

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الصورية في المعاملات العقارية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون العقاري

إشراف الأستاذ:

حسين بطيمي

إعداد الطلبة:

1/ الزبير جلوي

2/ عبد القادر سائيحي

لجنة المناقشة

—الأستاذ: عبد المالك الدح.....رئيسا

—الأستاذ: حسين بطيمي.....مشرفا و مقرا

—الأستاذ: العربي بن قسمية.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2013/2014

جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

الصورىة فى المعاملات العقارىة

مذكورة فى إطار مقتضىات نل شهادة الماستر فى القانون العقارى

إشراف الأستاذ:

حسفن بطفمى

إعداد الطلبة:

1/الزبفر ؤلوفى

2/عبد القادر سائىى

لجنة المناقشة

—الأستاذ:.....رئفسا

—الأستاذ:.....مشرفا و مقرا

—الأستاذ:.....عضوا مناقشا

السنة الجامعىة 2013/2014

إهداء

إلى القلب الكبير والدي العزيز

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء والدتي الحبيبة

إلى رياحين حياتي وزوجتي و أبنائي

إلى إخوتي و أسرتي

إلى كل أساتذتي الكرام

الزبير جلول

إهداء

إلى الوالدين الكريمين

إلى إخوتي و أسرتي

إلى زوجتي وأبنائي

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره

إلى كل أساتذتي الكرام

إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي

إلى أرواح شهداء الوطن العظام

عبد القادر سائحي

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر و التقدير إلى الأستاذ **بطيمي حسين** الذي أسعدني بالإشراف على هذا العمل, كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الكرام لموافقتهم بمناقشة هذا العمل, و إلى كل من ساعد في انجازه من قريب أو بعيد.

الزبير جلول

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر و التقدير إلى أستاذي **بطيمي حسين** الذي أسعدني بالإشراف على هذا العمل, كما أتقدم بالشكرالجم إلى أساتذتي الكرام الذين قبلوا بمناقشة هذا العمل,

كما لا أنس الأخ محمد الذي كان نعم العون, و إبراهيم , وكذا بلقاسم و محمد, و إلى كل من قدم يد المساعدة.

عبد القادر سائحي

مقدمة

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج قانونية معينة بفضل هذه الحركة وحدها دون حاجة إلى اقتران بفعل مادي، اللهم إلا الطريقة التي يتم بها التعبير عن حركة هذه الإرادة و هي تتجه إلى إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

و التصرفات القانونية منها ما يصدر عن إرادة الشخص منفردا كالوقف و الوصية و الإقرار و الوعد بالجائزة و الإيجاب الملزم و التعاقد لمصلحة الغير و عمل الفضولي و الإبراء و إجازة العقد القابل للإبطال و الطلاق و النذر و غيرها من التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحد من دون حاجة إلى إرادة شخص ثان، و قد تسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد.

و منها ما يصدر عن إرادتين و لا يتم تكوينه إلا باتفاقهما و تسمى بالعمل القانوني الصادر عن جانبين و هو العقد، و أنواع العقد معروفة كالبيع والقرض و العارية و غيرها من العقود المسماة، و هكذا فإن العقد أو الاتفاق هو الصورة الأصلية للتصرف القانوني، و عليه فإن التصرفات الواردة على العقار يمكن أن تكون تصرفات بإرادة منفردة كالوصية و الوعد العقاري و يمكن أن تكون بإرادتين و هو العقد كعقد البيع العقاري، عقد الهبة، إيجار الحقوق العينية الأصلية و التبعية، و هذه العقود أوجب المشرع الجزائري إفراغها في قالب رسمي.

إستنادا إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي جاء في نصها "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي"، إلا أن المتعاقدان قد يلجآن للصورية من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب مما يعني أن نكون أمام عقدين أحدهما صوري ظاهر و الآخر حقيقي مستتر.

و ما يقال عن لجوء المتعاقدان إلى الصورية يقال كذلك في التصرفات بالإرادة المنفردة و هذه التصرفات لا تخلو من الصورية، مثل إقرار المورث بوجود دين في ذمته مع أنه مظهر كاذب و ذلك لحرمان الورثة من الميراث و كذا تصرفات الموصي.

أهمية البحث:

المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحالية قد نص على الصورية من خلال مادتين هما المادة 198 و199 من القانون المدني الجزائري و قد اقتصر على الإشارة إلى أن العقد النافذ بين المتعاقدين و خلفهما العام أي أن العقد النافذ هو العقد الحقيقي و هذه هي القاعدة العامة.

أما الاستثناء فقد ورد في المادة الثانية أي المادة 199 في قولها أنه إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري. تكمن أهمية هذه الدراسة من كثرة العقود الصورية التي تبرم يوميًا، ومن كثرة الخلافات التي تنشأ عنها. وهذه الخلافات قد تنشأ بين المتعاقدين أنفسهم، وقد تنشأ بين أحد المتعاقدين والغير، وقد تنشأ بين الغير، وذلك نتيجة لوجود عقدين أحدهما صوري ظاهر للغير، والآخر حقيقي مستتر عن الغير، وكلاهما يرتب آثارًا قانونية يجب علينا بيانها.

و مجال الصورية في التصرفات العقارية له بواعث غير مشروعة تغلب على البواعث المشروعة و لعل أهم باعث غير مشروع هو التهرب الضريبي. فلا يمكن إنكار الدور الجبائي الذي يلعبه تسجيل التصرفات الواردة على العقار خاصة بعد دخول إقتصاد السوق حيث إتسع نطاق الحريات الفردية , و وسعت الدولة بذلك أساليبها الجبائية خاصة العقارية منها لأجل تمويل الخزينة العمومية و هذا بفرض حقوق على التصرفات العقارية الخاضعة للتسجيل أو تلك التي أراد أصحابها تسجيلها من أجل إعطائها تاريخا ثابتا, و لعل أبرز ما يميز التصرف الواقع على العقار بالإضافة إلى إفراغ التراضي في قالب رسمي لدى الموثق ضرورة مراعاة قواعد الشهر بحيث يتميز التصرف الواقع على العقار بضرورة شهره في المحافظة العقارية المختصة وذلك لكي ينتج آثاره كاملة بين المتعاقدين, و عليه فالتصرف الصوري الذي يكون محله عقار يجب شهره بالمحافظة العقارية .

و حتى يتم كشف النقاب عن حقيقة التصرف الحاصل وذلك برفع الستار الخادع عنه توصلنا لترتيب النتائج القانونية على حقيقة التصرف يتم رفع دعوى الصورية في التصرفات الواقعة على العقار.

هنا نكون أمام إشكاليين :

الأول: حكم شهر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية و ذلك لأن دعوى الصورية ليست دعوى بطلان التصرف, بل ترمي هذه الدعوى إلى إعلان حقيقة ظاهر العقد

الثاني: إذا كانت دعوى الصورية ليست دعوى بطلان التصرف فهل يجوز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في مصالح الشهر العقاري الرسمية ؟
وهذه التساؤلات لا تمثل إلا جزءا قليلا من بين الإشكالات المطروحة في هذا المجال والتي سوف نعالجها بعون الله وتوفيقه.

إشكالية و أسئلة الدراسة:

و عليه و حتى نلم بالموضوع الخاص بأحكام الصورية في التصرفات العقارية فإن المحور الرئيسي للإشكالية يتمحور حول التساؤل
ما مدى فعالية التصرف الصوري الواقع على العقار بعد شهر التصرف ؟
و تحت هذه الإشكالية الرئيسية تبرز عدة إشكاليات فرعية أهمها :
ما هو مفهوم الصورية في التصرفات العقارية ؟
فيما تتمثل مجالاتها ؟
ما هي القيمة القانونية للعنصر الظاهر و العنصر المستور في التصرف ؟
كيف تباشر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء؟

أهداف البحث:

من خلال الفصل الأول تهدف هذه الدراسة إلى البحث المعمق في موضوع الصورية في التصرفات العقارية و ذلك من خلال تعريف الصورية في التصرفات العقارية وفقا للمفهوم التقليدي (الضيق) و المفهوم الحديث (الموسع)، ثم تمييز الصورية عن غيرها من التصرفات مثل تمييزها عن التزوير في المحررات الرسمية و تمييزها عن الخطأ في الوصف و الغش و التحايل نحو القانون.

و كذلك نتطرق إلى أنواع الصورية المطلقة و النسبية، و كذا عناصر الصورية العنصر الظاهر و العنصر المستور، ثم التطرق إلى تطور الصورية في التصرفات العقارية في العهد الروماني و الحضارة الإسلامية في إزدهارها و انحطاطها و كذا في العصر الحديث و ظهور أنظمة الشهر العقاري نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني و كذا قانون التسجيل العقاري .

و في الفصل الثاني نعالج القيمة القانونية للعنصر الظاهر و العنصر المستور للتصرف, و هي دراسة تحليلية للمواد 198 و 199 من القانون المدني الجزائري حيث أن هذه المواد تقابلها مواد بنفس الصيغة في القوانين العربية المقارنة منها القانون المصري، العراقي، الأردني كما نلقي نظرة على القانون اللبناني.

ثم يتم التطرق إلى مباشرة الدعوى الصورية أمام القضاء حيث نتطرق إلى أهم إشكال في العصر الحديث , و هو أثر الشهر و القيد على الصورية في التصرفات العقارية حيث ألزم القانون شهر الدعاوي العقارية الرامية إلى النطق بفسخ أو تعديل أو نقض أو إلغاء حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها, و عليه هل ينطبق هذا النص على الدعوى الصورية الرامية إلى إعلان حقيقة ظاهر خادع ؟

و كذلك هل يجوز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها؟ و ذلك أن الهدف من نظام الشهر العقاري هو الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

الفصل الأول

الفصل الأول: ماهية الصورية في التصرفات العقارية

دخلت الصورية في معظم التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد يوميًا، حيث يلجأ إليها الكثير منهم من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب. ويكون ذلك عندما يتفق أطراف العقد على إبرام عقد معين في صورة عقد آخر كعقد بيع في صورة هبة أو عقد هبة في صورة بيع، ويترتب على ذلك عدة آثار قانونية.

و الملاحظ في وقتنا الحالي كثرة العقود الصورية التي تبرم يوميًا، و كثرة الخلافات التي تنشأ عنها. وهذه الخلافات قد تنشأ بين المتعاقدين أنفسهم، وقد تنشأ بين أحد المتعاقدين والغير، وقد تنشأ بين الغير، وذلك نتيجة لوجود عقدين أحدهما صوري ظاهر للغير، والآخر حقيقي مستتر عن الغير، وكلاهما يرتب آثارًا قانونية يجب علينا بيانها.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع لم يبين مفهوم الصورية، بل ترك الأمر لاجتهادات الفقهاء، وقد فعل حسنًا لأن التعريفات ليست من عمل المشرع، إلا أنه لم يعالج أحكام الصورية بشكل دقيق، مما أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة بهذا الخصوص وتوضيحا لذلك، و من خلال هذا الفصل سوف نتطرق إلى ماهية الصورية في التصرفات العقارية وخصصنا لهذا مبحثين، المبحث الأول نتطرق فيه إلى مفهوم الصورية في التصرفات العقارية، والمبحث الثاني نتناول فيه مجالات الصورية في التصرفات العقارية .

المبحث الأول: مفهوم وتطور الصورية في التصرفات العقارية

الصورية في التصرفات العقارية ليست وليدة العصر الحديث بل هي نظرية متجذرة عبر التاريخ فقد عرفت الحضارات القديمة منها الحضارة الرومانية والحضارة الإسلامية، كما أن للصورية بواعث قد تكون بواعث مشروعة كما يمكن أن تكون بواعث غير مشروعة

المطلب الأول: مفهوم الصورية في التصرفات العقارية

الفرع الأول: تعريف الصورية وتمييزها عن غيرها

أولاً: تعريفها

أ: الصورية بمعناها التقليدي: (المعنى الضيق)

تتمثل الصورية في اتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني فهي موقف ظاهر غير حقيقي يستتر موقفاً خفياً.¹

وحسب المفهوم التقليدي هي وضع قائم على عقد محل تصرف يلجأ إليه الطرفان ليستتر عقداً آخر أراداه حقيقة.

أو هي عقد ظاهر أجراه المتعاقدان إما إخفاءً لوضع أحدهما المادي أو القانوني وإما لأجل ستر عقد آخر أراداه المتعاقدان حقيقة ، بمعنى أن المتعاقدين يلجآن إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقداه عليه لسبب ما ، ومن ثم وجد العقد الصوري .

فالصورية هي مخالفة الحقيقة، و تتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء ما تعاقداه عليه.²

وتبعا للمفهوم الضيق فانه يشترط لقيام الصورية تحقق الأمور التالية:

- وجود اتفاق خفي بين طرفي العقد الظاهر ومعاصر له.
- انطواء العقد الخفي على هدف من شأنه تعديل أحكام العقد الصوري أو نتائجه كلها أو بعضها مع قدرته على تحقيق هذا الهدف. وفضلا عن ذلك فإننا نجد الكثير من القرارات العربية والأجنبية التي تبحث في صورية العقود : بيع صوري حقيقته أن

¹ - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2011، ص 46.

² - أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر، 2004، ص 5.

المبيع لم يخرج من ذمة البائع ، بيع يخفي رهنا أو قرضا أو وصية أو عقد إيجار زراعي¹.

كما أن اجتهادات المحاكم التي تشير إلى الصورية في العقود ، فقد قالت محكمة التمييز اللبنانية " إن لفظ الصورية التي تطلق على العقود التي تتظاهر بإنشاء موجبات لا وجود لها ، كما أنها تطلق على العقود التي تخفي وصفها الحقيقي أو ينشأ عن عناصرها كإخفاء أحد المتعاقدين باللجوء إلى الاسم المستعار " .
وإن من شروط الصورية:

- وجود اتفاق خفي ينطوي على هدف يتناول تعديل أركان العقد الظاهر في طبيعته أو موضوعه أو محتوياته أو في الأشخاص².
- ومحكمة التمييز العراقية قالت " لا تتحقق الصورية إلا إذا توفرت الشروط التالية:
- أن يوجد عقدان أو وموقفان اتحد فيهما الطرفان، وفي الموضوع أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.
- أن يكون العقدان متعاصران في وقت واحد .
- أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستورا سريا وهو العقد الحقيقي³.

ب: الصورية بعناها الواسع:

الصورية هي عمل إرادي من نتيجته خلق مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية، وأكثر حصولها في العقود ويمكن حصولها في التصرفات بإرادة منفردة.
وتجدر الإشارة إلى أن المفهوم التقليدي (الضيق) يقتصر على العقود الصادرة بمشيئة شخصين أو أكثر⁴.

كما أن التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة يمكن أن تداخلها الصورية عندما تكون هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين، نظرا لأن الصورية هي نتيجة الاتفاق، ولا يمكن تصور الاتفاق إلا من شخصين متعاملين معا¹.

¹ - سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 2004، ص75.

² - نفس المرجع، ص75.

³ - نفس المرجع، ص75.

⁴ - نفس المرجع، ص67.

أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجهة إلى الجمهور فإن الصورية لا تتصور فيه ، فان كان الواعد غير جاد في وعده لم تكن هناك صورية بل كان هناك اختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريبا من التحفظ الذهني². ومن الواضح أن هذا النطاق الضيق للصورية مرتبط أشد الارتباط بالطابع الاتفاقي للصورية ، وبقدرة العقد المستور على هدم العقد الظاهر أو تعديل أحكامه كليا أو جزئيا . وعلى ذلك يخرج من نطاق الصورية حسب المفهوم التقليدي التصرف الصادر بإرادة منفردة إذا كان غير واجب التسلم كالوصية والتصرف القانوني الجماعي أي عقد الجماعة والتصرف الشرطي كالزواج وأحكام المحاكم والوقائع القانونية ، باعتبار أن هذه الحالات لا تجد اتفاقا على الصورية ، وان وجد قبل هذا الاتفاق فانه لا يقوى لوحده إلى هدم أو تعديل العقد الظاهر كليا أو جزئيا.³

ثانيا : تمييز الصورية في التصرفات القانونية عن غيرها من التصرفات المشابهة

أ : الصورية في التصرفات العقارية والتزوير في المحررات الرسمية

نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على انه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقد الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي"⁴. كما نصت المادة 324 مكرر 5 "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"⁵.

كما تمتلك الورقة الرسمية قوة تنفيذية تصلح كأداة تنفيذ ولا يتمتع القاضي عن الأمر بتنفيذها مهما كانت شكوكه في صحتها⁶.

¹ - نفس المرجع , ص 67.

² - نفس المرجع , ص 68.

³ - نفس المرجع , ص 91, 92.

⁴ - القانون المدني الجزائري

⁵ - القانون المدني الجزائري

⁶ - زواوي محمد , الشكليات لصحة التصرفات المدنية في القانون الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , فرع العقود والمسؤولية , كلية الحقوق بن عكنون , الجزائر , 1978 , ص 66.

أما المادة 217 فقرة ب من قانون العقوبات فنصت على معاقبة كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموثق بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة. ومتى كانت الورقة عمومية أو رسمية فإن تغيير الحقيقة يعد تزويرا سواء حصل التغيير في الورقة ذاتها أو في صورتها المطابقة لها¹.

إن التزوير في الورقة الرسمية يقصد به إحداث تغيير فيها مخالف للحقيقة ويقع تحت طائلة قانون العقوبات وقد يختلط هذا المفهوم بمفهوم آخر وهو الادعاء بالتزوير الذي يتمثل في القيام بإجراءات معينة نظمها المشرع قصد إثبات مدي صحة الأوراق رسمية كانت أو عرفية وقد يكون التزوير محل دعوي عمومية يرفعها من تضرر من فعل التزوير أو بمبادرة من النيابة العامة إذا وصل إلي علمها².

والتزوير في المحررات الرسمية قد يكون ماديا أو معنويا ، فالتزوير المادي هو كل تغيير للحقيقة في محرر بطريق تترك فيه أثرا يدركه وتقع عليه العين سواء بزيادة أو بحذف أو تعديل أو إنشاء محرر لا وجود له في الأصل ، أما التزوير المعنوي فهو كل تغيير للحقيقة في مضمون المحرر ومعناه وظروفه وملابساته تغيير لا يدرك البصر أثره³. وعليه عدم صحة الواقعة الواردة في المحرر هو أساس التزوير المعنوي إذ لا يشكل المحرر تزويرا إلا لكونه يعبر عن شيء مخالف للحقيقة، فلا يسال الموثق إلا لكونه تعمد مخالفة الوصي وليس كونه ترجم تلك الإرادة بطيش واستخفاف⁴.

1- مواطن الاتفاق:

- إن مفهوم الصورية في التصرفات العقارية يتفق مع التزوير في المحررات الرسمية أن كلاهما ينطوي على تشويه وتحريف مقصود للحقيقة في السندات الرسمية وهو التزوير المعنوي.
- الصورية تكون بعلم الطرفين المتعاقدين وقد تكون بإرادة منفردة وكذلك التزوير يكون بفعل الطرفين أو احدهما.

¹ - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص345.

² - ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص71.

³ - أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص346.

⁴ - أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص346.

2- مواطن الاختلاف:

- الصورية في التصرفات العقارية ينظم أحكامها القانون المدني وكذا قانون الشهر العقاري، ولا يترتب عليها جزاء جنائي، في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويترتب عليه جزاء جنائي¹.

- الصورية في التصرفات العقارية تتمثل في التهرب من أحكام القانون أو الإضرار بحقوق الغير أو الغش أو التهرب الضريبي من حقوق الإشهار والتسجيل، أما الغاية من التزوير فهو غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية

- الصورية في التصرفات لها بواعث مشروعة وبواعث غير مشروعة - كما سنرى لاحقا - أما التزوير في المحررات الرسمية فبواعثه غير مشروعة في نظر القانون فيعاقب عليها ويعتبرها جريمة .

ب- الصورية في التصرفات العقارية والتعاقد من الباطن:

يظهر التعاقد من الباطن في التصرفات العقارية في عقد الإيجار ، وذلك عندما يؤجر المستأجر الأصلي العقار محل الإيجار إلى مستأجر آخر جديد بإذن من المؤجر . فالإيجار من الباطن أو الفرعي هو العقد الذي يبرمه المستأجر الأصلي مع مستأجر فرعي أو من الباطن، فيعتبر المؤجر من الغير بالنسبة للمستأجر الفرعي ، ويظل المستأجر الفرعي علاقته قائمة مع المستأجر الأصلي وله حقوق المؤجر في علاقته بمستأجره المباشر². و ينص المشرع على عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من المؤجر في المادة 505 من تعديل 2007 "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا "³.

1- مواطن الاتفاق:

بناء على ما تقدم فإن الصورية تتفق مع الإيجار في الباطن أنه في كل من الحالتين يوجد عقدان أحدهما ظاهر هو العقد الصوري والثاني هو العقد الحقيقي ، ففي الإيجار من الباطن

¹ - سامي عبد الله . المرجع السابق.ص175.

² -محمدي فريدة،محاضرات في عقد الإيجار وفقا للقانون 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني.2008/2009. ص83.

³ - القانون المدني الجزائري

يوجد عقدان العقد الأول بين المؤجر والمستأجر الأصلي ، والعقد الثاني بين المستأجر الأصلي والمستأجر الفرعي أو من الباطن .

2- مواطن الاختلاف:

الغاية من الصورية في التصرفات العقارية هي الإضرار بالغير أو الغش نحو القانون أو التهرب الضريبي وقد تكون غايتها مشروعة أو غير مشروعة ، أما الغاية من الإيجار من الباطن فهي مشروعة وذلك أن نص المادة 505 لم يجز التأجير من الباطن إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من المؤجر.¹

يلزم لقيام الصورية عقدان متعاصران على الأقل معاصرة ذهنية ، وإن يكون أحدهما ظاهرا ومعلنا ، والآخر خفيا مستترا ، وإن يختلف العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط.²

أما بالنسبة للإيجار من الباطن أو الفرعي فهو العقد الذي يبرمه المستأجر الأصلي مع المستأجر الفرعي أي من الباطن قد تكون مدته مختلفة عن مدة الإيجار الأصلي ، كما أن الأجرة قد تختلف وكذلك شروط العقد ، هذا مع ملاحظة أن مدته لا يجوز أن تزيد على مدة الإيجار الأصلي.³

للمؤجر طبقا لنص المادة 507 من القانون المدني الجزائري أن يقيم دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن بحيث يستطيع بمباشرتها أن يطالبه بالأجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي.⁴

أما في الصورية فالدعوى الصورية تتصرف إلى تقرير صورية العقد المطعون فيه باعتباره يخالف حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان ، ولذلك يجب أن تنحصر طلبات المدعي المتعلقة بالطعن في العقد بتقدير صوريته وبعد ذلك يحق له أن يضيف طلبات أخرى ، كتثبيت الملكية عندما يكون مشتريا قد سجل عقده بعد تسجيل التصرف الصوري ، وقد يكون وارثا يطعن على العقد الصادر عن مورثه بالصورية باعتبار انه يخفي وصية وحينئذ يكون له أن

¹ - القانون المدني الجزائري

² - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص46.

³ - محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار، المرجع السابق، ص84.

⁴ - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص42.

يضيف طلباً يثبت ملكيته بما يجاوز ثلث التركة ، ومفاد ما تقدم أن دعوى الصورية ليست دعوى لبطلان التصرف¹.

ج - الصورية في التصرفات العقارية والخطأ في الوصف:

وصف العقد أو العمل القانوني هو إعطاؤه وصفا قانونيا، أي اسماً أو طابعاً يدل على مضمونه ويتفق مع بنوده والخطأ في وصف العمل القانوني يلتقي مع الصورية في جوانب ويختلف في أخرى.

1- مواطن الاتفاق

ينجم عن كل منهما عمل ظاهري خادع². ففي الصورية النسبية بطريق التستر يعطي للتصرف الحقيقي المستور وصفا ظاهراً مغايراً له كليا يمكن تشبيهه بالخطأ في الوصف³.

2- مواطن الاختلاف

الصورية بطريق التستر هي وليدة إرادة واعية متجهة إليها بغية الاحتيال على القانون أو الإضرار بحقوق الغير ، في حين أن التصرف الذي أخطأ في وصفه المتعاقدان هو عقد حقيقي جدي ، اتجهت نية الفرقاء إلى تنفيذه بكل مشتملاته إلا أنه وصف وصفا خاطئاً لا يتفق مع مضمونه ذاته وذلك بشكل غير إرادي أو جهل وعدم دراية⁴.

ثم إن إثبات الصورية بين المتعاقدين يستلزم مبدئياً بينة خطية ، أما إثبات الخطأ في الوصف فإنه يمكن لكل طرف الإثبات بالرجوع إلى مضمون العقد ذاته أو أكثر من ذلك ، فإنه يعود للمحكمة من تلقاء نفسها أن تضي على التصرف وصفه الحقيقي ، وتصفه وصفا صحيحاً في تطبيق النصوص القانونية الآمرة والمكملة لإرادة الفرقاء دون أن تنقيد بالوصف المعطى له منهم⁵.

¹ -أنور طلبية المرجع السابق ص104.

² - سامي عبد الله .المرجع السابق ص187.

³ - نفس المرجع، ص188.

⁴ - نفس المرجع، ص188.

⁵ - نفس المرجع، ص188.

د - الصورية والتحايل على القانون :

الحيلة تجعل من الشيء غير الصحيح صحيحا وذلك بإعطاء وضع من الأوضاع حكما يخالف الحقيقة من أجل ترتيب أثر قانوني معين فالحيلة تمثل تزويرا علي الحقيقة¹.

و للتحايل على القانون تعريفان

تعريف عام: التحايل عمل مشوب بسوء النية والغش

تعريف محدد: التحايل يهدف به الشخص للتملص من موجبات قاعدة سلوك قانونية (قانون، مرسوم، حكم، عقد...) باستعماله وسائل ملتوية ، أي باللجوء إلى الخديعة والحيلة ، أي يلجأ الشخص إلى وسائل سليمة بذاتها في الظاهر يمكنه عن طريقها أن يفعل ما يحرمه القانون أو أن يتمتع عن فعل يأمر بفعله².

والتحايل على القانون ينطوي على مخالفة القانون ولكن المخالفة هنا تقع على مرحلتين على الأقل، أولهما تغيير المركز الذي يثير المنع القانوني ثم بعد ذلك محاولة مخالفة القاعدة القانونية في ظل المركز الجديد، والذي يجعل هذه المخالفة مشروعة.

ولنضرب مثالا : وقائع القضية التي فصلت فيها المحاكم الفرنسية ، طبيب يحاول التهرب من حكم المادة 909 من القانون المدني الفرنسي الذي يحرم الهبة للطبيب المعالج في مرض موت المريضة ورغبته في تجنب هذا التحريم يتزوج الطبيب المريضة ليرتفع التحريم ، فهو يبدأ بتغيير مركزه من طبيب معالج إلى زوج بإجراءات سليمة ثم تقع الهبة بعيدة عن منع المادة 909 وهو من البداية يهدف إلى مخالفة هذا المنع ، لكن المخالفة تقع على مرحلتين ، المرحلة الأولى الزواج ثم الهبة وكلاهما صحيح لكن الغاية التي تهيمن على كل عمل هي غاية غير مشروعة³.

وهكذا فان الصورية تقترب كثيرا من التحايل على القانون إلا أن الفرق جوهري وهو التالي: التصرف القانوني الصوري صورية كلية هو تصرف وهمي ، في حين أن التصرف القانوني المشوب بالتحايل على القانون هو تصرف جدي ، وان كان كلاهما مدفوعا لغرض غير مشروع ، وحتى في الحالة التي يكون فيها الاحتيال على القانون هو الدافع لسلوك سبل

¹ - عبد المجيد ز علاني، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للقانون، دون طبعة، دار هومة الجزائر، 2010، ص

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص180.

³ - نفس المرجع. ص181.

الصورية بخلاف التحايل ليست وسيلة لخرق القانون ومخالفة أحكامه ، بل هي وسيلة لتغطية خرق القانون ومخالفته¹.

كما أننا نعثر في كثير من القرارات التي تثبت أن الصورية استعملت لإخفاء التحايل على القانون ، فمحكمة التمييز اللبنانية اعتبرت "بما أن ادعاء الجهة المبررة انصب على أن البيع المسجل في السجل العقاري إنما كان صورياً إذ شكل بيعاً يخفي تأميناً ، وبما أن مثل هذا الادعاء يرمي للقول بصورية غايتها التحايل على القانون لمنع تنفيذ أحكامه الإلزامية المتعلقة ببيع المرهون بالمزاد العلني².

هـ- الفرق بين التكيف غير الصحيح الذي يعطى للتصرف عن عمد و الصورية:

هناك فرق بين التكيف غير الصحيح الذي يعطى للتصرف عن عمد و الصورية إذ لا بد في الصورية من تصرف ظاهر يخفي وضعاً حقيقياً فيؤخذ بالتصرف الحقيقي وبذلك يقع عبء الإثبات على هذا المدعي بينما ينطوي التكيف غير الصحيح على تصرف واحد ويجب على القاضي أن يصحح هذا التكيف من تلقاء نفسه باعتباره مسألة قانونية فلا يكون على من يدعي عدم صحة التكيف أن يقيم الدليل على ادعائه.

ويرى الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم أن التكيف القانوني للتصرف يجب أن يقوم على أساس النتيجة القانونية التي ارتضاها المتصرف ولو كان يقصد بها إلى تحقيق غرض عمل آخر،

إذ الغرض العمل الواحد قد تتخذ في سبيل تحقيق وسائل قانونية متعددة يختلف تكيف كل منهما عن الآخر رغم وحدة الغرض³.

ومن هذا ينتهي إلى أن التحايل على القانون لا يتحتم معه أن يكون مصحوباً بتكيف غير صحيح فقد تكون هناك هبة يرتضي الطرفان فيها انتقال ملكية الرقبة إلى الموهوب بحيازة الشيء وبحقه في الانتفاع به طوال حياته ولكن ارتضاءهما هذه النتيجة القانونية لم يكن إلا وسيلة لتحقيق غرض عملي هو الإيضاء ففي هذا المثل يكون التكيف الصحيح للتصرف أنه هبة وفقاً لما ارتضاه الطرفان من نتائج قانونية فلا يجوز للمتصرف أن يرجع بها بدعوى

¹ - نفس المرجع، ص 182.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 183.

³ - نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت: الوصية - البيع - الكفالة - الهبة - الوقف - الطلاق - الخلع - الاقرار - الابرأء ، دون طبعة، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 80.

أنها وصية ولكن لأن الغرض من التصرف على هذا النحو هو التحايل على أحكام الوصية فلا ينفذ إلا في حدود الثلث¹.

ولكن القضاء يربط بين التحايل على القانون وإعطاء التصرف تكييفاً غير صحيح فهو لا يرد التحايل إلا إذا بان أن التكيف غير صحيح فإذا اتضح من المثل المتقدم أن المتصرف أراد التجرد في الحال من ملكية الرقبة اعتبر وصف التصرف بأنه هبة تكييفاً صحيحاً وقضي بنفاد التصرف دون قيد وإذا بان له المتصرف لم يرد التجرد من الملك إلا بعد الموت اعتبر التكيف الصحيح للتصرف أنه وصية فلا ينفذ إلا في ثلث التركة.

والتكيف مسألة قانونية يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه دون التقيد بالوصف الذي خلقه أصحاب الشأن على التصرف شأن قواعد التكيف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية ومن ثم فهي تخضع لرقابة محكمة النقض فإذا تعدد أصحاب الشأن إعطاء التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون كان على القاضي أن يصحح هذا التكيف وذلك في ضوء الغرض العملي الذي قصدت إليه إرادة المتصرف فتفسير إرادة المتصرف للوقوف على هذا الغرض مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً أما تكيف العقد على هدي ما قصدت إليه هذه الإرادة فمسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض.²

الفرع الثاني: عناصر وأنواع الصورية في التصرفات العقارية

أولاً: عناصر الصورية

أ- عقد الضد والعقد الظاهر بمفهومهما التقليدي :

عقد الضد هو العقد أو الاتفاق الحقيقي الذي يحرص المتعاقدان على ستره وإخفائه وذلك عن طريق تنظيم عقد ظاهر يحجب حقيقة التراضي عن الأنظار، أي أن الصورية تكون خاصة في دائرة العقود³.

فورقة الضد لا تكون إلا عقداً مستوفياً كافة الشروط القانونية التي يتطلبها القانون بالنسبة للعقد وتخضع من حيث الإثبات للقواعد العامة المقررة في الإثبات⁴.

¹ - نفس المرجع، ص 80.

² - نفس المرجع، ص 80.

³ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 120.

ومما تقدم نستنتج أن لعقد الضد خصائص وشروط حسب الفقه التقليدي

- 1- أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع ووقت حصولهما.
- 2- أن يختلف العقدان من حيث الماهية .
- 3- أن يكون أحدهما علنيا وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستورا وهو العقد الحقيقي¹.
- 4- أن يكون وفقا للأشكال الرسمية التي تتطلبها التصرفات الواقعة على العقار.

ب- العنصر الظاهر والعنصر المستور في الصورية بمفهومها الواسع :

1- العنصر الظاهر والعنصر المستور في ذاتهما :

مر معنا الصورية بمفهومها الواسع يمكن أن تتناول العمل القانوني الذي تلقت فيه إرادتان أو أكثر ، ومن هنا كان لقاءها بنظرية عقد الضد ، إلا أن الصورية تتعدى ذلك لتتناول أيضا العمل الصادر بإرادة منفردة ، وسنرى لاحقا أن الصورية قد تكون نسبية ، أي تتناول نوع التصرف لا وجود له ، و أنها قد تتناول بندا أو أكثر أو شخص أحد أطرافه ، وما لا شك فيه أن العنصر الظاهر الذي تتناوله الصورية النسبية وكذلك العنصر المستور يكونان عملا قانونيا ، لأنه ليس من شأن الصورية النسبية مبدئيا أن تغير الطبيعة القانونية للعمل القانوني الذي تتناوله².

إلا أن الأمر يختلف عما تقدم إذا كنا إزاء صورية مطلقة أو كلية ، ومثالها مدين يهرب أمواله من وجه دائنيه عن طريق بيعها صوريا لأحد الأصدقاء أو الأقارب ، حيث يقال أن الظاهر لا وجود له وهو مجرد وهم لا يخفي تحته إلا العدم ، ففي مثل هذه الحالة نجد أن الصورية تناولت تصرفا قانونيا هو البيع ، إلا أن الإرادة التي أوجدت هذا البيع لم تهدف إلى خلق تصرف قانوني بل إلى خلق ظاهر وهمي ، وإذا كانت ثم إرادة وراءه فهي إرادة استبعاد الآثار القانونية التي تترتب عادة على مثل هذا البيع (انتقال الملكية من البائع إلى المشتري) ، فالبيع الصوري هنا ليس تصرفا قانونيا في حقيقته ، بل هو مجرد واقعة مادية يتكفل

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص114.

² - نفس المرجع، ص124.

القانون بتحديد أثارها ،أي أن الصورية المطلقة التي تخفي تحتها العدم والتي تتناول التصرف القانوني تجعل من هذا الأمر مجرد ظاهر وهمي أي واقعة مادية¹.

2- علاقة العنصر الظاهر بالعنصر المستور:

ما لا شك فيه أن خلق ظاهر كاذب و خادع بفعل إرادي مقصود ينطوي على معاصرة ذهنية على الأقل بين العنصر الظاهر و بين العنصر المستور الذي هو الوضع السابق الحقيقي (الصورية المطلقة)، إذ الظاهر لا يكون كاذبا إلا بالنسبة للحقيقة و من هنا كانت المعاصرة بينهما و ذلك على التفصيل الذي رأيناه فيما سبق، و ما يقال عن المعاصرة بين العنصرين يقال أيضا عن اتحاد الموضوع²، لكن ذاتية المتعاقدين في العقد الظاهر و العقد المستور تبقى مقتصرة على الصورية بطريقة عقد - الضد - أي الصورية في نطاق العقد و لا تتعداها إلى الصورية بالمفهوم الواسع، لان هذه الخاصية مرتبطة أشد الارتباط بالطابع الاتفاقي للصورية، الأمر الذي لا يسلم به فقهاء الصورية بمفهومها الواسع، و من هنا كانت نظرية استعارة الاسم حيث يكلف احد الأشخاص شخصا آخر بشراء مال معين لحساب الشخص المسخر إحدى تطبيقات نظرية الصورية بالمفهوم الواسع، فالبائع و المشتري في عقد البيع لا نجدهما معا في عقد استعارة الاسم الحاصل بين المسخر و المسخر، و لو اشترطنا ذاتية المتعاقدين في العقد الظاهر و العقد المستور لكان من الواجب استبعاد استعارة الاسم من نطاق الصورية مع انه انطوى على خلق مظهر ظاهر مغاير للحقيقة) صاحب الاسم المستعار الذي برز في العقد على انه المشتري باسمه و لحسابه كان في الواقع مشتريا لحساب من سخره).

و ما يقال هنا عن ذاتية المتعاقدين يقال أيضا عن وجود عنصر مستور قادر لوحده على هدم العنصر الظاهر لأنه لم يتبين لنا أن فقهاء المفهوم الواسع للصورية يشترطون قدرة العنصر المستور لوحده على هدم العنصر الظاهر³

¹ - نفس المرجع، ص125.

² - نفس المرجع، ص126.

³ - نفس المرجع، ص126، 127.

ثانيا: أنواع الصورية في التصرفات العقارية

يمكن تقسيم الصورية إلى قسمين رئيسيين هما صورية مطلقة و صورية نسبية.

أ- الصورية المطلقة:

و تتناول وجود التصرف في ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة و لا يتضمن الاتفاق المستتر تصرفا آخر يختلف عن التصرف المعلن، بل يقتصر هذا التصرف على أن التصرف الظاهر إنما هو تصرف صوري لا وجود له.¹

و من أمثلة التصرف الصوري صورية مطلقة أن يبيع شخص لآخر قدرا من الأطنان الزراعية يوازي النصاب المقرر لمن يرغب في ترشيح نفسه للعمدية، فيتمكن المتصرف إليه بموجب العقد الظاهر، في حين انه صوري صورية مطلقة، لان الملكية لم تنتقل حقيقة إليه و إنما باقية للمتصرف، و يدل على ذلك العقد الحقيقي المستتر.²

و نشير هنا أن المحاكم المصرية تعتبر العقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له، و قد اعتبرت محكمة النقض المصرية انه متى كان العقد سوريا فلا يكون له وجود قانوني، فتسجيله أو عدمه سيات، و لكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله و لو كان دينه لاحقا له، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا، لأنه ليس إلا وسيلة للإشهار، كما أن التسجيل لا يحول دون الطعن بالبيع لأنه يخفي وصية.

و اعتبرت محكمة النقض السورية انه متى كان تسجيل العقارات سوريا باسم الطاعنة فانه لجعلها فاقدة الحماية التي منحها القرار 188 للمتصرف إليه، لأن هذه الحماية تبقى مقصورة على من لم يكن عالما بالعيوب الداعية لإلغاء التسجيل و إنما الحماية التي لحضتها المادة 825 قانون مدني لاكتساب الحقوق العينية و انتقالها إنما محلها العقود الحقيقية لا العقود الصورية التي تعتبر كأن لم تكن و مجرد ثبوت صوريته يكفي في حد ذاته إلى إلغاء التسجيل الذي اسند إليها.³

¹ - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص46.

² - أنور طلبية، المرجع السابق، ص09.

³ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص132.

ب- الصورية النسبية:

و تتمثل في إخفاء حقيقة التصرف في صورة تصرف آخر، أي أن العقد الظاهر يستتر عقدا خفيا مغايرا له سواء في النوع أو الشروط أو الأركان أو في شخصية أطرافه¹. وعليه إن كانت الصورية المطلقة ترد على كيان العقد فتصور أن العقد قد نشأ في حين أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة، فإن الصورية النسبية ترد على نوع العقد أو على شرط منه أو على أحد المتعاقدين، فالعقد في الصورية النسبية موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاء المتعاقدان و أحلا محله حكما صوريا². و على هذا النحو فالصورية النسبية أقسام³:

1- الصورية بطريق التستر:

إن انصرفت الصورية إلى نوع العقد كانت صورية بطريق التستر فيوجد عقدان، عقد سائر و عقد مستور، ومثال ذلك أن يرغب شخص في أن يهب أمواله إلى الغير و ليستر هذا التصرف فانه يصوغه في شكل عقد بيع حتى يتفادى الرسمية التي تتطلبها الهبة في العقار مثلا و لا تتطلبها في البيع.

و نشير هنا إلى أن داغوا حاول أن يلحق الصورية النسبية بطريق التستر التي تتناول نوع العقد بالصورية الكلية (المطلقة) فليس ثمة فرق بين هبة تخفي وراءها عقد بيع نظم ظاهرا بشكل هبة لحرمان الشفيع من اخذ المبيع بالشفعة و بين هبة وهمية أجريت بقصد حرمان الدائنين من التنفيذ على الأموال موضوعها. و بعد أن لاحظ صعوبة التسليم بما يقوله لهذه الجهة استدرك قائلا نكون إزاء تصرفين قانونيين أحدهما ظاهر و الآخر مستور، فالبيع المستور بهبة نظمت لحرمان الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة هو تصرف قانوني وراءه تصرف قانوني، والهبة المنظمة لحرمان الدائن من التنفيذ على الأموال الموهوبة لم تنطو على تعديل حقيقي و فعلي لذمة البائع الواهب طالما انه ليس في الأمر هبة أو بيع ولم تنتقل الملكية للموهوب له المشتري، و ليس وراء مثل هذه الهبة إلا العدم⁴.

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص161.

² -أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، المرجع السابق، ص13.

³ -جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص47.

⁴ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص138.

و يقول الأستاذ نجار انه لا يوجد نوعان من الصورية، بل الصورية واحدة ذات درجات تحددها مصلحة منشئها و ما يعتمد من وسائل¹.

هذا و يبين القرار التمييزي التالي شيئا من الحرج الذي يعانيه المتقاضون و المحاكم من جراء ستر الهبة و الإدلاء الخاطئ بالصورية المطلقة بنصه " حيث عندما تدلي جهة المدعية المستأنفة في ضوء الوقائع التي تذكرها بان العقد صيغ بصيغة البيع صوريا و ذلك بقصد حرمانها من حصتها الارثية فإنها تكون قد أدلت بالصورية النسبية لا المطلقة مادامت قد عينت غاية العقد الصوري بأنه قصد من ورائه إعطاءه مفعولا و ذلك عن طريق تبرع الأب لابنه بالعقارات لكي تبقي على ملكية الأب حتى إذا مات آلت للورثة ومنهم المدعين، وانه يتعين على المحكمة وصف العقود في ضوء أقوال الطرفين و بالاستناد للوقائع المدلى بها و لو خالفت الوصف المعطى لها لان الوصف أمر قانوني"².

2- الصورية بطريق التسخير:

ترد الصورية على أحد المتعاقدين فتكون صورية بطريق التسخير³, كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه في الحقيقة لحساب شخص آخر, فيكون اسم الشخص الظاهر في العقد اسما مستعارا, مثال ذلك شراء القاضي مستترا بشخص آخر أموالا يكون ممنوعا من شرائها⁴ و قد نظمت المادة 402 من القانون المدني الجزائري بنصها "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين, ولا للمحامين و لا للموثقين ولا لكتاب الضبط, أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه..."⁵.

كذلك أن يخشى الأب من أن يهب أموالا لأولاده حتى لا يبطل دائنوه هذه الهبة فيلجأ إلى تسخير شخص يعطيه أو يهبه هذه الأموال "خفية" ثم يهب هذا الشخص ذات الأموال إلى الأولاد فهذا الشخص لا يكون واهبا حقيقيا و إنما صوريا, فإن تمكن الدائنون من إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات رجع التصرف إلى الواهب الحقيقي و هو الوالد وأمكن الطعن عليه بالدعوى البولصية أو خضع للبطلان الوجوبي إن كان داخلا في فترة الريبة إن كان المدين تاجرا أشهر إفلاسه .

¹ - سامي عبد الله, المرجع السابق, ص 139.

² - نفس المرجع, ص 139.

³ - أنور طلبية, المرجع السابق, ص 13.

⁴ - جميلة دوار, أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري, المرجع السابق, ص 47.

⁵ - القانون المدني الجزائري

وتختلف الصورية بطريق التسخير عن التعاقد بطريق التسخير ففي الأولي يتعاقد الشخص مع الغير علي نحو ما تقدم أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر يتعاقد مع الغير ثم ينتقل اثر تصرفه إلي الأصل وكأن المسخر اقتصر عمله علي إعاره اسمه للأصيل¹.

3 الصورية بطريق المضادة:

قد تتناول الصورية شرطا من شروط العقد أو ركنا من أركانه أي أن الصورية هنا لا تقع علي وجود التصرف بل تقتصر علي احد عناصره فقد يلجا المتعاقدان إلي ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي فيعقد البيع تهريا من رسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة².

وقد يذكر في عقد التأمين أو الرهن أن معدل الفائدة هو أربعة في المائة في حين أن الواقع هو اثني عشر في المائة تهريا من دفع الضريبة الكاملة وقد يعمد المؤجر إلي ذكر بدل الإيجار يفوق البدل الحقيقي وذلك تلافيا لأية مطالبة بتخفيض البدل كما أن طرفي الإيجار قد يذكران في العقد أن الإجارة صيفية مع أن الإجارة عقدت سنوية في الأصل خلافا لما ورد في العقد الخطي من أنها صيفية فيكون ما ورد في العقد لهذه الجهة اتفاقا صوريا علي التملص من أحكام التجديد الإلزامية³.

الفرع الثالث: بواعث الصورية في التصرفات العقارية

يوجد عدة أهداف للصورية في التصرفات العقارية فمنها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع وهنا لا يتعلق الأمر بالأشخاص وإنما يتعلق بالبائع أو الغرض من الصورية ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يشتري أرضا من آخر لكنه اعتقد لظروف خاصة أن البائع سوف يرفع الثمن عليه إذا ظهر بنفسه في العقد فقام بالاتفاق مع شخص آخر ليشتري له هذه الأرض ثم يردها إليه فهذا يكون الباعث على الصورية شريفا مشروعا في حين أن الباعث

¹ -أنور طلبة، المرجع السابق، ص14.

² -جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص47.

³ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص134.

غير المشروع يكون مجاله الغش نحو القانون أو التحايل علي أحكامه الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو الخزينة.

إن الفقهاء قسموا أهداف الصورية إلي أهداف مشروعة وأخري غير مشروعة بناء علي السبب الباعث و المقصود بالباعث في التعاقد هو السبب غير المباشر المقصود منه، أو الدافع إلي التعاقد، ويشترط فيه أن يكون موجودا صحيحا منتجا لأثاره لأنه يعتبر ركنا من أركان التعاقد ويفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من السبب وهي

١- **السبب المنشئ:** هو الذي أدى إلي نشوء الالتزام أي مصدر الالتزام، وهو العقد، والتصرف الانفرادي، والفعل الضار، والفعل النافع، والقانون، وهذا النوع لا علاقة له بالموضوع.

ب - **السبب القصدي :** هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد به الملتزم الوصول إليه، وهو يقدر بمعيار موضوعي وهو دائما مشروع وهو لا يتغير من عقد لآخر، بمعنى أن كل طائفة معينة من العقود لها سبب تقوم عليه مثلا في عقد البيع يكون التزام البائع تسليم المبيع والتزام المشتري دفع الثمن المتفق عليه¹.

ج - **السبب الدافع :** هو سبب ينظر فيه إلى الحق نفسه فقد يكون مشروعا وقد يكون غير مشروع وهو متغير ويختلف من عقد لآخر، ومثال ذلك أن يستأجر شخص بيتا للسكن، فإن السبب الدافع مشروع ولكن قد يستأجره آخر لعملية تزيف العملة أو لعب القمار فيكون السبب الدافع غير مشروع .

وهذا النوع هو الذي يركز عليه القضاء والفقهاء من اجل معرفة الهدف² .

وبناء على ما تقدم سوف نضرب عدة أمثلة على الصورية المشروعة و أخرى عن الصورية الغير المشروعة وهذا علي النحو التالي:

¹ - عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص90.

² - نفس المرجع، ص90.

أولا : البواعث المشروعة للصورية في التصرفات العقارية

أ - شخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشيء زائد من ماله لما يراه من جد واجتهاد في تكوين ثروته فيجري له هبة في صورة عقد بيع حتى لا يثير البغضاء و الشحناء بين أفراد الأسرة الواحدة .

ب - شخص يريد أن يشتري عقارا من آخر ولكنه خشي لظروف خاصة أن يعتمد البائع علي رفع السعر إن ظهر بنفسه في العقد فيلجاء إلى استعارة اسم آخر يكلفه بالشراء, فيقوم الشخص المستعار بشراء العقار ثم يعتمد إلى نقل الملكية إلى الراغب الحقيقي في الشراء.

ج - شخص يريد أن يبيع منزله إلى شخص آخر ولكنه أراد ألا يعرف الغير أنه باع منزله إلى ذلك الشخص, فيلجاء إلى آخر وسيط يبيعه المنزل سوريا و يأخذ عليه ورقة الضد تقيد صورية البيع وتوضح صفته بأنه مكلف ببيعه لذلك الشخص.

د - شخص يريد أن يميز أحد أبنائه بإعطائه هبة في حدود النصاب الجائز التصرف فيه بالهبة مدفوعا نحوه بعاطفة شريفة ولكنه يخشي أن يثير ذلك الحقد و الحسد بين أفراد أسرته فيعتمد إلى بيع المال لصديق وسيط يبيعا سوريا تم يؤخذ عليه ورقة الضد بان البيع صوري وان الصديق لم يكن إلا وسيطا كمكف بتوصيل هذا المال إلى ابنه بطريق الهبة¹.

هذا كل ما أبداه المؤلفون القائلون بأن الصورية يمكن أن تكون لها في بعض الأحيان بواعث مشروعة، لكن لنتوقف قليلا عند هذه الأمثلة لنتبين مدى صحتها².

فالأب الذي يود أن يؤثر أحد أبنائه بهبة يستحقها فما عليه إلا أن ينظمها وينفذها في شكل واضح ومكشوف فذلك أقل مدعاة للحقد والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة الذين قلما تخفى عليهم خافية في شؤون المنزل العائلي ، والملاحظ أن الهبات الصورية [الصورية

¹ - سامي عبد الله, المرجع السابق, ص 200 - 201.

² - نفس المرجع, ص 201.

النسبية بطريق التستر أو بطريق التسخير [كانت أكبر من سواها موضوع الطعن أمام القضاء ، والملاحظ أن إجراء الهبات تحت ستار عقد ذي عوض هو الذي يصعد الخلافات أكثر من الهبة ذاتها ، لأنه بالقدر الذي يشعر فيه الموهوب له بأن الهبة أصبحت بعيدة عن الطعن نظرا لتنظيمها بصيغة عقد ذي عوض يذكر فيه أن الثمن قد دفع وهو مسجل في الدوائر العقارية أو في سائر الدوائر الرسمية ، نجد أن سائر أفراد الأسرة مقتنعين جزما بالقدر ذاته وبل أكثر منه بأن البيع يخفي الهبة ، وأنها أجريت بصيغة البيع إلا لمزيد من الغبن يلحق بهم وبغية ثنيهم عن اللجوء إلى القضاء للطعن بالهبة المستورة¹.

ثانيا : البواعث غير المشروعة للصورية في التصرفات العقارية :

يتفق غالبية الفقه على أن معظم بواعث الصورية غير مشروعة، وذلك لأنها تمثل التهرب من أحكام القانون [الغش نحو القانون] أو الإضرار بحقوق الغير أو الإضرار نحو الخزينة العامة، ومن بين الأمثلة:

أ- مؤجر يود استرداد المأجور ولا تتوفر فيه الشروط القانونية اللازمة لذلك فينقل ملكية المأجور سوريا لأحد أفراد أسرته أو لأحد أصدقائه الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة لذلك².

ب- لحرمان الشفيع من حق اكتساب العقار بالشفعة ينظم عقد البيع بصيغة عقد آخر يستعصي بطبيعته على نظام الشفعة كالهبة مثلا وإن نظم بصيغة البيع يذكر فيه ثمن مرتفع بغية تعجيز الشفيع وتنفيره من الشفعة ، وقد يعمد الفرقاء إلى إتباع طرق ملتوية أخرى لحرمان الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة ضمن المهلة المحددة قانونا³.

¹ - نفس المرجع، ص 201.

² - نفس المرجع، ص 201، ص 207 .

³ - نفس المرجع، ص 201، ص 207 .

ج- لحرمان الخزينة من استيفاء حقوقها كاملة كثيرا ما تنظم الهبات والعطايا تحت ستار عقد ذي عوض كالبيع مثلا، وما له من تأثير وخسارة تلحق بالخزينة سنويا.

وفي الحالة التي يكون فيها العقد جديا أو حقيقيا وليس ثمة صاحب حق الشفعة يمكن أن يعمد الفريقان إلى ذكر ثمن المبيع بشكل متدن لتوفير الرسوم وذلك بعد أن يكون البائع قد قبض الثمن كاملا¹.

د- قد يكون عقد البيع في صورة عقد قسمة وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم تسجيل البيع التي تفوق رسوم تسجيل القسمة.

¹ - نفس المرجع، ص201، ص 208 .

المطلب الثاني : تطور الصورية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : الصورية في العصر الروماني

أولا : مجالاتها

كان القانون الروماني غارقا في الشكلية إلى الحد الذي لا يستطيع فيه المدين الذي أبرم عقدا استوفى الشكل المقرر له قانونا أن يتحلل من هذا العقد بدعوى إن إراداته معيبة أو أن السبب في إبرام العقد لم يتحقق ، فالشكل وحده يجعل العقد صحيحا وملزما ولقد تخفف القانون الروماني من هذا الجمود وتلك القسوة التي أدى إليها الإغراق في الشكلية في عصور تطوره وساهم في ذلك الحاكم القضائي [البريتور] بمنحه المدين الذي كانت إرادته معيبة وتعاقد بعقد شكلي دفعا يستطيع به حماية نفسه من دعوى الدائن ، كالدفع بالغش أو الدفع بالإكراه¹ ، ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأن البيع لم يكن في القديم عقدا ناقلا للملكية فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية بل التزاما بنقل حيازة المبيع للمشتري إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية² ، وبذلك ظهرت طائفة من العقود العينية وهذه العقود هي القرض ، والوديعة والرهن الحيازي، واقتضت حاجيات التجارة وتسهيل المعاملات أن يعرف القانون الروماني فيما بعد أن التراضي يكفي لانعقاد أربعة عقود هي : البيع والإيجار والوكالة والشركة، ثم ظهرت عقود يكفي فيها قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه دون الشكل وسميت بالعقود غير المسماة ، كعقد الهبة وعقد المقايضة³.

وعليه كان التصرف القانوني ينحصر في الشكل المرسوم للتصرف إذا استكمله قام نهائيا بغير الرجوع إلى الإرادة ليفتش فيها عن عيوب تؤدي إلى بطلانه ومعنى هذا أن نطاق

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري :مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 35.

² - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص 18.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري :مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة، المرجع السابق، ص 55.

أحكام التصرف هو الشكل ، كأن القانون ينتصر لعامل الاستقرار انتصارا كاملا ،
والتصرفات القانونية التي ذكرها القانون على سبيل الحصر ، والتي كانت تتم في أشكال
وأوضاع وصور و رموز خاصة حددها قانون الألواح الإثني عشر، وكانت هذه الشكليات
في أول الأمر تطابق التصرف ونية المتعاقدان ، لكن ما لبثت هذه المطابقة أن اختفت
وأصبحت الشكليات قوالب تصب فيها العقود وتصرفات لا تتفق ونية المتعاقدان وذلك
عن طريق التغيير في بعض تفصيلاتها فظهرت الصورية القانونية التي هي عمل القانون
وافتراضاته ، ولما كان التصرف القانوني مستقلا بذاته عن الإرادة ولما كان يكفي لصحة
العقود والتصرفات أن تصب في الأشكال والصور والرموز المحددة قانونا ، ولما كان
القاضي لا يهتم أن تكون الوقائع صورية أو جدية ما دامت قد وقعت في الأشكال
الرسمية، فقد كان من السهل أن تضاف على هذه العقود الصورية الجديدة قوتها الملزمة
فالإشهاد ومعناه الاكتساب أو الأخذ باليد كان أحد طرق نقل الملكية الاختيارية في
القانون المدني القديم وإجراءاته الرسمية ، حضور الطرفين وخمسة شهود وحامل الميزان
وسبائك نحاس والشيء المبيع ، ثم باختراع النقود تحول وزن النحاس وتسليمه من عملية
حقيقية إلى عملية رمزية أي أن الثمن أصبح صوريا ، ثم أصبح الإشهاد ستارا أو طريقا
غير مباشر لتصرفات قانونية عديدة ، فلم يكن المتعاقدان يقصدان عقد البيع الظاهر
الصوري بل كان يقصدان العقد المستور الخفي .

كما أن الرومان استخدموا الصورية في التصرفات العقارية كالهبات، المقايضة، الوصية ،
حقوق الارتفاق الزراعية¹.

ثم إن الصورية الرومانية لم تكن فقط صورية قانونية بفعل القانون وافتراضاته ، بل
ظهرت أيضا الصورية الإرادية الخاصة بإرادة الأفراد أنفسهم ، ثم ما لبثت أن أصبح معظم
أغراضها التحايل على القانون كإخفاء حقيقة العقد المخالف للقانون تحت ستار عقد صوري

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 14 - 15.

آخر باستعمال وسيط مسخر ، إلا أن الرومان حاربوا ذلك لأن القاعدة عندهم كانت أنه مالا يجوز فعله بطريقة مباشرة لا يجوز فعله بطريقة غير مباشرة¹.

ثانياً: آثارها

إن الطريقة التي يرى البعض أنها تقرررت لتكملة الإشهاد هي الدعوى الصورية ، التي هي تصوير لمنازعة ، أي أنها منازعة موهومة غير جدية ، فإذا كان المراد نقل ملكية مال من شخص لآخر اتفق الطرفان على رفع دعوى صورية ، يمثل المتبرع له دور المدعى ويمثل المتبرع دور المدعى عليه ، ثم يحضران أمان الحاكم القاضي فيقرر الأول أن المال مملوك له ، فلا ينازعه الطرف الآخر فيصدق الحاكم على ذلك ، وتنتقل الملكية ، للمتبرع له

كما استعملت الدعوى الصورية لتوسيع دائرة التصرفات القانونية كنقل حقوق الاتفاقات العينية والشخصية والتنازل عن حق الإرث وإحلال وريث مكان آخر².

ونشير هنا إلى أن القانون الروماني لم ينظم دعوى خاصة للطعن بالتصرفات الصورية التي يجريها المدين إقراراً لدائنه نظراً لمبدأ الشكل الكافي ، الذي هو الأصل في ذلك التشريع كما مر معنا ، ولأن الدعوى البولصية هي مصدرها ، كانت الوسيلة المعروضة للطعن في تصرفات المدين حتى ولو كانت صورية³.

¹ - نفس المرجع ، ص 16 .

² - نفس المرجع ، ص 16 .

³ - نفس المرجع ، ص 68 .

الفرع الثاني: الصورية في العصر الإسلامي

أولا : مجالاتها

لكي تكون الإرادة معتبرة ومنتجة لأثرها في الشريعة الإسلامية لابد من توافر قصد الالتزام بها، ولا يكفي مجرد النطق باللفظ دون النية أو القصد ، وبناءا على ذلك فإن التصرف المجرد عن القصد كتصرف الهزل لا يعتد به شرعا ما دامت إراداته لم تتجه إلى إحداث الأثر الشرعي ، وبهذا الصدد ذكر الأستاذ الزرقا أن الهزل يتحقق في التصرفات القولية إما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلا أني أهب أو أعير هازلا وإما بمواضعة سابقة بأن يتواضع الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه أنه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه ، ثم يعقدان متفاهمين على هذا الأساس وإما بقرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازل أو مستهزئ ، والهازل وإن كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه وهو عابث لا يريد الحكم بل يأباه ، ولذا يعتبر العقد بالهزل عقدا صوريا باطلا غير منعقد ولا يترتب عليه حكم أصلا ، فلو كان بيعا لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه المشتري لانتهاء الإرادة الحقيقية .

وأضاف الأستاذ الزرقا قائلا لباس يمكن أن تلبسه جميع العقود والتصرفات القولية فتفقد اعتبارها وأحكامها إلا في ثلاث لم يقبل التشريع الإسلامي فيها صورية بل أعطى فيها التصرف القولي الظاهر نتائجه كاملة دون نظر في الإرادة الحقيقية وهذه المستثنيات هي النكاح، الطلاق، العتاق لقوله صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح الطلاق العتاق"¹ .

ونظرية الصورية في الفقه الإسلامي هي وليدة التفاعل الحي بين الأصول الشرعية والفقهية وبين واقع حال المجتمعات القديمة التي رعاها الإسلام ، وذلك أن مبدأ الرضائية

¹ - محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، الطبعة الاولى، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 23.

الذي أتى به وكرسه الشرع الإسلامي لم يسلم من التجاوز عليه من قبل الأفراد على السعي للحفاظ على حقوقهم ومصالحهم بالطريقة الملائمة ، ومن ذلك مثلاً لجوء المرء إلى شخص آخر يبيعه ماله على مرأى ومسمع من الناس مع أنه لا يبيع في الحقيقة بل صورة بيع تمكنه من إخفاء المال من بطش وتعدي السلطان الظالم أو الغاصب المتسلط ومن هنا كان بيع التلجئة أو بيع الهزل للدلالة على عدم جدية التصرف وهزله .

ثم تقهقرت الهمم وبدأ الانحراف في الأخلاق والدين واجتياح النفوس الضعيفة فتظهر بعض الأساليب والحيل الرامية إلى تسهيل الانفلات من قيود الفقه ونواحيه وتغليب ذلك بغلاف الشرعية .

وهكذا ثبت لنا أن نظرية الصورية في الفقه الإسلامي تدور بمعظمها حول مسائل التلجئة والهزل والحيل الشرعية .

كما أن الفقه الإسلامي عرف نظرية الصورية متأثرة من جهات متفرقة تتعدى مسألة الحفاظ على الضمان العام للدائنين¹ .

ومن أهم التطبيقات الخاصة للصورية في التصرفات العقارية مثل التنازل عن طلب الشفعة إذا طلب الشفيع الشفعة ثم تسلمها هازلاً واتفق أنه كان هازلاً في التسليم أو العدول عندها لم تبطل الشفعة وكذلك في الوصية لا تصح وصية الهازل وكذلك البيع ، والهبة للتهرب من دفع الزكاة² .

ثانياً : آثار الصورية في الفقه الإسلامي

طالما أن للعقد الصوري وجوداً شرعياً فهو بالتالي غير معدوم الأثر وأبرز آثاره ثلاثة :

أ- هو قابل للنقض من قبل الطرفين المتواطئين :

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 11 - 12.

² - نفس المرجع، ص 26.

- إن القبض اللاحق للعقد السوري لا ينقل الملكية من الناقل إلى المتصرف إليه ، فإذا قبض المشتري المبيع وتصرف فيه الآخر كان تصرفه باطلا ، وذلك لأن ملكه غير ثابت فلا ينفذ تصرفه وذلك أن نظرية الهزل والتلجئة قصرت على أن توفر الحماية اللازمة للمشتري من المشتري السوري في زمن كانت فيه إجراءات الشهر والإعلان غير متوافرة .

- إن العقد السوري قابل للإجازة من الطرفين وليس لواحد منهما الإنفراد بالإجازة¹.

أما الحيل التي تتناقض مقاصد الشرع هي خداع الله تعالى واستهزاء بآياته وتلاعب بأحكامه قد دل على تحريمها في الكتاب والسنة وإجماع السلف الصالح وقواعد 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 إلى دائنه ، إلا أن الدائن يصبح من الغير إذا تصرف المدين تبرعا في مرض موته فيأخذ هذا التبرع حكم الوصية ، وحق الدائن مقدم على الوصية فلا تسري الوصية في حقه فيستوفي حقه قبل تنفيذ الوصية².

أما في عصر انحطاط الدولة الإسلامية تم إجازة بعض الحيل إزاء بعض الحقوق الضعيفة كحق الشفعة الذي وصل الأمر بشأنه إلى حد إلغائه من أساسه كما هو الحال اليوم في سوريا وإلى التضيق عليه أكثر في لبنان إثر وضوح فكرة المضاربة والربح³.

الفرع الثالث : الصورية في العصر الحديث :

أولا : مجالاتها :

إن نقل الملكية لم يكن معروفا إذ كان البيع لا ينقل الملكية في القديم بل كان يولد التزاما بنقل الملكية ، فالقانون الروماني مثلا لم يجعل البيع ينقل الملكية بل الذي ينقلها وضع

¹ - نفس المرجع ، ص 29 .

² - نفس المرجع ، ص 67 .

³ - نفس المرجع ، ص 70 .

من الأوضاع المادية المعروفة في ذلك القانون كالإشهاد، التنازل القضائي، القبض، فكان عقد البيع يقتضي آنذاك على نقل الحياة الهادئة للمشتري وعلى البائع ضمان التعرض، والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية، لأن حق التملك هو مقصور على المواطن الروماني فقط، ولكن ضروريات التعامل مع غير المواطنين الرومان أوجبت التوفيق بين هذه الضروريات والقواعد القانونية¹.

ولقد سلك المشرع الفرنسي نفس النهج القانوني الروماني إذ كان البيع لا ينقل الملكية بمقتضاه ولا يرتب التزاما بنقلها إلا بالقيام بإجراء شكلي سائد هو القبض².

إن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينقل الملكية بحكم العقد، والتسليم هو الذي كان ينقلها، ثم ألف الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم، فتنقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد، ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع، ولو لم يتم التسليم بالفعل، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري³.

ولقد أضحى الإجراء المتعلق بالقبض صوريا ألفه الناس واكتفوا بالإشارة في بيوعهم على أن القبض قد تم دون أن يتم فعلا ذلك، حتى تنتقل الملكية لذا جاء في المادة 1582 متأثرة بالقانون المدني القديم وتنص على مايلي " البيع هو اتفاق بموجبه يلزم أحد المتعاقدين تسليم المبيع ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع الثمن⁴."

لكن المادة 1583 جاءت قاطعة الدلالة على أن عقد البيع بذاته يعتبر ناقلا للملكية إذ نصت " الملكية تنتقل إلى المشتري من اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على الشيء والثمن ولولم يسلم الشيء أو يدفع الثمن " .

¹ - زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2000، ص 101 .

² - نفس المرجع، ص 102.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع والمقايضة، جزء 4، دون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 79-80.

⁴ - زاهية سي يوسف، المرجع السابق ص 102

أما في ظل القانون المدني الجزائري والمصري فالبيع ينقل الملكية بمجرد عقد البيع إذا اقتصر على المبيع المعين بالذات أو المبيع المعين بالنوع أو على بيع العقار فهنا لا تنتقل الملكية فوراً بمجرد العقد بل ينشئ العقد التزاماً على البائع بنقل الملكية¹.

أما نقل الملكية في العقار فلا تتعدى إلا إذا استوفى ركن الشكلية كركن رابع بالإضافة إلى الأركان الثلاثة الرضا، المحل والسبب، لذلك فهو عقد شكلي أي عقد رسمي وهذه الشكلية تتمثل في التوثيق، إذ يجب أن يحرر في وثيقة رسمية من طرف محرر العقود الموثق، إذا استوفى هذه الأركان كان البيع صحيحاً وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا ببطلان ونقض القرار الصادر عن قضاة الموضوع الذين قضوا بصحة البيع العرفي بين طرفي الخصومة والتزام الطاعن أي البائع بالإجراءات القانونية لنقل الملكية².

وحتى وإن انعقد العقد صحيحاً فإن نقل الملكية لا يتم إلا بإجراء التسجيل لدى مصلحة السجل العقاري أي شهره في مجموعات البطاقات العقارية لكي يرتب أثره العيني وهو نقل الملكية³.

وهذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية"⁴.

وعليه حتى تنتقل الملكية في العقار استلزم المشرع :

أ- التوثيق : كشرط لانعقاد في البيع ففي المادة 12 من الأمر 91/70 التي تنص على "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن

¹ - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 103-104

² - قرار المحكمة العليا للغرفة العقارية 31 ماي 2005، المجلة القضائية، ج3، ص 261.

³ - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 116

⁴ الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

نقل الملكية العقارية أو حقوق عقارية تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق¹ .

وكذلك المادة 324 مكرر 1 التي تنص " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد²

ب- التسجيل كشرط ناقل للملكية : وقد استعمل المشرع مصطلح التسجيل والقيّد عن معنى واحد يكمن في الإشهار العقاري .

والتسجيل في المحافظة العقارية يختلف عن التسجيل لمصلحة التسجيل والطابع ، فهذا الأخير يهدف إلى تحصيل موارد مالية بنسبة معينة يحددها المشرع الجبائي لفائدة الخزينة العمومية ، وهو لا يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة ولا يعتبر إشهارا للحق الذي يحمله السند .

أما التسجيل والقيّد في المحافظة العقارية فهما إجراءات يتضمنان إشهار السند بإدارة الشهر العقاري إلا أن بينهما اختلاف يكمن أن التسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أما القيد فيكون بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية³ .

وعليه يلعب التسجيل خاصة تسجيل العقارات لدى مفتشية التسجيل والطابع أهمية صريحة تتمثل في :

1-الأهمية الجبائية لتسجيل التصرفات الواردة على عقار: حيث يتم التسجيل مقابل اقتطاع الحقوق وهذه الحقوق تشكل ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يود استعمال

¹ الأمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون التوثيق.

² م 324 ، مكرر ، القانون المدني الجزائري ، 07 ، 05

³ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008 ، ص 30 - 31.

الخدمات الخاضعة للضريبة فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني فتأتي هذه الضريبة بأهداف في مقدمتها الهدف التمويلي باعتباره مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة وهدف مالي تسعى للدولة من خلاله إلى تمويل الخزينة العمومية حيث تستطيع مواجهة نفقاتها المحددة من أجل تسيير المرافق العامة¹.

2-الأهمية القانونية : حيث يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية هو يتوسط مرحلة التوثيق والإشهار العقاري².

من خلال ما تقدم فإن مجال الصورية في التصرفات العقارية في العصر الحديث قد اتسع ليشمل كافة التصرفات الواردة على عقار ، مثل البيع العقاري حيث يلجأ المتعاقدان إلى التصريح بثمن أقل وذلك للتهرب الضريبي أو ستره بعقد هبة ، وكذلك قد يعتمد المتعاقدان إلى رفع الثمن وذلك لحرمان الشفيع من ممارسة الحق في الشفعة وغيره من التصرفات كما سنراه لاحقا .

ثانيا : آثار صورية التصرفات العقارية في العصر الحديث :

من مقتضى نظام التسجيل الشخصي [الشهر الشخصي] الذي اعتمد في فرنسا بموجب قانون 23 مارس 1855 أن الملكية وسائر الحقوق العينية العقارية تنتقل بين الأطراف أنفسهم بمفعول العقود العادلة وبالتاريخ الذي نظمت فيه هذه العقود ، أما بالنسبة للغير فإنها لا تعتبر نافذة إلا من تاريخ تسجيلها في الدوائر الرسمية أي أن هذا النظام هو نظام إشهار وليس من شأنه تطهير الحقوق من العيوب التي قد تشوبها³ ، وهذا يعني أن حجية هذا الشهر ليست إلا قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، وهذا يعني أن التصرف الذي بني عليه الشهر يمكن الطعن فيه بسبب عيب في الشكل أو الجوهر .

¹ - دوة آسيا رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 28-29.

² - نفس المرجع ، ص 31 .

³ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 333.

بحيث إذا ثبت للمحكمة بأن الطعن يستند إلى سبب مقبول وقررت الأخذ به فإن ذلك يؤدي إلى شطب أو محو الشهر أو إزالة جميع آثاره بين المتعاقدين .

ويترتب على ما تقدم أن قيمة الشهر ترتبط ارتباطا وثيقا بقيمة التصرف الذي قام عليه التصرف وتتبعه في الصحة والبطالان ، أي أن حجية الشهر تكون بقدر حجية التصرف فإذا كان التصرف صحيحا فيكون للشهر حجية مطلقة ما دام لم يمكن إهداره ، أما إذا كان التصرف باطلا أو قابلا للإبطال فإنه يظل كذلك رغم شهره وإذا حكم ببطلانه زالت كل الحقوق التي ترتبت عنه ¹.

أما في نظام الشهر العيني وتحقيقا لمبدأ مشروعية الإشهار العقاري ، يناط بالمحافظ العقاري دور إيجابي مهم ومتميز ، حيث أوجب عليه المشرع التدخل من أجل مراقبة مدى استيفاء المحررات المراد شهرها على مستواه على شروطها من جانبها الشكلي والموضوعي كما تشير المادة 105 من القانون 63/ 76 " يتحقق المحافظ العقاري بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالفا للنظام العام بكل وضوح " ².

غير أن العمل بهذه المادة لا يعني فيها أن المحافظ العقاري له الحق في أن يمس أصل السند وتعديله وإنما كل ما في الأمر إذا ثبت له وجود نقص في إحدى البيانات الواردة بالمادة 660 من المرسوم 63/76 أو أن محتوى التصرف يחדش الحياء العام ويمس النظام العام أن يرفض إجراء الإشهار العقاري لا أكثر ، ولا تعتبر إدارة الشهر العقاري سلطة عليا لمناقشة صحة المستندات العقارية التي تقدم إليها عند بحث صحة الملكية وليس لها أن تهدر هذه المستندات التي قد حازت حجية قاطعة بما ورد فيه ³.

¹ - محمدي سليمان. محاضرات في عقد البيع ، ص 71

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 25

³ - نفس المرجع ، ص 26 .

ومن بين هذه المستندات التي تكتسي الحجية القاطعة الأحكام النهائية المنشئة أو المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية ، فهذه السندات لا يمكن للمحافظ العقاري إهدار محتواها بتعديلها أو التشكيك فيها أو مراقبة مدى تطابق منطوقها بالواقع¹.

وعليه يحق لكل شخص تضرر من التصرف السوري رفع الدعوى السورية ، وهي دعوى تنصرف إلى تقرير صورية العقد المطعون عليه باعتباره يخالف حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان ، لذلك يجب أن تنحصر طلبات المدعي المتعلقة بالطعن في العقد بتقدير صوريته وبعد ذلك يحق له أن يضيف طلبات أخرى كتنشيت ملكيته لفض النزاع عندما يكون مشت ريا سجل عقده بعد تسجيل التصرف السوري ، وقد يكون وارثا يطعن في العقد الصادر عن مورثه بالصورية باعتباره يخفي وصية وحينئذ له أن يضيف طلب تنشيت ملكيته بما يتجاوز ثلث التركة²

¹ - نفس المرجع ,ص 26 .

² -أنور طلبة,الصورية و أوراق الضد,المرجع السابق,ص104 .

المبحث الثاني: مجالات الصورية في التصرفات العقارية :

إن التصرفات العقارية التي يمكن أن تكون مجالا للصورية عديدة و متنوعة, فيمكن أن تكون تصرفات بإرادة منفردة , كما يمكن أيضا أن تكون في التصرفات بالإرادتين .

المطلب الأول : مجالات الصورية في التصرفات بالإرادة المنفردة

الفرع الأول : الصورية في الشفعة

أولاً: التعريف بالشفعة :

عرفت المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بقولها " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها....."¹.

يستفاد من صريح النص أن الشفعة رخصة وليست حقا، وهي سبب من أسباب كسب الملكية ولا تكون إلا في العقار.

والشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ بالشفعة ومشفوعا منه ، وهو المشتري الذي يجعل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع منه ².

والشفعة لا تتحقق إلا بالشروط الآتية:

- بيع عقار مملوك بعقد معاوضة

- ثبوت صفة الشفيع

¹ - القانون المدني الجزائري

² - محمد تقيّة المرجع السابق ، ص 110

- إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، بعقد رسمي وفي أجل محدود ¹.

أ-ثبوت حق الشفيع :

نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري " يثبت حق الشفعة مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة

- للشريك في الشيوع إذ بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " ².

ب- إعلان الشفيع رغبته في الشفعة :

نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ³، ويستفاد من هذا النص أنه تتبع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم التراضي الإجراءات التالية :

- الإنذار الرسمي بوقوع البيع

-إبداء الشفيع رغبة في الأخذ بالشفعة

- ميعاد الإعلان عن الأخذ بالشفعة

-تسجيل الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة . ⁴

¹ - نفس المرجع، ص 110.

² - القانون المدني الجزائري

³ - القانون المدني الجزائري

⁴ - محمد تقيّة ، المرجع السابق، ص 111.

ج- طبيعة إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة :

يتضح مما تقدم أن الشفيع إما يكون مالكا للعقار وبيع حق الانتفاع للرقبة أو شريكا على الشيوع في عقار بيع جزء منه لأجنبي ، أو صاحب حق انتفاع في عقار بيع كله أو بعضه ، فإذا ما ثبتت إحدى هذه الصفات للشفيع وبيعت حصة شائعة في العقار أو في حق الانتفاع المناسب للعقار تهيأ له كما يقول الدكتور السنهوري بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة ، وثبتت له ، رخصة تخول له الحق في أن يمتلك العقار المتفرغ فيه بإرادته المنفردة ، وذلك لأن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذه الرغبة هي الإرادة المنفردة الصادرة من جانب واحد ، فبإعلانها يمتلك الشفيع العقار المشفوع منه ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته وذلك عن طريق حله محل المشتري¹.

ثانيا : تأثر حق الشفيع وبنوع الصورية

أ-الشفعة في الدفع بالصورية للبيع الثاني :

الصورية النسبية لا تتناول وجود العقد ذاته إنما ركنا أو شرطا فيه ، لذلك فإن العقد يكون موجودا ومنتجا لآثاره رغم الطعن فيه بالصورية النسبية وغالبا ما تمتد هذه الصورية إلى ركن الثمن في البيع الأخير في مجال الشفعة ، فيثبت المتعاقدات ثمنا أكبر من الثمن الذي تم به البيع للحيلولة بين الشفيع ، وطالب الشفعة ، ذلك لأن الشفيع يلتزم بأن يشفع في البيع الأخير في مواعيد هذا البيع وشروطه ومنها الثمن ، كما يلزم بأنه يوجه طلباته إلى أطراف هذا البيع دون أطراف البيوع السابقة ، فإن كان لم يرفع الدعوى بعد ثم علم بأن

¹ - نفس المرجع، ص111

المشتري الأول باع العين لمشتري ثان تعين عليه أن يوجه إعلان الرغبة في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري في البيع الأخير¹ .

أما إذا كان قد أقام دعواه ، ثم علم بأن المشتري الأول تصرف لمشتري ثان تصرفا جديا ولكنه مشوب بالصورية النسبية التي تتناول ركن الثمن بزيادة عن قيمة المبيع وجب على الشفيع ترك دعواه التي رفعها عن البيع الأول ويبدأ في اتخاذ إجراءات جديدة تتعلق بالبيع الثاني ملتزما مواعيده وشروطه ، وطالما أن الصورية النسبية تعلقت بالثمن فيجوز للشفيع إيداع الثمن الذي علم أن البيع قد تم به ، وحينئذ يجب عليه لقبول دعواه أن يثبت أن هذا الثمن هو الثمن الحقيقي الذي تم البيع به ، فإن عجز على هذا الإثبات قضى بعدم قبول دعواه لعدم إيداع الثمن كاملا² .

وإذا رغب الشفيع في التمسك بالصورية النسبية فيما يتعلق بتاريخ البيع الثاني وبأنه أثبت على نحو يكون التصرف وفقا له سابقا على إعلان الرغبة أو تسجيل هذا الإعلان فإن مصير دعواه يتوقف على إثبات تلك الصورية ، فإن تمكن من إثباتها طرح البيع الثاني لعدم نفاذه في حق الشفيع أما إن عجز عن هذا الإثبات قضى بعدم قبول دعواه³ .

ب- الشفعة عند الدفع بالصورية المطلقة للبيع الثاني :

لئن كانت الصورية النسبية ترد على ركن أو شرط في العقد فإن الصورية المطلقة ترد على وجود العقد ذاته، فتعدمه ويصبح العقد معها كأن لم يكن.

فإن طعن الشفيع على العقد الثاني بالصورية المطلقة وكان على يقين من إثبات طعنه فإنه يستمر في إجراءاته المتعلقة بالبيع الأول دون أن يتركها إلى إجراءات جديدة متعلقة بطلب الشفعة في البيع الثاني ، فله الاستمرار في دعواه المتعلقة بطلب الشفعة في البيع الأول ، فلا يعبأ المشتري الثاني من حيث إجراءات الشفعة وإنما تقتصر مواجهته على

¹ -أنور طلبية، المرجع السابق، ص190

² - نفس المرجع، ص190.

³ -نفس المرجع، ص 191 .

الدفع المتعلق بالصورية باعتبار المشتري الثاني هو صاحب الحق في نفي الصورية عن عقده، وهذا حق أصيل لا يجوز مصادرته أو التصدي له بعيدا عن صاحبه ، لذلك يجب على الشفيع اختصام هذا المشتري في الدعوى¹ ، وقد تكون هذه الدعوى هي دعوى الشفعة نفسها بأن يقوم الشفيع بإدخال المشتري الثاني فيها لا ليواجه إليه طلب الشفعة وإنما ليثبت في مواجهته صورية العقد الصادر له ، وفي هذا الإدخال لا يتقيد الشفيع بمواعيد معينة فتلك الحالة قاصرة على الحالة التي يكون فيها البيع الثاني جديا أو صوريا صورية نسبية ومن ثم يكون له إدخال المشتري الثاني في أي وقت يتمكن فيه هذا الأخير من نفي صورية عقده فإن نجح الشفيع في إثبات صورية العقد الثاني طرحته المحكمة وفصلت في الشفعة على أساس البيع الأول ، أما إن عجز الشفيع عن إثبات صورية البيع الثاني سقط حقه في الأخذ بالشفعة² .

ج- التصرف في العقار لمشتري ثالث :

إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة بالنسبة للبيع الأول ثم قام المشتري ببيع العقار لمشتري ثان بيعا جديا ، تعين على الشفيع ترك دعواه ، ورفع دعوى جديدة وفقا لشروط البيع الثاني وفي مواعيده ، أما إذا تمسك بصورية البيع الثاني صورية مطلقة فإنه يكون قد أنكر هذا البيع ، إذ يعتبر كأن لم يكن حتى ولو تم تسجيله أو قضي بصحته ونفاذه فيظل الشفيع مستمرا في دعواه التي رفعها عن البيع الأول وبالتالي لا يحتج بالآثار التي قد تترتب بالنسبة للبيع الثاني ومفاد ذلك أن المشتري الثاني إذ باع العقار لمشتري ثالث فإنه لايجوز لهما الاحتجاج على الشفيع بهذا البيع حتى ولو سجل ، لأن الصورية المطلقة تعدم العقد فلا يترتب آثاره ويتوقف مصير دعوى الشفعة في إثبات تلك الصورية ، فإذا تمكن الشفيع من إثباتها قضى له بالشفعة في البيع الأول ، أما إذا عجز عن هذا الإثبات قضى برفض دعواه³ .

¹ - نفس المرجع ، ص 191 .

² - نفس المرجع ، ص 192 .

³ - نفس المرجع ، ص 210 .

ثالثا :أثر الشهر و التسجيل على حق الشفيع :

في الغالب يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به ناشئا عن تصرف قانوني كعقد بيع صادر إليه وطالما أن التصرف القانوني لا ينقل أو ينشئ الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بالتسجيل في الشهر العقاري وبدون اثر رجعي فمقتضي حق الأخذ بالشفعة يوجب أن يكون التصرف القانوني الناشئ عن حق الشفعة مسجلا أي مشهرا وقت البيع المشفوع وان يكون التسجيل سابقا على هذا البيع فلا تجوز الشفعة إذا كان حق الشفيع مستندا إلى تصرف قانوني لم يتم تسجيله قبل البيع المشفوع فيه حتى ولو كان هذا التصرف ثابت التاريخ قبل البيع¹.

كما لا تجوز الشفعة حتى لو كان الشفيع قد حصل على حكم بصحة التعاقد المنشئ أو الناقل لحقه على العقار الذي يشفع به طالما أن هذا الحكم لم يتم إشهارة أو التأشير به قبل البيع المشفوع فيه.

كما أن الشفعة لا تجوز إذا كان التصرف القانوني الناشئ عنه حق الشفيع رغم تسجيله و إشهارة تصرفا صوريا أو باطلا بطلانا مطلقا لأن الملكية لا توفر للشفيع بمقتضي هذا العقد لأن العقد الباطل لا ينتج أثره فلا تنتقل الملكية بموجبه حتى لو كان مشهرا وعليه فلا يجوز له أن يطالب بالشفعة ويجوز للمشفوع منه أن يتمسك ببطلان هذا².

وقد لا ينشأ حق الشفيع عن تصرف قانوني بل ينشأ عن واقعة قانونية فتكون العبرة بوجود الواقعة القانونية المنشئة لحق الشفيع قبل البيع المشفوع وأكثر ما يتحقق ذلك نتيجة الوفاة فإذا كان الشفيع وارثا تلقى حقه على العقار الذي شفع به بالإرث نتيجة وفاة المورث وطالما أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة فينبغي لجواز أخذه بالشفعة أن تكون واقعة الوفاة محققة قبل البيع المشفوع فيه.

¹ -احمد خالدي ,الشفعة بين الشريعة الاسلامية و القانون المدني الجزائري , الطبعة الثانية ,دار هومة ,الجزائر,2008,ص76 .

² -نفس المرجع,ص77.

وأجاز بعض شراح القانون المدني الأخذ بالشفعة استنادا إلى ملكية البناء وحده دون ملكية الأرض التي تتحقق في بعض الحالات ومنها حالة بناء المشتري في الأرض المبيعة له قبل تسجيل عقد البيع فهو يمتلك البناء بواقعة البناء في الأرض بموجب تسليم البائع الأرض له وترخيصه الضمني له بالبناء فيها ويملك ما بني فتجوز شفעתه بالبناء الذي تملكه¹.

رابعا :الصورية في ثمن العقار المشفوع

وإذا اثبت الصورية في الثمن فيحكم له بالثمن الحقيقي فقط ويسترد المبلغ الزائد ويبدأ سريان ميعاد إيداع الثمن من تاريخ إعلان البائع و المشتري بالرغبة في الشفعة فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ الإعلان الأخير.

ويري بعض الفقهاء بأن قيمة دعوى الشفعة أو قيمة النزاع تتحدد انطلاقا من الثمن الحقيقي المحصل وهو الثمن المذكور في عقد البيع المشفوع منه إلى أن يقوم الدليل علي العكس, وقد تقرر لديهم بأن دعوى الشفعة ليست دعوى ملكية أو كما يعبر عنها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 802 من القانون المدني الجزائري بقوله {الدعوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية }

فيرى هذا الفقه أن دعوى الشفعة تدخل ضمن الدعاوى الشخصية العقارية².

¹ -نفس المرجع,ص78.

² - احمد دغيش , حق الشفعة في التشريع الجزائري, دون طبعة, دار هومة, الجزائر, 2011, ص 398 .

الفرع الثاني : الصورية في الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد .

أولاً: مفهوم الوعد بالبيع العقاري :

يعتبر الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد الصورة الشائعة للعقود التمهيدية التي تسبق عادة إبرام عقد البيع في المستقبل، وذلك لما يمثله من فائدة كبيرة في مجال التصرفات العقارية التي تنسم بالخصوصية والتعقيد في كثير من الأحيان.¹

لم يضع المشرع حكماً خاصاً بالوعد بالبيع العقاري وفي هذا الشأن يرجع إلى القواعد العامة إذ تنص المادة 2/71 من القانون المدني الجزائري " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها .

إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

يتبين من النص أن الوعد بالبيع ليس مجرد إيجاب ، لأنه أقوى منه ، كما أنه ليس دعوة إلى التفاوض ، فالوعد بالبيع عقد تام يتلاقى فيه إيجاب وقبول متطابقين إلا أن الوعد بالبيع ليس هو العقد المقصود بذاته ، وإنما هو تمهيد للعقد المقصود وهو البيع النهائي .

ويعرف الوعد بالبيع بأنه وعد من طرف أحد أطراف المتعاقدين [الواعد] ببيع شيء معين بثمن محدد ، إذا ما أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء خلال مدة معينة².

أما الوعد بالبيع العقاري، فإنه، يمكن تعريفه بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخص هو الواعد، بأن يبيع عقاره إلى شخص آخر ، هو الموعود له، إذا رغب في شرائه خلال مدة معينة³ ،

¹ - Jérôme Huet, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 4eme édition L.G.D.J, 1994, p : 120

² - محمدي سليمان ,محاضرات في عقد البيع ، ص 11

³ - فراس عدي، عقد البيع العقاري ، <http://www.zalkhani.org/forms/articles/1180504957.doc>

وصورته كالوعد بالبيع مثلا فقد يلزم الواعد ببيع شيء إذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء في مدة معينة وقد يرغب المستأجر مثلا في شراء المنزل الذي يسكنه دون أن يكون له المبلغ الكافي لدفع الثمن فيحصل من المالك على وعد بيع العين له في مدة معينة غالبا هي مدة الإيجار نفسه على أن يدفع الثمن المتفق عليه وقت إبداء رغبته في الشراء¹.

ومن خلال هذا المثال أن الوعد كله من جانب واحد بإرادة منفردة ، لأن الوعد بها لا يلزم إلا أحد الطرفين فقط دون الآخر وهو هنا المواعد وحده الذي يترتب في ذمته التزام شخصي بأن يفي بوعدده عند ظهور رغبة الموعد له²

ثانيا :الغبن في الوعد بالبيع العقاري :

إذا انعقد الوعد ببيع العقار صحيحا بين الواعد والموعد له ويظهر بعد انعقاده أن العقار فيما لو تم بيعه بذلك السعر فإنه سيشكل غبنا يزيد عن الخمس، ففي هذه الحالة لا يحق للواعد أن يطلب تكملة الثمن كما هو الحال في عقد البيع، وذلك لأن هذا العقد لم ينعقد بعد.

فالواعد يبقى ملتزما طيلة فترة الوعد بالشروط التي اتفق عليها، وعقد الوعد بالبيع العقاري يكون صحيحا منتجا لكل آثاره. ولكن يمكن للواعد الذي سيصبح بائعا في المستقبل أن يطلب تكملة الثمن لغبن لحقه وذلك عندما يتحقق البيع النهائي بينه وبين الموعد له إذا أبدى هذا الأخير رغبته في شراء العقار الموعد به في المدة المحددة، واستوفى عقد

البيع جميع الشروط التي يتطلبها القانون. فتقدير ما إذا كان هناك غبن أم لا يكون بحسب

قيمة العقار وقت تحقيق البيع لا وقت الوعد به³.

¹ - محمد تقيّة , المرجع السابق, ص 170 .

² - نفس المرجع, ص 170.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص398.

وهو ما أكدته المادة 358 من القانون المدني الجزائري : "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع."

الفرع الثالث : الصورية في الوصية وتصرفات المورث :

أولا : الصورية في الوصية :

نص قانون الأسرة الجزائري بأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع¹ وتكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة² ويشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسعة عشر سنة على الأقل³.

وعليه إن التصرف بالوصية ينشأ بإرادة منفردة ولا يحتاج إلى القبول إلا بعد الوفاة وهو شرط لثبوت الملكية بعد الوفاة ولا يعتبر شرطا لصحة الوصية ، فالموصي يلتزم بإخراج جزء من ماله بعد وفاته وهو يلتزم بإرادة منفردة وحدها ، ولا حاجة لإرادة القابل إلا حين تنفيذ الالتزام وهذا ما يتفق تماما مع قواعد التصرف بالإرادة المنفردة التي لا تحتاج إلى تعيين الدائن إلا حين التنفيذ⁴ .

وجاء في نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 918 من القانون المدني المصري " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحياسة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة اعتبر التصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك " ⁵

¹ المادة 184 قانون الأسرة الجزائري

² المادة 185 قانون الأسرة الجزائري

³ المادة 186 قانون الأسرة الجزائري

⁴ محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص 86

⁵ القانون المدني الجزائري .

ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية "من المقرر قانونا انه يعتبر وصية و تجري عليها أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبب وفاة أحد الممتلكين الأب أو البنت فإن قضاة الموضوع بتعيينهم لموثق لتحرير الفريضة وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

كما قضت "من المقرر قانونا انه يعتبر التصرف وصية تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدى الحياة ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن المقرر أيضا انه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"².

وكثيرا ما يلجأ المورث وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه إلى وصية يسترها في شكل تصرف آخر كبيع أو هبة ويحتفظ في هذا التصرف بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها ، إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين وإما عن طريق الإيجار مدى الحياة أو عن طريق آخر وتسمى الوصية الصادرة للوارث باسم آخر³.

¹ المجلة القضائية 2~1993 ملف 74249 بتاريخ 1991/ 05/ 28
² - المجلة القضائية 3~1992 ملف 59240 بتاريخ 1990/ 03/ 05
³ -أنور طلبه، المرجع السابق، ص 218 .

- الوصية السافرة والوصية المستورة:

لقد تضمنت المادة 917 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 777 من القانون المدني الجزائري قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن المورث إذا تصرف في عقار أو منقول واحتفظ لنفسه بحيازته لحساب نفسه وبالحق في الانتفاع وسرت عليه أحكام الوصية فلا ينفذ فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة سواء كان التصرف لوارث أو لغير وارث¹.

قرينة المادة 777 بستر التصرف لوصية :

من خلال المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري فالوصية تملك مضاف إلى ما بعد إلى ما بعد الموت بطريق التبعر².

وبالتالي فإن التزام الموصي غير منجز ، مما يحول دون الموصي له و طلب تنفيذ هذا الالتزام في حياة الموصي وإلا كان مصير هذا الطلب الرفض حتى ولو كان هذا الشيء الموصى به عقارا وتم شهر الوصية لأن انتقال الملكية بموجب الوصية مضاف إلى ما بعد موت الموصي حصرا على وصية ، فلا يحول شهرها دون الرجوع فيها ، إذ تظل رغم الشهر غير لازمة ما دام الموصى على قيد الحياة ، فتكون له الحيازة والانتفاع بالشيء الموصى به مدى الحياة.

وعلى هذا يعتبر التصرف حسب نص المادة 777 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 917 من القانون المدني المصري صحيحا مرتبا لآثاره القانونية إلى أن يقوم الدليل على أن المتصرف احتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته وحينئذ يرد التصرف إلى حقيقته ويخضع لأحكام الوصية كما لو كانت وصية سافرة³.

¹ - نفس المرجع، ص 219.

² - قانون الأسرة الجزائري .

³ - أنور طلبية المرجع السابق ، ص 222.

استنادا إلى قرينة قانونية تضمنتها تلك المادة وهي قرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه إقامة الدليل على ما يخالفها فيثبت قيامه بالوفاء بالثمن إذا كان التصرف بيعا ، وأن حيازة البائع ليست حيازة أصلية وإنما حيازة عرضية كمستأجر¹.

- شروط قرينة المادة 777 :

تضمنت المادة 777 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 917 من القانون المدني المصري ، قرينة قانونية بسيطة تدل على أن التصرف في حقيقته وصية وتطلب تلك المادة توفر شرطين لقيام هذه القرينة بحيث إذا تخلفا أو تخلف أحدهما انتفت القرينة القانونية ، وهذا لا يؤدي وحده إلى نفي صورية التصرف ، إذ يجوز للوارث الذي يتمسك بتلك الصورية إذا عجز عن إثبات شرطي القرينة القانونية أن يلجأ إلى القرائن القانونية لإثبات أن البيع غير منجز ولم يدفع له ثمن ومضاف إلى ما بعد الموت وهو ما يكفي لاعتبار التصرف وصية².

الشرط الأول: حيازة العين مدى الحياة

وهو أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها مدى حياته ، وأن تكون حيازته لها حيازة أصلية لحساب نفسه ولا يشترط الحيازة المادية إنما تكفي الحيازة القانونية بعنصرها المعنوي ولو كانت الحيازة المادية للغير كالمستأجر باعتباره حائزا عرضيا لحساب المتصرف .

وقد تكون الحيازة مشتركة بين المتصرف والمتصرف إليه كسكني الدار أو زراعة الحقل وحينئذ يتعين على المحكمة التعرف على قصد المتصرف من تصرفاته³.

¹ - نفس المرجع، ص 223 .

² - نفس المرجع، ص 224 .

³ - نفس المرجع، ص 225 .

- الشرط الثاني: الانتفاع بالعين مدى الحياة

يشترط أن يظل المتصرف منتفعا بالعين التي تصرف فيها مدى حياته وأن يستند في ذلك إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه ، فالمتصرف حال انتفاعه بالعين كان يستند إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه عندما كان المتصرف على قيد الحياة وظل هذا الحق ثابتا له حتى الموت ، فكان في مركز قانوني قررته له أحكام الوصية باعتباره موصيا تظل له ملكية العين الموصى بها حتى مماته¹ .

- الوقائع التي لا تنفي القرينة:

تسليم العقد للمتصرف إليه : لا يقطع تسليم العقد للمتصرف إليه في أن العقد حقيقي ومنجز بحيث إذا طعن الورثة فيه بالصورية النسبية بطريق التستر فإن المحكمة لا تعتبر العقد منجزا لمجرد وجوده مع المتصرف إليه ، وإنما يجب عليها أن تستخلص قصد المتصرف فإن تبين لها انصراف هذا القصد إلى إضافة التملك إلى ما بعد الموت قضت باعتباره وصية ، أما إذا تبين لها انصراف القصد إلى التملك المنجز رفضت الطعن بالصورية .

تسجيل العقد :

المقرر وفقا لقواعد الشهر أن ملكية العقار تنتقل بتسجيل هذا العقد فيصبح المتصرف إليه مالكا ويلتزم المتصرف بتسليمه العقار إن لم يكن قد سلمه من قبل ، فيظهر المتصرف إليه بمظهر المالك متى كان التصرف منجزا فإن كان غير منجز وأن الملكية بموجبه تضاف إلى ما بعد الموت فإن تسجيله لا ينقلها إلى المتصرف إليه ، وإنما يكون نقل الملكية معلقا على موت المتصرف وبالتالي فإن تسجيل العقد لا يقطع بتتجيز التصرف وبانتفاء قصد الإيضاء² .

¹ - نفس المرجع، ص 228 .

² - نفس المرجع، ص 239 .

العجز عن أداء الثمن :

تتخصص قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 917 من القانون المدني المصري في إعفاء الوارث من إثبات أن حقيقة العقد الذي أبرمه مورثه وصية متى أثبتت شرطي القرينة أما فيما عدا ذلك فإن الوارث يخضع لما كان يخضع له مورثه متعلقا بالإثبات وبالتالي إذا تمسك الوارث للتدليل على أن عقد البيع يستتر وصية يعجز المشتري على أداء الثمن المسمى في العقد وأن الثمن لم يدفع فإن الوارث يقع عليه إثبات ذلك وفقا للقواعد العامة¹.

ثانيا : الصورية في تصرفات المورث

كثيرا ما يقدم المورث المالك على أعمال وتصرفات مستورة بستر عقد ذي عوض أو بستر الإقرار بدين غير متوجب أصلا وهذا لحرمان الزوجة أو أحد الزوجات أو لحرمان الفروع أو الأصول وسائر المستحقين للإرث².

تعريف الإقرار :

عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهاته الواقعة"³.

ويستفاد من نص المادة أن الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه للآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده⁴.

1 - نفس المرجع، ص 240 .

2 - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 209.

3 - القانون المدني الجزائري.

4 - محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 95.

وعلى هذا فهو عمل قانوني يصدر من جانب واحد ذلك أنه تم بإرادة منفردة هي إرادة المقر المنفردة فهذه الإرادة بمفردها تتجه إلى إحداث أثر قانوني هو الاعتراف بحدوث واقعة معينة¹.

أنواع الإقرار : إن كل ما يصدر من الخصم المقر أمام جهة قضائية أثناء سير الدعوى هو الإقرار القضائي ، أما الإقرار الغير قضائي فهو عمل من أعمال التصرف وهو حجة قاصرة.²

- أثبات صورية تصرف المورث :

للخلف العام متى كان التصرف الذي أبرمه مورثهم قصد به التحايل على قواعد الإرث لحرمان الورثة من الميراث أو إثارة وارث على آخر عليه ، ففي هذه الحالة يجوز للخلف العام إثبات صورية التصرف بجميع طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البنية والقرائن³.

¹ - نفس المرجع، ص 98.

² - الغوتي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الاولى، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 76.

³ -أنور طلبية، المرجع السابق 125 .

المطلب الثاني: في التصرفات بالإرادتين

الفرع الأول: التصرفات الناقلة لكل الملكية العقارية

تنتقل كل الملكية العقارية من شخص إلى آخر وينتقل بموجبها حق الاستعمال والاستغلال وكذا التصرف ويتم ذلك عن طريق عقد البيع أو المقايضة كما تنتقل عن طريق الهبة¹.

أولاً : عقد البيع

أ - نقل ملكية المبيع في العقار :

أشار المشرع الجزائري في الشطر الثاني من المادة 165 من القانون المدني إلى وجوب مراعاة شكل معين في كل تصرف يتضمن نقل الملكية العقارية إلى المشتري وإخضاعه إلى عملية الإشهار.

وفي هذا المعنى أكد المشرع في المادة 793 من القانون المدني والتي تشير إلى وجوب تسجيل التصرف بالمحافظة العقارية كي يولد آثاره القانونية بين الأطراف المتعاقدة وبالنسبة للغير .

أهم ما يستفاد من نص المادة 793 أن انتقال الملكية العقارية أو الحق العيني العقاري ليس مصدره التصرف المبرم المتمثل في عقد البيع وإنما انتقال الحق العقاري مصدره مراعاة الإشهار العقاري وذلك بالمحافظة العقارية².

ويلزم لصحة عقد البيع العقاري إفراغه في الشكل الرسمي حيث تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن العقد الرسمي هو " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " .

¹ - دوة آسيا ,رامول خالد ,المرجع السابق، ص 80 .

² - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 28.

يلاحظ أن نص المادة 324 استعمل عبارة العقد الرسمي والأصح هو الورقة الرسمية، لأن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة كإبراء من الدين الذي يتم في شكل ورقة وليس في شكل عقد لأن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة¹.

ويعتبر الموثق هو الشخص الذي أناط به القانون تحرير الأوراق الرسمية بشأن العقود التي يبرمها الخواص فيما بينهم².

وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون 02/ 06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة".³

وتعتبر الورقة الرسمية دليلا قاطعا على ما جاء فيها، ويعتبر تاريخها تاريخا ثابتا لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير وقد نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على أنه "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".⁴

و حتى تنتقل الملكية العقارية يجب شهر التصرف ويضاف إلى عملية الشهر التسجيل حيث يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية وهو يتوسط مرحلة التوثيق والإشهار العقاري كما انه إجراء ملزم باعتبار أن حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الإجراء تطبيقا لنص المادة 82 من قانون التسجيل التي نصت على أن نفقات التسجيل و الطابع ورسوم

¹ - فريدة زواوي، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جزء 33، رقم 04، 1995، ص 71.

² - أعمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص 27.

³ - قانون 02/06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

⁴ القانون المدني الجزائري

الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك¹.

وعليه فتسجيل العقارات هو الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل².

وحتى يتمكن مفتش التسجيل من اقتطاع نسبة الرسوم المفروضة على العقود لأن تحديد الرسوم يختلف من عقد لآخر كالبيع، الهبة، القسمة، المبادلة، ففي أي تصرف عقاري لا بد من تحديد قيمة العقار بالنسبة لعقد البيع وعليه فالثمن يعتبر ضروري باعتبار أن على أساسه يتم اقتطاع حقوق التسجيل حيث نصت المادة 113 من قانون التسجيل على حالة إخفاء ثمن بيع العقارات أو التنازل عن محل تجاري أو زبائن أو في معدل مقايضة أو قسمة حيث يكون جزاء ذلك غرامة مالية يدفعها الأطراف متضامنين³، وعليه يجب أن يكون الثمن متناسبا مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق.

ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا وهو الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان أو انه الثمن الذي لم يقصد البائع أن يقبضه من المشتري.

ب - الوضع الغالب في بيع العقار لجوء المتعاقدين إلى الصورية تهربا من الضريبة:

مما تقدم نجد أن المتعاقدان يلجآن إلى إخفاء جزء من الثمن تهربا من رسوم التسجيل وفي هذا الصدد نصت المادة 113 من قانون التسجيل يكون باطلا وعديم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري.

¹ قانون التسجيل

² - دوة آسيا، رامول خالد، المرجع السابق، ص 22.

³ - نفس المرجع، ص 44.

يمكن إثبات إخفاء الثمن بشتى الوسائل المقبولة في قانون التسجيل كما نصت المادة 118 من نفس الأمر علي ما يلي تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية التي ترى فيه أن ثمن البيع غير كاف مع دفع الثمن مزادا فيه عشرة بالمائة إلى ذوي الحقوق، ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق¹.

ومن خلال نص المادة 118 نجد أن المشرع وضع تدابير تسمح للإدارة الجبائية باستعمال حق الشفعة للعقارات التي تكون محل نقل الملكية بمقابل مصرح به وهذا المقابل يكون أقل من القيمة الحقيقية التجارية لهذا العقار².

وحق الشفعة هو رخصة أو امتياز يجيز للدولة [الخزينة العمومية] استعمال حق الشفعة على العقارات التي تكون محل نقل الملكية وتحل بذلك محل المشفوع منه عندما ترى أن ثمن المبيع غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن مزادا فيه العشر لذوي الحقوق في أجل سنة واحدة ابتداء من تسجيل العقد أو التصريح³.

وقد صدرت المذكرة الوزارية رقم 140 الصادرة عن المديرية العامة للضرائب في 25 ماي 1994 بينت خاصة كيفيات استعمال حق الشفعة وحددت المعايير التالية:

- إحصاء الحالات المتعلقة بالتصريحات المخفضة
- تعيين الأملاك المعنية و تكوين ملفات الشفعة
- مبلغ العقار المعني بحق الشفعة يجب أن يفوق ثلاثة ملايين دينار جزائري للعقارات المبنية و الغير مبنية و مليوني دينار جزائري للمحلات التجارية

¹ - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 27.

² - دوة آسيا، رامول خالد، المرجع السابق، ص 100.

³ - نفس المرجع، ص 101.

إن أهمية المعاينة يجب أن يفوق فيها التخفيض خمسون في المائة من القيمة المصرح بها¹.

ج - البيع كوسيلة للتحايل على أحكام الوصية :

قد يتحايل الأفراد على القاعدة الشرعية المقيدة لحرية الإيضاء أي قاعدة عدم نفاذ الوصية لوأرث أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث.

وغالبا يتخذون من العقد وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ويذكرون في العقد ثمننا سوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر ويحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طوال حياته بل قد يشترط أيضا منع المشتري من التصرف في تلك العين طوال حياة البائع وهي شروط مشروعة في ذاتها إذ يجوز أن يقتصر البيع على ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة ثم يعير المشتري العين للبائع طوال حياته².

كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة وهذه المدة قد تكون طوال حياة البائع أما إذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم فإذا ثبت صورية الثمن وقصد التحايل على القانون فإن العقد يأخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفاة البائع فيما زاد عن ثلث التركة إلا بإقرارهم وللورثة إثبات صورية الثمن وقصد التحايل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن³.

والقرائن القضائية تختلف من قضية إلى أخرى فنجد أن بعض المحاكم المصرية قد اتخذت من بخس الثمن أو فقر المشتري أو عدم حاجة البائع قرائن على صورية الثمن كما اتخذ من اشتراط منع المشتري من التصرف⁴.

¹ - نفس المرجع ، ص 101

² - محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دون طبعة ، دارالمطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، طبعة 2000، ص 200.

³ - نفس المرجع، ص 220.

⁴ - نفس المرجع، ص 222.

و احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومن عدم شهر العقد الوارد على العقار مع إبقائه في يد المتصرف إلى حين وفاته قرائن على قصد الاحتفاظ بمزايا العملية تحايلا على قواعد الإيصاء¹.

ثانيا: عقد الهبة

أ - عقد الهبة في التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية :

عقد الهبة في التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية يستلزم المشرع فيها تحقق أهلية التبرع عند الواهب وكذا مراعاة ركن الشكل في عقود الهبة الواردة على العقار²، كما تشير إلى ذلك المادة 206 من قانون الأسرة فتتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات³.

و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ويؤكد القرار الصادر بتاريخ 1994/11/09 ملف رقم 10365 من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان⁴.

إن إذا انصب عقد الهبة على عقار فان المشرع يوجب إفراغه في الشكل الرسمي، يحرره الموثق، وليس إعطاء الهبة الصيغة الرسمية أي أثر بالنسبة لانتقال ملكية العقار الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ما لم يستكمل الإجراء الشكلي الآخر المتمثل في إخضاعه إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية.

1 - نفس المرجع، ص 223.

2 - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق، ص 124.

3 - قانون الأسرة الجزائري.

4 - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص

وعليه فاعتبار عقد الهبة من التصرفات الناقلة للملكية العقارية و حتى ينشئ الحق العيني العقاري الأصلي لفائدة الموهوب له ينبغي نشره في مجموعة البطاقات العقارية¹.

ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة أن التصرف بحد ذاته يعتبر غير موجود طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75، ويترتب عنه أيضا أن حق ملكية العقار الموهوب تبقى للواهب ولورثته عند وفاته وتغل يد الشخص الموهوب له من حق الملكية ولا يجوز مطلقا تصحيح عقد الهبة في هذه الحالة بالإجازة من طرف الواهب أو ورثته و إذا تمسك الواهب أو ورثته بها ما عليهم إلا إبرام عقد جديد بشأنها ومراعاة ما سبق الإشارة إليه².

ب - الصورية في عقد الهبة :

1 - ستر عقد الهبة بستر عقد البيع :

عندما تتناول الصورية النسبية بطريق التستر طبيعة العقد ونوعه [بيعا يخفي وصية] فالتغير في هذه الحالة يتناول سبب الموجبات المتبادلة وموضوعها ففي البيع يكون السبب موجب البائع وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري هو الثمن الذي يقبضه منه، أما في الهبة فسبب موجب الواهب الذي يتخلى عن ملكية الشيء الموهوب هو نية التبرع و عندما تستر الهبة بستر البيع يكون هناك تغير في صفة البائع الذي ينقلب بموجب العقد المستور إلى واهب و تغير في سبب موجب البائع الظاهر الذي هو رغبته في قبض الثمن في البيع والذي ينقلب في الهبة إلى نية التبرع ومن جهة المشتري و الموهوب له فإن ستر الهبة بستر البيع يحول العقد المتبادل الذي هو عقد البيع إلى عقد غير متبادل الذي هو عقد الهبة ويزيل موضوع موجب المشتري الظاهر أي الموهوب له الحقيقي ويزيل أيضا السبب الحقيقي إخفاء طبيعة العقد ومن ذلك أن يذكر المدين في سند الدين أن القيمة وصلت نقدا وتكون الحقيقة

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق، ص 125.

² - نفس المرجع، ص 126.

أنه لم يستلم شيئاً وإنما أراد التبرع بما تعهد بأدائه فيكون العقد الظاهر قرضاً والعقد المستور هبة وقد يكون الغرض من التعهد الوفاء بدين قمار¹.

2 - التمييز بين الهبة المستورة و الهبة الغير المباشرة :

الهبة المستورة : الهبة المستورة بستار تصرف آخر هي في حقيقتها هبة مباشرة إلا أنها تحصل تحت ستار عقد أو تصرف آخر والأمثلة على ذلك كثيرة هبة مستورة في صورة عقد بيع ينطوي على كل خصائص البيع مع أنه يخفي هبة ارتضاها البائع².

أو مثل قيام المتعاقدين بتنظيم عقد هبة يخفي عقد بيع عقار بحيث ينظم ظاهراً بشكل هبة لحرمان الشفيع من أخذ العقار بالشفعة.

الهبة الغير المباشرة: هي الهبة التي نجدها تبعاً لعمل قانوني آخر لا يرتدي طابع التبرع ويكفي للكشف عنها الرجوع إلى أحكام التصرف القانوني والظروف التي حصل فيها، والأمثلة على ذلك كثيرة فقد يشتري شخص عقار ويدفع ثمنه من جيبه ولكنه يسجله باسم زوجته أو أحد أولاده في مثل هذه الحالة نكون إزاء عقد جدي انطوى في ذات الوقت على هبة غير مباشرة لمصلحة المستفيد من التصرف³.

وتبعاً لما تقدم يمكننا القول بأن الهبة المستورة تلتقي بالهبة غير المباشرة من حيث انطواء كل منهما على نية التبرع ومن حيث انتقال المال إلى ذمة الموهوب له بلا مقابل ومن حيث حصول ذلك عن غير الطريق المرسومة لإجراء الهبات مع الفارق بأن الهبة الغير المباشرة يتضمنها عقد جدي غير مشوب بالصورية بمعنى أنها لا تتضمن عقداً مستوراً مغايراً أو مختلفاً عن العقد الظاهر في حين أن الهبة المستورة تنطوي على عقد ظاهر وهمي انصرفت

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 136.

² - نفس المرجع، ص 140.

³ - نفس المرجع، ص 204.

إليه الإرادة خصيصا كوجهة لستر الهبة وحجبها عن الأعين ولذلك فإن العنصر الظاهر في الهبة المستورة ليس له قيمة قانونية بنظر الفرقاء طالما أن وجوده أمر مادي فقط لتظليل الغير في حين أن العنصر المستور يعبر عن حقيقة العلاقة التبرعية بين الواهب والموهوب له وقد جاء مغايرا للإرادتين الظاهرتين¹.

أما العنصر الظاهر في الهبة غير المباشرة فإنه يتمتع بوجود حقيقي وينتج أثره بالإضافة إلى تحقق الهبة فعندما يشتري شخص عقارا ويدفع الثمن من جيبه ويسجله باسم زوجته أو أحد أولاده فعقد الشراء حقيقي وكذلك التسجيل وإن كان بإمكانهم الطعن بهما عن طريق الدعوي البوليانية لأن افتقار المدين ناتج عن دفع الثمن أي عن الهبة غير المباشرة المتمثلة في دفع الثمن مباشرة إلى البائع وبما أن موضوع الهبة هو الثمن فإن الثمن هو الذي يجب إعادته في حال بطلان الهبة أو الرجوع عنها وهو الذي يجب أن يخضع للنصاب و التخفيض عند الاقتضاء².

الفرع الثاني: في التصرفات الناقلة لجزء من الملكية

يعتبر حق الملكية الحق الأصلي والرئيسي الذي يمنح صاحبه سلطات التصرف و الإستغلال و الإستعمال في الأشياء المملوكة له وهناك حقوق أخرى لا تعطي لصاحبها سوى سلطات محدودة يطلق عليها أجزاء حق الملكية ومنها الإيجار³.

أولاً: الصورية في عقد الإيجار

أ- الأجرة الصورية: هي تلك الأجرة التي تذكر في العقد ولكن لا يدفعها المستأجر وهي أيضا بمثابة انعدام الأجرة ونكون بصدد عارية مستورة في صورة إيجار⁴.

1 - نفس المرجع، ص 146.

2 - نفس المرجع، ص 147.

3 - دوة آسيا، رامول خالد، المرجع السابق، ص 85.

4 - محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 17.

ومن شروط الأجرة على العموم أن تخضع للقواعد العامة التي تحكم المحل وهي نفسها المطبقة على العين المؤجرة وعليه يجب أن تكون موجودة على الأقل محققة الوجود في المستقبل ومعينة تعيينا نافيا للجهالة أو على الأقل قابلة لذلك، كما يتعين في جميع الأحوال أن تكون الأجرة حقيقية وجدية فإذا كانت الأجرة صورية كما إذا سمي المتعاقدان أجرة لا يقصد أن يدفعها المستأجر كان عقد الإيجار باطلا باعتباره إيجارا، ولكن قد يكون في هذه الحالة عارية تحت ستار إيجار، وكذلك الأمر لو كانت الأجرة تافهة كأن يؤجر عقار معين لقاء دفع ضرائب معينة مفروضة عليه لا تتناسب البتة مع قيمة الإيجار فإن هذا العقد يقع باطلا باعتباره إيجارا ولكن يمكن اعتباره عارية أو هبة حق انتفاع، ومثال ذلك أن تؤجر أرض لجمعية خيرية بأجرة رمزية لتقيم عليها بناء لتحقيق أغراضها، ولكن لا يشترط أن تكون الأجرة معادلة تماما للقيمة الإيجارية للشيء المؤجر أو حتى مقاربة لها فالأجرة البخسة لا تمنع من صحة الإيجار ولكن هذا لا يمنع الإبطال إذا توافرت شروط الاستغلال¹.

ب - حالة استرداد العين المؤجرة من المؤجر لا تتوفر فيه الشروط القانونية للاسترداد

وتتمثل هذه الحالة في الحالة التي يرغب فيها المؤجر باسترداد العين المؤجرة ولا تتوفر فيه الشروط القانونية اللازمة لذلك فيقوم بنقل ملكية العين المؤجرة صوريا لأحد أفراد أسرته أو لأحد أصدقائه الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة لذلك².

ومن بين هذه الشروط التي إن توفرت يحق للمالك استرجاع العين حيث تنص المادة 529 الملغاة بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 من القانون المدني الجزائري، حيث كانت هذه المادة الملغاة تعطي للمالك حق استرجاع العين المؤجرة شرط

¹ - جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص 40.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 207.

ألا يكون للمالك سكن يفى بحاجياته، و يجب أن يكون المالك قد اكتسب الملكية بتاريخ ثابت لمدة عشر سنوات، و يجب علي المالك إخطار الشاغل بنية الاسترجاع¹.

ألغى المشرع حق البقاء في الأمكنة الممنوحة للمستأجرين بغرض تحفيز المتعاملين في الترقية العقارية على اقتحام سوق العقارات المبنية المعدة للإيجار².

ويعرف حق البقاء أنه نظام قانوني أي تشريع استثنائي خول بموجبه المشرع للمستأجر حسن النية حق المكوث في المكان المؤجر عند انتهاء المدة المنصوص عليها في عقد الإيجار رغما عن إرادة المالك المؤجر إذا أراد هذا الأخير إخلاءه من العين المؤجرة فحق البقاء يستمد مباشرة من القانون إذ يسري بحكم القانون دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، فهو نظام قانوني يفرض على المؤجر، وحق البقاء يرد على المحلات السكنية و المهنية فقط دون التجارية والصناعية و الحرفية، والمستأجر الذي يقرر له القانون حق البقاء يستفيد من إيجار جديد غير محدد المدة بذات شروط العقد الأصلي فتكون كل بنود عقد الإيجار الأصلي سارية المفعول ما عدى تلك المخالفة للقانون، ويشترط للاستفادة من عقد الإيجار وجود سند إيجار صحيح وتوفر حسن النية لدى المستأجر، و تستخلص مسالة حسن النية من تنفيذ المستأجر لالتزاماته القانونية و العقدية من أهمها تسديد الأجرة إضافة إلى احترام تخصيص العين المؤجرة والمحافظة عليها³.

¹ - محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار، المرجع السابق، ص36.
² - اسماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري: دراسة تحليلية وصفية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 128.

³ - عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 54.

3 - الصورية النسبية لبذل الإيجار:

حالة تخفيض بذل الإيجار: قد يعتمد المتعاقدان إلى تخفيض بذل الإيجار للتهرب الضريبي، وذلك أن عقد الإيجار يخضع للتسجيل حيث يقوم مفتش التسجيل بتحصيل الرسوم المستحقة وذلك بعد تحليل العقد و التأكد من أن كل المعلومات اللازمة مقيدة فيه منها:

الهوية

تعيين محل الإيجار

أصل الملكية

ذكر الثمن

مدة الإيجار التي على أساسها يتم استيفاء حقوق التسجيل، ويقوم مفتش التسجيل بعملية التسجيل حيث يضرب ثمن الإيجار في مدة الإيجار والحاصل يضرب في النسبة المئوية المحددة¹.

حالة زيادة بذل الإيجار: قد يعتمد المؤجر إلى ذكر بذل للمأجور يفوق البذل الحقيقي وذلك تلافياً لأية مطالبة بتخفيض البذل فيما لو حدد قانون لاحق يلحظ تخفيض البدلات، أو إهدار مسبق لأي حكم قضائي بالتخفيض أو بغية تسهيل العثور على مشتر يرغب في شراء المأجور نظراً لما يمثله البذل المرتفع من عامل للترغيب و التشويق.

4- الصورية النسبية لمدة الإيجار:

كما أن طرفي الإيجار قد يذكران في العقد أن الإجارة صيفية مع أن الإجارة عقدت سنوية من الأصل خلافاً لما ورد في العقد الخطي من أنها صيفية فيكون ما ورد في العقد من هذه الجهة اتفاقاً سورياً على التملص من أحكام التمديد الإلزامية¹.

¹ - دوة آسيا ,رامول خالد, المرجع السابق، ص 86.

ومما تقدم فإن مسألة الصورية تخضع للقواعد العامة، فالمادة 198 من القانون المدني الجزائري نصت أن لكل من يتضرر من بدل الإيجار أو المدة كدائني المؤجر أو الخلف الخاص إثبات الصورية بمختلف طرق الإثبات ولاعتبار أن عقد الإيجار أصبح يتطلب

التسجيل في مصلحة الضرائب فقد يكون إخفاء بدل الإيجار الحقيقي أو مدته غشا ضريبيا يمكن إثباته بمختلف الطرق².

5- الإيجار الساتر للبيع :

الإيجار الساتر للبيع أو البيع الإيجاري هو صورة من صور البيع الائتماني، يتجسد بعقد يتفق بموجبه المتعاقدان على إيجار شيء معين لمدة معينة ومقابل أجر معين على أن ينقلب بيعا إذا أوفى المستأجر بجميع التزاماته وفاء تاما، وبصعب التمييز في هذه الحالة بين البيع و الإيجار، ولذلك اختلف الفقه في تكييف هذا العقد فال بعض يعده بيعا مستترا معلقا على شرط فاسخ هو إخلال المشتري بالتزامه في دفع الأقساط، وذهب جانب آخر إلى أن هذا العقد باطل، لأنه يؤدي إلى خداع الجمهور بتصورهم أن الحائز أي المستأجر هو المالك فيقرضونه أموالا اعتمادا على هذا الوضع الظاهر المخالف للواقع فتضيق عليهم، وذهب فريق آخر إلى اعتباره عقدا مركبا من البيع و الإيجار بيع معلق على شرط واقف وإيجار معلق على شرط فاسخ.

وحسما لهذا الاختلاف اعتبر المشرع في العديد من الدول هذا العقد بيعا معلقا على شرط واقف هو سداد جميع الأقساط³.

¹ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 134.

² محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 17.

³ عباس لعبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني الأردني، البيع وعقد الإيجار، الاردن، ص 47 - 48.

الفرع الثالث: في التأمينات العينية:

أولاً: الرهن الرسمي

أ- الرهن الرسمي الصادر من المالك بعقد بيع صوري:

إذا كان الراهن مالكا للعقار بعقد بيع صوري ثم رهنه لدائن حسن النية أي يجهل صورية السند الذي تملك به الراهن، فبالرغم من أن الراهن ليس مالكا حقيقيا للعقار إلا أن الرهن يظل قائما، وذلك تطبيقا للقواعد الخاصة بالصورية التي تنص عليها المادة 198 التي تقضي أنه "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدان وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، فالدائن المرتهن الذي يجهل صورية العقد الذي يملك به الراهن وقت إبرام الرهن له أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري الذي يجعل الراهن مالكا، فيبقى حق الرهن للدائن المرتهن الذي رتبته له المالك الظاهر، ويلاحظ أن تمسك الدائن المرتهن بالرهن الصادر له من المالك الصوري لا يكون في مواجهة المالك الحقيقي فقط بل ومن تعامل معه، فإذا رهن المالك الحقيقي العقار ولو لشخص حسن النية فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يصح رهنه¹.

ب - الرهن الصادر من المالك باسم مستعار:

وهذا أيضا مالك ظاهر وليس مالك حقيقي، فإذا وكل شخص آخر ليشتري له منزلا فقام الوكيل بشرائه باسمه هو لا باسم الموكل الأصلي متفقا معه على ذلك، فإن الوكيل يصبح مالكا للمنزل أمام الناس وهو الاسم المستعار لا المالك الحقيقي، فإذا قام الوكيل برهن المنزل إلى شخص حسن النية يعتقد أنه المالك الحقيقي فإن الرهن يكون صحيحا و يستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن قبل الاسم المستعار و قبل المالك الحقيقي و من يخلفه و ذلك لنفس الاعتبار الذي ذكرناه².

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 67.

² - نفس المرجع، ص 67.

و لكن مالك العقار يستطيع إذا باعه و لم يسجل البيع أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكا له و يكون الرهن صحيحا إذا قيد قبل أن يسجل البيع¹.

ج - إخفاء الرهن في صورة بيع

كما اننا نعثر في كثير من القرارات التي يتبين منها ان الصورية استعملت لاختفاء التحايل على القانون فمحكمة التمييز اللبنانية اعتبرت بما ان ادعاء الجهة المميزة انصب اصلا على البيع المسجل في السجل العقاري انما كان صوريا ان يشكل بيعا يخفي تامينا و بما ان هذا الادعاء يرمي للقول بصورية غايتها التحايل على القانون لمنع تنفيذ احكامه الالزامية المتعلقة ببيع المرهون في المزاد العلني

و من الراهن ومن احكام القانون المتعلقة بتنفيذ الرهن و التامين على العقارات و بيعها بالمزاد العلني دون جواز تملكها تلقائيا من الدائن مع استبعاد طريقة التنفيذ القانونية هذه وهي احكام الزامية و متصلة بالنظام العام ومخالفتها تحت ستار عقد اخر غير عقد الرهن كعقد البيع مع حق الاسترداد يجوز اثباتها أي اثبات صورية العقد المذكور بجميع طرق الاثبات

و كذلك محكمة النقض المصرية اعتبرت اخفاء الرهن في صورة بيع وفاء القصد منه التحايل على القانون توصل الى تحقيق اغراض غير مشروعة و هي الاستيلاء على ربا فاحش ثم تملك الاطيان²

د - صورية تاريخ قيد الرهن :

القيد هو الطريقة التي تتبع في شهر الحقوق العينية التبعية على العقارات و يتم قيد الرهن الرسمي في مكتب الإشهار العقاري الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المرهون، و يتم

¹ - نفس المرجع، ص 68.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 183-184.

القيّد بناءً على طلب من صاحب الشأن الراهن أو الدائن المرتهن حتى يحقق نفاذه في مواجهة الغير¹.

فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار قبل التصرف الصوري أو بعده من البائع أو المشتري يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم، ومثل من يكسب حقاً عينياً من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتهن يرهّن له البائع العقار ثم يبيعه بعد ذلك بيعاً صورياً، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثانياً يبيعه البائع العقار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعه بيعاً صورياً فكل من الدائن المرتهن و المشتري بعقد جدي يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري، و من حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية حتى يسلم له حقه الذي كسبه من البائع.

كما يلاحظ أن الدائن الذي ارتهن العقار من البائع قبل صدور التصرف الصوري يندر أن تكون له مصلحة في الطعن بالصورية لأن حق رهنه محفوظ حتى ولو كان البيع الصوري جدياً و مع ذلك فقد تكون له مصلحة كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصوري، فله مصلحة في إسقاط البيع الصوري حتى يستطيع تسجيل رهنه وحتى إذا كان قد سجل الرهن قبل صدور البيع الصوري فتبقى له مع ذلك مصلحة في التمسك بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار في يد المشتري فيتحمّل إجراءات التطهير².

ثانياً : الرهن الحيازي العقاري

من بين التطبيقات في الرهن الحيازي إضافة إلى التطبيقات الخاصة بالرهن الرسمي ما قضت به محكمة النقض المصرية أنه إذا طلب المرتهن رهن حيازة أصل دينه و دفع الراهن باستهلاك الدين من ريع الأقطان المرهونة و قضت المحكمة في الدعوى بئدب خبير لمعاينة

¹ - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 125.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 311.

الأطيان و تقدير ريعها على أساس أجر المثل ثم إجراء عملية الاستهلاك و صرحت في أسباب الاستهلاك، بأن عقود الإيجار التي تمسك بها الدائن المرتشي في تقدير الريع هي عقود صورية، فإن القضاء القطعي في صورية العقود في عدم الإعتداد بها يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه¹.

وها هو المشرع المصري و قد دلت التجربة أن البيع مع حق الاسترداد كان في الغالب و في الحقيقة رهن حيازة مستور يخفي الربا الفاحش، و لذلك فقد حرص على أن تنص المادتان 339 و 338 من القانون المدني القديم المعدلتان بالقانون 49 لسنة 1923 على أنه إذا كان الشرط الوقائي مقصودا منه إخفاء رهن عقاري، فإن العقد يعتبر باطلا بوصفه بيعا أو رهنا².

¹ - محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 204.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 288.

خلاصة الفصل الأول:

كخلاصة لما سبق فالصورية هي إتخاذ مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني أي أنها موقف ظاهر غير حقيقي يستتر موقفا خفيا.

أي أنها عمل إرادي من نتيجته خلق مظهر خادع بالنسبة للغير حسن النية و أكثر حصولها في العقود ويمكن أن تصدر بإرادة منفردة، ويتميز مفهوم الصورية عن غيرها من المفاهيم كالتزوير في المحررات الرسمية و التعاقد من الباطن و الخطأ في الوصف عند التعاقد .

كما أن الصورية يمكن أن تكون صورية مطلقة أو صورية نسبية فالمطلقة تتناول وجود التصرف في ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة. أي أنها ترد على كيان العقد فتصور أن العقد قد نشأ في أن هذا لا وجود له في الحقيقة اما الصورية النسبية فتزد على نوع العقد أو على ركن أو على شرط فيه أو على أحد المتعاقدين أي أن العقد هنا موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان وأحلا محله حكما صوريا. وللصورية بواعث يمكن أن تكون مشروعة و يمكن أن تكون غير مشروعة كما هو الحال في كثير من التصرفات في وقتنا الحاضر خاصة فيما يتعلق بالتهرب الجبائي.

كما أن مجالات الصورية في التصرفات العقارية واسعة اقتصرنا فيها على الصورية في الشفعة و هدفها منع الشفيع من الأخذ بالشفعة عندما يرى إرتفاع الثمن، كما تلحق الصورية الوصية و تصرفات الموروث وأيضا تلحق الصورية عقد البيع و عقد الهبة و عقد الإيجار كما تلحق أيضا التأمينات العينية كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي العقاري.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: آثار الصورية في التصرفات العقارية

سيتم في هذا الفصل القيمة القانونية للعنصر الظاهر و العنصر المستور في الصورية، وهذا بالتطرق إلى القاعدة العامة في الصورية و هاته القاعدة هي العبرة بالحقيقة، ثم التطرق إلى الإستثناء و هو العبرة للظاهر. كما يتم تناول الدعوى الصورية في التصرفات العقارية بتعريفها و تمييزها عن غيرها، وكيفية مباشرتها أمام القضاء و هذا بعد ضرورة وجوب شهرها.

المبحث الأول: القيمة القانونية للعنصر المستور و العنصر الظاهر في العقد الصوري

يتبين بوضوح أن مفاعيل الصورية محكومة بذات الوقت بمبدأين أساسيين، مبدأ حرية التعاقد و مبدأ إمكانية الأخذ بالظاهر غير الصحيح. وهكذا تدور القيمة القانونية للعنصر المستور في الصورية حول مبدأ أساسي مكرس في فرنسا و الدول العربية هو مبدأ احترام الإرادة الحقيقية لطرف أو أطراف الصورية دون الإرادة الظاهرة.

و بما أن الصورية تتطوي على خلق ظاهر خادع بالنسبة للغير حسن النية و ذلك بعمل إرادي مقصود فقد اقتضت النصوص القانونية على حماية هذا الغير عن طريق السماح له بالتدفع بهذا الظاهر عند توفر بعض الشروط ، أي أن هذه النصوص لم تدع مبدأ احترام الإرادة الحقيقية يضر بالغير¹.

المطلب الأول: القاعدة العامة في الصورية "العبرة للحقيقة":

العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية، فالى جانب الإرادة الظاهرة التي يتم الإعلان عنها للغير فقد تكون للمعبر إرادة ثانية خفية هي الإرادة الحقيقية والعبرة تكون بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ إليها المعبر لإعتبارات عديدة قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة².

فالصورية ليس بذاتها سبباً للبطلان، والتصرف الصوري ليس تصرفاً باطلاً لمجرد كونه صورياً ولكن من ناحية أخرى فإن نفي بطلانه لا يعني أنه تصرف ينتج آثاره القانونية ما

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 288.

² - علي فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 87.

دامت هذه الآثار غير مقصودة في الحقيقة، فالقواعد العامة تقتضي أن تكون العبرة بالعقد الحقيقي سواء من حيث الشرائط الموضوعية أو من حيث الآثار¹.

فالقاعدة العامة للصورية هي أن العبرة للحقيقة، فإذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر يبقى العقد الحقيقي المستور هو النافذ بالنسبة إلى الكل إلا ما أستثني بنص خاص، وعليه لا يترتب على مجرد سلوك سبيل الصورية بطلان العمل القانوني الذي انصرفت إليه الإرادة الحقيقية المستورة.

إن المتعاقدان قصدا العقد المستور و أراداه، فيجب الإعتداد بإرادتهما الجدية الحقيقية دون أن يؤدي سعيهما إلى خلق ظاهر خادع إلى جعل الإرادة المستورة عاجزة عن إنتاج آثارها طالما أنها غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا، و طالما أنها غير مخالفة للقواعد القانونية، ولذلك فقد اعتاد الفقه و القضاء على القول بأن الصورية ليست بحد ذاتها سببا لإبطال العقود أو لتعطيل مفاعيلها، بل هي عنصر حيادي لا يصطبغ بلون معين و لا شأن لها بصحة أو بطلان العمل القانوني الذي تستره².

على هذا إذا أجرى المتعاقدان بيعا سوريا صورية كلية لم يترتب على هذا البيع فيما بين المتعاقدين أي أثر حتى و لو نظم البيع بشكل سند رسمي أو سجل في السجل العقاري أو في سائر المؤسسات الرسمية، فيبقى البائع بالرغم من التسجيل مالكا للمبيع يجوز له التصرف فيه بكل التصرفات القانونية، و تكون هذه التصرفات صحيحة منتجة لآثارها بما في ذلك نقل الملكية إلى المتصرف إليه الحقيقي، ولا يكسب المشتري السوري أي حق في شرائه، ولا يترتب بذمته أي التزام بالثمن أو بغيره.

إذ المعول عليه إرادة الطرفين الحقيقية، و هي اتجهت إلى عدم البيع وعدم إحداث أي أثر قانوني، فلا عبرة بالإرادة الصورية التي تظاهرت فقط بمظهر الإرادة المتجهة إلى البيع.

¹ - أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 20، العدد الأول، 2004، ص53.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 262.

لكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين و الخلف العام فإن له مع ذلك وجودا ماديا قد يترتب عليه أثر قانوني، فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية، و كذلك التصرف الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولا ضمنيا للميراث في القانون الفرنسي، و إذا كانت الصورية جزئية كالهبة المستورة بعقد بيع فلا ينتج العقد فيما بين المتعاقدين آثار البيع بل آثار الهبة، ولا يلتزم المتصرف إليه بدفع الثمن المذكور في العقد، ولا يلتزم المتصرف بضمان العيوب الخفية و الإستحقاق إلا في الحدود التي يلتزم فيها الواهب، و لا يمكن للمتصرف الرجوع فيها إلا في الحالات المقررة قانونا للرجوع عن الهبة، و تعامل الهبة المستورة كالهبة الظاهرة¹.

و من مقتضى القاعدة العامة "العبرة للحقيقة" أن الصورية لا تقوى على إزالة أسباب الإبطال الموضوعية المقررة قانونا بالنسبة للعقد الحقيقي المستور، وهذا الوجه الثاني لطابع الحياد الذي تتسم به الصورية.

فالصورية ليس لها تأثير على صحة أو عدم صحة العمل الحقيقي في ذاته فيبقى خاضعا لقواعد الأساس، كما لو أجري سافرا بدون صورية، فإذا كان العقد الحقيقي باطلا لسبب من الأسباب القانونية كإنتفاء الرضا أو تغييه أو إنتفاء الموضوع أو السبب أو عدم مشروعيتها أو مخالفة القانون، فإن إجراءه تحت ستار عقد صوري لا يؤثر على شائبة البطلان التي تشوبه. مع التأكيد مجددا بأن الإبطال اللاحق بالعقد الحقيقي يرجع إلى أسباب البطلان هذه و ليس لخفاء العقد المستور.

وهكذا فإن الصورية لا تؤثر على طبيعة التصرف أو مشروعيته، فما إن يكشف النقاب حتى يظهر التصرف على حقيقته، فإن كان مخالفا للقانون فيلقى الجزاء المترتب عن هذه المخالفة. فإذا كانت الصورية حيادية و ليست بذاتها سببا للبطلان فإنها في الوقت ذاته لا تصح العقود الباطلة أو القابلة للإبطال. فما إن نرفع القناع عن العقد الحقيقي المستور

¹ - نفس المرجع ، ص 228.

بإثبات صورية العقد الظاهر حتى نطبق عليه القواعد الموضوعية اللازمة لإنعقاده و صحته¹.

من خلال ما تقدم نشير إلى أن القاعدة العامة التي نحن بصدد لها أسس قانونية و لها مبرراتها و لها شروط لتطبيقها.

الفرع الأول: الأساس القانوني لقاعدة "العبرة للحقيقة في العقد الصوري"

أولاً: في القوانين المقارنة

أ- القانون المدني المصري : نصت المادة 245 منه "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي"².

ب- القانون المدني العراقي: نصت المادة 138 منه "يكون العقد المستتر هو النافذ بين المتعاقدين و الخلف العام و لا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم.

إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام إستوفى شروط صحته"³.

ج - القانون المدني الأردني لسنة 1976: في نص المادة 369 منه، وهي مطابقة للمادة 245 من القانون المدني المصري⁴.

د- القانون المدني الجزائري: حيث نصت المادة 199 منه " إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"⁵.

¹ - نفس المرجع ، ص 231-231.

² - القانون المدني المصري

³ - القانون المدني العراقي

⁴ - القانون المدني الاردني

⁵ - القانون المدني الجزائري

ثانيا : قراءة في النصوص القانونية السابقة :

أ- حرصت القوانين العربية التي سبق رؤيتها على إيراد أحكام الصورية في الفصل الذي يتناول ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان والتي تتدرج في باب آثار الإلتزام من الكتاب الخاص بالإلتزامات.

ب - يلاحظ أن نص المادة 245 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 199 من القانون المدني الجزائري لم يذكر إلا العاقدان وخلفهما العام، لكن حكمه ينطبق أيضا على كل شخص آخر تكون له مصلحة في تطبيق القاعدة العامة وفي التمسك بإرادة العاقدين الحقيقية .

ج- تورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري أن الصورية ليست سببا من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر دون الظاهر، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين¹.

الفرع الثاني: مبررات القاعدة " العبرة الحقيقية"

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة :

العقد المستور هو الذي يعبر عن حقيقة الإرادة، وعما إنطوى عليه تراضي الفرقاء ومن ثم كان من الطبيعي أن يكون هذا العقد هو المعول عليه في تحديد الآثار القانونية التي تترتب على التصرف الحاصل على الأقل بالنسبة لأطراف التصرف وخلفهم العام كما تذكر صراحة النصوص العربية.

وعملا بمبدأ سلطان الإرادة المكرس قانونا، نعلم أنه في حالة الصورية يحصل كل من التعبير الظاهر والتعبير المستور عن قصد، أي بعلم كامل وحرية لا تدع مجالا لفكرة عيب

¹ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص218.

الإرادة مبدئياً، فمن ناحية السلامة الداخلية للإرادة فليس في الصورية مساس بها ولذا لا يعاب بها التصرف الحقيقي وهي لذلك ليست سببا للبطلان.

يضاف إلى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل لهذه الإرادة حرية تشكيل التصرفات القانونية مادامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة، وليس للقانون إعتراض على ستر حقيقة هذه التصرفات باللجوء إلى الصورية¹.

ومن هنا يؤخذ بالعقد الحقيقي دون أن يقوى العقد الظاهر الذي لم يرده الفرقاء ولم يقصدا نتائجه على حجب حقيقة التراضي، فرضى المتعاقدان هو الركن لكل عقد ولكل اتفاق. وبما أن العقد الظاهر منشأ على وجه قانوني فإنه لا يلزم المتعاقدان و لا يقوى على مس القوة الملزمة للعقد المستور.

والقانون لا ينظر إلى التعبير وحده دون الإرادة نفسها، بل ينظر إلى التعبير مظهراً لإرادة موجودة وصحيحة، فإذا تبين أن ليست وراءه إرادة قائمة وصحيحة فلا يترتب على التعبير أي أثر، والعقد الظاهر هو تصرف بلا نية الإلتزام ولا تقصد منه الآثار التي ينتجها لو كان جدياً، فلا يمكن أن يكون شيئاً أكثر من تعبير لا إرادة وراءه².

تلك هي القاعدة فإذا كانت الصورية كلية لم يوجد التصرف أصلاً لإنعدام الإرادة الجدية، وإذا كانت الصورية جزئية فالعبرة من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي، هل إستهكمل شروط الإنعقاد والصحة أم لم يستكملها، فإذا كان قد إنعقد صحيحاً وجب تطبيق أحكامه لا أحكام العقد الظاهر³.

¹ - نفس المرجع، ص239.

² - نفس المرجع ، ص240.

³ - نفس المرجع ، ص241.

ثانيا: سرية الأعمال الخاصة:

هناك أيضا حق المرء بسرية أعماله الخاصة، فليس من موجب قانوني يفرض على المرء شهر الأعمال والتصرفات التي يقدم عليها، والصورية التي لا تمس مصالح الغير وحقوقه تبدو ضرورية للحفاظ على السرية¹.

ثالثا: مسلك المشرع نفسه :

يضاف إلى ما تقدم مسلك المشرع نفسه، فبالإضافة إلى النصوص المذكورة فيما سبق نجد الكثير من النصوص التي يستفاد منها بصورة ضمنية على الأقل أن الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان العقد أو العنصر الحقيقي المستور، بل هي بمثابة دعوة مكشوفة من الشارع للجوء إلى الصورية مثلا نص المادة 488 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة 456 من القانون المدني السوري والتي تتضمن أن الهبة تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

أليس في هذا النص دعوة صريحة لسلوك سبيل الصورية ؟

وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة 197 من القانون المدني العراقي التي تتضمن أن السبب الظاهري للموجب لا يكون في الأساس مفسدا بنفسه للعقد بل يبقى صحيحا إذا كان السبب الحقيقي للموجب مباحا².

ومن جهة أخرى، عندما يريد المشرع منع اللجوء إلى الصورية بمختلف أشكالها وطرقها نجده ينص صراحة على البطلان، بطلان التصرف القانوني بعنصريه الظاهر والمستور، أو بطلان العنصر المستور لوحده، ومن ذلك مثلا نص المادة 1099 من التقنين المدني

¹ - نفس المرجع ، ص241.

² - نفس المرجع ، ص242.

الفرنسي فالفقرة الأولى من هذه المادة أشارت إلى أن الزوجين لا يمكن أن يهب أحدهما الآخر بصورة غير مباشرة أكثر من القدر المسموح به في الأحكام السابقة.

وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة صريحة بقولها أن أية هبة مستورة أو جارية عن طريق شخص مستعار تكون باطلة، فالمشرع نص على البطلان في هذه الحالة الخاصة بمقتضى نص خاص، وهذا يعني أن الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان وإلا لما اضطر المشرع للنص على البطلان في حالة خاصة من حالات الصورية، إذ الأصل الإباحة، و وجود الإستثناء يدل على وجود الأصل¹.

الفرع الثالث: شروط تطبيق القاعدة العامة في الصورية

القاعدة العامة التي من مقتضاها أن العبرة للعقد الحقيقي المستور، لأن الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان، تستلزم شروطا ثلاثة لإنطباقها، الشرط الأول إيجابي، ينطوي على ضرورة وجود صورية تامة والشرطان الباقيان سلبيان ينطوي أحدهما على ضرورة انتفاء الغش والتحايل على القانون، وينطوي الآخر على ضرورة عدم وجود نص خاص يقضى بالإبطال².

أولا: ضرورة وجود صورية تامة

تشتت المحاكم للأخذ بالعقد المستور دون أن تكون الصورية سببا لبطلانه ضرورة وجود صورية تامة، أي توفر إخفاء حقيقي وكامل إذ من الملاحظ أن الهبات والوصايا المستورة كانت المجال الخصب لهذا الشرط الذي تفرضه فكرة الصورية ذاتها، من حيث أنها تنطوي على الإخفاء والتستير، فالمتصرف الصوري يود إخفاء حقيقة تصرفه، أو أي بند من بنود هذا التصرف، فعليه إذن أن يحسن طريقة التستير ولا يترك أثرا من شأنه كشف حقيقة

¹ - نفس المرجع ، ص242.

² - نفس المرجع ، ص244.

الأمر للغير، عن طريق إحكام ستر الهبة أو الوصية بالعقد الظاهر بشكل لا تستشف منه نية التبرع أما إذا كانت حقيقة التصرف غير محجوبة عن نظر الغير فليس من شأن ذلك وقوع هذا الغير في الغلط¹.

وبالتالي لم يكن ثمة إخفاء حقيقي وكامل، بل إخفاء ناقص وجزئي لا يستلزم كبير العناء لمعرفة الحقيقة. ويكفي تصفح العمل القانوني على عجل للوقوف عليها.

وهذا يعني أن الطابع الشكلي للهبة قد حل محله مبدأ إحكام ستر الهبة فالجهد الذي يبذله الواهب في ستر الهبة بستر عقد معاوضة ينبيه كفاية إلى ما هو مقدم عليه من تصرف².

وعليه إن هبة العقار أو الحقوق العينية للعقار لا تتم إلا بقيدها في السجل العقاري، وهكذا أصبح من السهل أن يجمع الفقه والقضاء على القول بصحة الهبات المستورة شرط أن يكون العقد السائر لها منظما وفق الأصول الشكلية أو الكتابية المفروضة قانونا³.

ثانيا: ضرورة إنتفاء الغش والتحايل على القانون أو على حقوق الغير

الملاحظ أن المجال الخصب لإلتقاء الصورية بالتحايل على القانون هو قانون الإرث، حيث يعمد المورث إلى تسجيل عقاراته و أملاكه على اسم أحد أولاده بغية أنه يهبه إياها أو يوصي له بها ويلبس لباس البيع أو الإقرار بدين غير متوجب بذمته أصلا متجاوزا بذلك القاعدة الشرعية "لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة"، أو متخطيا القاعدة القانونية التي تلحظ نصابا للوصية أو الهبة، وحصاة محفوظة لبعض الورثة، وحارما سائر الورثة المحتملين من حصتهم الإرثية كلها أو بعضها⁴.

1 - نفس المرجع ، ص244.

2 - نفس المرجع، ص248.

3 - نفس المرجع ، ص250.

4 - نفس المرجع ، ص259.

وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية "من المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثمة فإن النعي علي القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"¹.

كما قضت "أن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون"².

إن التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام، هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه معتبرين شرعا أو الزيادة أو النقص في حصتهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة والصادرة من المورث في حالة صحته إلى أحد ورثته تكون صحيحة و لو كان المورث قد قصد بها إلى حرمان بعض ورثته، لأن ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه³.

فإذا تم التحايل على القانون إضرارا بأحد المتعاقدين جاز له و لورثته من بعده إثبات العقد الحقيقي المستتر بكافة طرق الثبات، أما إذا كان التحايل تم إضرارا بغير المتعاقدين فلا يجوز لأيهما إثبات العقد الحقيقي إلا وفقا للقواعد العامة فقد يثبت بعقد البيع ثمنا أكبر من الثمن الحقيقي لمنع شفعة فيكون التحايل هنا إضرارا بالشفيع أي بغير المتعاقدين فحين إذن لا يجوز للمتعاقد إثبات حقيقة الثمن إلا وفقا للقواعد العامة⁴.

و في مصر و الجزائر نصت المادة 777 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 918 من القانون المدني المصري فقد إضطر المشرع للتماشي مع الحيلة التي لجأ إليها

¹ المجلة القضائية 3~1992 ملف 59240 بتاريخ 5 مارس 1990

² نبيل صقر، المرجع السابق، ص 82.

³ -أنور طلبة، المرجع السابق، ص 255.

⁴ - نفس المرجع، ص 255.

المتصرف في إجازة تصرفه، فقلما كانت المحاكم المصرية تبطل عقدا إحتفظ بشكل البيع حتى لو نص العقد على أن البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشيء المبيع طوال حياته¹.

ولقد قضت المحكمة العليا الجزائرية "من المقرر قانونا أنه يعتبر وصية و تجري عليها أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبب وفاة أحد الممتلكين الأب أو البنت فإن قضاة الموضوع بتعينهم لموثق لتحرير الفريضة وحصر مخلفات المتوفى طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"².

ومثال التحايل على حقوق الغير أن يعمد المدين إلى نقل الملكية على اسم زوجته أو أحد أفراد أسرته أو أحد أصدقائه أو معارفه وذلك لدى الدوائر الرسمية المتخصصة لا لشيء إلا لتهرب المال من وجهة الدائنين باستعمال صيغة البيع أو غيره من عقود المعاوضة، دون أن يكون في الواقع لا بيع و لا وصية ولا هبة بل مجرد واجهة كاذبة لتصرف مفقر ، فإذا توصل الدائنون لإثبات ذلك إنهارت الواجهة وبطل التصرف الصوري من أساسه و لكن بعد أن يتحمل الدائن مشقة الإدعاء وعبء الإثبات و بطء سير المحاكمات³.

¹ - نفس المرجع، ص218.

² المجلة القضائية 2~1993ملف 74249 بتاريخ 28 05 1991

³ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص270.

ثالثاً : عدم وجود نص خاص يقضي بالإبطال

يبدو أن هذا الشرط مقتصر على القانون الفرنسي فقد أدرك المشرع و الفقه و الإجتهاـد هناك خطورة المبدأ القائل بحياد الصورية و بأنها بذاتها سبب لبطلان الحقيقة المستورة، و ذلك في حالات معينة، حيث نصت المادة 911 من التقنين المدني الفرنسي على ما يلي "تبطل الهبة أو الوصية الحاصلة لمصلحة شخص محروم من أهلية قبولها و ذلك سواء أجريت تحت الستار عقد ذي عوض أو عن طريق شخص مستعار"

وقد اعتبر الإجتهاـد الفرنسي أن كل تبرع للأولاد الطبيعيين جار بواسطة الصورية بطريق التستير أو التسخير باطل، ليس فقط بالقدر الزائد على القدر المسموح به قانوناً بل باطل بأكمله و هكذا فكل محاولة لخرق الأحكام القانونية و اللجوء إلى الصورية لستر التحايل على القانون و مخالفته بغية التبرع للولد الطبيعي بأكثر من القدر المسموح التبرع له به يحبطها القانون و يبطل التبرع كله¹.

فبذلك وحده يتريث المتبرع و يحجم عن اللجوء إلى الصورية و ينصاع إلى أحكام القانون و نشير هنا إلى أنه عندما يقضي القانون ببطلان العقد المستور كما هي الحال بالنسبة لما نحن بصددده الآن، فإن العقد الظاهر يتلاشى بدوره لأنه لم يوجد ليـدوم بل ليستر مؤقتاً العقد الحقيقي فهو سائر إلى الزوال².

¹ - نفس المرجع ، ص276

² - نفس المرجع ، ص278

المطلب الثاني: الاستثناء في الصورية " العبرة للظاهر "

لعل من ملطفات القاعدة العامة في الصورية الواردة في المادة 199 من القانون المدني الجزائري و ما يقابلها في القوانين المقارنة ما نصت عليه المادة 198 حيث نصت انه "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"¹.

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفرنسي فقد نص على هذا الإستثناء من خلال نص المادة 1321 في الشطر الثاني حيث نصت أنه لا مفعول البتة لعقود الضد بوجه الأغيار. وقد فسر الفقه و الإجتهد في فرنسا هذا الشطر بأنه لا يحول دون حق الأغيار بالتمسك بعقود الضد إذا كانت لهم مصلحة في التذرع بها فالحقيقة ولو سترت تضل حقيقة. و يحق للأشخاص الثالثين في إعتبار الحجاب الظاهر الذي خدعهم هو المعبر عن حقيقة التراضي (أي تمسهم بالعقد الصوري). أي أن كلمة الأغيار المذكور هنا في الحالات الغالبة دائني المتعاقدين و خلفائهم الخصوصيين نظرا لأنهم هم الذين يضارون عادة من عقود الضد².

الفرع الأول: الأساس القانوني للاستثناء عن القاعدة

أولاً: في القوانين المقارنة و القانون الجزائري

القانون المدني المصري : نصت المادة 244 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر و يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

¹ - القانون المدني الجزائري

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص294.

و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر و تمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.¹

القانون المدني العراقي: نصت المادة 137 من القانون المدني العراقي على ما يلي " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري. كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك البعض بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.²

القانون المدني الأردني الجديد : رقم 43 لسنة 1976 نجد أن المادة 368 هي طبق الأصل مع المادة 244 من القانون المدني المصري.³

القانون المدني الجزائري : نصت المادة 198 من القانون المدني الجزائري " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري.⁴

ثانيا : قراءة في النصوص القانونية الخاصة بالاستثناء :

نجد أن النص الذي أعطى الاستثناء قد ورد قبل القاعدة العامة فمثلا نجد أنه في القانون المدني الجزائري أن القاعدة العامة " العبرة للحقيقة " وردت في نص المادة 199 ، أما الاستثناء فقط ورد في نص المادة 198 ، و كذلك القانون المدني المصري الاستثناء ورد في نص المادة 244 و القاعدة في المادة 245.

¹ - القانون المدني المصري.

² - القانون المدني العراقي.

³ - القانون المدني الاردني.

⁴ - القانون المدني الجزائري

في حين نجد أن القانون الفرنسي يختلف فالقاعدة العامة نصت عليها المادة 1321 في شطرها الأول ، أما الإستثناء فقد ورد في نفس المادة 1321 في شطرها الثاني .

يؤخذ على نص المادة 244 من القانون المدني المصري وما يقابلها من مواد في القوانين المقارنة أنه وُحِدَ في الحكم بين دائتي المتصرف بالعقد المذكور وخلفه الخاص ، وأنه خولهم جميعا متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد السوري في حين أن الفريق الأول منهم ليس من مصلحته أن يتمسك بهذا العقد بل إن مصلحته هي في التمسك بالعقد المستور كما تقضي بذلك القاعدة الأصلية.

ويؤخذ على هذا النص أن الفريق الثاني ممن عناهم وهم دائنو المتصرف إليه وخلفه الخاص إذا كانوا قد اطمأنوا إلى العقد السوري و بنوا عليه تعاملهم مع مدينهم أو سلفهم ، يبدو أن النص يخولهم الخيار بين التمسك بالعقد السوري أو التمسك بالعقد المستور في حين أن هذا الفريق لا مصلحة له في التمسك بالعقد السوري وإن مصلحته هذه هي التي أراد المشرع أن يكفلها له بالنص المذكور .

ولا ينطبق ما جاء في النص خاصا بجواز التمسك بالعقد المستور إلا على الفريق الأول وحده¹.

كما يعاب على نص المادة 244 من القانون المصري انه لا يظهر منه ما المقصود به بعبارة "ذوي الشأن"، ولكن من المؤكد انه لا يقصد به علاقة احد المتعاقدين بالآخر أو علاقة احدهم بورثة الآخر لأن هاتين العلاقتين تحكمهما المادة 245 التي تقضي بإعمال العقد الحقيقي دون العقد السوري².

¹ - سامي عبد الله قاضي. المرجع السابق، ص 219.

² - نفس المرجع ، ص 219.

الفرع الثاني : مبررات الاستثناء

أولاً : حماية الغير بالتمسك بالعمل الظاهر

إذا كان حق الغير بالتمسك بالعمل الظاهر مكرس قانوناً، ولا جدال بشأنه ، فالرأي الفقهي برر النص بالاستناد إلى فكرة الظاهر، فللشخص الثالث الحسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر الذي ليس له وجود قانوني لأنه انخدع به حماية له وحفاظاً لحقوقه ، وهو الذي انخدع بالظاهر وبني تعامله على أساسه فقد أجاز له استثناء التمسك بالظاهر كما لو كان عقداً صحيحاً مستجمعاً كل شروط تكوينه وصحته دون أن يحق للمتعاقدين ولمن كان في حكمهم الإدلاء بوجهه بعقد سري بقي طي الخفاء سواء كان يتضمنه سند عادي أو سند رسمي أو كان له تاريخ صحيح، وبذلك يستقر التعامل وتبعث الثقة والاطمئنان في النفوس¹.

ثانياً : مبدأ حسن النية :

يذهب فريق من الفقهاء أن كل ما يطلب من الشخص الثالث للتذرع بالظاهر هو حسن نيته دون الالتفات إلى حسن أو سوء نية المتصرف الصوري تماماً كما هي الحال بالنسبة لنظرية الظواهر، ويضيفون إلى ذلك قولهم بأنه إذا تعارضت مصالح الأغيار وتذرع بعضهم بالعقد الظاهر وتذرع البعض الآخر بالعقد المستور فإن الأفضلية هي لمن يتذرع بالظاهر، وهنا تبدو فكرة إيقاع العقوبة بالمتصرف الصوري عاجزة عن تبرير هذا الحل طالما أن النزاع يدور بين أشخاص ثالثين غرباء عن الصورية².

¹ - نفس المرجع ، ص296.

² - سامي عبد الله قاضي. المرجع السابق، ص295.

ثالثاً: الإعتبار الأخلاقي

يذهب بعض الفقهاء أن خلق الظاهر خادع من شأنه تضليل الغير الأمر الذي يرتب مسؤولية من خلفه وبالتالي لابد من جزاء يلحقه جراء هذه المسؤولية، وهذا الجزاء هو حرمانه من التمسك بالعقد الحقيقي المستور بوجه الغير المخدوع ومنح هذا الأخير الحق التمسك بالعقد الظاهر ويستشهدون برأيهم بالقول أن دائني المتصرف إليه الصوري الذين نشأة حقوقهم قبل التصرف وبالتالي لم يكونوا إزاء ظاهر خادع، يمكنهم التمسك بالظاهر وهذا الأمر يؤكد لنا أننا إزاء عقوبة تلحق بالمستفيد من التصرف¹.

ونحن نرى أن الاعتبار الأخلاقي يحول دون إضفاء أية صفة قانونية على الكذب وعلى الظاهر الكاذب إذ لا قيمة إلا للحقيقة.

إلا أن المشرع الفرنسي وسائر المشرعين العرب ارتأوا الأخذ بحل مخفف هو عدم سريان الظاهر الخادع بوجه الغير حارمين الفرقاء من الميزة التي ابتغوها من لجوئهم إلى الصورية وذلك مع بقائهم في ظل العقد الحقيقي خاضعين لأحكامه².

¹ - نفس المرجع ، ص297.

² - نفس المرجع ، ص298.

الفرع الثالث: شروط تطبيق الاستثناء

أولاً: الأشخاص المشمولين بالحماية الإستثنائية

مفهوم الغير:

إن الوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى الغير يتلخص في حماية لكل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فيبني عليه تعامله وأن استقرار التعامل والعدالة يقضيان بأن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه قائماً ينتج آثاره إذا كانت له مصلحة في ذلك¹.

و يبدو مؤكداً أن مفهوم الغير في الصورية يقتصر على الأشخاص الذين خدعوا بالظاهر ولم يساهموا في خلقه، أي لم يكونوا أطرافاً في الصورية أو ممثلين بأحد أطرافها ولهم مصلحة أكيدة في التذرع بالعقد الظاهر الصوري لحماية حقوقهم المستمدة من أحد أطراف الصورية.

ب- من يعتبر غيراً بالنسبة لأثر الصورية

لقد تكلم القانون الفرنسي عن الأشخاص الثالثين وتأثير العقود المعقودة دون أن يكونوا ممثلين فيها في مادتين من مواد القانون المدني.

الأولى هي المادة 1165 التي تنص على أن العقود لا تتناول الأشخاص الثالثين لا بالنفع ولا بالضرر².

وهذه المادة تقابلها المادة 113 من القانون المدني الجزائري التي جاء نصها " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"³.

¹ - نفس المرجع ، ص300.

² - القانون المدني الفرنسي.

³ - القانون المدني الجزائري.

أما الثانية فهي المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "عقود الضد لا يمكن أن يكون لها تأثير إلا بين المتعاقدين وأنها لا يمكن أن تطال الأشخاص الثالثين أي الأغيار."، لكن القانون الفرنسي لم يحدد ما يقصده بالأشخاص الثالثين.

والحقيقة أن الشارع قصد أولئك الأشخاص الثالثين الذين هم مبدئياً غرباء تماماً عن العقد أي الأشخاص الذين ليست لهم أي علاقة قانونية مع أحد أطراف التصرف، فلا يمكن تصور أن نتائج العقد الذي لم يكونوا ممثلين فيه تسري عليهم .

والحماية المقررة للغير لا تهدف فقط لحماية الأشخاص الغرباء تماماً عن العقد بل تمتد لتشمل الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا خدعوا بالصورية جراء علاقتهم القانونية بأحد أطراف التصرف الصوري و الذين لا يعرفون إلا العقد الظاهر.

أي أن الحماية تشمل الدائنين والخلفاء الخصوصيين الذين كان يسري عليهم مبدئياً العقد المستور لو كان علنياً، إلا أنها لا تمتد لتشمل الخلفاء العامين أو الخلفاء بوجه عام للأطراف الصورية¹.

وحسنا فعل المشرع الجزائري حين حددهم في المادة 198 بدائني المتعاقدين و الخلف الخاص.

1-الدائنون

الدائن يعتبر من الغير في الصورية سواء كان دائناً شخصياً أو دائناً مرتتهناً، فيجوز لأي منهما إثبات الصورية بكافة الطرق وللدائن المرتتهن مصلحة في التمسك بالصورية حتى ولو كان رهنه مقيداً لـتفادي اتخاذ إجراءات التطهير والرجوع على الحائز ولـتفادي بطلان الإجراءات التي باشروها ضد المدين في غير مواجهة الحائز.

¹ - سامي عبد الله قاضي، المرجع السابق، ص 301.

وللدائن التمسك بصورية التصرف الصادر من مدينه سواء كان حقه سابقا على هذا التصرف أو لاحقا عليه خلافا لما هو في الدعوى البولصية، وقضت محكمة النقض المصرية بأن الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية، ويجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري، بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف، إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف، و يظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين، سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصوري أو لاحقا¹.

ويرى السنهاوري أن الدائن العادي لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين وإنما تسري في حقه تصرفات المدين باعتبارها وقائع مادية وقضت محكمة النقض المصرية بأن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هي دعوى أساسها الملكية، فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاقه إياه، ولا يصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شراءه الذي لم يسجل بمقولة أنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائنه الشخصي المعترف خلفا عاما².

وتبعا لذلك تسري بوجه الدائنين العاديين العقود والتصرفات التي أجراها المدين بغير نية الإضرار بهم، ولتلافي سوء نيته وتحايله على حقوقهم فقد جاءت المادة 156 من القانون المدني المصري صريحة بمنحها الدائنين حق الطعن بالتصرفات الصورية الصادرة عن المدين، ولعل هذا الأمر هو الذي حمل المشرع المصري وسائر المشرعين العرب على النص على الصورية في باب المحافظة على الضمان العام للدائنين³.

¹ - أنور طلبية المرجع السابق، ص 218.

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الإثبات - آثار الالتزام، الجزء الثاني، دون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 935.

³ - سامي عبد الله قاضي، المرجع السابق، ص 305.

وبوصفهم من الغير يحق للدائنين الشخصيين التذرع بالظاهر الذي رأوه، فدائنو الشخص المستعار يمكنهم التنفيذ على المال المسجل على اسمه، وعلى المال الموجود بحوزته ولا يصح الإدلاء بوجههم بعقد الضد "العقد الحقيقي" الذي يثبت كونه شخصا مستعاراً، كما يمكنهم تلافي مزاحمة دائن آخر يستمد حقه من عقد الضد¹، وكالدائن الشخصي الدائن المضمون حقه بضمانة عينية أي الدائن صاحب حق التأمين إذا لم يدلي بصفته كدائن مؤمن أما إذا تذرع بصفته هذه فإنه يعتبر بمثابة خلف خاص لأنه صاحب حق عيني عقاري، ويبقى له حق التمسك بالظاهر الخادع بوصفه من الغير وذلك سواء كان صاحب حق تأمين اتفاقي أو قضائي أو قانوني، ولكن بما أننا نكون إزاء صاحب حق عيني عقاري خاضع للتسجيل في السجل العقاري مبدئياً، وبما أن عقد الضد قد سجل هناك أيضاً بتاريخ سابق لتاريخ قيد الرهن أو التأمين فقد يتعرض الدائن لأن يفقد حقه بالتمسك بالظاهر جراء معرفته بعقد الضد الذي يكون قد سجل أو جراء الأحكام القانونية التي ترعى نظام السجل العقاري².

2 - الخلفاء الخصوصيون :

الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه، أو حق شخصي كان سلفه دائناً به من قبل فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه³، وكذلك الموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً للواهب له، والمنتفع يخلف المالك في حق الإنتفاع والموصى له بعين يخلف فيها الموصى⁴.

¹ - نفس المرجع ، ص306.

² - نفس المرجع ، ص308.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري :مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة، المرجع السابق، ص321.

⁴ - نفس المرجع، ص322.

ولما كان الخلف الخاص هو كل من تلقى حقا عينيا من المدين سواء تم ذلك قبل التصرف الصوري أو بعده، فيعتبر الدائن المرتهن والمشتري خلفا خاصا متى كانت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري وذلك بتسجيل عقد البيع الوارد على العقار¹.

ومنه فالخلف الخاص هو كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري، سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف الصوري أو تاليا له.

فلو باع شخص دارا من آخر بيعا صوريا، فكل من كسب حقا عينيا على هذه الدار قبل التصرف الصوري أو بعده من البائع أو المشتري يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم، مثل من يكسب حقا عينيا من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتهن يرهن له البائع العقار ثم يبيعه بعد ذلك بيعا صوريا، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثان يبتاع منه العقار مرة أخرى بيعا جديا بعد أن باعه بيعا صوريا، فكل من الدائن والمرتهن والمشتري بعقد جدي يعتبرون غيرا بالنسبة إلى البيع الصوري، ومن حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية حتى يسلم له حقه الذي كسبه من البائع²، ويلاحظ أن هذا الفريق الأول ليس إلا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين في البيع الصوري أي خلفا خاصا للبائع أو خلفا خاصا للمشتري.

ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو المشتري بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع أو المشتري. فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري، بعقد جدي من المشتري والدائن الذي إرتهن من المشتري الدار³.

¹ -أنور طلبية المرجع السابق.ص68.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات - آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 1088.

³ - نفس المرجع، ص 1089.

3- وضع بعض الفئات من الأشخاص ومتى يعتبرون من الغير:

بغية تفادي الغموض الذي يحيط بمفهوم الغير نجد عبارة الدائنين والخلفاء الخصوصيون للمتعاقدین .

ولذلك فقد واجه الفقه والإجتهاد مسألة هامة وهي ما إذا كانت الحماية الإستثنائية المقررة للأشخاص الثالثین تقتصر على الدائنين والخلف الخاص للمتعاقدین أم أنها تتعداهم إلى سواهم من الأشخاص.

والرأي السائد فقها وقضاء أنه كل من اطمأن إلى العقد الظاهر و بنى عليه تعامله واعتمد عليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي يمكنه التذرع به¹.

وعليه فالتعداد الوارد في المادة 198 من القانون المدني الجزائري، وما يقابلها من مواد في القوانين العربية هو على سبيل التمثيل وليس الحصر وعلى هذا فهو يمتد ليشمل.

3 - أ الشفيع:

يعتبر الشفيع من طبقة الغير سواء لعقد البيع الصوري، الذي يطلب أخذ العقار المبيع بموجبه بالشفعة أو بالنسبة للبيع الثاني الذي يطعن فيه بالصورة المطلقة.

ففي الحالة الأولى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر ويطلب الشفعة فيه، فلا يحتج عليه بالعقد الحقيقي المستتر ما لم يكن سيء النية أي يعلم بأن العقد الظاهر صوري صورة مطلقة لا تنتقل بموجبه ملكية العقار إلى المشتري وبالتالي لا يجوز أخذه بالشفعة لأن الشفيع فيها يحل محل المشتري وبالتالي يكون الحلول في البيع الصوري لا محل له.

وفي الحالة الثانية عندما يطلب الشفيع أخذ العقار بالشفعة، فيقوم المشتري ببيع العقار لآخر بيعا صوريا لمنع الشفعة فإن الشفيع يكون من طبقة الغير بالنسبة لهذا البيع الصوري وبالتالي يجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا ومنها البيئة والقرائن¹.

¹ - سامي عبد الله قاضي. المرجع السابق، ص318.

3- ب المدين: يعتبر من الغير في الحالة الصورية الصادرة من الدائن، ولذا يكون له إذا كان الدين منازعا فيه أن يتخلص منه، بدفعه الثمن والمصروفات للمحال له الصوري، فضلا أن المحال له يعتبر من الغير ولا يمكن المدين أن يدلي بوجهه بعقد الضد المثبت لصورية الدين².

3 - ج كل شخص لم يكن طرفا في العقد الصوري وانخدع به:

يمكن أن يعتبر من الغير ويحق له التمسك به أو طلب إعلان صوريته حسب مصلحته، ويبقى الأمر كذلك حتى ولو كان هذا الشخص قد باع في الأصل العين موضوع النزاع بيعا صوريا، فإذا باع زيد لعمر منزله بيعا صوريا ثم مات عمر فباع وارثه المنزل لآخر بيعا صوريا أيضا فيعتبر زيد من الغير بالنسبة للعقد الصادر من وارث عمر³.

3 - د كل شخص كان ممثلا في العمل الصوري :

كل شخص كان ممثلا في العمل الصوري بممثل قانوني أو قضائي أو إتفاقي لا يعتبر من الغير مبدئيا فمن أوكل إلى أحد أصدقائه شراء مال معين بوصفه شخصا مستعارا لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقود الصورية التي يبرمها هذا الوكيل، إلا أن لهذا المبدأ استثناءا هاما، عندما يتواطأ الوكيل أو الشخص المستعار أو الممثل القانوني أو الإتفاقي على هضم حقوق الموكل أو حقوق مستعير الاسم، فحينذاك يصبح هؤلاء الأشخاص من فئة الغير ويمكنهم إثبات التواطؤ والصورية⁴.

1 - أنور طلبية المرجع السابق، ص 217.

2 - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 321.

3 - نفس المرجع ، ص 322.

4 - نفس المرجع ، ص 322.

3 - هـ الورثة:

إن الفقه و الإجتهد يعتبران الورثة من الغير بالنسبة للتصرفات الضارة بهم والصادرة من المورث والمتعلقة بحقوق يتلقونها مباشرة من القانون أو الشرع كحقوقهم الإرثية¹.

3- و الإدارة: تعتبر الإدارة من الغير بالنسبة للعقود المشوبة بالصورية الحاصلة للتهرب من رسوم التسجيل والضرائب، فلا يسري عقد الضد بوجهها وإن كان يمكنها التمسك به كما لو كان يلحظ ثمنا أعلى من الثمن المذكور في عقد التسجيل².

4 - الأشخاص الذين لا يعتبرون من الغير في العقد الصوري:

أ- أطراف التصرف الصوري

أطراف التصرف الصوري لا يعتبرون من الغير إذ لا يمكنهم التذرع بفكرة الظاهر الخادع، هذا الظاهر الذي خلقوه بإرادتهم وبمعرفتهم، وأنه جرى بموافقته عليه، كما أن فكرة إيقاع العقوبة التي يتخذها البعض مبررا لحق الغير بالتذرع بالظاهر لا يمكن أن تمدهم بأي سند لهذه الجهة، لا سيما وأنها تركز على فكرة عقابهم عن طريق السماح للغير بالتذرع بالعقد الظاهر بمواجهتهم، إلا أن ذلك لا يمنعهم من التمسك بالعقد الظاهر في الحالة التي يتعذر فيها لسبب أو لآخر إثبات الصورية في التعاقد، فعند ذلك يصبح من الواجب النظر في العقد الظاهر كما لو كان معبرا عن حقيقة إرادة الفقاء.

ب-المنتفع في عقد الإشتراط لمصلحة الغير

إذا كان العقد الجاري بين المشتراط و المتعهد عقدا صوريا فيجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية، لا يعلم بصورية العقد وذلك أن

¹ - نفس المرجع ، ص323.

² - نفس المرجع ، ص325.

المنتفع قد إستمد حقه من العقد الصوري، وشرط الغير في الصورية ألا يكون حقه الذي يراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته¹.

ثانيا: حسن نية الغير

إن فمعنى حسن نية الغير أنه كان يجهل وجود العقد المستور، أي يجهل حصول الصورية وقت تعامله مع أحد أطرافها، أي في الوقت الذي نشأ فيه حقه، ولا أهمية لما إذا كان قد علم بالصورية فيما بعد، فعند ذلك فقط يكون جديرا بالحماية الإستثنائية.

وفي مجال الصورية في التصرفات العقارية ما هو تأثير قيد أو تسجيل أو شهر عقد الضد على حسن نية الغير وعلى إمكانية انتقال الملكية العقارية لهذا الغير.

فقد يسجل عقد الضد على الصفحة العينية في أمانة التسجيل العقاري، فهل تسجيلها وقيدها هناك يؤدي بذاته إلى جعل الغير عالما بحقيقة التصرف أي سيئ النية فيحرم من حقه بالتمسك بالعقد الظاهر؟.

للإجابة فإنه يجب التمييز بين أنظمة الشهر ففي نظام الشهر العيني فإن تسجيل عقد الضد المثبت لحقيقة الاتفاق على الصحيفة العينية للعقار، ينزع عن صاحب الاسم المستعار ملكيته الظاهرة الأمر الذي يحول دون حق من اشترى منه بتسجيل شراؤه واكتسابه ملكية العقار أو الحق العيني العقاري وذلك سواء كان تسجيل عقد الضد قبل أو بعد البيع للشخص الثالث، ولكن قبل تسجيل البيع في السجل العقاري.

لنضرب مثالا على ذلك :

باع خليل عقاره بيعا صوريا من أنيس ونظم بينهما عقد ضد يفيد وهمية البيع إلا أن أنيسا المالك الظاهر باع ذات العقار من عدنان وقبض الثمن، وعندما حضر إلى أمانة السجل العقاري لتسجيل البيع فوجئ عدنان بأن عقد الضد الذي يفيد أن أنيسا هو مجرد اسم مستعار

¹ - نفس المرجع ، ص325.

مسجل على الصحيفة العينية، فعند لا يشفع لعدنان حسن نيته وذلك سواء سجل عقد الضد قبل تنظيم عقد البيع الجاري بين أنيس وعدنان أو بعد ذلك، ولا يبقى لعدنان إلا الرجوع بدعوى التعويض بوجه أنيس و خليل معا.

والحل ذاته يطبق بالنسبة لدائني الشخصيين سواء نشأت حقوقهم قبل البيع الصوري أو بعده¹.

¹ - نفس المرجع ، ص333.

المبحث الثاني: الدعوى الصورية في التصرفات العقارية

تهدف الدعوى الصورية إلى حماية حقوق الدائنين في المحافظة على الضمان العام لديونهم و بذلك فإنه يشترط فيمن يلجا إليها أن يتمتع بالأهلية القانونية لكي يستطيع مباشرة الدعوى و في حال كان ناقص الأهلية فإن الذي يحل مكانه الولي أو الوصي عليه، أي أنه يفترض أن يكون صاحب صفة كما يفترض به أن يكون صاحب مصلحة في رفعها أي أن من شروط الدعوى الصفة و المصلحة.

وعلى هذا سيتم تناول ماهية الدعوى الصورية من تعريف و خصائص و ما يميزها عن غيرها من الدعاوى.

المطلب الأول: ماهية الدعوى الصورية

الفرع الأول: تعريف الدعوى الصورية و تحديد خصائصها

أولاً: تعريف الدعوى الصورية

دعوى الصورية تنصرف إلى تقرير صورية العقد المطعون فيه بإعتباره يخالف حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان و لذلك يجب أن تنحصر طلبات المدعي المتعلقة بالطعن في العقد بتقدير صوريته و بعد ذلك يحق له أن يضيف طلبات أخرى كتثبيت ملكيته لعين النزاع عندما يكون مشترياً سجل التصرف الصوري، و قد يكون وارثاً يطعن على العقد الصادر من مورثه بالصورية باعتبار أنه يخفي وصية مثال ذلك أن يتحايل الأفراد على القاعدة الشرعية المقيدة لحرية الإيصاء أي قاعدة عدم نفاذ الوصية لوارث أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث وغالباً يتخذون من العقد وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ويذكرون في العقد ثمنًا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر ويحتفظ البائع بحق الإنتفاع بالعين المباعة طوال حياته، بل قد يشترط أيضا منع المشتري من التصرف

في تلك العين طوال حياة البائع وهي شروط مشروعة في ذاتها إذ يجوز أن يقتصر البيع على ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة ثم يعير المشتري العين للبائع طوال حياته¹.

كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة وهذه المدة قد تكون طوال حياة البائع أما إذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم فإذا ثبت صورية الثمن وقصد التحايل على القانون فإن العقد يؤخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفات البائع فيما زاد عن ثلث التركة إلا بإقرارهم وللورثة إثبات صورية الثمن وقصد التحايل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن².

والقرائن القضائية تختلف من قضية إلى أخرى فنجد أن بعض المحاكم المصرية قد اتخذت من بخر الثمن أو فقر المشتري أو عدم حاجة البائع قرائن على صورية الثمن كما اتخذ من اشتراط منع المشتري من التصرف³.

و احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومن عدم شهر العقد الوارد على العقار مع إبقائه في يد المتصرف إلى حين وفاته قرائن على قصد الاحتفاظ بمزايا العملية تحايلا على قواعد الإيصاء⁴.

مفاد ما تقدم أن دعوى الصورية ليست دعوى بطلان للتصرف. و قضت محكمة النقض المصرية بأن الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية و أن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أن في حقيقتها و بحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر و هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم⁵.

¹ - محمد حسنين, عقد البيع في القانون المدني الجزائري , دون طبعة, دار المطبوعات الجامعية ,بن عكنون الجزائر, 2000, ص220.

² - نفس المرجع ,ص220.

³ - نفس المرجع ,ص222.

⁴ - نفس المرجع ,ص223.

⁵ -أنور طلبية, المرجع السابق,ص104-105.

و أوردت محكمة التمييز اللبنانية " ترمي دعوى الصورية إلى إعلان حقيقة ظاهر العقد "

وهكذا فإن هذه الدعوى ترمي إلى كشف النقاب عن حقيقة التصرف الحاصل برفع الستار الخادع عنه توصلا لترتيب النتائج القانونية على حقيقة التصرف أو الواقعة القانونية الحقيقية.

و هناك من يقول بأن دعوى الصورية هي دعوى تعويض أو دعوى إعلان عدم وجود العقد الظاهر أو بطلانه أو دعوى عدم نفاذ العقد المستور، و من الواضح أن هذه الدعوى تجد أساسها من مبدأ احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و عدم 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 الكاذب و رفع القناع عن الحقيقة المستورة¹.

ثانيا: خصائص الدعوى الصورية

أ- ارتباط الدعوى الصورية بالضمان العام لحق الدائنين:

طبقا لنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه "

وعليه فالمشرع الجزائري و على غرار القوانين الحديثة قدم من الوسائل القانونية ما يكفل الإلتزام و على حق الدائنين، حيث تناول القانون المدني الجزائري في الفصل الثالث من الباب الخاص بآثار الإلتزام تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين المواد من 188-202 و هذه الوسائل ليست مجرد طرق تحفظية، كما أنها لا تؤدي إلى التنفيذ المباشر و لكنها تمهد

¹ - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص348.

للتنفيذ إذ أنه يعيقها دون أن يستغرقه و من هذه الدعاوي الدعوى غير المباشرة - الدعوى البولصية- الدعوى الصورية.

نذكر أن هذه الدعوي هي إحدى وسائل حماية الضمان العام حيث تقسم هذه الوسائل إلى الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية.

وتتمثل الوسائل التحفظية في وسائل يضعها القانون تحت تصرف الدائن للمحافظة علي حقه الذي يريد التنفيذ به أي يتخذه من ماله مثال ذلك أن يقطع التقادم منعا لسقوط حقه أو تجديد قيد الرهن¹.

ولقد تطرق المشرع الجزائري لموضوع الحجز على العقارات والحقوق العينية العقارية حيث يمثل آخر وسيلة جبرية يلجأ إليها الدائن بغية استيفاء دينه بعدما ألغي الإكراه البدني من مجال التنفيذ حيث يخول هذا الإجراء وضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء لبيعها بالمزاد العلني سواء كانت تحت يد المدين أو في حيازة الغير.

وتشكل التأمينات العينية من رهن أو حق إمتياز الإستثناء عن القاعدة بحيث يجوز لأصحاب هذه التأمينات الحائزين لسندات تنفيذية أن يبدؤوا بالتنفيذ على العقار المثقل بإتماناتهم بغض النظر عن كفاية منقولات مدينهم للوفاء بالدين عملا بأحكام المادة 721 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

وهذا المبدأ أكده قرار المحكمة العليا يقضي بأن إجراء نزع الملكية العقارية من المدين مقدم بعدم كفاية المنقولات المحجوزة للوفاء بالدين².

¹ - عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الالتزام بوجه عام, الجزء الثاني, دون طبعة, شركة الجلال للطباعة, الاسكندرية, 2004, ص874.

² - عبد الرحمان بربارة, طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية, الطبعة الأولى, منشورات بغدادي, الجزائر, 2009, ص224.

أما الوسائل التنفيذية تهدف إلى اقتضاء الدائن حقه من أموال المدين بواسطة القضاء ولا يجوز التنفيذ إلا بمقتضى سند تنفيذي¹.

وصور الحجز التنفيذي تتمثل في حجز ما للمدين للغير يوقعه الدائن على حقوق مدينه أو منقولاته التي تكون في ذمة الغير قصد منع هذا الأخير من الوفاء للمدين أو تسليمه ما في حيازته ويشمل المنقولات الأسهم والحصص والأرباح.

و الحجز التنفيذي علي عقارات المدين إجراء استثنائي في حالة عدم كفاية المنقولات².

وعليه فان الدعوى الصورية و الدعوى البولصية والدعوى الغير مباشرة هي وسائل وسطى بين الوسائل التحفظية و الوسائل التنفيذية.

ب- الدعوى الصورية ليست دعوى بطلان التصرف:

لمحكمة الموضوع أن تعطي الدعوى وصفها الحق و تكييفها القانوني الصحيح، و من ثم يكون لها إذا رفعت إليها الدعوى بطلب بطلان عقد و رأت أن التكييف الصحيح لها أنها دعوى صورية وجب عليها أن تقضي فيها وفقا لهذا التكييف الأخير³.

ج- اختلاف اثر الدعوى الصورية بحسب نوع الصورية:

يختلف الأثر المترتب على الصورية في حالة الصورية المطلقة عنه في حالة الصورية النسبية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 874.

² - عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية. المرجع السابق، ص 206.

³ - أنور طلبية، الصورية، المرجع السابق، ص 105.

فإذا كانت الصورية المطلقة فلا يكون للعقد الصوري الظاهر وجود في الحقيقة لان هذه الصورية تنال من وجود العقد ذاته فتؤدي به إلى العدم مفاد ذلك أن العلاقة بين المتعاقدين يتعين النظر إليها كما لو كان العقد لم يبرم إطلاقاً، فالمالك يظل مالكا و لا يلتزم قبل المتعاقد الآخر بأي من الالتزامات التي يربتها العقد يقابل ذلك أن المتعاقد الآخر لا يلتزم بدوره بأي من تلك الالتزامات.

أما إذا كانت الصورية نسبية فإن العقد يكون موجوداً، إذ ترد هذه الصورية على نوع العقد أو على ركن أو شرط منه أو على أحد المتعاقدين، فالعقد موجود و حقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان و أحلا محله حكما صوريا¹.

د- الدعوى الصورية قد تكون قابلة للتجزئة و قد لا تكون قابلة لها

فتكون الدعوى الصورية قابلة للتجزئة إذا وردت على تصرف يقبل محله التجزئة كأرض فضاء زراعة إذ يجوز تجزئتها بحيث ينفذ العقد في القدر الذي لا يمس حقوق متصرف إليه آخر.

و تكون غير قابلة للتجزئة إذا استحال إعتبار العقد جدياً بالنسبة لبعض الخصوم و صورياً بالنسبة للبعض الآخر عند إتحاد الخصوم في المركز القانوني الواحد كالورثة، فإن كانت الدعوى الصورية غير قابلة للتجزئة وجب إختصاص جميع من كان ماثلاً أمام محكمة الدرجة الأولى عند رفع الاستئناف سواء كان محكوماً لهم أو محكوماً عليهم و إلا وجب على محكمة الاستئناف تكليف المستأنف بإدخالهم في الاستئناف و لو بعد الميعاد، فإن لم ينفذ قرارها قضت من تلقاء نفسها بعدم قبول الاستئناف لتعلق هذا الاختصاص بالنظام العام. فان لم تنتبه المحكمة لذلك و قضت في الاستئناف كان حكمها باطلاً².

¹ - نفس المرجع، ص116-117.

² - نفس المرجع، ص113.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوى

سيكون محور المقارنة ما بين الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة و المقارنة ما بين الدعوى الصورية و الدعوى البولصية (البوليانية).

حيث ما يجمع هذه الدعاوى الثلاث أنها تشكل الضمان العام للدائنين و حماية حقوقهم و ستبين هذه المقارنة أوجه الشبه و أوجه الخلاف و هذا على النحو التالي:

أولاً: الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة

قبل الحديث عن الدعوى الغير المباشرة نذكر أن الدعوى المباشرة تتمثل في حق الدائن في إستقاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير هذه الدعوى المباشرة التي تخول لصاحبها حقا مباشرا وشخصيا علي مدين مدينه.

تتميز عن الدعوي غير المباشرة بكون الدائن يقوم بالدعوي ضد مدين مدينه بإسمه الخاص ولحسابه دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوي غير المباشرة¹.

وتعطى هذه الدعوي المباشرة نوعا من الإمتياز للدائن إذ تجنبه عسر مدينه ومزاحمة الدائنين فيمارس الدائن بواسطة الدعوى المباشرة حق مدينه وبالتالي لا يمكنه المطالبة أكثر من حق مدينه كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء.

تعتبر الدعوى المباشرة استثناء من مبدأ نسبية العقد إذ يتحصل الغير على حق مباشر من العقد لم يكن طرفا فيه ويكون القانون هو مصدر هذه الدعوي المباشرة وهي حالة استثنائية².

أ – الدعوى غير المباشرة

هي وسيلة قانونية يستعملها الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها. و هي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 424 .

² - نفس المرجع، ص 425.

عنه ألا تعرض وجود علاقة مباشرة بين الدائن الذي يرفعها و بين مدين مدينه و تؤدي إلى إدخال الحق الذي طالب به دائن مدين المدين في ذمة ذلك المدين و بالتالي إلى الضمان¹.

1 - مجال استعمال الدعوى غير المباشرة:

من خلال نص المادة 189 من القانون المدني الجزائري " ... أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز...²

و من أمثلة استعمال الدائن لحقوق مدينه سواء كانت شخصية مثل المطالبة بحق محله نقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، و من الحقوق العينية أن يستعمل الدائن باسم مدينه حق ملكية أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق.

و قد أخرج القانون طائفة من الحقوق التي لا يمكن أن يستعملها الدائن باسم مدينه منها:

الحقوق الغير قابلة للحجز او الخارجة عن الضمان العام: من دعاوى النفقة، حق المدين في المسكن³.

الحقوق المتعلقة بشخص المدين: فلا يجوز للدائن استعمال الحقوق أو الدعاوى المالية التي تتصل بشخص المدين مثل حق فسخ الزواج أو المطالبة بالطلاق أو رفع دعوى نسب كي يرث من مال الغير أو حق المؤلف.

عدم استعمال رخص المدين: فليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدتها هو حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة مثل قبول الهبة⁴.

1 - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص115.

2 - القانون المدني الجزائري .

3 - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص115.

4 - دربال عبدالرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني، ص48.

2- شروط استعمال الدعوى غير المباشرة:

تقوم فكرة استعمال الدعوى غير المباشرة على فكرتين أساسيتين هما وجود مصلحة مشروعة للدائن و إهمال المدين.

2- أ) الشروط التي ترجع للدائن:

يشترط في حق الدائن أن يكون حقه ثابتا و محققا، فإذا كان حقه احتماليا كحق الوارث قبل موت الموروث أو كان حقه محل نزاع فلا يكون محققا لأن ثبوت صفة الدائنية هو شرط لقبول الدعوى.

و لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار و لا مستحق الأداء و لا أن يحصل على إذن من القضاء ليحل محل مدينه و لا أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين.¹

2- ب) الشروط التي ترجع إلى المدين:

و تتمثل في تقصير المدين في استعمال حقه بنفسه إذ يجب أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقه بنفسه و يسري أن يكون هذا التقصير نتيجة إهمال أم سكوت عن حقه بقصد الإضرار بدائنيه، و يكفي أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه.

و أيضا شرط إفسار المدين فلن تكون ثمة مصلحة للدائن في استعمال حقوق مدينه إلا إذا كان عدم استعمالها سيؤدي إلى إفسار المدين أو زيادة عسره.²

بعد بيان مفهوم الدعوى غير المباشرة فإننا نستطيع المقارنة بينها و بين الدعوى الصورية و بيان أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بينهما على النحو التالي:

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص878.

² - نفس المرجع، ص878.

أ- أوجه الشبهة بين الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة:

لا يشترط في كلا الدعوتين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء و لا يكون سابقا على التصرف الصادر من المدين حيث جاءت المادة 189 من القانون المدني الجزائري " لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز"¹.

كلا الدعوتين تفيد جميع الدائنين الذين دخلوا في الخصومة و الذين لم يدخلوا على حد سواء. و يعني ذلك أن كل دائني المدين الأول يستفيدون من كلتا الدعويين و لا يشترط دخولهم جميعا في الخصومة لكي يستفيدوا من أي منهما.

ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين

الصورية تثبت فيما بين المتعاقدين بالكتابة، و الخلف العام يأخذ حكم المتعاقدين، فإذا لم توجد ورقة الضد و هي الوثيقة التي يثبت فيها حقيقة التصرف فلا يمكن الإثبات في هذه الحالة إلا بإقرار الخصم نفسه أو نكوله عن أداء اليمين، على أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الإثبات بالشهود و القرائن فيما يجب إثباته بالكتابة و عندئذ يجوز للمتعاقد إثبات الصورية بإحدى الطريقتين، و هذه الحالات هي حالة وجود مانع أدبي حال دون الحصول على الكتابة (ورقة الضد) و حالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي².

أما الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم مدينه فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي منحت للمدين، فلا يجوز له إثبات التصرف بالشهادة و قد اشترط القانون إثباته بالكتابة، و لا يجوز له إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.

¹ - القانون المدني الجزائري .

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2009، ص125.

إذا طعن الدائن بالصورية فلا حاجة إلى إثبات إفسار المدين، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه وجب عليه أن يثبت أن المدين معسر أو يريد إفساره إذا لم يتمسك بهذا العقد¹.

إذا اختار الدائن دعوى الصورية لم يستطع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر لأن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة لأثر الصورية، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين جاز للخصم أن يدفع هذه الدعوى بكافة الدفعات التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هو الذي يتمسك بالعقد المستتر².

ثانيا: الدعوى الصورية و الدعوى البوليصية (البوليانية)

أ- تعريف الدعوى البوليصية:

وهي دعوى عدم نفاذ التصرفات، فقد يلجأ المدين إلى التصرف في أمواله كلها أو بعضها قاصدا بذلك الإضرار بالدائنين لذا قررت الإرادة التشريعية دعوى تهدف إلى حماية الدائن من تصرفات مدينه التي يجريها إضرارا به و هي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين³.

و قد أشار إليها المشرع الجزائري في المواد من 191 إلى 197 من القانون المدني الجزائري.

ب- شروط استعمال الدعوى البوليصية

1- الشروط التي تتعلق بالدائن:

¹ - عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين. 2010، ص56.

² - نفس المرجع، ص57.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص925.

حيث نصت المادة 191 من القانون المدني الجزائري " كل دائن حل دينه، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته و ترتب عسر المدين".¹.

و عليه يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء و ينبغي أن يكون خال من النزاع كما يجب أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه. و العبرة في ذلك بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاق أدائه، أو بتاريخ الفصل فيما ثار حول وجوده أو مقداره من النزاع.².

2- الشروط التي تتعلق بالمدين:

أن يكون المدين معسرا: فالإعسار هو الذي يقيد حرية المدين في التصرف و يتحقق الإعسار نتيجة عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه و المقصود هنا بالإعسار الإعسار الفعلي التي تتمثل في زيادة الديون على الحقوق.

أن يكون المتصرف ينطوي على غش: و يقصد بالغش توافر النية لدى المدين في الإضرار بدائنه فهو يبرم التصرف المفقر الذي يؤدي إلى إعساره، او الزيادة في هذا الإعسار مما يؤدي إلى إنقاص ضمانه العام و عدم تمكن الدائنين من استيفاء حقوقهم بالتنفيذ على أمواله.³.

3- الشروط التي تتعلق بالتصرف المطعون فيه:

أن يكون التصرف قانونيا : و هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين فلا يمكن الطعن بالدعوى البولصية في أعمال المدين المادية و كذلك الالتزامات غير التعاقدية.

¹ - القانون المدني الجزائري.

² - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص44.

³ - نفس المرجع، ص44.

أن يكون التصرف مفقرا: أي من شأنه خروج المال أو الحق من ذمة المدين سواء بالمقابل أو دون مقابل. فالتصرف المفقر هو الذي من شأنه ان ينقص حقوق المدين¹.

ألا يكون التصرف متعلقا بحق شخص متصل بشخص المدين: مثل النفقة، المرتبات.

4- تقادم الدعوى البولصية:

تنص المادة 197 من القانون المدني الجزائري " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن عدم نفاذ التصرف.

و تسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه.²

أما التقادم في الدعوى الصورية فقد اختلف الفقه و القضاء بشأنها.

من خلال ما تقدم يمكن بيان أوجه الشبه و الاختلاف بين الدعوى الصورية و الدعوى البولصية.

أ- أوجه الشبه بين الدعوى الصورية و الدعوى البولصية:

المدين في كلا الدعويين يحاول أن يتجنب تنفيذ الدائن على ماله فيتصرف في ماله تصرفا جديا أو صوريا و في كلتا الحالتين لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن.

كما تتشابه الدعويان في أن اثر الحكم يتعدى الدائن المحكوم له إلى سائر الدائنين بحيث يستفيد الدائنون جميعا من الحكم و إن لم يشترك بعضهم في رفع الدعوى³.

¹ - محمد صبري السعدي, أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري, المرجع السابق, ص115.

² - القانون المدني الجزائري.

³ - عرفات نواف فهمي مرداوي, المرجع السابق, ص57.

ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين:

- في الدعوى الصورية يكون تصرف المدين في ماله تصرفاً صورياً أي ليس جدياً في حين أنه في الدعوى البولصية يكون تصرف المدين تصرفاً جدياً.

بمعنى أن تصرف المدين الظاهر ليس له وجود قانوني بين المتعاقدين، في حين أن تصرف المدين في الدعوى البولصية يكون له وجود قانوني مع احتواءه على الغش و الاحتيال على حقوق الدائنين، و يترتب على ذلك أن المدين يستطيع أن يسترد العين التي باعها صورياً للمشتري في حين أنه لا يستطيع ذلك في الدعوى البولصية لأن البيع صدر منه جدياً.

- في الدعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء و إنما يكفي أن يكون حقه خالياً من النزاع، في حين أنه في الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.

- الدعوى الصورية يستطيع أن يرفعها كل من له مصلحة مشروعة سواء كان الدائن أو الخلف الخاص أو أحد المتعاقدين في حين أن الدعوى البولصية لا يرفعها إلا الدائن.

- لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري، أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه¹.

لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه إضراراً بالدائن و لو كان معاوضة. أما في الدعوى البولصية فيشترط المعاوضات قصد الإضرار بالدائن.

لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قد سبب إعساراً للمدين.

¹ - نفس المرجع، ص 58.

أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إفسار المدين أو زاد في إفساره¹.

إذا تنازع دائن البائع مع دائن المشتري في الدعوى الصورية كانت الأفضلية لدائن المشتري ، في حين انه في الدعوى البولصية إذا باع المدين عينا قاصدا الإضرار بدائنه اعتبر البيع غير نافذ في حقهم و يقدم هؤلاء الدائنين في استيفاء حقوقهم على دائني المشتري².

الفرع الثالث: التقادم في الدعوى الصورية:

لم يعالج المشرع الجزائري و كذا باقي المشرعين العرب كالمشرع المصري، الأردني، العراقي، و اللبناني هاته المسألة بل ترك الأمر مفتوحا لاجتهاد الفقهاء.

و قد اختلف الفقه و القضاء حول مسألة التقادم، فمنهم من ذهب إلى أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد أطراف العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر.

و ذهب فريق آخر إلى أن تقادم الدعوى الصورية يفترض الرجوع إلى القواعد العامة.

من خلال ما تقدم سوف نستعرض هذه الآراء:

أولا: الدعوى الصورية لا تخضع للتقادم:

تتصرف الدعوى الصورية إلى تقرير أن العقد الظاهر غير حقيقي، و تلك حالة واقعية قائمة و مستمرة فلا يؤدي مرور الزمن إلى تغييرها، و من ثم يبقى العقد الصوري غير حقيقي فلا ينقلب حقيقيا بمرور الزمن و يكون لمن له مصلحة في الطعن عليه بالصورية أن

¹ - نفس المرجع، ص58.

² - نفس المرجع، ص58.

يرفع دعوى بذلك في أي وقت، و له أن يدفع بصورة التصرف في مواجهة من تمسك به دون أن يكون للأخير الدفع بالتقادم¹.

و عليه فإن دعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له.

ثم إن دعوى الصورية ترمى إلى اعتبار أن العقد الظاهر منعدم الوجود، و هذه حالة واقعية قائمة و مستمرة لا تزول بالتقادم، فلا يمكن أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن و مهما كان الباعث عليه أو الضرر الناتج عنه، و متى كان العقد كذلك يصبح بمنزلة العدم، و الزمن لا يصح عقدا لا وجود له كما أنه لا يمر على العدم².

و قضت محكمة النقض المصرية بأن الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستتر وصية، و إن وقعت بأنها دعوى بطلان إلا أنها في حقيقتها و بحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر، و هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان، و ترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما و اعتبار العقد الظاهر لا وجود له، و هذه الحالة واقعية قائمة و مستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن³.

لكن إذا كان المتصرف إليه قد غير نيته و أنكر على المتصرف حقه في العين محل التصرف و أصبح يحوزها بنية التملك و توافرت لديه بقية شروط التقادم الطويل، و لم يعول في دفاعه على التصرف الصوري إنما قصر هذا الدفاع على وضع اليد، فإنه يمتلك العين بالتقادم الطويل.

¹ --أنور طلبية المرجع السابق، ص 115.

² سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 384

³ --أنور طلبية المرجع السابق، ص 115.

و مفاد ما تقدم أن المتصرف إليه إذا أقام دفاعه استنادا إلى التصرف السوري فلا يكون من حقه دفع دعوى الصورية بالتقادم، أما إذا طرح هذا التصرف و استند إلى وضع يده المستوفي للشروط القانونية فانه يمتلك العين بالتقادم و له في سبيل ذلك أن يقيم دعوى فرعية بتثبيت ملكيته لها، و حينئذ تنتمي مصلحة المدعي في الدعوى الأصلية، لأنه حتى و لو قضي بصورية التصرف فلن تتحقق للمدعي مصلحة في هذا القضاء لان ملكية العين انتقلت بالتقادم إلى المتصرف إليه و لذلك يتعين على القضاء بعدم قبول الدعوى الأصلية¹.

ثانيا: خضوع الدعوى الصورية للتقادم:

إن المبدأ القانوني الذي تتبناه محكمة النقض السورية هو أن " دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء وقعت من أحد طرفي العقد أو من الغير. " وقد قضت محكمة النقض السورية "إن المحكمة لم تبحث بطلبات المدعي وردت الدعوى لسقوطها بالتقادم الطويل، ونظراً لأنّ العلاقة بين أب وابنه، وإن العلاقة هذه يسودها المانع الأدبي مما يجعل إثبات مدعيات المدعي الابن تجاه والده بالبينة الشخصية، وحيث إن الادعاء يقوم على صورية التسجيل، وإن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء وقعت من أحد طرفي العقد أو من الغير، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد لا وجود له وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها، يضاف إلى ذلك أن المانع الأدبي بين طرفي الدعوى لا يوقف بالتقادم وتبقى الدعوى مسموعة ولو مضى عليها مدة التقادم الطويل ونظراً لأنّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قد خالفت المبادئ المذكورة عندما ردت الدعوى للتقادم فإن حكمها أضحي عرضة للنقض"².

على أن الاتجاه الغالب نحو ضرورة تطبيق القواعد العامة مع غياب النص، ومن ثم سقوط دعوى الصورية بمرور خمس عشرة سنة تأميناً لاستقرار التعامل وسواء رفعت من الغير أم من

¹ - نفس المرجع، ص 115.

² - أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص 67.

أحد طرفي التصرف الصوري، وسواء كانت صورية مطلقة أم نسبية، وهذا ما استقر عليه
جمهرة القضاء في فرنسا خلافاً لرأي الدكتور السنهوري - وكما تقول محكمة النقض الفرنسية
:إن هذه المدة الطويلة وإن لم يكن من شأنها أن تسبغ وجوداً على العقد الصوري الذي لا
وجود له قانونياً إلا أن من شأنها أن تمنع إقامة أية دعوى بعد مضيها وهذا بعينه ما يقرره
القضاء اللبناني حيث قررت محكمة استئناف جبل لبنان " إن الموجبات تسقط بمرور الزمن
والقانون لم يفرق بين موجب وآخر بل أتى مطلقاً ولم يرد فيه استثناء لدعوى الصورية .
والمحافظة على الاستقرار الذي ينشأ عن بعض حالات العقود يتطلب التقيد بأحكام مرور
الزمن، والأخذ بالوجهة المعاكسة يبطل المفاعيل القانونية لمرور الزمن دون نص " وقد جاء
في حيثيات هذا الحكم : وإن يكن هنالك خلاف في الفقه والاجتهاد حول إخضاع دعوى
الصورية لمرور الزمن فإن هذه المحكمة تتبنى الرأي القائل بوجوب إخضاع هذه الدعوى
لمرور الزمن، لأنه إذا جاز بقاء العقد الظاهري الذي ينطوي على الغش في أكثر الأحيان مدة
من الزمن فإنه لا يجوز خلق حالة عدم استقرار دائمة بإبقاء الغش مستمراً مدة تزيد على مدة
مرور الزمن يكون التقادم عثرة في سبيل إعلان الحقيقة . إلا أن الدعوى بإعلان هذه الحقيقة
والموجبات التي تنشأ عن هذا الإعلان تبقى هي خاضعة لمرور الزمن ونظراً لأن المشرع
توخى من تنظيم التقادم

. أولاً : عدم إلزام المدين الاحتفاظ بالمستندات التي تبرأ ذمته مدة طويلة من الزمن

. ثانياً : المحافظة على الاستقرار الذي ينشأ عن بعض الحالات والعقود بعد مرور مدة من
الزمن

كما قررت محكمة استئناف الغرفة الأولى "إن دعوى الصورية تخضع للقواعد العامة المتعلقة
بمرور الزمن باعتبار أن العقد الظاهر متى اقترن بالتنفيذ كما في حالة قيده في السجل
العقاري يصبح ذا كيان، ولا بد لهدم هذا الكيان من إقامة دعوى ضمن مهلة معقولة لإلزام من
استفاد من هذا الوضع بإعادة الحالة إلى حقيقتها . وإن عدم إقامة الدعوى ضمن مهلة مرور

الزمن يؤدي إلى خلق حالة دائمة من عدم الاستقرار بإبقاء سيف الدعوى مسلطاً إلى مدة غير محددة. "

وقد قالت في حيثيات هذا الحكم ... " إن محكمة التمييز اللبناني في حكمها الصادر في تاريخ 1967 /10/31 عن الغرفة الثانية الذي يعتبر أن جميع الدعاوى مهما كان نوعها خاضعاً لمرور الزمن ... وحيث إن الرأي الذي يؤيد مبدأ إخضاع الصورية إلى مرور الزمن يستند في ذلك إلى اعتبار أن الصورية تخلف وضعاً خفياً يخالف الوضع الظاهر فإن هذا الوضع الخفي يعتبر كسائر الحقوق وإنه بعد انقضاء مدة مرور الزمن لا يعود يجوز المطالبة بإبطال الوضع الخفي. " ¹.

¹ - نفس المرجع، 67.

المطلب الثاني: مباشرة الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء

ترمي الدعوى الصورية إلى إعلان حقيقة العقد الظاهر، أي ترمي إلى كشف النقاب على حقيقة التصرف الحاصل برفع الستار الخادع عنه توصلًا لترتيب النتائج القانونية على حقيقة التصرف أو الواقعة القانونية الحقيقية.

الفرع الأول: الصفة و المصلحة لمباشرة الدعوى الصورية

أولاً: الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، و تقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرف أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة¹.

و منه فدعوى الصورية هي الطريق لكشف الحقيقة بياشرها كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للتمسك بالحقيقة و يجد أن من مصلحته التمسك بها، و لا يوجد نص خاص يحرمه من سلوك هذا الطريق.

و على ذلك لا يتصور رفعها من الأشخاص المستفيدين من الصورية و الذين من عادتهم التمسك بالظاهر الخادع، كالموهوب له و الموصي له و المشتري من المشتري الصوري و خلفائهم العامين أو الخاصين و دائنيهم².

و لكن يمكن تصور رفعها من:

¹ - عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية، المرجع السابق، ص34.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 350.

أ- أحد أطراف العقد الصوري بوجه الطرف الآخر

فيرفعها البائع الصوري ليتخلص من موجباته كبائع تجاه المشتري الصوري و يرفعها الوهاب المستور بوجه الموهوب له المستور لكشف حقيقة التصرف الشرعي تمهيدا للرجوع بالهبة عند توافر الشروط القانونية اللازمة لهذا الرجوع.¹

و من الشروط القانونية للرجوع في الهبة ما نصت عليه المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالة استثنائية و هي كما تنص المادة " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو ادخل عليه ما غير طبيعته"

وقد يقيم دعوى الصورية المشتري الصوري أو صاحب الاسم المستعار ليتخلص من موجباته كمشتري أو كمالك أو ليكشف حقيقة المعاملة و أنه لم يكن سوى موهوب له أو مجرد "واجهة" كاذبة تمهيدا لترتيب النتائج القانونية على صفته الحقيقية، و عندما تقام الدعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري فإنه يجب إدخال كل من له مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر في المحاكمة كالخلف الخاص للمشتري الصوري إذا كان سيء النية، و ينزل منزلة أطراف العقد الصوري خلفائهم العامون أو بوجه عام كالورثة و الموصى لهم بجزء من التركة و يقيمون الدعوى للغرض ذاته الذي يسعى إليه أطراف العقد الصوري.²

¹ - نفس المرجع، ص 350.

² - نفس المرجع، ص 351.

بـ الغير :

يمكن للغير أن يباشر دعوى الصورة و يقيمها بوجه طرفي الصورية أو أحد أطرافها عندما تقضي مصلحته التمسك بالعقد المستور , فتقام مثلا من دائن البائع ليتمكنوا من التنفيذ على المال المباع صوريا , أو تقام من كل من تلقى من البائع حقا متعلقا بذلك المال كمشتري ثان أو دائن مرتهن أو مستأجر .

و للأشخاص الثالثين أن يقيموا دعوى الصورية حتى ولو لم يتذرعوا بغش الأطراف .

و إذا كان المال قد انتقل إلى مشتر آخر من المشتري الصوري أو من الشخص المستعار اسمه و كان هذا المشتري أو المتفرع له يعلم بصورية عقد سلفه فإن دائني البائع و كل من تلقى منه حقا متعلقا بذلك المال يمكنهم أن يقيموا دعوى الصورية بوجه المشتري الصوري و عند ذلك يجب ادخال طرفي الصورية في المحاكمة .

و لكن لا جدوى من إقامة دعوى الصورية بوجه الأشخاص الثالثين الحسني النية إذا كان من مصلحة هؤلاء التمسك بالظاهر ، واعتبرت محكمة النقض المصرية أنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهدا من أن يطعن فيه بالصورية متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي ، و متى كان هذا الطعن موجها ضد طرفي الخصومة الذين اشتركوا معه فيها لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصلحتهم بصورية يجهلون¹ .

جـ - مصلحة الضرائب الدائنة بالرسوم :

تعتبر إدارة مصلحة الضرائب من الغير بالنسبة للعقود الصورية الحاصلة للتهرب من رسوم التسجيل و الضرائب .

و قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الورثة لا يستطيعون أن يجيزوا التصرف الذي ثبت أنه يخفي وصية بإعتباره بيعا ، و إنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح

¹ - نفس المرجع، ص 354

بوصفه وصية و في هذه الحالة تجري عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة، كما أن انتقال المال في حدود ثلث التركة إلى المتصرف إليه إنما يكون بهذا الوصف، و كانت المادة الثالثة من القانون رقم 142 لسنة 1244 تنص على أن " الأموال التي تنتقل بطريق الوصية يكون حكمها حكم الأموال التي تنتقل بطريق الإرث و يحصل عنها الرسم ذاته " فإن الحكم إذا قضى باقتضاء رسم الأيلولة و ضربية التركات على الأطيان المتصرف فيها إلى الطاعنين من مورثين بعد تكييف العقد بأنه وصية يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح¹.

ثانيا: المصلحة

يشترط في رافع الدعوى أن تكون له مصلحة في رفعها، و يستعمل عادة تعبير عن هذا المعنى أنه لا دعوى بغير مصلحة و أن المصلحة هي مناط الدعوى.

و المصلحة في هذا المعنى هي المنفعة التي يجنيها و هي نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها².

و تكون هذه المصلحة قائمة أو محتملة.

المصلحة القائمة: تكون المصلحة قائمة حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر كأن يتمتع المؤجر من تسليم المستأجر العين محل عقد الإيجار .

و الهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء و الجد في استعمال الدعاوي دون مقتضى، لكن ذلك لا يخول القاضي سلطة إثارة انعدامها من تلقاء نفسه مثلما هو مقرر لإنتفاء الصفة، إنما عليه أن ينظر في مدى توفر المصلحة حينما يدفع الخصم بذلك.

¹ -أنور طلبة، الصورية، المرجع السابق، ص115.

² العيش فضيل، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، دون طبعة، منشورات امين، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص48.

المصلحة المحتملة: إذا لم يقع الإعتداء و لم يتحقق بذلك ضررا لصاحب الحق يقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتولد مستقبلا و ربما لا تتولد أبدا.

و المصلحة المحتملة التي يقرها وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي التي تكون من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه وفقا للمادة 101 من قانون الأسرة¹، والتي في نصها " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".²

وعليه فمصلحة ذوي الحقوق هنا احتمالية إلا أن رجحان كفة الإضرار بهم تمنحهم الحق في قيد دعوى الحجر. ولما كانت دعوى الصورية تخضع لسائر الأحكام التي تخضع لها دعاوى عموما فإنه يشترط لقبولها أن يكون من شأنها تحقيق مصلحة للمدعي أو لمن يتمسك بالصورية، فإن تبين للمحكمة انتفاء هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى أو الرفض ولو من تلقاء نفسها. فالدائن المرتهن أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز ليس لأحدهم مصلحة للطعن على تصرف مدينهم لأن لهم حق تتبع العقار في أي يد يكون، حتى لو انتقل إلى حائز بموجب عقد حقيقي طالما اتخذوا الإجراءات التي تجعل هذا التأمين نافذا في حق الغير³.

و ميزة الشفيع تخول للدائن المرتهن القدرة على أن ينفذ على العقار بحقه و لو تصرف فيه الراهن إلى الغير و هو الذي يسمى حائزا للعقار⁴.

و حق التتبع ما هو إلا اثر من آثار قيد الرهن في مكتب الإشهار العقاري الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المرهون، و يتم القيد بناء على طلب صاحب الشأن الراهن أو الدائن المرتهن متى تحقق نفاذ رهنه في مواجهة الغير.¹

1 - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص39.

2 - قانون الأسرة الجزائري.

3 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص108.

4 - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص141.

لكن إذا سقط قيد الرهن بعدم تجديده في الميعاد فإن المصلحة تكون متوافرة بالنسبة لهم عند الطعن بالصورية.²

و قضت محكمة النقض المصرية بأن الطعن بصورية عقد و [على ما جرى به قضاء محكمة النقض] لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه و في حدود هذه المصلحة، و أن دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبوله وجود مصلحة نظرية بحقه فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة و حالة فيها بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم، و إن المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوفر فيها صريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد الأمرين:

الأولى: الاحتياط لدفع ضرر محقق

الثاني: الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه و إذا كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقها في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعي بصورية عقده لا يتوافر به أي من هذين الأمرين من الدعوى المبتدأة المرفوعة منهما بطلب صورية هذا العقد فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة رغم الطعن بالنقض بسقوط الشفعة.³

¹ - نفس المرجع، ص 129.

² - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 108.

³ - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 110.

الفرع الثاني : ضرورة شهر دعاوى الصورية في التصرفات العقارية في المحكمة المختصة للنظر في دعوى الصورية في التصرفات العقارية .

أولاً: ضرورة شهر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية

أ_ مفهوم شهر الدعوى في التصرفات العقارية :

قبل التطرق إلى مفهوم شهر الدعوى في التصرفات العقارية يجب التطرق إلى تأثير قيد أو تسجيل أو شهر العقد المستتر على إمكانية انتقال الملكية.

فقد يسجل العقد المستتر في السجل العقاري، فهل أن تسجيلها و قيدها يؤدي إلى علم الغير بحقيقة التصرف فيحرم عليه التمسك بالعقد الظاهر؟

للإجابة على هذا يجب التمييز بين نظامي الشهر العيني و الشخصي.

فمن خصائص نظام الشهر العيني :

قاعدة التخصيص: فيخصص لكل تصرف ورد على العقار سواء كان منشئاً أو معدلاً أو ناقلاً لحق الملكية العقارية بطاقة عقارية عينية تقيد فيها جميع المعاملات الواردة عليه¹.

وعليه نصت المادة 38 من المرسوم 63/76 " كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء اتفاقات مشتركة يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار"².

الشهر العقاري مصدر الحق العيني : مفاد هذه القاعدة أن الحق العيني لا ينشأ و لا يعدل ولا يزول ولا ينتقل إلا إذا اخضع إلى عملية الإشهار العقاري³.

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

² المرسوم 63/76

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

و هو ما تؤكده المادة 793 من القانون المدني الجزائري " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون فيما يخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"¹.

يترتب على عملية الإشهار العقاري مبدأ عدم قابلية الاحتجاج بغير الحقوق المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية، فالحق العيني غير المشهر يكون غير موجود قانونا و لا يمكن الاحتجاج به سواء بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره.

مبدأ القيد المطلق أو القوة الثبوتية: إن عملية الإشهار العقاري للسندات العقارية من نظام الشهر العيني تأخذ معلومات أساسا من العقار، و يقصد بهذه القاعدة أن التسجيل بإدارة الشهر العقاري هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية فهو الذي يعدلها أو ينقلها أو يزيلها أو ينشئها السند العقاري المشهر، كما يمكن صاحبه الاحتجاج به على الكافة².

تقوم قاعدة القيد المطلق أو القوة الثبوتية على مبدأ الأثر التطهيري لنظام الشهر العيني، لأن الغرض من إحداثه هو إعطاء القوة و المتانة للسند العقاري تدعيما للائتمان بين المتعاملين على العقارات و تسهيل تداوله بين الناس بشكل يجعل من الاستحالة زعزعة الحقوق الثابتة بالسجل العقاري و تشكل بياناته عنوان الحقيقة.

مبدأ المشروعية: مبدأ المشروعية في تسجيل و تدوين الحقوق العقارية بالسجل العقاري أن عملية الإشهار العقاري للسندات الخاضعة للشهر تسبقها دراسة قانونية دقيقة لما تضمنه حتى يتأكد من كل عيب³. و قد اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر العيني صراحة من خلال الأمر 74/75.

و من مقتضى نظام الشهر الشخصي الذي اعتمد في فرنسا بموجب قانون 23 مارس 1855م أن الملكية و سائر الحقوق العينية العقارية تنتقل بين الأطراف أنفسهم بمفعول

¹ القانون المدني الجزائري.

² - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 24.

³ - نفس المرجع، ص 25.

العقود العادية و بالتاريخ الذي نظمت فيه هذه العقود، أما بالنسبة للغير فإنها لا تعتبر نافذة إلا اعتبارا من تسجيلها في الدائرة الرسمية أي أن هذا النظام هو نظام إشهار، ليس من شأنه بالتالي تطهير الحقوق من العيوب التي قد تشوبها و ليس لقيوده القوة الثبوتية¹.

و في هذا النظام تشهر المعاملات كما هي سواء كانت معيبة مزورة أو باطلة من خلال ما تقدم فإن مبادئ الشهر العقاري تقتضى شهر الدعاوى العقارية التي ترمي إلى فسخ، تعديل أو تصريح أو إلغاء الحق العيني العقاري حتى تجعل المتعامل في العقار على علم بحالته القانونية.

و قرر المشرع الجزائري إلزامية شهر الدعاوى العقارية بالمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/3/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقا طبقا للمادة 14 فقرة 4 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري. وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

هذه المادة وضعت شرطا يتمثل في أن الدعاوى العقارية ينبغي أن تكون منصبة على حقوق عينية مشهورة، أما إذا لم تكن هذه الحقوق كذلك فالأصل أن الدعوى العقارية لا تسمع أصلا من طرف الجهة القضائية، و لا يتصور إلى الإشهار بالمحافظة العقارية طالما أن الحق العيني الذي تتمحور عليه الخصومة القضائية غير مشهر، و هو ما يعمل به المشرع الفرنسي بموجب المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 بحيث قرر أن الدعوى غير المشهورة بمحافظة الرهون تقع تحت طائلة عدم القبول من الجهة القضائية المرفوع إليها النزاع².

¹ - نفس المرجع ، ص 26.

² - نفس المرجع ، ص 41.

و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ بتاريخ:

2000/04/26 "من الثابت قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا، و لما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلا لم تشهر دعاوها طبقا للمادة 83 من المرسوم المشار إليه فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها و الحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و بين أختها و هي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض¹.

و عليه:

الهدف من شهر الدعاوى العقارية :

مما لا شك فيه أن الهدف الأساسي الذي يرمي إليه المشرع من خلال نص المادة 85 من الأمر 63/76 هو الحفاظ على الحقوق الثابتة تقاديا للفوضى و عدم الاستقرار في المعاملات العقارية، بحيث تجعل التعامل في العقار عالما بحالته يقينا، فإذا أقدم على شرائه فإنه يكون مقدما على شراء حق متنازع فيه أو أنه من المحتمل أن ينزع منه بعد صدور الحكم القضائي بشأنه و إعادته إلى من صدر الحكم لفائدته الذي له أن يتمسك بسوء نية الغير الحائز للعقار.

و هو ما يفهم من نص المادة 86 من المرسوم 63/76 " إن فسخ الحقوق العينية أو إبطالها أو إلغائها أو نقصها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص

¹ - المجلة القضائية , العدد الاول, سنة 2000, ص156 ومايلها.

لصاحب الحق المهدور إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص قد تم إشهارها مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء بحكم قانوني تطبيقاً للقانون".

بـ ضرورة شهر الدعاوى الصورية :

أن المسألة التي يمكن إثارتها لا تتعلق بقبول أو عدم قبول الدعاوى أمام القضاء مادام شهرها منصوص عليه صراحة في القانون، وإنما يتعلق الأمر بالدعاوى الأخرى التي لم يشملها ذلك نص المادة 85 من الأمر 63/76 والتي قد يؤدي عدم شهرها إلى ضياع حقوق أصحابها كما هو الحال في دعوى الشفيع للأخذ بالشفعة.

فلقد مر معنا أن موضوع دعوى الصورية هو كشف النقاب عن الحقيقة و من الطبيعي أن يكون مفعول الحكم بدعوى الصورية الكشف عن حقيقة التصرف القانوني الحاصل و أن يقتصر دوره عن إعلان الحقيقة¹.

و كما مر معنا أن دعوى الصورية ليست دعوى بطلان بل هي دعوى تقرير صورية العقد أو التصرف، و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستتر وصية وأن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها في حقيقتها و بحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبة بطريق التستر و هذه الدعوى لن تسقط بالتقادم².

فالدعوى الصورية في التصرفات العقارية ليست دعاوى لبطلان التصرف و إنما دعاوى لتقرير صورية التصرف العقاري.

¹ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص75.

² -أنور طلبية، المرجع السابق، ص105.

و عليه لا تنطبق عليه أحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 لأن أحكام هذه المادة تطبق فقط على الدعاوى الرامية إلى النطق بالفسخ، الإبطال، الإلغاء، النقض و ليس الدعاوى الرامية إلى كشف الحقيقة و تقرير الصورية.

غير أن الواقع العملي يدعو إلى ضرورة شهر دعوى الصورية في التصرفات العقارية و ذلك حماية للحقوق بحيث تجعل المتعامل في العقار عالما بحالته علما يقينيا فإذا أقدم على شرائه فإنه يكون مقدما على شراء حق متنازع فيه، فحق الشفيع في طلب الشفعة يتأثر بالتصرف الصوري فقد يتضمن عقد البيع ثمنا كبيرا عن الثمن الحقيقي المدفوع لحرمان الشفيع من استعمال حقه في طلب الشفعة و قد يتضمن عقد البيع تاريخا سابقا عن التاريخ الذي أبرم فيه العقد حتى يصبح سابقا على تاريخ تسجيل إعلان الرغبة من أخذ العقار بالشفعة حتى ينفذ البيع الثاني في حق الشفيع.

و عليه إذا تمسك الشفيع بالعقد الحقيقي و رفع دعوى الصورية فإن ذلك يؤدي إلى نزاع أمام القضاء و منه وجب شهر دعوى الصورية حتى يكون الغير عالما.

ثانيا: المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى الصورية في التصرفات العقارية

أ_ الإختصاص الإقليمي :

إن المبدأ العام للإختصاص الإقليمي في المنازعات القضائية هو موطن المدعى عليه. حيث أن نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ينص على أنه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي عليه، و إن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر

موطن له و في حالة اختيار موطن يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

وعليه نجد جميع التشريعات المقارنة تجمع على انعقاد الإختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدعي عليه كقاعدة عامة و ذلك أن الأصل هو براءة الذمة و من ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه كما أن المدعي هو الآخذ بزمام المبادرة و اختيار الوقت الذي يناسبه فيجب من باب التوازن ألا يختار أيضا المحكمة التي تناسبه².

ولا يعتبر الإختصاص الإقليمي من النظام العام و بالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه إلا في حالات استثناء وردت على سبيل الحصر نظمتها المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري حيث نصت المادة " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواه."

و في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقارات و الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار³.

و عليه فإن المشرع أورد قاعدة من خلال المادة 37 و هي موطن المدعي عليه، ثم أعطى استثناءات و خاصة في المنازعات العقارية في المادة 40.

و من خلال ما تقدم فإن المنازعات القضائية الخاصة بالصورية في التصرفات العقارية يرجع الإختصاص فيها إلى محكمة موقع العقار أو المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها.

¹ - قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

² - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص84.

³ - قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث نص " يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة إختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."

ب_ الإختصاص النوعي:

لقد فصل المشرع الجزائري في شأن طبيعة الإختصاص النوعي، و اعتبره من النظام العام، لا يجوز مخالفة أحكامه أو الاتفاق على خلافه و تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

غير أنه يجب التمييز بين إثارة الدفع بعدم الإختصاص و التراجع عن الإختصاص، فإن رأت جهة قضائية بإختصاصها و تصدت للموضوع، ليس لذات الجهة أن تتراجع فيما بعد عن موقفها فتقضي بعدم إختصاصها النوعي.

إنما يجوز إثارة الدفع من جديد أمام جهات الطعن و تقضي فيه بناء على قناعة مستقلة من قضاة هذه الجهات¹.

و عليه ترفع الدعاوى العقارية في القسم العقاري، فالقسم العقاري ينظر في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية، و بالتالي لا يقتصر الإختصاص على الملكية العقارية.

و استعمال لفظ الأملاك العقارية اشمل و حيث تستغرق الحقوق العينية غير الملكية كحق الإنتفاع و الحقوق الشخصية كالإيجار.

إن المجالات الإحدى عشر (11) الواردة في المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارة التي ينظر فيها القسم العقاري على وجه الخصوص تخضع من الناحية الموضوعية لمجموعة قوانين ذات صلة بالعقار، منها القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم. و القانون 19/87 المؤرخ في 08/12/1987

¹ - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص 90.

المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم . و القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/21 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 بالنشاط العقاري و مجموعة النصوص العقارية بالمرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و أحكام القانون المدني بالنسبة لحق الملكية، الملكية المشتركة الملكية على الشيوع، الحقوق العينية، التأمينات العينية، التقادم، حق الإستعمال حق الإستغلال حق السكن¹.

و قد نصت المادة 511 بنظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية².

و المادة 512 نصت " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

- في حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و التأمينات العينية
- في الحيازة و التقادم و حق الإنتفاع و حق الإستعمال و حق الإستغلال و حق السكن
- في نشاط الرقبة العقارية
- في الملكية المشتركة للعقارات المبينة و الملكية على الشيوع
- في إثبات الملكية العقارية
- في الشفعة
- في الهبات و الوصايا المتعلقة بالعقارات
- في التنازل عن الملكية و حق الانتفاع
- في القسمة و تحديد المعالم

¹ - نفس المرجع، ص 366

² - قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

- في إيجار السكنات و المحلات

- في الإيجارات الفلاحية¹

من خلال ما تقدم حول الإختصاص الإقليمي و النوعي فإن الدعاوى الصورية في التصرفات العقارية يعود الإختصاص الإقليمي للنظر في الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار الذي ورد عليه التصرف الصوري، و ترفع الدعوى وجوبا أمام القسم العقاري سواء كان هذا التصرف الصوري بيع، هبة، وصية، إيجار، مطالبة بحق الشفعة، الحقوق العينية و غيرها من التصرفات الصورية الواقعة على العقار.

الفرع الثالث: أثر رفع الدعوى الصورية في التصرفات العقارية

أولاً: القاعدة العامة (عدم جواز الطعن في الصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها)

نصت المادة 149 من القانون المدني العراقي " لا يكون الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابور "

و مفاد النص أن التصرف إذا ورد على عقار و سجل في دائرة التسجيل العقاري فلا يجوز بعدئذ الطعن في صورتيه لسببين:

السبب الأول: إن التصرف العقاري إذا تم تسجيله انتقل الحق العيني بقوة القانون بناء على التسجيل و استحال الطعن في انتقاله بالصورية بعدئذ.

السبب الثاني : أن نظام التسجيل في العراق نظام تسجيل عقار ينطوي على إجراءات إشهار و قوة إثبات تتأسس على إقرار و إشهار و كتابة بحيث تتضاءل أمامها أية ورقة تفيد

¹ - قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

صورية التصرف، و أية قرينة قانونية أو قضائية يستعان بها للطعن بالصورية و بمقتضاه ينبغي الركون إلى التصرف المسجل على اعتباره العقد الحقيقي الذي لا يستر تصرفاً¹.

أن التصرفات الواقعة على عقار إنما هي تصرفات تمتاز بالشكلية المتمثلة بالتسجيل. فإن أي تصرف قانوني من رهن أو بيع أو هبة أو غيرها يقع على عقار إنما يتوجب العمل على تسجيله في صحيفة العقار الأصلية لدى دائرة التسجيل المختصة، و لما كان من المتوجب العمل على ذلك فإنه بالنسبة للتصرفات الواقعة على العقارات بالتالي فإن أي تصرف يقع خارج هذه الشكلية المتمثلة في التسجيل يقع باطلاً، و بالتالي فإنه حسب أحكام الصورية فإن وجود عقد آخر - ورقة الضد - تخالف ما جاء في العقد الأصلي المسجل لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة إنما يكون اتفاقاً باطلاً ذلك أنه قد تم توثيق العقد الأصلي الظاهر فيما بين المتعاقدين لدى دائرة التسجيل العقاري و بالتالي أي ادعاء آخر يعارض هذه الشكلية و يعارض هذه الملكية إنما هو اتفاق و إدعاء يعد باطلاً لا تسمع الدعوى بشأنه².

و هذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز اللبنانية بقرارها رقم 2006/9040 بقولها:

إذا كان الإدعاء يتعلق بأرض تمت فيها التسوية و مسجلة باسم المدعى عليها الثانية بموجب سند التسجيل الرسمي الصادر عن دائرة التسجيل المختصة و هو ادعاء غير مسموح إستناداً للمادة الخامسة من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 التي نصت صراحة على أنه لا تسمع دعاوي المعارضة و الاسم المستعار في الملك و سائر الأموال غير المنقولة كما يشمل دعوى التعويض عنه نقداً.

¹ عبد المجيد الحكيم، عبد الناصر البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و أحكام الالتزام الجزء الثاني، دون طبعة، دون ناشر، دون بلد النشر، ص 125.

² - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2003، ص 324.

ثانيا : الاستثناء عن القاعدة (جواز الطعن في الصورية في التصرفات العقارية)

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لجواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد شهرها في المحافظة العقارية، و صمته هذا كأنما يدل على عدم الاعتداد بأي دعوى صورية في تصرف على عقار بعد القيام بإجراء شهره. لكن يمكن التطرق إلى القانون الأردني و اللبناني اللذان تناولوا هذه المسألة.

أ- القانون المدني الأردني استثنى الشفعة :

لقد ورد في القانون الأردني حكم خاص يشكل استثناء على القاعدة العامة فيما إذا أثبت الطرف الآخر أن هناك عقدا غير العقد المبرم أمام دائرة التسجيل قد تم فيما بين البائع و المشتري استبعادا للشفعة، مما يتيح له أي للشفيع إثبات أن الثمن الواقع أمام دائرة التسجيل إنما هو أعلى من الثمن الحقيقي فيما بين البائع و المشتري، و يشكل هذا استثناءا اخذ به القانون المدني الأردني إذ نصت المادة رقم 2 من القانون المعدل للإحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة و تعديلاته رقم 51 لسنة 1985 " لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة بمقتضى أي من المواد المذكورة في مطلع الفقرة (1) من هذه المادة إلا من الشريك في المال غير المنقول على من يريد الأخذ بحق الأولوية أو الشفعة أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بتسجيل عقد البيع و إذا تأخر عن رفعها بدون عذر شرعي يسقط حقه في الأولوية أو الشفعة.

على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره و في حال الإدعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد عن الثمن الحقيقي أو بدل الثمن المذكور في العقد يزيد عن الثمن

الحقيقي أو بدل المثل فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم الكفالة على أن لا يؤثر ذلك في حقه في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل المقدر¹.

ب - القانون اللبناني:

ذهب أكثر الفقه و الإجتهد في لبنان إلى أن عقد البيع الذي يخفي هبة مستورة متفقا عليها بين البائع و المشتري يعامل كببيع، و يمكن للشفيع أخذ المال بالشفعة بوصفه من الغير عملا بالمادة 160 أ. م. م القديم المطابقة للمادة 155 أ. م. م الحالي و 225 و 393 م. ع و هو ما يؤكد صحة هذه الوجهة هو أن قانون 5 شباط 1948 الذي ألغى المادة 251 من قانون الملكية العقارية نص على أنه إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري و صاحب حق الشفعة فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الإدعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل .

فهذا النص هو تكريس قانوني لمبدأ عدم جواز الاحتجاج بالعقد الحقيقي المستور بوجه الغير الذي من حقه التمسك بالعقد الظاهر².

من خلال ما تقدم نجد أن التشريع الأردني و كذا التشريع اللبناني قد نص على استثناء على القاعدة العامة التي تنص على عدم جواز الطعن في الصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في الدوائر الرسمية للشهر العقاري. حيث يتضمن هذا الاستثناء في استبعاد الشفعة من القاعدة العامة و ذلك عندما يثبت الشفيع أن الثمن هو أعلى من الثمن الحقيقي ، و هذا الاستثناء له اعتبارات تتمثل في حماية الشفيع .

¹ - القانون المدني الأردني.

² سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 319.

لكن هل حماية الشفيع من الصورية تكمن في فقط في ركن الثمن و هل يكفي ذلك لحمايته. أو بعبارة أخرى هل الاستثناء عن القاعدة العامة يشمل الثمن فقط أم انه يشمل كذلك تاريخ التصرف حيث انه قد يلجأ المتعاقدان و في حالة وجود نص قانوني يعطي للشفيع الحق بالتمسك بالثمن الصوري و جواز تدخل المحكمة لتحديد الثمن الحقيقي في اللجوء إلى تصرف آخر و هو تسجيل عقد البيع العقاري بتاريخ سابق على التاريخ الذي أبرم فيه العقد حتى يصبح سابقا على تاريخ تسجيل إعلان الرغبة في أخذ العقار بالشفعة حتى ينفذ البيع الثاني في حق الشفيع .

و عليه فإن الاستثناء يمكن التهرب منه بوسائل وثغرات, و على العكس من ذلك قد يحرم التهرب من الاستثناء مصلحة الضرائب من اقتطاع رسم جيد على العقار إذا صرح بثمان مرتفع لثمان العقار بدلا من اللجوء إلى تسجيل العقد بتاريخ سابق على الذي أبرم فيه.

خلاصة الفصل الثاني :

إن الصورية محكومة بمبدأين أساسيين مبدأ حرية التعاقد و مبدأ إمكانية الأخذ بالظاهر غير الصحيح.

و لقد كرسّت القوانين في الدول العربية و منها الجزائر مبدأ إحترام الإرادة الحقيقية لأطراف الصورية دون الإرادة الظاهرة، وبما أن الصورية تنطوي على خلق ظاهر خادع بالنسبة للغير حسن النية وذلك بعمل إرادي مقصود فقد اقتضت النصوص القانونية على حماية هذا الغير عن طريق السماح له بالتذرع بهذا الظاهر، أي أن هذه النصوص لم تدع مبدأ إحترام الإرادة يضر بالغير.

فالقاعدة العامة في الصورية في التصرفات العقارية هي أن العبرة بالإرادة الحقيقية والاستثناء فيها هو العبرة للظاهر وهذا لحماية الغير الحسن النية.

و للقاعدة و الاستثناء مبرراتها، وشروطها و لمن تضرر من الصورية سواء من أطرافها أو الغير أن يرفع دعوى الصورية في التصرف العقاري مع ضرورة مراعاة شهر هذه الدعوى وتوفر شروطها.

الخاتمة

نخلص في نهاية هذا الموضوع أن المجال العقاري بالغ الأهمية بالأخص في بلادنا و ذلك نظرا للاعتبارات التاريخية و السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، و على غرار باقي تشريعات العالم صدرت في بلادنا عدة قوانين تتعلق بالعقار تحيط بشتى مجالاته تتضمن عموما كيفية نقل ملكيته، تحديد استعماله و استغلاله و التصرف فيه ، و إثبات الحقوق العينية الواردة عليه، و كيفية حمايته من الاعتداءات. كل ذلك من أجل تمكين الدولة من إحكام رقابتها على السوق العقارية بهدف منع المضاربة غير الشرعية التي من شأنها تعميم الفوضى في المعاملات، و من بين الوسائل الغير شرعية كما مر معنا في الموضوع نظرية الصورية في التصرفات العقارية و كما مر معنا أن هذه النظرية ليست وليدة العصر الحديث بل هذه نظرية متجذرة تاريخيا، فنجد جذورها في الحضارات الأولى، لكن تطورها في العصر الحديث كان نتيجة بروز دور الدولة من خلال فرض الرقابة على التصرفات العقارية من خلال فرض الكتابة الرسمية و كذا الشهر و التسجيل.

و على غرار ما تقدم و ما قيل في الصورية في التصرفات العقارية و ما سوف يقال نقترح بعض التوصيات

- نظرية الصورية في التصرفات العقارية يجب أن تفرد لها نظرية خاصة بها ، فالمشرع الجزائري اكتفى بمادتين في القانون المدني هما المادة 198 و 199 و اعتبرها قواعد عامة تطبق على كافة التصرفات سواء ما ورد على عقار أو منقول أو شركة و عليه نقترح تخصيص أحكام خاصة للصورية في التصرفات العقارية ضمن النصوص القانونية التي تنظم أحكام التصرفات الواردة على العقار.

- نقترح وجوب التوسيع من دائرة شهر الدعاوى القضائية فالمشرع الجزائري نص في المادة 85 من المرسوم 63/ 76 أن الدعاوى الواجبة للشهر هي :
- * دعوى الفسخ : ترفع في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه
 - * دعوى الإبطال : تمارس في حالة ما إذا اعتري العقد فسادا في شرط من شروط الصحة كإنعدام الأهلية، عيوب الإدارة.
 - * دعوى الإلغاء: تنصب على إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية.
 - * دعوى النقض: ترفع في حالة المطالبة بنقض القسمة الودية و على هذا كان من الأخرى بالمشرع الجزائري التوسع من دائرة التصرفات الواجبة الشهر لتضم الدعاوى التي ترمي إلى كشف حقيقة العقد، ذلك أن الهدف من شهر الدعاوى هو الحفاظ على الحقوق الثابتة بالشهر تقاديا للفوضى و عدم الإستقرار في المعاملات العقارية بحيث تجعل التعامل في العقار عالما بحاله علما يقينيا، فإذا أقدم على شرائه فإنه يكون مقدما على شراء حق متنازع فيه و أنه من المحتمل أن ينزع منه بعد صدور الحكم القضائي بشأنه
- اقتراح توسيع صلاحيات المحافظ العقاري في نظام الشهر العيني، و ذلك تطبيقا لمبدأ المشروعية فمن خلال هذا المبدأ فالمحافظ العقاري له دور ايجابي مهم و متميز، بحيث أوجب عليه المشرع التدخل من أجل مراقبة مدى إستيفاء المحررات المراد شهرها على مستواه على شروط من جانبها الشكلي و الموضوعي كما تشير إلى ذلك المادة 105 من المرسوم 63/76 . لكن هذه المادة نصت أن المحافظ العقاري يحقق بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح. وعليه كان أحرى بالمشرع من توسيع صلاحيات المحافظ العقاري (ولم لا يكون قاضيا) خاصة في مجال التصرفات الصورية لما يمثله هذا من تحايل على القانون قصد التهرب الضريبي أو لحرمان الشفيع من حقه في التمسك بالشفعة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع والنصوص القانونية

- (1) أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2009.
- (2) أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دارهومة، الجزائر، 2008.
- (3) أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2011 .
- (4) اسماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري: دراسة تحليلية وصفية، دون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2003.
- (5) أعمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- (6) العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دون طبعة، منشورات أمين، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- (7) الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- (8) أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر، 2004.
- (9) جميلة دوار، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2011.
- (10) جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2011.
- (11) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2005.
- (12) دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني، دون طبعة، الجزائر، 2008.

- (13) دوة آسيا، رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دارهومة، الجزائر، 2011.
- (14) زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2009.
- (15) سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 2004.
- (16) عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع وعقد الإيجار، الأردن، دون تاريخ نشر.
- (17) عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- (18) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الإثبات – آثار الالتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- (19) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- (20) عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دون طبعة، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2004.
- (21) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007.
- (22) عبد المجيد الحكيم، عبد الناصر البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و أحكام الالتزام الجزء الثاني، دون طبعة، دون ناشر، دون بلد النشر.
- (23) عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للقانون، دون طبعة، دار هومة الجزائر، 2010.
- (24) علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

(25) عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2001.

(26) مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008 .

(27) مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر .

(28) محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

(29) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2000.

(30) محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.

(31) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الإلتزام العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007 .

(32) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2009.

(33) محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 67.

(34) ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2008.

(35) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 80.

(36) ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2003 .

37- Jérôme Huet, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 4eme édition L.G.D.J, 1994, France.

قائمة المحاضرات

(1) محمدي فريدة, محاضرات في عقد الإيجار وفقا للقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني. 2009/2008.

(2) محمدي سليمان, محاضرات في عقد البيع, دون تاريخ.

الرسائل الجامعية

(1) زواوي محمد, الشكلية لصحة التصرفات المدنية في القانون الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع العقود و المسؤولية ,كلية الحقوق بن عكنون ,الجزائر 1978,

(2) عرفات نواف فهمي مرداوي, الصورية في التعاقد: دراسة مقارنة, أطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2010.

الدوريات والمقالات

- (1) فريدة زواوي, ضرورة شهر الوعد ببيع العقار ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جزء 33 ، رقم 1995، 04.
- (2) المجلة القضائية, العدد الأول, سنة 2000.
- (3) أيمن أبو العيال, مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد - 20, العدد الأول. 2004 .

المواقع الإلكترونية

- فراس عدي, عقد البيع العقاري ،

<http://www.zalkhani.org/forms/articles/1180504957.doc>

النصوص القانونية:

القوانين:

- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 27 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- قانون العقوبات بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل و المتمم.
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1989 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
- القانون رقم 27/88 المؤرخ في جويلية 1988 المتضمن مهنة التوثيق، جريدة رسمية عدد 28، لسنة 1988.
- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم.
- القانون رقم 30/90 الصادر بتاريخ 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأحكام الوطنية، جريدة رسمية عدد 92.

الأوامر:

- أمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 70/107.
- أمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 75/92.
- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل و متمم، الجريدة الرسمية رقم 75/78.
- أمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية رقم 77/81.

الفهرس

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة.....	6
الفصل الأول: ماهية الصورية في التصرفات العقارية	11
المبحث الأول: مفهوم وتطور الصورية في التصرفات العقارية	12
المطلب الأول: مفهوم الصورية في التصرفات العقارية	12
الفرع الأول: تعريف الصورية وتمييزها عن غيرها	12
أولاً: تعريفها.....	12
ثانياً: تمييز الصورية في التصرفات القانونية عن غيرها من التصرفات المشابهة.....	14
الفرع الثاني: عناصر وأنواع الصورية في التصرفات العقارية	22
أولاً: عناصر الصورية	22
ثانياً: أنواع الصورية في التصرفات العقارية.....	24
الفرع الثالث: بواعث الصورية في التصرفات العقارية	28
أولاً : البواعث المشروعة للصورية في التصرفات العقارية	30
ثانياً : البواعث غير المشروعة للصورية في التصرفات العقارية	31
المطلب الثاني : تطور الصورية في التصرفات العقارية	33
الفرع الأول : الصورية في العصر الروماني	33
أولاً : مجالاتها	33
ثانياً: آثارها.....	35
الفرع الثاني: الصورية في العصر الإسلامي	36
أولاً : مجالاتها	36
ثانياً :آثار الصورية في الفقه الإسلامي.....	37
الفرع الثالث : الصورية في العصر الحديث	39
أولاً : مجالاتها	39
ثانياً : آثار صورية التصرفات العقارية في العصر الحديث	43
المبحث الثاني: مجالات الصورية في التصرفات العقارية	45
المطلب الأول : مجالات الصورية في التصرفات بالإرادة المنفردة	45
الفرع الأول : الصورية في الشفعة	45
أولاً: التعريف بالشفعة	45
ثانياً : تأثير حق الشفع وبنوع الصورية	47
ثالثاً: أثر الشهر و التسجيل على حق الشفع.....	50
رابعاً :الصورية في ثمن العقار المشفوع.....	51
الفرع الثاني : الصورية في الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد	52
أولاً: مفهوم الوعد بالبيع العقاري	52
ثانياً: الغبن في الوعد بالبيع العقاري.....	53
الفرع الثالث : الصورية في الوصية وتصرفات المورث	54
أولاً : الصورية في الوصية	54
ثانياً : الصورية في تصرفات المورث	60
المطلب الثاني: في التصرفات بالإرادتين	62
الفرع الأول: التصرفات الناقلة لكل الملكية العقارية.....	62
أولاً : عقد البيع	62
ثانياً: عقد الهبة	67

71	الفرع الثاني: في التصرفات الناقلة لجزء من الملكية
71	أولاً: الصورية في عقد الإيجار
75	الفرع الثالث: في التأمينات العينية.....
75	أولاً: الرهن الرسمي
78	ثانياً : الرهن الحيازي العقاري
80	خلاصة الفصل الأول.....
82	الفصل الثاني: آثار الصورية في التصرفات العقارية.....
83	المبحث الأول: القيمة القانونية للعنصر المستور و العنصر الظاهر في العقد الصوري.....
83	المطلب الأول: القاعدة العامة في الصورية "العبرة للحقيقة"
86	الفرع الأول: الأساس القانوني لقاعدة "العبرة للحقيقة في العقد الصوري"
86	أولاً: في القوانين المقارنة.....
87	ثانياً: قراءة في النصوص القانونية السابقة
87	الفرع الثاني: مبررات القاعدة " العبرة الحقيقية"
87	أولاً: مبدأ سلطان الإرادة
89	ثانياً: سرية الأعمال الخاصة.....
89	ثالثاً: مسلك المشرع نفسه
90	الفرع الثالث: شروط تطبيق القاعدة العامة في الصورية
91	أولاً: ضرورة وجود صورية تامة
92	ثانياً: ضرورة إنتفاء الغش والتحايل على القانون أو على حقوق الغير.....
94	ثالثاً:عدم وجود نص خاص يقضي بالإبطال.....
95	المطلب الثاني: الاستثناء في الصورية " العبرة للظاهر"
96	الفرع الأول: الأساس القانوني للاستثناء عن القاعدة
96	أولاً: في القوانين المقارنة و القانون الجزائري
97	ثانياً: قراءة في النصوص القانونية الخاصة بالاستثناء
98	الفرع الثاني: مبررات الاستثناء.....
98	أولاً :حماية الغير بالتمسك بالعمل الظاهر.....
99	ثانياً : مبدأ حسن النية
99	ثالثاً: الإعتبار الأخلاقي
100	الفرع الثالث: شروط تطبيق الإستثناء.....
100	أولاً: الأشخاص المشمولين بالحماية الإستثنائية.....
108	ثانياً: حسن نية الغير
110	المبحث الثاني: الدعوى الصورية في التصرفات العقارية.....
110	المطلب الأول: ماهية الدعوى الصورية.....
110	الفرع الأول: تعريف الدعوى الصورية و تحديد خصائصها.....
110	أولاً: تعريف الدعوى الصورية.....
112	ثانياً: خصائص الدعوى الصورية.....
116	الفرع الثاني: تمييز الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوى
116	أولاً: الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة.....
120	ثانياً: الدعوى الصورية و الدعوى البولصية (البوليائية).....
124	الفرع الثالث: التقادم في الدعوى الصورية.....
125	أولاً: الدعوى الصورية لا تخضع للتقادم.....

126	ثانيا: خضوع الدعوى الصورية للتقادم.....
129	المطلب الثاني: مباشرة الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء.....
129	الفرع الاول: الصفة و المصلحة لمباشرة الدعوى الصورية.....
129	أولا: الصفة.....
132	ثانيا: المصلحة.....
135	الفرع الثاني : ضرورة شهر الدعاوي الصورية في التصرفات العقارية.....
135	اولا :ضرورة شهر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية.....
141	ثانيا: المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى الصورية في التصرفات العقارية.....
145	الفرع الثالث: أثر رفع الدعوى الصورية في التصرفات العقارية.....
145	أولا: القاعدة العامة (عدم جواز الطعن في الصورية بعد التسجيل).....
146	ثانيا: الاستثناء عن القاعدة (جواز الطعن في الصورية بعد التسجيل).....
150	خلاصة الفصل الثاني.....
151	الخاتمة
	قائمة المراجع
	الفهرس