

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تخرج ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر

تخصص عقود و مسؤولية

والموسومة بـ:

## استعمال الحيل في القانون

تحت اشراف الاستاذ :

- د يخلف عبد القادر

من اعداد الطلبة :

- موساوي جلال

- قفاف عيد الحميد

اعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	
مشرفا و مقرا	
ممتحنا	

السنة الجامعية : 2024-2023



جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تخرج ضمن مقتضيات نيل شهادة الماستر

تخصص عقود و مسؤولية

والموسومة بـ:

## استعمال الحيل في القانون

تحت اشراف الاستاذ :

- د يخلف عبد القادر

من اعداد الطلبة :

- موساوي جلال

- قفاف عيد الحميد

اعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	
مشرفا و مقرا	
ممتحنا	

السنة الجامعية : 2024-2023

# الاهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى  
وأهله ومن وفى أما بعد: الحمد لله الذي وفقنا لشمين  
هذه الخطوة في مسيرتنا بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد  
والنجاح بفضلته تعالى مهداة إلى الوالدات الكريمات  
حفظهما الله وأدامهم نورا لدرينا

لكل من العائلة الكريمة موساوي التي ساندتني  
والعائلة الكريمة قفاف والى كل إخوة وأخوات

إلى دفعة 2024

.وإلى كل من أحبونا.

# شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على

أشرف المرسلين أما بعد: أتقدم بالشكر الجزيل إلى

لأستاذ الدكتور المشرف يخلف عبد القادر الذي لم يخل

علينا بنصائحه وتوجيهاته، وإلى أعضاء اللجنة المناقشة

المحترمين جزاهم الله كل خير ، و إلى كافة الزملاء

الكرام وإلى كافة الأساتذة جميع المواد

و إلى كافة الطاقم الإداري وإلى كل من شجعنا

ولو بكلمة طيبة.

## قائمة المختصرات

المختصرات	تعريفها
د . م . ج	ديوان المطبوعات الجامعية
ج . ر . ج . ج	جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية
ج	الجزء
ع	العدد
د . ط	دون طبعة
د . س . ن	دون سنة نشر
د . ب . ن	دون بلد نشر
س . ج	السنة الجامعية
ص ص	من صفحة الى صفحة
ق . ا . ج . ج	قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري
ق . ع . ج	قانون العقوبات الجزائري

# مقدمة

### مقدمة:

يخضع العقد في تكوينه لمبدأ سلطان الإرادة ، بحيث يكون لإرادة الأطراف دورا بارزا في إبرامه وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من العيوب ، فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية ، ملزمة للدائن و المدين و التي يعبر عنها المشرع بالعقد شريعة المتعاقدين .

فالتعبير الصادر عن الأطراف له دور في إعطاء الوصف القانوني للعقد ، فإذا كانت العبارة غير دالة على وصفها الصحيح، يمكن للقاضي أن يصفها على مفهومه الخاص، أو المفهوم المستخلص من العقد و ، ذلك ما يجعله يقوم بمهمته في تأويله

وقد وجدت هذه الظواهر في التعاقد بين الأفراد مجالا خصبا ، فغالبا ما يلجأ أحد المتعاقدين إلى التحايل على الطرف الثاني من أجل حمله على إبرام العقد، أو يقوم الطرفان معا بخداع الغير واصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرفهما الحقيقي، وفي كلتا الحالتين ينطوي الأمر على حيلة هدفها تغيير الحقيقة .وتكمن المشكلة الحقيقية في الحيل باعتبارها تصرفا ظاهره شرعيا ، وباطنه غير مشروع يهدف إلى غرض خفي لا يطلع عليه إلا صاحبه، ولهذا فإنها تتخذ مظهرا مختلفا عن حقيقتها.

فيحاول المحتال أن يسلك الطريق الذي لا غبار عليه من الناحية القانونية وأمام الآخرين .وبالرغم من الانتشار الواسع لاستعمال الحيلة وآثارها الوخيمة على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يخصصها بأحكام رادعة لمواجهةها والحد منها، حيث نجد أن الفقه القانوني يتحدث عن الحيلة في نصوص متفرقة ومواقع مختلفة وأحكام متنوعة تكاد تعدم الفائدة منها، فهو يدرس الحيلة مرة باعتبارها وسيلة لتطوير القانون عندما يتحدث عن الحيل القانونية، ومرة اخرى باعتبارها وسيلة خداع .

وتناول القانون المدني الجزائري الحيلة، على غرار باقي الأنظمة القانونية في نصوص متفرقة عندما ذكر بعض التطبيقات للحيل للقانونية، وعندما تطرق إلى أحكام الصورية والتدليس المقد للرضاء.سنحاول العمل دراسة عن الحيل في القانون في هذه المذكرة.

## مقدمة

ومن هنا تظهر لنا الاشكالية الرئيسية والمتمثلة في :

- ما هي أهم الحيل المستعملة في القانون؟

تتفرع لنا مجموع من التساؤلات الفرعية

- ما هو مفهوم مفهوم الحيل في القانون ؟

- ما هي تقسيمات الحيل و وأهم الآراء الفقهية ؟

- وماهي الحيل الصورية والحيل التدليسية في القانون؟

باعتبار أن الحيل في القانون هي تمس مصالح المتعاقدين سعت الدولة الجزائرية إلى حمايتها بكافة وسائل الحماية من خلال وضع إجراءات احترازية وقواعد قانونية من أجل حمايتها من الاعتداءات المختلفة، لذلك سعى المشرع الجزائري إلى تجريم بعض الافعال التي تمس بها، بموجب قانون المدني . حماية مصالح الافراد طرف الاجهزة المختصة ، متابعة و محاربة هذه الحيل.

يمكن تلخيص الأهداف في مجموعة من النقاط أهمها:

- محاولة التطرق إلى أهم صور الحيل في القانون .

- الكشف عن الاليات التي من شأنها أن تحارب و تقلص من ارتكابها و مكافحتها .

تتمثل أسباب الاختيار في طابعين موضوعي وذاتي :

يتمثل في الاهمية العلمية البالغة لموضوع الحيل في القانون ، ومحاربة هذه النوع من الجرائم من طرف كل الدول .

يكمن في الميول الشخصي لدراسة مثل هذه المواضيع، بالإضافة إلى أنو يندرج ضمن تخصصنا.

استعنا ببعض الدراسات

- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الحيل

الافتراضية، الحيل التدليسية، الحيل الصورية المشروع منها والمحظور معلقا عليها بأحكام الفقه

والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2000

حيث تناول الباحث الموضوع: تطرقت فيه إلى الإطار العام لمكافحة جرائم الحيل في القانون

المدني.

## مقدمة

تكمن الصعوبات في قلة الوقت، ونقص المصادر الجزائرية دفعني إلى الانتقال إلى جامعات أخرى للحصول على المعلومات ولتكثيف الجهد وإعطاء الأحسن بالإضافة إلى رأي استاذ المشرف، والذي في الحقيقة كان حافزا .

اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي لموضوع البحث، حيث تم إجراء دراسة مكتبية استعرضنا فيها أهم ما يمكن الحصول عليه من دراسات سابقة حول موضوع الحيل في القانون ويظهر ذلك في التعرض للآراء الفقهية والنصوص القانونية والكتب في المكتبات الافتراضية والاستعانة بالكتب والمجلات وشبكة الانترنت والمعلومات الثانوية، كما قمنا بجمع المعلومات المطلوبة عن أهم ما تطرق اليه المشرع الجزائري.

موضوع الحيل في القانون له جوانب عديدة للدراسة ومن خلال دراستنا هذه لإضافة إلى تطرقنا إلى المفهوم الحيل في القانون ، ومعرفة طرق التحايل ومكافحتها في هذا الموضوع.

تم التركيز على الحيل في القانون حيث أجريت هذه الدراسة في الفترة الممتدة من فيفري إلى جوان

2024.

### 1) تقسيم الدراسة

قسمت الدراسة إلى فصلين تناولنا في الفصل الاول التأصيل القانوني للحيل وينقسم هذا الفصل إلى مفهوم الحيل في القانون في المبحث الاول، ثم تقسيمات الحيل و آراء الفقهية في المبحث الثاني، ثم في الفصل الثاني تطبيق الحيل في العقود ، حيث تناول هذا الفصل دراسة للحيل الصورية من كل جوانبها في المبحث الاول، ثم لدراسة الحيل التدلّيسية في المبحث الثاني.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in green, red, and gold, framing the central text.

# الفصل الأول

## التأصيل القانوني للحيل

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### تمهيد

لجأت الشعوب القديمة إلى عدة وسائل من أجل تطوير قوانينها تمثلت في الحيل القانونية والعدالة والقانون الطبيعي، وقد تضافرت جهود هذه الوسائل جميعها من أجل تطوير القانون آنذاك، ولكنها لم تكن على درجة واحدة من حيث المكانة والأهمية و الأثر، حيث اعتبرت الحيل القانونية من أهم الوسائل التي لجأ إليها القائمون على تطبيق القانون وتفسيره، ومازال المشرع حالياً يلجأ إليها في عدة تطبيقات. وتعتبر الحيل القانونية أحد أنواع الحيل في القانون قديماً وحديثاً، وهي عبارة عن افتراضات تقوم على تصور ذهني بحث، يهدف إلى إقامة تنظيم قانوني معين، أي افتراض يخلقه القانون دون أساس من الواقع ويرتب عليه المشرع نتيجة معينة لا يمكن المجادلة فيها. لذا ارتأينا في الفصل الاول من حيث مفهومه في المبحث الأول وأهم تقسيمات الحيل و آراء الفقهية في المبحث الثاني.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### المبحث الأول: مفهوم الحيل في القانون

الحيل القانونية هي إحدى الوسائل الغنية للسياغة القانونية اللازمة لتطوير القانون، وهي عبارة عن وسيلة عقلية تقوم على تصور ذهني بحت، يعمل على خلق أمور تتسجم مع الواقع، بالرغم من مخالفتها له.

وقد لجأ الأفراد بداية إلى هذا النوع من الحيل من أجل التخلص من شدة النصوص وقديتها. والتي لم يكونوا يجرؤون على مخالفتها، ثم تقطن إليها القائلون على تفسير القانون من فقهاء وقضاة ومشرعين الذين وجدوا فيها أحسن طريقة للسياغة القانونية في بعض الحالات .

وتكون السياغة عن طريق الحيل القانونية بإعطاء وضع من الأوضاع وصفا مخالفا للحقيقة، توصلنا إلى ترتيب أثر قانوني معين يرتبط بهذا الوصف كاعتبار المنقولات المخصصة الخدمة عقار معين بمثابة عقارات، وتسميتها عقارات بالتخصيص، توصلنا إلى تطبيق نظام العقارات عليها<sup>1</sup>.

وبالرغم من أن الحيل القانونية فقدت المركز المرموق الذي كانت تحتله في ظل الأنظمة القانونية القديمة وخاصة القانون الروماني، وأنها أصبحت أقل طرق السياغة استعمالا، إلا أنه لا يمكن إنكار أنها قد ساعدت على حل العديد من المشاكل القانونية وذلك الكثير من صعوبات الحياة العملية وأن الأنظمة القانونية الحديثة لا تكاد تخلو منها وأنه هناك بعض الحيل القانونية التي لا يمكن الاستغناء عنها من أجل التعاقد، كما هو الحال بالنسبة للنيابة في التعاقد والشخصية الاعتبارية.

### المطلب الأول : مفهوم الحيل و أسباب نشأتها

للحيل القانونية طبيعتها الخاصة التي تجعلها قائمة متميزة عن غيرها من النظم القانونية وحقيقتها التي تقوم عليها والتي تحدد خصائصها وتبين معالمها، ولذلك يجب من أجل الإحاطة بها تسليط الضوء بداية على هذه الحقيقة من خلال تحديد تعريفها و أسباب نشأتها.

### الفرع الأول: تعريف لغة واصطلاح

سننطلق فيما يلي إلى التعريفين اللغوي والاصطلاحي لكلمة " الحيلة"

#### 1. الحيلة لغة:

الجيل جمع حيلة والحيلة مشتقة من ( حيل وحول )، ومعناها الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف في الأشغال<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدلبيسية، الحيل الصرية، المشروع منها و المحضور معلقا عليها بالاحكام الفقه و القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 47.

<sup>2</sup> المنجد الاعدادي، فصل الحاء، ط 5، دار المشرق، بيروت، لبنان (د. ت. ن) ص 43.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

وهي كذلك الحذق والخديعة<sup>1</sup>.

يقال: لا حيلة لي في ما بيدي، لا أستطيع عمل شيء .  
ما الحيلة: ما العمل.

لم يجد حيلة إلا : لم يستطيع عمل شيء سوى.  
اعبته الحيلة: ارتبك وعجز .

والحيلة بالكسر هي وسيلة بارعة تحيل الشيء عن ظاهره، ابتغاء الوصول إلى المقصود بها وهو الخديعة.

يقال تخيل بمعنى استعمل الحيلة في تصريف أموره، وتحايل على الرجل أو الشيء أي سلك معه مسلك الحذق ليبلغ منه ماريه<sup>2</sup>.

والحيل أول الحول لغة هو القوة، يقال لا خيل ولا قوة إلا بالله لغة في لا حول ولا قوة، وفي دعاء يرويه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم ذا الحيل الشديد، أي ذا القوة<sup>3</sup>.  
يتضح مما سبق أن الحيلة لغة يراد بها أحد المعاني الآتية: أولاً: الحلق، وجودة النظر، والقدرة على التصرف الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، فمن حاول الوصول إلى أمر أو الخلاص منه، فما يحاول به حيلة يتوصل بها إلى المقصود.

### 2. الحيلة اصطلاحاً

لم يعرف القانون المدني الحيلة بمعناها العام ، وإنما ذكرها في بعض الجزئيات كتطبيقات لبعض المبادئ كما هو الحال عندما يتكلم من الحيل التدليسية ، كعنصر مادي جوهرى لازم توافره لقيام التدليس وعن الصورية كحيلة، يلجأ إليها اطراف العقد لاختفاء موضوعه الحقيقي عن الغير ، وعن الحيل القانونية كأحد طرق صياغة النصوص القانونية .

وتجتمع على التطبيقات كلها في معنى واحد، هو أن الحيلة ما هي إلا مخالفة سواء القانون أو للواقع أو الإدارة الطرفين في العقد<sup>4</sup>، أي أن الحيلة في القانون المدني يختلف مدلولها بحسب مصدرها، والغاية منها، فاما أن تكون من أحد طرفي العقد على الاخر بهدف ايهامه بغير الحقيق ، وهي الحيل التدليسية واما أن تكون باتفاق الطرفين معا لاختفاء حقيقة معين يقصدانها معا ،وهي الحيل الصورية، واما أن تكون

<sup>1</sup> بسام عبد الله ، قاموس نوبل، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2001، ص 286.

<sup>2</sup> المعجم الوجيز ، فصل الحاء ،(د.م.ن)،(د.ت.ن) ، ص 187.

<sup>3</sup> المنجد الاعدادي ، مرجع سابق ، ص 43.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيمالديب ، مرجع سابق ، ص 09.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

من المشرع الوضعي من أجل ضمان صياغة خاصة للقانون أو عمل على تطويره ، وهي الحيل القانونية.

### الفرع الثاني : نشأتها وأسباب ظهورها

#### 1. نشأة الحيل القانونية

ارتبط لفظ "الحيلة تاريخيا بالقانون الروماني القديم، بالنظر لما كان لها من أهمية بالغة في تطوير قواعده، لذلك فإن التساؤل يثور حول الأصل التاريخي للحيل القانونية، وهل تزامن وجودها مع وجود القانون الروماني.

وللإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين، يرى الاتجاه الأول بأن الحيل التي يستعملها الأفراد للاحتيال على محظورات القانون وأوامره، قديمة قدم التاريخ نفسه وقد وجدت مع خلق البشرية، منذ أن عاش الناس في جماعات يربطها الموطن واللغة ورابطة الإحساس الخلقي والعاطفة الدينية، أي أن الحيلة عندهم وجدت قبل وجود القانون الروماني، الذي يعتبر أصل كل القوانين، فهي قديمة قدم الجماعات الإنسانية، ومن مؤيدي هذا الرأي من قال بأن الحيل ظهرت في الشرائع السابقة للإسلام، أي قبل ظهور الشريعة الإسلامية وتدوين الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

أما الرأي الثاني لدى الفقه فيخالف الاتجاه الأول تماما، ويقول بأن الحيل وجدت في ظل الفقه الإسلامي وبالتحديد عند الإمام أبو حنيفة، بل أنها وجدت قبله عند شيخه حماد بن سليمان، ومن قبله إبراهيم النخعي غاية الأمر أن الإمام أبو حنيفة توسع فيها، فنسبت له حتى سمي بإمام أهل الحيل<sup>2</sup>.

#### 2. أسباب ظهور الحيل القانونية

إن الإحاطة بأية فكرة أو موضوع إحاطة تامة تقتضي بالضرورة الرجوع إلى أصولها التاريخية، بناء على ذلك فإن الدراسة التاريخية للحيلة كظاهرة قانونية، لا يمكن فهمها إلا بتقصي جذورها التاريخية وبمعالجة وتحليل الظواهر والعوامل والظروف التي أدت إلى ظهورها .

هذا ويرجع ظهور الحيل القانونية إلى عدة أسباب، يمكن تقسيمها إلى أسباب عامة وأخرى خاصة .

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، الاقتراض و دوره في تطور القانون، دراسة نظرية تطبيقية لفكرة الاقتراض القانوني، (د.م.ن)، 1980، ص 68.

<sup>2</sup> صالح بن اسماعيل بوشبيش، الحيل الفقهية ، ضوابطها و تطبيقاتها على الاحوال الشخصية، الطبعة الاولى، مكتبة الرشد، الرياض، 2005، ص 35.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### أولاً: الأسباب العامة

تتمثل الأسباب العامة لظهور الحيل أو الافتراضات القانونية، في الأصل الديني للقواعد القانونية وصعوبة المساس بها، وفي التطور الكبير والبطيء في نفس الوقت الذي عرفته المجتمعات البدائية خاصة في مجال العلاقات الاجتماعية والاقتصادية .

- الأصل الديني للقاعدة القانونية بالرجوع إلى تاريخ النظم القانونية نجد أن القوانين ظهرت بداية في صورة أحكام دينية أعلى الأقل ولدت في أحضان الديانة، مما أضفى على قواعد القانونية نوعاً قدسية ، وتترتب على ذلك صعب على الناس تعديل تلك القواعد ، رغم التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت تقتضي تعديل النصوص القانونية ، سواء بإلغائها أو تعديلها أو باستحداث قواعد جديدة<sup>1</sup>.

فلم يكن بالإمكان تعديل هذه القواعد بواسطة العدالة أو التشريع، لأنها تسمو على القواعد القانونية التي يسنها الإنسان بأصلها الديني، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمتد يد البشر لتعديلها بالتالي لم يمكن بالإمكان تطويرها لتتناسب والمستجدات إلا باستعمال الحيلة، على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة التي لا تمس بقدسيته<sup>2</sup>.

لذلك اضطر القائلون على تطبيق القانون وتفسيره، أمام الحاجة الملحة إلى التعديل و قدسية النصوص إلى التحايل على القواعد القانونية، سواء بتطبيقها على حالات لم توضع لها أصلاً أو بإهمالها وعدم تطبيقها نظراً لعدم صلاحيتها، كل ذلك دون المجاهرة بتعديلها أو بإلغائها، ولذلك قيل بأن الحيلة عبارة عن أكلوبة محبوكة أملتتها الضرورة<sup>3</sup>.

بالتالي فإن الشعوب القديمة قد قدمت النصوص القانونية بسبب مصدرها الديني والإلهي حسب الاعتقاد الذي كان سائداً آنذاك، وبالرجوع إلى تاريخ النظم القانونية نجد نوع آخر من النصوص احتل هو الآخر مكانة راقية عند الأفراد، كقانون حمورابي " ملك العراق القديمة الذي اعتبر من أكبر المصلحين الاجتماعيين للعالم القديم، والقانون الذي وضعه فرعون مصر بوكخوريس الذي اعتبر باعناً للنهضة في أواخر عصر الدولة المصرية الحديثة، وقانون صولون في أثينا.

<sup>1</sup> محمد اللافي، منصور ميلد يونس، مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، مطبعة الانتصار، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 172.

<sup>2</sup> واحسن مثال على ذلك قوانين الهنود النابعة عن ديانتهم وعقيدتهم البرهمانية والتي لا تزال قائمة ، فلم يصل الهنود إلى الفصل القواعد القانونية عن غيرها من القواعد السلوك في المجتمع ليومنا هذا .

<sup>3</sup> صوفي أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، (د.م.ن)، 1967، ص296.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

كما قد ترجع مكانة القوانين عند الشعوب إلى المعاناة والصراع الذي تكبدته من أجل الحصول عليها كما هو الحال بالنسبة إلى قانون " الألواح الاثني عشرة الذي جاء بعد صراع مرير بين أشراف مدينة روما وعامتها من الشعب.

وما يقال عن القوانين القديمة يصدق على القوانين الحديث، فمجموعة "تابليون في فرنسا و "الباندكت في ألمانيا وقوانين " كمال أتاتورك في تركيا الحديثة، لم يكن بالإمكان تطويرها ولا تعيدها علنيا، فلم يجد القضاة والمفسرين مفرًا من اللجوء إلى الحيل القانونية لتعديل قواعد القانون دون تعديل النصوص.<sup>1</sup>

وخلص القول أن نظرا لنشأة الشرائع القديمة في أحضان الديانات، فقد اكتسبت نوعا من الجود والقدسية جعلتها غير قابلة للتعديل والتغيير، وفي المقابل فإن متطلبات الافراد والمجتمعات المتزايدة والمتغيرة وفقا لتغير للأوضاع، تفرض تغيير النظم أو تعديلها، وإزاء صعوبة ذلك كثر اللجوء إلى الحيل القانونية من أجل تعديلها.

- التطور البطيء للمجتمعات البدائية إن تطور المجتمعات قديما كان يحدث بصورة بطيئة وغير ملموسة، ولما كان القانون هو المرآة العاكسة للظروف والأوضاع المعاشية، فمعنى ذلك أن تطور المجتمعات البطيء سيقابله بالضرورة تطور بطيء للقواعد القانونية يصعب أن يكون على تدخل صريح من السلطة التشريعية .

فالعلاقات الاجتماعية التي تستجد في المجتمع كانت تظهر بالتدرج وفي أجيال متعاقبة وهذا كان نتيجة التحايل البطيء غير الملموس على القواعد الاجتماعية الموجودة، فقد كان لا بد من مرور زمن طويل قبل أن تتبلور العلاقات الاجتماعية الجديدة، وتتضح معالم التعديلات القانونية الجديدة، التي كانت تحدث في صور تحايل على القواعد القانونية.<sup>2</sup>

وحين تظهر معالم القواعد الجديدة ويتبين تعارضها مع القواعد القديمة ، يكون المجتمع قد تعود على صورة التحايل التي أوجدتها ضرورة الحياة، ولذلك كان لا بد من انقضاء فترة زمنية طويلة قبل أن ينتبه المشرع إلى ذلك التحايل الذي من نصوص القانون، فيحمل على تبني القواعد الجديدة التي أوجدتها الحيلة، إذا كانت نافعة للمجتمع أو على محاربتها إذا كانت ضارة أو خاطئة ، وربما لهذا السبب لم يظهر التشريع، كوسيلة من وسائل تطور القانون، إلا بعد ظهور الحيلة بزمن طويل<sup>3</sup>

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، الطبعة الثانية ، دار الفكر و القانون (د.م.ن) ، 1999، ص 55.

<sup>2</sup> محمد اللاقي ، منصور يونس مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، مطبعة الانتصار ، ليبيا،(د.ت.ن)، ص 173.

<sup>3</sup> عبد العزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم و الشرائع،(د.م.ن)،(د.ت.ن)،ص 365.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### ثانيا: الأسباب الخاصة

تتعلق الأسباب الخاصة لظهور الخيل القانونية بالرومان، وبالقانون الروماني القديم الذي نشأت في ظله، فبالرجوع إلى الشرائع القديمة نجد أن هذا القانون قد تبوأ القمة، بل أنه يعتبر المصدر التاريخي للعديد من الأنظمة القانونية الحديثة، وهذا ما جعل الفقهاء المعاصرين ينظرون إليه نظرة إجلال وإكبار حيث أثبتت الدراسات التاريخية أن طبيعة الشعب الروماني المحافظة وندرة تشريعاته وشدتها وشكليتها كانت من أهم أسباب ظهور الحيل القانونية.

- **الطبيعة المحافظة للشعب الروماني** : بما أن الإنسان هو المخاطب بالقاعدة القانونية، فإنه يؤثر تأثيرا كبيرا في تكوين النظم القانونية، ولما كان لكل شعب خصائصه وطباعه وميوله النفسية فإن هذه السمات ستلقي انعكاساتها وستظهر معالمها على بنية تلك النظم بدون أدنى شك.<sup>1</sup>

ويعد الشعب الروماني من أكثر الشعوب محافظة على تقاليدها وتمسكا بها، بالرغم من شدتها أو قصورها، وروح المحافظة هذه هي التي دفعتهم إلى إيجاد الحلول للكثير من المسائل التي كانت تطرح ولو لم يوجد في النصوص القائمة آنذاك ما يحكمها، ومن هنا ظهرت عبقريتهم في التحايل على النظم القانونية، فكلما واجهوا حالة ضيق القواعد أو قصورها، كلما حاولوا التخلص من شدتها أو تكملتها، دون المجاهرة بالغائها أو تعديلها.

ولذلك فإن تأثير الحيل في القانون الروماني القديم كان أوسع نطاقا من تأثير الوسائل الأخرى، لأنه الأسلوب الوحيد الذي يلائم الشخصية الفطرية وينفق مع عقلية الإنسان في بداية عهده بالمدينة، ومع شعوره نحو ديانته وتقاليد.

ويتصل بهذا السبب قلة إصدار التشريعات الرومانية في تلك الفترة، وعزوف المشرع الروماني عن تعديل القواعد القائمة الآلي بعض الحالات النادرة.<sup>2</sup>

- **الطبيعة الخاصة للقانون الروماني** كان القانون الروماني يتسم بعدة خصائص جعلت له طبيعة خاصة أهمها الندرة ، حيث يلاحظ بأن المشرع الروماني قد تكاسل وأقل إلى حد كبير من إصدار التشريعات، فهو لم يكن يتدخل إلا نادرا لتعديل ما هو قائم، رغم تطور المجتمع وتزايد حاجاته، مما دفع الفقهاء والقضاة عند الحاجة إلى تعديل النظم القانونية القائمة بالتحايل عليها، دون المساس بها. كما أنه كان يتضمن أحكاما قاسية جدا، مثلا كان يعطي الحق للدائن في شراء أو بيع أو قتل مدينه

<sup>1</sup> فايز محمد حسين ، طارق المجذوب ، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ، ص 190.

<sup>2</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي، الافتراض و دوره في التطور القانون، دراسة نظرية لفكرة الافتراض القانون، مجموعة البحوث القانونية و الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1980، ص 30.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

الذي كان يظل تحت رحمته ما لم يسدد ديونه<sup>1</sup>، هذا بالإضافة إلى كونه قانونا ضيفا وعتيقا، حيث كان يطبق على الرومان دون الأجانب. وقد أدت هذه الطبيعة بالفقه والقضاء إلى التحايل على النصوص باللجوء إلى الافتراض، تفاديا للصعوبات التي تؤدي إليها هذه الطبيعة الخاصة<sup>2</sup>.

ولعل أهم مميزات لهذا القانون هي اتسامه بالشكلية والرسمية، فبالرغم من احتلاله الصدارة بين الشرائع والقوانين، إلا أنه اتسم في عهده الأول وفي معظم عصوره التالية، بشدة قيوده من شكلية رمزية تمثلت في الإشارات والألفاظ وإجراءات معينة، يلزم إتباعها لصحة التصرفات القانونية، التي كانت تبطل إذا لم تفرغ في هذه القوالب الشكلية، دون أي تعديل أو تحريف، بحيث لم يكن يأخذ بالحسبان نية الأفراد، بل كانت العبرة بالقالب القانوني الذي أفرع فيه العقد، وما احتواء ذلك القالب من عبارات ورموز في وضع معين وشكل محدد<sup>3</sup>

ومن شدة اهتمام الرومان بالشكلية، لم يكن القانون الروماني يعتبرها مجرد صورة للتعبير بها عن الإرادة فحسب، بل كانت العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر، إذ كانت آثار التصرف القانوني تترتب بمجرد إتمام الإجراءات الشكلية، حتى ولو كانت الإرادة معيبة.

وقد قسم فقهاء الرومان القواعد القانونية آنذاك إلى ثلاث أقسام، قواعد القانون الطبيعي وقواعد القانون المدني وقواعد القانون الشعوب.

القانون الطبيعي هو ذلك القانون الذي انتقل إلى روما نتيجة تأثرهم بالفلسفة الإغريقية والقانون المدني وهو مجموعة القواعد الوضعية التي تنظم علاقات الأفراد، والتي نشأت نتيجة لتطور الأعراف والتقاليد.

أما قانون الشعوب فهو الذي يتضمن مجموعة القواعد التي تحكم علاقات الأجانب فيما بينهم أو علاقاتهم بالمواطنين الرومان.

وقد كان القانون المدني أكثر القوانين شكلية، فيتميز قواعده بالتعقيد و التسلط و التطرف إلى درجة بطلان التصرفات و ضياع حقوق أصحابها لمجرد الخطأ البسيط في الألفاظ أو الاجراءات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، مرجع سابق، ص 30.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 13.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### المطلب الثاني: تحديد طبيعة الحيل و أنواعها

تتمتع الحيل القانونية بسمات خاصة تميزها عن غيرها من وسائل تطوير القانون وتجعل لها طبيعة خاصة .

### الفرع الأول: طبيعة الحيل

#### 1. الحيلة القانونية من أهم تطبيقات الاقتصاد القانوني

يبين الاقتصاد القانوني الوسائل المستعملة لتطوير القانون، والتي قد تكون إما بسيطة إذا كانت ترمي إلى تطبيق قاعدة قانونية، تحكم حالات معينة على حالات أخرى، غير تلك التي وضعت من أجلها لأنها تشبهها في علة الحكم، وهذا هو القياس، وإما مصطنعة، إذا كان الهدف منها هو الوصول إلى غرض مخالف للغرض الذي وضعت من أجله القاعدة القانونية، أو إذا أذكرت الواقع الملموس، واستندت على وقائع كائنية ، لكي ينطبق القانون على حالات لم يكن يلائمها من قبل، وهذه هي الحيلة القانونية أو الافتراض القانوني

إن فالإقتصاد القانوني يعتمد إما على القياس أو على الافتراض القانوني، بالتالي يمكننا القول بأن الافتراض القانوني يعتبر من أهم تطبيقات الاقتصاد القانوني.<sup>1</sup>

#### 2. الحيلة القانونية تخالف دائما الحقيقة والقانون معا

كما سبق القول، فإن الحيلة القانونية أو الافتراض القانوني تقوم على تجاهل الواقع الملموس بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى عرض آخر أو تجاهل وجودها، فما تعتبره الحيلة صحيحا ليس فقط أمر غير محتمل، وإنما هو بداية خاطئ، لا يمكنه في أية حال أن يطابق الواقع، فالحيلة تتضمن إنكارا جذريا، ليس فقط لما هو صحيح بحسب الغالب، فيما عدا بعض الاستثناءات، ولكن لما هو صحيح دائما ودون استثناء ، اذن فالحيلة القانونية أساسها دائما وأبدا مخالفة الحقيقة والقانون معا .<sup>2</sup>

#### 3. نسبية فكرة الحيلة القانونية

بما أن العلم في تقدم دائم ومستمر في جميع الميادين، وخاصة في نطاق العلوم الإنسانية. فإن الحقائق العلمية تعتبر حقائق نسبية بطبيعتها، والحيلة القانونية تخالف حسب تعريفها الحقيقة المعروفة في زمن معين وفي مكان معين والتسليم بنسبية الحقائق العلمية، يفرض التسليم بنسبية الحيل القانونية، فمن الممكن أن تصبح حيلة أمس حقيقة علمية اليوم، والعكس صحيح .

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب ، مرجع سابق، ص 294.

<sup>2</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر، 1976 ، ص 400.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

وربما يكون التفكير القانوني متقدم على التفكير العلمي في بعض العصور، كما كان الحال عند الرومان، ولهذا فقد تكون الحيلة القانونية الوسيلة الوحيدة المعالجة للنقص، والقصور في الحقائق العلمية. ومن جهة أخرى، نجد أن الآراء تتباين والمواقف وجهات النظر تختلف إلى حد كبير عندما يتعلق الأمر بالعلوم الإنسانية، ولهذا نجد صعوبة كبيرة تحول دون القطع بوجود حيلة قانونية بالنسبة لها<sup>1</sup> وبالرغم من أن الحقائق العلمية جميعها تجد أساسها في المبادئ الأساسية لنظرية المعرفة إلا أن تطبيق هذه المبادئ على بعض الأحكام الخاصة، قد تؤدي إلى تعدد وجهات النظر واختلافها، كما هو الحال بالنسبة للأحكام التي تقرر رجعية أثر بطلان العقد أو فسخه، وما يترتب عليها من آثار تؤدي إلى إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن التعاقد لم يتم أصلاً، حيث يرى الأستاذ جني أن هذه الرجعية من قبيل الحيل القانونية أو المجاز، في حين يرى الأستاذ دابان أن الرجعية لا تعتبر دائماً حيلة قانونية، فهناك حالات تفرض فيها الرجعية نفسها على القانون، كحقيقة طبيعية لا يمكن الخروج عليها، إلا بالافتراض والمجاز.

كما هو الحال بالنسبة لإزالة آثار العقد الباطل أو المفسوخ، فكما هو ثابت فإن البطلان والفسخ يؤديان إلى زوال كل أثر ترتب على العقد منذ تمامه، فإذا كان العقد قد رتب بعض الآثار قبل أن يصدر الحكم ببطلانه أو فسخه، فإن هذه الآثار يجب أن تزول بزوال سببها، أي زوال العقد، وفقاً لما يقتضيه مبدأ السببية، الذي ينص على أن تتوقف الآثار عندما يتوقف السبب.

في الحالات التي يقرر فيها القانون بقاء بعض آثار العقد التي ترتبت عليه، رغم الحكم ببطلانه، فإن هذا الحكم، أي الحكم ببقاء الآثار، هو الذي يعتبر من قبيل الحيلة، فعندما يقرر القانون بقاء بعض الآثار المترتبة على عقد الزواج الباطل، مراعاة منه لمصلحة الطرف حسن النية والأولاد فإنه يقرر بذلك حكماً مخالفاً لطبيعة البطلان والمنطق الأشياء، إذن في هذه الحالة فإن عدم رجعية أثر البطلان هي التي تخالف الواقع، أما قاعدة التي تقرر رجعية أثر البطلان والفسخ فهي لا تخالف الواقع بالتالي ليست حيلة قانونية.

كما أن هناك عدة حالات أخرى اختلفت آراء الفقهاء حولها، فمنهم من يساند فكرة أنها من قبيل الحيل القانونية أو المجاز ومنهم من ينفي ذلك، وأهمها الأحكام المتعلقة بالشخصية المعنوية وبالتجنس، والتبني والنيابة في التعاقد.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 405.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### الفرع الثاني: أنواعها

بما أن الحيل القانونية قد ارتبطت دراستها التاريخية بالقانون الروماني ، فإننا سندرس تقسيماتها في ظله، وتنقسم الحيل القانونية في عند الرومان إلى عدة تقسيمات تختلف حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث الشخص الذي يلجأ إليها ويستعملها، يمكن تقسيمها إلى وحيل فردية من صنع الأفراد وحيل قضائية من صنع الحاكم القضائي الروماني - البريتور " ، وحيل تشريعية من صنع المشرع كما يمكن تقسيمها من حيث وظيفتها إلى حيل تؤدي إلى خلق نظم قانونية جديدة، وحيل تؤدي إلى تخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة، وحيل تبرر بعض النظم السارية المفعول ، وهذا ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل عند دراسة تطبيقات الحيل القانونية في القانون الروماني، ولهذا فسنتكفي بدراسة الأنواع وفقا للتقسيم من حيث الأشخاص.

#### 1. الحيل الفردية

الحيل الفردية هي الحيل التي كان يباشرها أفراد المجتمع الروماني علنا، فهي لم تكن تخالف نصا قانونا أو تهدم أصلا تشريعا، ولهذا فإن السلطة القضائية لم تكن تستطيع عقاب مباشرها . وهكذا فإن الحيل القانونية قد استخدمها الأفراد في ظل المجتمع الروماني، وأقرها القضاء الذي لم يكن بإمكانه مناقشتها، فقد كانت تتفق مع النصوص القانونية ولا تخرج عن الشرعية القانونية وكان هدفها هو تحقيق مصالح الأفراد والمجتمع، بالتالي فقد كانت الحيل القانونية مشروعة. وقد استعمل الأفراد هذا النوع من الحيل في إطار ما يسمى بالدعوى الصورية، فقد كان يتفق طرفين على تصوير منازعة وطرح دعوى بخصوصها أمام البريتور ليقضي فيها لصالح أحدهما . والحقيقة أنه لا يوجد أي نزاع جدي بينهما .

واستخدمت هذه الدعوى كوسيلة لتحقيق التبني ولعتق الرقيق ولنقل الملكية، فدعوى التبني كانت ترفع من المتبني على المتبني، ودعوى العتق من وكيل الرقيق على السيد، ودعوى الملكية من المشتري على البائع، وكان المتبني يقر بحق التبني والسيد بحرية الرقيق والبائع بملكية المشتري . وكان دور الحاكم القضائي يقتصر على المصادقة على ما دار أمامه دون مناقشة الموضوع.<sup>1</sup>

و تختلف الحيل الفردية عن الحيل التي كان يباشرها الأفراد بعرض خرق نصوص القانون والعمل على مخالفته، والتي تدخل ضمن أنواع أخرى للحيل كالحيل التديسية والحيل الصورية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 90.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، مرجع سابق ، ص 230.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### 2. الحيل الفقهية

الحيل الفقهية هي حيل من صنع الفقهاء، فقد استخدم فقهاء الرومان شتى أنواع الحيل التي تتماشى مع النظام العام والآداب العامة والتي لا تخالف أي نص من نصوص القانون الروماني ، فقد كانت الحيل الفقهية هي الأخرى مشروعة تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

وقد استعملها الفقهاء من أجل حل الكثير المشاكل وتذليل العديد من الصعوبات التي واجهتهم في الحياة العملية، ومثال ذلك الحيلة التي لجأ إليها الفقهاء من أجل حل مشكلة التركة الشاغرة، فقد كان القانون الروماني يعطي للوارث الخيار بين قبول الميراث أو رفضه، وكانت التركة في الفترة ما بين وفاة المورث و قبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة، ومعناه أنها تركة بدون مالك، فقد توفي مالكا الأصلي و لم يعلن الوارث قبوله لها بعد، مما كان يؤدي إلى مشاكل كبيرة في الواقع العملي .

إلا أن فقهاء الرومان قد تفتنوا إلى حيلة مفادها أن اعتبار الوارث الذي قبل التركة مالكا لها من تاريخ وفاة مورثه لا من تاريخ قبوله لها، أو افتراض أن المورث ما يزال حيا حتى يقبلها الوارث.<sup>1</sup>

### 3. الحيل التشريعية

الحيل التشريعية هي الحيل التي لجأ إليها المشرع الروماني وأقرها بموجب نصوص خاصة والتي راعى فيها مصلحة الأفراد وسعى إلى تحقيقها، دون الخروج عن قواعد العدالة وعن الشرعية القانونية كاعتبار الروماني الذي مات في الأسر، قد مات في نفس اليوم الذي أسر فيه، أي أنه مات وهو حر قبل أن يفقد شخصيته بالأمر ويصبح رقيقا ويفقد بالتالي شخصيته القانونية مما سيمنع انتقال تركة الوارث، وفق ما كان ينص عليه القانون الروماني.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 58-59.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق ، ص 228-229.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### المبحث الثاني : تقسيمات الحيل و آراء الفقهية

اهتم فقهاء القانون بدراسة وتحليل الحيل القانونية بعد ظهورها محاولين تحديد طبيعتها وبيان وظائفها واختلفت وجهات النظر حولها وكانت محل جدل كبير وتباين واضح في الآراء، فظهرت عدة نظريات حاولت كل منها دراسة الحيل القانونية من منظورها الخاص، بناء على أفكار واعتقادات مؤسسيها.

### المطلب الأول: نظرة القانونية و الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول: نظرت القانونية

تعتبر قدسية النصوص وعزوف المشرع عن من قواعد جديدة والتطور البطيء للقواعد القانونية من أهم الأسباب التي دفعت المجتمعات القديمة إلى الاستعانة بالحيلة لتعديل قوانينها، وهذه الأسباب لا وجود لها في المجتمعات الحديثة، فلم يعد ينظر إلى النصوص القانونية على أنها مقدسة توجي بما تأمر به الآلهة، وبالتالي لا يمكن أن يطولها أي تعديل، وإنما أصبح ينظر إليها بوصفها قواعد من صنع البشر هدفها تحقيق وتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد، وما دامت كذلك يمكن تعديلها وتغييرها كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

يضاف إلى ذلك أن التشريع أصبح في العصر الحديث المصدر الرئيسي للقانون في معظم التشريعات، حيث نجد المشرع بسن قواعد جديدة كلما واجهته حالة جديدة لم يوجد نص يحكمها، فينشئ أو يعدل في النظم القانونية حسبما تقتضيه الحاجة .

من أجل ذلك قل الالتجاء إلى الحيلة في القوانين الحديثة ولكنه لم يندم، فما يزال الفقه والقضاء بل والمشرع نفسه يستخدم الحيلة كوسيلة من وسائل تطور القانون في حالات محددة، كما نجد الكثير من الحيل القانونية مقررة في النصوص، مع اشتهاار مخالفتها للواقع، ويتعلق الأمر غالبا بالمبادئ الرومانية التي ورثتها الشرائع الحديثة عن القانون الروماني القديم<sup>1</sup> ، سواء تعلق الأمر بمبادئ القانون الخاص ، وما يهمننا في دراستنا هذه هي الحيل في القانون الخاص وفي القانون المدني بالتحديد<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية

أثارت فكرة الشخصية المعنوية خلافا كبيرا بين الفقهاء، فمنهم من اعتبرها مجرد افتراض من المشرع ومنهم من نظر إليها على أنها حقيقة واقعية، لا مجاز فيها ولا افتراض، ولهذا تعددت النظريات التي حاولت تحديد طبيعة الشخص الاعتباري.

<sup>1</sup> عمر ممدوح مصطفى ، أصول تاريخ القانون ، الاسكندرية ، مصر ، 1952، ص 93.

<sup>2</sup> استعان الفقهاء بالحيل في مجال القانون العام لتبرير العلاقة بين السلطة الحاكمة و المحكومين ، فقال الكثير منهم أنها تؤسس على فكرة " عقد اجتماعي " تخلت الهيئة المحكومة بمقتضاه عن حقوقها كلها أو بعضها إلى السلطة الحاكمة.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### 1. نظرية الافتراض أو المجاز القانوني

قال بهذه النظرية أصحاب المذهب الفردي وعلى رأسهم سافيني Savigny ، ومؤداها أن الحق هو سلطة إرادية لا يمكن أن يسند إلا لشخص له إرادة والشخص الطبيعي، أي الإنسان وحده هو الذي له وجود قانوني وإرادة يعتد بها القانون، إذن هو الذي يصح أن يكون طرفا في الحق، وهو وحده الذي يتمتع بالشخصية القانونية، أما الشخص الاعتباري فليس له وجود حقيقي، وليست له إرادة بطبيعته، بالتالي لا يمكن أن تستند إليه الحقوق.<sup>1</sup>

ولكن المشرع يستطيع إذا رأى فائدة عملية من إنشاء الشخص الاعتباري أن يخلقه خلقا ويفترض له الشخصية القانونية افتراضا، حتى يستطيع الدخول للحياة القانونية في المجتمع كطرف موجب أو سالب في الحقوق والالتزامات، كما يستطيع أن يفرض عليه بعض القيود، وأن يسحب اعترافه به فيرده إلى العدم، لأنه لا يقوم على وجود حقيقي ملموس، بل على وجود افتراض أرادته المشرع.<sup>2</sup>

ويرى مؤيدي هذه النظرية أن الشخص الاعتباري غير مسؤول لا مدنيا ولا جنائيا، على أساس أن الخطأ الشخصي والقصد الجنائي يستلزمان الوعي والإدراك والإرادة، وهذا ما لا يمكن تصوره بالنسبة لشخص افتراضي، لا وجود له في الحقيقة .

### 2. نقد نظرية الافتراض أو المجاز القانوني

لاقت نظرية الافتراض أو المجاز القانوني نقدا لاذعا من جانب الفقه، بسبب ضرورة الاستغناء عن الافتراض الذي تقوم عليه، فالافتراض أو الحيل القانونية تعتبر من وسائل الصياغة القانونية البدائية، التي دعت الحاجة والظروف إلى الاستعانة بها قديما، والتي لم تعد كذلك في ظل الظروف الحالية .

كما أن الحيل لا يمكنها أن تخلق من العدم وجودا، ولا يمكنها تحديد مالك الأشياء، لا يملكها أشخاص طبيعيين، وبما أن لكل حق صاحب، فإن القول بأن صاحبه هو شخص افتراضي لا وجود له في الحقيقة يعني أن هذا الحق أو المال سائب لا صاحب له.<sup>3</sup>

يضاف إلى ذلك أن هذه النظرية تعتبر الدولة شخصا اعتباريا افتراضيا، وبما أن الدولة هي التي تخلق بقية الأشخاص الاعتبارية فإن التساؤل ثار حول من خلق الدول؟. رد أنصار النظرية رد أنصار النظرية بالقول أن الدولة تعتبر استثناء، شخصا اعتباريا حقيقيا، لان وجودها ضروري محتوم، وهذا الاستثناء وحدة يهدم النظرية، فإذا ما اعترف للدولة بالشخصية الحقيقية، ما الذي يمنع هذا الاعتراف بالنسبة لبقية

<sup>1</sup> اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 238.

<sup>2</sup> عبد الحق عقله ،المبادئ الاساسية لدراسة القانون و العلم و الاداريين ، ج 1، دار العلم، (د.م.ن)،2002،ص 145.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق ، ص 127.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

المجموعات، كما أنه وبناء على منطق هذه النظرية التي تعتبر الدولة شخصا اعتباريا، فإن الدولة تكون بهذا شخصا وهميا، وبالتالي تكون سيادتها أيضا وهمية<sup>1</sup>.

ويضيف منتقدو هذه النظرية فكرة أخرى مفادها، أن النظرية تعتبر الحق سلطة إرادية، بينما يكاد يجمع الفقه على أن الإرادة أو القدرة الإرادية ليست هي جوهر قيام الحق، وإنما هي ضرورية لمباشرته فقط فغالبا ما تنشأ الحقوق دون إرادة<sup>2</sup>.

### 3. نظرية الشخصية الحقيقية

قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان، ومؤادها أن فكرة الشخصية المعنوية هي حقيقة قانونية واقعية مثل الشخصية القانونية الطبيعية المقررة للإنسان، فهي ليست افتراضات لا وجود لها إلا حيثما يريد المشرع وعندما ينص عليها القانون، ولكنها حقائق واقعية تفرض نفسها على المشرع، لأنها توجد من تلقاء نفسها بمجرد تكوينها، دون انتظار اعتراف المشرع أو القانون بوجودها<sup>3</sup>.

فمجموعات الأشخاص وتجمعات الأموال التي تهدف إلى تحقيق مصالح مشتركة ليست أشخاصا افتراضية، بل هي أشخاص حقيقية ملموسة<sup>4</sup>، وإذا اعترف لها المشرع بالشخصية فهو لا يخلق شيئا من العدم، وإنما يقرر هذا الوجود ويعترف به، فهو لا يستطيع أن يتجاهل هذه المجموعات التي تكونت من أجل تحقيق أغراض مشروعة، بما أن المكونين لها قرروا أن تكون المجموعة هي صاحبة المال المرصود، ويقنصر دور المشرع هنا في مراقبة مشروعيتها نشاطها وتنظيمه كما يفعل مع الإنسان الطبيعي.

فاجتماع عدة أفراد لتحقيق غرض معين، يؤدي إلى نشوء إرادة مشتركة تختلف عن إرادة المكونين لها تكون مؤهلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وانقسم أنصار هذه النظرية إلى ثلاثة فرق حاولت كل واحدة منها تبرير الشخصية الاعتبارية من وجهة نظرها.

<sup>1</sup> محمد حسين ، الوجيز في نظرية الحق بالوجه العام ، الاشخاص، الاموال، الاثبات في القانون المدني الجزائري ،مؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ، الجزائر، 1985، ص 155.

<sup>2</sup> بكر عبد الفتاح ، السرحان، المدخل، إلى علم القانون، ط 1 ،دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة،(د.م.ن)،2012، ص 252.

<sup>3</sup> اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق ، ص 238.

<sup>4</sup> Les personnes morales ont une existence réelle, celle de ces êtres sociaux que sont les groupements ». Mikhaïl Xifaras, Op.Cit., p.125.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### 4. نظرية الحقيقة العضوية

ربط أنصار هذا الاتجاه الذي ظهر في الفقه الألماني بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي من حيث التكوين، فإذا كان جسم الشخص الطبيعي يتكون من مجموعة خلايا تبعث فيه الحياة والحيوية والنشاط، وتمكنه من الحركة، وكانت إرادته تنتج عن نشاط خلايا العقل، فإن خلايا الشخص الاعتباري هي الأفراد المكونين له، لأن اجتماعهم واتحادهم هو الذي يظهر الشخص الاعتباري إلى الوجود، مع احتفاظ كل واحد منهم بحياته المستقلة الخاصة<sup>1</sup>.

إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذه النظرية لتحديد الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري، لما تتطوي عليه من تصور خيالي رفض من غالبية الفقه، لأن المقابلة التي تبني عليها لا أساس لها من الصحة وفكرة الخلايا المعتمد عليها تتوافر لدى النباتات والحيوانات أيضا، رغم عدم تمتعها بالشخصية المعنوية فالشخص المعنوي مختلف في الحقيقة عن الشخص الطبيعي<sup>2</sup>.

كما أن النظرية جعلت من الشخصية المعنوية كيانا حقيقيا افتراضته كيانا عضويا، مع أنه ليست الماديات المحسوسة وحدها التي تتمتع بوجود حقيقي<sup>3</sup>.

### 5. نظرية الإرادة

يرى أصحاب هذه النظرية أن الشخص المعنوي يشبه الشخص الطبيعي من حيث توافر الإرادة لدى كل منهما، فالشخص المعنوي إرادة خاصة مثله في ذلك مثل الشخص الطبيعي، وهي تتكون من مجموع إرادات الأشخاص الطبيعيين المكونين له، هذه الإرادة هي إرادة مشتركة مختلفة ومستقلة عن إرادة الأفراد المكونين له، وهي تجعل من الشخص الاعتباري مؤهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات .  
ويعاب على هذه النظرية عدم وضوح المقصود بالإرادة المشتركة من جهة، ومن جهة أخرى يكاد يجمع الفقه على أن الإرادة وحدها ليست كافية لقيام الشخصية القانونية أو لوجودها، في حين تؤسس النظرية الشخصية القانونية للشخص الاعتباري على وجود الإرادة<sup>4</sup>.

### 6. نظرية الحقيقة الاجتماعية

يرى أنصار نظرية الحقيقة الاجتماعية أن الشخصية القانونية تمنح للشخص الاعتباري، ليس باعتباره شخصا طبيعيا ولكن لكونه شخصا اجتماعيا له مكانته في المجتمع وعلاقاته الاجتماعية، وله حقوق

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 129.

<sup>2</sup> بكر عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 253.

<sup>3</sup> أحمد سيد علي، مدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، ط 1، دار الأكاديمية، الجزائر، 2012، ص 98.

<sup>4</sup> بكر عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 253.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

وواجبات ومصالح خاصة متميزة عن مصالح غيره من الأشخاص، مما يقتضي أن يتميز عنهم بشخصية قانونية خاصة به<sup>1</sup>.

ويؤسس هذا الرأي الشخصية الاعتبارية على وجود مصالح مشتركة جماعية مستقلة عن المصالح الفردية، ويرى بأن المصلحة هي محور الحق، وما دامت الأشخاص الاعتبارية تتكون من أجل تحقيق مصالح جماعية مشروعة، فهي جديرة بالحماية القانونية، ويجب الاعتراف لها بالشخصية القانونية التي ترتفع هنا إلى مرتبة الحق، فالمصلحة الظاهرة المحسوسة والقائمة تجعل الكيان المرتبط بها والحائز لها واقعياً حقيقياً، يلزم القانون بالاعتراف به وبمنحة الشخصية القانونية<sup>2</sup>.

ويعاب على هذه النظرية أنها تربط بين المصلحة والشخصية، فهي ترى بأن الشخصية القانونية لا تثبت إلا لصاحب المصلحة، وهم الأفراد المكونين للأشخاص الاعتبارية، على اعتبار أنهم هم الذين ينتفعون من هذه الاشخاص، أما منح الشخصية القانونية لمشخص الاعتباري استقلالاً عن المكونين له فهو افتراض لا أساس له في الواقع، مما يهدم النظرية ككل<sup>3</sup>.

كما أن استبعاد التشريع عند إنشاء الشخص الاعتباري، يشكل أحد جوانب المغالاة في هذه النظرية فحتى لو كانت هناك مصالح جماعية يهدف الشخص الاعتباري إلى تحقيقها، يبقى من واجب المشرع التحقق من الأساس، والهدف من تجميع الأموال أو الأشخاص، والتأكد من توفر الضمانات التي يراها ضرورية للاعتراف بالشخصية القانونية، ونتيجة لكل هذا يمكنه قبول أو رفض إنشاء الشخص الاعتباري. ومن جانب آخر لا يمكن مقارنة الشخص الطبيعي، باعتباره كائناً اجتماعياً، بالشخص الاعتباري والقول بأنه ينبغي على المشرع الاعتراف لكليهما بالشخصية القانونية، على اعتبار أن الشخص الاعتباري يسجل كما يسجل الشخص الطبيعي عند ميلاده، لأن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي مكرسة بموجب موثيق دولية نصت على حقوقه باعتباره إنساناً<sup>4</sup>، وهذا ما لم يحظى به الشخص الاعتباري، مهما ارتقت مكانته في المجتمع<sup>5</sup>.

يضاف إلى كل هذه الانتقادات التي وجهت للنظريات الثلاثة التي تفرعت عن نظرية الشخصية الحقيقية الانتقادات التي وجهت للنظرية ككل بتصوراتها المختلفة، حيث أخذ عليها مبالغتها في تشبيه

<sup>1</sup> احمد سي علي ، مرجع سابق ، ص 99.

<sup>2</sup> بكر عبد الفتاح سرحان ، مرجع نفسه ، الموضوع نفسه .

<sup>3</sup> احمد سي علي ، مرجع سابق ، ص 100.

<sup>4</sup> المواد 01 و 22 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان المعتمد والصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

<sup>5</sup> احمد سي علي ، مرجع سابق ، ص 99.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي في وجوده، دون الأخذ بعين الاعتبار أن سلطات المشرع تتوسع بالنسبة للأشخاص المعنوية مقارنة بالأشخاص الطبيعية، حيث يضع المشرع كل ما براء ضروريا من شروط للاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري، كما له أن يرفض الاعتراف وأن يقيد أهليته وحرية بالنسبة لبعض الحقوق المدنية، في حين لا يمكنه فعل كل ذلك مع الأشخاص الطبيعية.

### 7. نظرية النظام القانوني (النظرية الاجتماعية)

ذهب هذا الاتجاه الذي يرى في الشخصية القانونية للشخص المعنوي شخصية حقيقية، إلى تبريرها بالقول أن النظم القانونية تتطلب وجود منظومة أو فكرة تقوم في المجتمع، تتولى إرادتها سلطة معينة بواسطة أجيذة وأدوات خاصة بها، ولهذا تمنح هذه المنظومة كيانا مستقبلا خاصا بها.

وحسب هذه النظرية تنقسم المنظومات القانونية إلى منظومات أشياء ومنظومات أشخاص منظومات الأشياء هي عبارة عن أفكار تنشأ وتحتل في المحيط الاجتماعي، ولكن لا ينشأ عنها كيانات مستقلة، مثل هذه المنظومات لا تشكل أشخاصا معنوية، وبالتالي هي لا تتمتع بالشخصية القانونية أما منظومات الأشخاص، فهي عبارة عن منظومات قانونية لها وجود ذاتي مستقل في المجتمع، فهي تعمل ذاتيا وبالاعتماد على وسائلها الخاصة، وعند اندماج مجموعة من الأفراد في هذا النظام فإنه يصبح شخصا معنويا يتمتع بالشخصية القانونية .

وتعتبر هذه النظرية الدولة منظما للأشخاص، فتعمل بشكل مستقل وتعتمد على أجهزة خاصة، هذا بالإضافة إلى انضمام الأفراد إليها، فالدولة عندهم هي كائن اجتماعي متميز له تصرفاته ومسؤولياته الخاصة<sup>1</sup>.

وانتقدت النظرية الاجتماعية بسبب غموض أفكارها، وعدم وضعها المعيار دقيق يعتمد عليه المنح الشخصية الاعتبارية، فهي تعتبر أن الشخص المعنوي يكون كالشخص الطبيعي عندما تكون له أهداف وجد من أجلها، وكل هذا لم يبين الأساس الذي تمنح بناء عليه الشخصية الاعتبارية، هذا بالإضافة إلى عدم وضوح ودقة معيار تقسيم النظم إلى نظم أشياء ونظم أشخاص.

وبالرغم من الانتقادات اللاذعة التي وجهت لنظرية الشخصية الاعتبارية فإن لها أهمية كبيرة، إليها فهي تفرض نفسها على المشرع كحقيقة اجتماعية وقانونية لا يمكن تجاهلها ولا تجنبها، فتجمعات الأشخاص والأموال تسعى إلى تحقيق أهداف يعجز الفرد عن تحقيقها لوحده، بالنظر لما تتطلبه من جهد ومال ووقت وما تحتاجه من استمرارية ودوام، لا يمكن للشخص الذي قد يتعرض لمرض أو الموت أو العجز أو يضطر للغياب أف يضمنها.

<sup>1</sup> بكر عبد الفتاح السرحان ، المرجع السابق، ص. 253- 254.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

هذه التجمعات بحاجة إلى إطار قانوني يجمعها ويرعى مصالحها، ويسمح لها بممارسة نشاطها في ظل القانون، ولن يكون هذا دون الاعتراف لها بالشخصية القانونية، يضاف إلى ذلك أنها أصبحت اليوم أحد أهم مقومات المجتمع وعالم الأعمال، حيث تمارس أغلب النشاطات الخيرية والتجارية جمعيات وشركات تتمتع كل منها بشخصية قانونية خاصة بها.

بعد عرض مختلف النظريات حول الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية، نصل إلى أنها عبارة عن وسيلة لإضفاء الشرعية على تجمعات الأموال والأشخاص، ولتمكينها من مباشرة التصرفات القانونية و إبرام العقود باسمها الخاص، بالتالي فهي حيلة تفرض نفسها على الأفراد والمجتمعات وعلى عالم المال والاعمال، تزيد أهميتها والحاجة إليها يوماً بعد يوم.

### الفرع الثاني : نظرت فقه الإسلامي

من الطبيعي أن يكون الفقه الإسلامي بعيداً عن كل حيلة، فهو يستمد أحكامه من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذا ما كان بالفعل في العهود الأولى التي سبقت نشأة المذاهب الفقهية الكبرى وتدوينها وعندما اتسمت رفعة الدولة الإسلامية اتساعاً كبيراً وسريعاً، واتصل المسلمون بحضارات لم يكن لهم بها عهد من قبل كالحضارة الفارسية في فارس والعراق، والحضارة الرومانية في مصر والشام، وواجه المسلمون مسائل كثيرة وجديدة في حياتهم تحتاج إلى تشريع، لم يكونوا يحتاجون إليه وهم في جزيرة العرب، لجأ المسلمون إلى استنباط الأحكام الشرعية الخاصة بكل حالة من الأدلة التفصيلية<sup>1</sup> غير أنه خلال العصر العباسي، وبعد أن تكونت المذاهب الفقهية، وتتنوعت البحوث العلمية في أصول الشريعة وأحكامها، بدأت الحيل أو الافتراضات كما يطلق عليها بعض الفقهاء، تظهر عند أصحاب مدرسة الرأي<sup>2</sup>، كوسيلة للتوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة، وكوسيلة للتيسير في الأحكام الشرعية، وبمرور الوقت أصبح البعض يلجأ إليها بعد ضعف الوازع الديني، للتخلص من واجباتهم أو إسقاط حقوق الغير لديهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المقصود بلادلة التفصيلية هو اجتهادات الفقهاء والقضاة في ذلك العصر . .

<sup>2</sup> ظهرت مدرسة الرأي بالكوفة بالعراق، وسميت هكذا لاكتثار فقهاء من استعمال الرأي و القياس في بيان الاحكام الشرعية، كما أنهم كانوا يفرعون المسائل ويفترضون الوقائع قبل حدوثها، وأن أشهر العلماءها أبو حنيفة النعمان و ابراهيم النخعي، سعيد بويزري، المدارس الفقهية

12/10/2013، http : www.bouizerie.net

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فوده، مرجع سابق، ص 97.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### 1. تعريف الحيل في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المسلمين في تعريف الحيلة، تبعاً لاختلاف الزاوية التي ينظرون منها إليها، فكان لكل مذهب من المذاهب الأربعة الحنفي والمالكي والحنبلي والشافعي، رأي يختلف عن البقية .

#### اولاً: الحيلة عند الحنفية

تطلق الحيلة ويراد بها إتباع الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى الغرض المحمود<sup>1</sup> .  
فالحيلة عند الحنفية تؤدي إلى أغراض مشروعة، ولا يراد بها إبطال حق أو إحقاق باطل وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج، فإذا ما قصد بها غير ذلك كانت الحرمة حكمها، والعمل على إبطالها واجب ديني.

إذن ينظر فقهاء الحنفية إلى الحيل على أنها السبيل الذي يخلص المرء من الشدائد والطريق الذي يصل به إلى شاطئ الأمان، كلما ضاقت به السبل وتذكرت له أسباب الحياة، ما دام لا يخالف أصل من أصول الدين وقواعده الكلية، واعتبروها مخرجا شرعيا، حيث أفرد الحنفية أبوابا مستقلة في كتبهم تسمى بالمخارج من المضايق بطريق شرعي، لم يقصدوا بها إلا الحيلة، واشتهر بها الإمام أبو حنيفة، حتى نسب إليه أنه ألف كتابا في الحيل، وذلك على غير الحقيقة، من كثرة ما أفتى بها واعتبرها مخرج من المضايق في كل حادثة دينية ليس لها نص صريح يحكمها، ولعل هذا من أهم أسباب مرونة هذا المذهب الفقهي واتساعه ونمو أفكاره.

#### ثانياً: الحيلة عند المالكية

مخارج ليه أنه في كل تماعه يعتبر الملكية والحنابلة من أشد خصوم الحيلة، ومن المنكرين لها والتاهين عن الأخذ بها، فهي في نظرهم وسيلة مذمومة يقصد بها خرق قواعد الشريعة الإسلامية والافلات من أحكامها، من خلال تصرف يوافق ظاهره أحكام الشرع ولا يناقضه.

يعرف الأمام الشاطبي الحيلة بأنها تقديم عمل ظاهره الجواز الإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر أو إلى إسقاط الحكم الشرعي، وأن مآل العمل بها خرم قواعد الشريعة في الواقع.<sup>2</sup>  
نخلص إلى أن نظرة المالكية للحيل هي نظرة ضيقة مقصورة على النوع المذموم منها ، فقد قسم فقهاء الشريعة الحيل من حيث غايتها، إلى حيل مشروعة ترمي إلى غاية مشروعة، و حيل محظورة تكون الغاية منها غير مشروعة .

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup> عدنان علي ، تعديل الأحكام الشرعية عند الامام الشاطبي ، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، غزة، 2005، ص

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### ثالثا: الحيلة عند الحنابلة

كما سبق القول أن الحنابلة ينظرون إلى الحيلة من نفس الزاوية التي ينظر منها المالكية لهذا نجد أن تعريفهم لها جاء قريبا من تعريف المالكية، حيث يقول ابن قدامة في مؤلفه المغني أن: الحيلة هي أن تظهر عقدا مباحا يراد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حق<sup>1</sup>.

و يعرفها ابن تيمية كما يلي : " الحيلة أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له.<sup>2</sup>

وهو نفس المعنى الذي ذكره الشاطبي وكشف به النقاب عن طبيعة عمل المحتال، وإن كان الفقه المالكي يرى أن الحيل أكثر ما تكون في المعاملات العقود ، ويندر وجودها في العبادات.<sup>3</sup> تظهر الحيلة عند فقهاء هذا المذهب بالوجه المذموم، فكل ما أدى إلى سقوط الواجب أو حل الحرام أو احقاق باطل أو إبطال حق أو نصره ظالم، فإنه يؤدي إلى الحرام ولو كان بفعل جائز شرعا .

### رابعا: الحيلة عن الشافعية

تجدر الإشارة بداية إلى أن الإمام الشافعي كان معارضا للحيل، ولكن فقهاء الشافعية ساروا على نفس درب الحنفية، وأخذوا يكتبون في هذا الموضوع فأفردت له أبواب وفصول في مؤلفاتهم، بل خصت يكتب أشهر فقهاءهم، وأخذوا يناقسون الحنفية في هذا، لهذا نجد أن موقفهم من الحيل لا يختلف عن موقف الحنفية منها، والمذهبان يكادان يمثلان الطائفة الفقهية التي أخذت بالحيل، وعملت على إيجاد حلول فقهية بواسطتها، إذن يمكن الأخذ بنفس تعريف الحنفية للحيلة عند الشافعية.

بعد عرض مفهوم الحيلة عند فقهاء المذاهب الأربعة نخلص إلى أنهم انضموا إلى طائفتين تضم الأولى الأحناف والشافعية القائلين بالحيلة، إذا انقطعت السبل وضاعت الطرق وما لم تناقض أصلا شرعيا ، والثانية المالكية والحنابلة، الذين ينظرون إلى الحيلة نظرة ضيقة مذمومة، على أنها تؤدي إلى هدم قواعد الشريعة والفرار من أحكامها.

### خامسا: تمييز الحيل عما يشتهر بها في الفقه الإسلامي

ينبغي علينا أن نميز بين الحيلة وبين بعض المصطلحات الفقهية لقوة التشابه بينها، وحتى يتسنى لنا الوقوف على المفهوم الدقيق للحيلة في الفقه الإسلامي.

<sup>1</sup> موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، ج 4، دار الحديث ، القاهرة ، 2004، ص 63.

<sup>2</sup> ابن تيمية ، إقامة الدليل على ابطال التحليل ،(د. م.ن)،(د.ت.ن)، ص 109.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق ، ص 104.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### - الحيلة والرخصة

الرخصة هي ما أبيض فعله مع كونه حراما، وهو تناقض ظاهر<sup>1</sup>

إذن هي عبارة عن تشريع استثنائي جاء به الإسلام ودعا الناس إلى العمل به، لأن كل أمر شاق جعل الشارع فيه للمكلف مخرجا، متى توافرت أسبابه، فإذا خرج المكلف من هذا المخرج على الوجه الذي شرع به، كان ممثلا لأمر الشارع أخذا بالحزم في أمره، وإذا لم يفعل ذلك وأراد الخروج من الضيق بغير المشروع، فإنه يقع في المحذور من ناحيتين، أولهما مخالفته لقصد الشارع، والثاني سد أبواب التيسير على نفسه<sup>2</sup>.

يتضح من هذا أن الرخصة والحيلة تتفقان في كونهما تؤديان إلى الانتقال من حكم إلى حكم آخر في الموضوع الواحد، فالرخصة تنقل الحكم الشرعي إلى حكم شرعي آخر أخف وأيسر، والحيلة تنقل الحكم من التشريع الأصلي إلى تشريع آخر، لا يتفرع عن الأصلي ولا يعد له بأية صلة، ولا تؤدي إليه النصوص الشرعية، وتختلفان فيما يلي:

تعتبر الرخصة جزء من الشريعة الإسلامية، فهي عبارة عن تشريع استثنائي قام عليه الدليل أما الحيلة فليست شريعة مستندة إلى دليل، وإنما هي محاولة ذهنية وعقلية، تهدف إلى الانتقال من حكم شرعي ثابت بالأدلة إلى حكم ثابت بالرأي بناء على نبذة حفية لا يتقطن إليها عادة إلا الشخص الذكي، فالرخصة إذن جزء من الشريعة جاءت وحيا وثبتت دليلا وقامت تخفيفا، أما الحيلة فليست كذلك<sup>3</sup>.

تختلف أسباب اللجوء إلى الرخص عن مبررات الحيل، فالرخص تقوم على الخوف من تلف النفس أو الأعضاء أو توقع ضررا شديدا ينشأ عنه حرج كبير، ومن ثم تأتي الرخصة متنوعة على حسب تفاوت الأسباب في معيار الضرر قوة وضعفا، في حين نجد أن أسباب الحيل تختلف باختلاف هدف المحتال نفسه، وما إذا كانت الحيلة مشروعة أو غير مشروعة، فلكل حيلة هدفها في نفس المحتال.

كما أنه وطبقا لقواعد الشريعة الغراء التي أقرت الرخصة، فإن المترخص يصل إلى هدفه بطريقة مشروعة، على خلاف الحيل أين يصل المحتال إلى غرضه بطريقة غير مشروعة .

<sup>1</sup> محمد رأفت سعيد، الرخصة في الشريعة الإسلامية و تطبيقاتها المعاصرة، ط1، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2002، ص 09.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 100.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 101.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### - الحيلة والتقية

التقية في معناها العام هي اتقاء المؤمن من أذى الكفار بإظهار المولاة لهم، أو بإظهار الموافقة على دينهم، عند الإكراء المحقق، مع طمأنينة القلب بالإيمان<sup>1</sup>.

بالتدقيق في هذا المعنى نجد أن هناك تشابه كبير وظاهر بين الحيلة والتقية، فكلاهما سواء في أن ما صدر من المحتال أو "المنق" لا يعتبر عن قصد صحيح أو إرادة معتبرة، لأن ما يجول في داخل النفس يخالف تماما ما عبر عنه التصرف الظاهر، ومن شدة التشابه بين الحيلة والتقية ذهب فقهاء الأحناف إلى عدم الأخذ بالتقية، واعتبروها حيلة من الحيل، ولونا خاصة بأهله.

وبالرغم من هذا التشابه الكبير بين الحيلة والتقية إلى أن الخلاف بينهما يبقى قائما من الجوانب التالية:

الحيلة يستعملها المكلف للوصول إلى غرضه أو مصلحته من خلال التحايل على النصوص التشريعية التي تحول دون ذلك، هذا إذا كانت الحيلة غير مشروعة، أما إذا كانت مشروعة فإنها يحتال في هذه الحالة، على النصوص التي لا تؤدي إلى غرضه إلا بنوع من التدبير والاجتهاد، وهذا خلافا للتقية التي لا تصطدم غالبا بالنصوص الشرعية في المعنى.

يلجأ المحتال إلى الحيل المشروعة ليتخلص من الشدائد، وليستفيد مما يمكن أن يكون يسرا أو رفعا للخرج في الدين، وإلى الحيل غير المشروعة حفاظا منه على مظهره، حتى لا يكون في نظر الناس مخالفا لأحكام الشريعة، أما التقية فإنها لا تمنع من الظهور بما يخالف الشريعة، مع اطمئنان القلب بالإيمان، درء الخطر و حفاظا على النفس<sup>2</sup>.

### - الحيلة والذريعة

الذريعة هي ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة<sup>3</sup>.

بالتالي هي عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في المحظور وبيان ذلك أن الوسيلة إذا أفضت إلى مفدة كانت فاسدة، فوجب قطع الذريعة لما ينجم عنها من مفساد، وأن سد الذرائع على هذا النحو، هو منع ما يجوز منها إذا كان موصلا إلى ما لا يجوز.

<sup>1</sup> عرف شيخ الشيعة المفيد في كتابه تصحيح الاعتقاد التقية بأنها " كتمان الحق وستر الاعتقاد فيه، ومكاتمة المخالفين وترك مظاهرهم بما يعقب ضررا في الدين والدنيا .. وقد ارتبطت التقية تاريخيا بالاضطهاد والتمييز القائم على العقيدة، وقد أباحها الإسلام بصفة عامة لحماية المسلم من أي ضرر في عقيدته أو دينه، ولكن توسع الشيعة بكل طوائفهم في استخدامها، واعتبارهم لها من أساسيات الدين، جعلها ترتبط بهم.

<sup>2</sup> صالح بن اسماعيل بوشبيش، مرجع سابق، ص 120.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ج 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن)، ص 873.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

وبذلك فإن الذرائع تشبه الحيل وتختلط بها، ومع هذا التشابه الكبير بينهما إلا أن الاختلاف بينهما يبقى واضحا من خلال النقاط التالية:

الذرائع تؤدي إلى المفسدة ولذا وجب سدها، بخلاف الحيل التي وإن كانت تؤدي إلى حرق قواعد الشريعة الإسلامية غالبا، إلا أنها قد تؤدي إلى مصلحة مشروعة، ومن ثم لا يجوز إبطالها. الذرائع يجب سدها ولو لم يقصد صاحبها الوصول إلى مفسدة، بخلاف الحيل، فإنها لا تبطل إلا إذا ظهرت نية صاحبها في هدم قواعد الشريعة، هنا تنثور مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بالنسبة للحيل، والخلاف الذي أثارته المسألة بين الفقهاء حول أيهما أولى بالاعتبار، بيد أن هذه المسألة لا تنثور بالنسبة للذرائع، التي من الواجب سدها قصد صاحبها المفسدة أم لم يقصد<sup>1</sup>.

الحيل خاصة غير المشروعة أعم من الذرائع، لأن الاحتيال من أجل إسقاط حكم شرعي، ما هو إلا ذريعة لانتفاء الحكم من المحتال، فكل حيلة تؤدي إلى مفسدة تعتبر ذريعة يجب أن تسد، ومن هنا كانت كل حيلة ذريعة وليس العكس، فالذريعة لا تكون حيلة لعدم وجود القصد فيها غالبا<sup>2</sup>

### - الحيلة والمخارج

المخارج في اللغة جمع مخرج من خرج ، معناها موضع الخروج، وفي اصطلاح الفقهاء تعني كل ما يتوصل به إلى التخلص من الحرج والخروج من المضايق من غير مخالفة مقصود الشارع<sup>3</sup>. فالحيلة بالمعنى العام أعم من المخرج لأنها تشمل الجائز والممنوع بخلاف المخرج، فإذا أطلق في عرف الفقهاء دل على كل ما يتوصل به إلى الخروج من الضيق والحرج بوجه شرعي سائغ وأما الحيلة بمعناها الخاص فإنها تدل على مدلول المخرج دلالة تامة ومتطابقة.

ولهذا نجد أن الفقهاء الذين أفتوا بالحيل وقالوا بها لا يفرقون بين المصطلحين، فيستعملون أحيانا لفظ المخرج وأحيانا آخر لفظ الحيلة، وعليه يمكن القول بأنه لا فرق بين المخرج والحيلة بمعناها الخاص . أنواع الحيل في الفقه الإسلامي للحيلة عدة تقسيمات عند علماء الإسلام، تختلف باختلاف الاعتبار الذي يبني عليه كل منهم تقسيمه، فهي تتنوع من حيث موقف العلماء منها ومن حيث الغاية والوسيلة ومن حيث معنيها العام والخاص، ومن حيث تردها بين الأحكام الخمسة ، وأخيرا من حيث تقويتها المقصد الشرعي وعدم تقويتها له . وبما أن موضوع هذه الدراسة يهتم بالحيل التي ينحصر وجودها في المعاملات، فإنني ارتأيت الاعتماد على التصنيف الذي يقوم على أساس الوسيلة المستعملة والعرض الذي تؤدي إليه.

<sup>1</sup> السيد عبد ربه فودة ، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق ، ص134.

<sup>3</sup> صالح بن اسماعيل بوشبيش ، مرجع سابق ، ص28.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

المطلب الثاني : تقسيم الحيل حسب الآراء الفقهية

الفرع الأول: رأي الفقيه ليكوك - و ايهرنج

1. نظرية إهرنج : Ihering

يعتبر هرنج من أوائل الفقهاء اللذين اهتموا بدراسة الحيل القانونية، وتعتبر نظريته من النظريات المرجعية حول الموضوع، وبالرغم من ذلك فهي لم تسلم من النقد

أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند إهرنج قسم "هرنج"

الحيل القانونية إلى حيل تاريخية وحيل علمية

- الحيل التاريخية الحيل التاريخية لدى إهرنج هي عبارة عن نموذج خاص للتطور التاريخي، فهي تربط العلاقات الجديدة بالقواعد القديمة، وهي تتميز عن غيرها من الحيل بالشكل الذي تخلق وتظهر فيه، وبالهدف أو الغاية منها ، فعوض أن توسع القاعدة القانونية ليتمكن تطبيقها على العلاقات الجديدة، فإن العلاقة هي التي تمدد بالقوة لتدخل في حيز تطبيق القاعدة القانونية، ويبقى هذا التمدد أو التوسع الذي تعرفه العلاقات سري ومحجوب، مما يمكنها من الدخول في حيز تطبيق النصوص القائمة ، دون الحاجة إلى تعديلها<sup>1</sup>.

وقد ذكر "إهرنج" في مؤلفه روح القانون الروماني المثال التالي عن الحيل التاريخية، قام قابض الرسوم بالسكة الحديدية بإعداد استمارة تحدد رسوم نقل مختلف المواد عبر السكة الحديدية وتبين فيما بعد أن هناك بعض المواد لم يتم ذكرها بالاستمارة، إما سهواً من القابض أو لأن هذه المواد لم تكن معروفة بعد في الوقت الذي حررت فيه الوثيقة ، وعوض أن يقوم القابض بإعادة صياغة وطبع الاستمارة مع إدماج المواد المطلوبة، قام بتصنيفها في خانة مادة أخرى، كانت الاستمارة قد تناولت شروط نقلها، فإن تم إغفال ذكر الفحم مثلاً بالاستمارة، يعتبر القابض أنه زيت، لأن هذا الأخير قد تم النص على نظامه الضريبي عند النقل<sup>2</sup>.

نجد في هذا المثال مفهومين التكرار "Mascarade والكذب Monsonge" ، فالقابض هنا متأكد من الخطأ الذي يتمسك به على أنه صحيح، بما أنه يميز جيداً بين الفحم والزيت، ولكنه قرر أن يدمجها من الوجهة القانونية في نفس النظام الضريبي، كما أنه بهذا يخلف قاعدة جديدة هي كالتالي رسوم نقل الفحم هي نفس رسوم الزيوت ، وتطبق هذه الأخيرة بالرغم من أن الاستمارة المعمول بها لم تنص على رسوم

<sup>1</sup> Ihering, L'esprit du Droit Roman dans les diverses phases de son développement, traduit par O.de Meulenaere , tome 3, 4 , 2e édition, Marescq Ainé éditeur, Paris,(s.d)... , T.4, p. 296.

<sup>2</sup> Mikhail Xifaras, tFictions juridiques, remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, revue ZINBUN , numéro 43,2011,p.94.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

الفحم. إذن يمكن القول بأن القابض قام في هذا المثال باستخدام سلطته في التكييف القانوني، من أجل إعطاء مضمون جديد لوثيقة قانونية، بقيت من الناحية الرسمية دون تعديل.

وهذا الكتب أو الخداع هو شرط ضروري لتحقيق هدف عملي، بما أنه أصبح من الممكن تحديد رسم الفحم دون مراجعة كل الاستمارة ، كما أن القابض لم يتجاوز صلاحياته بما أنه هو المكلف بتحديد مبالغ الرسوم على كل المواد، لكنه قام فقط بتغيير القاعدة المطبقة دون الرجوع إلى الإجراءات المتبعة عادة لتحرير القواعد الجديدة، هذا بالإضافة إلى أن القاعدة الجديدة لا تتعارض مع القاعدة القديمة، ولا تمنع تطبيقها، بل تمدد فقط مجالها على فئة أخرى من الوقائع الجديدة، دون تعديلها.

إذن التحايل هنا ليس إلا مجرد وسيلة ملحة لمواجهة ضرورة الاحتفاظ بوثيقة قديمة، مع تكييفها مع الوقائع الجديدة<sup>1</sup>.

### - الحيل العلمية

تختلف الحيل التاريخية عن الحيل العلمية من حيث الهدف، فهذه الأخيرة لا تهدف إلى ربط علاقات جديدة بالقانون الساري المفعول، بل إلى تسهيل أو تبسيط مفهوم قانوني، عن طريق صياغة مركز قانوني يصعب تصويره في حد ذاته مثلا الشخصية المعنوية لا تقوم على أساس وجود شخص طبيعي ، بل على أساس حيلة تجعل عقولنا نتصور الحقائق على خلاف ما هي عليه في الواقع، حيث لا تتصور الشركة مثل مجموعة من الأفراد الشركاء، بل كشخص خيالي هو الشركة.

ويرى "إهرنج" أن هذه الوظيفة للحيل القانونية، وبالتحديد للحيل العلمية ليست أساسية<sup>2</sup>.

### ثانيا : نقد نظرية "إهرنج"

كان تقسيم "إهرنج" للحيل القانونية، إلى حيل تاريخية وحيل علمية، محل انتقاد من قبل بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بعدم صحة المعيار المعتمد لهذا التقسيم، حيث يصعب في الكثير من الحالات الفصل بين الوظيفة التاريخية والوظيفة العلمية، فغالبا ما تؤدي الحيلة أو الافتراض الواحد الوظيفتين معا فتكون له وظيفة تاريخية ووظيفة علمية، لأن استحداث قواعد جديدة وإدراجها ضمن القواعد القانونية القديمة، أي الوظيفة التاريخية، يؤدي إلى تحقيق التناسق والوضوح لهذه القواعد، أي يحقق الوظيفة العلمية للافتراض كذلك، لهذا فإن الوظيفتان متداخلتان ويصعب الفصل بينهما<sup>3</sup>.

وهناك جانب آخر من الفقه أقر بالوظيفتين العلمية والتاريخية للحيل، ولكنه ارتأى أنهما لا تصلحان كمعيار للتمييز بين أنواعها، لأن الوظيفة التاريخية وظيفية مؤقتة، ومالها إلى الزوال عندما يكتمل النظام

<sup>1</sup> Mikhail Xifaras, Op.Cit.,p.95.

<sup>2</sup> عبر "إهرنج" عن وظيفة الحيل العلمية غير الأساسية بالعبارة التالية "Fonction dogmatiques"

<sup>3</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، مرجع سابق، ص 35.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

القانوني وتتعدم الحاجة إليها، بينما الوظيفة العلمية دائمة وضرورية لأي نظام قانوني فهي تعمل على ترتيب وتنسيق قواعده بشكل يحقق لها الاستقرار والوضوح<sup>1</sup>.

وذهب البعض الآخر في نقده لنظرية "إهرنج"، إلى حد القول بأن الوظيفة العلمية للحيل لا وجود لها أساساً، وأن الوظيفة الوحيدة للحيل هي الوظيفة التاريخية<sup>2</sup>.  
في الأخير يتضح بأن تقسيم الحيل القانونية من حيث الوظيفة التي تؤديها، إلى حيل تاريخية وحيل علمية، هو تقسيم منتقد، لأن الوظيفتين متداخلتين من جهة، ولأن وجودهما ذاته محل خلاف من جهة أخرى<sup>3</sup>.

### 2. نظرية ليكوك

اهتم الفقيه ليكوك بدراسة وتحليل الحيل القانونية وعمل جاهداً على تصنيفها إلى أنواع محددة، وعلى تحديد الغرض من اللجوء إليه وتبيين أهميتها.  
أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند ليكوك مقارنة

ذهب الفقيه ليكوك إلى تقسيم الحيل القانونية إلى نوعين حيل تصورية وحيل قياسية أو مقارنة.

#### - الحيل التصورية

الافتراض أو الحيل التصورية عند هذا الفقيه هي عبارة عن عملية ذهنية محضة، تقوم على مخالفة الحقائق القانونية وحدها، دون الحقائق الطبيعية، وهي بهذا مجرد استثناء يرد على القواعد القانونية العامة.

وحسب ليكوك كان هذا النوع من الحيل موجود في القانون الروماني القديم، عندما كانت تدعو الحاجة إلى خلق قواعد جديدة، لتسد الفراغ القانوني الذي كان يعرفه هذا القانون في بداية عهده، ولكنها اختفت ولم يعد لها أي وجود في القوانين الحديثة<sup>4</sup>.

#### - الحيل القانونية أو المقارنة

الحيل القانونية أو المقارنة هي الحيل السائدة في الأنظمة القانونية الحديثة، وهي تقوم على التشبيه والمقارنة، ففي حالة النقص في النصوص القائمة، وعدم النص على حكم حالة ما، يتم تشبيهها ومقارنتها بحالة أخرى منصوص على حكمها بإلحاقها بها كافتراض وجود ذمة مالية للشخص المعنوي، مستقلة عن الذمة المالية للأفراد المكونين له، قياساً على الذمة المالية للشخص الطبيعي، وافترض أن مقر سفارة

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 36.

<sup>2</sup> René Dekkers, la fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935. p.88.

<sup>3</sup> أبوزيد مصطفى عبد الباقي، مرجع سابق، ص 36.

<sup>4</sup> السيد عبد الحميد فوده، مرجع سابق، ص 37.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

الدولة في الدول الأخرى بمثابة أرض أجنبية عن هذه الدول، حتى تتمتع بالحصانات والامتيازات المقررة لهذه الدولة.

إذن أساس هذه الحيل أو الافتراض هو القياس، والغرض منها هو تيسير فهم الأوضاع القانونية القائمة عن طريق المقارنة، لهذا يلجأ إليها فقهاء القانون عادة .  
هذا وقد قابل ليكوك بين الحيل أو الافتراضات القانونية عند بعض الفقهاء، حيث قابل بين الحيل التصورية والحيل التاريخية عند الفرنج" من جهة، والحيل العلمية عند النجير" من جهة أخرى وبين الحيل القياسية أو المقارنة والحيل العلمية عند الفرنج، والحيل النظرية عند أنجير<sup>1</sup>.

### ثانيا : نقد نظرية ليكوك

تعرضت نظرية "ليكوك" لنقد لاذع من طرف فقهاء القانون، لأنه وكما سبق القول فإن الحيل القانونية تقوم دائما على أساس مخالفة الحقائق الطبيعية، مما تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقائق القانونية، ولكن مخالفة الحقائق القانونية لا تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الطبيعة، بالتالي فإن أساس الافتراض التصوري الذي يقوم عند ليكوك على مخالفة الحقائق القانونية وحدها غير صحيح، لأن هذا النوع من الافتراض غير موجود أصلا، بالتالي فإن كل النتائج التي توصل إليها نتيجة تقسيمه الحيل إلى تصورية وقياسية ليست صحيحة، وبناء على هذا فإن الحيل القانونية عامة أيا كان نوعها، ليست استثناء يرد على القواعد القانونية العامة.

هذا بالإضافة إلى أن الحيل أو الافتراضات القانونية التي تخالف الحقيقة الطبيعية لا الحقيقة القانونية وحدها، لم تختفى من القوانين الحديثة، بل هناك عدة تطبيقات لها في الأنظمة القانونية المعاصرة<sup>2</sup>.  
وفيما يخص الحيل القياسية أو الافتراض القياسي فإن تسميته أصلا خاطئة، لأن عملية القياس تستلزم التماثل في العلة بين المقيس والمقاس عليه، وهذا لا يعتبر من قبيل الافتراض.

<sup>1</sup> قسم الفقيه أنجير الحيل القانونية حسب وظائفها إلى حيل علمية و أخرى نظرية ، والحقيقة أنه لا توجد اختلاف بين هذا التقسيم و تقسيم الفقيه اهرنج ، فالحيل القانونية عند انجير ترادف الحيل التاريخية عند اهرنج ، كما أن الحيل النظرية عند ترادف الحيل العلمية عند اهرنج ، ولا خلاف عند الفقه في أن التعبيرين مترادفان فالوظيفة التاريخية للافتراض تعد في حقيقة الامر وظيفة علمية .

<sup>2</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 38.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

الفرع الثاني: رأي الفقيه - جيني و دابان

### 1. نظرية جني Geny

لم يقسم "جني" الحيل القانونية حسب وظائفها كما فعل "إهرنج وليكوك"، بل اعتمد في تقسيمه على مدى مساهمتها في صياغة القاعدة القانونية، فهو يرى بأن للحيل القانونية وجود في كل المراحل التي تمر بها القاعدة القانونية، سواء عند صياغتها أو أثناء تطبيقها، وحتى عند تفسيرها إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند "جني"

قسم "جني" الحيل القانونية إلى ثلاثة أنواع كما يلي :

- الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة

الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية القائم، هي وسيلة من وسائل الصياغة القانونية يستغني بها المشرع عن ابتكار أفكار قانونية جديدة، رغبة منه في الاقتصاد القانوني، وهي قسمين:

• الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في تطبيق شروط القواعد القانونية

كافتراض أن المنقول عقار بالتخصيص، وافترض أن العقار منقول بحسب المال، فاستعمال مثل هذه الحيل يؤدي إلى تعديل شروط تطبيق القواعد القانونية، من أجل تطبيق القواعد القائمة .

• الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في الآثار المترتبة على تطبيق القواعد القانونية

كناية الشخص عن غيره في القيام بالتصرفات القانونية مع انصراف آثار التصرف إلى ثمة الأصيل لا إلى ذمة النائب، خلافاً للقواعد العامة التي تقضي بانصراف آثار التصرف إلى ذمة المتصرف نفسه وافترض أن القسمة لا تنشأ حقاً جديداً المتقاسم، وإنما تكشف عن حق موجود له، وافترض الأثر الرجعي للبطان<sup>1</sup>.

- الحيل التي تؤدي إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة

لا يؤدي هذا النوع من الحيل أو الافتراضات إلى توسيع نطاق القواعد القائمة، بل إلى خلق قواعد جديدة، وهو بهذا يساهم في بناء النظام القانوني، كالتبني، واعتبار الابن غير الشرعي بالزواج اللاحق ابناً شرعياً والموت المدني.

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 42.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

- الحيل التي تهدف إلى شرح وتبرير القواعد القانونية القائمة

من أمثلة الحيلة التي تهدف إلى شرح و تبرير القواعد القانونية، افتراض العلم بالقانون حتى لا يجوز الاعتذار بجهله، وتجدر الإشارة هنا إلى أن النوع هو من ابتكار الفقهاء، لهذا فهو يتميز بخصائص فقهية بحتة.

ثانيا : نقد نظرية "جني "

لم تسلم نظرية "جني" التي اعتبرها بعض الفقه نظرية متكاملة من النقد، حيث ارتأى جانب آخر أنها لم تضع ضابط للتمييز بين أنواع الحيل الثلاثة، كما أنها قد استبعدت بعض أنواع الحيل من التقسيم واعتبرها حيل قديمة ليس هناك أي مبرر لوجودها واستمرارها .

### الفرع الثالث: نظرية دابان Dabir

الحيل القانونية عند دابان ثلاثة أنواع تختلف من حيث الشكل الذي تبدوا عليه عند الصياغة، ومن حيث المزايا التي تصفيها على الصياغة القانونية.

#### 1. تقسيم الحيل القانونية عند دابان"

قسم دابان " الحيل القانونية إلى حيل منشأة تنشأ قواعد قانونية جديدة، وحيل موسعة تؤدي إلى توسيع تطبيق القواعد القائمة، كما أضاف نوع آخر في الحيل التي تستخدم كعنوان للقواعد القانونية.

#### اولا: الحيل التي تنشأ قواعد قانونية جديدة

تكون القواعد القانونية الناتجة عن استخدام الحيلة مخالفة للواقع، فهي تتطوي على حيلة من ناحية الموضوع وليس فقط من ناحية الشكل، ومن هذا القبيل القاعدة التي تقرر في بعض القوانين تصحيح نسب الابن غير الشرعي في حالة زواج والديه لاحقا، فهذه القاعدة تخالف في مضمونها الواقع، عندما تجعل ابنا شرعيا من هو غير شرعي، وتخالف بذلك الحقيقة للطبيعة المقصود بالابن الشرعي، وهو الابن الذي يولد من زواج صحيح.

الحيلة هنا داخلية في أعماق القاعدة ذاتها، فهي في مثل هذه الحالة لا تعتبر مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة، بحيث يمكن استبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف، بل هي القاعدة ذاتها بحيث يؤدي اختفاءها إلى اختفاء القاعدة في نفس الوقت، لأنها حيلة تدخل في تكوين مضمون القاعدة القانونية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، ص 407.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

ويرى كابان أن الحيلة هنا لا تدخل في نطاق الصياغة القانونية، بل في نطاق السياسة التشريعية لأنها تتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية، وليس بمجرد الشكل الذي ستظهر عليه، ولهذا يجب استبعاد هذا النوع من الحيل من وسائل الصياغة القانونية<sup>1</sup>.

### ثانيا: الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة

لا تستخدم الحيلة في بعض الحالات في خلق قواعد قانونية جديدة كما سبق القول، بل فقط في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة، عن طريق توسيع مفهوم الطوائف القانونية الداخلة في صياغة القواعد المذكورة

#### - الحيلة التي تعدل شروط تطبيق القواعد القانونية

تقوم الجميلة هذا بالتعديل، إما في شروط تطبيق القواعد القانونية، بالخروج عن معطيات القاعدة القانونية التي تتفق والحقيقة، وإضافة معطيات جديدة تخالف الحقيقة، وأما بتكملة المعطيات القائمة أوبالحلول محلها، مما يؤدي في النهاية إلى توسيع نطاق تطبيق القاعدة دون تعديلها، لأن الحالات التي توسعت القاعدة لتشملها تدخل في نطاق الطوائف القانونية القائمة<sup>2</sup>.

فالحيلة التي تؤدي إلى اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص، لا تخالف قاعدة قانونية جديدة . ولكنها تؤدي فقط إلى توسيع طائفة العقارات، بحيث لا تشمل الأشياء الثابتة بحيزها والتي لا يمكن نقلها دون تلف فقط بل تشمل كذلك المنقولات المرصودة لخدمة هذه الأشياء، هذه الحيلة وإذا كانت لا تخلق قاعدة قانونية جديدة، إلا أنها تخفق حولا قانونية جديدة، لأنها تؤدي إلى تطبيق أحكام العقارات على المنقولات بالتخصيص.

والحيلة هنا هي مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية كان من الممكن الاستغناء عنها، بابتكار فكرة جديدة تعبر عن المنقولات المخصصة لخدمة العقار، ولكن من باب السهولة واليسر استغنى القانون عن ابتكار مثل هذه الفكرة الجديدة، واكتفى بإدخال المنقولات المخصصة لخدمة العقار في الفكرة التقليدية للعقار.

ويؤدي هذا إلى نوع من الحيل إلى الاقتصاد في الأفكار والطوائف والقواعد القانونية، فبدلا من خلق قاعدة قانونية جديدة لحكم المنقولات المخصصة لخدمة عقار، فإن المشرع يطبق عليها نفس القاعدة الخاصة بالعقارات لمجرد اعتبار هذه المنقولات عقارات بالتخصيص، أي عقارات مجازية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dabin, La technique de l'élaboration du Droit positif spécialement en Droit civil,1935, p.325.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق ص 42-43.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ، ص 408-409.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

هذا ويرى جني أن البحث عن الأفكار الحقيقية ينبغي أن يظل الهدف الأسمى الرجل القانون ولذلك ففي كل مرة يستطيع فيها الفكر القانوني أن ينزع عن الأحكام الجديدة الثوب القديم، الذي ألبس لها عن طريق المجاز، ويلبسها ثوبا جديدا متفقا مع حقيقتها، فإنه يؤدي إلى الارتقاء بالصياغة القانونية وإدراك الهدف الحقيقي منها.

### - الحيلة المبررة للقواعد القانونية القائمة

في مثل هذه الحالات لا تدخل الحيلة في مضمون القاعدة من حيث الموضوع، ولا تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقها، ولكنها تؤدي فقط إلى شرح وتبرير القاعدة، وغالبا ما تكون الحيلة في هذا الغرض من ابتكار الفقهاء، الذين يميلون إلى رد القواعد القانونية إلى أصولها العامة أو إلى مبررات وجودها.<sup>1</sup> ومن أمثلة ذلك الحيلة التي تفسر امتياز مؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة، على أساس فكرة الرهن الضمني، أي كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمينا بين المؤجر والمستأجر على تخصيص هذه المنقولات لضمان حق المؤجر في الأجرة.<sup>2</sup> والحيلة التي تفترض منح المرأة المتزوجة وكالة ضمنية لمباشرة التصرفات القانونية المتعلقة من بشؤون المنزل.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التفرقة بين الحيلة التي تعدل في شروط تطبيق القاعدة القانونية والحيلة التي تتضمن تبريرا للقواعد القائمة صعبة في بعض الحالات، كما هو الحال بالنسبة للشخصية المعنوية حيث يرى دابان أنها حيلة تدخل في نطاق النوعين معا، فهي تعمل في شروط تطبيق القواعد القانونية وتبرر فكرة منح الشخص الاعتباري الشخصية القانونية، عن طريق مقارنته بالشخص الطبيعي.

### 1 - الحيل التي تستخدم كعنوان للقاعدة

تظهر الحيلة في هذه الحالة في عنوان القاعدة فقط، دون أن ينعكس هذا العنوان على الأحكام التي تتضمنها، لهذا يرى دابان بأن هذا هو أضعف دور للحيلة في الصياغة القانونية، فهي لا تخلف قواعد جديدة، ولا تساهم في أي تعديل في مضمونها، ولا تبررها أو تشرحها.

ومن أمثلة هذا النوع، أن المشرع المصري يطلق اسم شركات القطاع العام على الوحدات الاقتصادية المكونة للقطاع العام، رغم أن النظام القانوني لهذه الوحدات يختلف تماما عن النظام القانوني للشركات.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المرجع السابق ، ص 411.

<sup>2</sup> Dabin, Op.Cit., p.339 .

<sup>3</sup> أبوزيد مصطفى عبد الباقي، مرجع سابق ، ص 48.

<sup>4</sup> سمير سيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 44.

## الفصل الاول : التأصيل القانوني للحيل

### ثانيا: نقد نظرية دابان

أهم انتقاد وجه " لدابان " أنه تأثر بالنظريات السابقة، ولم يبتعد عنها كثيرا بالرغم من انتقاده اللاذع لها، فقد اعتمد في تقسيمه للحيل على الدور الذي تؤديه، وهو نفس المسار الذي اتبعه "إهرنج في نظريته، كما أنه اتفق كثيرا مع أفكار جني، لذلك فإن كل ما سبق وأن وجه من انتقادات لنظريتي هرنج" و"جني ينطبق على نظريته.

كما أن استبعاد "دابان للنوع الأول الحيل التي تنشأ قواعد قانونية جديدة من التقسيم، بحجة أنها تدخل في نطاق السياسة التشريعية أمر غير مقبول، لأن النوع الثاني حسب تقسيمه الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة، يتضمن هو الآخر أحكاما قانونية جديدة، ويدخل بالتالي في نطاق السياسة التشريعية.

أما الدكتور أبو زيد مصطفى عبد الباقي فقد قسم هو الآخر الحيل حسب الدور الذي تؤديه، تقسيما يختلف عن التقسيمات السابقة، إلى حيل منشأة تنشأ قواعد جديدة، وحيل مفرة تفسر وتبرر وجود القواعد القائمة .

كما قسمها كذلك حسب الشخص الذي يستخدمها إلى تشريعية يستخدمها المشرع نفسه وحيل فقهية يستخدمها الفقهاء، وهو لا يختلف عن التقسيم الأول، فالحيل المنشئة للقاعدة القانونية تكون دائما من اختصاص المشرع، والحيل المفسرة من اختصاص الفقهاء عند تأصيل الحيلة والوقوف على أساسها المنطقي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 83.

## الفصل الاول : التأسيس القانوني للحيل

---

### خلاصة الفصل

ويمكن القول بأن الحيل القانونية فقدت مكانتها في الفكر القانوني الحديث، بعد زوال أسباب الحاجة إليها التي كانت سائدة في القديم ، حيث فقدت النصوص القانونية قدسيته وأصبح من الممكن تعديلها دون التحايل عليها، ولذلك تضاعف اللجوء إليها وأصبحت من الوسائل غير المرغوب فيها الإنكارها للواقع، والملاحظ أنه كلما تقدم علم القانون كلما أمكن الاستغناء عنها كطريقة للصياغة القانونية، ولكن هذا لا يعنى أنه تم الاستغناء عنها، حيث نجد العديد من الحيل القائمة في الأنظمة القانونية المعاصرة والتي تشتهر بمخالفتها للواقع.

# الفصل الثاني

تطبيق الحيل في العقود

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### تمهيد

تتكلم التنظيمات القانونية عن الحيلة كوسيلة خداع وغش غالبا، وهي بذلك لا تثير أي إشكال لأن مصطلح الحيلة يوحي بذلك، وهي كفكرة لها حقيقتها التي تقوم عليها وطبيعتها التي تتسم بها، وقد تتخذ الحيلة بهذا المعنى صورتين فتكون إما حيلة صورية أو حيلة تدليسية، وفي كلتا الحالتين تكون من صنع الأفراد.

فالصورية تنطوي دائما وأبدا على حيلة، فهي ومهما كان نوعها عبارة عن مخالفة للحقيقة تقوم على وجود اتفاقين ظاهر غير حقيقي ومستتر حقيقي، وبما أنها تكون في العلاقات بين الأفراد و باتفاق طرفي التصرف معا، فهي تصنف من ضمن وسائل الخداع والغش في التعاقد .  
ونفس الشيء بالنسبة إلى التدليس الذي اعتبرته كل الأنظمة القانونية عيبا يشوب الرضاء عند التعاقد، فهو عبارة عن وسيلة للاحتيال والخداع ، يلجأ إليها أحد طرفي العقد من أجل حمل الطرف الثاني على التعاقد.

وبالتالي تتفق الصورية مع التدليس في أن كلا منهما يعبر عن حيلة تستخدم عمدا بقصد الوصول إلى هدف معين، فالصورية ما هي إلا حيلة لإظهار أمر وإخفاء آخر، والحيل التدليسية هي الأخرى عبارة عن وسيلة للخداع والإيهام بغير الحقيقة.  
وقد خصصنا المبحث الأول من للحيل الصورية من كل جوانبها والمبحث الثاني لدراسة الحيل التدليسية.

### المبحث الأول : الحيل الصورية

أدت نتائج البحث في الجذور التاريخية لنظرية الصورية إلى أنها ظهرت في القوانين القديمة وبالأخص في القانون الروماني ، وكانت عبارة عن صورية قانونية Simulation logale من عمل المشرع وافتراضاته، وأنها ظهرت بفعل نفس العوامل التي أدت إلى ظهور الحيل القانونية عامة ، أي شكلية القانون الروماني وجمود أحكامه، فالصياغة القانونية الرومانية لا تترك مجالاً للشك في أن العنصر المادي أو الشكلي هو حجر الأساس التي تبنى عليه كل المعاملات، حيث لم يعرف هذا العصر القديم من التصرفات القانونية، إلا ما كان له شكل قانوني ومظهر معين، وقد عجزت العقول البشرية آنذاك عن التقطن الدور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية، وكانت هذه التصرفات قليلة جداً وتتم بأشكال وأوضاع ورموز خاصة تحددت بمقتضى قانون الألواح الاثني عشر، حتى تنتج آثارها القانونية. وتختلف هذه الشكلية القديمة عن الشكلية في القوانين الحديثة التي لا يعتد بها إذا اقترنت بإرادة المتعاقدين .

وتحت ضغط الحاجة والتطورات الاجتماعية والاقتصادية توسع الرومان في استعمال الصور الخاصة ببعض التصرفات على تصرفات قانونية لم تكن مخصصة لها من قبل عن طريق التغيير في بعض تفاصيلها، ومن هنا ظهرت الصورية القانونية التي كانت من صنع القانون و افتراضاته .

وبما أن القضاء الروماني كان يطبق القانون تطبيقاً حرفياً، وكان يكفيه أن تصب العقود والتصرفات القانونية في الأشكال والصور والرموز التي حددها القانون، فإنه أصبح من السهل إضفاء القوة القانونية على هذه العقود الصورية، بما أن التصرف القانوني كان آنذاك مستقلاً عن الإرادة ولذلك لم يهتم القضاء بصورية أو جدية التصرفات القانونية ما دامت قد احترمت الأشكال الرسمية.

### المطلب الأول : مفهوم الحيل الصورية و أنواعها

من المفروض أن يطابق مضمون العقود الواقع فتكون بذلك عقوداً حقيقية، ولكن قد يحدث أن يتفق الطرفان على إخفاء حقيقة ما تم الاتفاق عليه وإظهار تصرف قانوني آخر، في مثل هذه الحالة تكون أمام نوع آخر من الحيل، هي الحيل الصورية .

هذا وتعتبر التصرفات القانونية مجالاً خصباً للصورية فهي ترد خاصة على العقود، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد وفي الأحكام القضائية.

ومهما كان شكل التصرف القانوني الذي تتخذه الصورية فهي تنطوي على حيلة، لأنها في جميع الحالات تقوم بناء على اتفاقين، أحدهما خفي والثاني ظاهر، حيث يعد. أو يغير أو ينقل التصرف الظاهر آثار التصرف الخفي، فهي بذلك حيلة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق ، ص 60.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### الفرع الأول : الصورية لغة واصطلاحا

يمكن أن تكوت التصرفات القانونية إما جدية تعبر عن إرادة أطرافها سرا وعلانية، وإما صورية يتقف أطرافها على أمر ظاهره الجد وباطنه الهزل، فيضمرون في أنفسهم غير ما يظهرون ليكون هناك موقفان موقف ظاهر وموقف مستتر. سنتناول في هذا الفرع المفهوم اللغوي والاصطلاحي للصورية.

**أولاً: الصورية لغة**

صوري مصدر صناعي من صورة : خيالي، غير واقعي، شكلي، أعمال صورية .والعقد الصوري هو العقد الذي ليس له وجود قانوني على الرغم من مظهره وشكله.<sup>1</sup>

### ثانيا : الصورية اصطلاحا

للصورية بعناها الاصطلاحي مفهومين الأول تقليدي ضيق أراد أصحابه أن تقتصر نظرية الصورية على عقد الضد وأن تكون آثارها في نفس آثاره، والثاني واسع وهو من صنع الاجتهاد القضائي الفرنسي وبعض الفقه الذي رأى أن نظرية الصورية لا يمكن أن تقتصر على عقد الضد.

### 1.الصورية بمعناها التقليدي " الضيق

عرف الفقه الصورية بمعناها التقليدي كما يلي :الصورية هي التفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاتب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون المتعاقدين في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما خفي ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر l'acte apparent وهو التصرف الصوري والتصرف الحقيقي L'ade reel<sup>2</sup>

كما عرفها البعض في نفس الإطار، بأنها مخالفة الحقيقة وتتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر.<sup>3</sup> وعلى ذلك فإن الصورية تتضمن مهما كان شكلها اتفاقين أي عقدين، أولهما هو العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية، وقبلت بالآثار التي تترتب عليه ، ولكنهما لا يريدان إظهاره لسبب ما، فيظل سرا بينهما ولذلك سمي بالعقد المستتر، ولكونه يوضح حقيقة إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى إلغاء

<sup>1</sup> معجم المعاني الجامع ، (د.م.ن)،(د.ت.ن) ، ص 95.

<sup>2</sup> ابراهيم المنجي، دعوى الصورية ودعوى عد. تفاد التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعوى بين، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.17. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص.34 .

<sup>3</sup> احمد ابراهيم عطية ،بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، ط1 ،دار الراضي للنشر و التوزيع ،طنطا ، مصر ، 2012، ص 402. عبد الرزاق احمد السنهوري ،المرجع السابق ، ج 2، ص 1073.سامي عبد الله ،نظرية الصورية في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ط 2، بيروت ،لبنان ،2004، ص 73.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

أو تعديل العقد الظاهر، فيسمى بالعقد الحقيقي، وثانيهما هو الذي يجهر به المتعاقدان أمام الغير، فيسمى بالعقد الظاهر، ولكونه لا يدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية وإنما يدل على إرادتهما غير الحقيقية، فيسمى بالعقد الصوري<sup>1</sup>.

فقهي حاول تعريف الصورية من خلال أثارها التي هي نفس آثار عقد الضد، ونتيجة لذلك نجد أن أغلب الفقهاء قد درسوا الصورية عند دراستهم لآثار العقد ومدى سريانها على الغير الأجنبي عن العقد. نجد في الصورية بهذا المعنى عقدان العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي الذي يطلق عليه ورقة الضد .

### 2. تعريف ورقة الضد

ورقة الضد هي عبارة عن عقد مستوفي لكافة الشروط القانونية التي يتطلبها القانون بالنسبة للعقود يحكم هذا العقد العلاقة فيما بين المتعاقدين أو بين أحدهما و الخلف العام للمتعاقد الآخر، وكأن العقد الصوري لم يوجد على الاطلاق، ويخضع من حيث الاثبات إلى القواعد العامة المقررة في الاثبات<sup>2</sup>. وهو العقد الحقيقي الذي ارتضاء المتعاقدان ليحكم علاقتهما، و من تم تطبيق أحكامه وحدها حتى ولو كان العقد الظاهر الصوري رسميا، و لم يتطلب القانون بالنسبة له أي شكل خاص<sup>3</sup>. ويلاحظ بأن هذا المفهوم التقليدي للصورية الذي قصرها على العقود قد ضيق نطاقها كثيرا<sup>4</sup>.

### 3. الصورية بمعناها الحديث "الواسع"

الصورية بمعناها الواسع ينظر فيها لمدى توافر عنصر الكذب، إذ يرى الفقهاء في الصورية ظهورا للكذب على الصعيد القانوني، ويعتبرونها من أهم المجالات التي يتدخل فيها الكذب، وما يمكن أن ينتج عن ذلك من نتائج خطيرة، لأن أطراف الصورية لا يكتفون بمجرد الكتب الشفهي أو المكتوب، بل يعتمدون إلى خلق ظاهري مغاير للحقيقة من شأنه إخفاءها، وهذا ما يفرقها عن الكتمان الذي يكفي لتحقيقه اتخاذ موقف سلبي، في حين تستلزم الصورية مناورة إيجابية لخلق ظاهر خادع مختلف عن التصرف الحقيقي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنور طلبية، مرجع سابق، ص 05.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 120.

<sup>3</sup> أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، مصر، 1997، ص 120-121.

<sup>4</sup> أخذت المحكمة استئناف مصر الاهلية بالمفهوم الضيق للصورية في القرار رقم 1150، الصادرة بتاريخ 1928/05/01، الذي جاء فيه: أن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد في شكل عقد آخر، أو بإخفاء اسم المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار، كما تكون باظهار وجود عقد لا حقيقة له في الوجود.

<sup>5</sup> سامي عبد الله ، مرجع سابق ، ص 76.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

وتعرف الصورية في ظل هذا المفهوم الواسع بأنها " اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني<sup>1</sup>. وهي بهذا عمل إرادي من نتيجته خلف مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية .

ومن أنصار هذا المفهوم نجد الأستاذ سليمان مرقس الذي يعرفها كما يلي: الصورية هي التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل، فهي توجد موقفا ظاهرا غير حقيقي يستتر موقفا خفيا حقيقيا، فإن كان ذلك الموقف تعاقديا كان العقد الظاهر سوريا، والعقد الخفي هو العقد الحقيقي وكما تكون الصورية في العقود تكون أيضا في الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد<sup>2</sup>.

والدكتور إبراهيم النجار الذي يقول: الصورية تعني قانونا إعطاء صورة أو شكل الواقعة ما أو لعمل قانوني معين، فينتج عنها عمل ظاهري مختلف عن العمل الحقيقي السري أو المضاد، وقد يكون العمل الظاهري عقدا أو اتفاقا كما يحصل في غالب الأحيان، إلا أنه يمكن أن يكون أيضا صادرا عن طرف واحد<sup>3</sup>.

والدكتور جميل الشراوي بقوله: "الصورية هي انعدام الجدية في التعبير عن الالتزام بأثر قانوني<sup>4</sup>

### 3. موقف المشرع الجزائري

لا يحتوي القانون المدني الجزائري على نظرية عامة للصورية على غرار التشريعات المدنية الأغلب الأنظمة القانونية، وقد أورد المشرع الجزائري أحكامها في الباب الثاني من القانون المدني المتضمن آثار الالتزام، وبالتحديد في المادتين 198 و 199 مدني .

**المادة 198 :** " إذا أبرم عقد صوري الدائني المتعاقدين والخلف الخاص، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري.

**المادة 199:** إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي.

يظهر جليا من خلال النصين أن المشرع الجزائري عندما تطرق لأحكام الصورية، قد اكتفى بالحديث عن صورية العقود، وبذلك يكون قد أخذ بالمفهوم الضيق للمصورية.

<sup>1</sup> معوض عبد التواب ، الشفعة و الصورية وفقا لقضاء النقض ، ط 8،(د.م.ن) ،2004، ص 310.

<sup>2</sup> سليمان مرقس ، أحكام الالتزام ، مكتبة النهضة ، مصر ، 1957 ، ص 252-253.

<sup>3</sup> ابراهيم النجار ، الصورية المطلقة و الصورية النسبية في التشريع اللبناني، مجلة العمل ، 1971، ص 71.

<sup>4</sup> جميل الشراوي ، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص 26.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### الفرع الثاني : أنواعها

قد تكون الصورية مطلقة أو نسبية، الصورية المطلقة تتناول وجود العقد أو التصرف ذاته، و النسبية هي التي تنصب على أحد جوانب العقد أو التصرف<sup>1</sup>

#### أولاً : الصورية المطلقة

الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود العقد أو التصرف ذاته، أي العملية القانونية بمجملها، فيكون العقد أو التصرف الظاهر غير موجود في الواقع.

إذن تنصب الصورية المطلقة على العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر غير موجود أصلاً، ويقتصر عقد الضد على تقرير أن العقد الظاهر هو مجرد عقد صوري لا وجود له، دون أن يتضمن عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بالتالي يكون وضع الطرفين الحقيقي، بعد العقد الظاهر هو ما كان عليه قبل التعاقد<sup>2</sup>.

بمعنى أن الصورية تكون مطلقة عندما تتصرف إرادة المتعاقدين إلى عدم إحداث أي أثر قانوني إطلاقاً، أي لا تكون مصحوبة بإرادة الالتزام، فيعتبر التصرف في مثل هذه الحالات كتصرف المهازل الذي لا يقصد الالتزام بالآثار القانونية لتصرفه الظاهر ، لا هو شخصياً ولا المتعاقد معه<sup>3</sup>.

كاتفاق المدين مع شخص آخر على أن يبيعه أمواله ببيعاً صورياً حتى لا يتمكن دائنيه من التنفيذ عليها، ويحرران بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في نفس الوقت سنداً مستتراً، هو عقد الضد، يذكر فيه أن

---

<sup>1</sup> عمد أغلب الفقه إلى تقسيم الصورية إلى مطلقة ونسبية، إلا هناك من قسمها بالإضافة إلى ذلك إلى صورية مشروعة وغير مشروعة انطلاقاً من الباعث عليها، فإذا كان الدافع إلى اللجوء إليها مشروعاً كانت مشروعة وإذا كان الدافع إليها غير مشروع كانت غير مشروعة .."

**الصورية المشروعة** : عرف الفقه الصورية المشروعة انطلاقاً من مبدأ الرضائية الذي يجوز للشخص بناء عليه أن يقوم بطريقة غير مباشرة بما يجوز له أن يقوم به بطريقة مباشرة، وما الصورية إلا إحدى هذه الطرق غير المباشرة، فكما تكون التصرفات القانونية جدية، يجوز أن تكون صورية ومشروعة إذا لم يكن الغرض منها هو الإضرار بالغير أو الغش نحو القانون .

إذن الصورية المشروعة ما هي إلا وسيلة لستر التعاقد، وليس في ستر التعاقد أي حسب مهما كان الباعث عليه، فهو لا يؤثر على القوة الإلزامية للعقد ولا يجعله قابلاً للإبطال، إلا إذا كان مشوياً بعبء يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال طبقاً للقواعد العامة، بالإضافة إلى أن القانون لم يجعل الصورية سبباً من أسباب بطلان العقود، إذن ما لم يحرمه القانون فهو مباح **الصورية غير المشروعة**: الصورية غير المشروعة هي التي يكون الغرض منها هو الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه أو الإضرار بحقوق الغير، كان يتفق البائع والمشتري على أن يذكر في عند بيع العقار ثمناً صورياً بقل عن الثمن الحقيقي، تهرباً من دفع الرسوم المستحقة للخرينة العمومية كاملة، ابراهيم المنجي المرجع السابق، ص 24-25.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص. 1074 .أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص.407.

<sup>3</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.09.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

البيع لا حقيقة له ، هذا البيع يعتبر صوريا صورية مطلقة لأن ملكية الأموال لم تنتقل حقيقة إلى المتصرف إليه، وإنما بقيت للمتصرف، وهنا تكون للدائن مصلحة في إثبات صورية البيع.

وكان يتفق شخص مع آخر على أن يحول له حق له في ذمة الغير من أجل أن يقتضيه له، لأن هناك مانع أدبي يمنعه من المطالبة شخصيا بحقه، وبذلك يمكن للمحال إليه أن يطالب المدين .بالوفاء ويتفان في نفس الوقت على أن الحق يبقى للمحيل ولا ينتقل إلى المحال له، وبذلك تكون الحوالة صورية مطلقة، ويكون على المحل له أن يسلم المحيل ما قبضه من المدين.

وخارج نطاق العقود تتناول الصورية المطلقة العلاقة القانونية في وجودها، فيكون العنصر الظاهر غير موجود أصلا، فالشركة الصورية مثلا هي شركة وهمية ومجرد واقعة كاذبة ليس تحتها أي أمر مستتر آخر، ما عدا واقع مخادع الا يغير أي شيء في الواقع الذي كان قائما قبله.

يلجأ إلى الصورية المطلقة لتحقيق أغراض مختلفة، فقد يكون العرض منها خلق ظاهر كاتب الخداع الغير، كإبرام عقد بيع صوري لإظهار المشتري بمظهر المالك الثري، حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو الانضمام إلى شركة أو حتى يتمكن من مصاهرة أسرة ثرية، أو قد يراد بها الإضرار بالدائنين بالتصرف الصوري في أموال المدين، وإخراجها من الضمان العام<sup>1</sup>.

ومن ثم يمكن القول بأن أساس الصورية المطلقة هو انعدام أي التزام حقيقي ناشئ عنها، فهي تقوم على عقد أو عنصر ظاهر وهمي يبقى الوضعية القائمة قبله دون أي تغيير، لأنه ليست. هناك أية إرادة حقيقية ترمي إلى حصوله في الواقع<sup>2</sup>.

### ثانيا : الصورية النسبية

لا تتناول الصورية النسبية وجود العقد وإنما تنصب على أحد جوانبه، بمعنى وجود علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها، يتعلق إما بطبيعة العلاقة وهذه هي الصورية بطريق التستر، وإما ببعض شروطها وأركانها وهذه هي الصورية بطريق المضادة وإما بشخصية أطرافها وهذه هي الصورية بطريق التسخير، وهي بذلك تختلف من الصورية المطلقة من حيث أن المتعاقدان لم يقصدا أن يكون العقد وهميا لا وجود له في الحقيقة، بل أرادا إنشاء العقد حقيقة مع تضمينه عنصر أو عدة عناصر وهمية، أي إعطاء صورة أخرى غير الصورة التي انصرفت إرادتها الحقيقية إليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص.1074.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.129.

<sup>3</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.13.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### 1-الصورية النسبية بطريق التستر

تتحقق الصورية النسبية بطريق التستر في حالة وجود علاقة قانونية بين المتعاقدين، يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب من هذه العلاقة يتعلق بطبيعتها، أي تتناول طبيعة العقد وتكيفه دون وجوده ويقصد بها إخفاء حقيقة التصرف المعقود بين الطرفين<sup>1</sup>، وهي لا تعدم التصرف الظاهر ولا يحتفظ بشأنها بورقة ضد، بل هو تصرف واحد ظاهر صوري في طبيعته القانونية فقط.<sup>2</sup>

ويختلف الغرض من الصورية بطريق التستر من حالة إلى أخرى، فقد يكون الغرض منها التخلص من الرسمية المطلوبة في عقد الهبة، فيعقد الهبة في صورة عقد بيع، فيقال أن البائع باع للمشتري وأن هذا الأخير دفع الثمن بمجلس العقد، والحقيقة أنه لم يدفع أي شيء، وبذلك ستر المتعاقدان الهبة بعقد ظاهر فالصورية هنا أخفت طبيعة العقد ليس فقد بالنظر إلى وجود علاقة قانونية فعلية، ولكن بتكيف قانوني يختلف عن تكيفها القانوني الظاهر.

وقد يكون الغرض منها ستر السبب الحقيقي للتصرف، كان يكتب شخصا صكا على نفسه الآخر على أنه ثمن لشيء اشتراه، وهو في الحقيقة فرض برياً فاحش، وكان يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية<sup>3</sup>.

### 2- الصورية النسبية بطريق المضادة

لا تتناول الصورية المطلقة بطريق المضادة وجود العقد أو نوعه، بل ركنا من أركانه أو شرطا من شروطه، مثال ذلك عقد بيع عقار يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخفيها الرسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي حتى يعجز الشفيع عن طلب الشفعة، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر، هو ورقة الضد، يذكر فيه الثمن الحقيقي للعقار.<sup>4</sup>

ترد الصورية المطلقة بطريق المضادة في هذا المثال على شرط الثمن، حيث يكوف التصرف فعليا وحقيقيا ويرتب كل آثاره القانونية، ولكن الثمن المذكور في العقد فقط هو الذي يكون صوريا وغير مطابق للثمن الحقيقي الذي قبضه البائع.

وقد ترد الصورية المطلقة بطريق المضادة على ركن في العقد، كأن يذكر في عقد الهبة أن سببها مشروع كنية التبرع مثلا في حين أن سببها الحقيقي هو دين ناتج عن لعب القمار، تناولت الصورية في

<sup>1</sup> عاطف الشواربي، عبد الحميد الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي،المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص.435.

<sup>2</sup> عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص.256.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص.1085.

<sup>4</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.31.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

هذه الحالة ركن من أركان العقد هو السبب، حيث ذكر في العقد أن سبب الهبة مشروع ولكن سببها الحقيقي ليس كذلك فهو غير مشروع، إذن ليس التصرف ككل صوريا بل سببه فقط.

كما قد ترد الصورية بطريق المضادة على تاريخ العقد، فيقدم ليكون سابقا لبداية مرض الموت الذي وقع خلاله، أو يؤخر ليكون بعد بلوغ المتصرف السن القانوني المطلوب لإجراء التصرفات القانونية.

### 3-الصورية النسبية بطريق التسخير

قد تتناول الصورية النسبية طرف أو أطراف التصرف القانوني، فيطلق عليها الصورية النسبية بطريق التسخير، وهي الصورية التي ترد على شخص أحد المتعاقدين، حيث يسخر شخص للتعاقد باسم شخص آخر، فتكون الصورية هذا في الأشخاص لا في التصرفات، تهدف إلى التحايل على أحكام القانون وستر المخالفات القانونية للأطراف .

يقول ميشال داغو :

« on dit qu'il y a interposition de personne lorsqu'une personne désireuse que sa participation à un acte juridique reste secrète, se fait remplacer par une autre qualifiée d'interposée.

Apparemment, tout passe comme si, seul, l'interposé avait conclu l'acte, alors qu'en réalité il sert simplement de prête-nom »<sup>1</sup>

كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور ليس هو المقصود بالهبة، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له<sup>2</sup>. وهكذا فإذا وجد مانع يحول دون إبرام العقد بين شخصين، توسط بينهما شخص ثالث يجري العقد مع أحدهما، ثم ينقل ملكية ما تلقاه إلى الشخص الذي قام المانع بجانبه، وهذه هي الصورية النسبية بطريق التسخير أو التوسط .

وقد أورد القانون المدني الجزائري صورا مختلفة للصورية بطريق التسخير، كعدم جواز شراء القضاة وأعاونهم للحقوق المتنازع عليها كلها أو بعضها، إذا كان الفصل في النزاع يدخل ضمن اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا طبقا للمواد 402 و 403.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> M. Dagot, la simulation en droit privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, p.106,108.

<sup>2</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.22.

<sup>3</sup> المادة 402 : "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا".

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### أ- الصورية بطريق التسخير والتعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار

يختلف التعاقد بطريق التسخير عن الصورية بطريقة التسخير، ففي هذه الأخيرة يكون الشخص المتعاقد عالماً بصفة المسخر، ومتواطئاً معه من أجل تسخيره لمصلحة شخص ثالث يعلم هو أيضاً بهذا التسخير، أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر *prete nom* يتعاقد مع شخص لا يعلم بالتسخير. إذن التعاقد بطريق التسخير هو حالة من حالات النيابة الخفية غير المعلنة، مع أنه من المفروض أن تكون النيابة علنية، وأن يتم الكشف علماً للمتعاقد الثاني، وأن تتصرف آثار العقد إلى الأصيل لا إلى النائب، وأن تنشأ علماً علاقة مباشرة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد معه.

فالشخص المستعار يعتبر نائباً أو وكيلاً عن الشخص الذي سخره، ولكنه لا يفصح عن ذلك للشخص الذي يتعاقد معه، حيث يبرم المسخر في هذه الحالة ثلاثة تصرفات جدية غير صورية، يعقده المسخر لحساب من سخره ولكن باسمه هو فتتصرف إليه آثار العقد، والثالث يعقده مع من سخره لينقل إليه آثار عقده الثاني مع الغير.<sup>1</sup>

وقد ذهب رأي آخر إلى اعتبار التعاقد بالتسخير من قبيل الصورية، والى القول بعدم صحة التمييز بين الصورية بطريق التسخير والتعاقد بطريق التسخير، لأن كلاهما ينطوي على عنصر ظاهر كاذب مغاير للحقيقة ولذلك يعتبران من حالات الصورية، ولأن التمييز بينهما يقوم أساساً على الطابع الاتفاقي للصورية.<sup>2</sup>

وقد نجد في عمل قانوني معين عدة مظاهر للصورية النسبية في نفس الوقت، فقد تنظم الهبة تحت ستار عقد بيع و تكون بصدد صورية نسبية بطريق التستر، وتكون هذه الهبة للمصلحة شخص معين هو مجرد شخص مستعار سخر من أجل التعاقد للمصلحة شخص آخر، وهذه هي الصورية النسبية بطريق التسخير.<sup>3</sup>

### 4-الصورية النسبية بطريق التدليس أو الصورية التدليسية

تتحقق الصورية النسبية بطريق التدليس والاحتيايل عند استعمال طرق احتيالية من شأنها إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد، و يكون الغرض منها الغش والاضرار بحقوق الغير والتحايل على القانون بالتهرب من أحكامه المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والتي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وهكذا فإنها تكون دائماً صورية غير مشروعة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 1076.

<sup>2</sup> M.Dagot, Op.Cit., p.109-110.

<sup>3</sup> LA cour de cassation française, Première chambre civile, 26 /02/1968.

<sup>4</sup> وليد محمد حسن، الصورية في ضوء الفقه وأحدث أحكام النقص، حيدر جروب للنشر والتوزيع، (د.م.ن)، 2014، ص 53.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

ويكون الاحتيال على القانون في الصورية التدليسية عندما ينصرف الاتفاق إلى الضرار بحقوق أحد المتعاقدين أو بتمييز أحدهما على الآخر ، أما إذا انصرف إلى الاضرار بحقوق الغير فليس لأحد الطرفين التمسك بالصورية التدليسية.

ومثال الاتفاق الضار بأحد المتعاقدين أن يقترض المدين مبلغا من المال، و يكون العقد الحقيقي هو المثبت لهذا المبلغ فلا يحرره الدائن، و إنما يحرر عقدا سوريا بمبلغ أكبر، و قيام الوكيل بتقديم تاريخ التصرف الذي أبرمه بعد وكالته دون علم الموكل، و صياغة عقد القرض في شكل عقد أمانة لتهديد المدين بالعقوبة الجنائية إذا ما امتنع عن الوفاء، ومثال الاتفاق الضار بغير المتعاقدين ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي للبيع لتعجيز الشفيع.<sup>1</sup>

إذن الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود العقد أو التصرف ذاته، وتهدف النسبية هي التي تنصب على أحد جوانب العقد أو التصرف وتهدف إلى إعدام آثاره.

### المطلب الثاني: آثار الحيل الصورية

إن جوهر التصرفات القانونية هو إحداث الآثار القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين الحقيقية والجدية، حيث يعتد بهذه الإرادة حتى ولو ستر الطرفين تصرفهما الحقيقي بمظهر صوري كاذب. فإذا ما كانت الصورية مطلقة فإن التصرف الظاهر يكون معدوما و كأنه لم يكن أصلا، لانعدام الإرادة الجدية، أما إذا كانت الصورية نسبية، فإنه يعتد بالعقد الحقيقي في حالة ما إذا انعقد صحيحا مستوفيا لشروطه.

وليست الصورية بذاتها سببا من أسباب بطلان التصرف القانوني، فالتصرف الظاهر لا يبطل لمجرد صوريته، لأنه يمكن للأفراد أن يخفوا تصرفاتهم كما يشاءون، ولا يكون لهذا الاخفاء أي أثر على قيام التصرف أو على صحته، ولكن هذا لا يعني أنه يحق للأفراد ابرام تصرفات قانونية مخالفة لمقانون أو لمنظام العام والآداب العامة أو مضررة بمصلحة الغير وسترها بمظاهر كاذبة، لأن الصورية لا تصح التصرفات الباطلة لمثل هذه الأسباب.

<sup>1</sup> أنور طلبية، المرجع سابق، ص.15،16.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### الفرع الأول: أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدین والخلف العالم

تنص المادة 199 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا أخفى المتعاقدین عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدین والخلف العام هو العقد الحقيقي".

#### أولا : العبرة بالعقد الحقيقي

طبقا لنص المادة 199 فإن العبرة فيما بين المتعاقدین و خلفهم العام تكون بالعقد الحقيقي ، وهو العقد الذي انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية ودلت عليه ورقة الضد ، ذلك أن العبرة في تكييف العلاقة القانونية فيما بين المتعاقدین وبالنسبة إلى الخلف العام هي بالعقد الجدي الحقيقي الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة لمطرفين، الا بالعقد الصوري، فالعقد الصوري الذي يصور فيه المتعاقدین غير ما قصدها في الحقيقة، لا يقصد به إلا إنشاء مظهر لعقد معين ولا يراد به ترتيب أية آثار قانونية.<sup>1</sup>

إذن أجاز المشرع الجزائري لكل من المتعاقدین أن يتمسك في مواجهة الآخر بالعقد الحقيقي المستتر وعلى من يتمسك به أن يثبت وجوده، وإذا لم يستطع اثبات أن هناك عقدا مستترا ، فالعقد الظاهر هو الذي ينفذ ويعتبر حينئذ عقدا جديا لا صوريا .

وإذا ما ثبت وجود العقد المستتر، وجب أن تتوافر فيه جميع الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وانعقاده، مثلا إذا ستر المتعاقدان هبة في صورة عقد بيع وجب توافر الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة و انعقاد الهبة ، فيجب أن يكون المتصرف أهلا للتبرع لا أهلا للبيع و يخضع العقد لجميع أحكام الهبة لا البيع ، و يمكن الرجوع في هذه الهبة في الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك.<sup>2</sup>

أما من حيث الشكل فلا يشترط في العقد المستتر الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية ، بمعنى أن العقد المستتر يكون صحيحا إذا تم في الشكل الذي اتخذه العقد الظاهر، فالهبة المستترة في صورة بيع تصح من الناحية الشكلية متى اتخذت شكل البيع ، أي أنه لا يشترط لانعقادها الرسمية التي يتطلبها القانون التمام الهبة .<sup>3</sup>

أي أنه يجب لإعمال العقد الحقيقي أن تتوافر أركانه و شروط صحته، وعلى المتعاقد أو الخلف العام الذي يدعي صورية العقد أن يقيم الدليل على ما يدعيه.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، مرجع سابق ، ص.380.

<sup>2</sup> ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص.83.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ج.2، ص1087.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

ثانيا : العقد الظاهر لا وجود له

يقابل الاعتراف بالعقد الحقيقي عدم الاعتراف بالعقد الظاهر فيما بين المتعاقدين و بالنسبة الى الخلف العام، أي أنه لا وجود له ولا يعمل به، وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادوا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أوداء .

ومن تم إذا باع شخص عينا معينة لآخر بيعا سوريا واحتفظ بورقة ضد، فإن هذا البيع لا وجود له فيما بين البائع والمشتري ، و يبقى البائع مالكا للعين و له حق التصرف فيها ، وله أن يبيعها بيعا جديا بعد ذلك لمشتري ثان، وهذا الأخير هو الذي تنتقل إليه الملكية، وليس للمشتري السوري الأول أن يحتج بعقد البيع السوري في مواجهة المشتري الثاني، ولو سجل البيع السوري قبل تسجيل البيع الجدي ، كذلك إذا مات البائع فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى خلفه العام، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضا لا بالعقد السوري و على النقيض من ذلك لا يكون المشتري السوري مالكا للعين ولا تنتقل ملكيتها إلى ورثته إذا ما مات.<sup>1</sup>

وإذا لم يكن للعقد السوري وجود قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له وجود مادي قد يترتب عليه أثر قانوني، فالتصرف السوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولاً ضمنيا للوصية ، وكذلك التصرف السوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولاً الميراث في القانون الفرنسي.<sup>2</sup>

هذا وقد ذهب بعض القضاء الفرنسي إلى جعل العقد الظاهر السوري هو الذي يسري بين المتعاقدين على سبيل العقاب، مثال ذلك أن يظهر المتعاقدان في البيع تمنا أقل من الثمن الحقيقي إنقاص رسوم التسجيل، فيمنع على البائع في هذه الحالة الرجوع على المشتري بالفرق في الثمن، بناء على القاعدة الرومانية القديمة التي تقضي بأنه، لا يجوز لمن ثلوث بغش صدر منه أن يحتج به أمام القضاء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص308.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ج.2، ص1087.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 308.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### الفرع الثاني: أحكام الصورية بالنسبة للغير

تنص المادة 198 من القانون المدني جزائري على ما يلي: " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري'.

#### أولاً : تحديد الغير في أثر الصورية

يحتاج مصطلح الغير في أثر الصورية إلى التحديد، لأنه يختلف باختلاف الأوضاع القانونية، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد، وعن الغير في التسجيل، وعن الغير في القيد، وعن الغير في التاريخ الثابت، وعن الغير في حجية الحكم.

والمقصود بالغير في الصورية حسب معنى المادة 198 هم دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص.

#### 1-دائني المتعاقدين طرفي الصورية

يعتبر الدائن الشخصي لكل من طرفي العقد من الغير في معنى الصورية، سواء كان حقه مستحق أو غير مستحق الاداء، وسواء كان سابقا على التصرف الصوري أم تاليا له، بشرط أن يكون خاليا من النزاع.<sup>1</sup>

فدائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري و دخل في ضمانه العام، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير، و لكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع ، أي لم يخرج مت الضمان العام لمدائن ، ولمدائن في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن الدائنين الشخصيين يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية معينة كما هو الحال بالنسبة إلى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف ، حيث يطمئنون إلى المركز الظاهر ويتعاملوا بمقتضاء فتجب حمايتهم من غش المدين، ولا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية، كنسبية أثر العقد و حجية الأمر المقضي فيه و التاريخ غير الثابت و العقد غير المسجل.<sup>3</sup>

#### 2-الخلف الخاص للمتعاقدين طرفي الصورية

يقصد بالخلف الخاص للمتعاقدين طرفي الصورية كل من تلقى حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري، سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف أو تاليا له.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابراهيم المنجي، مرجع سابق، ص100

<sup>2</sup> أحمد ابراهيم عطية ،مرجع سابق،ص437.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ج.2، ص1087

<sup>4</sup> عزالدين الديناصوري، عبد الحميد الشوابي ،مرجع سابق ، ص104.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

ومثال ذلك إذا باع شخص منزل يملكه بيما سوريا، فكل من كسب حقا عينيا على هذا المنزل، قبل التصرف السوري أو بعده من البائع أو من المشتري، يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع السوري. والملاحظ بالنسبة إلى الخلف الخاص هنا هو أنه يكسب حقه من أحد طرفي التصرف بسبب آخر غير التصرف السوري، فبالرجوع إلى المثال السابق نجد أن الدائن المرتهن للبائع يكسب حقه بعقد الرهن، وهو غير عقد البيع السوري، والمشتري الجدي من البائع يكسب حقه بعقد جدي وهو غير البيع السوري، ونفس الشيء بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري، والدائن الذي ارتهن من مشتري الدار، ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيرا من كسب حقه على العين محل التصرف السوري نفسه.

ويرى الدكتور السنهوري أن الشفيع في عقد بيع دار ذكر فيو ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع، و لا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للالخذ بالشفعة ، بل يجب عليه دفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أحد طرفي العقد، وهذا لأن الشفيع كسب حقه بالشفعة، و الشفعة ليست بسبب آخر يختلف عن البيع الذي ذكر فيه الثمن السوري ، فالشفيع هنا قد كسب حقه بموجب العقد السوري ذاته، فيه قد حل محل المشتري في البيع إذن هو ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلقى منه الملكية، وهو في نفس الوقت قد أصبح طرفا مع البائع في البيع السوري بعد أن حل محل المشتري ، إذن هو ليس خلفا خاصا للبائع<sup>1</sup>

في حين كان للاجتهاد القضائي المصري رأي مخالف عندما قضت محكمة النقض المصرية بأن " الشفيع بحكم كونه صاحب الحق في أخذ العقار بالشفعة، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع ، و بالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية أي لا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة<sup>2</sup> .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد اختلف حول طائفة الغير في معنى الصورية، فمنهم من رأى أنها تقتصر على الدائن الشخصي والخلف الخاص لكل من المتعاقدين كما سبق بيانه<sup>3</sup> ، و منهم من رأى بأنها تتسع لتشمل كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه، متى كانت له مصلحة في الطعن في العقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1091.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية ، الغرفة المدنية، طعن رقم 103 ، 1979/12/13.

<sup>3</sup> محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام 1974 ، ص.82-83.

<sup>4</sup> سليمان مرقس، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.369. أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.110.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### ثانيا : أثر الصورية بالنسبة إلى الغير

وفقا لنص المادة 198 مدني جزائري فإنه للغير في الصورية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية.

#### 1- للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر

غير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية وكانت له مصلحة في ذلك ، ويقصد بحسن النية هنا جهل الحقيقة، أي الجهل بصورية العقد الظاهر، فالمفروض أن حسن النية لا يعلم بالعقد المستتر وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه ، ذلك أن حسن النية مفترض ، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله ، انتفت الحكمة من حمايته ولزمه العقد الحقيقي المستتر شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، وبما أن العلم بالعقد المستتر واقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق.

إذن لكي يستطيع الغير التمسك بالعقد الظاهر يجب أن يكون جاهلا بصورية العقد الظاهر ويكفي أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله، حتى ولو عالم بها بعد ذلك.<sup>1</sup>

ويرجع أساس هذه القاعدة إلى وجوب استقرار المعاملات الذي يقتضي وجوب الاطمئنان إلى الإرادة الممكن التعرف عليها، ومن ثم إذا كان المتعاقدان قد خلفا مظهرا كاذبا اعتمد عليه الغير في تعامله وجب أن يسري عليهما في علاقتهما بهذا الغير.<sup>2</sup>

فإذا كان الغير دائنا شخصا للمشتري و كان التصرف الصوري الظاهر سابقا على حقه ، يجب أن يكون قد اعتقد، عند تعامله مع المشتري، أن التصرف الصوري الذي سبق حقه هو تصرف جدي، ونفس الشيء إذا ما انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري الظاهر فيجب أن يكون وقت انتقال الحق العيني إليه معتقدا جدية التصرف الصوري . أما إذا كان الغير سيء النية، بأن كان على علم وقت نشوء حقه بصورية العقد ، فلا يمكنه التمسك بالعقد الصوري، لأنه يعلم بأنه مجرد مظهر كاذب غير حقيقي فلا يكون في أعمال العقد الحقيقي أية مفاجأة ، و بالتالي لا يمس هذا الأعمال باستقرار المعاملات

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد أعطى لهذا الغير الخيار بين التمسك بالعقد لظاهر أو بالعقد المستتر بموجب المادة 244 التي تنص : " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا

<sup>1</sup> عزالدين الديناصوري، عبد الحميد الشوابي، مرجع سابق ، ص106

<sup>2</sup> إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.111. نصت المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي في معناها على أنه لا يجوز أن يكون الأوراق الضد آثار إلا فيما بين الأطراف المتعاقدة، ومعنى ذلك أن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة في ذلك.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

بجميع الوسائل صورية العقد ". و مناط هذا الخيار هو المصلحة بمعنى أن للغير أن يتمسك إما بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر الحقيقي حسب مقتضيات مصلحته، ولذلك فإن لدائني البائع في البيع الصوري أن يتمسكوا بالتصرف الحقيقي، حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للبائع المدين، كما أن لدائني المشتري أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، لأن من مصلحتهم أن يدخل المبيع في الضمان العام للمشتري المدين.<sup>1</sup>

فإذا ما تمسك الغير بالعقد الظاهر، فإنه لا يطالب بإثباته باعتبار أن العقد الظاهر لا حاجة إلى إثباته، أما إذا ما تمسك بالعقد الحقيقي المستتر فإن عليه اثبات صورية العقد الظاهر، وله في ذلك الاستعانة بكافة طرق الإثبات، دون أن يلزم بإقامة الدليل الكتابي، حتى وإن كان العقد الصوري الظاهر مكتوباً، ذلك لأن الصورية بالنسبة إلى الغير تعتبر واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ونحن نرى بأن المشرع المصري في إقراره لهذا الخيار إنما يشجع على توسيع نطاق التصرفات الصورية، وأنه كان المفروض الاعتداد في جميع الأحوال بالعقد الظاهر، سواء بالنسبة الأطراف التصرف الصوري أو بالنسبة للغير.

### 1 - حكم التعارض بين مصالح الغير

بما أن المشرع المصري قد أعطى للغير في الصورية الحق في النسك أما بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر حسب مصلحته، فإن هذا الخيار يقود إلى احتمال تعارض مصالح هذا الغير. إذن ما الحكم إذا ما تعارضت مصالح الغير، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر. ففي البيع الصوري مثلاً من مصلحة دائني البائع و خلفه الخاص إثبات صورية العقد الظاهر والتمسك بالحقيقة، و من مصلحة دائني المشتري وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر.

وبناء على ذلك فإن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع، فيحق له دون دائن البائع التنفيذ عمى العين المبيعة صورياً، متمسكاً في ذلك بالعقد الظاهر الذي يخدم مصلحته، في حين يمنع دائن البائع من التنفيذ هذه العين و من التمسك بالعقد المستتر، و يترتب على ذلك كذلك أن من كسب حقا عينيا من المشتري الظاهر يفضل على من كسب حقا عينيا من البائع الظاهر، و هذا ما تضمنته المادة 244/2 من القانون المدني المصري<sup>2</sup>.

فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعا جدياً لمشتري آخر، وسجل هذا الأخير عقده، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار بيعا جدياً لمشتري ثاني، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع، بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولاً، لأن كلا منهما لا يعتبر من

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 383.

<sup>2</sup> احمد ابراهيم عطية، مرجع سابق، ص 452.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

الغير في التسجيل حتى يفضل السابق إليه، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد ، و إنما الأمر يتعلق في هذه الحالة بتنازع الغير بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فتأخذ بالعقد الظاهر وتفضل المشتري من المشتري على المشتري من البائع، ولا عبرة بالأسبقية في التسجيل التي لا يعتد بها إلا إذا كان البائع واحد، على أن المشتري من المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده، وإن كان يفضل على المشتري من البائع ولو تأخر عنه في التسجيل.<sup>1</sup>

بالتالي يمكن القول بأن للغير التمسك بالعقد الظاهر عند التعارض، و بذلك يكون المشرع المصري قد ضحى بالإرادة الحقيقية، واعتد بالإرادة التي يمكن التعرف إليها في سبيل استقرار التعامل والعلاقات الاجتماعية.

تخلص في الأخير إلى أن أثر الصورية يختلف بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة التي لها الحق في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، عنه بالنسبة إلى الغير الذي له الحق في التمسك بالعقد الظاهر الصوري، و نحن نرى بأنه كلما تعلق الأمر بالصورية يجب الاعتماد بالعقد الظاهر مراعاة منا للغير حسن النية الذي اطمأن للمظهر الكاتب وبنى تعامله عليه من جهة ، وعقابا للمتعاقدين اللذان لم يريدوا بتصرفهما الظاهر سوى خداع الغير من جهة أخرى ، كما أن أعمال العقد الحقيقي بالنسبة إلى المتعاقدين يخدم مصلحتهم ويحقق الغرض الذي أراداه بلجوئهما إلى الصورية، وهو إخفاء تصرفهما الحقيقي الجدي وأعماله فيما بينهما وإيهام الغير بالتصرف الظاهر الصوري، بالتالي لا يمكننا الاستفادة من غشهما للغير وتحايلهما على القانون، وأن خير عقاب لهما يكون بمنع تحقيق الغرض الذي قصدها.

### المبحث الثاني : الحيل التدليس

تعتبر الحيل التدليسية جوهر التدليس المنصوص عليه قانونا كعيب من عيوب الرضاء في الأنظمة الحديثة، ولم يكن الأمر كذلك في ظل القانون الروماني القديم، الذي لم يكن يعتد بالغلط إلا إذا وصل لدرجة إعدام الرضاء، ومن هنا شعر الرومان بضرورة حماية المتعاقد الذي وقع في غلط أعاب إرادته دون أن يعدمها، نتيجة للغش والخداع الذي استعمله الطرف الثاني للعقد، وهو ما سمي بالتدليس، حيث لم يعتبر هذا القانون التدليس عيبا من عيوب الإرادة إلا إذا أعدمها، شأنه في ذلك شأن الغلط .

وهذا راجع إلى الظروف التي كانت سائدة آنذاك، فمبدأ سلطان الإرادة لم يعرف في بداية عهد القانون الروماني، كما أن هذا القانون لم يعرف فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا الموجودة في القوانين الحديثة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الرومان كانوا يرون أن استعمال الطرق الاحتيالية لم يكن يضر ولا يآذي ضمير الجماعة ، حيث كانوا يعتبرونها ضربا من ضروب المهارة و لم يشعروا

<sup>1</sup> نص المادة 2/224 مف القانون المدني المصري على ما يلي: " و إذا ما تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

بخطورتها إلا بعد أن تهذبت نفوسهم فيما بعد، وأن الشخص الذي وقع ضحية للتدليس كان من المفروض عليه أن يتحرى الدقة ويستعين بالغير، لا سيما وأن المعاملات كانت آنذاك قليلة وتخضع للشكالية .  
ولذلك تدخل البريتور أكوليبوس جالوس " من أجل حماية المدلس عليه عن طريق اعتبار التدليس جريمة بريتورية مثلها في ذلك مثل الإكراه ، سواء كان التصرف عنا كعقد البيع، أو تصرفا داخلا الملكية مثل الاشهاد أو اتفاقا كالإبراء، ولم يعاقب القانون الروماني آنذاك على استعمال الطرق الاحتمالية أثناء التعاقد إلا إذا كانت مستخدمة ضد من هو دون الخامسة و العشرين بقصد استغلال عدم خبرته.

### المطلب الأول : مفهوم التدليس وشروطه

من المفروض أن تقوم العلاقة التعاقدية على مبدأ حسن النية كفالة للطمأنينة واستقرارا للمعاملات وتحقيقا للمنفعة الخاصة للأفراد والمصلحة العامة للمجتمع، وهذا ما يهدف القانون إلى تحقيقه، ولكن الواقع يجسد غير ذلك ويؤكد وجود متعاقدين مدلسين يزداد عددهم يوما بعد يوم، لا يريدون سوى تحقيق مصالحهم الخاصة، يبنون تعاملاتهم على الغدر والتتكيل وسوء النية، دون الالتفات إلى ما يمكن أن يلحق المتعاقد الآخر من ضرر وخسارة، فتكون نية أطراف العلاقة في المعاملة الواحدة مختلفة تماما متعاقد حسن النية يربو تحقيق منفعة مشروعة بوسيلة مشروعة، وآخر سين النية يقبل على التعاقد مسلحا بوسائل الخداع والاحتيال، هدفه الأساسي هو تضليل المتعاقد الآخر، وفي مثل هذه الحالة تكون أمام النوع الثاني من الحيل التي قد يلجأ إليها الأفراد عند التعاقد، وهي الحيل التدليسية التي يقوم عليها التدليس .

ويتجلى مفهوم التدليس من خلال ما أقرته مختلف التشريعات التي اعتبرته عيبا مؤثرا في الإرادة وقائما بذاته في بعضها أو مقترنا بالغلط في البعض الآخر، ومن خلال الدعم الذي قدمته الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في هذا الصدد.

### الفرع الأول : تعرف التدليس لغة واصطلاحا

سنتطرق فيما يلي إلى تعريف التدليس اللغوي والاصطلاحي، و ما يهمننا في دراستنا الحالية هو تعريفه الاصطلاحي الذي يبين مدلوله كعيب مؤثر على الإرادة وأثره على التصرفات القانونية.

#### أولا : التدليس لغة

التدليس لغة هو الخيانة والخديعة والاختفاء .

يقال من الدلسة بمعنى الظلمة وهو يفيد عدم الإظهار والتبيين عن عمد.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

وهو في البيع بمعنى كتمان عيب السلعة عن المشتري، ولا يختص به البائع، فكان البائع يستتره العيب وكتمانه جعله في ظلمة، فخفي عن المشتري فلم يراه ولم يعلم به<sup>1</sup>.

كما يقال دلس الرجل بمعنى تكتم وأخفى

والمدلس هو من علم بالعيب وكتمه وقت البيع.<sup>2</sup>

### ثانيا : التدليس اصطلاحا

اجتهد فقهاء القرن الأول قبل الميلاد من أجل وضع تعريف محدد للتدليس لكنهم فشلوا في ذلك، فلم يتحدد التدليس بتعريف واضح إلا مع بداية العصر الامبراطوري، حيث استقر تعريفه على يد الفقيه الروماني لابيو Labio الذي عرفه بقوله : "تدليس هو كل خداع أو تمويه أو احتيال بقصد التعمية على إنسان لتضليله والعبث بحرية اختياره"<sup>3</sup>

ثم توالى تعريفات الفقهاء للتدليس فعرفه لبنان Laben كما يلي " :التدليس هو كل حيلة أو غش أو مناورات كلامية يقصد منها فاعلها التأثير على شخص آخر، وإيهامه بأن ما يعرضه عليه من مال أو بضاعة هو في غاية الجودة والإتقان"<sup>4</sup>

و عرفه دوما Domat " بأنه : وسيلة سيئة يلجأ إليها الشخص لتضليل الغير"<sup>5</sup>.

وقد اتفق أغلب الفقه الحديث على تعريفه كما يلي ' :التدليس هو استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> رمزي محمد علي دزار، السكوت و أثره على الاحكام في الفقه الاسلامي ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر، 2004، ص 222.

<sup>2</sup> محمد عرفة الدسوقي ، على الشرح الكبير ، ج3، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع،(د.م.ن)،(د.ت.ن)، ص 128.

<sup>3</sup> محمود محمد الشارود ، المرجع السابق، ص 56. محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص 366..

<sup>4</sup> إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية والتجارية المبحث الأول: أحكام العقد، المطلب الأول: تعريف العقد، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص 159.

<sup>5</sup> المرجع نفسه ، الموضوع نفسه.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 391. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص 343. سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني، ثانيا في الالتزامات المجلد الأول : نظرية العقد والإرادة المنفردة. مكتبة صادر لبنان 1987، ص 378 على على سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص 60 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1995 ص 109، محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 40-41. على فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر 2010. ص 124 توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر. 102 (د.ت.ن)، ص 55..

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

هذا و قد ورد التدليس بغير هذا المعنى عند بعض الفقهاء الذين اعتبروه نوع من الغش يصاحب تكوين العقد و يعني اتباع طرقا ملتوية<sup>1</sup>، إلا أن الغش في طريقه تلك أعم من التدليس، وما التدليس إلا صورة بسيطة من تلك صور .

### الفرع الثاني : شروط التدليس

تعتبر الحيل التدليسية جوهر التدليس الذي يعد الرضاء، بل هي في الحقيقة النشاط التدليسي ذاته هذه الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإلباس الباطل مظهر الحق ومحو الحقيقة، والتي تعمى بصيرة المتعاقد وتجعله يقع في الفخ الذي نصب له، تكون نتيجتها جد وخيمة، حيث يجد المتعاقد ضحية التدليس نفسه أمام أمر واقع عقد معقود لا سبيل له للخلاص منه. لكن القانون لم يغفل عن هذه الحالة ولم يترك العقود تخضع لهوى الأفراد، إنها جعل لها حدودا يعاقب كل من تجاوزها، فحدد الشروط الواجب توافرها في الحيل التدليسية لكي يعتد بها كعيب يصيب الرضاء. وأعطى للمتعاقد المدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، وفي طلب التعويض فضلا عن ذلك

#### 1- عمل التدليس

لكي يقوم التدليس لا بد من طرق احتيالية يقوم بها المدلس حتى يتولد الغلط في ذهن المتعاقد فيحمله على التعاقد ، ويلزم في العمل التدليسي توافر عنصريه المادي والمعنوي، فضلا عن ضرورة أن يكون هو الدافع إلى التعاقد.

#### أولا : استعمال طرق احتيالية

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة 86 مدني، فاستلزم ضرورة استعمال المدلس الطرق احتيالية بهدف التأثير على إرادة المتعاقد معه ، ويقوم هذا العمل من جانب المدلس على عنصرين، أولهما مادي وهو عبارة عن الطرق والوسائل التي اتخذها المدلس والثاني معنوي هو عبارة عن نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

يقوم العنصر المادي على الحيل والخداع بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد أو إيهامه بخلاف الواقع للتأثير على إرادته<sup>2</sup>، ويعتبر مجرد السكوت أو الكذب من الوسائل المادية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة حسب الفقرة الثانية من المادة 86 ، كما أن اصطناع المستندات أو التزوير فيها أو إخفاءها أو

<sup>1</sup> عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة و التشريعات العربية،(د. م.ن)،1975،ص191. محمد حسين ، النظرية العامة للالتزام، (د.ت.ن)،ص46.

<sup>2</sup> Fierre guiho, les obligations ,T.2 ,édition l'hermès, Paris, (s.d), p.44.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

انتحال صفة كاذبة أو كتمان الحقيقة أو الكذب التي يتجاوز حدود المألوف في التعامل أو الاستعانة بشهود زور كلها تعتبر طرقا احتيالية للتأثير في إرادة المتعاقد<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للعنصر المعنوي فإنه يجب القيام بالتدليس أن يفترن استعمال الحيل أو الكتب أو الكتمان بنية التضليل للوصول إلى عرض غير مشروع ، فإذا انتفت نية التضليل انعدم التدليس، كما هو الحال فيما يصدر من التجار من انتقاء أحسن الأوصاف و المبالغة في شأن سلعهم بغرض الترويج لها ، إذ يعتبر هذا من قبيل الكتب المباح الذي تسمح به العادات التجارية، والذي لا يؤثر على صحة العقد.

### ثانيا : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد

استلزم المشرع الجزائري من خلال نص نفس المادة أن تكون الحيلة مؤثرة تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا إلى التعاقد، وبعبارة أخرى أن تكون لها القدرة على التأثير في إرادة المتعاقد بقصد توجيهها إلى ما يريده المدلس، أي الدفع بالمدلس عليه لقبول التعاقد على شيء ما كان ليرضى به لولا الحيل المستعملة التي أدت إلى تضليله<sup>2</sup>.

ويستوي هنا أن يكون التدليس هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد أو على القبول بشروط أشد ما كان ليقبلها لولا التدليس، فإذا ثبت أن التدليس لم يكن الدافع إلى التعاقد، بأن لم تبلغ الحيل المستعملة من الجسامة إلى حد تضليل المتعاقد، أو وصلت إلى ذلك الحد ولكن الطرف المدلس عليه كان ليرتضى العقد وبنفس الشروط حتى ولو لم يضلل، لا يكون للتدليس أثر على صحة العقد .

ويرى الفقيه مازو بأن هذا الشرط هو الذي فصل تماما التدليس المدني عن جريمة النصب .التي كانت تختلط به، وهو الذي جعله يصبح اليوم عبدا حقيقيا من عيوب الإرادة.

### 1 - معيار التدليس الدافع

إن معيار التدليس الدافع إلى هو معيار ذاتي شخصي لا مادي، فلا ينظر إلى الحيل من حيث هي بل ينظر إلى تأثيرها على المتعاقد ذاته كل حسب شخصيته و يسترشد القاضي في ذلك بما تواضع عليه الناس في معاملاتهم من حيث التسامح أو التشدد في وضع معيار خلقي للتعامل وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وجنس وخبرة ودرجة الثقافة وصلة أو علاقة تبعث على الثقة وغير ذلك مما يستأنس به للكشف عن حالة المتعاقد النفسية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> العربي بالحاج ، مرجع سابق ، ص 111.

<sup>2</sup> يقول لأستاذ إلياس ناصيف: " لا بد أن يتصف الخداع بالطابع الذي يجعله عاملا فاصلا في توجيه الإرادة و حمل صاحبها على القبول بالتعاقد " . المرجع السابق، ص.169.

<sup>3</sup> إلياس ناصيف ، مرجع سابق ، 69.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

فالمتعلم لا ينخدع كالجاهل، والقروى الساذج يسهل عشه أكثر من مدني متحضر، وصغير السن يمكن خديعته أسرع مما يمكن خديعة الناضج في السن المجرب ، ووجود معرفة أو علاقة بين المتعاقدين قد تجعل من اليسير على أحدهما أن يعيش الآخر، وغيرها من الأمثلة.

ولما استخدم المشرع الجزائري مصطلح " الجسامة " في المادة 86 لم يكن يريد بها بمفهومها المطلق فتبقى هذه الجسامة نسبية و على علاقة وطيدة بذات الشخص المدلس عليه، كما هو الحال في الأمثلة السابقة .

أخيرا يرجع لقاضي الموضوع أن يقدر نهائيا ما وقع من تدليس ومبلغ أثره في نفس المتعاقد المدلس عليه وأن يقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد.

### 2 - التمييز بين التدليس الدافع و التدليس غير الدافع

يبنى التمييز بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع أو العارض على معيار شخصي ، لأن العبرة ليست بجسامة الطرق الاحتمالية التي استعملت في التدليس أو ببساطتها فهذا معيار مادي لا شأن لنا به إنما العبرة هي بما ولدت هذه الطرق في نفس المتعاقد من وهم .

#### 1 - التدليس الدافع إلى التعاقد

يكون التدليس دافعا أصليا أو رئيسيا عندما يكون الدافع إلى التعاقد ، أي السبب الذي حمل الطرف المدلس عليه على التعاقد ، وهو الذي يؤدي إلى إبطال العقد لما يحدثه من تأثير في إرادة المتعاقد و من تضليل في ذهنه، يؤدي إلى توهم أمر هو في الحقيقة غير موجود على الاطلاق ، كما لو أقدم مالك عقار على تضليل شخص فأخذ يشوقه للشراء مبتدعا وسائل احتيالية ، كإبراز مستندات تفيد ارتفاع نسبة ريعه أو تقديم عروض مغرية لشرائه، وكانت هذه الأوراق غير صحيحة تم تحضيرها . بغية حمل هذا الشخص على الشراء بسعر لم يكن ليقبل به لو وقف على حقيقة الأمر ، أو كما لو تقدم شخص للكشف الطبي وهو غير المضمون في عقد الضمان، أو كالتأكيدات غير الصحيحة التي تصدر عن أحد المتعاقدين و يكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد.<sup>1</sup>

#### ب - التدليس غير الدافع أو العارض

يكون التدليس غير دافع أو عارض عندما لا يكون هو العامل الدافع إلى إنشاء العقد ، بل يؤدي فقط إلى تعديل بعض بنوده أو تغيير بعض شروطه، وفي هذه الحالة لا يؤدي التدليس إلى إبطال العقد إنما يكون سببا للمطالبة بالتعويض فقط وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، وهذا هو الرأي

<sup>1</sup> الياس ناصيف ، مرجع سابق ،ص163.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

الغالب، غير أن هناك قلة من الفقهاء من يبني المسؤولية في مثل هذه الحالة على أساس نظرية " الخطأ عند تكوين العقد " فيجعلها مسؤولية تعاقدية.<sup>1</sup>

### ج - نقد التفرقة بين التدليس الدافع و التدليس العارض

كانت هذه التفرقة بين التدليس الدافع و التدليس العارض سائدة في الفقه التقليدي ، لكنها اليوم محل انتقاد من طرف الفقه الحديث الذي يرى أن التدليس الذي يؤدي إلى التعاقد بشروط باهظة هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، و من تم يعيب الإرادة و يكون سببا في إبطال العقد<sup>2</sup> . لأن التدليس يرمي دائما إلى التأثير على إرادة المتعاقد، سواء كان هذا التأثير ينتهي إلى إقناع المتعاقد بضرورة التعاقد أو إلى إقناعه بضرورة القبول بشروط في العقد ما كان ليقبلها لولا التدليس.

فالتدليس هو تضليل سواء دفع إلى التعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أبهظ ، وهو يعيب الرضاء في الحالتين، ويعطي المدلس عليه الخيار بين طلب إبطال العقد أو الاكتفاء بطلب التعويض فقط تأسيسا على قواعد المسؤولية التقصيرية . كما أن التفرقة بين التدليس في الحالتين دقيقة ، إذ يصعب أحيانا معرفة ما إذا كانت الحيل التدليسية قد دفعت إلى التعاقد، أو أن المجلس عليه كان ليتعاقد لكن الحيل المستعملة جعلته يفعل ذلك بشروط أشد من الشروط التي كان سيقبلها في الأوضاع العادية ، أي دون أي تأثير على حرية اختياره .

نظرا لهذه الانتقادات هجر القضاء الفرنسي هذه التفرقة التي كان يأخذ بها قديما، وأصبح يحكم بإبطال العقد متى اتضح أن المدعي لو علم الحقيقة، لكان قد تعاقد بشروط أخرى .

أما المشرع الجزائري ونظيره المصري فقد نبدا هذه التفرقة بين نوعي التدليس واكتفيا بشرط أن يكون التدليس من الجسامة بحيث لولاء لما أبرم المدلس عليه العقد ، فالعبرة ليست يكون التدليس رئيسيا أو عرضيا ، وإنما بكونه الاصل الذي دفع بالمتعاقد إلى إبرام العقد<sup>3</sup> .

### د - التدليس التالي للعقد و التدليس أثناء التعاقد

يبينى على أن التدليس يجب أن يكون هو الدافع إلى التعاقد أن التدليس الذي يأتي تاليا للعقد لا يكون سببا في بطلانه ، فإذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على الحياة و بعد تمام العقد و قبل دفع القسط الأول مرض المؤمن مرضا خطيرا أخفاء عن الشركة وقام بدفع القسط ، فلا يكون كتمان المرض سببا في

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ج1، ص 403.

<sup>2</sup> العربي بالحاج ، مرجع سابق ، ص 61.

<sup>3</sup> علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998، ص 61.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

بطلان العقد للتدليس، لأن هذا الكتمان لم يدفع إلى التعاقد إذ جاء تاليا له، إذن نستنتج أن التدليس التالي للتعاقد لا يؤثر على صحة العقد.

كذلك إذا استعملت الطرق الاحتيالية أثناء التعاقد ولكنها لم تكن هي الدافع إليه، وكان كل من المتعاقدين قد أبدى رأيه دون أن يتأثر بها و تم العقد، فإنه يتم صحيحا لا يبطل للتدليس ، إذ أن التدليس الذي استعمل لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فقد كان العقد ليتم بدونه . غير أنه لو ثبت أن أحد المتعاقدين أخفى عن المتعاقد الآخر بعد استعمال الطرق الاحتيالية أمرا لو عرفه الرجوع عن التعاقد كان هذا تدليسا مبطلا للعقد، لأنه لولا هذا الكتمان لعدل المتعاقد عن إبرام العقد ، إذن التدليس أثناء التعاقد يؤثر على صحة العقد إذا كان هو الدافع إلى التعاقد.<sup>1</sup>

### 2- الشروط المتعلقة بالمدلس

قد يصدر التدليس من أحد المتعاقدين ضد الآخر وهذا هو الوضع المألوف والطبيعي ، ولكن قد تصدر الحيل التدليسية من شخص آخر غير المتعاقدين، أي طرف ثالث غير متصل بالعقد .ولما نتكلم عن اتصال التدليس بالطرف الآخر فهذا يعني أنه مصدر التدليس إما شخصا أو عن طريق من طوب عنه، أو على الأقل كان بإمكانه العلم به.

ولم يغفل المشرع الجزائري عن هذه الاحتمالات وتناولها من خلال المادتين 86 و 87 مدني، وبدورنا سنتطرق لها فيما يلي :

#### أولا : صدور الحيل التدليسية من المتعاقد أو علمه بها

تنص المادة 87 من القانون المدني الجزائري في مفهومها على أن التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ، يتبين من خلال هذا النص أن التدليس يمكن أن يصدر من المتعاقد الآخر أو أن يصدر من غير المتعاقدين .

#### -الحيل التدليسية الصادرة من أحد المتعاقدين

يمكن أن يصدر التدليس من أحد المتعاقدين كما يمكن أن يصدر من شخص آخر أجنبي عن العقد و هو في كلا الحالتين يؤدي إلى تعيب الإرادة ، لكن المشرع الجزائري استلزم في المادة 86 للاعتداد بالتدليس أن يصدر من المتعاقد الآخر بقوله . أحد المتعاقدين أو النائب ، فإذا صدر من الغير ظل عديم الأثر على صحة العقد و لا يكون سببا عنه لبطلانه و لو كان دافعا لإبرامه.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ،ج1،ص 104.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

وقد تضمنت المواد 1116 و 125 من القانونين المدنيين الفرنسي والمصري على التوالي نفس الشرط، ذلك أن التدليس عمل غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أحدثه، فإذا كان هذا الأخير أحد المتعاقدين، يكون تعويض المتعاقد الآخر بتخليصه من العقد الذي اندفع إليه تحت تأثير التدليس ، أما إذا كان شخص غيره فلا يكون أمام المدلس عليه سوى الرجوع عليه بالتعويض، لأنه ليس من العدل مجازاة المتعاقد بالإبطال عن ذنب اقترفه غيره.

### - الحيل التدليسية الصادرة من المتعاقد ناقص الأهلية

لا نزاع في مسؤولية ناقص الأهلية إذا ارتكب تدليسا للإيهام الطرف الآخر بصحة وقائع كانية، من أجل حمله على التعاقد، لأن مسؤوليته في مثل هذه الحالة تعاقدية لا يشترط فيها توافر أهلية الأداء كاملة، ويكتفى فيها بأهوية التمييز .

غير أن الاشكال يطرح في الحالة التي يقوم فيها ناقص الأهلية بإيهام المتعاقد معه بأنه كامل الأهلية، ويستعمل في ذلك طرقا احتيالية أو يعتمد على الكتب المجرد ، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل حول حكم التدليس الصادر من المتعاقد ناقص الأهلية<sup>1</sup>..

### - موقف القانون الجزائري

لقد جاء قانوننا المدني خاليا من أي نص يشير إلى حالة لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، لكن يمكننا استخلاص حكم هذه الحالة من خلال نص المادة 101 من القانون رقم 05-10 التي تخول لناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد ، حق المطالبة بإبطال العقد الذي كان قد أبرمه في مرحلة نقص الأهلية، بالتالي لا يحرم ناقص الأهلية الذي أخفى نقص أهليته من التمسك بالإبطال. وما قضت به المادة 124 من نفس القانون من إلزام الشخص بالتعويض عما يسببه من ضرر لغيره فمادام ناقص الأهلية مميزا يجب مساءلته عن الضرر الذي أحدثه لغيره، طبقا لنص المادة 125 من نفس القانون، وعليه يمكن للمتعاقد الآخر، وقد ضلله ناقص الأهلية، أن يطالب إما بإبطال العقد بسبب التدليس الذي وقع فيه وإما بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام التصرف القانوني ، العقد و الإدارة المنفردة ، الجزء، دار الهدى، الجزائر ، 2004 ، ص 56-57.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

نخلص إلى أن القانون الجزائري يسمح للمدلس ناقص الأهلية بإبطال العقد ، لكن إذا لجأ هذا الأخير إلى الاحتتيال لإخفاء سنه الحقيقي، لزمه لتعويض المدلس عليه.<sup>1</sup>

### ثانيا : الحيل التدليسية الصادرة من الغير

الأصل أن تصدر الطرق الاحتياطية من أحد المتعاقدين، غير أنه ليس هناك ما يمنع صدورها من شخص أجنبي عن العقد، وهذه تعتبر أحد الحالات الخاصة للتدليس.

### -موقف القانون الجزائري

لقد عمد المشرع الجزائري إلى التوفيق بين حماية رضاء المتعاقد وتوفير الثقة في المعاملات علما نص في المادة 87 مدني على حالة صدور التدليس من شخص آخر غير المتعاقدين ، و قرر أن التدليس في هذه الحالة لا يعيب الإرادة ولا يجعل العقد قابل للإبطال ، إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس و هذا ما أقرته جل القوانين المدنية.

فالمفروض هذا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه الإبرام العقد ، فلكي يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد للتدليس، عليه إثبات أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس، إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من استعمل الوسائل الاحتياطية أو على الأقل سيئ النية<sup>2</sup>

فإذا لم يستطع المدلس عليه إثبات ذلك لا يحق له طلب إبطال العقد، وله فقط الرجوع بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس ، ذلك أن المتعاقد الآخر إذا كان أجنبيا عن التدليس الصادر من الغير بأن لم يكن صادرا منه ولم يكن يعلمه وما كان في إمكانه معرفته ، فإنه يكون جديرا بالرعاية وعدم التضحية بمصلحته في سبيل مصلحة المدلس عليه<sup>3</sup>

كما يمكن في هذه الحالة إبطال العقد للغلط إذا أثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان مشتركا معه في الغلط الذي وقع فيه جراء التدليس، أو كان عالما أو بإمكانه العلم بهذا الغلط ، فإذا لم يثبت ذلك، فإن العقد لا يكون قابلا للإبطال لا للغلط ولا للتدليس، وإذا ما أبطل فللمتعاقد حسن النية أن

<sup>1</sup> تضمن القانونين المدني الكويتي والأردني حكما صريحا لهذه الحالة : المادة 97 مدني كويتي : " لا يمنع ناقص الأهلية من أن يتمسك بنقص أهليته على نحو ما يقضي به القانون ، أن يكون قد ادعى توافر الأهلية لديه . على أنه إذا لجأ القاصر في سبيل إخفاء نقص أهليته إلى طرق تدليسية من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه، كان ملزما بتعويض من تعاقد معه عما يترتب له الإبطال من ضرر . المادة 14 مدني أردني : " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتياطية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض .

<sup>2</sup> على على سليمان، المرجع السابق، ص 64

<sup>3</sup> يرى على على سليمان أنه للمدلس عليه في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد للغلط، مادام التدليس الذي قام به الغير من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم العقد

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

يطلب التعويض، وأحسن تعويض له هو بقاء العقد صحيحا قائما، وهذا تطبيق لمبدأ قيام العقد على سبيل التعويض، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد<sup>1</sup>

نستنتج بأن التدليس لا يكون سببا لإبطال العقد في كل الأحوال ، فعلاوة على ضرورة توافر عنصرية الوسائل الاحتيالية ونية التضليل يلزم أيضا توافر الشرطين التاليين :

أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد  
اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.

وبعد التأكد من توافر هذه العناصر والشروط يجب تقديرها، والأصل أن يستقل قاضي الموضوع بتقدير شروط التدليس وعلى الأخص تقدير جسامه الطرق الاحتيالية المستعملة، وما إذا كانت هي العامل الدافع إلى التعاقد، دون أية رقابة على سلطته هذه .

غير أن الوصف القانوني لوقائع التدليس، وعلى وجه الخصوص تقدير ما إذا كانت الوسائل المستعملة تعتبر حيلة غير مشروعة، فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا .

### ثالثا: استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد

توصلنا إلى أنه يجب من أجل إعمال التدليس كعيب في الرضاء، أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر بأن يصدر منه شخصا أو من نائبه، أو أن يكون عالما به أو مفروضا فيه حتما العلم به، إذا كان التدليس من الغير

الملاحظ أن صياغة المادة 87 مدني جزائري توحى بعمومية شرط التدليس، وتبطله حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعا، فهي تستلزم صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو نائبه أو من الغير بشرط أن يكون المتعاقد عالما بالتدليس أو من المفروض حتما علمه به، أي أن شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر ورد على نحو مطلق غير مقيد بنوع معين من التصرفات.

إلا أن بعض الفقه يرى قصر إعمال هذا الشرط على المعاوضات وحدها دون التبرعات لأن غاية المشرع من فرضه هي إحاطة التصرف بالاستقرار، وعدم التضحية بمصلحة المتعاقد الذي يصدر التدليس اضرازا به، وهذه هي الحكمة التي لا تتوافر إلا في المعاوضات دون التبرعات.

ففي المعاوضات يعطي المتعاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالمجان، فيكون حريصا عند إبرام العقد، ويتوخى بكل الطرق نتائج إبطال عقده بسبب التدليس أو أي عيب آخر من عيوب الرضاء .

في حين يختلف الأمر بالنسبة إلى التبرعات ففي الهبة مثلا لا يعطي المتبرع له مقابل ما يأخذ، فكون كل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة حصل عليها دون أي مقابل، وبعبارة أخرى حرمانه من عدم لم يتحمل في سبيله أي غرم.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 272

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### 3- حالت عدم اعتداد بالتدليس

هناك بعض الحالات المنققة عليها التي تتخلص فيها الحيل من الوصف التدليسي، والتي لا تحتاج إلى تقدير القاضي الشروط التدليس والمشروعية الحيل المستعملة، بالتالي لا يقوم فيها بالتدليس، هي حالة التدليس الحسن وحالة العيب الظاهر في المبيع.

#### أولاً: حالة التدليس الحسن

عرف الرومان قديماً التفرقة التقليدية بين التدليس الحسن والتدليس القبيح، ولم يكن يعتد إلا بهذا الأخير كعيب في الإرادة، وقد سار أغلب فقهاء القانون على نفس الدرب، وعلى رأسهم دوما وبوتية اللذين استبعدا عن إطار التدليس الأكاذيب والمبالغات التي تصدر عن أحد طرفي العقد، وعامة عن البائع من أجل إبراز بضاعته تصويرها في أحسن صورة<sup>1</sup>.

وقد احتفظ الفقه القانوني بهذا المبدأ إلى غاية اليوم، فأخلاقيات القانون تفرض عدم الاعتداد بالتدليس في بعض الحالات التي يكون فيها من الطبيعي أن يقوم الشخص بإبراز إيجابيات بضاعته وينعتها بأحسن الصفات بأي طريقة كانت ولو اعتمد في ذلك على مهاراته الكبيرة في العرض والترويج، لأن هذا يدخل في إطار ما يسمى بالغلو الإعلاني المباح.

والتبرير التقليدي لهذا المبدأ هو أن القانون لا يحمي الغباء والسذاجة، وأن الرغبة في تبرير غلطة ضحية التدليس دائماً، لا تدمر أساس التدليس الحسن.

وفي الحقيقة يرجع عدم الاعتداد بالتدليس الحسن إلى انعدام خطأ الشخص الذي يغالي في مواصفات مبيعاته، حيث ينقص لقيام التدليس في هذه الحالة دية التضليل للوصول إلى عرض غير مشروع.

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق تطبيق هذا المبدأ وعدم الاعتداد بهذا النوع من التدليس المتسامح فيه، قد انحصر بشكل ملحوظ في التشريعات المعاصرة التي تعمل جاهدة على حماية المستهلك، والتي تمجد مبدأ الشفافية وواجب الإعلام عند التعاقد، وتجعل الادعاء البسيط في الاعلان الاشهاري، الذي من الممكن أن ينتج عنه غلط المستهلك، مصدراً للمسؤولية الجزائية<sup>2</sup>.

#### ثانياً : حالة العيب الظاهر

يمكن أن يرجع سبب رفض الطعن ببطلان العقد للتدليس إلى مواصفات الغلط المستثار الذي يجب أن يكون غلط لا يرجح الوقوع فيه، وهذا ما يثار في حالة العيب الظاهر في الشيء المبيع، فوضعية العيب

<sup>1</sup> الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص 166.

<sup>2</sup> محمود محمد الشارود، الوجيز في العيوب الادارة، الغلط الغش، الاكراه،التدليس ، نقص الاهلية، دار الاتحاد العربي للطاعة،(د.م.ن)،1988، ص 64-65.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

الظاهر في هذه الحالة تنفي فكرة الحيل التدليسية من أجل إخفاء حالة المبيع وتنفي كون الغلط لا يرجع الوقوع فيه

فنتصور في هذه الحالة انعدام خطأ المتعاقد، حيث يمكن اعتبار أنه لم يقصد خداع الطرف الثاني وأنه من الممكن أن يكون قد ظن أن هذا الأخير على علم بحالة المبيع، أي بالعيب الظاهر.

بالإضافة إلى أهمية مواصفات الغلط المستثار، فإن خطأ الطرف الذي يطلب البطلان للكليس يمكن أن يكون كذلك مؤشر ذو أهمية، خاصة بسبب سلبية مرتكبه والذي لم يبذل أي مجهود أو عناية لتجنب الوقوع في الغلط، خاصة وأن العيب ظاهر وجلي، لأن جهله بالعيب لم يكن في الحقيقة عاملا محددًا لإرادته عند التعاقد.<sup>1</sup> وقد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض طلب بطلان للتدليس بسبب مواصفات الغلط الذي لم يرجح الوقوع فيه لم يكن عاملا محددًا للإرادة.<sup>2</sup>

ويتبادر إلى الذهن بهذا الخصوص التساؤل حول إمكانية الجمع بين دعوى البطلان للتدليس ودعوى ضمان العيوب الخفية، في حالة ما إذا كان الغلط المستثار من طرف أحد المتعاقدين بموجب حيل تدليسية ناتج عن عيب خفي يجعل من الشيء غير صالح للاستعمال الذي خصص له .

على افتراض أن هناك احتمال بالطعن بالبطلان للتدليس والطعن بضمان العيوب الخفية في نفس الوقت، فإن الجمع بين الدعويين غير ممكن، ويمكن لضحية الحيل التدليسية في هذه الحالة رفع دعوى بعد انقضاء أقصر الأجلين:

سنة من يوم تسلم المبيع حتى ولو لم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.<sup>3</sup>

10 عشر سنوات من يوم إبرام العقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> M. Jérôme Betoulle.Op.Cit.,p.04-05.

<sup>2</sup> Cour de cassation française, troisième chambre civile, pourvoi n° 98-11592, 24/11/1999.

<sup>3</sup> أنظر المادة 383 من الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري .

<sup>4</sup> أنظر المادة 101 من الامر رقم 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### المطلب الثاني: أثر الحيل التدليسية

إذا توافرت في التدليس الشروط التي سبق ذكرها أنتج أثره من ناحيتين:  
أولاً: من ناحية أثر الحيلة المستعملة على إرادة الطرف المدلس عليه ، هذه الحيلة تجعل إرادة المتعاقد الآخر غير سليمة مشوبة بعيب التدليس، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال المصلحة المدلس عليه، ويجوز لهذا الأخير الذي له الحق في التمسك بالإبطال أن يجيز العقد سواء صراحة أو ضمناً .  
ثانياً: من ناحية استعمال حيلة غير مشروعة، يشكل هذا خطأ عمدي في جانب المتعاقد المدلس، لأنه قصد بتلك الحيلة التدليس وتضليل الطرف الثاني، مما يوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.<sup>1</sup>  
تخلص إلى أنه للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، وله كذلك أن يطلب التعويض إلى جانب البطلان، إذا لم يكن البطلان كافياً لجبر ما لحق به من ضرر .

### الفرع الأول: حق المدلس بأبطال العقد

البطلان هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، حيث يكون العقد في الحالة الأولى باطلاً بطلاناً مطلقاً، وفي الثانية باطلاً بطلاناً نسبياً على التوالي . والبطلان نوعان النوع الأول يقضي على التصرف كلية فيكون بسببه باطلاً بطلاناً مطلقاً أما النوع الثاني فيكون التصرف بمقتضاه قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً، وقد كان الفقه التقليدي يضيف إلى هذين النوعين نوعاً ثالثاً هو الانعدام ، غير أن غالبية الفقه الحديث ترى أن فكرة الانعدام تندرج ضمن البطلان المطلق .  
البطلان المطلق هو جزاء تخلف أحد أركان العقد كالمحل أو السبب، أو إذا اختل ركن من هذه الأركان كعدم مشروعية محله أو سببه أو الإخلال بركن الشكلية في عقود الشكلية، ويشمل هذا النوع من البطلان بالنسبة للتقسيم الثلاثي ، الانعدام والبطلان المطلق.<sup>2</sup>  
والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه إجازة ولا يتقدم بطلانه لأنه غير موجود من الناحية القانونية.<sup>3</sup>  
أما البطلان النسبي فهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة العقد، و يتقرر إذا كان رضاء المتعاقد مشوياً بعيب من العيوب الغلط والتدليس و الإكراء والاستغلال أو كان ناقص الأهلية .

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون، المدخل إلى الاتون ، الالتزامات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر ، 2002، ص 281.

<sup>2</sup> جلال محمد ابراهيم ، مصادر الالتزام . ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2011، ص 144.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 247.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

فالعقد الباطل بطلانا نسبيا، أي القابل للإبطال، هو عقد قائم موجود منتج لآثاره قبل القضاء ببطلانه ، إلا أن مصيره مهدها بالزوال إذا طلب إبطاله من له الحق في التمسك بذلك ، و هذا النوع من البطلان تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم<sup>1</sup>.

وقد اعتمد المشرع الجزائري التقسيم الثنائي للبطلان إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي في المواد من 99 إلى غاية 105 من القانون المدني .

### أولا : تقرير البطلان النسبي للعقد المشوب بالتدليس

يتقرر بطلان العقد بسبب عدم صحة رضاه أحد المتعاقدين لما شابه من تدليس بطريقتين إما عن طريق الدعوى الرئيسية التي يرفعها المدلس عليه أمام المحكمة المختصة وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية ويطعن بموجبها في صحة العقد، لاختلال شرط من شروط الصحة، وهو عدم سلامة رضاه من العيوب، وإما عن طريق دفع لمواجهة الدعوى الأصلية التي يرفعها المدلس المطالبة المدلس عليه بتنفيذ العقد، هذا يكفي هذا الأخير بالدفع ببطلان العقد لعيب التدليس<sup>2</sup>.

وبعبارة أخرى إذا قام المتعاقد المدلس برفع دعوى أمام المحكمة طالبا تنفيذ العقد ، يدفع المتعاقد المدعى عليه ببطلان العقد للتدليس و إذا تبين للقاضي أن العقد قابل للإبطال، فإنه سيقضي بذلك و يرفض دعوى المدعي و في هذه الحالة يكون الحكم منشأ للبطلان، بما أن العقد كان قائما قبل صدوره .

### 1- صاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي للعقد

لا يتمسك بالبطلان النسبي كقاعدة عامة سوى الأشخاص الذين شرع لحمايتهم، حيث نصت المادة 99 من القانون المدني الجزائري :

"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق."

فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو عيب التدليس ، فالمتعاقد الذي عيبت إرادته هو وحده صاحب الحق في طلب الإبطال أي أنه يقتصر على المتعاقد المدلس عليه دون المتعاقد المناس . وتمنع خصوصية هذا الحق المحكمة من أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما لا يجوز للغير أن يحتج بذلك . أما فيما يخص الخلف الخاص، فقد اتفق الفقهاء حول حقه في إبطال العقد إذا كان سلفه قد تعاقد نتيجة تدليس، ولكنهم اختلفوا حول أساس هذا الحق ، فهناك من يرى أن للخلف الخاص أن يستعمل الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادة 189 من القانون المدني الجزائري، فترفع الدعوى باسم

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، مصر ،2002،ص 173.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 247.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

السلف، وهناك من يرى أنه يحق للخلف الخاص رفع دعوى مباشرة، على أساس أن المتعاقد الذي عيبت إرادته نقل حقه في طلب الإبطال إلى خلقه الخاص .

كما يستطيع دائنو المتعاقد المدلس عليه، أن يتمسكوا بحق الإبطال للتدليس عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أي باسم مدينهم، وذلك بتوافر الشروط المقررة قانونا.

إذن يقتصر الحق في طلب إبطال العقد للتدليس على من تقرر لمصلحته أو لمن ينوب عنه نيابة قانونية ولورثته والخلفه الخاص وكذلك لدائنيه وبالمقابل لا يحق للمتعاقد المدلس التمسك به<sup>1</sup>.

ويجوز التمسك بالبطلان النسبي بسبب التدليس لأول مرة أمام المجالس القضائية، ما لم يكن المتعاقد قد تنازل عن حقه في ذلك صراحة أو ضمنا، غير أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>2</sup>.

### -سقوط الحق في التمسك بالبطلان النسبي للعقد

بالتقادم يزول حق إبطال العقد الذي اختل ركن الرضاء فيه وشابه عيب التدليس بالإجازة ويسقط بالتقادم .

#### أ - إجازة العقد المشوب بالتدليس

نصت المادة 100 مف القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يزول حق الإبطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الاجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الاخلال بحقوق الغير "

#### ب تقادم العقد المشوب بالتدليس

تنص المادة 101 من القانون رقم 05-10 على أنه " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمسة سنوات.

و يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حلة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال الغلط أو تدليس أو أكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد.

### 3-نتائج تقرير البطلان النسبي للعقد المشوب بالتدليس

أثر البطلان هو إعدام العقد إعداما رجعيا يرجع إلى تاريخ إبرامه، حيث لا يزول من تاريخ الحكم بالإبطال إنما من تاريخ إبرام العقد، فيزول بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل على السواء.

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، دروس في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام مع مقارنة مع القوانين العربية، الطبعة الثالثة ،دار الجامعة،لبنان،(د.ن.ت)، ص 163.

<sup>2</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الصادر الارادية، ج 1 ، الطبعة الثانية،مكتبة الجلاء الجديدة ،مصر ،2005، ص 451.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

هذا ما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بناء على ذلك إذا كان العقد الذي تقرر بطلائه للتدليس لم يرق أحد أطرافه بتنفيذ التزاماته فلا إشكال، أما إذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ شيئاً من التزاماته نحو المتعاقد الآخر، فإنه يجب أن يسترد ما أداء لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، وإذا ما استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : حق المدلس في طلب التعويض

يمكن للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب الطرف المدلس بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه به جراء فعله، وله في ذلك إما أن يقتصر على طلب التعويض، وإما أن يطلب إبطال العقد مع التعويض .

#### أولاً : الاقتصار على طلب التعويض

باعتبار التدليس عملاً غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الناتج عنه، طبقاً للأحكام المسؤولية التقصيرية، يمكن للمتعاقد المدلس عليه أن يقتصر على طلب التعويض فقط دون الإبطال، إذا ما كانت له مصلحة في الإبقاء على العقد<sup>2</sup> .

ويقدر التعويض بمقدار الضرر الذي أحدثه التدليس، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً متوقفاً أو غير متوقفاً، حالاً أو مستقبلياً مادام محققاً، ويتحدد الضرر المباشر بما لحق المتعاقد المدلس عليه من خسارة وما فاتته من كسب.

والأصل أن يقدر التعويض نقداً، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأمر بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع الذي يتمثل في التدليس على سبيل التعويض<sup>3</sup>.

إلا أنه هناك حالات لا يملك فيها المتعاقد المدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، ولو كانت له مصلحة في ذلك، و ليس له إلا طلب التعويض، كما هو الحال في حالة التدليس العارض أو غير الدافع كما سبق بيانه، وفي حالة صدور التدليس من شخص ثالث غير المتعاقدين مع عدم علم المتعاقد المستفيد منه ، حيث لا يحق للمدلس عليه أن يطلب بطلان العقد في مثل هذه الحالات، لأنه لم يتأثر بالتدليس العارض، و كان ليبرم العقد و لو علم حقيقة الأمور، وحتى لا يتفاجأ المتعاقد معه بطلب الإبطال، وهو شخص حسن النية لا يعلم شيئاً عن تدليس الغير، وله فقط أن يرجع على المدلس بالتعويض .

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، مرجع سابق ، ص 460.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص 107

<sup>3</sup> صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الموسوعة النموذجية في شرح قضايا التعويضات والمسؤولية مدنية، ج 2، دار مصر للموسوعات القانونية، مصر، (دتن)، ص 251.257.

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### ثانيا : الجمع بين طلب الإبطال وطلب التعويض

يمكن للمدلس عليه أن يجمع بين طلب بطلان العقد وطلب التعويض عن الضرر اللاحق به، إذا كان الضرر الناتج لا يكفي لجبره البطلان و ترفع دعوى التعويض في هذه الحالة ضد المتعاقد الذي صدر منه التدليس إلى جانب دعوى بطلان العقد.<sup>1</sup>

تخلص من خلال كل ما قبل إلى أن الحيل التدليسية تؤدي إلى جوار مطالبة المدلس عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء هذه الحيل، باعتبارها خطأ يلزم صاحبه بالتعويض، ولا يجوز له المطالبة بإبطال العقد ما لم تتوفر الشروط السابقة الذكر، وإذا ما توافرت هذه الشروط و لكن كانت الحيل المستعملة غير دافعة للتعاقد .

ويلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يورد بخصوص التدليس حكما مماثلا لحكم المادة 85 مدني بشأن الغلط التي تقضي بأنه:

ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. والغالب أن هذا الإغفال مقصود من جانب المشرع، لأنه ليس من العدل إلزام المدلس عليه بالاستمرار في علاقة عقدية مع شخص تحايل عليه وخدعه ، ولأن الثقة هي أساس المعاملات والمدلس بفعلته هذه يكون قد فقد ثقة المدلس عليه، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال استرجاعها.

<sup>1</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 175-176

## الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود

### خلاصة الفصل

حرصت التشريعات المدنية على حماية إرادة الطرف المدلس عليه عند تحديدها لآثار التدليس فشرعت لهذا الأخير الحق في طلب إبطال العقد للعييب الذي شاب إرادته ونصت على مدة طويلة نوعاً ما لتقادم هذا الحق، وهذا ما يمكن أن يكون عاملاً رادعاً للطرف المدلس يجعله يفكر ملياً قبل الإقدام على الحيل التدليسية، حرصاً منه على بقاء عقده و استقراره . للحيلة في القانون المدني وظيفتان، إما أن تكون وسيلة خداع وهو المعنى الغالب والمتعارف اللفظ وتتجسد في الحيل الصورية والحيل التدليسية، وإما أن تكون وسيلة للتغلب على الصعوبات القانونية ولتطوير القانون وتتجسد في الحيل القانونية، وفي الحالتين تستعمل كوسيلة للتعاقد كوسيلة دافعة للتعاقد في الحيل التدليسية، وسيلة لإخفاء حقيقة التصرف في الحيل الصورية، ووسيلة لتسهيل التعاقد في الحيل القانونية .بالتالي فإن كل أنواع الحيل، سواء تلك التي يباشرها الأفراد لتحقيق مصالحهم دون الخروج عن الشرعية القانونية، أو تلك المراد بها إلحاق الضرر بالغير وخرق نصوص القانون ومخالفتها، هي. حيل يعمل القانون على إبطالها تكريماً لمبدأ حسن النية في المعاملات، ولأن اللجوء إلى التحايل من أجل التعاقد يناهز الأخلاق والعدالة ومبادئ القانون.

# الخاتمة

### الخاتمة:

في الأخير يتبين أن الحيلة في القانون المدني تطلق على مسميات خاصة، وليس هناك معنى مشترك يجمعها كلها، غير أنه يمكن استخلاص معنى عام للحيلة من العامل المشترك بين هذه المسميات، فإذا كانت الحيلة القانونية عبارة عن افتراض أمر يخالف الواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون دون التغيير في نصه، فإن هذه المخالفة هي العامل المشترك بين هذه المسميات فالحيل الصورية ما هي إلا مخالفة للواقع، والحيل التدليسية ما هي إلا مخالفة لأحكام التصرف القانوني بهدف إيقاع المتصرف الآخر في غلط يدفعه إلى إبرام التصرف، وإن كانت هذه المخالفة في التدليس تصدر من أحد الطرفين على الآخر ، وفي الصورية تتم باتفاق الطرفين معا، وفي الحيل القانونية تكون من المشرع نفسه.. ، وفي هذا الصدد توصلت إلى النتائج التالية:

- ليست كل الحيل القانونية وسائل للتعاقد.
- لا ينكر الفقه الحيل القانونية كفكرة قائمة بذاتها، ولكنهم يختلفون حول مدى الحاجة إليها وإمكانية الاستغناء عنها في ظل الأنظمة التشريعية الحديثة،
- المشرع أن يعمل جاهدا من أجل بناء الأحكام القانونية المسايرة للواقع و الطبيعة الأشياء عوض اللجوء إلى الحيل القانونية، وأن هذه الأخيرة قد ظهرت وتبلورت في ظل ظروف خاصة لم يعد لها أي أثر حاليا، وأن الشرائع الحديثة قد قطعت صلتها بها،
- الذين ينادون بضرورة الإبقاء عليها كوسيلة ضرورية لازمة لتطوير القانون
- تلعب دورا مهما في التشريعات الحديثة، و إن لم يكن على نفس الدرجة التي كانت عليها في القوانين القديمة، وأنها تؤدي برجال القانون إلى الاقتصاد في الجهد والأفكار، وتقدم الحلول الملائمة للمشكلات القانونية.
- الصورية عبارة عن جسر يتخذه المحتال طريقا للعبور من نطاق اللاشريعة إلى نطاق الشرعية.
- الصورية هي إحدى الصور البارزة للحيل التي يلجأ إليها الأفراد عند التعاقد.
- تناولتها القوانين المدنية بالتنظيم وخصتها بنصوص قانونية التي تحكمها.
- وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه لم يخصها إلا بمادتين قانونيتين هي المواد 198 و 199 وترك بذلك المجال مفتوحا أمام الأفراد للجوء إليها.

## الخاتمة

- أطراف الصورية لا يخشون جزاء رادعا لسوكهم، من شأنه الحد من اندفاعهم وراءها، بالرغم من درجة خطورتها.
- فصلت أغلب التشريعات عند تحديدها لآثار الصورية بين المتعاقدين والغير، فحرصت على احترام مبدأ سلطان الإرادة في آثارها بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام.  
كما لا يفوتني إدراج الاقتراحات التالية :
- اعتبار الحيل القانونية وسيلة استثنائية للصياغة القانونية.
- النص على عقوبة جزائية رادعة للصورية، ولا سيما معاقبة المدين الذي يتصرف في أمواله تصرفا سوريا لإخراجها من الضمان العام لدائنيه.
- اعتماد مبدأ إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بكافة طرق الاثبات .
- النص على أن الحكم الصادر في دعوى الصورية يجعل التصرف غير نافذ من أساسه، في حق أطرافه وفي حق الغير .
- النص على تقادم دعوى الصورية وتحديد مدة لذلك، من أجل العمل على استقرار الأوضاع القانونية .
- اعتبار التدليس المدني جريمة يعاقب عليها القانون مثله في ذلك مثل التدليس الجنائي.

A decorative border with a repeating floral and vine pattern in green, purple, red, and gold, framing the central text.

# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

### قائمة المراجع:

#### (1) الكتب

1. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدليسية، الحيل الصرية، المشروع منها و المحضور معلقا عليها بالاحكام الفقه و القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2000.
2. المنجد الاعدادي، فصل الحاء، ط 5، دار المشرق، بيروت، لبنان (د.ت.ن).
3. بسام عبد الله، قاموس نوبل، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2001.
4. المعجم الوجيز، فصل الحاء، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
5. أبو زيد مصطفى عبد الباقي، الافتراض و دوره في تطور القانون، دراسة نظرية تطبيقية لفكرة الافتراض القانوني، (د.م.ن)، 1980.
6. صالح بن اسماعيل بوشيش، الحيل الفقهية، ضوابطها و تطبيقاتها على الاحوال الشخصية، ط 1، مكتبة الرشد، الرياض، 2005.
7. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، (د.م.ن)، 1967.
8. السيد عبد الحميد فوده، البطلان في القانون المدني و القاونين الخاصة، ط 2، دار الفكر والقانون (د.م.ن)، 1999.
9. محمد اللاقي، منصور يونس مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، مطبعة الانتصار، ليبيا، (د.ت.ن).
10. عبد العزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم و الشرائع، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
11. فايز محمد حسين، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
12. مصطفى أبو زيد عبد الباقي، الافتراض و دوره في التطور القانوني، دراسة نظرية لفكرة الافتراض القانوني، مجموعة البحوث القانونية و الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1980.
13. سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1976.

## قائمة المراجع

14. عمر ممدوح مصطفى ، أصول تاريخ القانون ، الاسكندرية ، مصر ، 1952.
15. عبد الحق عقلة ،المبادئ الاساسية لدراسة القانون و العلم و الاداريين ، ج 1، دار العلم، (د.م.ن)،2002.
16. محمد حسين ، الوجيز في نظرية الحق بالوجه العام ، الاشخاص، الاموال، الاثبات في القانون المدني الجزائري ،مؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ، الجزائر،1985.
17. بكر عبد الفتاح ، السرحان، المدخل ،إلى علم القانون، ط 1 ،دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة،(د.م.ن)،2012.
18. أحمد سيد علي ، مدخل للعلوم القانونية ، دروس في النظرية العامة للحق، ط 1، دار الأكاديمية ، الجزائر ، 2012.
19. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، ج 4، دار الحديث ، القاهرة،2004.
20. ابن تيمية ، إقامة الدليل على ابطال التحليل ،(د. م.ن)،(د.ت.ن).
21. محمد رأفت سعيد ،الرخصة في الشريعة الاسلامية و تطبيقاتها المعاصرة ،ط1 ، دار الوفاء، المنصورة ، مصر، 2002.
22. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الاسلامي ، ج 2، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، (د.ت.ن).
23. ابراهيم المنجي، دعوى الصورية ودعوى عد. تفاد التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعوى بين، ط.1 ،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998 .
24. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010.
25. احمد ابراهيم عطية ،بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، ط 1 ،دار الراضي للنشر و التوزيع ،طنطا ، مصر ، 2012 .
26. سامي عبد الله ،نظرية الصورية في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ط 2، بيروت ،لبنان ،2004.
27. أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، مصر،1997.
28. معوض عبد التواب ، الشفعة و الصورية وفقا لقضاء النقض ، ط 8،(د.م.ن) ،2004.

## قائمة المراجع

29. سليمان مرقص ، أحكام الالتزام ، مكتبة النهضة ، مصر ، 1957.
30. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.
31. عاطف الشواربي، عبد الحميد الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الاجرائي و الموضوعي، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، 2010.
32. وليد محمد حسن، الصورية في ضوء الفقه وأحدث أحكام النقض، حيدر جروب للنشر والتوزيع، (د.م.ن)، 2014.
33. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام 1974.
34. رمزي محمد علي دزار، السكوت و أثره على الاحكام في الفقه الاسلامي ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر، 2004 .
35. محمد عرفة الدسوقي ، على الشرح الكبير ،ج3، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع،(د.م.ن)،(د.ت.ن).
36. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة و التشريعات العربية،(د. م.ن)،1975.
37. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1998.
38. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام التصرف القانوني ،العقد و الادارة المنفردة ، الجزء، دار الهدى، الجزائر ، 2004.
39. محمود محمد الشارود، الوجيز في العيوب الادارة، الغلط الغش، الاكراه،التدليس ، نقص الاهلية، دار الاتحاد العربي للطاعة ،(د.م.ن)،1988.
40. محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون، المدخل إلى الانون ، الالتزامات ،دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر ، 2002.
41. جلال محمد ابراهيم ، مصادر الالتزام .ط2 ، دار النهضة العربية ،مصر ، 2011.
42. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، مصر ، 2002.

## قائمة المراجع

43. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، دروس في النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام مع مقارنة مع القوانين العربية، ط 3 ،دار الجامعة، لبنان،(د.ن.ت).

44. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الصادر الارادية، ج 1 ، ط 2،مكتبة الجلاء الجديدة ،مصر، 2005 .

### 45. المذكرات و الرسائل

1. محمد اللافي، منصور ميبلد يونس، مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، مطبعة الانتصار،(د.م.ن)،(د.ت.ن).

2. عدنان علي ، تعديل الأحكام الشرعية عند الامام الشاطبي ، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، غزة، 2005.

### (2) المجالات

1. ابراهيم النجار ، الصورية المطلقة و الصورية النسبية في التشريع اللبناني، مجلة العمل ،1971،

### (3) النصوص القانونية

#### - الأوامر والمراسيم

1. الامر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري
2. الامر رقم 10-05 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري .

### ❖ المراجع باللغة الاجنبية

1. Ihering, L'esprit du Droit Roman dans les diverses phases de son développement, traduit par O.de Meulenaere , tome 3, 4 , 2e édition, Marescq Ainé éditeur, Paris,(s.d)..., T.4.
2. Mikhail Xifaras, tFictions juridiques, remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, revue ZINBUN , numéro 43,2011.
3. René Dekkers, la fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935.
4. Dabin, La technique de l'élaboration du Droit positif spécialement en Droit civil,1935.
- 5.M. Dagot, la simulation en droit privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in green, red, and gold, framing the central text.

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

### فهرس المحتويات :

الصفحة	الموضوع
	الإهداء
	الشكر والتقدير
	قائمة الاختصارات
أ-د	مقدمة
<b>الفصل الاول : التاصيل القانوني للحيل</b>	
02	تمهيد
03	المبحث الأول: مفهوم الحيل في القانون
03	المطلب الاول: مفهوم الحيل و أسباب نشأتها
10	المطلب الثاني: تحديد طبيعة الحيل و أنواعها
14	المبحث الثاني: تقسيمات الحيل و آراء الفقهية
14	المطلب الاول: نظرة القانونية و الفقه الإسلامي
26	المطلب الثاني : تقسيم الحيل حسب الآراء الفقهية
35	خلاصة الفصل
<b>الفصل الثاني : تطبيق الحيل في العقود</b>	
37	تمهيد
38	المبحث الأول : الحيل الصورية
38	المطلب الاول : مفهوم الحيل الصورية و أنواعها
47	المطلب الثاني : آثار الحيل الصورية

## فهرس المحتويات

54	المبحث الثاني : الحيل التدليس
55	المطلب الاول : مفهوم التدليس وشروطه
67	المطلب الثاني : أثر الحيل التدليسة
72	خلاصة الفصل
75-73	الخاتمة
80-76	قائمة المراجع
83-81	فهرس المحتويات
	ملخص الدراسة

A decorative border with a repeating floral and vine motif in green, red, and purple, set against a gold background. The border is rectangular and frames the central text.

# المخلص

## الملخص:

وجدت الحيل اليوم في التعاقد بين الأفراد مجالاً خصباً، فغالبا ما يلجأ المتعاقدين إلى التحايل من أجل إبرام العقد، وبالرغم من الانتشار الواسع لها ومن اثارها الوخيمة على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يخصصها بنظرية عامة ، فتجدها في نصوص متفرقة ومواقع مختلفة في القانون المدني بحث يختلف مدلولها بحسب مصدرها والغاية منها، فإما أن تكون من المشرع الوضعي يهدف من استعمالها إلى صياغة القانون صياغة خاصة والعمل على تطويره وهذه هي الحيل القانونية وإما أن تكون من الأفراد وهي نوعين من أحد طرفي العقد على الطرف الآخر بهدف ايهامه بغير الحقيقة وهي الحيل التدليسية، أو باتفاق طرفين العقد معا على إخفاء الحقيقة عن الغير وهي الحيل الصورية.

### Summary:

Today, tricks have found a fertile field in contracts between individuals. Contractors often resort to tricks in order to conclude a contract. Despite its wide spread and its dire effects on the stability of transactions, the legislator has not designated it as a general theory. You find it in separate texts and different places in the Civil Code. Research: Its meaning varies according to its source and purpose. Either it is from the positive legislator who aims to use it to formulate the law in a special way and work to develop it, and these are the legal tricks (Fiction de droit), or it is from individuals, which are two types of one party to the contract over the other party with the aim of Misleading him with something other than the truth, which is fraudulent tricks, or by an agreement between the two parties to the contract to hide the truth from Others are fake tricks.