

كذلك يجوز للدائن المرتهن (وهو خلف خاص) أن يطعن بالصورية في البيع الصادر من المدين الراهن، حتى لا يكون مضطرا لاتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المشتري (الحائز للعقار المرهون). وكذلك يكون لمشتري العقار أن يطعن بصورية بعض عقود الإيجار الخاصة بهذا العقار والصادرة من سلفه، حتى لا تكون هذه العقود نافذة في مواجهته[1].

ب _دائنوا المتعاقدين:

يعتبر الدائن العادي لكل من طرفي التصرف من الغير في معنى الصورية، سواء كان حقه سابقا على التصرف الصوري أم لاحقا له وسواء كان حقه مستحق الأداء أم غير مستحق. المهم أن يكون هذا الحق خاليا من النزاع.

فدائن البائع يعتبر من الغير، وله أن يطعن في البيع الصوري و يتمسك بالعقد الحقيقي، كما أن دائن المشتري يعد من الغير، وله أن يتمسك بالعقد الصوري لأن مصلحته تقتضي انتقال الشيء المبيع إلى المشتري ودخوله في ضمانه العام[2].

ج_ الفئات الأخرى

لا يقتصر أثر الصورية على الإضرار بحقوق الدائنين والخلف الخاص لأطراف الصورية وإنما يتعداهم ليشمل فئات أخرى قد تتأثر حقوقها ومراكزها بأثر التصرف الصوري[3].

[1] _ رمضان محمد ابو السعود، مرجع سابق، ص 214، ص215.

[2] _ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 156.

[3] _ فواز يوسف الجبوري، مرجع سابق، ص 189.

حيث أن هناك فريق من الفقه يرى أن طائفة الغير في معنى الصورية لا تقتصر على الدائن الشخصي و الخلف الخاص للمتعاقد، و إنما ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه، بمعنى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه.

و يتبنى هذا الرأي أن الشفيع يعتبر من الغير باعتباره خلفا خاصا بحكم القانون إذا أعطاه القانون حق أخذ العقار بالشفعة فتعامل على أساس العقد الظاهر و لذا يجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد ولو كان ثمنا صوريا يقل عن الثمن الحقيقي، كما أن له أن يشفع في البيع الصوري ولو كان في حقيقته هبة مستترة[1].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد استقر على اعتبار الشفيع من الغير وهذا ما يستخلص من محتوى القرار رقم**617998** الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2010/09/16 والذي جاء فيه « **... فإن المادة 804 من القانون المدني وإن كانت تنص على أن يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، إلا أن الشفيع و بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة فإنه يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع بسب الشفعة. ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالثمن الوارد في هذا العقد ولو كان صوريا مالم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية لاسيما و أن دعوى الغبن رفعت بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة»**[2].

وقضت نفس الغرفة في القرار رقم **247879** الصادر بتاريخ **2003/07/23** على «... حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه والحكم المؤيد بموجبه وإلى الإجراءات المتبعة في الدعوى فإن الطاعنة الحالية رفعت دعوى ترمي إلى إبطال عقدي الهبة من المطعون ضدهم ورثة (ع_ب) لفائدة المطعون ضدهما (ح_م) و (ح_ ع) والمؤرخين في 1990/11/25 والمشهرين في 1991/7/02 و ذلك على أساس صورية عقد الهبة كونه يخفي اتفاق بالبيع وأن إفراغ هذا

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 67.

[2] _ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 617998 ، مؤرخ في 2010/09/16، م ق، العدد 02، سنة 2010، ص 238.

التعامل في شكل هبة المراد به منعها من ممارسة حق الشفعة بحكم أنها إحدى ورثة (ع_ي) ودعما لدعواها أوضحت أن لديها شهود من بينهم من هو طرف في العقد كواهب، على أن الأمر يتعلق في حقيقة بالبيع.

وهي الدعوى التي تصدى قضاة الموضوع وقابلوها بالرفض على أساس أن عقدي الهبة المذكورين توفرت فيهما جميع الاشكال القانونية وأنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير وكذلك على أساس أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت أن أرادة الطرفين إنشاء بها تدليس أو غش أو أن دفوعها ما هي إلا قرائن لا ترقى الى درجة الاثبات. عكس عقد الهبة المطعون فيها والحال أن الطاعنة أوضحت أنها لا تطعن في صحة العقد كسند رسمي أو في رسمية العقد بل لصوريته كونه يستتر خلفه عقد بيع وبالتالي كان على قضاة الموضوع التصدي للدعوى في نطاق المادتين 198،199 من القانون المدني التي تحكم الصورية في العقود ومجال العقد الظاهر والعقد الخفي.

وحيث و إن كان المشرع في هاتين المادتين في معالجته للصورية قد اقتصر على أثار العقد الصوري (العقد الظاهر) بالنسبة لدائني المتعاقدين والخلف الخاص (المادة 198 من القانون المدني) و على أثار العقد الحقيقي (العقد الخفي) بين المتعاقدين والخلف العام (المادة 199 من نفس القانون) فإنه من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه ... »[1].

ثانيا: مضمون الحماية

عمل المشرع على حماية الغير من التصرفات الصورية فمنح له الخيار في التمسك بالعقد الصوري هو ما نص عليه صراحة في نص المادة **198 من ق م ج** ويجوز له أن يتمسك بالعقد

[1] _ المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، قرار رقم 247879، مؤرخ في 2003/07/23، م ق، عدد 02، سنة 2003، ص 246، ص247.

الحقيقي إذا كان يخدم مصلحته وهو ما يستخلص من ظاهر المادة **198 من ق م ج** وفي حالة تعارض المصالح تكون الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر[1].

ا_ للغير أن يتمسك بالعقد المستتر

للغير حق التمسك بالعقد الحقيقي (المستتر) متى كانت مصلحتهم في ذلك ومن ثم يكون لهم أن يثبتوا صورية العقد الظاهر الذي يضر بهم ، وهم في إثباتهم لهذه الصورية لا يكونون ملزمين بتقديم دليل كتابي عليها حتى ولو كانت قيمة العقد الحقيقي تتجاوز المائة دينار ألف أو كان العقد الصوري ثابتا بالكتابة ويبرر هذا الحكم أن الغير وهم ليسوا طرفا في العقد الصوري لا يكون بإمكانهم أن يهيئوا دليلا كتابيا على صورته، كما أن العقد الحقيقي وهم ليسوا طرفا فيه أيضا إنما ينزل منهم منزلة الواقعة المادية والوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات[2].

ومن الأمثلة على مصلحة الغير في التمسك بالعقد المستتر، مصلحة دائن البائع الصوري في التمسك بالصورية المطلقة للبيع حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للدائن [3].

ب _ للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر

يجوز للغير إذا كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري متى كانت له مصلحة في ذلك ويجوز للغير أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات وبجميع الوسائل، بصرف النظر عن قيمة التصرف الصوري، حتى لو كان مكتوبا. والمقصود بحسن النية هنا عدم علم الغير بصورية العقد[4].

---

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 62.

[2] _ مصطفى الجمال، أحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 109.

[3] _ جلال على العدوى، اصول احكام الالتزام و الاثبات، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 119.

[4] _ العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون لجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2013، ص303.

هو ما حرصت المادة **198 من ق م ج على توضيحه بقولها: « إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري»**[1].

ومن أمثلة مصلحة الغير في التمسك بالعقد الظاهر مصلحة دائن المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانه العام وحتى يستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ عليه، ومصلحة المشتري من المشتري السوري في التمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنقل إليه الملكية[2].

ج_ التعارض بين مصالح الغير.

لما كان يجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر (إذا كان حسن النية) وفقا لمصلحته فقد يحدث أن تتعارض مصالح الغير في حالة الصورية[3].

لم يتضمن نص **المادة 198 من ق م ج** على حكم تعارض مصالح دائني المتعاقدين واقتصر على حقهم والخلف الخاص بالتمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسن النية، مع أنه قد يكون من مصلحة دائني أحد المتعاقدين التمسك بالعقد الحقيقي، في حين قد يكون من مصلحة دائني المتعاقدين الأخر التمسك بالعقد الصوري، ونحن نرى في هذه الحالة أن الأفضلية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر.

فإذا كنا بصدد بيع صوري مثلا وتمسك دائنو البائع بالعقد الحقيقي لكي يبقى المبيع في ملك مدينهم وتمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر ليمكنهم التنفيذ على المبيع، فيكون التفضيل لمن تمسك بالعقد الظاهر وهم دائنو المشتري. ومن الواضح أنه في حالة اتفاق مصلحتهم جميعا بالتمسك بالعقد الصوري فلا تفضيل بينهم[4].

---

[1] _ المادة 198 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ جلال على العدوى، مرجع سابق، ص 119.

[3] _ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 303.

[4] _محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات احكام الالتزام ، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 167.

وكما سبق القول أن القانون المدني في **المادة 198** منه قد أغفل معالجة الحكم عند تعارض مصالح الغير مكتفيا بالإشارة الى أنه يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري إذا كان حسن النية، مما يستحسن معه تكملة هذه المادة الناقصة بفقرة ثانية هامة تكون صياغتها كالاتي:« **وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.**» وهذا أسوة بالتقنينات العربية المدنية التي تضمنت النص على ذلك[1].

المطلب الثاني

إثبات الصورية

وفقا للقاعدة العامة في قواعد الإثبات يقع عبء الإثبات على من يدعى العكس، تطبيقا لهذا الأصل فإن من يدعى الصورية يقع عليه عبء إثباتها. سوف نبين ذلك بالنسبة للمتعاقدين و خلفهما العام **(الفرع الأول)** و كذلك بالنسبة للغير **(الفرع الثاني)**[2].

الفرع الأول

إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام

المبدأ في إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام هو الإثبات بالكتابة**(أولا)**، إلا أن لهذا المبدأ استثناءات في حالات محددة**(ثانيا)**[3].

وتتمثل هذه الحالات فيما يلي: حالة وجود مبدأ ثبوت الكتابة أو حالة وجود مانع مادي أو أدبي أو ضياع السند لسبب أجنبي و أخيرا حالة التحايل على القانون.

---

[1] _ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 304.

[2] _ جهيدة تيغرمت و سلوى بركان، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص 21.

[3] _ المرجع نفسه، ص 22.

أولا: مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية

يقع على عاتق من يدعي صورية عقد معين أن يثبت ما يدعيه والقاعدة في هذا الشأن أنه لا يجوز للمتعاقدين خلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة[1].

وبناء على ذلك فإذا كانت قيمة التصرف تزيد عن 100.000 دينار جزائري وجب إثباته بالكتابة أو كان التصرف القانوني غير محدد القيمة[2].

وهذا وفقا لنص المادة **1/333 من ق م ج** التي تنص على: **« 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 مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك»**[3].

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية

هناك حالات استثنائية يجوز الإثبات فيها بالبينة، الشهادة و تتمثل في:

_ حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

_ حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

_حالة فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن المتعاقد أو خلفه العام، لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة في، ماعدا الحالات المذكورة سابقا. إلا أنه يرد عليها استثناء أيضا يتمثل في

[1] _ عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط 7 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 223.

[2] _ عبد القادر الفأر، مرجع سابق، ص 97.

[3] _ المادة 1/333 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ما إذا كان هدف الصورية هو التحايل على القانون أو التهرب من أحكامه فعندها يجوز للمتعاقد أو خلفه العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات[1].

أ_ حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

حسب المادة **335 من ق م ج** التي تنص على أنه:« **يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.**

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب احتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة»[2].

تعتبر كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك كالمخالصات و المذكرات الشخصية وغيرها.

ويشترط فيها ثلاث شروط أولها أن يكون هناك دليل كتابي صادر من الخصم ولا يشترط توقيعها وثانيها أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج بما عليه وثالثها أن يكون من شأن هذه الواقعة أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال فإذا توافرت هذه الشروط كان لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود و القرائن[3].

ب –حالة وجود مانع مادي أو أدبي أو ضياع السند لسبب أجنبي

تنص المادة **336 من ق م ج على:« يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:**

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

[1] _ سارة دفاف ، وسائل حماية الضمان العام ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر اكاديمي، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2021، ص 77.

[2] _ المادة 335 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق، ص 147.

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته»[1]

إذا استحال إثبات الصورية بالكتابة لوجود مانع مادي كوفاة الخصم دون حصول الطرف الأخر 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 أخر أن يبيعه عقار مملوك له بيعا صوريا على أن يحصل على ورقة الضد تثبت حقيقة التصرف، ولما صدر من هذا الشخص عقد البيع قام الشخص الأخر بتسليمه ورقة الضد موقعة من طرف شخص أخر غيره عشا منه، ففي هذه الحالة كان للشخص البائع إثبات صورية العقد بشهادة الشهود.

ويجوز إثبات الصورية أيضا بالشهود حالة وجود مانع مادي 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 المدعي كان أيضا لهذا الأخير إثبات الصورية بالشهود[2].

ج_ التحايل على القانون

إذا كانت القاعدة أن المتعاقدان لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة ذلك فيما عدا الأحوال الاستثنائية السابق بينها، إلا أنه لا يعمل بهذه القاعدة أيضا في حالة ما إذا كان قد قصد من الصورية التحايل على أحكام القانون الآمرة، فعندئذ جاز للمتعاقدين والخلف العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات[3].

إذا كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة ولو زادت القيمة على النصاب القانوني للبينة، والعلة في ذلك هي قيام مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد، إذ أن المتعاقد الذي تم التحايل

[1] _ المادة 336 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ جهيدة تيغرمت وسلوى بركان، مرجع سابق، ص 23.

[3] _ محمود سعد ماهر، مرجع سابق ، ص 156 .

لمصلحته لن يرضى أن يقدم للطرف الأخر أو الخلف العام، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل. وتطبيقا لذلك يجوز للمتعاقد والخلف العام الالتجاء إلى الشهادة والقرائن لإثبات أن حقيقة العقد هبة دفع إليها باعث غير مشروع، أو أن المشتري الحقيقي هو أحد عمال الفضاء ممن لا يجوز لهم الشراء [1].

طبقا لنص المادة **402 من ق م ج** التي تنص على : « **لا يجوز للقضاة و لا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا** »[2].

أما إذا كان التحايل لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الإضرار بالغير من ليس طرفا في التصرف أو خلفا عاما لأحد طرفيه، فلا يجوز لأي من الطرفين أو للخلف العام أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ذلك أنه لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة ضد، إذ لا يوجد ما يدعو المتعاقد الأخر إلى أن يمتنع عن إعطائه تلك الورقة، فليس هناك ما يخشاه من ذلك، مادام أن التحايل قد قصدت به مصلحتهما معا.

وعلى ذلك فإذا طالب البائع أو خلفه العام، المشتري بدفع ثمن أكبر من الثمن المذكور في العقد، بدعوى أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي، و أن إظهار البيع بثمن أقل كان يقصد به إنقاص رسوم التسجيل، فلا يجوز إثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة إذ أنه بالنسبة للمتعاقدين لم يكن مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد[3].

كما أجاز المشرع للخلف العام إثبات صورية التصرف في مرض الموت والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بجميع طرق الاثبات لأن القصد منه هو التحايل على أحكام الميراث.

---

[1] _ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج 2، احكام الالتزام، منشاة توزيع المعارف، الاسكندرية، 2001، ص 145.

[2] _ المادة 402 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ انور العمروسى، مرجع سابق، ص 106.

وهذا حسب المادة **02/776 من ق م ج التي تنص على : « وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا»**[1].

حيث أن هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم **197335 الصادر بتاريخ 1998/06/16** بقولها «... في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها...»[2].

الفرع الثاني

إثبات الصورية بالنسبة للغير

يقع عبء إثبات صورية تصرف أو اتفاق معين على عاتق من يدعيه، فلو كان الدائن أو الخلف الخاص فعلية أن يثبت ذلك[3].

يجوز للغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد عن عشرة جنيهات فيجوز له إثبات صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن[4].

ذلك لأنهم لم يكونوا طرفا في العقد عند تحريره ولم يستطيعوا الحصول على دليل كتابي يعترف بصورية العقد المذكور.

---

[1] _ المادة 2/776 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ المحكمة العليا ، قرار رقم 197335، مؤرخ في 1998/06/16، م ق، العدد خاص، سنة 2001، ص282.

[3] _ فواز يوسف الجبوري، مرجع سابق، ص 205.

[4] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص1111،ص1112.

وفي حالة تمسك دائن المتعاقد بالعقد الحقيقي (المستتر) فعليه إثبات وجود هذا العقد الذي يدعيه خلافا للعقد الصوري (الظاهر) بكل وسائل الإثبات باعتباره يعد من قبيل الوقائع المادية، كونه ليس طرفا فيه. ولا يغير في ذلك شيء أن العقد الظاهر ثابت بالكتابة أو أنه مسجل لدى الدوائر الرسمية، إذ أن التسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقد جديا، وهو مجرد قرينة على العلم بالعقد الحقيقي تقبل إثبات العكس.

كما أن الصورية في التصرفات القانونية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة قانونية يمكن إثباتها بالكتابة أو الشهادة أو الإقرار أو اليمين أو بطرق الاثبات الأخرى[1].

يسمح القضاء الجزائري للغير بإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم **247879** الصادر **بتاريخ 2003/07/23** على أنه « ... من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه وأنه يسوغ له إثبات صورية العقد حتى وإن كان رسميا بشتى الطرق بما فيها البينة (الشهود) أو القرائن ذلك أن القاعدة القانونية التي بحسبها لا يجوز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي إنما تنطبق على طرفي هذا العقد »[2] .

[1] _ فواز يوسف الجبوري، مرجع سابق، ص 206.

[2] _ المحكمة العليا ، الغرفة العقارية، قرار رقم 247879، مؤرخ في 2003/07/23، م ق، العدد02، سنة 2003، ص247 .

المبحث الثاني

دعوى الصورية

للمدين أن يقوم بالتصرف في أمواله سواء العقارات أو المنقولات ، لذا يلجأ إلى إبرام تصرفات صورية غير حقيقية لتهريب أمواله ولكي لا يقوم الدائنون بالتنفيذ عليها، و هذا التصرف الذي قام به المدين يعتبر إخلالا بالضمان العام للدائنين فلذلك وضع المشرع الجزائري في عصمة الدائنين دعوى لتفادي التحايل عليهم والتي تتمثل في دعوى الصورية.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام دعوى الصورية في **المادتين 198 و 199 من ق م ج** حيث نصت **المادة 198 منه** على أنه:« **إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري**»[1].

كما أن **المادة 199 من القانون نفسه** نصت على أنه:« **إذا أخفى المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي**»[2].

لذا سنطرق في هذا المبحث الثاني إلى دعوى الصورية و قد قسمناه الى مطلبين: **(المطلب الأول)** تحت عنوان المقصود بالدعوى الصورية و **(المطلب الثاني)** بعنوان التنظيم القانوني للدعوى الصورية.

[1] _ المادة 198 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ المادة 199، المرجع نفسه.

المطلب الأول

المقصود بالدعوى الصورية

إن دعوى الصورية وسيلة لحماية الضمان العام للدائنين وذلك برفعها على المدين الذي يتصرف في أمواله تصرفا صوريا لا وجود له في الحقيقة. لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الصورية **(الفرع الأول)** وطبيعتها القانونية**(الفرع الثاني)** وكذا شروط ممارسة دعوى الصورية**(الفرع الثالث)** وأخيرا تمييز هذه الأخيرة عن غيرها من الدعاوى المشابهة لها**(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

تعريف دعوى الصورية

لم يعرف المشرع الجزائري دعوى الصورية لذا ترك مهمة تعريفها لاجتهاد الفقهاء وقد اختلفت التعاريف فيما بينهم .

لقد عرف البعض أن الدعوى الصورية يلجأ إليها الدائن للطعن في تصرف معين من تصرفات المدين التي قد يلجأ إليها لإخفاء أو محاولة تهريب أو نقل أموال إليه على الورق فقط بينما في الحقيقة تكون هذه الأموال في إطار الضمان العام وتبقى في ملك المدين[1].

وعرفها البعض الأخر أنها الوسيلة القانونية النظامية التي يصل بها الدائن لكشف الحقيقة للمطالبة بإعمال الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، والمحافظة على حقوقه باستيفاء المال محل التصرف الصوري في ذمة المدين أي في الضمان العام عن طريق إظهار الصورية الكاذبة الذي يضر به[2].

[1] _ عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 166.

[2] _ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 290.

بمعنى أن دعوى الصورية هي الدعوى التي يصل بها رافعها للكشف عن الوضع التعاقدي الحقيقي والمحافظة على حقوقه باستبقاء المال محل التصرف الصوري في ذمة المدين عن طريق إظهار صورية التصرف الكاذب الذي يضر به[1].

فالهدف من رفع دعوى الصورية هو إنكار التصرف الصوري وإثبات حقيقة العقد الذي تم إظهاره للناس الذي لا يعدوا أن يكون تصرفا كاذبا غير صحيح لا يتفق مع الحقيقة.

وقد عرفها الفقيه ابراهيم المنجى أنها تلك الدعوى التي ترفع بقصد الكشف عن صورية تصرف ما فهي الدعوى التي يرفعها الدائن ليثبت أن مال المدين الذي تظاهر بالتصرف فيه فأنقص من الضمان العام في الظاهر لا يزال هذا المال في الواقع في ذمة المدين، وفي الضمان العام وذلك سواء كانت الصورية مشروعة أو كانت غير مشروعة، أي قصد بها الإضرار بحق الدائن[2].

وأساس دعوى الصورية هو الضرر الذي يصيب الدائن سواء كانت الصورة مشروعة أو غير مشروعة ذلك لأن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله لخروجه من الضمان العام بتصرف صوري يكون قد أخل بالتزام تبعي إلى جانب التزامه الأصلي[3].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للدعوى الصورية

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للدعوى الصورية فيرى الجانب الأول أنها دعوى بطلان المشوب بالصورية، ويعتبرها الجانب الثاني دعوى عدم نفاذ التصرف، يراها الجانب الثالث أنها دعوى من نوع خاص.

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 73.

[2] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 191 .

[3] _ المرجع نفسه، ص 191.

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن دعوى الصورية هي دعوى بطلان، حيث يترتب عنها بطلان العقد الصوري بطلانا مطلقا، فينعدم وجوده و يقتصر الأمر عندئذ على العقد الحقيقي، فالدائن الطاعن بالصورية يستهدف إثبات أنه بسبب الطبيعة الوهمية للتصرف فإن أموالا معينة لم تخرج إطلاقا من ذمة المدين، بل بقيت دائما داخل مشتملات حق الضمان العام[1].

أنتقد هذا الاتجاه بأن أحكام الصورية تتنافى مع أحكام البطلان وذلك أن دعوى البطلان تقوم على عقد حقيقي وقائم بعكس الصورية.

يرى أصحاب الاتجاه الآخر أن دعوى الصورية هي في حقيقتها دعوى عدم نفاذ، فتجد أساسها في وجهة نظر تقرب ما بين الصورية وبين الغش، فعدم النفاذ هو العقاب الاساسي للغش فاستعار هذا الاتجاه عقوبة الغش والحقها بالصورية لتقارب كل من الصورية والغش عندهم ، ويرى الاتجاه الأخير أن دعوى الصورية هي دعوى لتقرير انعدام التصرف والتصريح بصوريته ،ومصدر هذا الانعدام يعود إلى إرادة المتعاقدين اللذين لم يريدا التصرف القانوني بكامله أو حتى في بعض عناصره[2].

هناك من يقول أن دعوى الصورية هي دعوى تعويض أو دعوى إعلان عدم وجود العقد الظاهر أو بطلانه أو دعوى عدم نفاذ العقد المستور، ومن الواضح أن هذه الدعوى تجد أساسها من مبدأ احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وعدم ترك الظاهر الخادع على الأقل بالشكل الكاذب الذي يرد فيه ينتج أي أثر قانوني لم تهدف إليه الإرادة أصلا . فعندما ينكر أحد الأطراف أو خلفه العام حصول الصورية فلا بد من اللجوء إلى القضاء لهدم الظاهر والكاذب ورفع القناع عن الحقيقة المستورة[3].

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 73.

[2] _ المرجع نفسه، ص 75.

[3] _ بوخاري شاوي، مرجع سابق، ص 50 ،ص51.

الفرع الثالث

شروط ممارسة دعوى الصورية

لا بد من توافر شروط معينة لممارسة الدعوى الصورية في القضاء من طرف رافعها تتمثل في المصلحة أو الصفة القانونية**(أولا)** ،وكون حق الدائن الطاع ثابتا و خاليا من النزاع**(ثانيا)**.

أولا: المصلحة أو الصفة القانونية

نصت المادة 1/13 من ق إ م إ:« لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون»[1] .

حيث يجب على الطاعن بالصورية أن يكون ذا صفة قانونية بمعنى أن تكون له مصلحة شخصية يحميها القانون ومن أجل هذه الحماية فإنه يطعن بالصورية، وبخلاف ذلك فإن دعواه لا تقبل ويكون مصيرها الرد ،وعلى ذلك لا تتصور رفعها من الأشخاص المستفيدين من الصورية والذين من عادتهم التمسك بالظاهر الخادع، كالموهوب له و الموصي له، والمشتري من المشتري الصوري وخلفائهم العامين والخاصين ودائنيهم[2].

فالدائن الصوري لا تكون له مصلحة في الطعن بالصورية على تصرف صادر من مدينه لأنه لو قضي بصورية هذا التصرف فإن الدائن الصوري لن يستطيع التنفيذ على محل هذا التصرف لأنه ليس دائنا حقيقيا، وكذلك الدائن المرتهن أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز ليس لأحدهم مصلحة في الطعن على تصرف مدينهم بالصورية لأن لهم حق تتبع العقار في أي يد تكون حتى لو انتقل إلى حائز بموجب عقد حقيقي[3].

---

[1] _ المادة 1/13 من القانون 08_09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية ولإدارية ، مرجع سابق.

[2] _ بوخاري شاوي، مرجع سابق، ص 60.

[3] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 108.

إن كل من يثبت لديه مصلحة مشروعة، يستطيع التقاضي أيا كان وضعه بالنسبة للعقد الصوري كان طرفا أو خلفا عاما أو خاصا أو حتى الغير والمصلحة الجديرة بالحماية هي المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز قانوني مشروع[1].

ومن مظاهر توفر ركن المصلحة لدى الطاعن بدعوى الصورية أن تكون أموال المدين (المدعى عليه) غير كافية للوفاء بديونه، فإذا كانت كافية أو استطاع المدين إثبات أن لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بجميع ديونه عندئذ لا يكون للدائن (الطاعن) مصلحة في إقامة الدعوى الصورية وبالتالي أيضا يكون مصير هذه الدعوى الرد وعدم القبول[2].

ثانيا: كون حق الدائن الطاع ثابتا و خاليا من النزاع

فحتى يكون للطاعن هنا مصلحة و صفة قانونية ينبغي أن يكون حقه المترصد بذمة المدين ثابتا و خاليا من النزاع، وبخلاف ذلك لا يكون للدائن هنا المطالبة أو التمسك بدعوى الصورية، فإذا توفرت في الدائن (الطاعن) شروط قبول دعوى الصورية أمكن للقاضي النظر فيها ،فإذا أثبت لديه صحة وصدق ما يدعيه الدائن حكم بصورية العقد أو التصرف محل الدعوى وبالتالي يعتبر هذا العقد أو ذلك التصرف كأنه لم يكون ليس بالنسبة للدائن (الطاعن) فقط بل يستفيد من هذا الحكم أيضا كافة الدائنين الأخرين وذلك تطبيقا للقواعد العامة الهادفة لحماية فكرة الضمان العام المقررة لكافة الدائنين ومنع المساس بها أو بأحد أركانها[3].

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 95.

[2] _ عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 166.

[3] _ المرجع نفسه، ص 167.

الفرع الرابع

تمييز دعوى الصورية عن غيرها من الدعاوى المشابهة لها

تتفق دعوى الصورية مع غيرها من الدعاوى المتمثلة في الدعوى البوليصية **(أولا)** ، و الدعوى غير المباشرة **(ثانيا)** في الهدف وهو المحافظة على النظام العام للدائنين إلا أنه يوجد عدة فوارق جوهرية تعرقل هذا التشابه.

أولا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات)

تنص المادة 191 من ق م ج :« لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك من توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية »[1].

والدعوى البوليصية هي الدعوى التي منحها المشرع لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره[2].

بمعنى أخر هي دعوى يرفعها الدائن للطعن في تصرفات مدينه المشوبة بالغش والتي تسبب إعساره أو الزيادة في إعساره. تشترك الدعوتان في وحدة الغرض، وهو الطعن في تصرف تدليسي صادر من المدين إضرار بدائنيه، لأنه يرمي به الى اخراج بعض ماله من متناول هؤلاء الدائنين أي إضعاف الضمان العام لهم. ويترتب على ذلك استفادة جميع الدائنين من الحكم الصادر في كل من الدعوتين حيث يكون لهم جميعا التنفيذ على العين محل التصرف[3].

---

[1] _ المادة 191 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 206.

[3] _ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 143،ص244.

وتختلف هاتين الدعوتين في :

1- أن في الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته، يكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لا مكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن بحقه منه. أما دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر إزالة كل أثر وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه أخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا[1].

2- في دعوى الصورية الدائن يرمي إلى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه. أما في الدعوى البوليصية فإن الدائن يرمي إلى إدخال شيء خرج من ملك المدين أنقص من الضمان العام[2].

3-إذا كان يشترط في الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، فإنه يكفي في الدعوى الصورية أن يكون خاليا من النزاع، وعلى ذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلا أو معلقا بشرط واقف أن يباشر في هذه الدعوى الاخيرة[3].

4-في الدعوى الصورية يرفعها الدائن و الخلف الخاص، و المدين ليسترد العين التي باعها صوريا للمشتري و كذلك يستطيع ضامن المدين، و كل من له مصلحة مشروعة و لو كان أحد المتعاقدين، و حتى لو لم تكن بينه و بين المتعاقدين أي رابطة لأن العقد الصوري يعتبر واقعة مادية و ليس له وجود قانوني . أما الدعوى البوليصية قلا يرفعها إلا الدائن و لا يستطيع ان يرفعها المدين ذلك لأن الدائن لا يبطل تصرف المدين الجدي بل يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه[4].

[1] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 36.

[2] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 208.

[3] _ انور سلطان، مرجع سابق، ص 150.

[4] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 209.

5- في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن فقد يكون المقصود بها غرض أخر، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري. أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعارضات قصد الإضرار بالدائن[1].

6-لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم في حين تسقط الدعوى البوليصية بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن أو خلال خمسة عشر سنة من التعاقد .

ثانيا: تمييز دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة

تنص المادة 189 من ق م ج :« لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص، أوغير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الامساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه .

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا يدخله في الخصام » [2].

الدعوى غير المباشرة هي الدعوى التي بموجبها يستعمل الدائن حقوق مدينه نيابة عنه وبهذه الوسيلة يستطيع الدائن المحافظة على ضمانه العام والتغلب على إهمال المدين أو غشه الذي يقصد به أضعاف هذا الضمان[3].

بعبارة أخرى هي الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له في ذمة الغير أمسك عن المطالبة به ولذلك زاد إعساره.

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 1118.

[2] _ المادة 189 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 210.

تتفق الدعوتين في :

1-تشترك كل من دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة في أنه لا يشترط في كل منهما أن يكون حق الدائن رافع الدعوى مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين[1].

2- لا تقتصر الدعوى على الدائن بل يجوز لكل من تضرر من التصرف الضار أن يطعن فيه يضاف إلى ذلك أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حق المدين الذي حافظ عليه، بل يشاركه في ذلك غيره من الدائنين على حد سواء[2].

وتختلف هاتين الدعوتين في :

1-إن محل الدعوى غير المباشرة هو الحق الأصلي للمدين، فهذه الدعوى تستهدف استعمال نفس حق المدين الثابت لصالحه في ذمة الغير (مدين المدين) ولا تتصرف بتاتا إلى استعمال حق خاص بالدائن رافع الدعوى . أما الدعوى الصورية، فمحلها هو حق خاص بالدائن رافعها و لا تتجاوز ذلك إلى استعمال حق مقرر لمدينه، فهو – أي الدائن – في مباشرته لدعوى الصورية إنما يمارس حق قرره القانون في إثبات حقيقة تخالف الوضع الظاهر، و رغم أن نفس هذا الحق مقرر كذلك لمدينه إلا أن الدائن في طعنه بصورية التصرف إنما يمارس حقه هو -لاحق مدينه- في إثبات الحقيقة، فلكل من الحقين في إثبات الحقيقة كيانه المستقل[3].

2-في دعوى الصورية إذا طعن الدائن في العقد الظاهر ترفع الدعوى باسم المدعي شخصيا وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ترفع الدعوى باسم هذا المدين، و هنا يستطيع الدائن إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات لأنه من الغير. أما في الدعوى غير المباشرة في حالة استعمال الدائن حقوق المدين فعليه أن يرفع الدعوى باسم المدين، و من ثم فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق

[1] _ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 147.

[2] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 210.

[3] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 77.

التي يستطيع بها المدعي وفقا للقواعد العامة في الإثبات، إلا إذا كان هناك تحايل على القانون يجوز الإثبات بجميع طرق الاثبات[1].

3- إذا طعن الدائن بالصورية، فلا يكون في حاجة إلى إثبات إعسار المدين، أما إذا تمسك بالدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو

يزيد إعساره[2].

4- في دعوى الصورية إذا اختار الدائن سلوك الدعوى الصورية لم يستطيع المشتري أن يدفع هذا الدفع بدفع خاص بالعقد .أما في الدعوى غير المباشرة إذا تمسك الدائن بالعقد المستتر نيابة عن المدين كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدوافع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر[3].

5-كما أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى في مواجهة الدائن الذي رفعها بكامل الدفوع المستمدة من العقد، و هي الدفوع التي كان المدعى عليه يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين نفسه . أما في الدعوى الصورية فلا يستطيع المدعى عليه أن يدفع ادعاء الدائن بصورية العقد بأي دفع مستمد من العقد المستتر، فهو ليس بطرف فيه و لا ممثلا بواسطة من أبرمه، فلا يستطيع بالتالي أن يحتج لا بهذا العقد و لا بالدفوع الناشئة عنه[4].

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 211.

[2] _ رافت محمد حماد و أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج 2 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1997 ، ص 121.

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 211.

[4] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص 79.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للدعوى الصورية

تخضع دعوى الصورية في جانبها التطبيقي على ممارستها في مختلف العقود و الأحكام كالعقود العرفية و العقود الرسمية و كذا الأحكام النهائية، و التي تشترك جميعها في الأطراف التي لها مصلحة في التمسك بأحد العقدين، لتصدر بذلك الأحكام في جميع درجات التقاضي للفصل في موضوع النزاع.

الفرع الأول

مجال ممارسة دعوى الصورية

إن الصورية تكون في العقود، و لكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها إلى شخص معين، لأن الصورية نتيجة اتفاق و لا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا[1].

سنتطرق في هذا الصدد إلى العقود العرفية**(أولا)**،ثم إلى العقود الرسمية**(ثانيا)**، و أخيرا الأحكام النهائية**(ثالثا)**.

أولا: العقود العرفية

تنص **المادة 327 من ق م ج** على انه :**« يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق »**[2].

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 1079، 1080.

[2] _ المادة 327 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وعليه فإن العقود العرفية هي تلك العقود الصادرة من أحد الأفراد دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها وقد سميت عرفية لخضوعها لقواعد العرف.

ليس للورقة العرفية حجية مطلقة من المصدر لأنها معدة من قبل أشخاص عاديين ولا تكتسب الحجية إلا إذا اعترف بها من طرف الشخص الذي يحتج بها عليه. لذلك قيل أن للورقة العرفية حجية مؤقتة[1].

لذا لا يجوز الطعن بالصورية في العقود العرفية ما عدا ما استثناه القانون منها باعتباره تصرفا جديا لا سبيل للطعن فيه بالصورية، و هي عقود و تصرفات اقتضت المصلحة العامة أن

يفترضها القانون جدية فلا يصح فيها الطعن بالصورية[2].

و من بين التي استثناها القانون أنه لا يجوز إثبات الاتفاق السري المخالف للعقد الظاهر إلا بالكتابة و ذلك بتقديم ورقة الضد موقعة من المشتري اعترافا من هذا الأخير بصورية العقد، أما إذا دفع دائنوا المدين (البائع) بصورية عقد البيع بكافة الطرق المعدة الإثبات بما في ذلك البينة و القرائن[3].

ثانيا: العقود الرسمية

نصت **المادة 324 مكرر 5 من ق م ج** على أنه:**« يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني»**[4].

ويستخلص من هذه المادة المقدمة أن هناك بيانات في العقد الرسمي لا يجوز إثبات عكسها إلا عن طريق التزوير، كما أن هناك بيانات أخرى يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية كما هو الحال في دعوى الصورية.

[1] _ لزرق بن عودة ، مرجع سابق، ص 148.

[2] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 94.

[3] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 149.

[4] _ المادة 324 مكرر 5 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ا-البيانات التي لا يجوز إثباتها إلا بالتزوير

و يقصد بها تلك كل البيانات التي ذكرها الموثق أو الموظف أنها تمت أمام عينيه وسمعها بأذنيه وشهد على صحتها فكل هذه البيانات يكون لها حجية مطلقة ولا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير[1].

و **مثال ذلك** : إذا ثبت على لسان المشتري أنه يشتري لحساب غيره، فهنا لا يجوز الطعن في هذه البيانات إلا بطريق التزوير. كذلك إذا أقر الموثق أن المشتري سلم البائع الثمن أمام مرأى عينيه وفي هذه الحالة كذلك لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير[2].

ب- البيانات التي يجوز إثباتها بالطرق العادية

ويقصد بها تلك البيانات التي تصدر عن ذوي الشأن أمام الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة وتكون لها علاقة مباشرة بالمحرر الرسمي[3].

وعليه فإنه يجوز الطعن بالصورية في العقود الرسمية فيما أثبته الموثق في الورقة الرسمية كلما كان الطعن منصبا على اقرار العاقدين أمام موثق العقود، دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير لأن العقد لا يكون له صفة الرسمية إلا فيما يثبته الموثق من الوقائع التي تحصل أمامه فإذا أقر أمامه البائع بالبيع والمشتري بالشراء واعترف الأول يقبض الثمن فليس ما يمنع من إثبات صورية كل ذلك بالطرق التي قررها القانون لإثبات الصورية[4] .

[1] _ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 149.

[2] _ جهيدة تيغرمت، سلوى بركان، مرجع سابق، ص 31.

[3] _ لزرق بن عودة، المرجع نفسه، ص 150.

[4] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 93 .

ثالثا : الأحكام النهائية

أوردت **المادة 338من ق م ج** على الأحكام النهائية التي لها قوة الشيء المقضي به هي الأحكام التي تصدر في خصومة جدية حيث نصت أنه :‹‹**الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.**

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا›[1].

وقد يراد بالدعوى الصورية تأييد حق أحد العاقدين على الأخر، وقد يراد بها تأييد حقهما أو حق أحدهما على الغير كما في العقود. **و مثالها** : أن يتفق أحد الأشخاص مع الأخر على أن يقرضه مبلغا بفوائد فاحشة ولكنه يخشى طعن المدين عند مطالبته بالدين أمام القضاء، فيتفق الدائن مع المدين على أن يحرر له السند بالدين فيرفع به الدعوى عليه ويحكم فيها نهائيا، وحينئذ يدفع الدائن لمدينه المبلغ المتفق عليه.

فالأصل يجوز الطعن في الصورية في حكم مرسى المزاد، إذ لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد راسا عليه[2].

إلا أن هناك استثناءا عليه يتمثل في الطعن بهذه الدعوى في الأحكام القضائية التي تصدر بإثبات نسب الولد بناءا على إقرار والده، فإذا رفعت الزوجة ضد زوجها دعوى تطالب فيها إثبات نسب ولده، وأقر الزوج أمام المحكمة بالبنوة وصدر الحكم بذلك، فإذا توفي هذا الزوج فلا يجوز للورثة أن يرفعوا دعوى يطالبون فيها إثبات وفاة الزوج ومنع التعرض ذلك الابن لهم في تركته ادعاءا منهم أن الحكم الذي صدر بإثبات النسب صدر صوريا بناءا على اتفاق طرفي الدعوى[3].

[1] _ المادة 338 من الامر 75_58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2] _ عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي مرجع سابق، ص 94 ،ص95.

[3] _ سارة دفاف، مرجع سابق، ص 75 ،ص76.

ومن ثم لا مجال لصورية في الأحكام الشرعية لأن الإقرار بالنسب هو إقرار شرعي الغرض منه إثبات نسب مجهول أو لقيط تحقيقا لمصلحة كل منهما لهذا يقبل الإقرار بالنسب دون الحاجة لبينة[1].

وهذاما أقرته **المادة 44** من **ق أ ج:‹‹ يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة››**[2].

الفرع الثاني

إجراءات رفع الدعوى الصورية

تقوم دعوى الصورية في اجراءاتها على الخصومة **(أولا)** والمحكمة المختصة في النظر فيها وكذا ميعاد رفعها **(ثانيا)**.

أولا: خصوم دعوى الصورية

يتحدد الخصوم في الدعوى الصورية بكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي وبكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري.

لكل صاحب مصلحة الحق في رفع الدعوى الصورية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وبناء عليه فإن الدعوى الصورية قد ترفع من قبل أحد العاقدين، أو من أي شخص آخر له مصلحة في التمسك بالعقد المستتر والحكم بصورية العقد الظاهر فقد ترفع من قبل البائع لكي يتخلص من التزامات البائع أو من المشتري الصوري لكي يتخلص من التزامات المشتري[3] .

فيجوز لأطراف العقد الصوري رفعها فهم أولى بإثبات وهمية ما تعاقدا عليه ما دام لا يوجد نص خاص يحرمهم من سلوك هذا الطريق، لأن اللجوء إلى الصورية كقالب في إبرام العقود

[1] _ تيغرمت جهيدة و بركان سلوى، مرجع سابق، ص 35.

[2] _ المادة 44 من القانون 84_11 يتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق.

[3] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص60.

إنما يفترض وجود الثقة المتبادلة ما بين الطرفين ولكن قد يحدث أن يتنكر أحد المتعاقدين للصورية ويتمسك بالعقد الظاهر وتنفيذه من قبل الطرف الأخر[1].

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر، لوجود مصلحة له في ذلك ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفي الصورية خصوما في الدعوى[2].

ولورثة المتعاقدين طلب الحكم بصورية العقد، ذلك أنه يجوز لورثتهم باعتبارهم خلفا عاما إذا كانوا قد تلقوا الحق من المورث مباشرة ولكن إذا كانوا قد يتلقون الحق من القانون فإنهم يعتبرون من الغير[3].

كما يمكن أن ترفع من قبل ورثة كل من البائع والمشتري للغرض نفسه، كما يمكن أن ترفع من قبل دائني البائع لكي يستطيعوا التنفيذ على المال المباع صوريا[4].

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه وفي الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التي كان يتمسك بها قبل المدين[5].

إن للغير ذي مصلحة حق طلب الحكم بصورية العقد، بمعنى أن للغير حق الطعن طالما أن العقد الصوري يمس حقه[6].

كما لا يشترط في الغير رافع دعوى الصورية حسن النية أو سوء نية، فهو في الحالتين يستطيع التمسك بالعقد المستتر والاحتجاج بالأثار المترتبة عنه لا حسن نية الغير ليست شرطا

---

[1] _ خولة بوقرة، مرجع سابق، ص83.

[2] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص 1106.

[3] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 214.

[4] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص 60.

[5] _ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ،مرجع سابق، ص 1106.

[6] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 215.

متطلبا إلا حين يتمسك الغير بالعقد الظاهر باعتباره رافع الدعوى فإن عبء إثبات صورية التصرف يقع على عاتقه[1].

ثانيا: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية

إن العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف هو الذي يحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المرفوعة من قبل أحدهم، أو من قبل خلفهم العام[2].

أما إذا كانت مرفوعة من قبل الخلف الخاص أو من قبل الغير فإن الذي يحدد المحكمة المختصة هو العقد الظاهر حيث أنه هو العقد النافذ فيما بينهم.

وعندما يحدث تنازع في الاختصاص بين محكمتين نظاميتين فإنه يفترض بنا التوجه إلى محكمة النقض لحسم النزاع[3].

ثالثا: ميعاد رفع الدعوى الصورية

القاعدة العامة أن المشرع لا يتدخل بتحديد مواعيد معينة لرفع الدعاوى وبالتالي تظل هذه المواعيد مفتوحة أمام المدعين كيفما يشاؤون، والاستثناء أن المشرع قد يتدخل بتحديد ميعاد معين لرفع دعوى معينة لاعتبارات معينة و إلا سقط الحق في رفعها بمضي المدة .

فقد يتأثر ميعاد رفع دعوى الصورية ببعض القيود الزمنية بطريق غير مباشر وذلك عندما تتحدد بعض المراكز القانونية، والوقائع المؤثرة على رفع دعوى الصورية الأمر الذي ينعكس بدوره على ميعاد رفع دعوى الصورية[4].

---

[1] _ خوله بوقرة، مرجع سابق، ص 92 ،93.

[2] _ عرفات نواف فهمي مرادوي، مرجع سابق، ص 63.

[3] _ المرجع نفسه، ص 63.

[4] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 183, ص184 .

الفرع الثالث

الحكم في دعوى الصورية

إن الحكم في دعوى الصورية هي آخر مرحلة من مراحلها، ففيها تصدر الأحكام المتمثلة في الحكم التمهيدي(أولا)، والحكم الابتدائي(ثانيا)، و أخيرا الطعن بالنقض(ثالثا).

أولا: الحكم التمهيدي في دعوى الصورية

يقصد به الحكم الذي يصدر أثناء سير الدعوى لغرض القيام بما من شأنه أن ينور المحكمة من التدابير والإجراءات، وذلك ينبئ عن وجهة نظر معينة بالنسبة للمحكمة ، بمعنى تحقيق الوقائع في الدعوى و ذلك عن طريق التقاط صورة للواقع المحسوس بغرض إنارة الطريق أمام المحكمة على ضوء أقوال الخصوم المتعارضة، وتجلية الرأي في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصائها بنفسه.[1]

ثانيا: الحكم الابتدائي في دعوى الصورية

المقصود بالحكم الابتدائي الحكم الذي يصدر من محكمة الدرجة الاولى ويقبل الاستئناف فيها[2].

ثالثا: الحكم الاستئنافي في دعوى الصورية

يقصد بالاستئناف هي العملية التي تتم فيها مراجعة الحالات، حيث تطلب الأطراف إجراء تغيير رسمي في قرار رسمي أو إعادة النظر فيه فوظيفة الاستئناف تصحيح الخطأ وتفسير القانون[3].

[1] _ براهيم المنجى، مرجع سابق، ص 355.

[2] _ المرجع نفسه، ص 355.

[3] ar.m.wikipedia.org تم الاطلاع عليه في 2022/04/28 على الساعة 14:54

فالمقصود بالحكم الاستئنافي عرض موضوع النزاع الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى (المحكمة الابتدائية) على محكمة الدرجة الثانية (المحكمة الاستئنافية) للفصل في موضوع الدعوى من جديد عند عدم وجود موانع قانونية تحول دون الاستئناف[1].

رابعا: الطعن بالنقض في دعوى الصورية

الطعن بالنقض طريق من طرق الطعن غير العادية مفتوح للأطراف وفي بعض الحالات للنيابة العامة ويرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها، فالمحكمة العليا ليست مكلفة بإعادة النظر في الدعوى و إنما مهمتها الرابة على تسبيب أحكام القضاء. و يقصد بمرحلة الطعن عن طريق النقض في دعوى الصورية هو عرض موضوع النزاع، الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الثانية(المحكمة الاستئناف) على محكمة النقض، لتفصل في موضوع الدعوى من جديد، عند توافر حالة من الأحوال الحائز الطعن فيها بطريق النقض، كأن يكون الحكم الاستئنافي مبنيا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، أو وقوع بطلان في الحكم أو وقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم[2] .

الفرع الرابع

عدم تقادم الدعوى الصورية

تنصرف دعوى الصورية إلى تقرير أن العقد الظاهر غير حقيقي، وتلك واقعية قائمة ومستمرة فلا يؤدي مرور الزمن إلى تغييرها ومن ثم يبقى العقد الصوري غير حقيقي فلا ينقلب حقيقيا بمرور الزمن ويكون لمن له أن يدفع بصورية التصرف في مواجهة من تمسك به دون أن يكون للأخير الدفع بالتقادم[3].

[1] _ ابراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 361.

[2] _ المرجع نفسه ، ص 391.

[3] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 689.

من المتفق عليه في القوانين المدنية أنه لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، لأن المقصود منها هو تقرير حقيقة الواقع والكشف عن حقيقة التصرف المستتر الذي يهدف إلى إخفاء أمر معين بقصد الاحتيال والغش ومن ثم فإن العقد الظاهر لا يعدوا أن يكون تصرفا صوريا كاذبا لا وجود له قانونا[1].

فالدعوى الصورية بذاتها لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب إنما هو تقرير العقد الظاهر لا وجود له، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها، أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورية عقد البيع فإن هناك دعوتين : أحدهما متعلقة بصورة عقد بيع وهذه لا تسقط بالتقادم والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (و هو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شان سائر دعاوى البطلان[2].

إن الدعوى الصورية هي دعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما تحديد طبيعة التصرف الذي قصدة العاقدان وترتيب الأثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما و اعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حالة واقعية قائمة و مستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن نقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن[3].

[1] _ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 305.

[2] _ عبد الرزاق السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 1107.

[3] _ انور طلبة، مرجع سابق، ص 689 , ص690.

خاتمة

على ضوء ما تم دراسته نستنتج أن الصورية تتمثل في اتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني فهي موقف ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا. وعلى هذا النحو تفترض وجود تصرفين بين نفس العاقدين أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري وتصرف مستتر وهو العقد الحقيقي.

يهيمن على أحكام الصورية مبادئ يجب التنسيق بينها فمبدأ سلطان الإرادة يفرض الخروج باعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أي الاعتداد بالتصرف المستتر بينما نظرية الأوضاع الظاهرة تملى السماح للغير حسن النية بالاعتداد بالتصرف الظاهر.

ومما تقدم نرى أن مفهوم الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان التصرف طالما أنه استكمل شروط الانعقاد والصحة أما إذا كان التصرف الحقيقي غير مشروع ومخالف للقانون فإن الجزاء هو بطلان التصرف، أما إذا كان القصد من التصرف مشروع فانه لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر مادام مشروعا وإنما يمنع المتعاقدان من تحقيق الغرض الذي قصداه. والصورية نوعان صورية مطلقة وصورية جزئية (صورية نسبية) حيث يترتب على التصرف الصوري أثار قانونية بين كل اطراف العلاقة التعاقدية وخلفهما العام وكذلك بالنسبة للغير.

أصبح لجوء المتعاقدان الى الصورية أمرا ملحوظا مع تعداد حالاتها وأشكالها المعاصرة وهذا من أجل التحايل على القانون فهي وسيلة تستغل من قبل بعض المتعاقدين لإخفاء حقيقة ما تتجه إرادتهم لتحقيقه من أجل القيام بتصرفات قانونية كاذبة تؤدي إلى التهرب من دفع الرسوم والضرائب أو إبرام عقود وهمية كالمضاربة الوهمية وغسيل الأموال.

وعليه أجاز المشرع للدائن أن يلجأ الى دعوى الصورية ليهدم بكافة صور الإثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذبا وذلك للمحافظة على الضمان العام للدائنين.

وعليه يمكن استخلاص النتائج التي توصلت إليها الدراسة في النقاط التالية:

1_المشرع الجزائري لم ينص صراحة على دعوى الصورية على خلاف الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

2_ لم يعرف المشرع الجزائري العقد الصوري بل اكتفى بتحديد الاثار المترتبة عليه.

3_اختلاف الفقهاء حول طبيعة العقد الصوري. **4_**اجماع

معظم التشريعات على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الأثار القانونية للصورية التي تترتب بين المتعاقدين و خلفهما العام وعلى مبدأ استقرار المعاملات في تحديد الأثار التي تترتب على الصورية بالنسبة للغير.

5_ مفهوم الغير في الصورية لا يقتصر على دائني المتعاقدين والخلف الخاص فقط للمتعاقد وانما ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه.

6_ يقع عبء إثبات الصورية على من يدعيها، فإثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام يخضع للقواعد العامة في الاثبات أما بالنسبة للغير فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الاثبات.

7_ دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له وهذه الحقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم اليها.

8_ لم يولى المشرع الجزائري الاهتمام الكافي للصورية بحيث عالج موضوعها بإدراج مادتين فقط وهما المادة **198 و 199 من** ق م ج ،بحيث اكتفي بذكر أثار الصورية .

9_ أغفال المشرع الجزائري في المادة 198 من ق م ج على معالجة الحكم عند تعارض مصالح الغير، كما هو الشأن في حالة الصورية المطلقة لعقد البيع.

وعليه نقترح التوصيات التالية:

1_ على المشرع الجزائري أن يفصل اكثر في موضوع التصرف الصوري وذلك بوضع احكام خاصة بكل تصرف على حدى حتى ينعم كل من المتعاقدان والدائنون بالطمأنينة والأمان على حقوقهم.

2_ ضرورة وضع عقوبة على كل شخص يقوم بإبرام عقود صورية إذا كان الغرض منها هو التحايل على القانون.

3_ إعادة صياغة المادة 198 من قم ج بإضافة فقرة ثانية تكون صياغتها كالاتي :**« و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الأخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.»**

4_ضرورة الحد من انتشار العقود الصورية وما يترتب عنها من ضياع للحقوق.

قائمة المراجع

أولا: القران الكريم

ثانيا: الكتب

1-المراجع العامة:

1-العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر،2013.

2-أنور سلطان، أحكام الالتزام (الوجيز في النظرية العامة للالتزام) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،1984.

3-جلال علي العدوى، أصول أحكام الالتزام والاثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

4-رأفت محمد حماد و محمد عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام ،ج 2 د، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،1997 .

5-رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998 .

6-عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)، (دراسة مقارنة) ط 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن،2010.

7- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام -بوجه عام -، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت،1998 .

7-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج الرابع ،العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة د د ن ،بيروت، د س ن.

8-عبد القادر الفأر، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، دار محمود للنشر و التوزيع، عمان، 2005.

9-محمود سعد ماهر، دعاوى حماية الضمان العام للدائنين ، د ب ن ،1996.

10-محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية،2000.

11-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات – أحكام الالتزام–، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 2010.

12-مصطفى الجمال، أحكام الالتزام–دراسة مقارنة–، منشورات الحلبي الحقوقية الإسكندرية،2013.

13-نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام–أحكام الالتزام– ج2، منشاة المعارف، الإسكندرية،2001.

14-ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، أثار الحقوق الشخصية (أثار الالتزام) ،(دراسة موازنة)، ج2، دار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، الأردن 2003.

2-المراجع الخاصة:

1-ابراهيم المنجى، دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرفات التنظيم القانوني و الإجرائي لرفع الدعوتين، منشأ المعارف، مصر، 1998.

2- أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن،2004.

3-أنور العمروسى، الصورية و ورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

4-أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد د ط المكتب الجامعي الحديث، د ب ن، 2004.

5-عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه و القضاء، ط7 رمضان و أولاده للطباعة و التجليد، د ب ن،2003.

6-فواز يوسف الجبوري، الصورية في التعاقد في ضوء تطور العلاقات التعاقدية، ط 2، دار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان ،2019.

ثالثا: النصوص القانونية

1-أمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج،ر،ج،ج، عدد 78،صادرة في 30سبتمبر1975، معدل و متمم.

2-قانون رقم 84-11 مؤرخ في9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة، ج،ر،ج،ج، عدد 24، الصادر في12فيفري 1984، معدل و متمم.

3-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل :25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج،ر،ج،ج، عدد21، 2008.

رابعا: الرسائل والمذكرات

أ _ مذكرات الماجستير

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

2– عبد الحميد جاب الله، التعبير عن الإرادة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود و مسؤولية، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر 1،2013.

3–عرفات نواف فهمي مرادوي، الصورية في التعاقد – دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.

4–لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

ب_ مذكرات الماستر

1–جهيدة تيغرمت وسلوى بركان، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

2–حنان طايلب، حماية الورثة من الوصية المستترة في التشريع، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند أولحاج، البويرة ،2013 .

3-سارة دفاف، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر اكاديمي تخصص قانون، اعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2020.

4-شاوي بوخاري، الصورية في المعاملات العقارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور جلفة،2016.

5-فتيحة بعارسية و بلال مشري ،تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الاسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المسيلة 2020.

6-كريمة بن حمامة، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المسيلة،2020.

خامسا: الاجتهاد القضائي

1- موقع قسطاس، رقم القرار 2004/638 في 2004/07/01، قرار محكمة التمييز الأردنية. www. qistas.com

2-موقع قسطاس، رقم القرار 1119/ 2012 في 2012/05/20، قرار محكمة التمييز الأردنية.www. qistas.com

3-محكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، رقم القرار 139123 في 1996/07/09، م ق ، عدد02 ، 1996.

4-المحكمة العليا الجزائرية، قرار رقم 197335،المؤرخ في 1998/06/16،م ق، العدد خاص ،2001.

5- محكمة العليا، غرفة مدنية، رقم القرار 229397 المؤرخ في 2002/04/24، م ق، عدد 2،2002.

6- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، قرار رقم247879 المؤرخ في 2003/07/23، م ق، العدد02،2003.

7- المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، قرار رقم 167998، المؤرخ في 2010/09/16 ، م ق، العدد02، 2010.

سادسا : المواقع الإلكترونية

1_أيمن عبد اللطيف، تعريف وأركان و شروط وأنواع التزوير في قانون العقوبات ، تاريخ النشر 12مارس2020، تم الاطلاع عليه بتاريخ 26-02-2022على الساعة 15:17

hhtps : //ae.linkedin.com

2 _ فواز صالح، عيوب الإرادة، تم الاطلاع عليه بتاريخ 01_04_2022، على الساعة**10:10hhp://arab- ency details**

3- الغلط في القانون الجزائري : تاريخ النشر 09يونيو2010، اطلاع عليه بتاريخ 22-03-2022 على الساعة14:49**https : //fadak. ahlamontada.com**-

الفهرس

مقدمة.....1-4

الفصل الأول: ماهية الصورية.....05

المبحث الأول: الأحكام العامة للصورية.....06

المطلب الأول:المقصود بالصورية.....06

الفرع الأول :تعريف الصورية.....06

أولا: تعريف الصورية في الفقه الإسلامي.....06

ثانيا:تعريف الصورية في الفقه الوضعي.....09

الفرع الثاني : تمييز الصورية عن التعاريف المشابهة لها.....11

أولا :تمييز الصورية عن التزوير.....11

ثانيا :تمييز الصورية عن التحفظ الذهني.....12

ثالثا : تمييز الصورية عن عيوب الرضا.....12

رابعا :تمييز الصورية عن الاتفاق الإضافي.....14

خامسا :تمييز الصورية عن الخطأ في تكييف العقد.....15

المطلب الثاني: شروط و أنواع الصورية.....16

الفرع الأول: شروط الصورية 16

أولا: وجود عقدين أحدهما حقيقي و الأخر صوري.....17

ثانيا :إخفاء العقد الحقيقي و إظهار العقد الصوري.....17

ثالثا:أن يكون أحد العقدين متعارضا مع الأخر.....18

رابعا : وجوب أن يتعاصر العقد الحقيقي مع العقد الصوري.....19

الفرع الثاني: أنواع الصورية.....19

أولا: الصورية المطلقة 20

ثانيا : الصورية النسبية.....21

المبحث الثاني: تطبيقات الصورية في العقود.....26

المطلب الأول: تطبيقات الصورية المطلقة في العقود.....26

الفرع الأول: صورية البيع الثاني للعقار الذي تجوز فيه الشفعة.....27

الفرع الثاني : صورية حوالة الحق..... 28

الفرع الثالث : صورية عقد الإيجار الصادر من المدين بتأجير العقار الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية.....29

المطلب الثاني: تطبيقات الصورية النسبية في العقود.....30

الفرع الأول: الصورية في عقد البيع.....30

أولا: الصورية في طبيعة عقد البيع 31

ثانيا: الصورية في الثمن.....35

ثالثا : صورية أحد أطراف عقد البيع.....36

الفرع الثاني: صورية تصرفات المورث.....37

أولا: التصرفات في مرض الموت.....38

ثانيا : التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة.....40

الفصل الثاني: أحكام الصورية.....43

المبحث الاول :آثار الصورية وإثباتها.....44

المطلب الأول: آثار الصورية.....44

الفرع الأول: آثار الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام.....45

الفرع الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير.....46

أولا :اشخاص الغير في العقد الصوري.....46

أ_ الخلف الخاص.....46

ب _ دائنوا المتعاقدين.....47

ج _ الفئات الأخرى.....47

ثانيا: مضمون الحماية.....49

أ _ للغير أن يتمسك بالعقد المستتر.....50

ب _ للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر.....50

ج _ التعارض بين مصالح الغير.....51

المطلب الثاني: إثبات الصورية..... 52

الفرع الأول: إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين و خلفهم العام.....52

اولا : مبدأ إثبات بالكتابة في الصورية 53

ثانيا :الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة في الصورية.....53

أ _ حالة وجود مبدأ ثبوت الكتابة.....54

ب _حالة وجود مانع مادي أو أدبي أو ضياع السند لسبب أجنبي.....54

ج_ التحايل على القانون 55

الفرع الثاني: إثبات الصورية بالنسبة للغير.....57

المبحث الثاني: دعوى الصورية.....59

المطلب الأول: المقصود بالدعوى الصورية.....60

الفرع الأول: تعريف دعوى الصورية 60

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى الصورية 62

الفرع الثالث: شروط ممارسة الدعوى الصورية.....63

أولا : المصلحة و الصفة القانونية 63

ثانيا: كون حق الدائن ثابتا و خاليا من النزاع.....64

الفرع الرابع : تمييز الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوي المشابهة لها.....65

أولا :تمييز الدعوى الصورية عن الدعوى البوليصة.....65

ثانيا :تمييز الدعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة..... 67

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للدعوى الصورية.....70

الفرع الأول: مجال الدعوى الصورية.....70

أولا: العقود العرفية.....70

ثانيا: العقود الرسمية 71

ثالثا: الأحكام النهائية 73

الفرع الثاني :إجراءات رفع الدعوى الصوري.....74

أولا :خصوم الدعوى الصورية.....74

ثانيا : المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الصورية.....76

ثالثا: ميعاد رفع الدعوى الصورية.....76

الفرع الثالث: الحكم في الدعوى الصورية.....77

أولا : الحكم التمهيدي في الدعوى الصورية.....77

ثانيا : الحكم الابتدائي في الدعوى الصورية..... 77

ثالثا : الحكم الاستئنافي في الدعوى الصورية.....77

رابعا : مرحلة الطعن بالنقض.....78

الفرع الرابع: تقادم الدعوى الصورية..... 78

خاتمة.....80-82

قائمة المراجع.....83-88

الفهرس.....89-93

الملخص.....94

ملخص

إن الصورية هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب مما يؤدي إلى تشكل عقدين أوله عقد ظاهر صوري وأخر عقد حقيقي مستتر. وتكون الصورية في شكلين : صورية مطلقة و صورية نسبية. ولحماية المضرور من هذا العقد الصوري الذي يريد المتعاقدين التظاهر بها أمام الغير، فقد جاز للدائن أن يلجأإلى دعوى الصورية ليثبت بكافة طرق الإثبات الأوضاع الظاهرة أنه قد أخرج أمواله من ذمته، فيجوز لكل ذي مصلحة التي يصطنعها المدين للغير، وذلك بإوهام أن يقوم بالطعن في التصرفات الصورية و ذلك باللجوء إلى دعوى الصورية سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفا عاما أو خاصا لأحدهم أو من الغير و ذلك للحفاظ على الضمان العام للدائنين.

Résumé

La simulation est l'occultation de la réalité derrière une fausse apparence juridique , qui conduit à la formation de deux contrats dont le premier est un contrat simulé et le dernier est un contrat réel.

Pour protéger les lésés de ce contrat simulé que les contractants veulent faire semblant devant les autres .On permettait au créancier de recourir à action en simulation pour prouver par tous moyens de preuve les conditions apparentes que le débiteur crée pur autrui, et cette illusion qu'il avait retiré son argent de sa datte. Tout intéressé peut faire appel du comportement simulé ¸ qu'il s'agisse de l'un des contacteurs ou bien successeur général ou spécial de l'un d'eux ou d'un autrui. Afin de maintenir la sécurité générale des créanciers.