تتمتع أحكام الصورية بأهمية كبرى، وذلك لأن معظم التشريعات التي أخذت بالصورية لم تعالج أحكامها بشكل كافٍ يحد من وجود آراء مختلفة على المسألة الواحدة، ويظهر ذلك جليًا في القوانين التي اعتمدنا عليها حيث أنها لم تعالج الكثير من المسائل الهامة التي تتعلق بالصورية، كمسألة التقادم ومسائل أخرى، بل أنها تركت الأمر لاجتهادات الفقهاء في هذه المسائل وغيرها.

وبناء على ذلك فإنه كان لا بد لنا من دراسة أحكام الصورية وبيان رأي الفقه في المسائل التي لم تنص عليها القوانين التي اعتمدنا عليها في مبحثين :نخصص الأول لدراسة آثار الصورية ونخصص الثاني لدراسة دعوى الصورية.

المبحث الأول: آثار الصورية

تشمل آثار الصورية، الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية (المطلب الأول)، وورقة الضد (المطلب الثاني).

المطلب الأول :الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية

تختلف آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام (الفرع الأول) عن آثارها بالنسبة للغير(الفرع الثاني).

الفرع الأول :آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

يرى الفقه ان آثار الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام بالقول أنه إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر،[1] فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي وقد قد تم التأكيد على ذلك بالقول:

أنه فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم، ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بيّن، فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة إليهم، وذلك لأن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقييد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره، وفي التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع ففي مثل هذا الغرض يصح العقد بهذا الوصف فيما عدا ما قد ينص عليه القانون، كاستثناء القانون المدني.

[1]/ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ج 2، د ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 121.

ومن الفقه من اعتبر أن العقد الصوري لا وجود له، فلا يسري فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة خلفهما العام إذ العبرة بما انصرفت إليه إرادة كل منهما،[1] فإذا كان العقد الصوري يخفي عقدا آخر حقيقيا، فيجب الاعتداد به، وسريان العقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد التي قصد المتعاقدان من الصورية استبعاد تطبيقها، فإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي المستتر، فإن هذا التصرف يقع باطلا، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر،[2] فإنه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق القاعدة، وبالتالي عدم

نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقرر حقا للغير، فانه يترتب على الاعتداد بالتصرف الحقيقي تطبيق هذه القاعدة ويكون للغير التمسك بالحق الذي ثبت له، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة شكلية تشترط لانعقاد العقد فانه لا يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي المستتر تطبيق هذه القاعدة، بل يعد العقد الحقيقي منعقدا بالرغم من عدم توافر الشكل المطلوب، ويرجع ذلك إلى أن الشكلية لا تشترط إلا في تصرفات محددة،[3] وعلى من يدعي الصورية إثباتها، وفق القواعد العامة في الإثبات، وإذا قصد من الصورية التحايل على القانون وذلك إذا

---

[1]/ أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 24.

[2]/ عدنان عبد الهادي حسن حسان، المذكرة السابقة، ص 80.

[3]/ الفكهاني حسن وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، د ط، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001، 557.

كان الهدف منها إخفاء أمر غير مشروع، فيستطيع من يدعي الصورية من المتعاقدين أن يثبتها بجميع طرق الإثبات اعتمدت معظم التشريعات في بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام على مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود وكافية لتحديد آثارها، وبعبارة أخرى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، وأساس هذا المبدأ هو أن الأفراد أحرار بحسب حالتهم الطبيعية .فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد حسب هذا الأصل إلا بإرادته، ويترتب على ذلك تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام.

وبالرجوع إلى مواد القانون المدني المقارن العربي فإننا نجد أنها لم ترتب أي اثر للعقد الصوري فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام،[1] وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلى العقد الحقيقي، وليست إلى العقد الصوري .أي أن العقد الصوري لا وجود له فيما بين المتعاقدين والخلف العام، ومثال ذلك إذا كان العقد الظاهر بيعًا فان ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري، ويبقى البائع مالكا له بكل ما يترتب على ذلك من نتائج، فيستطيع التصرف بجميع أنواع التصرفات ولا يستطيع المشتري الصوري أن يعترض على ذلك، ويترتب على ذلك أيضا أن البائع الصوري إذا مات فالشيء ينتقل إلى ورثته.[2]

---

[1]/ عدنان عبد الهادي حسن حسان، المذكرة السابقة، ص 103.

[2]/ منصور محمد حسين، النظرية العامة للإلتزامات، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

بناءً على ما تقدم فإن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ويترتب على ذلك مايلي:[1]

1-إذا كانت الغاية من وجود العقد المستتر هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي فإن التصرف الحقيقي يكون باطلا.

2- إذا ما كان القصد من العقد الصوري تجنب تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي، فإن هذه القاعدة تطبق على التصرف الحقيقي، وإذا قصد من العقد المستتر حرمان الغير من التمسك بحقه الوارد بموجب العقد الحقيقي، فإن هذا الحق يبقى قائمًا ويستطيع الغير التمسك به.

3-تجنُّب قاعدة تتطلب شكلا معينًا لانعقاد العقد :قد يشترط القانون أن يتم إفراغ بعض العقود في شكل معين، بحيث لا يعتبر العقد صحيحًا، إلا إذا افرغ في الشكل المحدد له، كما هو الحال في بيع العقارات، فما هو وضع هذا الشرط في الصورية؟.

لم يشترط أن تتوافر في العقد الحقيقي المستتر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون لنفاذ العقد في حال عدم وجود الصورية، ويعني ذلك أن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلى العقد الحقيقي،[2] وليست إلى العقد الصوري .أي أن العقد الصوري لا وجود له فيما بين المتعاقدين والخلف العام، ومثال ذلك أنه إذا كان العقد الظاهر بيعًا فان ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري،

---

[1]/ عدنان عبد الهادي حسن حسان، المذكرة السابقة، ص 105.

[2]/ منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 153.

ويبقى البائع مالكا له بكل ما يترتب على ذلك من نتائج .فيستطيع التصرف بجميع أنواع التصرفات ولا يستطيع المشتري الصوري أن يعترض على ذلك .ويترتب على ذلك أيضا أن البائع الصوري .إذا مات فالشيء ينتقل إلى ورثته.[1]

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

1- إذا كانت الغاية من وجود العقد المستتر هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي فإن التصرف الحقيقي يكون باطلا لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة وبناءا على ذلك إذا كان العقد الحقيقي باطلا فانه لا يرتب أي أثر فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن إجازته من قبل الأطراف[2].

وتطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي، فإن هذه القاعدة تطبق على التصرف الحقيقي، وإذا قصد من العقد المستتر حرمان الغير من التمسك بحقه الوارد بموجب العقد الحقيقي، فإن هذا الحق يبقى قائمًا ويستطيع الغير التمسك به.

3-تجنُّب قاعدة تتطلب شكلا معينًا لانعقاد العقد :قد يشترط القانون أن يتم إفراغ بعض العقود في شكل معين، بحيث لا يعتبر العقد صحيحًا، إلا إذا افرغ في الشكل المحدد له، كما هو الحال في بيع العقارات، فما هو وضع هذا الشرط في الصورية؟.

[1]/ الشواربي عبد الحميد، الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 75.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 43.

الفرع الثاني :آثار الصورية بالنسبة للغير

قبل الدخول في بيان آثار الصورية بالنسبة للغير، فإنه يجب علينا بيان المقصود بالغير، ومن ثم بيان أثر الصورية بالنسبة للغير.

أولا- المقصود بالغير: من المعروف في القانون المدني المقارن أنه:

1-إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.[1]

2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاه وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.

ويعني ذلك أن الغير هم: دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص إلا أنه وبالرجوع إلى القرارات القضائية، فإننا نجد أن مفهوم الغير لا يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهما العام فقط، وإنما ينصرف إلى كل من له مصلحة في الصورية، حيث قضت محكمة النقض المصرية[2] في قرارها 03/21/ 1947بأن "الصورية في العقود يصح التمسك بها لكل ذي مصلحة و لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية وهذا ما أخذ به الفقه والقضاء في الأردن، إذ لم يقتصر مفهوم الغير على دائني المتعاقدين والخلف الخاص بل امتد إلى كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما شريطة أن يكون له مصلحة من التمسك بالصورية.[3]

---

[1]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 404.
[2]/ الشواربي عبد الحميد و الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 107.
[3]/ مرزوق أحمد، المرجع السابق، ص 124.

ثانيًا- اثر الصورية بالنسبة للغير: يرى الفقه بشأن الصورية:

1-ليست الصورية سببا من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر، دون الظاهر وهذا هو ما يطابق إرادة المتعاقدين .ومع ذلك فقد يجهل دائنوا المتعاقدين بطريق الصورية وكذلك خلفهما الخاص، حقيقية الموقف، اعتمادًا على العقد الظاهر وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء، تفريعٌ على حسن نيتهم، أن يتمسكوا بهذا العقد، إذا اقتضت مصلحتهم ذلك، فللدائن المشتري مثلا في بيع ظاهر، ولمن آل إليه البيع من هذا المشتري أن يتمسكا بهذا البيع .وعلى نقيض ذلك يكون لدائن البائع أو لخلف آخر من خلفائه، مصلحة في .التمسك بورقة الضد، ولكل منهما أن يفعل ذلك.[1]

2- ويناط الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه، بفكرة استقر ار المعاملات، فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد وتمسك دائن المشتري بهذا العقد، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار.

ويعني ذلك أن العقد المستتر هو العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وهو النافذ بينهم، والعقد الصوري لا وجود له بينهم، إلا أن المشرع جعل للغير الخيار في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر أو العقد الصوري الظاهر، وذلك من أجل حماية حقوق الغير واستقرار المعاملات[2].

[1]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 47.
[2]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 572.

ويترتب على ذلك أن لدائني البائع إذا كان البيع صوريًا، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع، كما لدائني المشتري التمسك بالعقد الصوري حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد الصوري شريطة أن يكونوا حسني النية، وان يكون لهم مصلحة في ذلك[1].

وفي حال تمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر، وتمسك دائنو البائع بالعقد المستتر في آن واحد، فان الأولوية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر، تطبيقا لمبدأ استقرار المعاملات وحماية تصرفات الغير كونه يفترض فيهم حسن النية، لأن العقد الظاهر هو المعروف لهم، ويعني ذلك أنه ينظر إلى الإرادة الخارجية الظاهرة للمتعاقدين، ولا ينظر إلى الإرادة الداخلية كما هو الحال بالنسبة لأثر الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام.

ولكن هل يحق للغير التمسك بالعقد الصوري، في حال تم إشهار العقد الحقيقي المستتر؟

لقد اختلف الفقه حول ما إذا كان يحق للغير التمسك بالعقد الصوري أم لا فمنهم من قال أن العقد المستتر إذا أشهر، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك، إذ أنه لم يعد مستترًا، كذلك فإن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل .ويعني ذلك أن هذا الاتجاه الفقهي يحرم الغير من الحق في التمسك بالعقد الظاهر لجهله بالعقد المستتر، وذلك لان العقد المستتر قد تم إشهاره،[2] أما البعض الآخر فيرى أن قرينة العلم المستفاد من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة، ولذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها

[1]/ عرفات نواف فهمي مداوي، المذكرة السابقة، ص 48.
[2]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 573.

بإثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله بالرغم من شهره، ويعني ذلك أن هذا الاتجاه يرى انه على الرغم من إشهار العقد المستتر إلا أنه يجوز للغير الاحتجاج بعدم العلم به وقت إجراء التصرف إذا اثبت ذلك[1].

وعليه يمكن القول أن كل وانين المدنية العربية قد جمعوا بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ استقرار المعاملات في وضع أحكام الصورية، ويعني ذلك أنه تم تغليب الإرادة الداخلية للمتعاقدين على الإرادة الخارجية في بيان أثر الصورية بالنسبة لهم، والتي اتجهت إلى تحقيق نتيجة العقد الحقيقي المستتر دون العقد الصوري الظاهر، وبناءً على ذلك فانه لا يجوز لأي من المتعاقدين أو خلفهما العام التمسك بالعقد الصوري الظاهر في مواجهة الآخر[2].

أما بالنسبة للغير، فقد تم تغليب الإرادة الخارجية للمتعاقدين على الإرادة الداخلية، وبذلك فإن العقد النافذ في حق الغير هو العقد الظاهر الصوري شريطة أن تكون لهم مصلحة في ذلك وان يكونوا حسني النية، كما ويجوز لهم التمسك بالعقد المستتر حيث أنه هو الأصل الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، إلا إذا حصل تعارض بين دائني المتعاقدين أو بين خلفهما الخاص، بحيث يتمسك البعض بالعقد الصوري ويتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي، فإن العقد الذي يسري في مواجهتهم هو العقد الصوري وليس العقد الحقيقي

[1]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 50.
[2]/ الشواربي عبد الحميد و الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 88.

المستتر، وذلك احتراما لمبدأ استقرار المعاملات، كما أن العقد الصوري هو الظاهر للغير ولا يفترض بالغير العلم بالعقد المستتر[1].

المطلب الثاني :ورقة الضد

تعتبر ورقة الضد العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأفراد، وحيث أنها تعدل في شروط وأحكام العقد الظاهر، فإنه كان لا بد لنا من بيان مفهومها(الفرع الأول) ومعالجة أحكامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول :مفهوم ورقة الضد

أولا :تعريف ورقة الضد:

يعرف بعض الفقهاء ورقة الضد على أنها مستند يعبر عن حقيقة التعاقد الذي قصد إليه الطرفان، ما دام مشروعًا، ويقصد إلى حفظ حقوق الأطراف في مواجهة بعضهما البعض و في مواجهة الغير.[2]

يرى بعض الفقه الأخر أن هذا التعريف غير دقيق وذلك لأنه تجاهل العناصر الأساسية لورقة الضد فلم يبين لنا على سبيل المثال أن ورقة الضد يسترها عقدًا آخر، وأنها تصدر متعاصرًة ذهنيًا مع ذلك العقد، إلا أن هذا التعريف يبين أن ورقة الضد هي العقد الحقيقي

[1]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 59.
[2]/ مرزوق أحمد، المرجع السابق، ص 153.

الذي قصد الأطراف تنفيذ مضمونه، وقد سبق أن اشرنا إلى أن ورقة الضد هي التصرف القانوني والعقد الحقيق ي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف[1].

أما الفقيه بارتان فقد عرف ورقة الضد بالقول أنها اتفاق يبطل اتفاقًا سابقًا غير جدي أو يبطل بعض شروط غير جدية في اتفاق سابق مع اتحاد المتعاقدين في كل من العقدين يختلف بعض الفقهاء مع لفقيه بارتان في هذا التعريف بقوله أن ورقة الضد اتفاق يبطل اتفاق سابق، حيث أننا إذا قلنا ذلك سنكون بصدد اتفاق جديد يلغي اتفاق سابق، وهذا غير صحيح، حيث تظهر لنا شروط الصورية أن المعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي هي شرط أساسي، وهذا ما لا يظهر من تعريف الفقيه بارتان .ولكن لا يعني هذا أن التعريف لم يتميز عن سابقه في بيان وصف وخصائص ورقة الضد، حيث وصف ورقة الضد بأنها عقد، ولم يقل كسابقه بأنها مستند، وقد بينا أن المستند قد يكون عقد وقد لا يكون .أما خصائص ورقة الضد فتتمثل في :التعارض بين العقد الحقيقي والعقد الصوري، وصورية العقد الظاهر، واتحاد المتعاقدين في العقد[2].

وقد عرف العلامة مارسيل بلا تبول ورقة الضد بالقول معنى الصورية أن يكون هناك عقدان صادران في وقت واحد احدهما ظاهر والثاني خفي من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطال أثره بالمرة ويسمى العقد الخفي ورقة الضد.

يتضح لنا مما تقدم أن هذا التعريف جمع بين مفهوم الصورية ومفهوم ورقة الضد، فبين

---

[1]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 578.
[2]/ لعمروسي أنور، المرجع السابق، ص 167.

شروط الصورية المتمثلة في: وجود عقدين، والمعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الخفي، وتناقض العقدان مع بعضهما البعض، ولكنه لم يتطرق إلى شرط اتحاد المتعاقدين في كلا العقدين، إلا أن ذلك يفهم ضمنيا من التعريف، أما ورقة الضد فقد وصفها بأنها عقد، وقد بين خصائص هذا العقد في :وجود تعارض بين العقدين، وهذا التعارض قد يكون جزئيا وقد يكون كليا، وصورية العقد الظاهر، واتحاد المتعاقدين في العقد[1].

وعليه يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أن العقد الصوري يختلف عن ورقة الضد أو العقد الحقيقي، فورقة الضد تعبر عن الاتفاق الحقيقي الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذ مضمونه، في حين أن العقد الصوري لا يرتب أثرًا قانونيًا بالنسبة للمتعاقدين،[2] أما بالنسبة للغير فكونه هو العقد الظاهر لهم ويفترض بهم حسن النية، فإنه هو العقد النافذ فيما بينهم وبالتالي فإن العقد الحقيقي يلغي العقد الصوري أو يعدل في بعض شروطه أو أركانه أو ماهيته، فهما عقدان متناقضان إلا أن كلا منهما لا وجود له إلا بوجود العقد الآخر وإلا انقلب الوصف القانوني لكل منهما.

ثانيا :خصائص ورقة الضد

لورقة الضد خصائص معينة تميزها عن غيرها، وأهم هذه الخصائص هي[3]:

1-**أنها ورقة تثبت تعارض العقد الحقيقي مع العقد الظاهر** :تتطلب الصورية وجود اتفاقين متناقضين :احدهما حقيقي مستتر والآخر صوري ظاهر، فمن شأن العقد المستتر

---

[1]/ الحلالشة عبد الرحمان أحمد جمعة، المرجع السابق، ص 145.
[2]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 517.
[3]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 169.

إلغاء العقد الظاهر كله أو جزء منه، أو يغير في ماهيته أو شرط من شروطه الجوهرية، أي أنهما ضدان لا .يجتمعان، فلا يمكن تنفيذ العقدين معا .

فالعلامة الأساسية الفارقة لورقة الضد، تتمثل في عدم إمكانية تنفيذ العقدين معا، فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقدين معا فلا مجال للقول بوجود ورقة الضد،وهذا صحيح حيث أن العقد الحقيقي، هو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذ مضمونه، أما العقد الصوري فهو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى عدم تنفيذه وجعله ستارًا للعقد الحقيقي، وبالتالي فإن العقد الحقيقي يتناقض مع العقد الظاهر وينفيه أو يعدل فيه .وما دور العقد الظاهر إلا في إخفاء العقد الحقيقي[1].

ينبغي الإشارة إلى أن هناك عدة تصرفات لا يمكن اعتبارها ورقة ضد، ومثال ذلك إذا وضع في عقد بيع قطعة أرض ثمنا أقل من الثمن الحقيقي، وأن الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الصوري تحررت به سندات أذنيه دون أن تذكر قيمة هذه السندات،[2] فإن هذه السندات لا تعتبر ورقة ضد، لان شرط الصورية هو إخفاء العقد الحقيقي، وبقاؤه سرًا بين المتعاقدين، فانتفت الحكمة من الصورية في المفاجأة للغير بالعقد الحقيقي، فلا يمكن القول بوجود عقد ظاهر وآخرخفي يمكن أن يكون فخا للغير بل أن هذه السندات تعتبر متممة للعقد الحقيقي، أما إذا لم ينوه في العقد الظاهر إلى وجود فرق في الثمن الذي تحررت به السندات، فإن هذه السندات تعتبر ورقة ضد كذلك الحال فلا يعتبر ورقة ضد

[1]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 519.
[2]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 577.

إذا كان العقد السري يبين ويوضح مصطلحات واردة في العقد،[1] لأن العقد السري في هذه الحالة يعتبر تابع للعقد الحقيقي ولا يوجد تعارض بينهما، و كذلك الحال بالنسبة للأجل، فلا يوجد تعارض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر في حال الأجل، حيث أن المدين قد يتنازل عن الأجل الذي منحه إياه الدائن، فقد ينص العقد على أن الدين يسدد على أقساط، ويذكر في العقد السري أن الدين يدفع فورا، أو العكس بحيث يرد في العقد الأصلي أن الدين يسدد فورًا، ويرد في العقد السري أن الدين يسدد على أقساط، فلا يعتبر هذا التصرف ورقة ضد، وذلك لأن الأجل يختص بتنفيذ العقد لا بتكوينه، في حين أن الشرط سواء كان واقفًا

أو فاسخًا، قد يكون ورقة ضد، ومثال ذلك إذا ذكر في عقد البيع الظاهر أنه بيع قطعي بات ثم علق البيع في العقد السري على شرط واقف أو فاسخ، فإن هذا يعد تعارضًا بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر ولا يمكن التوفيق بينهما، لأن الشرط يتعلق بتكوين العقد لا بتنفيذه، لذلك يعتبر العقد الحقيقي ورقة ضد.[2]

ويعتبر الفقه هذا الراي راجحا لأن من خصائص ورقة الضد أن يوجد تناقض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر في ماهيته أو شروطه أو أركانه، وهذا غير متوافر في هذه الحالة، إذ لا يوجد اختلاف في الثمن وإنما الاختلاف في كيفية سداده، وهذا لا يعد تناقض في شروط وأركان وماهية العقد الحقيقي مع العقد الظاهر[3].

---

[1]/ سلطان أنور، المرجع السابق، ص 150.
[2]/ الشواربي عبد الحميد والديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 137.
[3]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 170.

2-صورية العقد الظاهر :ظهر لنا من خلال تعريف صورية العقد الظاهر، أن المتعاقدين

يكونان في مركزين قانونين متعارضين، أحدهما حقيقي إلا أنه مستتر، والآخر ظاهر إلا أنه صوري، لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرامه، والهدف منه ستر العقد الحقيقي عن الغير، وقد بين القانون أن العقد الظاهر لا أثر له بين المتعاقدين وخلفهما العام[1].

وقد بين بعض الفقهاء أن العقد الصوري هو الذي لا وجود له قانونًا لأنه ينقصه ركن الرضا، وغرض المتعاقدين الوحيد من العقد الصوري هو إخفاء العقد الحقيقي المستتر .

فالعقد الظاهر معدوم لا اثر له قانونا لان المتعاقدين لم يقصداه، وليس هناك إلا إيجاب وقبول لا مرجع لهما من رضاهما، ولم يقصدا منه إلا أن يكون قناعًا للعقد المستتر الحقيقي ليخفيا الحقيقة عن الغير، و ينكر هذا الرأي وجود أي أثر للعقد الصوري من الناحية القانونية، وهذا غير دقيق لأن العقد الظاهر وإن كان صوريًا فانه يرتب آثاره بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وفق ما نصت عليه معظم القوانين كما بيناه سابقًا عند الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير،[2] إلا أن معظم الفقه يتفق مع هذا الرأي بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام، كما يتفق الباحث مع هذا الرأي في أن الغاية من العقد الظاهر تكمن في ستر العقد الحقيقي وإخفائه عن الغير حيث أن هذا البند يعد العلامة الفارقة ما بين العقد الصوري والعقد الحقيقي، فالعقد الصوري والعقد الظاهر عقدان متناقضان

[1]/ سلطان أنور، المرجع السابق، ص 152.
[2]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 580.

متعاصران، ويعني ذلك أن العقد الحقيقي هو الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف دون العقد الظاهر شريطة وجود التعاصر الذهني بين العقدين، ولا يشترط التعاصر المادي بل يكفي التعاصر الذهني بينهما[1].

يتضح مما تقدم أن شرط التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر، وشرط صورية العقد الظاهر مرتبطان مع بعضهما البعض فلا يكفي وجود التعارض والتناقض بين العقدين بل يشترط أن يكون العقد الظاهر صوري لم تتجه إرادة الأطراف إلى إنشائه إلا من أجل إخفاء حقيقة العقد المستتر، كذلك الأمر بالنسبة لشرط وجود التعاصر الذهني بينهما، فإذا لم يتوفر هذا الشرط فإن الوصف القانوني للعقدين سوف يتغير[2].

3-**اتحاد المتعاقدين في العقد** :تعتبر هذه الخاصية من أهم شروط ورقة الضد، وذلك لأن ورقة الضد أو العقد الحقيقي يلغي أو يعدل في العقد الظاهر كليًا أو جزئيًا، والذي يملك حق التعديل أو الإلغاء في العقد هم المتعاقدون أنفسهم دون غيرهم، مما يعني أن هذه الخاصية مرتبطة بالخاصية الأولى المتمثلة في التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر[3].

يفترض معظم الفقهاء أن العقد المستتر يصدر دائمًا من المتعاقدين أنفسهم، ولكن ننوه إلى أنه لا يشترط اتحاد المتعاقدين شخصيا، بل يكفي اتحادهما اتحادًا قانونيًا، فقد يحل مكان المتعاقدين وكلاء عنهم في تحرير ورقة الضد أو العكس، كما يمكن أن يحرر ورثة

---

[1]/ الحلالشة عبد الرحمان وأحمد جمعة، المرجع السابق، ص 139.
[2]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 523.
[3]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 172.

المتعاقدين ورقة الضد، وقد سبق بيان أن ورقة الضد تكتب في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الظاهر إلا أن هذا لا يمنع من أن تكتب ورقة الضد في وقت لاحق قد يطول أو يقصر، ولا يغير ذلك في اعتبارها ورقة ضد، مادام أن هناك تعاصرًا ذهنيًا، بناء على ذلك فان التعاقد بطريق التسخير لا يعتبر ورقة ضد، حيث تنقصه خاصية اتحاد المتعاقدين في العقد الحقيقي والعقد الصوري . 99 وقد بينا أن الصورية بطريق التسخير تكون نتيجة منع المشرع بعض الأفراد من التعاقد أو التملك بأسمائهم .فيلجأ الأفراد إلى طرق احتيالية يستطيعون من خلالها التغلب على المنع القانوني، بحيث يكلف الشخص الممنوع من الشراء شخصًا يثق به بإبرام عقد البيع مع البائع لحسابه[1].

يتضح مما سبق أن الصورية بطريق التسخير ينتج عنها مركزان قانونيان، فيكون الوكيل المسخر بالنسبة للغير هو صاحب الحق، واليه يضاف أثر التصرف دائنًا أو مدينًا، والثاني للموكل إذ يعتبر المسخر وكيلا عمن وكله يعني ذلك أنه لا يوجد اتحاد بين المتعاقدين في العقد الظاهر والعقد المستتر حيث أن العلاقة في العقد الظاهر تكون بين الوكيل المسخر والبائع، في حين أن العلاقة في العقد المستتر تكون بين الوكيل المسخر والموكل، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود صورية كون أن طبيعة الصورية بالتسخير تتطلب ذلك[2].

[1]/ مرزوق أحمد، المرجع السابق، ص 391.
[2]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 599.

4-التعاصر الذهني بين ورقة الضد والعقد الصوري :يجب أن يكون بين العقد الظاهر والعقد المستتر تعاصر ذهني وإلا سوف نكون أمام عقدين مختلفين يلتزم بمضمونهما كلا الطرفين[1].

ثالثا- شكل ورقة الضد : وضحت معظم التشريعات في العالم الأثر القانوني المترتب على ورقة الضد، إلا أن هذه التشريعات لم تشترط لها شكلا معينًا، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في المادة 368 والمادة 369 من القانون المدني، في حين أن المشرع الجزائري قيد حرية الأفراد بالنسبة للعقود التي تتطلب شكلا معينًا لإبرامها فلم يمنح الأفراد الحرية المطلقة في إبرام العقد المستتر كما يرونه مناسبًا، وبما أن ورقة الضد تمثل العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف تحت ستار العقد الظاهر فلا بد لها أن تكون ثابتة بالكتابة حتى يحتج بها في مواجهة من يتمسك بالعقد الظاهر، سواء أكان أحد المتعاقدين أو ورثته أو خلفائه قد تكون ورقة الضد عرفية بينما يكون العقد الظاهر رسميًا، وقد تكون ورقة الضد رسمية والعقد الظاهر عرفيًا، وكلاهما صحيحان، إلا أن هذه الشكلية ليس من شأنها أن تجعل ورقة الضد تسري في مواجهة الغير، لأن ما يحيط بها من سرية وخفاء يبقى قائمًا سواء أصدرت في شكل عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت أو غير ثابت التاريخ .كما أن العقد الصوري الذي تعامل الغير على أساسه لا يزال موجودا فلا يصح أن يحتج في مواجهة الغير بأمر كان يجهله،[2] وبما أن العقد المستتر يخالف ما

[1]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 388.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 61.

هو ثابت في العقد الظاهر فانه يشترط به السرية، وفي حال تم إعلانه وشهره، تكون حكمة وآثار الاستتار قد عرفت وانتشرت .لذلك فانه يكفي لقيام ورقة الضد أو إحداثها لآثارها القانونية أن تكون ثابتة بالكتابة، وورقة الضد غير المشهرة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ متى ثبت أنها في حقيقتها ليست تفاسخا، بل إقرارًا بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ أما عن الوقت الذي تحرر فيه ورقة الضد فقد سبق أن بينا أن التعاصر الذهني بين العقدين من أهم شروط الصورية، وليست المعاصرة المادية، فقد تكتب ورقة الضد في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الصوري وهذا هو الغالب، ولكن لا يوجد ما يمنع من كتابتها في وقت لاحق، واتحاد التاريخ قد يكون دليلا على وجود الصورية ولكن اختلافهما ليس دليلا على عدم وجودها[1].

الفرع الثاني :آثار ورقة الضد

تختلف آثار ورقة الضد بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام، عن آثارها بالنسبة للغير.

أولا :آثار ورقة الضد بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام إن ورقة الضد هي العقد الحقيقي الذي يسري في مواجهة المتعاقدين وخلفهم العام، ولا يستطيع أي من طرفيه أن يحتج بالعقد الصوري في مواجهة الآخر.[2]

[1]/ أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د س ن، ص 123.
[2]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 392.

ثانيا :آثار ورقة الضد بالنسبة للغير

عند ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم، حيث أنه إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.[1]

فعند الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير وللخلف الخاص، يتبين اثر ورقة الضد بالنسبة للغير وللخلف الخاص،[2] وقلنا أن للغير وللخلف الخاص الحق في التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة بعضهم البعض شريطة أن يكونوا حسني النية وحفاظا على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يحرم الغير والخلف الخاص من التمسك بورقة الضد شريطة أن يثبتوا وجودها بكافة طرق الإثبات إلا انه إذا تعارضت مصالح الأطراف مع بعضهم البعض فالعقد النافذ هو العقد الصوري ولا وجود للعقد المستتر[3].

[1]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 62.
[2]/ الفكهاني حسن و آخرون، المرجع السابق، ص 602.
[3]/ أبو الوفاء أحمد، المرجع السابق، ص 129.

المبحث الثاني: دعوى الصورية

تهدف الدعوى الصورية إلى حماية حقوق الدائنين، في المحافظة على الضمان العام لديونهم عند المدينين، وبذلك فإنه يشترط فيمن يلجأ إليها أن يتمتع بالأهلية القانونية لكي يستطيع مباشرة الدعوى، وفي حال كان ناقص الأهلية فإن الذي يحل مكانه الولي أو الوصي عليه، أي أنه يفترض به أن يكون صاحب صفة، كما يفترض به أن يكون صاحب مصلحة في رفعها،[1] وشرط المصلحة سيتم معالجته بشكل أوسع فيما بعد ولذلك سسيتم دراسة ماهية دعوى الصورية (المطلب الأول)، وأيضا مباشرة الدعوى الصورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية دعوى الصورية

سيتم من خلال هذا المطلب التطرق الى ماهية الدعوى الصورية من خلال مقارنتها بغيرها من الدعاوى (الفرع الأول)، وأيضا الى مميزاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول :مقارنة دعوى الصورية مع غيرها

سيكون محور المقارنة ما بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة، والمقارنة ما بين الدعوى الصورية والدعوى البوليصية، حيث يجمع هذه الدعاوى الثلاث أنها تشكل

[1]/ الفكهاني حسن وآخرون، المرجع السابق، ص 581.

الضمان العام للدائنين وحماية حقوقهم، وسنبين في هذه المقارنة أوجه الخلاف والشبه بينهما، وهي على النحو التالي:

أولا- مقارنة دعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة

يقصد بالدعوى غير المباشرة استعمال الدائن حقوق مدينه في أن يطالب مدين مدينه بما يكون مستحقا له ويعني ذلك استخدام الدائن للحق الذي منحه إياه القانون بأن ينوب محل مدينه في مطالبة مدين مدينه بما عليه من استحقاقات لمدينه،[1] فلو كان لدينا الدائن "أ" والمدين الأول "ب" والمدين الثاني "ج"، فانه يحق للدائن "أ" أن ينوب محل المدين"ب" بالمطالبة بحقوقه المستحقة في ذمة المدين "ج"،[2] بعد بيان مفهوم الدعوى غير المباشرة فإننا نستطيع المقارنة بينها وبين دعوى الصورية وبيان أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينهما على النحو التالي:

أ -أوجه الشبه بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

1-لا يشترط في كلا الدعويين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولا يكون سابقًا على التصرفلكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصية خاصة أو غير قابل للحجز.

---

[1]/ إبراهيم المنجى، دعوى الصورية، ط1 ، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991 مصر، ص191 .

[2]/ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني (العقد)، ج 2، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 290.

2-إن كلا الدعويين تفيد جميع الدائنين الذين دخلوا في الخصومة والذين لم يدخلوا على حد سواء، ويعني ذلك أن كل دائني المدين الأول يستفيدون من كلتا الدعويين ولا يشترط دخولهم جميعا في الخصومة لكي يستفيدوا من أي منهما[1].

ب -أوجه الاختلاف بين الدعويين

1-إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية ورفع الدعوى باسمه هو، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين، بأن يرفع الدعوى باسم المدين نجد أن للدائن إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لأنه من الغير، أما في الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المدين، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي منحت للمدين، فلا يجوز إثبات تصرف بالشهادة، وقد اشترط القانون إثباته بالكتابة، ولا يجوز له إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.[2]

2-إذا طعن الدائن بالصورية، فلا حاجة إلى إثبات إعسار المدين، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

3-إذا اختار الدائن دعوى الصورية، لم يستطع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر، لأن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة لأثر الصورية، أما إذا تمسك

[1]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 291.
[2]/ علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 347.

بالعقد المستتر، نيابة عن المدين جاز للخصم أن يدفع هذه الدعوى بكافة الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هو الذي تمسك بالعقد المستتر.[1]

ثانيا- مقارنة الدعوى الصورية مع دعوى عدم نفاذ التصرف

تعرف الدعوى البوليصية قضاءا بأنها دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق الدائن، وهي طريق يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير في تصرف صدر عن مدينه المعسر أضر بحقوقه أي أنها دعوى بطلان من نوع خاص وحيث أن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين فليس للغير أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه وبعد بيان مفهوم الدعوى البوليصية فإننا سنقوم ببيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين الدعوى الصورية[2].

أ -أوجه الشبه بين الدعوى الصورية والدعوى البوليصية

تتشابه الدعوى الصورية مع الدعوى البوليصية بأن المدين في كلتيهما يحاول أن يتجنب تنفيذ الدائن على ماله، فيتصرف في ماله تصرفًا جديًا أو تصرفًا صوريًا، وفي كلتا الحالتين لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن، كما تتشابه الدعوتان في أن أثر الحكم يتعدى الدائن المحكوم له إلى سائر الدائنين، بحيث يستفيد الدائنون جميعا من الحكم، وإن لم يشترك بعضهم في رفع الدعوى أو لم يتدخل فيها[3] .

---

[1]/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 237.

[2]/ سعيد أحمد شعلة، الصورية والشفعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص27 .

[3]/ رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج :6 ، د ط، دار الجامع الجديدة لنشر، الإسكندرية،1977 ، ص161 .

ب –أوجه الاختلاف بين الدعويين

1–في الدعوى الصورية يكون تصرف المدين في ماله تصرفًا صوريًا أي ليس جديًا، في حين أنه في الدعوى البوليصية يكون تصرف المدين تصرفًا جديًا مما يعني ذلك أن تصرف المدين الظاهر ليس له وجود قانوني بين المتعاقدين، في حين أن تصرف المدين في الدعوى البوليصية يكون له وجود قانوني مع احتوائه على الغش والاحتيال على حقوق الدائنين ويترتب على ذلك أن المدين يستطيع أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري، في حين أنه لا يستطيع ذلك في الدعوى البوليصية لأن البيع الذي صدر منه جديًا .[1]

2–في الدعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وإنما يكفي أن يكون حقه خاليًا من النزاع، في حين أنه في الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، إلا أن هذا الشرط لم تأخذ به كل القوانين، فالمشرع المصري اشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وقد نص على ذلك بالقول لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، غير أن بعض التشريعات العربية لم تنص على هذا الشرط كما فعل المشرع المصري، ولكنها فرقت بين نوعين من التصرفات وهما التبرع والمعاوضة[2].

[1]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 301.
[2]/ المرجع نفسه، ص 309.

أما بالنسبة للتبرع فيتبين أغلب المشرعين العرب تأثروا بأحكام الفقه الإسلامي التي بموجبها لا تنفذ تبرعات المدين الذي أحاط الدين بماله في حق الدائن سواء أكان حقه مستحق الأداء أم لا، أما بالنسبة للمعاوضات فيتبين من هذا التشريعات ذاتها أنه إذا أصبح حق الدائن مستحق الأداء، فإن لهذا الدائن أن يطلب عدم نفاذ بيوع هذا المدين في حقه ولو تمت هذه التصرفات بدون محاباة .[1]

3-الدعوى الصورية يستطيع أن يرفعها كل من له مصلحة مشروعة سواء أكان الدائن أو

الخلف الخاص أو احد المتعاقدين في حين أن الدعوى البوليصية لا يرفعها إلا الدائن . كما انه لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه .

4-لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون المقصود بالتصرف المطعون فيه الإضرار بالدائن ولو كان معاوضة، أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن .كما أنه لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قد سبب إعسار المدين، أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره .[2]

[1]/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، د ط، مكتبة الثقافة، مصر، 1995، ص 352.
[2]/ علي مصباح ابراهيم، العقود المسماة، د ط، دار الفكر العربي، لبنان، 2002، ص 125.

5-إذا تنازع دائن البائع مع دائن المشتري في الدعوى الصورية، كانت الأفضلية لدائن المشتري، في حين أنه في الدعوى البوليصية إذا باع المدين عينًا قاصدًا الإضرار بدائنيه، اعتبر البيع غير نافذ في حقهم ويقدّم هؤلاء الدائنون في استيفاء حقوقهم على دائني المشتري .[1]

وعليه يمكن القول إجمالا أن الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تتفق جميعها مع بعضها البعض في أنها تحمي الضمان العام لحقوق الدائنين، وقد بينا من خلال المقارنة بينهما أنه يوجد تشابه بينها في مواقع معينة، إلا أن الخلاف بينها قائم حيث أن لكل منه شروط خاصة، كما يترتب على كل منها آثار قد لا تترتب على الدعوى الأخرى، وبعد بيان الفروق فيما بين الدعاوى الثلاث سنبدأ بدراسة مقومات الدعوى الصورية وكيفية مباشرتها[2].

الفرع الثاني :مميزات الدعوى الصورية

يستلزم موضوع مقومات ومميزات الدعوى الصورية معرفة موضوعها وأساسها، والمسائل اللازمة لمباشرتها.

[1]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 311.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 69.

أولا- أساس الدعوى الصورية

تنصالقانون المدني الجزائري على أنه مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، و بناء على هذا النص فإن أموال المدين جميعها تدخل في الضمان العام للدائنين، أي أنه يجوز للدائن الحاصل على حكم قضائي، أو الذي بحوزته سند تنفيذي أن يختار ما يشاء من أموال المدين لينفذ عليها .ولا يجوز للمدين أن يتصرف في أمواله إذا كان من شأنها أن تنقص من الضمان العام للدائنين .ويرتبط هذا النص بالدعوى الصورية ارتباطا وثيقا حيث أن الدائن يرفع الدعوى الصورية من أجل إثبات أن التصرف الظاهر الذي قام به المدين هو صوري وأن الأموال محل التصرف ما زالت في ذمته، ولم تخرج منها، أي أن الأموال التي تصرف بها المدين صوريًا، يستطيع الدائن أو كل من له مصلحة أن يثبت صوريتها، ويعيدها إلى ذمة المدين لتضاف إلى الضمان العام للدائنين[1].

أما الأساس الذي تقوم عليه الدعوى الصورية فيتمثل في الضرر الذي يصيب الدائن سواء أكانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة،[2] حيث أن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري يكون قد أخل بالتزام تبعي وهو المحافظة على الضمان العام للدائنين (إلى جانب الالتزام الأصلي) سداد الدين

[1]/ أبو الوفاء أحمد، المرجع السابق، ص 133.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 70.

كما أنها تجد أساسها في مبدأ احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وعدم ترك الظاهر الخادع ينتج أثرًا قانونيًا لم تتجه إليه إرادة الأطراف أصلا، وعندما ينكر أحد الأطراف صورية التصرف كان لابد من اللجوء إلى القضاء وإثبات صورية التصرف .كما أنها تجد أساسها في الحفاظ على حقوق الورثة إذا أقيمت من أحدهم.[1]

نجد من خلال ما تقدم أن أساس الدعوى الصورية يدور حول فكرة الحفاظ على حقوق الدائنين من أجل عدم إنقاص الضمان العام لهم، حيث أن هدف المدين في الغالب يكون التهرب من الدائنين، والإضرار بهم، وبناء عليه فكان لا بد للمشرع أن يرسم طريقًا للدائن لكي يحمي حقه في مواجهة المدين الذي يحاول الإضرار به، فسمح للدائن أن يرفع دعوى يثبت فيها صورية التصرف الذي قام به المدين وينكر فيها صحة وقوع هذا التصرف، وبذلك يكون المشرع قد تصدى لمحاولة المدين تهريب أمواله من الضمان العام للدائنين، على أنه ألزم الدائن بإثبات صورية التصرف الذي قام به المدين[2].

ثانيا :المسائل اللازمة لمباشرة الدعوى الصورية

1-أطراف الدعوى الصورية

لكل صاحب مصلحة الحق في رفع الدعوى الصورية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وبناءً عليه فإن الدعوى الصورية قد ترفع من قبل أحد العاقدين، أو من أي شخص آخر له مصلحة في التمسك بالعقد المستتر والحكم بصورية العقد الظاهر، فقد ترفع من

[1]/ إبراهيم نجار، الصورية المطلقة والصورية النسبية في الإجتهاد اللبناني، د ط، دار العدل للنشر، لبنان، 1984، ص 280.

[2]/ المرجع نفسه، ص 282.

قبل البائع لكي يتخلص من التزامات البائع، أو من قبل المشتري الصوري لكي يتخلص من التزامات المشتري[1].

كما يمكن أن ترفع من قبل ورثة كل من البائع والمشتري للغرض نفسه، كما يمكن أن ترفع من قبل دائني البائع لكي يستطيعوا التنفيذ على المال المباع صوريًا، كما يمكن أن ترفع من قبل الغير أي كل من تلقى من البائع حقًا متعلقًا بذلك المال كمشري ثاني أو دائن مرتهن أو مستأجر بناء على ذلك فلا يتصور رفع الدعوى من قبل الأشخاص المستفيدين من الصورية، والذين من مصلحتهم عادة التمسك بالعقد الظاهر، كالموهوب له، والموصى له، والمشتري الصوري، وخلفهم العام أو الخاص ودائنيهم .[2]

2-المصلحة في رفع الدعوى الصورية

تعرّف المصلحة من وراء ممارسته للدعوى، والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية، ويشترط فيها أن تكون مباشرة وأن تكون قائمة وحالة، والمصلحة غير القانونية لا يعتد بها ولا تكفي لقبول الدعوى، وتكون غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب أو كانت مصلحة اقتصادية.

ومثال حول المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب، عندما يطلب شخص من خليلته تنفيذ عقد تم بينه وبينها يقضي باستمرار العلاقة بينهما، ومثال على المصلحة الاقتصادية، عندما يطلب تاجر .بطلان عقد تأسيس شركة تنافسه في تجارته دون أن

[1]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 321.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 71.

يكون شريكًا فيها يشترط كقاعدة عامة في أي دعوى أن يكون لصاحبها مصلحة في رفعها، أو الدفاع عنها، وقد نصت أغلب التشريعات العربية على ذلك بالقول:[1]

1-لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.

2-تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاحتياط لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

3-إذا لم تتوافر المصلحة وفقا للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ينطبق هذا النص على الدعوى الصورية، وبذلك يمكن أن ترفع دعوى الصورية من قبل جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة مباشرة في إعلان الصورية والتمسك بالحقيقة،[2] وقد سبق بيان من لهم مصلحة في رفعها، وقد تكون المصلحة محتملة، الغرض منها دفع ضرر محقق، ومثال ذلك الدائن الذي لم يصبح دينه حال الأداء ويقوم برفع الدعوى الصورية بقصد إثبات أن أموال المدين لم تخرج من ذمته، فتكون مصلحته في رفع الدعوى دفع ضرر محدق، يتجلى في إنقاص الذمة المالية للمدين وهو بدوره يحافظ على الضمان العام للدائنين، إلا أن ذلك لا يعني أن كل مصلحة محتمله يمكن رفع الدعوى بناء عليها[3].

أما إذا لم يكن للدائن مصلحة مباشرة في رفع الدعوى الصورية، فان دعواه لن تقبل، حيث

---

[1]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 392.
[2]/ أو الوفاء أحمد، المرجع السابق، ص 129.
[3]/ عبد الله سامي، المرجع السابق، ص 405.

تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، كما يمنع من التمسك بصورية العقد، وقد ضرب لنا القاضي عبد الله سامي مثالا على ذلك بالقول ":لا يجوز للناخب الطعن بصورية عقد يملك المرشح بمقتضاه، النصاب المالي اللازم للترشيح وان جاز ذلك لمرشح آخر، ينافس الأول لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة للناخب، ولتحققها بالنسبة للمرشح الآخر.[1]

المطلب الثاني : الدعوى الصورية

وضحنا فيما سبق أن المدعي يجب أن يكون له مصلحة في رفع الدعوى الصورية حتى يستطيع مباشرتها .إلا أن هذا لا يكفي بل يجب معرفة المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية، وتقادم الدعوى الصورية، كذلك الأمر دراسة وسائل الإثبات، وأثر الحكم الصادر فيها.

الفرع الأول: الخصوم في الدعوى الصورية

لكل ذي مصلحة رفع دعوى الصورية وعلى هذا الأساس فإن دعوى الصورية قد يرفعها أحد المتعاقدين على الطرف الآخر أو قد يطعن بها الغير على الطرفين، والذي له مصلحة في التمسك بالعقد المستتر أو التمسك بالعقد الظاهر، كأن ترفع من طرف البائع لكي يتخلص من الت ا زمات البائع، أو يرفعها المشتري بهدف التخلص من إلتزامات

[1]/ الشواربي عبد الحميد، والديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 325.

المشتري، كما يمكن أن ترفع من طرف الخلف العام للبائع و المشتري أو الخلف الخاص إذا كان له مصلحة في ذلك.[1]

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية

لكي نحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية فإنه يجب علينا الوقوف على حقيقة التصرف الحاصل، بصرف النظر عن العناصر الظاهرة التي يحرص الفرقاء على إبرازها بشكل وهمي، ويكون ذلك بالرجوع إلى ورقة الضد إن وجدت، أو عن طريق كافة العناصر الموضوعية التي رافقت تنفيذ الاتفاقات الحقيقية يعني ذلك أن العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، هو الذي يحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المرفوعة من قبل أحدهم، أو من قبل خلفهم العام، فعلى سبيل المثال إذا كان الثمن في عقد البيع الحقيقي المستتر خمس وعشرون مليون دينار جزائري، وكان في عقد البيع الصوري خمسة ملايين دينار جزائري، فان الثمن الحقيقي هو الذي يحدد المحكمة المختصة، وعليه نخلص مما تقدم أن الذي يحدد المحكمة المختصة فيما بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي، وذلك احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة، في حين أن الذي يحدد المحكمة المختصة بالنسبة للغير هو العقد الصوري، وذلك احترامًا لمبدأ استقرار المعاملات [3]

[1]/ عبد التواب معوض، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، ط 7، د دار نشر، مصر، 2003، ص 323.
[2]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 114.
[3]/ عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 350.

الفرع الثالث: ميعاد رفع الدعوى الصورية

قد يتدخل المشرع لتحديد ميعاد معين لرفع دعوى معينة، و الا سقط حق المدعي في رفعها بمضي هذه المدة المحددة، كما هو الحال في الدعوى البوليصية، إذ نجد المادة 92 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه " **تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه** "، لكن في دعوى الصورية فتح المجال لطعن فيها دون تحديد آجال محددة، مثلا إذا كان هناك عقد بيع يستر وصية وتم الدفع ببطلان العقد على أساس أنه ستر وصية،[1] رغم وصف هذا الدفع بأنه دفع بالبطلان إلا أنه في حقيقة الأمر المقصود منه هو الدفع بالصورية عن طريق التستر وهذه الأخيرة لا تسقط بالتقادم لأن المتمسك بهذا الدفع كل ما يطلبه هو تحديد طبيعة التصرف القانوني الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين و ترتيب أثاره القانونية، إلا أنه إذا تضمنت دعوى الصورية دعوى أخرى،[2] كأن يطعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم، وكانت هذه الهبة مستترة في صورة عقد بيع، فهناك دعويين، إحداهما تتعلق بصورية عقد البيع والأخرى تتعلق بالطعن ببطلان عقد الهبة، ففي هذه الحالة إذا تمسك الورثة بدعوى صورية عقد البيع فإن هذه الأخيرة لا تسقط بالتقادم، أما إذا تمسكوا بدعوى الطعن بالبطلان فإنها تسقط بالتقادم، وهو ما جاء

[1]/ العبودي عباس، شرح أحكام قانون البيانات، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 165.
[2]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 326.

في المادة 106 من القانون المدني الجزائري " **إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.**

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد"، وتنعدم بذلك كل فائدة من عدم تقادم دعوى الصورية[1].

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية " **...لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصف بأنه دفع بالبطلان إلا أنه في حقيقته وبحسب المقصود منه –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة –إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم، لأ ن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الأثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما و اعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم...**".[2]

الفرع الرابع: الإثبات في الدعوى الصورية

أوردت القواعد العامة المنصوص عليها في جل التشريعات أن عبء الإثبات يقع أصلا على المدعي إعمالا لقاعدة أن البينة للمدعى واليمين على من أنكر، ويعني ذلك أن عبء إثبات صورية التصرف على من يدعي الصورية واليمين على من ينكرها[3].

---

[1]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 202.

[2]/ نقلا عن غزلان عبد الله، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض، ج 2، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1989، ص 382.

[3]/ عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص 348.

ومع ذلك فان طرق إثبات الصوريةتختلف فيما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد على الآخر، عما إذا كانت مرفوعة من الغير ضد طرفي التصرف الصوري أو ضد الغير[1].

1-الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد على الآخر أو من يمثله :عندما تكون الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد الصوري أو من خلفهم العام أو ممن يمثلهم على الآخر، فإننا نطبق عليه القواعد العامة في الإثبات، ويعني ذلك أننا ننظر إلى العقد الصوري هل هو عقد تجاري أم عقد مدني، فإذا كان عقدًا تجاريًا فإنه يمكن إثبات صوريته بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان عقدًا مدنيًا، فإننا ننظر إلى قيمة الالتزام، هل تزيد قيمته عن 100000 دج، فإذا كانت قيمته تعادل 100000 دج أو أقل فإنه ينطبق عليه الحكم السابق، وهو إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات[2].

اعتمد المشرع والقضاء في هذه القاعدة على أن الدليل الكتابي أقوى من باقي البينات، وبناءا عليه فلا يجوز نقض الدليل القوي بدليل أضعف منه، عدا عن أن وجود دليل كتابي بشأن الالتزامات التعاقدية يفيد إلى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة بالنسبة لما يتضمنه العقد، إلا إذا وجد غش أو تحايل على القانون، فإنه يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.[3]

---

[1]/ العبودي عباس، المرجع السابق، ص 159.
[2]/ الشواربي عبد الحميد و الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 241.
[3]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 71.

الفرع الرابع :أثر الحكم في الدعوى الصورية

لمعرفة أثر الحكم في الدعوى الصورية فإنه يجب التمييز ما بين الحكم بالصورية المطلقة والحكم بالصورية النسبية،

فبالنسبة **للحكم بالصورية المطلقة** فقد اختلف الفقهاء على أثر الحكم فيها، فمنهم من نادى بتطبيق قاعدة نسبية الأحكام، وبالتالي فإن أثر الحكم لا يتعدى الدائن الذي رفع الدعوى وحده دون سائر الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى معه، وهذا ما ينادي به أغلبية الفقه في فرنسا.[1]

أما الفريق الآخر فيرى أن أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية لا يسري على الخصمين وحدهما، بل يسري على جميع الدائنين، وذلك لأن الحكم الذي يؤكد صورية العقد، إنما يقرر عدم وجوده، وبذلك فإن أملاك المدين لم تخرج من ذمته المالية، مما يعني أن كافة الدائنين يمكنهم التنفيذ على المال موضوع التصرف الصوري، لأنه ما زال داخلا في ضمانهم العام، ويرى الفقه في ذلك أن الرأي السديد في هذا الموضوع هو الرأي الثاني، حيث أن الهدف الأساسي من القضاء هو تحقيق العدل والمساواة بين كافة الدائنين، كما أن الغاية من الدعوى الصورية أصلا هي إثبات صورية التصرف، بمعنى أن العقد الظاهر لا وجود قانوني له،[2] وبالتالي لا يعقل أن يكون العقد له وجود قانوني بالنسبة للغير الذين لم يدخلوا في الد عوى، ولا يكون كذلك بالنسبة للأشخاص الذين دخلوا

[1]/ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 409.
[2]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 72.

في الدعوى، كما أن نسبية اثر الحكم تؤدي إلى إثقال العبء على كاهل المحكمة وازدياد عدد القضايا في نفس الموضوع والمحل والسبب، وقد تصدر قرارات متناقضة بخصوص نفس العقد، فيصدر قرار يؤكد صورية هذا العقد وآخر ينفي صورية هذا العقد، وبالتالي فان أثر الحكم يجب أن يستفيد منه الكافة أفضل من أن يستفيد منه رافع الدعوى وحده[1].

أما بالنسبة **للحكم بالصورية النسبية** : إن أثر الحكم بالصورية النسبية يقتصر على الاعتداد بالتصرف الحقيقي من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ، ففي حال أخفى المتعاقدان عقد الهبة في صورة عقد بيع فإن ذلك لا يعد سببًا لبطلان العقد، وإنما تطبيق أحكام الهبة على التصرف وليست أحكام البيع، لان العقد أصلا مشروع، أما إذا كان العقد الظاهر يخفي عقدا مخالفا للقانون فإن هذا العقد يعتبر باطلا، ومثال ذلك إذا اخفي عقد القرض عقدا بدين قمار، فإن هذا العقد يعتبر باطلا، وذلك لأنه مخالف للقانون والنظام العام، وليس بناء على تطبيق أحكام الصورية.

أما عن حجية الحكم في الدعوى الصورية، فإنه حتى يثبت للحكم حجية يجب أن تتوافر فيه شروط، حيث يجب أن يكون الحكم قضائيا وقطعيا وهو الحكم الصادر في الموضوع البت فيه ولو كان حكما ابتدائيا، وأخيرا أن يكون صادرا من محكمة مختصة يجعل لها الولاية في إصداره.[2]

---

[1]/ عرفات نواف فهمي مرداوي، المذكرة السابقة، ص 72.
[2]/ العمروسي أنور، المرجع السابق، ص 129.

خاتمة الفصل الثاني

إن الدعوى الصورية لها أهمية كبيرة في المحافظة على حقوق أطراف العقد، والمحافظة على حقوق الدائنين، والمحافظة على حقوق الخلف العام والخلف الخاص، كذلك فهي كغيرها من الدعاوى التي يستطيع من خلالها كل صاحب مصلحة أن يحافظ على حقوقه.

وقد لاحظنا أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين بعض الدعاوى الأخرى، وبيّنا كيفية إثبات صورية العقد، وتطرقنا إلى تقادم الدعوى الصورية ووجدنا القصور عند المشرع الجزائري والتشريعات العربية عموما في هذا الموضوع ،فلم يبين أي منها مدة تقادم للدعوى الصورية أو عدم وجود مدة تقادم أصلا كما هو الحال بالنسبة للدعوى البوليصية، بل ترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء وهي مسألة كان يجب تداركها.

وأخيرًا بينا أثر الحكم الصادر في الدعوى الصورية ووجدنا أن اثر الحكم يجب أن يستفيد منه كل من له مصلحة وليس رافع الدعوى وحده.