

جامعة زيان عاشور بالجلفة  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق

# الصورية في المعاملات العقارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية  
تخصص: قانون عقاري

إشراف الأستاذ:  
بشار رشيد

إعداد الطالب:  
- بوخاري شاوي

السنة الجامعية: (2017/2016)

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

# المصرية في المعاملات العقارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون عقاري

أعضاء لجنة المناقشة :

أ/بن يحي بوبكر الصديق.....رئيسا

أ/بشار رشيد.....مشرفا و مقورا

أ/بن ويس أحمد.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: (2017/2016)

# تَشْكُرَات

أولاً نحمد الله ونشكره على منحنا القدرة لإتمام هذا العمل المتواضع

.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إتمام هذا العمل

ونخص بالذكر الأولياء الأعزاء ...

جميع الأساتذة وخاصة الذين لم يبخلوا علينا بتوصياتهم ونصائحهم

وإلى كل الأصدقاء وجزاهم الله خيراً.

إلى كل من ساهم ولو بالكلمة الطيبة في إعداد هذا العمل المتواضع

سائلين المولى تبارك وتعالى أن يجزيهم عنا وعن الأمة الإسلامية

كل الخير إنه وليّ ذلك والقادر عليه .

# الإهداء

إلى أمي التي رعتني حق الرعاية  
و كانت سندي في الشدائد  
وإلى أبي الذي سهر على تعليمي بتضحيات  
جسام  
إليهما أهدي هذا العمل المتواضع  
إلى اخوتي و أخواتي  
إلى جميع الأصدقاء  
إلى كل الأساتذة الكرام

المقدمة



التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج قانونية معينة بفضل هذه الحركة وحدها دون حاجة إلى اقتران بفعل مادي، اللهم إلا الطريقة التي يتم بها التعبير عن حركة هذه الإرادة و هي تتجه إلى إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه. و التصرفات القانونية منها ما يصدر عنا رادة الشخص منفردا كالوقف و الوصية و الإقرار و الوعد بالجائزة و الإيجاب الملزم و التعاقد لمصلحة الغير و عمل الفضولي و الإبراء و إجازة العقد القابل للإبطال و الطلاق و النذر و غيرها من التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادة واحد من دون حاجة إلى إرادة شخص ثان، و قد تسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد.

و منها ما يصدر عن إرادتين و لا يتم تكوينه إلا باتفاقهما و تسمى بالعمل القانوني الصادر عن جانبين و هو العقد، و أنواع العقد معروفة كالبيع والقرض و العارية و غيرها من العقود المسماة، و هكذا فإن العقد أو الإتفاق هو الصورة الأصلية للتصرف القانوني، و عليه فإن التصرفات الواردة على العقار يمكن أن تكون تصرفات بإرادة منفردة كالوصية و الوعد العقاري و يمكن أن تكون بإرادتين و هو العقد كعقد البيع العقاري، عقد الهبة، إيجار الحقوق العينية الأصلية و التبعية، و هذه العقود أوجب المشرع الجزائري إفراغها في قالب رسمي. إستنادا إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي جاء في نصها "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية ..... في شكل رسمي"، إلا أن المتعاقدان قد يلجآن للصورية من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب مما يعني أن نكون أمام عقدين أحدهما صوري ظاهر و الآخر حقيقي مستتر.

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

## أهمية البحث:

المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحالية قد نص على الصورية من خلال مادتين هما المادة 198 و 199 من القانون المدني الجزائري و قد اقتصر على الإشارة إلى أن العقد النافذ بين المتعاقدين و خلفهما العام أي أن العقد النافذ هو العقد الحقيقي و هذه هي القاعدة العامة.

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

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

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

هنا نكون أمام إشكالين:

**الأول:** حكم شهر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية و ذلك لأن دعوى الصورية



ليست دعوى بطلان التصرف، بل ترمي هذه الدعوى إلى إعلان حقيقة ظاهر العقد  
**الثاني:** إذا كانت دعوى الصورية ليست دعوى بطلان التصرف فهل يجوز الطعن بالصورية  
 في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في مصالح الشهر العقاري الرسمية؟  
 وهذه التساؤلات لا تمثل إلا جزءاً قليلاً من بين الإشكالات المطروحة في هذا المجال والتي  
 سوف نعالجها بعون الله وتوفيقه.

### إشكالية و أسئلة الدراسة:

و عليه و حتى نلم بالموضوع الخاص بأحكام الصورية في التصرفات العقارية فإن المحور  
 الرئيسي للإشكالية يتمحور حول التساؤل

ما مدى فعالية التصرف الصوري الواقع على العقار بعد شهر التصرف؟

و تحت هذه الإشكالية الرئيسية تبرز عدة إشكاليات فرعية أهمها:

ما هو مفهوم الصورية في التصرفات العقارية؟

فيما تتمثل مجالاتها؟

ما هي القيمة القانونية للعنصر الظاهر و العنصر المستور في التصرف؟

كيف تباشر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء؟

### أهداف البحث:

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

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

و في الفصل الثاني نعالج القيمة القانونية للعنصر الظاهر و العنصر المستور للتصرف، و

هي دراسة تحليلية للمواد 198 و 199 من القانون المدني الجزائري حين أن هذه المواد

تقابلها مواد بنفس الصيغة في القوانين العربية المقارنة منها القانون المصري، العراقي، الأردني كما نلقي نظرة على القانون اللبناني.

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

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

# الفصل الأول

ماهية الصورية  
في  
التصرفات العقارية

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

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

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

المبحث الأول: مفهوم وتطور الصورية في التصرفات العقارية

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

### المطلب الأول: مفهوم الصورية في التصرفات العقارية

#### الفرع الأول: تعريف الصورية وتمييزها عن غيرها

##### أولاً: تعريفها

أ:الصورية بمعناها التقليدي: ( المعنى الضيق)

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

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

فالصورية هي مخالفة الحقيقة، و تتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء ما تعاقدوا عليه.<sup>2</sup>

وتبعاً للمفهوم الضيق فإنه يشترط لقيام الصورية تحقق الأمور التالية:

وجود اتفاق خفي بين طرفي العقد الظاهر ومعاصر له .

انطواء العقد الخفي على هدف من شأنه تعديل أحكام العقد الصوري أو نتائجه كلها أو بعضها مع قدرته على تحقيق هذا الهدف. وفضلاً عن ذلك فإننا نجد الكثير من القرارات العربية والأجنبية التي تبحث في صورية العقود : بيع صوري حقيقته أن المبيع لم يخرج من ذمة البائع ، بيع يخفي رهناً أو قرضاً أو وصية أو عقد إيجار زارعي.<sup>3</sup>

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

وان من شروط الصورية:

<sup>1</sup> جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الجزائر، 2011، ص 46.

<sup>2</sup> أنور طلبية، الصورية و أوراق الضد، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد النشر، 2004، ص5.

<sup>3</sup> سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 2005، ص55.

- وجود اتفاق خفي ينطوي على هدف يتناول تعديل أركان العقد الظاهر في طبيعته أو موضوعه أو محتوياته أو في الأشخاص<sup>1</sup>.
  - ومحكمة التمييز العراقية قالت " لا تتحقق الصورية إلا إذا توفرت الشروط التالية:
  - أن يوجد عقدان أو وموقفان اتحد فيهما الطرفان، وفي الموضوع أن يختلف العقدان من حين الماهية أو الأركان أو الشروط.
  - أن يكون العقدان متعاصران في وقت واحد.
  - أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستورا سريرا وهو العقد الحقيقي<sup>2</sup>.
- ب: الصورية بعناها الواسع:

الصورية هي عمل إرادي من نتيجته خلق مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية، وأكثر حصولها في العقود ويمكن حصولها في التصرفات بإرادة منفردة. وتجدر الإشارة إلى أن المفهوم التقليدي (الضيق) يقتصر على العقود الصادرة بمشيئة شخصين أو أكثر<sup>3</sup>

كما أن التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة يمكن أن تداخلها الصورية عندما تكون هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين، نظرا لأن الصورية هي نتيجة الاتفاق، ولا يمكن تصور الاتفاق إلا من شخصين متعاملان معا<sup>4</sup>.

أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجهة إلى الجمهور فإن الصورية لا تتصور فيه ، فان كان الواعد غير جاد في وعده لم تكن هناك صورية بل كان هناك اختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريبا من التحفظ الذهني<sup>5</sup>.

ومن الواضح أن هذا النطاق الضيق للصورية مرتبط أشد الارتباط بالطابع الاتفاقي للصورية ، وبقدرة العقد المستور على هدم العقد الظاهر أو تعديل أحكامه كليا أو جزئيا.

<sup>1</sup> - نفس المرجع ،ص57.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص55.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص75.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص76.

<sup>5</sup> - نفس المرجع، ص76.

وعلى ذلك يخرج من نطاق الصورية حسب المفهوم التقليدي التصرف الصادر بإرادة منفردة إذا كان غير واجب التسلم كالوصية والتصرف القانوني الجماعي أي عقد الجماعة والتصرف الشرطي كالزواج وأحكام المحاكم والوقائع القانونية ، باعتبار أن هذه الحالات لا تجد اتفاقا على الصورية ، وان وجد قبل هذا الاتفاق فانه لا يقومى لوحده إلى هدم أو تعديل العقد الظاهر كليا أو جزئيا.<sup>1</sup>

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

**أ : الصورية في التصرفات العقارية والتزوير في المحررات الرسمية**

نصت المادة 423 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على انه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقد الذي يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي"<sup>2</sup>. كما نصت المادة 423 مكرر 5 " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

كما تمتلك الورقة الرسمية قوة تنفيذية تصلح كأداة تنفيذ ولا يتمتع القاضي عن الأمر بتنفيذها مهما كانت شكوكه في صحتها<sup>3</sup>.

أما المادة 215 فقرة ب من قانون العقوبات فنصت على معاقبة كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموثق بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة. ومتى كانت الورقة عمومية أو رسمية فان تغيير الحقيقة يعد تزويرا سواء حصل التغيير في الورقة ذاتها أو في صورتها المطابقة لها<sup>4</sup>.

إن التزوير في الورقة الرسمية يقصد به إحداث تغيير فيها مخالف للحقيقة ويقع تحت طائلة قانون العقوبات وقد يختلط هذا المفهوم بمفهوم آخر وهو الادعاء بالتزوير الذي يتمثل في القيام بإجراءات معينة نظمها المشرع قصد إثبات مدي صحة الأوراق رسمية كانت أو عرفية

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص. 92-91

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>4</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 435.

وقد يكون التزوير محل دعوي عمومية يرفعها من تضرر من فعل التزوير أو بمبادرة من النيابة العامة إذا وصل إلي علمها<sup>1</sup>.

### 1- مواطن الاتفاق:

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

### 2- مواطن الاختلاف:

- الصورية في التصرفات العقارية ينظم أحكامها القانون المدني وكذا قانون الشهر العقاري، ولا يترتب عليها جزاء جنائي، في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويترتب عليه جزاء جنائي<sup>2</sup>.
- الصورية في التصرفات العقارية تتمثل في التهرب من أحكام القانون أو الإضرار بحقوق الغير أو الغش أو التهرب الضريبي من حقوق الإشهار والتسجيل، أما الغاية من التزوير فهو غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية
- الصورية في التصرفات لها بواعث مشروعة وبواعث غير مشروعة - كما سنرى لاحقاً - أما التزوير في المحررات الرسمية فبواعثه غير مشروعة في نظر القانون فيعاقب عليها ويعتبرها جريمة.

### ب- الصورية في التصرفات العقارية والتعاقد من الباطن:

يظهر التعاقد من الباطن في التصرفات العقارية في عقد الإيجار ، وذلك عندما يؤجر المستأجر الأصلي العقار محل الإيجار إلى مستأجر آخر جديد بإذن من المؤجر . فالإيجار من الباطن أو الفرعي هو العقد الذي يبرمه المستأجر الأصلي مع مستأجر فرعي أو من الباطن، فيعتبر المؤجر من الغير بالنسبة للمستأجر الفرعي ، ويظل المستأجر الفرعي علاقته قائمة مع المستأجر الأصلي وله حقوق المؤجر في علاقته بمستأجره المباشر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - ميدي أحمد ،الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر،2008،ص51.

<sup>2</sup> - سامي عبد الله .المرجع السابق.ص155.



و ينص المشرع على عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من المؤجر في المادة 505 من تعديل 2007 "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا." <sup>2</sup>

### 1- مواطن الاتفاق:

بناء على ما تقدم فإن الصورية تتفق مع الإيجار في الباطن أنه في كل من الحالتين يوجد عقدان أحدهما ظاهر هو العقد الصوري والثاني هو العقد الحقيقي ،ففي الإيجار من الباطن يوجد عقدان العقد الأول بين المؤجر والمستأجر الأصلي ، والعقد الثاني بين المستأجر الأصلي والمستأجر الفرعي أو من الباطن.

### مواطن الاختلاف:

الغاية من الصورية في التصرفات العقارية هي الإضرار بالغير أو الغش نحو القانون أو التهرب الضريبي وقد تكون غايتها مشروعة أو غير مشروعة ، أما الغاية من الإيجار من الباطن فهي مشروعة وذلك أن نص المادة 505 لم يجز التأجير من الباطن إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من المؤجر. <sup>3</sup>

### الفرع الثاني: عناصر وأنواع الصورية في التصرفات العقارية

#### أولاً: عناصر الصورية

#### أ- عقد الضد والعقد الظاهر بمفهومهما التقليدي:

عقد الضد هو العقد أو الاتفاق الحقيقي الذي يحرص المتعاقدان على ستره وإخفائه وذلك عن طريق تنظيم عقد ظاهر يحجب حقيقة التراضي عن الأنظار، أي أن الصورية تكون خاصة في دائرة العقود. <sup>4</sup> فورقة الضد لا تكون إلا عقدا مستوفيا كافة الشروط القانونية التي يتطلبها القانون بالنسبة للعقد وتخضع من حيث الإثبات للقواعد العامة المقررة في الإثبات. <sup>5</sup> ومما تقدم نستنتج أن لعقد الضد خصائص وشروط حسب الفقه التقليدي

<sup>1</sup> - محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار وفقا للقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني. 2009/2008. ص.14.

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>4</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.114.

<sup>5</sup> - أنور طلحة، المرجع السابق، ص.121.

- 1- أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع ووقت حصولهما.
  - 2- أن يختلف العقدان من حين الماهية.
  - 4- أن يكون أحدهما علنيا وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستوار وهو العقد الحقيقي.<sup>1</sup>
  - 3- أن يكون وفقا للأشكال الرسمية التي تتطلبها التصرفات الواقعة على العقار.
- ب- **العنصر الظاهر والعنصر المستور في الصورية بمفهومها الواسع:**

### 1- العنصر الظاهر والعنصر المستور في ذاتهما:

مر معنا الصورية بمفهومها الواسع يمكن أن تتناول العمل القانوني الذي تلتقي فيه الإرادتان أو أكثر ، ومن هنا كان لقاءها بنظرية عقد الضد ، إلا أن الصورية تتعدى ذلك لتتناول أيضا العمل الصادر بإرادة منفردة ، وسنرى لاحقا أن الصورية قد تكون نسبية ، أي تتناول نوع التصرف لا وجود له ، و أنها قد تتناول بندا أو أكثر أو شخص أحد أطرافه ، وما لا شك فيه أن العنصر الظاهر الذي تتناوله الصورية النسبية وكذلك العنصر المستور يكونان عملا قانونيا ، لأنه ليس من شأن الصورية النسبية مبدئيا أن تغير الطبيعة القانونية للعمل القانوني الذي تتناوله.<sup>2</sup>

إلا أن الأمر يختلف عما تقدم إذا كنا إزاء صورية مطلقة أو كلية ، ومثالها مدين يهرب أمواله من وجه دائنيه عن طريق بيعها صوريا لأحد الأصدقاء أو الأقارب ، حين يقال أن الظاهر لا وجود له وهو مجرد وهم لا يخفي تحته إلا العدم ، ففي مثل هذه الحالة نجد أن الصورية تناولت تصرفا قانونيا هو البيع ، إلا أن الإرادة التي أوجدت هذا البيع لم تهدف إلى خلق تصرف قانوني بل إلى خلق ظاهر وهمي ، وإذا كانت ثم إرادة وراه فهي ارادة استبعاد الآثار القانونية التي تترتب عادة على مال هذا البيع انتقال الملكية من البائع إلى المشتري ، فالبيع الصوري هنا ليس تصرفا قانونيا في حقيقته ، بل هو مجرد واقعة مادية يتكفل القانون بتحديد آثارها ، أي أن الصورية المطلقة التي تخفي تحتها العدم والتي تتناول التصرف القانوني تجعل من هذا الأمر مجرد ظاهر وهمي أي واقعة مادية.<sup>3</sup>

### 2- علاقة العنصر الظاهر بالعنصر المستور:

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص113.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص123.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص125.

ما لا شك فيه أن خلق ظاهر كاذب و خادع بفعل ارادي مقصود ينطوي على معاصرة ذهنية على الأقل بين العنصر الظاهر و بين العنصر المستور الذي هو الوضع السابق الحقيقي الصورية المطلقة، إذ الظاهر لا يكون كاذبا إلا بالنسبة للحقيقة و من هنا كانت المعاصرة بينهما و ذلك على التفصيل الذي أريناه فيما سبق، و ما يقال عن المعاصرة بين العنصرين يقال أيضا عن اتحاد الموضوع<sup>1</sup>، لكن ذاتية المتعاقدين في العقد الظاهر و العقد المستور تبقى مقتصرة على الصورية بطريقة عقد - الضد- أي الصورية في نطاق العقد و لا تتعداها إلى الصورية بالمفهوم الواسع، لان هذه الخاصية مرتبطة أشد الارتباط بالطابع الاتفاقي للصورية، الأمر الذي لا يسلم به فقهاء الصورية بمفهومها الواسع، و من هنا كانت نظرية استعارة الاسم حين يكلف احد الأشخاص شخصا آخر بشراء مال معين لحساب الشخص المسخر إحدى تطبيقات نظرية الصورية بالمفهوم الواسع، فالبائع و المشتري في عقد البيع لا نجدهما معا في عقد استعارة الاسم الحاصل بين المسخر و المسخر، و لو اشترطنا ذاتية المتعاقدين في العقد الظاهر و العقد المستور لكان من الواجب استبعاد استعارة الاسم من نطاق الصورية مع انه انطوى على خلق مظهر ظاهر مغاير للحقيقة صاحب الاسم المستعار الذي برز في العقد على انه المشتري باسمه و لحسابه كان في الواقع مشتريا لحساب من سخره. و ما يقال هنا عن ذاتية المتعاقدين يقال أيضا عن وجود عنصر مستور قادر لوحده على هدم العنصر الظاهر لأنه لم يتبين لنا أن فقهاء المفهوم الواسع للصورية يشترطون قدرة العنصر المستور لوحده على هدم العنصر الظاهر.<sup>2</sup>

### ثانيا: أنواع الصورية في التصرفات العقارية

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

#### أ- الصورية المطلقة:

و تتناول وجود التصرف في ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة و لا يتضمن الاتفاق المستتر تصرفا آخر يختلف عن التصرف المعلن، بل يقتصر هذا التصرف على أن التصرف الظاهر إنما هو تصرف صوري لا وجود له.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نفس المرجع ص123.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، 123، 125.

<sup>3</sup> - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص33.

و من أمثلة التصرف الصوري صورية مطلقة أن يبيع شخص لآخر قدرا من الأطنان الزراعية يوازي النصاب المقرر لمن يرغب في ترشيح نفسه للعمدية، فيتمكن المتصرف إليه بموجب العقد الظاهر، في حين انه صوري صورية مطلقة، لان الملكية لم تنتقل حقيقة إليه و إنما باقية للمتصرف، و يدل على ذل العقد الحقيقي المستتر.<sup>1</sup>

**ب- الصورية النسبية:**

و تتمثل في إخفاء حقيقة التصرف في صورة تصرف آخر، أي أن العقد الظاهر يستتر عقدا خفيا مغايرا له سواء في النوع أو الشروط أو الأركان أو في شخصية أطرافه.<sup>2</sup>

وعليه إن كانت الصورية المطلقة ترد على كيان العقد فتصور أن العقد قد نشأ في حين أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة، فان الصورية النسبية ترد على نوع العقد أو على شرط منه أو على أحد المتعاقدين، فالعقد في الصورية النسبية موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان و أحلا محله حكما صوريا.<sup>3</sup>

و على هذا النحو فالصورية النسبية أقسام:<sup>4</sup>

### 1- الصورية بطريق التستر:

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

و نشير هنا إلى أن داغوا حاول أن يلحق الصورية النسبية بطريق التستر التي تتناول نوع العقد بالصورية الكلية (المطلقة) فليس ثمة فرق بين هبة تخفي وراءها عقد بيع نظم ظاهرا بشكل هبة لحرمان الشفيع من اخذ المبيع بالشفعة و بين هبة وهمية أجريت بقصد حرمان الدائنين من التنفيذ على الأموال موضوعها. و بعد أن لاحظ صعوبة التسليم بما يقوله لهذه الجهة استدرك قائلا نكون ازاء تصرفين قانونيين احدهما ظاهر و الآخر مستور، فالبيع المستور بهبة نظمت

<sup>1</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص19.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص131.

<sup>3</sup> - أنور طلبية، الصورية و أوراق الضد، المرجع السابق، ص14.

<sup>4</sup> - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص35.

لحرمان الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة هو تصرف قانوني وراه تصرف قانوني، والهبه المنظمة لحرمان الدائن من التنفيذ على الأموال الموهوبة لم تنطو على تعديل حقيقي وفعلي لذمة البائع الواهب طالما انه ليس في الأمر هبة أو بيع ولم تنتقل الملكية للموهوب له المشتري، وليس وراء مثل هذه الهبة إلا العدم.<sup>1</sup> و يقول الأستاذ نجار انه لا يوجد نوعان من الصورية، بل الصورية واحدة ذات درجات تحددها مصلحة منشئها و ما يعتمده من وسائل<sup>2</sup>. هذا و يبين القرار التمييزي التالي شيئاً من الحرم الذي يعانیه المتقاضون و المحاكم من جراء ستر الهبة و الإدلاء الخاطيء بالصورية المطلقة بنصه "حين عندما تدلي جهة المدعية المستأنفة في ضوء الوقائع التي تذكرها بان العقد صيغ بصيلة البيع سوريا و ذلك بقصد حرمانها من حصتها الارثية فإنها تكون قد أدلت بالصورية النسبية لا المطلقة مادامت قد عينت غاية العقد السوري بأنه قصد من ورائه إعطائه مفعولاً و ذلك عن طريق تبرع الأب لابنه بالعقارات لكي تبقي على ملكية الأب حتى إذا مات آلت للورثة ومنهم المدعين، وانه يتعين على المحكمة وصف العقود في ضوء أقوال الطرفين و بالاستناد للوقائع المدلى بها و لو خالفت الوصف المعطى لها لان الوصف أمر قانوني"<sup>3</sup>.

**2- الصورية بطريق التسخير:** ترد الصورية على أحد المتعاقدين فتكون صورية بطريق التسخير<sup>4</sup>، كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه في الحقيقة لحساب شخص آخر، فيكون اسم الشخص الظاهر في العقد اسماً مستعاراً، و مثال ذلك شراء القاضي مستترا بشخص آخر أموالاً يكون ممنوعاً من شرائها<sup>5</sup> و قد نظمت المادة 402 من القانون المدني الجزائري بنصها "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين و لا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه".<sup>6</sup>

كذلك أن يخشى الأب من أن يهب أموالاً لأولاده حتى لا يبطل دائنوه هذه الهبة فيلجأ إلى تسخير شخص يعطيه أو يهبه هذه الأموال "خفية" ثم يهب هذا الشخص ذات الأموال إلى

<sup>1</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 149.

<sup>4</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 14.

<sup>5</sup> - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 35.

<sup>6</sup> - القانون المدني الجزائري

الأولاد فهذا الشخص لا يكون واهبا حقيقيا و إنما صوريا ،فإن تمكن الدائنون من إثبات لصورية بكافة طرق الإثبات رجع التصرف إلى الواهب الحقيقي و هو الوالد وأمكن الطعن عليه بالدعوى البولصية أو خضع للبطلان الوجوبي إن كان داخلا في فترة الريبة إن كان المدين تاجرا أشهر إفلاسه.

وتختلف الصورية بطريق التسخير عن التعاقد بطريق التسخير ففي الأولي يتعاقد لشخص مع الغير علي نحو ما تقدم أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر يتعاقد مع الغير ثم ينتقل اثر تصرفه إلي الأصل وكان المسخر اقتصر عمله علي إعارة اسمه للأصيل<sup>1</sup>

### 3 الصورية بطريق المضادة:

قد تتناول الصورية شرطا من شروط العقد أو ركنا من أركانه أي أن الصورية هنا لا تقع علي وجود التصرف بل تقتصر علي احد عناصره فقد يلجا المتعاقدان إلي ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي فيعقد البيع تهربا من رسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: بواعث الصورية في التصرفات العقارية

يوجد عدة أهداف للصورية في التصرفات العقارية فمنها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع وهنا لا يتعلق الأمر بالأشخاص وإنما يتعلق بالبائع أو الغرض من الصورية ومثال ذلك إذا اراد شخص أن يشتري أرضا من آخر لكنه اعتقد لظروف خاصة أن البائع سوف يرفع الثمن عليه إذا ظهر بنفسه في العقد فقام بالاتفاق مع شخص آخر ليشتري له هذه الأرض ثم يردّها إليه فهنا يكون البائع على الصورية شريفا مشروعا في حين أن البائع غير المشروع يكون مجاله الغش نحو القانون أو التحايل على أحكامه الأمر المتعلقة بالنظام العام أو الإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو الخزينة .

إن الفقهاء قسموا أهداف الصورية إلي أهداف مشروعة وأخرى غير مشروعة بناء علي السبب الباعث و المقصود بالبائع في التعاقد هو السبب غير المباشر المقصود منه، أو الدافع إلي

<sup>1</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص13.

<sup>2</sup> - جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص35.

التعاقد، ويشترط فيه أن يكون موجودا صحيحا منتجا لأثاره لأنه يعتبر ركنا من أركان التعاقد ويفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من السبب وهي :

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

- **السبب القسدي** : هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد به الملتزم الوصول إليه، وهو يقدر بمعيار موضوعي وهو دائما مشروع وهو لا يتغير من عقد لآخر، بمعنى أن كل طائفة معينة من العقود لها سبب تقوم عليه ما في عقد البيع يكون التزام البائع تسليم المبيع والتزام المشتري دفع الثمن المتفق عليه<sup>1</sup>.

- **السبب الدافع** : هو سبب ينظر فيه إلى الحق نفسه فقد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع وهو متغير ويختلف من عقد لآخر، ومثال ذلك أن يستأجر شخص بيتا للسكن، فإن السبب الدافع مشروع ولكن قد يستأجره آخر لعملية تزييف العملة أو لعب القمار فيكون السبب الدافع غير مشروع. وهذا النوع هو الذي يركز عليه القضاء والفقهاء من أجل معرفة الهدف<sup>2</sup>. وبناء على ما تقدم سوف نضرب عدة أمثلة على الصورية المشروعة و أخرى عن الصورية الغير المشروعة وهذا علي النحو التالي:

#### أولا : البواعث المشروعة للصورية في التصرفات العقارية

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

2- شخص يريد أن يشتري عقار من آخر ولكنه خشي لظروف خاصة أن يعمد البائع علي رفع السعر إن ظهر بنفسه في العقد فيلجأ إلى استعارة اسم آخر يكلفه بالشراء، فيقوم الشخص المستعار بشراء العقار ثم يعمد إلي نقل الملكية إلي الي الراغب الحقيقي في الشراء .

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2115، ص91.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص91.

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

- شخص يريد أن يميز أحد أبنائه بإعطائه هبة في حدود النصاب الجائر التصرف فيه بالهبة مدفوعا نحوه بعاطفة شريفة ولكنه يخشي أن يثير ذلك الحقد و الحسد بين أفراد أسرته فيعمد إلى بيع المال لصديق وسيط بيعا سوريا ثم يؤخذ عليه ورقة الضد بأن البيع صوري وأن الصديق لم يكن إلا وسيطا كلف بتوصيل هذا المال إلى ابنه بطريق الهبة.<sup>1</sup>  
هذا كل ما أبداه المؤلفون القائلون بأن الصورية يمكن أن تكون لها في بعض الأحيان بواعث مشروعة.<sup>2</sup>

### ثانيا : البواعث غير المشروعة للصورية في التصرفات العقارية :

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

أ- مؤجر يود استرداد المأجور ولا تتوفر فيه الشروط القانونية اللازمة لذلك فينقل ملكية المأجور سوريا لأحد أفراد أسرته أو لأحد أصدقائه الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة لذلك.<sup>3</sup>

ب- لحرمان الشفيع من حق اكتساب العقار بالشفعة ينظم عقد البيع بصيغة عقد آخر يستعصي بطبيعته على نظام الشفعة كالهبة مثلا وان نظم بصيغة البيع يذكر فيه ثمن مرتفع بغية تعجيز الشفيع وتنفيره من الشفعة ، وقد يعمد الفرقاء إلى إتباع طرق ملتوية أخرى لحرمان الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة ضمن المهلة المحددة قانونا.<sup>4</sup>

ج- لحرمان الخزينة من استيفاء حقوقها كاملة كثيرا ما تنظم الهبات والعطايا تحت ستار عقد ذي عوض كالبيع ما ، وما له من تأثير وخسارة تلحق بالخزينة سنويا، وفي الحالة التي يكون فيها

<sup>1</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 211 - 211.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 211.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 211 - 215 .

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 211 - 215.



العقد جديا أو حقيقيا وليس ثمة صاحب حق الشفعة يمكن أن يعمد الفريقان إلى ذكر ثمن المبيع بشكل متدن لتوفير الرسوم وذلك بعد أن يكون البائع قد قبض الثمن كاملا.<sup>1</sup>

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

### المطلب الثاني: تطور الصورية في التصرفات العقارية

#### الفرع الأول: الصورية في العصر الروماني

##### أولا: مجالاتها

كان القانون الروماني غارقا في الشكلية إلى الحد الذي لا يستطيع فيه المدين الذي أبرم عقدا استوفى الشكل المقرر له قانونا أن يتحلل من هذا العقد بدعوى إن إراداته معيبة أو أن السبب في إبرام العقد لم يتحقق ، فالشكل وحده يجعل العقد صحيحا وملزما ولقد تخفف القانون الروماني من هذا الجمود وتلك القسوة التي أدى إليها الإغراق في الشكلية في عصور تطوره وساهم في ذلك الحاكم القضائي (البريتور) بمنحه المدين الذي كانت إرادته معيبة وتعاقد بعقد شكلي دفعا يستطيع به حماية نفسه من دعوى الدائن ، كالدفع بالغش أو الدفع بالإكراه<sup>2</sup>، ويقول الدكتور عبد الرازق السنهوري بأن البيع لم يكن في القديم عقدا ناقلا للملكية فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية بل التزاما بنقل حيازة المبيع للمشتري إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية<sup>3</sup>، وبذلك ظهرت طائفة من العقود العينية وهذه العقود هي القرض ، والوديعة والرهن الحيازي، واقتضت حاجيات التجارة وتسهيل المعاملات أن يعرف القانون الروماني فيما بعد أن التراضي يكفي لانعقاد أربعة عقود

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 211.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 45.

<sup>3</sup> - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة ، الجزائر، ص 11.

هي : البيع والإيجار والوكالة والشركة، ثم ظهرت عقود يكفي فيها قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه دون الشكل وسميت بالعقود غير المسماة ، كعقد الهبة وعقد المقايضة<sup>1</sup>.

كما أن الرومان استخدموا الصورية في التصرفات العقارية كالهبات، مقايضة، الوصية ، حقوق الارتفاق الزراعية<sup>2</sup>.

### ثانياً: آثارها

إن الطريقة التي يرث البعض أنها تقررت لتكملة الإشهاد هي الدعوى الصورية ، التي هي تصوير لمنازعة ، أي أنها منازعة موهومة غير جدية ، فإذا كان المراد نقل ملكية مال من شخص لآخر اتفق الطرفان على رفع دعوى صورية ، يمثل المتبرع له دور المدعى ويمثل المتبرع دور المدعى عليه ، ثم يحضرن أمان الحاكم القاضي فيقرر الأول أن المال مملوك له ، فلا ينازعه الطرف الآخر فيصدق الحاكم على ذلك ، وتنتقل الملكية ، للمتبرع له كما استعملت الدعوى الصورية لتوسيع دائرة التصرفات القانونية كنقل حقوق الاتفاقات العينية والشخصية والتنازل عن حق الإرث وإحلال وريث مكان آخر<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الصورية في العصر الإسلامي

#### أولاً : مجالاتها

لكي تكون الإرادة معتبرة ومنتجة لأثرها في الشريعة الإسلامية لابد من توافر قصد الالتزام بها، ولا يكفي مجرد النطق باللفظ دون النية أو القصد ، وبناء على ذلك فإن التصرف المجرد عن القصد كتصرف الهزل لا يعتد به شرعاً ما دامت إراداته لم تتجه إلى إحداث الأثر الشرعي ، وبهذا الصدد ذكر الأستاذ الزرقا أن الهزل يتحقق في التصرفات القولية إما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول ما أني أهب أو أعير هازلاً واما بمواضعة سابقة بأن تواضع الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه أنه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه ، ثم يعقدان متفاهمين على هذا الأساس واما بقرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازل أو مستهزل ، والهازل وان كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه وهو عابث لا يريد الحكم بل يأباه ، ولذا

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام العقد و الإرادة لمنفردة، المرجع السابق، ص55.

<sup>2</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 13-15.

<sup>3</sup> - نفس المرجع ، ص 13 .

يعتبر العقد بالهزل عقدا صوريا باطلا غير منعقد ولا يترتب عليه حكم أصلا ، فلو كان بيعا لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه المشتري لانتهاء الإرادة الحقيقية.

ونظرية الصورة في الفقه الإسلامي هي وليدة التفاعل الحي بين الأصول الشرعية والفقهية وبين واقع حال المجتمعات القديمة التي رعاها الإسلام ، وذلك أن مبدأ الرضائية الذي أتى به وكرسه الشرع الإسلامي لم يسلم من التجاوز عليه من قبل الأفراد على السعي للحفاظ على حقوقهم ومصالحهم بالطريقة الملائمة ، ومن ذلك فلو جاء المرء إلى شخص آخر يبيعه ماله على مرأى ومسمع من الناس مع أنه لا يبيع في الحقيقة بل صورة بيع تمكنه من إخفاء المال من بطش وتعدي السلطان الظالم أو الغاضب المتسلط ومن هنا كان بيع الثلجئة أو بيع الهزل للدلالة على عدم جدية التصرف وهزله ، ثم تفهقت الهمم وبدأ الانحراف في الأخلاق والدين واجتياح النفوس الضعيفة فتظهر بعض الأساليب والحيل الرامية إلى تسهيل الانفلات من قيود الفقه ونواحيه وتغليف ذلك بغلاف الشرعية ، وهكذا ثبت لنا أن نظرية الصورة في الفقه الإسلامي تدور بمعظمها حول مسائل الثلجئة والهزل والحيل الشرعية، كما أن الفقه الإسلامي عرف نظرية الصورة متناثرة من جهات متفرقة تتعدى مسألة الحفاظ على الضمان العام للدائنين<sup>1</sup> .

ثانيا : آثار الصورة في الفقه الإسلامي

طالما أن للعقد الصوري وجودا شرعيا فهو بالتالي غير معدوم الأثر وأبرز آثاره ثلاثة:

- إن القبض الحق للعقد الصوري لا ينقل الملكية من الناقل إلى المتصرف إليه ، فإذا قبض المشتري المبيع وتصرف فيه الآخر كان تصرفه باطلا، وذلك لأن ملكه غير ثابت فلا ينفذ تصرفه وذلك أن نظرية الهزل والثلجئة قصرت على أن توفر الحماية اللازمة للمشتري من المشتري الصوري في زمن كانت فيه إجراءات الشهر والإعلان غير متوافرة.
- إن العقد الصوري قابل للإجازة من الطرفين وليس لواحد منهما الانفراد بالإجازة.<sup>2</sup>

أما الحيل التي تتناقض مقاصد الشرع هي خداع الله تعالى واستهزاء بآياته وتلاعب بأحكامه قد دل على تحريمها في الكتاب والسنة واجماع السلف الصالح وقواعد الدين المعاملة، لذلك

<sup>1</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 11-12.

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 29 .

حرص الفقه على محاربة الحيل بشتى أنواعها ومن ذلك مثلا أنه بحكم طبيعة الأشياء ينصرف أثر العقد الذي يجريه المدين في أمواله إلى دائنه ، إلا أن الدائن يصبح من الغير إذا تصرف المدين تبرعا في مرض موته فيأخذ هذا التبرع حكم الوصية ، وحق الدائن مقدم على الوصية فتسري الوصية في حقه فيستوفي حقه قبل تنفيذ الوصية.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث : الصورية في العصر الحديث:

#### أولا : مجالاتها:

إن نقل الملكية لم يكن معروفا إذ كان البيع لا ينقل الملكية في القديم بل كان يولد التزاما بنقل الملكية ، فالقانون الروماني لم يجعل البيع ينقل الملكية بل الذي ينقلها وضع من الأوضاع المادية المعروفة في ذلك القانون كالإشهاد ، التنازل القضائي ، القبض ، فكان عقد البيع يقتضي آنذاك على نقل الحيازة الهادئة للمشتري وعلى البائع ضمان التعرض ، والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقل للملكية ، لأن حق التملك هو مقصور على المواطن الروماني فقط ، ولكن ضروريات التعامل مع غير المواطنين الرومان أوجبت التوفيق بين هذه الضروريات والقواعد القانونية<sup>2</sup> .

ولقد سالك المشرع الفرنسي نفس النهج القانوني الروماني إذ كان البيع لا ينقل الملكية بمقتضاه ولا يرتب التزاما بنقلها إلا بالقيام بإجراء شكلي سائد هو القبض.<sup>3</sup>

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

أما في ظل القانون المدني الجزائري والمصري فالبيع ينقل الملكية بمجرد عقد البيع إذا اقتصر على المبيع المعين بالذات أو المبيع المعين بالنوع أو على بيع العقار فهنا لا تنتقل الملكية فوار بمجرد العقد بل ينشل العقد التزاما على البائع بنقل الملكية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص 35.

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثانية دار الأمل ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2009 . ص 11

<sup>3</sup> - نفس المرجع ، ص 112

أما نقل الملكية في العقار فلا تتعد إلا إذا استوفى ركن الشكلية كركن رابع بالإضافة إلى الأركان الثلاثة الرضا، المحل والسبب، لذا فهو عقد شكلي أي عقد رسمي وهذه الشكلية تتمثل في التوثيق، إذ يجب أن يحرر في وثيقة رسمية من طرف محرر العقود الموثق، إذا استوفى هذه الأركان كان البيع صحيحا و الا كان باطلا بطلانا مطلقا.

وهذا ما نصت علي المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية".<sup>2</sup>

من خلال ما تقدم فإن مجال الصورية في التصرفات العقارية في العصر الحديث قد اتسع ليشمل كافة التصرفات الواردة على عقار.

<sup>1</sup> - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 114-113

<sup>2</sup> - الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

## المبحث الثاني: مجالات الصورية في التصرفات العقارية:

إن التصرفات العقارية التي يمكن أن تكون مجالاً للصورية عديدة و متنوعة ، فيمكن أن تكون تصرفات بإرادة منفردة ، كما يمكن أيضاً أن تكون في التصرفات بالإرادتين .

## المطلب الأول : مجالات الصورية في التصرفات بالإرادة المنفردة

هناك عدة صور للصورية في التصرفات بالإرادة المنفردة نكتفي بالصورية في الشفعة نظراً لأهميتها .

## أولاً: التعريف بالشفعة :

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

يستفاد من صريح النص أن الشفعة رخصة وليست حقا، وهي سبب من أسباب كسب الملكية ولا تكون إلا في العقار، والشفعة تفترض أن هناك شفيعا الذي يأخذ بالشفعة ومشفوعا منه ، وهو المشتري الذي يجعل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع منه.<sup>2</sup>

والشفعة لا تتحقق إلا بالشروط الآتية:

1. بيع عقار مملوك بعقد معاوضة

2. ثبوت صفة الشفيع

<sup>1</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> - محمد تقيّة، المرجع السابق ، ص 110.

3. إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، بعقد رسمي وفي أجل محدود.<sup>1</sup>

#### أ-ثبوت حق الشفيع:

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

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

لشريك في الشيوع إذ بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".<sup>2</sup>

#### ب- إعلان الشفيع رغبته في الشفعة :

نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري والا سقط حقه ، ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك<sup>3</sup>، ويستفاد من هذا النص أنه تتبع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم التراضي الإجراءات التالية :الإنذار الرسمي بوقوع البيع ،إبداء الشفيع رغبة في الأخذ بالشفعة ،ميعاد الإعلان عن الأخذ بالشفعة، تسجيل الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة.<sup>4</sup>

#### ج- طبيعة إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة :

يتضح مما تقدم أن الشفيع إما يكون مالكا للعقار وبيع حق الانتفاع للرقبة أو شريكا على الشيوع في عقار بيع جزء منه لأجنبي ، أو صاحب حق انتفاع في عقار بيع كله أو بعضه ، فإذا ما ثبتت إحدى هذه الصفات للشفيع وبيعت حصة شائعة في العقار أو في حق الانتفاع

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 111.

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>3</sup> - القانون المدني الجزائري

<sup>4</sup> - محمد تقية ، المرجع السابق، ص 111.

المناسب للعقار تهيأ له كما يقول الدكتور السنهوري بـذلاً مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة ، وثبتت له ، رخصة تخول له الحق في أن يمتلك العقار المتفرغ فيه بإرادته المنفردة ، وذلك لأن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذه الرغبة هي الإرادة المنفردة الصادرة من جانب واحد ، فبإعلانها يمتلك الشفيع العقار المشفوع منه ويتحول حقه في أن يملا هذا العقار إلى حقه في ملكيته وذلك عن طريق حلوله محل المشتري.<sup>1</sup>

### ثانياً : تأثر حق الشفيع وبنوع لصورية

#### أ-الشفعة في الدفع بالصورية للبيع الثاني :

الصورية النسبية لا تتناول وجود العقد ذاته إنما ركنا أو شرطاً فيه ، لذلك فإن العقد يكون موجوداً ومنتجاً لآثاره رغم الطعن فيه بالصورية النسبية وغالباً ما تمتد هذه الصورية إلى ركن الثمن في البيع الأخير في مجال الشفعة ، فيثبت المتعاقدات ثمناً أكبر من الثمن الذي تم به البيع للحيلولة بين الشفيع ، وطالب الشفعة ، ذلك لأن الشفيع يلتزم بأن يشفع في البيع الأخير في مواعيد هذا البيع وشروطه ومنها الثمن ، كما يلزم بأنه يوجه طلباته إلى أطراف هذا البيع دون أطراف البيوع السابقة ، فإن كان لم يرفع الدعوى بعد ثم علم بأن المشتري الأول باع العين لمشتري ثانٍ تعين عليه أن يوجه إعلان الرغبة في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري في البيع الأخير.<sup>2</sup>

أما إذا كان قد أقام دعواه ، ثم علم بأن المشتري الأول تصرف لمشتري ثانٍ تصرفاً جدياً ولكنه مشوب بالصورية النسبية التي تتناول ركن الثمن بزيادة عن قيمة المبيع وجب على الشفيع ترك دعواه التي رفعها عن البيع الأول وبيداً في اتخاذ إجراءات جديدة تتعلق بالبيع الثاني ملتزماً بمواعيده وشروطه ، وطالما أن الصورية النسبية تعلقت بالثمن فيجوز للشفيع إيداع الثمن الذي علم أن البيع قد تم به ، وحينئذٍ يجب عليه لقبول دعواه أن يثبت أن هذا الثمن هو الثمن الحقيقي الذي تم البيع به ، فإن عجز على هذا الإثبات قضى بعدم قبول دعواه لعدم إيداع الثمن كاملاً.<sup>3</sup>

#### ب- الشفعة عند الدفع بالصورية المطلقة للبيع الثاني :

<sup>1</sup> - نفس المرجع ص 111.

<sup>2</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 190.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 190.



لئن كانت الصورية النسبية ترد على ركن أو شرط في العقد فإن الصورية المطلقة ترد على وجود العقد ذاته، فتعدمه ويصبح العقد معها كأن لم يكن، فإن طعن الشفيع على العقد الثاني بالصورية المطلقة وكان على يقين من إثبات طعنه فإنه يستمر في إجراءاته المتعلقة بالبيع الأول دون أن يتركها إلى إجراءات جديدة متعلقة بطلب الشفعة في البيع الثاني، فله الاستمرار في دعواه المتعلقة بطلب الشفعة في البيع الأول، فلا يعبأ المشتري الثاني من حين إجراءات الشفعة وإنما تقتصر مواجهته على الدفع المتعلق بالصورية باعتبار المشتري الثاني هو صاحب الحق في نفي الصورية عن عقده، وهذا حق أصيل لا يجوز مصادرته أو التصدي له بعيداً عن صاحبه، لذلك يجب على الشفيع اختصام هذا المشتري في الدعوى<sup>1</sup>، وقد تكون هذه الدعوى هي دعوى الشفعة نفسها بأن يقوم الشفيع بإدخال المشتري الثاني فيها لا ليواجه إليه طلب الشفعة وإنما ليثبت في مواجهته صورية العقد الصادر له، وفي هذا الإدخال لا يتقيد الشفيع بمواعيد معينة فتلك الحالة قاصرة على الحالة التي يكون فيها البيع الثاني جدياً أو صورياً صورية نسبية ومن ثم يكون له إدخال المشتري الثاني في أي وقت يتمكن فيه هذا الأخير من نفي صورية عقده فإن نجح الشفيع في إثبات صورية العقد الثاني طرحته المحكمة وفصلت في الشفعة على أساس البيع الأول، أما إن عجز الشفيع عن إثبات صورية البيع الثاني سقط حقه في الأخذ بالشفعة.<sup>2</sup>

### ج- التصرف في العقار لمشتري ثالث

إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة بالنسبة للبيع الأول ثم قام المشتري ببيع العقار لمشتري ثان ببيعاً جدياً، تعين على الشفيع ترك دعواه، ورفع دعوى جديدة وفقاً لشروط البيع الثاني وفي مواعيده، أما إذا تمسك بصورية البيع الثاني صورية مطلقة فإنه يكون قد أنكر هذا البيع، إذ يعتبر كأن لم يكن حتى ولو تم تسجيله أو قضي بصحته ونفاذه فيظل الشفيع مستمراً في دعواه التي رفعها عن البيع الأول وبالتالي لا يحتج بالآثار التي قد تترتب بالنسبة للبيع الثاني ومفاد ذلك أن المشتري الثاني إذ باع العقار لمشتري ثالث فإنه لا يجوز لهما الاحتجاج على الشفيع بهذا البيع حتى ولو سجل، لأن الصورية المطلقة تعدم العقد فيرتب آثاره ويتوقف مصير دعوى الشفعة

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 191 .

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 191 .

في إثبات تلك الصورية ، فإذا تمكن الشفيع من إثباتها قضى له بالشفعة في البيع الأول ، أما إذا عجز عن هذا الإثبات قضى برفض دعواه.<sup>1</sup>

### ثالثا :أثر الشهر و التسجيل على حق الشفيع:

في الغالب يكون حق الشفيع على عقاره ناشئا عن تصرف قانوني كعقد بيع صادر إليه وطالما أن التصرف القانوني لا ينقل أو ينشل الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بالتسجيل في الشهر العقاري وبدون اثر رجعي فمقتضي حق الأخذ بالشفعة يوجب أن يكون التصرف القانوني الناشئ عن حق الشفيع مستند الى تصرف قانوني كعقد بيع فوع وان يكون التسجيل سابقا على هذا البيع فلا تجوز الشفعة إذا كان حق الشفيع مستندا إلى تصرف قانوني لم يتم تسجيله قبل البيع المشفوع فيه حتى ولو كان هذا التصرف اثبت لتاريخ قبل البيع.<sup>2</sup>

كما أن الشفعة لا تجوز إذا كان التصرف القانوني الناشئ عنه حق الشفيع رغم تسجيله و إشهاره تصرفا صوريا أو باطلا بطلانا مطلقا لأن الملكية لا توفر للشفيع بمقتضي هذا العقد لأن العقد الباطل لا ينتج اثره تنتقل الملكية بموجبه حتى لو كان مشهرا وعليه فلا يجوز له أن يطالب بالشفعة ويجوز للمشفوع منه أن يتمس ببطلان هذا وقد لا ينشأ حق الشفيع عن تصرف قانوني بل ينشأ عن واقعة قانونية فتكون العبرة بوجود الواقعة القانونية المنشئة لحق الشفيع قبل البيع المشفوع وأكثر ما يتحقق ذلك نتيجة لوفاة فادا كان الشفيع وارثا تلقى حقه على العقار الذي شفيع به بالإرث نتيجة وفاة المورث طالما أن الوارث تلقى حقه من تاريخ الوفاة فينبغي لجواز أخذه تكون واقعة الوفاة محققة قبل البيع المشفوع فيه .

وأجاز بعض شراح القانون المدني الأخذ بالشفعة استنادا إلى ملكية البناء وحده دون ملكية الأرض التي تتحقق في بعض الحالات ومنها حالة بناء المشتري في الأرض المباعة له قبل تسجيل عقد البيع فهو يملا البناء بواقعة البناء في الأرض بموجب تسليم البائع الأرض له وترخيصه الضمني له بالبناء فيها ويملا ما بني فتجوز شفيعته بالبناء الذي تملكه<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص 210 .

<sup>2</sup> - احمد خالدي ،الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثانية

<sup>3</sup> - نفس المرجع،ص 78.

## المطلب الثاني: في التصرفات بالإرادتين

## الفرع الأول: التصرفات الناقلة لكل الملكية العقارية

تنتقل كل الملكية العقارية من شخص إلى آخر وينتقل بموجبها حق الاستعمال والاستعمال وكذا التصرف ويتم ذلك عن طريق عقد البيع أو المقايضة كما تنتقل عن طريق الهبة.<sup>1</sup>

## أولاً : عقد البيع

## أ - نقل ملكية المبيع في العقار :

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

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

أهم ما يستفاد من نص المادة 793 أن انتقال الملكية العقارية أو الحق العيني العقاري ليس مصدره التصرف المبرم المتمثل في عقد البيع وإنما انتقال الحق العقاري مصدره مراعاة الإشهار العقاري وذلك بالمحافظة العقارية.<sup>2</sup>

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

<sup>1</sup> - دوة آسيا ،رامول خالد ،المرجع السابق، ص 80 .

<sup>2</sup> - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 28.

يلاحظ أن نص المادة 324 استعمل عبارة العقد الرسمي والأصح هو الورقة الرسمية، لأن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة كإبراء من الدين الذي يتم في شكل ورقة وليس في شكل عقد لأن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة.<sup>1</sup>

ويعتبر الموثق هو الشخص الذي أناط به القانون تحرير الأوراق الرسمية بشأن العقود التي يبرمها الخواص فيما بينهم.<sup>2</sup>

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

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

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

<sup>1</sup> - فريدة زواوي، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جزء 33 رقم 1995، 10، ص

<sup>2</sup> - أمر يحيياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، دون. تاريخ نشر، ص

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

<sup>4</sup> - القانون المدني الجزائري

الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك.<sup>1</sup>

وعليه فتسجيل العقارات هو الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار حين يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل.<sup>2</sup>

وحتى يتمكن مفتش التسجيل من اقتطاع نسبة الرسوم المفروضة على العقود لأن تحديد الرسوم يختلف من عقد لآخر كالبيع، الهبة، القسمة، المبادلة، ففي أي تصرف عقاري لا بد من تحديد قيمة العقار بالنسبة لعقد البيع وعليه فالثمن يعتبر ضروري باعتبار أن على أساسه يتم اقتطاع حقوق التسجيل حين نصت المادة 113 من قانون التسجيل على حالة إخفاء ثمن بيع العقارات أو التنازل عن محل تجاري أو زبائن أو في معدل مقايضة أو قسمة حين يكون جزاء ذلك غرامة مالية يدفعها الأطراف متضامنين<sup>3</sup>، وعليه يجب أن يكون الثمن متناسبا مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق .

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

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

مما تقدم نجد أن المتعاقدان يلجآن إلى إخفاء جزء من الثمن تهربا من رسوم التسجيل وفي هذا الصدد نصت المادة 113 من قانون التسجيل يكون باطلا وعديم الأثر كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري، يمكن إثبات إخفاء الثمن بشتى الوسائل المقبولة في قانون التسجيل كما نصت المادة 118 من نفس الأمر على ما يلي تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية التي تترث فيه أن ثمن البيع غير كاف مع دفع الثمن ما زاد فيه عشرة بالمائة إلى ذوي الحقوق، ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق.<sup>4</sup> ومن خلال نص المادة 118 نجد أن

<sup>1</sup> - قانون التسجيل

<sup>2</sup> - دوة آسيا، رامول خالد، المرجع السابق، ص 22.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 44.

<sup>4</sup> - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 27.

المشروع وضع تدابير تسمح للإدارة الجبائية باستعمال حق الشفعة للعقارات التي تكون محل نقل الملكية بمقابل مصرح به وهذا المقابل يكون أقل من القيمة الحقيقية التجارية لهذا العقار.<sup>1</sup>

وحق الشفعة هو رخصة أو امتياز يجيز للدولة الخزينة العمومية استعمال حق الشفعة على العقارات التي تكون محل نقل الملكية وتحل بذلك محل المشفوع منه عندما تترث أن ثمن المبيع غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن مزادا فيه العشر لذوي الحقوق في أجل سنة واحدة ابتداء من تسجيل العقد أو التصريح.<sup>2</sup>

وقد صدرت المذكرة الوازية رقم 140 الصادرة عن المديرية العامة للضرائب في 25 ماي 1994 بينت خاصة كيفيات استعمال حق الشفعة.

### ج - البيع كوسيلة للتحايل على أحكام الوصية:

قد يتحايل الأفراد على القاعدة الشرعية المقيدة لحرية الإيضاء أي قاعدة عدم نفاذ الوصية لو ارث أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث ، وغالبا يتخذون من العقد وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ويذكرون في العقد ثمننا سوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر ويحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طوال حياته بل قد يشترط أيضا منع المشتري من التصرف في تلك العين طوال حياة البائع وهي شروط مشروعة في ذاتها إذ يجوز أن يقتصر البيع على ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة ثم يعير المشتري العين للبائع طوال حياته.<sup>3</sup>

كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنيا على باعث مشروع و مقصورا على مدة معقولة وهذه المدة قد تكون طوال حياة البائع أما إذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم فإذا ثبت صورية الثمن وقصد التحايل على القانون فإن العقد يأخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفاة البائع فيما زاد عن ثلث التركة

<sup>1</sup> - دوة آسيا ،رامول خالد، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 101.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بين عنكون ، الجزائر، طبعة، 2000 ص

إلا بإقرارهم وللورثة إثبات صورية الثمن وقصد التحايل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن<sup>1</sup>.

والقرائن القضائية تختلف من قضية إلى أخرى فنجد أن بعض المحاكم المصرية قد اتخذت من بخس الثمن أو فقر المشتري أو عدم حاجة البائع قرائن على صورية الثمن كما اتخذ من اشتراط منع المشتري من التصرف<sup>2</sup>.

## ثانيا: عقد الهبة

### أ - عقد الهبة في التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية:

عقد الهبة في التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية يستلزم المشرع فيها تحقق أهلية التبرع عند الواهب وكذا مراعاة ركن الشكل في عقود الهبة الواردة على العقار<sup>3</sup>، كما تشير إلى ذلك المادة 206 من قانون الأسرة فتتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات<sup>4</sup>.

و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ويؤكد القرار الصادر تاريخ: 1994/11/09، ملف رقم 10365 من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي والا وقعت تحت طائلة البطلان<sup>5</sup> إذن إذا انصب عقد الهبة على عقار فان المشرع يوجب إفراغه في الشكل الرسمي، يحرره الموثق، وليس إعطاء الهبة الصيغة الرسمية أي أثار بالنسبة لاننتقال ملكية العقار الموهوب من الواهب إلى الموهوب له ما لم يستكمل الإجراء الشكلي الآخر المتمثل في إخضاعه إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية، وعليه فاعتبار عقد الهبة

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 220.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 222.

<sup>3</sup> - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، . المرجع السابق، ص 124.

<sup>4</sup> - قانون الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص

من التصرفات الناقلة للملكية العقارية و حتى ينشل الحق العيني العقاري الأصلي لفائدة الموهوب له ينبغي نشره في مجموعة البطاقات العقارية.<sup>1</sup>

ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة أن التصرف بحد ذاته يعتبر غير موجود طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75، ويترتب عنه أيضا أن حق ملكية العقار الموهوب تبقى للواهب ولورثته عند وفاته وتلك يد الشخص الموهوب له من حق الملكية ولا يجوز مطلقا تصحيح عقد الهبة في هذه الحالة بالإجازة من طرف الواهب أو ورثته و إذا تمسك الواهب أو ورثته بها ما عليهم إلا إبرام عقد جديد بشأنها ومراعاة ما سبق الإشارة إليه.<sup>2</sup>

### ب - الصورية في عقد الهبة:

#### - ستر عقد الهبة بستر عقد البيع:

عندما تتناول الصورية النسبية بطريق التستر طبيعة العقد ونوعه بيعا يخفي وصية س فالتغير في هذه الحالة يتناول سبب الموجبات المتبادلة وموضوعها ففي البيع يكون السبب موجب البائع وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري هو الثمن الذي يقبضه منه، أما في الهبة فسبب موجب الواهب الذي يتخلى عن ملكية الشيء الموهوب هو نية التبرع و عندما تستر الهبة بستر البيع يكون هناك تغير في صفة البائع الذي ينقلب بموجب العقد المستور إلى واهب و تغير في سبب موجب البائع الظاهر الذي هو رغبته في قبض الثمن في البيع والذي ينقلب في الهبة إلى نية التبرع ومن جهة المشتري و الموهب له فإن ستر الهبة بستر البيع يحول العقد المتبادل الذي هو عقد البيع إلى عقد غير متبادل الذي هو عقد الهبة ويزيل موضوع موجب المشتري الظاهر أي الموهوب له الحقيقي ويزيل أيضا السبب الحقيقي إخفاء طبيعة العقد ومن ذلك أن يذكر المدين في سند الدين أن القيمة وصلت نقدا وتكون الحقيقة أنه لم يستلم شيئا وإنما أراد التبرع بما تعهد بأدائه فيكون العقد الظاهر قرضا والعقد المستور هبة وقد يكون الغرض من التعهد الوفاء بدين قمار.<sup>3</sup>

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

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 126.

<sup>3</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 136.



## الفرع الثاني: في التصرفات الناقلة لجزء من الملكية

عكس حق الملكية الذي يمنح صاحبه سلطات التصرف و الاستغلال و الاستعمال هناك حقوق أخرى لا تعطي لصاحبها سوى سلطات محدودة يطلق عليها أجزاء حق الملكية ومنها الإيجار<sup>1</sup>.

## الصورية في عقد الإيجار:

أ- الأجرة الصورية: هي تلك الأجرة التي تذكر في العقد ولا يدفعها المستأجر فنكون بصدد عرية مستورة في صورة إيجار

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

وتتمثل هذه الحالة في الحالة التي يرغب فيها المؤجر باسترداد العين المؤجرة ولا تتوفر فيه الشروط القانونية اللازمة لذا فيقوم بنقل ملكية العين المؤجرة صوريا لأحد أفراد أسرته أو لأحد أصدقائه الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة لذلك.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث: في التأمينات العينية:

## أولاً: الرهن الرسمي

أ- الرهن الرسمي الصادر من المالك بعقد بيع صوري:

إذا كان الرهن مالكا للعقار بعقد بيع صوري ثم رهنه لدائن حسن النية أي يجهل صورية السند الذي تملك به الرهن، فبالرغم من أن الرهن ليس مالكا حقيقيا للعقار إلا أن الرهن يظل قائما، وذلك تطبيقا للقواعد الخاصة بالصورية التي تنص عليها المادة 198 التي تقضي أنه "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدان وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، فالدائن المرتهن الذي يجهل صورية العقد الذي يملك به الرهن وقت إبرام الرهن له أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري الذي يجعل الرهن مالكا، فيبقى حق الرهن للدائن المرتهن الذي رتبته له المالك الظاهر، ويلاحظ أن تمسك الدائن المرتهن بالرهن الصادر له من المالك الصوري

<sup>1</sup> - دوة آسيا، رامول خالد، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 207.

لا يكون في مواجهة المالك الحقيقي فقط بل ومن تعامل معه، فإذا رهن المالك الحقيقي العقار ولو لشخص حسن النية فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يصح رهنه<sup>1</sup>.

### ب - الرهن الصادر من المالك باسم مستعار:

وهذا أيضا مالا ظاهر وليس مالا حقيقي، فإذا وكل شخص آخر ليشتري له منزلا فقام الوكيل بشرائه باسمه هو لا باسم الموكل الأصلي متفقا معه على ذلك، فان الوكيل يصبح مالكا للمنزل أمام الناس وهو الاسم المستعار لا المالك الحقيقي، فإذا قام الوكيل برهن المنزل إلى شخص حسن النية يعتقد أنه المالك الحقيقي فإن الرهن يكون صحيحا و يستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن قبل الاسم المستعار و قبل المالك الحقيقي و من يخلفه و ذلك لنفس الاعتبار الذي ذكرناه<sup>2</sup> و لكن مالك العقار يستطيع إذا باعه و لم يسجل البيع أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكا له و يكون الرهن صحيحا إذا قيد قبل أن يسجل البيع<sup>3</sup>.

### ج - إخفاء الرهن في صورة بيع

كما اننا نعثر في كثير من القرارات التي يتبين منها ان الصورية استعملت لاختفاء التحايل على القانون فمحكمة التمييز اللبنانية اعتبرت بما ان ادعاء الجهة المميزة انصب اصلا على البيع المسجل في السجل العقاري انما كان صوريا ان يشكل بيعا يخفي تثمينا و بما ان هذا الادعاء يرمي للقول بصورية غايتها التحايل على القانون لمنع تنفيذ احكامه الزامية المتعلقة ببيع المرهون في المزاد العلني و من الراهن ومن احكام القانون المتعلقة بتنفيذ الرهن و التامين على العقارات و بيعها بالمزاد العلني دون جواز تملكها تلقائيا من الدائن مع استبعاد طريقة التنفيذ القانونية هذه وهي احكام الزامية و متصلة بالنظام العام ومخالفتها تحت ستار عقد اخر غير عقد الرهن كعقد البيع مع حق الاسترداد يجوز اثباتها أي اثبات صورية العقد المذكور بجميع طرق الاثبات

### ثانيا : الرهن الحيازي العقاري

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص67..

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص67..

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص68..

من بين التطبيقات في الرهن الحيازي إضافة إلى التطبيقات الخاصة بالرهن الرسمي ما قضت به محكمة النقض المصرية أنه إذا طلب المرتهن رهن حيازة أصل دينه و دفع الراهن باستهلاك الدين من ريع الأقطان المرهونة و قضت المحكمة في الدعوى بندب خبير لمعاينة الأقطان و تقدير ريعها على أساس أجر المال ام إجراء عملية الاستهلاك و صرحت في أسباب الاستهلاك، بأن عقود الإيجار التي تمسك بها الدائن المرتهني في تقدير الريع هي عقود صورية، فإن القضاء القطعي في صورية العقود في عدم الإعتداد بها يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه<sup>1</sup>.

وها هو المشرع المصري و قد دلته التجربة أن البيع مع حق الاسترداد كان في اللالب و في الحقيقة رهن حيازة مستور يخفي الربا الفاحش، و لذلك فقد حرص على أن تنص المادتان 339 و 338 من القانون المدني القديم المعدلتان بالقانون 49 لسنة 1923 على أنه إذا كان الشرط الوقائي مقصودا منه إخفاء رهن عقاري، فإن العقد يعتبر باطلا بوصفه بيعا أو رهنا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، لجزائر، 2009، ص204.

<sup>2</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق 288.

# الفصل الثاني

آثار الصورية

في

التصرفات العقارية



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

المبحث الأول: القيمة القانونية للعنصر المستور والعنصر الظاهر في العقد  
الصوري

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

و بما أن الصورية تنطوي على خلق ظاهر خادع بالنسبة للغير حسن النية و بعمل إرادي مقصود فقد اقتضت النصوص القانونية على حماية هذا الغير عن طريق السماح له بالتذرع بهذا الظاهر عند توفر بعض الشروط ، أي أن هذه النصوص لم تدع مبدأ احترام الإرادة الحقيقية يضر بالغير<sup>1</sup>

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

العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية، فالإرادة الظاهرة التي يتم الإعلان عنها للغير فقد تكون للمعبر إرادة ثانية خفية هي الإرادة الحقيقية والعبرة تكون بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ إليها المعبر لاعتبارات عديدة قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة<sup>2</sup>

فالصورية ليس بذاتها سبباً للبطن، والتصرف الصوري ليس تصرفاً باطلاً لمجرد كونه صورياً ولكن من ناحية أخرى فإن نفي بطلانه لا يعني أنه تصرف ينتن آثاره القانونية ما دامت هذه الآثار غير مقصودة في الحقيقة، فالقواعد العامة تقتضي أن تكون العبرة بالعقد الحقيقي سواء من حين الشرائط الموضوعية أو من حين الآثار<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> - . إسامي عبد اله، المرجع السابق، ص 288.

<sup>2</sup> - علي فيلاي، الالتزامات : النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ص. 87.

<sup>3</sup> - أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 20، العدد الأول. 2004، ص53..

إن المتعاقدان قصدا العقد المستور و أراداه، فيجب الاعتداد بإرادتهما الجدية الحقيقية دون أن يؤدي سعيهما إلى خلق ظاهر خادع إلى جعل الإرادة المستورة عاجزة عن إنتاج آثارها طالما أنها غير مشوية بعيب من عيوب الرضا، و طالما أنها غير مخالفة للقواعد القانونية، ولذلك فقد اعتاد الفقه و القضاء على القول بأن الصورية ليست بحد ذاتها سببا لإبطال العقود أو لتعطيل مفاعيلها، بل هي عنصر حيادي لا يصطبغ بلون معين و لا شأن لها بصحة أو بطلان العمل القانوني الذي تستره.<sup>1</sup>

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

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

لكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين و الخلف العام فإن له مع ذلك وجودا ماديا قد يترتب عليه أثر قانوني، فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية، و كذلك التصرف الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولا ضمنيا للميراث في القانون الفرنسي، و إذا كانت الصورية جزئية كالهبة المستورة بعقد بيع فينتج العقد فيما بين المتعاقدين آثار البيع بل آثار الهبة، ولا يلتزم المتصرف إليه بدفع الثمن المذكور في العقد، ولا يلتزم المتصرف بضمان العيوب الخفية والاستحقاق إلا في الحدود التي يلتزم فيها الواهب، ولا يمكن للمتصرف الرجوع فيها إلا في الحالات المقررة قانونا للرجوع عن الهبة، و تعامل الهبة المستورة كالهبة الظاهرة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 262.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 228.



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

وهكذا فإن الصورية لا تؤثر على طبيعة التصرف أو مشروعيته، فما إن يكشف النقاب حتى يظهر التصرف على حقيقته، فإن كان مخالفا للقانون فيلقى الجزاء المترتب عن هذه المخالفة. فإذا كانت الصورية حيادية و ليست بذاتها سببا للبطلان فإنها في الوقت ذاته لا تصح العقود الباطلة أو القابلة للإبطال. فما إن نرفع القناع عن العقد الحقيقي المستور بإثبات صورية العقد الظاهر حتى نطبق عليه القواعد الموضوعية اللازمة لانعقاده وصحته<sup>1</sup>.

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

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

#### أولا: في القوانين المقارنة

أ- القانون المدني المصري: نصت المادة 245 منه "إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي".<sup>2</sup>

ب- القانون المدني العراقي: نصت المادة 138 منه "يكون العقد المستتر هو النافذ بين المتعاقدين و الخلف العام و لا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام استوفى شروط صحته".<sup>3</sup>

ج - القانون المدني الأردني لسنة 1976: في نص المادة 369 منه، وهي مطابقة للمادة 178 من القانون المدني المصري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- نفس المرجع ، ص231-231.

<sup>2</sup>- القانون المدني المصري.

<sup>3</sup>- القانون المدني العراقي

<sup>4</sup>- القانون المدني الاردني

د- القانون المدني الجزائري: حين نصت المادة 199 منه " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"<sup>1</sup>.

### ثانيا : قراءة في النصوص القانونية السابقة :

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

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

ج- تورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري أن الصورية ليست سببا من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر دون الظاهر، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: مبررات القاعدة " العبرة الحقيقية" أولا: مبدأ سلطان الإرادة :

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

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

<sup>1</sup>- القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup>- سامي عبد الله، المرجع السابق، ص218..

مبدئياً، فمن ناحية السلامة الداخلية للإرادة فليس في الصورية مساس بها ولذا لا يعاب بها التصرف الحقيقي وهي لذا ليست سبباً للبطلان. يضاف إلى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل لهذه الإرادة حرية تشكيل التصرفات القانونية مادامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة، وليس للقانون إعتراض على ستر حقيقة هذه التصرفات باللجوء إلى الصورية.<sup>1</sup>

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

والقانون لا ينظر إلى التعبير وحده دون الإرادة نفسها، بل ينظر إلى التعبير مظهراً لإرادة موجودة وصحيحة، فإذا تبين أن ليست وراءه إرادة قائمة وصحيحة فلا يترتب على التعبير أي أثر، والعقد الظاهر هو تصرف ب نية الالتزام ولا تقصد منه الآثار التي ينتجها لو كان جدياً، ف يمكن أن يكون شيئاً أكار من تعبير لا إرادة وراءه.<sup>2</sup>

تلا هي القاعدة فإذا كانت الصورية كلية لم يوجد التصرف أصلاً لإنعدام الإرادة الجدية ، وإذا كانت الصورية جزئية فالعبرة من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي، هل إستكمل شروط الإنعقاد والصحة أم لم يستكملها، فإذا كان قد إنعقد صحيحاً وجب تطبيق أحكامه لا أحكام العقد الظاهر.<sup>3</sup>

### ثانياً: سرية الأعمال الخاصة:

هناك أيضاً حق المرء بسرية أعماله الخاصة، فليس من موجب قانوني يفرض على المرء شهر الأعمال والتصرفات التي يقدم عليها، والصورية التي لا تمس مصالح الغير وحقوقه تبدو ضرورية للحفاظ على السرية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص239..

<sup>2</sup>- سامي عبد الله، المرجع السابق، ص240..

<sup>3</sup>- نفس المرجع ص241..

<sup>4</sup>- سامي عبد الله، المرجع السابق، ص241...

**ثالثاً: مسلك المشرع نفسه:**

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

أليس في هذا النص دعوة صريحة لسلوك سبيل الصورية؟

وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة 197 من القانون المدني العراقي التي تتضمن أن السبب الظاهري للموجب لا يكون في الأساس مفسداً بنفسه للعقد بل يبقى صحيحاً إذا كان السبب الحقيقي للموجب مباحاً.<sup>1</sup>

ومن جهة أخرى، عندما يريد المشرع منع اللجوء إلى الصورية بمختلف أشكالها وطرقها نجده ينص صراحة على البطلان، بطلان التصرف القانوني بعنصره الظاهر والمستور، أو بطلان العنصر المستور لوحده، ومن ذللاً ما نص المادة 1099 من التقنين المدني الفرنسي فالفقرة الأولى من هذه المادة أشارت إلى أن الزوجين لا يمكن أن يهب أحدهما الآخر بصورة غير مباشرة أكثر من القدر المسموح به في الأحكام السابقة.

وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة صريحة بقولها أن أية هبة مستورة أو جارية عن طريق شخص مستعار تكون باطلة، فالمشرع نص على البطلان في هذه الحالة الخاصة بمقتضى نص خاص، وهذا يعني أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان وإلا لما اضطر المشرع للنص على البطلان في حالة خاصة من حالات الصورية، إذ الأصل الإباحة، ووجود الاستثناء يدل على وجود الأصل.<sup>2</sup>

**المطلب الثاني: الاستثناء في الصورية " العبرة للظاهر "**

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 242..

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 242..

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

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفرنسي فقد نص على هذا الإستثناء من خلال نص المادة 1321 في الشطر الثاني حين نصت أنه لا مفعول البتة لعقود الضد بوجه الأغيار .

وقد فسر الفقه و الإجتهد في فرنسا هذا الشرط بأنه لا يحول دون حق الأغيار بالتمسك بعقود الضد إذا كانت لهم مصلحة في التذرع بها فالحقيقة ولو سترت تضل حقيقة. و يحق للأشخاص الثلاثين في إعتبار الحجاب الظاهر الذي خدعهم هو المعبر عن حقيقة التراضي أي تمسهم بالعقد الصوري أي أن كلمة الأغيار المذكور هنا في الحالات الغالبة دائني المتعاقدين و خلفائهم الخصوصيين نظرا لأنهم هم الذين يضارون عادة من عقود الضد.<sup>2</sup>

## الفرع الأول: الأساس القانوني للاستثناء عن القاعدة

### في القوانين المقارنة و القانون الجزائري

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

و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسا بعضهم بالعقد الظاهر و تمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup>- سامي عبد الله، المرجع السابق، ص294..

<sup>3</sup>- القانون المدني المصري.

القانون المدني العراقي: نصت المادة 137 من القانون المدني العراقي على ما يلي " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري. كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك البعض بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".<sup>1</sup>

القانون المدني الأردني الجديد : رقم 43 لسنة 1976 نجد أن المادة 368 هي طبق الأصل مع المادة 244 من القانون المدني المصري.<sup>2</sup>

القانون المدني الجزائري : نصت المادة 198 من القانون المدني الجزائري " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري".<sup>3</sup>

## الفرع الثاني : مبررات الاستثناء

### أولاً : حماية الغير بالتمسك بالعمل الظاهر

إذا كان حق الغير بالتمسك بالعمل الظاهر مكرس قانوناً، ولا جدال بشأنه ، فالرأي الفقهي برر النص بالاستناد إلى فكرة الظاهر، فللشخص الثالث الحسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر الذي ليس له وجود قانوني لأنه انخدع به حماية له وحفاظاً لحقوقه ، وهو الذي انخدع بالظاهر وبني تعامله على أساسه فقد أجزى له استثناء التمسك بالظاهر كما لو كان عقداً صحيحاً مستجعماً كل شروط تكوينه وصحته دون أن يحق للمتعاقدين ولمن كان في حكمهم الإدلاء بوجهه بعقد سري بقي طي الخفاء سواء كان يتضمنه سند عادي أو سند رسمي أو كان له تاريخ صحيح، وبذلاً يستقر التعامل وتبع الثقة والاطمئنان في النفوس.<sup>4</sup>

1- القانون المدني العراقي.

2- القانون المدني الاردني.

3- القانون المدني الجزائري

4- نفس المرجع ، ص296.

**ثانيا : مبدأ حسن النية:**

يذهب فريق من الفقهاء أن كل ما يطلب من الشخص الثالث للتذرع بالظاهر هو حسن نيته دون الالتفات إلى حسن أو سوء نية المتصرف الصوري تماما كما هي الحال بالنسبة لنظرية الظاهر، ويضيفون إلى ذلك قولهم بأنه إذا تعارضت مصالح الأغيار وتذرع بعضهم بالعقد الظاهر وتذرع البعض الآخر بالعقد المستور فإن الأفضلية هي لمن يتذرع بالظاهر، وهنا تبدو فكرة إيقاع العقوبة بالمتصرف الصوري عاجزة عن تبرير هذا الحل طالما أن النزاع يدور بين أشخاص ثالثين غريباء عن الصورية.<sup>1</sup>

**ثالثا: الإعتبار الأخلاقي**

يذهب بعض الفقهاء أن خلق الظاهر خادع من شأنه تضليل الغير الأمر الذي يرتب مسؤولية من خلفه وبالتالي لابد من جزاء يلحقه جراء هذه المسؤولية، وهذا الجزاء هو حرمانه من التمسك بالعقد الحقيقي المستور بوجه الغير المخدوع ومنح هذا الأخير الحق التمسك بالعقد الظاهر ويستشهدون برأيهم بالقول أن دائني المتصرف إليه الصوري الذين نشأة حقوقهم قبل التصرف وبالتالي لم يكونوا إزاء ظاهر خادع، يمكنهم التمسك بالظاهر وهذا الأمر يؤكد لنا أننا إزاء عقوبة تلحق بالمستفيد من التصرف.<sup>2</sup>

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

إلا أن المشرع الفرنسي وسائر المشرعين العرب ارتأوا الأخذ بحل مخفف هو عدم سريان الظاهر الخادع بوجه الغير حارمين الفرقاء من الميزة التي ابتلواها من لجوئهم إلى الصورية وذلك مع بقائهم في ظل العقد الحقيقي خاضعين لأحكامه .<sup>3</sup>

**المبحث الثاني: الدعوى الصورية في التصرفات العقارية**

<sup>1</sup>- سامي عبد الله قاضي. المرجع السابق، ص295.

<sup>2</sup>- نفس المرجع ، ص297..

<sup>3</sup>- نفس المرجع ، ص298.

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

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

## المطلب الأول: ماهية الدعوى الصورية

### الفرع الأول: تعريف الدعوى الصورية و تحديد خصائصها

#### أ و لا: تعريف الدعوى الصورية

دعوى الصورية تنصرف إلى تقرير صورية العقد المطعون فيه بإعتباره يخالف حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان و لذلك يجب أن تنحصر طلبات المدعي المتعلقة بالطعن في العقد بتقدير صورته و بعد ذلك يحق له أن يضيف طلبات أخرى كتثبيت ملكيته لعين النازع عندما يكون مشتريا سجل التصرف الصوري، و قد يكون وارثا يطعن على العقد الصادر من مورثه بالصورية باعتبار أنه يخفي وصية مثال ذلك أن يتحايل الأفراد على القاعدة الشرعية المقيدة لحرية الإيضاء أي قاعدة عدم نفاذ الوصية لوarith أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث وغالبا يتخذون من العقد وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع ويذكرون في العقد ثنا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر ويحتفظ البائع بحق الإنتفاع بالعين المباعة طوال حياته، بل قد يشترط أيضا منع المشتري من التصرف في تلك العين طوال حياة البائع وهي شروط مشروعة في ذاتها إذ يجوز أن يقتصر البيع علي ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة ثم يعير المشتري العين للبائع طوال حياته.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ،دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2000، ص203.



كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة وهذه المدة قد تكون طوال حياة البائع أما إذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم فإذا ثبت صورية الثمن وقصد التحايل على القانون فإن العقد يؤخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفات البائع فيما زاد عن الثلث التركة إلا بإقرارهم وللورثة إثبات صورية الثمن وقصد التحايل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن<sup>1</sup>.

والقرائن القضائية تختلف من قضية إلى أخرى فنجد أن بعض المحاكم المصرية قد اتخذت من بخس الثمن أو فقر المشتري أو عدم حاجة البائع قرائن على صورية الثمن كما اتخذ من اشتراط منع المشتري من التصرف<sup>2</sup>

و احتفاظ البائع بحق الإنتفاع ومن عدم شهر العقد الوارد على العقار مع إبقائه في يد المتصرف إلى حين وفاته قرائن على قصد الاحتفاظ بمزايا العملية تحايلاً على قواعد الإيضاء<sup>3</sup>

مفاد ما تقدم أن دعوى الصورية ليست دعوى بطلان للتصرف. و قضت محكمة النقض المصرية بأن الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية و أن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أن في حقيقتها و بحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر و هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم.<sup>4</sup>

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

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

و هناك من يقول بأن دعوى الصورية هي دعوى تعويض أو دعوى إعلان عدم وجود العقد الظاهر أو بطلانه أو دعوى عدم نفاذ العقد المستور، و من الواضح أن هذه الدعوى تجد أساسها من مبدأ احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و عدم تك الظاهر الخادع على الأقل بالشكل

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص220..

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص222.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص223.

<sup>4</sup>- أنور طلبية، المرجع السابق، ص104.105.

الكاذب الذي يرد فيه ينتج أي أثر قانوني لم تهدف إليه الإرادة أصلاً . فعندما ينكر أحد الأطراف أو خلفه العام حصول الصورية فلا بد من اللجوء إلى القضاء لهدم الظاهر الكاذب و رفع القناع عن الحقيقة المستورة.<sup>1</sup>

### ثانياً: خصائص الدعوى الصورية

#### أ- ارتباط الدعوى الصورية بالضمان العام لحق ثانياً: خصائص الدعوى الصورية

#### أ ارتباط الدعوى الصورية بالضمان العام لحق الدائنين:

طبقاً لنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه" وعليه فالمشرع الجزائري و على غرار القوانين الحديثة قدم من الوسائل القانونية ما يكفل الالتزام و على حق الدائنين، حين تناول القانون المدني الجزائري في الفصل الثالث من الباب الخاص بآثار الالتزام تحت عنوان ضمان حقوق الدائنين المواد من 188\_202 و هذه الوسائل ليست مجرد طرق تحفظية، كما أنها لا تؤدي إلى التنفيذ المباشر و لكنها تمهد للتنفيذ إذ أنه يعيقها دون أن يستترزقه و من هذه الدعاوي الدعوى غير المباشرة - الدعوى البولصية- الدعوى الصورية.

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

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

<sup>1</sup>-أنور طلبية، المرجع السابق، ص104-105.

وهذا المبدأ أكده قرار المحكمة العليا يقضي بأن إجراء نزع الملكية العقارية من المدين مقدم بعدم كفاية المنقولات المحجوزة للوفاء بالدين.<sup>1</sup>

أما الوسائل التنفيذية تهدف إلى اقتضاء الدائن حقه من أموال المدين بواسطة القضاء ولا يجوز التنفيذ إلا بمقتضى سند تنفيذي.<sup>2</sup>

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

و الحجز التنفيذي علي عقارات المدين إجراء استثنائي في حالة عدم كفاية المنقولات<sup>3</sup>

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

### الدعوى الصورية ليست دعوى بطلان التصرف:

لمحكمة الموضوع أن تعطي الدعوى وصفها الحق و تكييفها القانوني الصحيح، و من ثم يكون لها إذا رفعت إليها الدعوى بطلب بطن عقد و أرت أن التكييف الصحيح لها أنها دعوى صورية و يجب عليها أن تقضي فيها وفقا لهذا التكييف الأخير<sup>4</sup>

### اختلاف اثر الدعوى الصورية بحسب نوع الصورية:

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

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

<sup>1</sup> - عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية ، الطبعة الأولى ، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص224.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص874..

<sup>3</sup> - عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية، المرجع السابق، ص206.

<sup>4</sup> - أنور طلبية، الصورية، المرجع السابق، ص115.

من الالتزامات التي يترتبها العقد يقابل ذلك أن المتعاقد الآخر لا يلتزم بدوره بأي من تلك الالتزامات.

أما إذا كانت الصورية نسبية فإن العقد يكون موجودا، إذ ترد هذه الصورية على نوع العقد أو على ركن أو شرط منه أو على أحد المتعاقدين، فالعقد موجود و حقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان و أحلا محله حكما صوريا.<sup>1</sup>

**الدعوى الصورية قد تكون قابلة للتجزئة و قد لا تكون قابلة لها فتكون الدعوة بالصورية قابلة للتجزئة إذا وردت على تصرف يقبل محله التجزئة كأرض فضاء زارعة إذ يجوز تجزئتها بحين ينفذ العقد في القدر الذي لا يمس حقوق متصرف إليه آخر.**

و تكون غير قابلة للتجزئة إذا استحال إعتبار العقد جديا بالنسبة لبعض الخصوم و صوريا بالنسبة للبعض الآخر عند إتحاد الخصوم في المركز القانوني الواحد كالورثة، فإن كانت الدعوى الصورية غير قابلة للتجزئة وجب إختصام جميع من كان ماثلا أمام محكمة الدرجة الأولى عند رفع الإستئناف سواء كان محكوما لهم أو محكوما عليهم و إلا وجب على محكمة الإستئناف تكليف المستأنف بإدخالهم في الاستئناف و لو بعد الميعاد، فإن لم ينفذ قرارها قضت من تلقاء نفسها بعدم قبول الاستئناف لتعلق هذا الاختصام بالنظام العام. فان لم تنتبه المحكمة لذلك و قضت في الاستئناف كان حكمها باطلا.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: تمييز الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوي

سيكون محور المقارنة ما بين الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة و المقارنة ما بين الدعوى الصورية و الدعوى البولصية (البوليانية)، حيث ما يجمع هذه الدعاوي الثلاث أنها تشكل الضمان العام للدائنين و حماية حقوقهم و ستنين هذه المقارنة أوجه الشبه و أوجه الخلاف و هذا على النحو التالي:

**أولا: الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة**

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص 116-117.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 113.

تتميز عن الدعوى غير المباشرة بكون الدائن يقوم بالدعوى ضد مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوى غير المباشرة.<sup>1</sup>

وتعطى هذه الدعوى المباشرة نوعا من الامتياز للدائن إذ تجنيه عسر مدينه و مزاحمة الدائنين فيمارس الدائن بواسطة الدعوى المباشرة حق مدينه وبالتالي لا يمكنه المطالبة أكار من حق مدينه كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء .

تعتبر الدعوى المباشرة استثناء من مبدأ نسبية العقد إذ يتحصل الغير على حق مباشر من العقد لم يكن طرفا فيه ويكون القانون هو مصدر هذه الدعوى المباشرة وهي حالة استثنائية.<sup>2</sup>

### أ- الدعوى غير المباشرة

هي وسيلة قانونية يستعملها الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها. و هي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة عنه ألا تعرض وجود علاقة مباشرة بين الدائن الذي يرفعها و بين مدين مدينه ،و تؤدي إلى إدخال الحق الذي طالب به دائن مدين المدين في ذمة ذلا المدين و بالتالي إلى الضمان.<sup>3</sup>

### 1- مجال استعمال الدعوى غير المباشرة:

من خلال نص المادة 189 من القانون المدني الجزائري " ... أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز".<sup>4</sup>

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

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

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص424 .

2- نفس المرجع، ص 425.

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

4- القانون المدني الجزائري .

الحقوق الغير قابلة للحجز او الخارجة عن الضمان العام الحقوق الغير قابلة للحجز او الخارجة عن الضمان العام من دعاوى النفقة، حق المدين في المسكن.<sup>1</sup>

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

**استعمال رخص المدين:** فليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدتها هو حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة مال قبول الهبة.<sup>2</sup>

- شروط استعمال الدعوى غير المباشرة :

أ- الشروط التي ترجع للدائن :

يشترط في حق الدائن أن يكون حقه ثابتا و محققا، فإذا كان حقه احتماليا كحق الوارث قبل موت الموروث أو كان حقه محل نزاع فلا يكون محققا لأن ثبوت صفة الدائنية هي شرط لقبول الدعوى، و لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار و لا مستحق الأداء و لا أن يحصل على إذن من القضاء ليحل محل مدينه و لا أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين.<sup>3</sup>

ب- الشروط التي ترجع إلى المدين :

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

و أيضا شرط إعسار المدين فلن تكون امة مصلحة للدائن في استعمال حقوق مدينه إلا إذا كان عدم استعمالها سيؤدي إلى إعسار المدين أو زيادة عسره.<sup>4</sup>

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

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

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

4- نفس المرجع، ص878.

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

#### أ- أوجه الشبه بين الدعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة:

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

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

#### ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين

الصورية ثبت فيما بين المتعاقدين بالكتابة، و الخلف العام يأخذ حكم المتعاقدين، فإذا لم توجد ورقة الضد و هي الوثيقة التي يثبت فيها حقيقة التصرف فلا يمكن الإثبات في هذه الحالة إلا بإقرار الخصم نفسه أو نكوله عن أداء اليمين، على أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الإثبات بالشهود و القرائن فيما يجب إثباته بالكتابة و عندئذ يجوز للمتعاقد إثبات الصورية بإحدى الطريقتين، و هذه الحالات هي حالة وجود مانع أدبي حال دون الحصول على الكتابة ورقة الضد و حالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي.<sup>2</sup>

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

#### ثانيا: الدعوى الصورية و الدعوى البولصية البوليانية

<sup>1</sup>- القانون المدني الجزائري .

<sup>2</sup>- محمد صيري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 125.

### أ- تعريف الدعوى البوليصية:

وهي دعوى عدم نفاذ التصرفات، فقد يلجأ المدين إلى التصرف في أمواله كلها أو بعضها قاصدا بذلا لإضرار بالدائنين لذا قررت الإرادة التشريعية دعوى تهدف إلى حماية الدائن من تصرفات مدينه التي يجريها إضرارا به و هي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين<sup>1</sup>، و قد أشار إليه المشرع الجزائري في المواد من 191 إلى 197 من القانون المدني الجزائري.

### ب شروط استعمال الدعوى البوليصية

#### 1- الشروط التي تتعلق بالدائن:

حين نصت المادة 191 من القانون المدني الجزائري " كل دائن حل دينه، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته و ترتب عسر المدين".<sup>2</sup>

و عليه يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء و ينبغي أن يكون خال من النازع كما يجب أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه. و العبرة في ذلنا بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاق أدائه، أو بتاريخ الفصل فيما اثر حول وجوده أو مقداره من النزاع.<sup>3</sup>

#### الشروط التي تتعلق بالمدين:

أن يكون المدين معسرا: فالإعسار هو الذي يقيد حرية المدين في التصرف و يتحقق الإعسار نتيجة عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه.

أن يكون المتصرف ينطوي على غش: و يقصد بالغش توافر النية لدى المدين في الإضرار بدائنه فهو يبرم التصرف المفقر الذي يؤدي إلى إعساره، أو الزيادة في هذا الإعسار مما يؤدي إلى إنقاص ضمانه العام و عدم تمكن الدائنين من استيفاء حقوقهم بالتنفيذ على أمواله.<sup>4</sup>

#### الشروط التي تتعلق بالتصرف المطعون فيه:

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 925.

2- القانون المدني الجزائري.

3- جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 44.

4- نفس المرجع، ص 44.



أن يكون التصرف قانونيا : و هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. أن يكون التصرف مفقرا: أي من شأنه خروج المال أو الحق من نمة المدين سواء بالمقابل أو دون مقابل. فالتصرف المفقر هو الذي من شأنه ان ينقص حقوق المدين<sup>1</sup>

ألا يكون التصرف متعلقا بحق شخص متصل بشخص المدين: مال النفقة، المرتبات. تقادم الدعوى البولصية:

تنص المادة 197 من القانون المدني الجزائري " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء 3 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن عدم نفاذ التصرف و تسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه".<sup>2</sup>

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

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

**أوجه الشبه بين الدعوى الصورية و الدعوى البولصية:**

المدين في كلا الدعويين يحاول أن يتجنب تنفيذ الدائن على ماله فيتصرف في ماله تصرفا جديا أو صوريا و في كلتا الحالتين لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن، كما تتشابه الدعويان في أن اثر الحكم يتعدى الدائن المحكوم له إلى سائر الدائنين بحين يستفيد الدائنون جميعا من الحكم و إن لم يشترك بعضهم في رفع الدعوى.<sup>3</sup>

**أوجه الاختلاف بين الدعويين:**

في الدعوى الصورية يكون تصرف المدين في ماله تصرفا صوريا أي ليس جديا في حين أنه في الدعوى البولصية يكون تصرف المدين تصرفا جديا.

بمعنى أن تصرف المدين الظاهر ليس له وجود قانوني بين المتعاقدين، في حين أن تصرف المدين في البولصية يكون له وجود قانوني مع احتواءه على الغش و الاحتيال على حقوق

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص115.

<sup>2</sup> - القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - عرفات نواف فهمي مرادوي، المرجع السابق، ص57..

الدائنين، و يترتب على ذلك أن المدين يستطيع أن يسترد العين التي باعها سوريا للمشتري في حين انه لا يستطيع ذلك في الدعوى البولصية لان البيع صدر منه جدياً.

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

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

لا يشترط في الصورية أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف السوري، أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: مباشرة الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء

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

### الفرع الأول: الصفة و المصلحة لمباشرة الدعوى الصورية أولاً: الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، و تقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرف أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة.<sup>2</sup>

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

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 58.

<sup>2</sup> - عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية، المرجع السابق، ص 34.

و على ذلك لا يتصور رفعها من الأشخاص المستفيدين من الصورية و الذين من عاداتهم التمساً بالظاهر الخادع، كالموهوب له و الموصي له و المشتري من المشتري السوري و خلفائهم العامين أو الخاصين و دائنيهم.<sup>1</sup>

و لكن يمكن تصور رفعها من:

#### أ- أحد أطراف العقد السوري بوجه الطرف الآخر

فيرفعها البائع السوري ليتخلص من موجباته كبائع تجاه المشتري السوري و يرفعها الوهاب المستور بوجه الموهوب له المستور لكشف حقيقة التصرف الشرعي تمهيدا للرجوع بالهبة عند توافر الشروط القانونية اللازمة لهذا الرجوع.<sup>2</sup>

و من الشروط القانونية للرجوع في الهبة ما نصت عليه المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري، حين أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالة استثنائية و هي كما تنص المادة " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:

2- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

1- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

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

وقد يقيم دعوى الصورية المش تري السوري أو صاحب الاسم المس تعار ليتخلص من موجباته كمشتري أو كامالا أو ليكشف حقيقة المعاملة و أنه لم يكن سوى موهوب له أو مجرد " واجهة" كاذبة تمهيدا لترتيب النتائج القانونية على صفته الحقيقية، و عندما تقام الدعوى الصورية من أحد طرفي العقد السوري فإنه يجب إدخال كل من له مصلحة في التمساً بالعقد الظاهر في المحاكمة كالحلف الخاص للمشتري السوري إذا كان سيء النية، و ينزل منزلة أطراف العقد السوري

<sup>1</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 350.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 350.

خلفائهم العامون أو بوجه عام كالورثة و الموصى لهم بجزء من التركة و يقيمون الدعوى للغرض ذاته الذي يسعى إليه أطراف العقد الصوري.<sup>1</sup>

### ب\_ الغير:

يمكن للغير أن يباشر دعوى الصورة و يقيمها بوجه طرفي الصورية أو أحد أطرافها عندما تقضي مصلحته التمساً بالعقد المستور، فتقام ما من دائن البائع ليتمكنوا من التنفيذ على المال المباع صورياً، أو تقام من كل من تلقى من البائع حقا متعلقا بذلا المال كمشتر ثان أو دائن مرتهن أو مستأجر.

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

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

و لكن لا جدوى من إقامة دعوى الصورية بوجه الأشخاص الثالثين الحسني النية إذا كان من مصلحة هؤلاء التمساً بالظاهر، واعتبرت محكمة النقض المصرية أنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهداً من أن يطعن فيه بالصورية متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي، و متى كان هذا الطعن موجهاً ضد طرفي الخصومة الذين اشتركوا معه فيها لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصلحتهم بصورية مجهولونها.<sup>2</sup>

### ج- مصلحة الضرائب الدائنة بالرسوم:

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

### ثانياً: المصلحة

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص 351.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 354.

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

و المصلحة في هذا المعنى هي المنفعة التي يجنيها و هي في نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها.<sup>1</sup>

و تكون هذه المصلحة قائمة أو محتملة.

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

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

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

و المصلحة المحتملة التي يقرها وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي التي تكون من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه وفقا للمادة 101 من قانون الأسرة<sup>2</sup>، والتي في نصها " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه."<sup>3</sup>

وعليه فمصلحة ذوي الحقوق هنا احتمالية إلا أن رجحان كفة الإضرار بهم تمنحهم الحق في قيد دعوى الحجر. ولما كانت دعوى الصورية تخضع لسائر الأحكام التي تخضع لها الدعاوى عموما فإنه يشترط لقبولها أن يكون من شأنها تحقيق مصلحة للمدعي أو لمن يتمسك بالصورية، فإن تبين للمحكمة انتفاء هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى أو الرفض ولو من

<sup>1</sup>- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية، دون طبعة، منشورات امين، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص48.

<sup>2</sup>- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص39

<sup>3</sup>- قانون الأسرة الجزائري.

تلقاء نفسها. فالدائن المرتهن أو صاحب حق الإختصاص أو الامتياز ليس لأحدهم مصلحة للطعن على تصرف مدينهم لأن لهم حق تتبع العقار في أي يد يكون، حتى لو انتقل إلى حائز بموجب عقد حقيقي طالما اتخذوا الإجراءات التي تجعل هذا التأمين نافذاً في حق الغير.<sup>1</sup>

و ميزة الشفيع تخول للدائن المرتهن القدرة على أن ينفذ على العقار بحقه و لو تصرف فيه الراهن إلى الغير و هو الذي يسمى حائزاً للعقار.<sup>2</sup>

و حق التتبع ما هو إلا اثر من آثار قيد الرهن في مكتب الإشهار العقاري الذي يقع في دائرة اختصاصه العقار المرهون، و يتم القيد بناء على طلب صاحب الشأن الراهن أو الدائن المرتهن متى تحقق نفاذ رهنه في مواجهة الغير.<sup>3</sup>

لكن إذا سقط قيد الرهن بعدم تجديده في الميعاد فإن المصلحة تكون متوافرة بالنسبة لهم عند الطعن بالصورية.<sup>4</sup>

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

أولاً: ضرورة شهر الدعوى الصورية في التصرفات العقارية

أ\_ مفهوم شهر الدعوى في التصرفات العقارية:

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

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

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

فمن خصائص نظام الشهر العيني:

1- أنور طلبه، المرجع السابق، ص108..

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

3- نفس المرجع، ص129 .

4- أنور طلبه، المرجع السابق، ص108.

**قاعدة التخصيص:** فيخصص لكل تصرف ورد على العقار سواء كان منشئاً أو معدلاً أو ناقل حق الملكية العقارية بطاقة عقارية عينية تقيد فيها جميع المعاملات الواردة عليه<sup>1</sup>

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

**الشهر العقاري مصدر الحق العيني :** مفاد هذه القاعدة أن الحق العيني لا ينشأ و لا يعدل ولا يزول ولا ينتقل إلا إذا اخضع إلى عملية الإشهار العقاري.<sup>3</sup>

هو ما تؤكدته المادة 793 من القانون المدني الجزائري " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلًا بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون فيما يخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"<sup>4</sup>.

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

**مبدأ القيد المطلق أو القوة الثبوتية:** إن عملية الإشهار العقاري للسندات العقارية من نظام الشهر العيني تأخذ معلومات أساساً من العقار، و يقصد بهذه القاعدة أن التسجيل بإدارة الشهر العقاري هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية فهو الذي يعدلها أو ينقلها أو يزيلها أو ينشئها السند العقاري المشهر، كما يمكن صاحبه الاحتجاج به على الكافة.<sup>5</sup>

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

<sup>1</sup>- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup>- المرسوم 63/76.

<sup>3</sup>- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

<sup>4</sup>- القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup>- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 24.

**مبدأ المشروعية:** مبدأ المشروعية في تسجيل و تدوين الحقوق العقارية بالسجل العقاري أن عملية الإشهار العقاري للسندات الخاضعة للشهر تسبقه دراسة قانونية دقيقة لما تضمنه حتى يتأكد من كل عيب.<sup>1</sup> و قد اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر العيني صراحة من خلال الأمر 74 /75.

و من مقتضى نظام الشهر الشخصي الذي اعتمد في فرنسا بموجب قانون 23 مارس 1855م أن الملكية و سائر الحقوق العينية العقارية تنتقل بين الأطراف أنفسهم بمفعول العقود العادية و بالتاريخ الذي نظمت فيه هذه العقود، أما بالنسبة للغير فإنها لا تعتبر نافذة إلا اعتبارا من تسجيلها في الدائرة الرسمية أي أن هذا النظام هو نظام إشهار، ليس من شأنه بالتالي تظهير الحقوق من العيوب التي قد تشوبها و ليس لقيوده القوة الثبوتية.<sup>2</sup>

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

و قرر المشرع الجزائري إلزامية شهر الدعاوى العقارية بالمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقا طبقا للمادة 14 فقرة 4 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

هذه المادة وضعت شرطا يتمثل في أن الدعاوى العقارية ينبغي أن تكون منصبة على حقوق عينية مشهورة، أما إذا لم تكن هذه الحقوق كذلك فالأصل أن الدعوى العقارية لا تسمع أصلا من طرف الجهة القضائية، و لا يتصور إلى الإشهار بالمحافظة العقارية طالما أن الحق العيني الذي

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص 25

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 26.



تتمحور عليه الخصومة القضائية غير مشهر، و هو ما يعمل به المشرع الفرنسي بموجب المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 بحيث فقرر أن الدعوى غير المشهرة بمحافظة الرهون تقع تحت طائلة عدم القبول من الجهة القضائية المرفوع إليها النزاع.<sup>1</sup> قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية المؤرخ بتاريخ :

2000/04/26 من الثابت قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا، و لما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شك لم تشهر دعواها طبقا للمادة 83 من المرسوم المشار إليه فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها و الحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و بين أختها و هي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض<sup>2</sup>.

و عليه:

### الهدف من شهر الدعاوى العقارية :

مما لا شك فيه أن الهدف الأساسي الذي يرمي إليه المشرع من خلال نص المادة 83 من الأمر 63/76 هو الحفاظ على الحقوق الثابتة تفاديا للفوضى و عدم الاستقرار في المعاملات العقارية، بحين تجعل التعامل في العقار عالما بحالته يقينا، فإذا أقدم على شرائه فإنه يكون مقدا على شراء حق متنازع فيه أو أنه من المحتمل أن ينزع منه بعد صدور الحكم القضائي بشأنه و إعادته إلى من صدر الحكم لفائدته الذي له أن يتمسك بسوء نية الغير الحائز للعقار.

<sup>1</sup>- نفس المرجع ، ص 41.

<sup>2</sup>- المجلة القضائية ، العدد الاول، سنة 2000، ص156 ومايلها.

و هو ما يفهم من نص المادة 86 من المرسوم 63/76 " إن فسخ الحقوق العينية أو إبطالها أو إلغائها أو نقصها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص قد تم إشهارها مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء بحكم قانوني تطبيقا للقانون".

### ب- ضرورة شهر الدعاوى الصورية:

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

فلقد مر معنا أن موضوع دعوى الصورية هو كشف النقاب عن الحقيقة و من الطبيعي أن يكون مفعول الحكم بدعوى الصورية الكشف عن حقيقة التصرف القانوني الحاصل و أن يقتصر دوره عن إعلان الحقيقة.<sup>1</sup>

و كما مر معنا أن دعوى الصورية ليست دعوى بطلان بل هي دعوى تقرير صورية العقد أو التصرف، و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها في حقيقتها و بحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبة بطريق التستر و هذه الدعوى لن تسقط بالتقادم.<sup>2</sup>

فالدعوى الصورية في التصرفات العقارية ليست دعاوى لبطلان التصرف و إنما دعاوى لتقرير صورية التصرف العقاري، عليه لا تنطبق عليه أحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 لأن أحكام هذه المادة تطبق فقط على الدعاوى الرامية إلى النطق بالفسخ، الإبطال، الإلغاء، النقض و ليس الدعاوى الرامية إلى كشف الحقيقة و تقرير الصورية.

<sup>1</sup> - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص75.

<sup>2</sup> - أنور طلبية، المرجع السابق، ص105..

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

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

### ثانيا: المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى الصورية في التصرفات العقارية

#### أ\_ الإختصاص الإقليمي :

إن المبدأ العام للإختصاص الإقليمي في المنازعات القضائية هو موطن المدعى عليه. حين أن نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ينص على أنه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعي عليه ، و إن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له و في حالة اختيار موطن يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.<sup>1</sup>

وعليه نجد جميع التشريعات المقارنة تجمع على انعقاد الإختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدعي عليه كقاعدة عامة و ذلا أن الأصل هو براءة الذمة و من ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه كما أن المدعي هو الآخذ بزمام المبادرة و اختيار الوقت الذي يناسبه فيجب من باب التوازن ألا يختار أيضا المحكمة التي تناسبه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

<sup>2</sup> - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص84.

ولا يعتبر الإختصاص الإقليمي من النظام العام و بالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه إلا في حالات استثناء وردت على سبيل الحصر نظمتها المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري حين نصت المادة " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواه." ، و في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقارات و الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار.<sup>1</sup>

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

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

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

### ب\_ الإختصاص النوعي:

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

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

<sup>1</sup>- قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

إنما يجوز إثارة الدفع من جديد أمام جهات الطعن و تقضي فيه بناء على قناعة مستقلة من قضاة هذه الجهات.<sup>1</sup> و عليه ترفع الدعاوى العقارية في القسم العقاري، فالقسم العقاري ينظر في المنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية، و بالتالي لا يقتصر الإختصاص على الملكية العقارية. و استعمال لفظ الأحكام العقارية اشمل و حين تستغرق الحقوق العينية غير الملكية كحق الإنتفاع و الحقوق الشخصية كالإيجار.

إن المجالات الإحدى عشر 11 الواردة في المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارة التي ينظر فيها القسم العقاري على وجه الخصوص تخضع من الناحية الموضوعية لمجموعة قوانين ذات صلة بالعقار، منها القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم. و القانون 19/87 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم. و القانون 30/90 المؤرخ في 08/12/1987 المتضمن قانون الأحكام الوطنية و المرسوم التشريعي 30/90 المؤرخ في 01 مارس 1993 بالنشاط العقاري و مجموعة النصوص العقارية بالمرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و أحكام القانون المدني بالنسبة لحق الملكية، الملكية المشتركة الملكية على الشيوع، الحقوق العينية، التأمينات العينية، التقادم، حق الاستعمال حق الإستغلال حق السكن.<sup>2</sup>

و قد نصت المادة 511 بنظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية.<sup>3</sup>

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

في حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و التأمينات العينية

في الحيازة و التقادم و حق الإنتفاع و حق الإستعمال و حق الإستغلال، و حق السكن

في نشاط الرقبة العقارية

في الملكية المشتركة للعقارات المبينة و الملكية على الشيوع

<sup>1</sup>- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص 90..

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 366.

<sup>3</sup>- قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

في إثبات الملكية العقارية

في الشفعة

في الهبات و الوصايا المتعلقة بالعقارات

في التنازل عن الملكية و حق الانتفاع

في القسمة و تحديد المعالم

في إيجار السكنات و المحلات

في الإيجارات الفلاحية<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup>- قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

الخطمة

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

و على رايانا في الصورية في التصرفات العقارية و ما سوف يقال نقترح بعض التوصيات

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

نقترح وجوب التوسيع من دائرة شهر الدعاوى القضائية فالمشرع الجزائري نص في المادة 85 من المرسوم 63/76 أن الدعاوى الواجبة للشهر هي:

دعوى الفسخ : ترفع في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه

دعوى الإبطال : تمارس في حالة ما إذا اعتزى العقد فسادا في شرط من شروط الصحة كأنعدام الأهلية، عيوب الإدارة.

دعوى الإلغاء: تنصب على إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية.



دعوى النقض: ترفع في حالة المطالبة بنقض القسمة الودية و على هذا كان من الأحرى بالمشرع الجزائري التوسع من دائرة التصرفات الواجبة الشهر لتضم الدعاوى التي ترمي إلى كشف حقيقة العقد، ذلا أن الهدف من شهر الدعاوى هو الحفاظ على الحقوق الثابتة بالشهر تفاديا للفوضى و عدم الاستقرار في المعاملات العقارية بحين تجعل المتعامل في العقار عالما بحاله علما يقينيا، فإذا أقدم على شرائه فإنه يكون مقدا على شراء حق متنازع فيه و أنه من المحتمل أن ينزع منه بعد صدور الحكم القضائي بشأنه

اقتراح توسيع صلاحيات المحافظ العقاري في نظام الشهر العيني، و ذلك تطبيقا لمبدأ المشروعية فمن خلال هذا المبدأ فالمحافظ العقاري له دور ايجابي مهم و متميز، حيث أوجب عليه المشرع التدخل من أجل مراقبة مدى استيفاء المحررات المراد شهرها على مستواه على شروط من جانبها الشكلي و الموضوعي كما تشير إلى ذلنا المادة 105 من المرسوم 63/76. لكن هذه المادة نصت أن المحافظ العقاري يحقق بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخ ق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح. وعليه كان أحرث بالمشرع من توسيع ص حيات المحافظ العقاري ولم لا يكون قاضيا خاصة في مجال التصرفات الصورية لما يماله هذا من تحايل على القانون قصد التهرب الضريبي أو لحرمان الشفيح من حقه في التمسا بالشفعة.

# فهرس المحتويات



الصفحة	المحتويات
	الاهداء
	شكر و عرفان
أ	المقدمة
	الفصل الأول : ماهية السورية في التصرفات العقارية
7	المبحث الأول: مفهوم وتطور السورية في التصرفات العقارية
7	المطلب الأول: مفهوم السورية في التصرفات العقارية
7	الفرع الأول: تعريف السورية وتمييزها عن غيرها
12	الفرع الثاني: عناصر وأنواع السورية في التصرفات العقارية
17	الفرع الثالث: بواعث السورية في التصرفات العقارية
20	المطلب الثاني: تطور السورية في التصرفات العقارية
20	الفرع الأول: السورية في العصر الروماني
21	الفرع الثاني: السورية في العصر الإسلامي
23	الفرع الثالث : السورية في العصر الحديث:
25	المبحث الثاني: مجالات السورية في التصرفات العقارية:
25	المطلب الأول : مجالات السورية في التصرفات بالإرادة المنفردة
30	المطلب الثاني: في التصرفات بالإرادتين
30	الفرع الأول: التصرفات الناقلة لكل الملكية العقارية
36	الفرع الثاني: في التصرفات الناقلة لجزء من الملكية
37	الفرع الثالث: في التأمينات العينية:
40	المبحث الأول: القيمة القانونية للعنصر المستور والعنصر الظاهر في العقد السوري
40	المطلب الأول: القاعدة العامة في السورية "العبرة للحقيقة:"
42	الفرع الأول: الأساس القانوني لقاعدة "العبرة للحقيقة في العقد السوري"

44	الفرع الثاني: مبررات القاعدة " العبرة الحقيقية" أولاً: مبدأ سلطان الإرادة
46	المطلب الثاني: الاستثناء في الصورية " العبرة للظاهر "
47	الفرع الأول: الأساس القانوني للاستثناء عن القاعدة
48	الفرع الثاني : مبررات الاستثناء
49	المبحث الثاني: الدعوى الصورية في التصرفات العقارية
49	المطلب الأول: ماهية الدعوى الصورية
49	الفرع الأول: تعريف الدعوى الصورية و تحديد خصائصها
54	الفرع الثاني: تمييز الدعوى الصورية عن غيرها من الدعاوي
60	المطلب الثاني: مباشرة الدعوى الصورية في التصرفات العقارية أمام القضاء
60	الفرع الأول: الصفة و المصلحة لمباشرة الدعوى الصورية أولاً: الصفة
64	الفرع الثاني : ضرورة شهر دعاوى الصورية في التصرفات العقارية في المحكمة المختصة للنظر في دعوى الصورية في التصرفات العقارية.
74	الخاتمة
	الفهرس
	المراجع

المراجع



## قائمة المراجع والنصوص القانونية

1. أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 1771.
2. أحمد دغيش ،حق الشفعة في التشريع الجزائري ،دون طبعة، دار هومة،الجزائر،1722
3. اسماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري: دراسة تحليلية وصفية، دون طبعة ،دار هومة، الجزائر، 2003.
- 4.أعمر يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر،دون تاريخ نشر.
5. العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دون طبعة، منشورات أمين، الجزائر، دون تاريخ نشر.
6. الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1772.
7. أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، دون طبعة،المكتب الجامعي الحدين، دون بلد النشر، 1777.
8. جميلة دوار، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار قرطبة،الجزائر، 1722.
9. جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 1722.
10. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 1778.
11. دربال عبد الرازق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني، دون طبعة،الجزائر، 1775.
12. دوة آسيا، ارمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دارهومة ،الجزائر، 1722.
13. زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثانية دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر.



- 
- 
14. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 1777.
15. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع وعقد الإيجار، الأردن، دون تاريخ نشر.
16. عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية و الجزائية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
17. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الإثبات - آثار الالتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
18. عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
19. عبد الرازق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دون طبعة، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2004.
20. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1775.
21. عبد المجيد الحكيم، عبد الناصر البكري، محمد طه البشير، القانون المدني و أحكام الإلتزام الجزء الثاني، دون طبعة، دون ناشر، دون بلد النشر.
22. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للقانون، دون طبعة، دار هومة الجزائر، 1727.
23. علي فيلالي، الإلتزامات: النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
24. عمر حمدي باشا، دراسات قانونية مختلفة، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2001.
25. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 1775.
26. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر.
- 
-

27. محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2111.
28. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1777.
29. محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار الكتاب الحدين، الجزائر، 1771.
30. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الإلتزام العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1775
31. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1771.
32. محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 1771، ص 75.
33. ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 1775.
34. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1775.
35. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: أحكام الإلتزام، الطبعة الأولى، دار الاقافة، الأردن، 1771 .

### قائمة المحاضرات

1. محمدي فريدة، محاضرات في عقد الإيجار وفقا للقانون 75/78 المؤرخ في 21 ماي 1775 المتضمن تعديل القانون المدني. 1775/1771.
2. محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، دون تاريخ.

### الرسائل الجامعية

1. زواوي محمد، الشكالية لصحة التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 1978.
2. عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 1727.

### الدوريات والمقالات

1. فريدة زواوي، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جزء 33 ، رقم 2118، 77.
2. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة، 1777.
3. أيمن أبو العيال، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد - 20، العدد الأول. 2004 .

### القانونية

#### القوانين:

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

#### الأوامر:

---

---

أمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوايق، الجريدة  
الرسمية رقم 70/107.

أمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضى  
الحام و تأسيس السجل العقارى، الجريدة الرسمية رقم 75/92.

أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل  
واعتقم، الجريدة الرسمية رقم 75/78.

أمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، الجريدة  
الرسمية رقم 77/81

---

---