الصورية والشفعة
تعليق على قرار للمحكمة العليا

أ/ شوقي بناسي

أستاذ القانون المدني المساعد. كلية الحقوق. جامعة الجزائر.

ملف رقم 247879 قرار بتاريخ 2003/07/23

قضية (ع-غ) ضد (ورثة (ع-ب) ومن معهم

إن المحكمة العليا

(في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد (231، 233،239،244،257) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية. وعلى المادة 234 من نفس القانون.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف القضية وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 22 فيفري 2000 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدهم.

بعد الاستماع إلى السيد عدالة الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة التقرير المكتوب وإلى السيد فلو عبد الرحمان النائب العام المساعد في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن المسماة (ع–غ) طعنت بطريق النقض بتاريخ 2000/02/22 في القرار الصادر عن مجلس قضاء المدية بتاريخ 1999/11/14 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن فرع العمارية بتاريخ 1999/04/24 والقاضي برفض دعوى الطاعنة لعدم التأسيس وهي الدعوى الرامية إلى الطعن بصورية عقد الهبة بدعوى أنه يخفي عقد بيع في حقيقته وذلك بحجة أن التعامل أفرغ في شكل هبة ظاهريا لغرض حرمانها من ممارسة حق الشفعة.

حيث أنه وتدعيما لطعنها أودعت الطاعنة بواسطة وكيلها الأستاذ علي جماد عريضة تتضمن ثلاثة أوجه.

حيث أن الأستاذ عبد الله بن حركات أودع مذكرة جواب في حق المطعون ضدهم مفادها أن الطعن غير مؤسس.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

أوجه الطعن

حيث أنه وتدعيما لطعنها تثير الطاعنة ثلاثة أوجه.

الوجه الأول مأخوذ من مخالفة وإغفال قواعد جوهرية في الإجراءات:

بدعوى أن الدعوى تتعلق بصورية عقد هبة الذي يخفي في حقيقة الأمر عقد بيع لعقارات زراعية ومبنية وأن مثل هذه الدعوى لها صلة بالنظام العام وأنه كان يجب بالتالي عرضها على النيابة العامة طبقا للمادة 141 من ق.إ.م وهو الإجراء الذي لم يتم.

وبدعوى أنه ورد في القرار المطعون فيه أن جلسة المرافعات تمت يوم 1999/10/10 وأنه تم تحديد يوم 1999/10/24 تاريخا للنطق بالقرار إلا أنه وبالرجوع إلى تاريخ القرار تبين أنه صدر في 1999/11/14 وليس في التاريخ المحدد المبين آنفا وأن في ذلك مخالفة لنص المادة 142 من ق.إ.م.

وبدعوى كذلك أن القرار لا يتضمن التأشير الإجمالي على الوثائق كما تنص عليه المادة 144 من ق.إ.م. ولا ذكر اسم ممثل النيابة العامة.

الوجه الثاني مأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب :

وفي بيانه تذكر الطاعنة أن دعواها تتعلق "بالطعن في تسمية العقد وسببه" ذلك أن العقد أفرغ في شكل عقد هبة بينما هو عقد بيع في حقيقته وذكرت دعما لدعواها أن هناك شهودا تم سماعهم من المحكمة وقد صرحوا بأن البائعين قبضوا ثمن البيع وأن المتعاقدين (المطعون ضدهم) كان غرضهم من إفراغ العقد في شكل هبة وليس في شكله الحقيقي أي البيع هو حرمان الطاعنة من حق الشفعة إلا أن قضاة الاستئناف عوض التحقق من حجج الطاعنة ومعالجتها في إطار القانون اعتبروا الدعوى على أنها تتعلق بالتزوير في عقد رسمي والحال أنها تتعلق بصورية عقد الهبة فجاء جواب ورد المجلس في أسباب رفضه للاستئناف مخالفا تماما لأسس الدعوى ومشوها لطبيعتها مما يترتب عنه أن القرار جاء مخالفا للقانون.

الوجه الثالث مأخوذ من الخطإ في تطبيق القانون :

بدعوى أن دعوى الطاعنة ترمي إلى بطلان عقد الهبة لصوريته كونه يخفي في الحقيقة عقد بيع وقدمت دعما لذلك أدلة منها شهادة شهود بما فيهم أحد أطراف العقد ذكروا بأن "الواهبين" قبضوا ثمن العقار محل عقد الهبة وأن ما دفعوا هو تجنب الرسوم الضريبية وكذا ممارسة حق الشفعة.

وبدعوى أن أحكام المادة 98 من القانون المدني لا تمنع من المطالبة ببطلان مثل هذه العقود ولا تشترط في من يطلب بطلان الطعن بالتزوير في العقد وأن الأساس الذي اعتمده القرار المطعون فيه في رفض الدعوى بحجة أن العقد صحيح هو أساس خاطئ وجاء نتيجة تفسير خاطئ لأحكام المادتين 98 و 102 من القانون المدني.

وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجه المثار تلقائيا للمادة 234 من ق .إ.م. والمأخوذ من الخطإ في تطبيق القانون لا سيما المادتين 198 و 199 من القانون المدني وانعدام الأساس القانوني معا:

حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه والحكم المؤيد بموجبه وإلى الإجراءات المتبعة في الدعوى فإن الطاعنة الحالية رفعت دعوى ترمي إلى إبطال عقدي الهبة من المطعون ضدهم ورثة (ع - ب) لفائدة المطعون ضدهما (ح - م) و (ح - ع) والمؤرخين في 1990/11/25 والمشهرين في 1991/07/02 وذلك على أساس صورية عقد الهبة كونه يخفي اتفاقا بالبيع وأن إفراغ هذا التعامل في شكل هبة المراد به منعها من ممارسة حق شفعة بحكم أنها إحدى ورثة (ع - ب) ودعما لدعواها أوضحت أن لديها شهودا من بينهم من هو طرف في العقد كواهب، على أن الأمر يتعلق في حقيقته بالبيع وهي الدعوى التي تصدى لها قضاة الموضوع وقابلوها بالرفض على أساس أن عقدي الهبة المذكورين توفرت فيهما جميع الأشكال القانونية وأنه لا يمكن الطعن فيهما إلا بالتزوير وكذلك على أساس أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت أن إرادة الطرفين شابها تدليس أو غش وأن دفوعها ما هي إلا قرائن لا ترقى إلى درجة الإثبات عكس عقد الهبة المطعون فيها والحال أن الطاعنة أوضحت أنها لا تطعن في صحة العقد كسند رسمي أو في رسمية العقد بل لصوريته كونه يستتر خلفه عقد بيع وبالتالي كان على قضاة الموضوع التصدي للدعوى في نطاق المادتين 198 و199 من القانون المدني التي تحكم الصورية في العقود ومجال العقد الظاهر والعقد الخفي.

وحيث إن كان المشرع في هاتين المادتين في معالجته للصورية قد اقتصر على آثار العقد الصوري (العقد الظاهر) بالنسبة لدائني المتعاقدين والخلف الخاص (المادة 198 من القانون المدني) وعلى آثار العقد الحقيقي (العقد الخفي) بين المتعاقدين والخلف العام (المادة 199 من نفس القانون) فإنه من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه وأنه يسوغ له إثبات صورية العقد

حتى وإن كان رسميا بشتى الطرق بما فيها البينة (الشهود) أو القرائن ذلك أن القاعدة القانونية التي بحسبها لا يجوز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي إنما تنطبق على طرفي هذا العقد.

وحيث والحال كذلك فإنه ما دامت الطاعنة ادعت بمساس العقد المدعى بصوريته بحقها في ممارسة حق الشفعة وقدمت قرائن كما عاينه قضاة الموضوع أنفسهم حين قولهم "أن دفوع الطاعنة ما هي إلا قرائن.." فكان بالتالي على قضاة الموضوع التطرق للدعوى على أساس صورية العقد ومناقشة ما قدمته الطاعنة بهذا الخصوص من قرائن ولما لم يهتدوا لذلك وبقضائهم كما فعلوا فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون كما حرفوا طبيعة الدعوى فأفقدوا بذلك قرارهم الأساس القانوني الأمر الذي يجعله عرضة للنقض.

وحيث أن المصاريف يتحملها المطعون ضدهم عملا بالمادة 270 من ق.إ.م.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا وموضوعا، وبالتالي نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء المدية بتاريخ 1999/11/14 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل في القضية من جديد وفقا للقانون.

وعلى المطعون ضدهم بالمصاريف).

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى.

يتناول هذا القرار موضوعا من المواضيع الشائكة في مجتمعنا، وهو موضوع النزاعات التي تحدث بين الورثة. ففي كثير من الأحيان يقوم نزاع بينهم، فيقدم البعض منهم على

إبرام تصرفات يضر بها غيره من الورثة، ومن بين أهم هذه التصرفات اللجوء إلى إبرام عقود صورية من أجل منع الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة، ومن ثم كان موضوع الصورية مرتبطا في كثير من الأحيان بموضوع الشفعة. ومثل هذه المواضيع المعقدة تتطلب الوقوف جيدا على معنى الصورية وأنواعها وأحكامها خاصة إذا تعلّق الأمر بالغير، فهل من حق هذا الأخير التمسك بالعقد الصوري (الظاهر) أم من حقه التمسك بالعقد المستتر (الخفي) أم له الخيار في التمسك بواحد منهما؟ وما هي شروط ذلك؟ ومن هو الغير أصلا في موضوع الصورية؟ وما هو موقف المشرع الجزائري في القانون المدني؟ وما هو الاتجاه الذي يسير عليه اجتهاد المحكمة العليا؟

كل هذه الأمور المعقدة يتناولها القرار الذي بين أيدينا، الأمر الذي يجعله ?بحق– جديرا بالتعليق عليه، وهي المهمة التي سنقوم بها في هذا الإطار متوكلين على الله سبحانه وتعالى.

1 ـ الوقائع: بالرجوع إلى القرار يتضح لنا أن وقائع القضية الدائرة بين السيدة الطاعنة (ع غ) والمطعون ضدهم ورثة (ع ب) ومن معهم تتمحور حول نقطتين أساسيتين تتمثلان في:

- إبرام عقدي هبة من قبل ورثة (ع ب) لفائدة (ح م) و(ح ع) المؤرخين في 25 نوفمبر 1990 والمشهرين في 2 جويلية 1991 يخفيان في حقيقتهما عقد بيع عقارات زراعية مبنية مملوكة عن طريق الإرث بين الطاعنة والمطعون ضدهم.

- وقد شهد أحد الشهود الذين تم سماعهم من المحكمة بأن البائعين قبضوا ثمن المبيع، وأن الغرض الحقيقي من وراء إفراغ العقد في شكل هبة وليس في شكل بيع هو تجنب الرسوم الضريبية وكذا منع الطاعنة من ممارسة حقها في الشفعة.

2 ـ الإجراءات: رفعت السيدة (ع غ) دعوى أمام محكمة العمارية ترمي إلى إبطال عقدي الهبة، فأصدرت هذه الأخيرة حكمها بتاريخ 24 أفريل 1999 رافضة الدعوى لعدم تأسيسها، فاستأنفت السيدة (ع غ) أمام مجلس قضاء المدية الذي قضى بتاريخ 14 نوفمبر 1999 بتأييد حكم محكمة العمارية، فطعنت السيدة (ع غ) بطريق النقض أمام المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 2000 التي قضت في 23 جويلية 2003 بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبالتالي نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء المدية وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل في القضية من جديد وفقا للقانون.

3 ـ الادعاءات: استندت السيدة (ع غ) في دعواها على ثلاثة أوجه الأول إجرائي والثاني والثالث موضوعيان وهما اللذان نقف عندهما. فهي تدعي أن دعواها هي الطعن في صورية الهبة، بمعنى أن دعواها تتعلق بالطعن في تسمية العقد وسببه، بينما قضاة المجلس شوهوا دعواها حيث اعتبروها دعوى تتعلق بالطعن بالتزوير في عقد رسمي (عقد الهبة). هذا من جهة، ومن جهة أخرى تدعى أن عقد الهبة باطل لصورية سببه طبقا لأحكام المادة 98 ق م، حيث أنه في حقيقته عقد بيع تم إفراغه في شكل هبة تهربا من دفع الرسوم الضريبية ومنعها من ممارسة حقها في الشفعة.

4 ـ المشكل القانوني: من خلال الوقوف على ادعاءات السيدة (ع غ) والمبررات التي اعتمدها قضاة المجلس، وحيثيات المحكمة العليا يظهر أن المشكل القانوني الأساسي في هذه القضية هو كالآتي: هل يحق للسيدة (ع غ) الطعن في صورية عقد الهبة المبرم من قبل ورثة (ع ب)؟ وفي حقيقة الأمر إن هذا المشكل يخفي وراءه مشاكل جزئية مهمة: ما هو المركز القانوني للسيدة (ع غ)؟ وهل يحق لها التمسك بالعقد الخفي أي بعقد البيع وما هي شروط ذلك؟ وهل يجوز لها في سبيل إثبات صورية الهبة أن تعتمد على

شهادة الشهود مع أن الهبة كانت عقدا رسميا مشهرا؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هو التأصيل القانوني لذلك؟

إن الإجابة عن كل هذه المشاكل القانونية ستكون وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: مناقشة حق السيدة (ع غ) في الطعن في صورية عقد الهبة

المطلب الأول: تحديد المركز القانوني للسيدة (ع غ)

المطلب الثاني: حق السيدة (ع غ) في التمسك بعقد البيع (العقد المستتر)

المبحث الثاني: حق السيدة (ع غ) في إثبات صورية عقد الهبة

المطلب الأول: حق السيدة (ع غ) في الإثبات بكافة الطرق

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لحق السيدة (ع غ) في الإثبات بكافة الطرق

المبحث الأول: مناقشة حق السيدة (ع غ) في الطعن في صورية عقد الهبة

تبين لنا من وقائع القضية أن هناك عقدا صوريا وهو عقد الهبة ستر عقد بيع عقارات وتم اللجوء إلى هذا التحايل من أجل منع السيدة (ع غ) من ممارسة حقها في الشفعة، لهذا كان من مصلحتها التمسك بعقد البيع أي العقد المستتر، ومن ثم تطالب الأخذ بالشفعة في البيع، فهل يجوز لها ذلك؟ يبدو أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد مركزها القانوني.

المطلب الأول: تحديد المركز القانوني للسيدة (ع غ): إن الصورية من المواضيع المهمة التي يتناولها الفقهاء في النظرية العامة للالتزام، وبالضبط تحت الجزء المخصص لأحكام الالتزام[1]، وهي من الدعاوى التي تحمي الضمان العام للدائنين لهذا

1 ـ لكن بعض الفقه الفرنسي يدرسها في موضوع آثار العقد وقوته الملزمة. ومن هؤلاء: فلور وأوبار، الالتزامات، ج1 التصرف القانوني، 1975، ص377.

تناولها المشرع الجزائري في الفصل الثالث: ضمان حقوق الدائنين، القسم الأول: وسائل التنفيذ، إلا أن الفقهاء نبّهوا على أن الغرض من دعوى الصورية لا يقتصر على حماية الضمان العام بل يمتد أيضا إلى منع التحايل على القانون[2]. وعلى العموم تعرّف الصورية بأنها: "وضع ظاهري يخفي حقيقة العلامة القانونية بين المتعاقدين" [3] ومن هذا التعريف يظهر أنها تفترض وجود تصرف ظاهر وآخر مستتر "ويكون من شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه. ويتعين لتحقق الصورية أن تتوافر بالأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق" [4]. والصورية عند الفقهاء على نوعين: مطلقة ونسبية، وهذه الأخيرة على ثلاثة أنواع يهمنا منها النوع الأول وهو الصورية بطريق التستر، حيث أنها تتناول نوع العقد لا وجوده[5]، ومن أبرز أمثلتها قضية الحال، حيث اتخذ المطعون ضدهم عقد الهبة ستارا لعقد البيع لحرمان السيدة (ع غ) من حق أخذ المبيع بالشفعة. وهنا يطرح التساؤل المهم هل يجوز لهذه الأخيرة التمسك بعقد البيع؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على تحديد المركز القانوني للسيدة (ع غ)، فهل هي من المتعاقدين أم من الغير؟ من الواضح بمكان أنها ليست من المتعاقدين إذ لم تكن طرفا لا في عقد الهبة (العقد الصوري) ولا في عقد البيع (العقد المستتر)، فهل هي إذن من الغير؟ وبعبارة أدق هل يعتبر الشفيع من الغير في خصوص الصورية أم لا؟ لكن من هو الغير في الصورية حتى نستطيع أن نجيب عن التساؤل السابق؟

---

2 ـ يقول الدكتور نبيل سعد: "الغرض من الصورية لا يقف فقط عند حد الإضرار بالدائنين، وإنما يتجاوز ذلك إلى تحقيق أغراض أخرى غير الإضرار بالدائنين كأن يكون القصد منها التهرب أو التحايل على أحكام القانون". نبيل سعد، أحكام الالتزام، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص126.

3 ـ أنور سلطان، أحكام الالتزام، بيروت، دار النهضة العربية، 1974، ص152.

4 ـ نفس المرجع.

5 ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2 نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات آثار الالتزام، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 1073.

إن مفهوم الغير في الصورية كان محل جدل فقهي كبير، وانقسم الفقه تجاه هذه المسألة إلى فريقين، فذهب الفريق الأول إلى القول أن الغير في الصورية هو الدائن الشخصي للمتعاقدين والخلف الخاص وهما المنصوص عليهما في المادة 198 ق م، ومن أبرز القائلين بهذا الرأي الأستاذ الكبير العميد عبد الرزاق السنهوري[6]، بينما ذهب الفريق الثاني إلى القول أن الغير في الصورية لا ينحصر في الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقدين، بل هو كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه، ومن أبرز القائلين بهذا الرأي الأستاذان الكبيران إسماعيل غانم وعبد المنعم البدراوي وغيرهما[7]، وهو الرأي المتبنى من القضاء المصري[8]. وينبني على هذا الخلاف في تحديد المقصود بالغير نتائج مهمة أهمها [9]:

أنه طبقا للاتجاه الأول توجد ثلاثة طوائف: الأولى طائفة المتعاقدين والخلف العام، والثانية طائفة الغير والتي تشمل الدائن الشخصي والخلف الخاص لكل من المتعاقدين، والثالثة طائفة ليست من المتعاقدين أو الخلف العام ولا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. وأبرز من يدخل فيها الشفيع. بينما طبقا للاتجاه الثاني توجد طائفتان: الأولى طائفة المتعاقدين والخلف العام، والثانية طائفة الغير وهي تشمل كل من يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه، وأبرز من يدخل في هذه الطائفة الشفيع.

---

6 ـ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1088. ومن الفقهاء القائلين بهذا الرأي أيضا: عبد الفتاح عبد الباقي، وعبد المنعم فرج الصدة، وجمال زكي، وحسن كيرة. ذكرهم الدكتور نبيل سعد في: الحقوق العينية الأصلية، مصر، دار المعرفة الجامعية، 1999، 374، هامش رقم 2.

7 ـ إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، ص305، عبد المنعم البدراوي، أحكام الالتزام، ص180. ومن الفقهاء القائلين بهذا الرأي أيضا: محمد علي عرفة، وأحمد سلامة، ومصطفى الجمال، ذكرهم الدكتور نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص374، هامش رقم 3.

8 ـ انظر في اعتبار الشفيع من الغير الأحكام القضائية الكثيرة التي ذكرها الدكتور نبيل سعد في: الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص374، هامش رقم 4.

9 ـ أنور سلطان، المرجع السابق، ص161. نبيل سعد، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص147.

إن الطائفة الثالثة في الاتجاه الأول لا يجوز لها التمسك إلا بالعقد الحقيقي والطعن في صورية العقد الظاهر، ومن ثم لا يجوز لها التمسك بالعقد الظاهر إذا كانت شروطه أكثر ملاءمة لها، ومن ثم لا يجوز للشفيع إلا التمسك بالعقد الخفي. بينما طبقا للاتجاه الثاني، والذي يعتبر الشفيع من الغير، فإنه يجوز له التمسك بالعقد الخفي كما يجوز له التمسك بالعقد الظاهر حسب شروط معينة.

وبناء على ما سبق ذكره فإن السيدة (ع غ) لا تعتبر من الغير حسب الاتجاه الفقهي الأول لأنها ليست دائنا ولا خلفا خاصا للمتعاقدين[10]، بينما هي من الغير حسب الاتجاه الثاني لأنها لم تكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما لأحد طرفيه.

وبالرجوع إلى حيثيات المحكمة العليا يظهر جليا أنها تبنت القول الثاني في بيان المقصود بالغير حيث اعتبرت السيدة (ع غ)، وهي الشفيع الذي يريد التمسك بالعقد الخفي (البيع)، من الغير، وهذا ما جاء صراحة في العبارة التالية: "فإنه من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه".

ويبدو أن هذا القول هو الراجح فقها وقضاء على أساس أن "منطق الغير في الصورية يتحدّد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله"[11]. لكن يجب أن نلاحظ أن العبارة السابقة للمحكمة العليا محل نظر لأنه يفهم منها أن مسألة اعتبار الشفيع من الغير محل اتفاق بين الفقهاء وموضوع استقرار القضاء، مع أننا لاحظنا أنها محل خلاف فقهي كبير في مصر،

10 ـ يقول العميد السنهوري: "الغير في الصورية إما أن يكون دائنا شخصيا لأحد طرفي العقد الصوري أو خلفا خاصا لأحد منهما، وظاهر أن الشفيع ليس دائنا شخصيا لا للبائع ولا للمشتري، وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا، فهو إنما يتلقى ملكية العقار المشفوع فيه من البائع لا من المشتري، وليس هو أخيرا خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري، فهو إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر، ولم يقل أحد إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه" السنهوري، الوسيط، ج9، ص 500.

11 ـ نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص374.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى أين هي الأحكام القضائية والنصوص الفقهية الجزائرية التي استقر قولها على هذا الرأي؟

المطلب الثاني: حق السيدة (ع غ) في التمسك بعقد البيع (العقد المستتر):

إذا كانت السيدة (ع غ) تعتبر من الغير فهل يجوز لها التمسك بالعقد الخفي (البيع)؟ بالرجوع إلى المادتين 198 و199 ق م لا نجدهما إطلاقا تشيران إلى حق الغير في التمسك بالعقد الخفي، فالمادة 198 ق م تجيز للغير (الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقدين) التمسك بالعقد الظاهر (الصوري) وهو الهبة في قضيتنا متى كان حسن النية وهذا طبقا لنظرية الأوضاع الظاهرة، بينما المادة 199 ق م تنص على أن العقد النافذ بين المتعاقدين هو العقد الخفي (الحقيقي) وهذا طبقا لمبدإ سلطان الإرادة. فأين النص على حق الغير في التمسك بالعقد الخفي مع أنه هو القاعدة العامة؟ للأسف الشديد لم ينص المشرع على هذه المسألة المهمة جدا، مع أن القانون المدني المصري وهو المصدر المادي للقانون المدني الجزائري نص على هذه المسألة في المادة 244 ق م حيث قضت: "... كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ..."

يقول الأستاذ الكبير علي علي سليمان رحمه الله عن نص المادة 198 ق م: "وهذا النص قاصر جدا، إذا المفروض في الصورية أن المتعاقدين أبرما عقدين أحدهما ظاهر والثاني مستتر، وأن العقد الصحيح هو العقد المستتر وقد أراد المتعاقدان خداع الغير بالعقد الظاهر" ثم ذكر الفروض التي لم ينص المشرع على حلول لها ومن بينها الفرضية التي نحن بصدد دراستها، ونبّه على سبب قصور المادة 198 ق م فقال: "ولقد تأثر القانون المدني الجزائري بالمادة 1321 مدني فرنسي التي اقتصرت على اعتبار العقد المستتر هو وحده العقد الحقيقي بالنسبة إلى المتعاقدين، وليس له أثر بالنسبة إلى الغير، لكن القضاء الفرنسي قد سار على ما نصت عليه القوانين العربية ولاسيما بعد أن تناولت

المادتان 49 و50 من المشروع الفرنسي الإيطالي النص على ما أخذت به القوانين العربية" [12].

وبهذا يكون المشرع قد أتى بالاستثناء وهو حق الغير في التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية، وأهمل النص على القاعدة العامة وهي حق الغير في التمسك بالعقد الخفي، وفي هذا المعنى يقول الدكتور أحمد خليل حسن قدادة: "لم تقرر لنا هذه المادة (أي المادة 198ق م) فيما إذا كان الغير يستطيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا كانت له مصلحة في ذلك أم لا؟ على الرغم من أن الأصل في الصورية هو التمسك بالعقد الحقيقي فهو الذي يعبّر حقيقة عن إرادة المتعاقدين دون العقد الصوري، أما الاستثناء فهو جواز التمسك بالعقد الصوري دون العقد الحقيقي، ومن ثم تكون المادة 198 مدني جزائري قد أقرت الاستثناء ولم تقرر الأصل في الصورية بالنسبة للغير، وهذا ما يعتبر في نظرنا نقصا في المادة 198 كان على المشرع أن يتلافاه، وأملنا كبير في أن يسد هذا النقص التشريعي عن قريب" [13].

وأمام هذا النقص التشريعي الكبير وجدت المحكمة العليا نفسها في موقف حرج، الوضع الذي جعلها تقول في حيثية من حيثيات قرارها: "وحيث وإن كان المشرع في هاتين المادتين في معالجته للصورية قد اقتصر على آثار العقد الصوري (العقد الظاهر) بالنسبة لدائني المتعاقدين والخلف الخاص (المادة 198 من القانون المدني) وعلى آثار العقد الحقيقي (العقد الخفي) بين المتعاقدين والخلف العام (المادة 199 من نفس القانون) فإنه من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه".

12 ـ على علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص27 ـ 28 .

13 ـ أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص89 ـ 90 .

وعلى كل يبقى أهم شرط يتوقف عليه حق الغير في الطعن في صورية العقد الظاهر ومن ثم التمسك بالعقد الخفي (البيع) هو وجود مصلحة في ذلك [14]، وهو الأمر الذي توفر في السيدة (ع غ) حيث أن مصلحتها في التمسك بالبيع ظاهرة وهي ممارسة حقها في الشفعة.

المبحث الثاني: حق السيدة (ع غ) في إثبات صورية عقد الهبة

إذا كان من الجائز للسيدة (ع غ) وهي من الغير التمسك بالعقد المستتر (عقد البيع)، فكيف يجوز لهذا إثبات صورية الهبة، هل يكون ذلك بالدليل الكتابي أم بكافة طرق الإثبات؟ وإذا كان من الجائز الإثبات بكافة الطرق، فهل يكون هذا على أساس أن العقد بالنسبة إليها واقعة مادية، أم على أساس أنها شفيع يستحيل عليه الحصول على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفا فيه؟

المطلب الأول: حق السيدة (ع غ) في الإثبات بكافة الطرق: إن العقد الصوري الذي أبرمه ورثة (ع ب) وهو الهبة كان رسميا وتم شهره، ومن المعلوم أن العقود الرسمية حجة على الكافة لا يجوز الطعن فيه إلا عن طريق التزوير [15]، فهل يحق للسيدة (ع غ) الطعن في هذا العقد بشهادة الشهود؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى من المعلوم أنه لا يجوز

14 ـ يقول الأستاذ أحمد نشأت: "ولا بد للطعن بالصورية من توفير المصلحة كما هي الحال في كل دعوى، فلا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد" ثم قال: "هذا وقد نصت المادة 244 من القانون المدني القائم صراحة على أن لدائني المتعاقدين والخلف الخاص أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم، فإذا لم يكن هناك ضرر لا يصح الإثبات لانعدام المصلحة". أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، ط7، بدون تاريخ، ص397.

15 ـ تنص المادة324 مكرر5 على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

، خالفة الدليل الكتابي إلا بدليل كتابي[16]، فهل يجوز للسيدة (ع غ) مخالفة عقد الهبة الرسمي والمشهر بشهادة الشهود؟

إن مثل هذه التساؤلات ما كانت لتطرح لولا الخلط الواضح الذي وقع فيه قضاة المجلس بين الطعن في صحة العقد (الهبة)، والطعن في صورية العقد (الهبة)، ففي الفرضية الأولى تثار مسألة الطعن بالتزوير، ومسألة عدم جواز مخالفة الدليل الكتابي إلا بدليل كتابي مثله، أما في الفرضية الثانية لا تثار هذه المسألة أصلا، بل إننا حتى ولو كنا بصدد موضوع الصورية فإنه لا يمكن المطالبة بدليل كتابي إلا إذا كنا بصدد دراسة موضوع الصورية فيما بين المتعاقدين، ففي هذه الحالة - وكقاعدة عامة - يلزم المتعاقد الذي يطعن في صورية العقد الظاهر باحترام قواعد الإثبات وعلى رأسها قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف على نصاب الشهادة، ولهذا إذا كان العقد الظاهر مكتوبا وجب على المتعاقد اليقظ أن يحتاط ويحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ليثبت بها حقيقة التصرف خاصة إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي من شأنه الإضرار به، فإن لم يفعل ذلك فإنه يتعذر عليه إثبات الصورية بالشهادة والقرائن وإن كان من الجائز الإثبات في هذه الحالة باليمين والإقرار[17]. لكن مثل هذا التأصيل القانوني لا ينطبق على قضية الحال لأن الطاعن في صورية الهبة هي السيدة (ع غ) وهي ليست طرفا في العقد بل هي من الغير - كما بينا سابقا - فلم إذن الكلام عن قاعدة عدم جواز مخالفة الدليل الكتابي إلا بدليل كتابي مثله؟ هذا ما جعل المحكمة العليا تقول في حيثية من حيثياته: "ذلك أن القاعدة القانونية التي بحسبها لا يجوز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي إنما تنطبق على طرفي العقد". ومثل

16 - تنص المادة 334 (المعدّلة): "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري: فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي ...".

17 - نبيل سعد، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص145.

هذا الكلام صحيح من الناحية القانونية لكن يبدو أنه في غير محله لأن قضاة المجلس لم يتفطنوا لمسألة الصورية أصلا حيث كيّفوا الدعوى على أنها طعن بالتزوير في عقد رسمي، فمثل هذا الكلام يقال لو أن قضاة المجلس تفطنوا للصورية ولكنهم خلطوا بين إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وإثبات الصورية بالنسبة للغير.

إذا توصلنا إلى تحديد قواعد الإثبات التي كان من الواجب أن تحكم المسألة لو أنها كانت تتعلق بالطعن في صحة العقد، أو كانت تتعلق بالصورية بالنسبة للمتعاقدين، يبقى التساؤل المهم ما هي القواعد التي تحكم قضية الحال؟ بمعنى آخر هل يجوز للسيدة (ع غ) وهي من الغير أن تثبت صورية الهبة بشهادة الشهود؟

إن الفقه مستقر على القول بأنه يجوز للغير أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن، وفي هذا الإطار يقول العميد السنهوري: "أما في هذه الحالة فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على عشرة جنيهات، فيجوز إثبات صورية العقد الظاهر بجميع طرق ومنها البينة والقرائن" [18]. ويقول الأستاذ أحمد نشأت: "ويجب أن نلاحظ أنه يجوز لغير المتعاقدين إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن" [19].

وبناء على هذه الأقوال جاز للسيدة (ع غ) إثبات الصورية بشهادة الشهود، وهو ما تحقق فعلا، حيث إنها دعما لدعواها قدمت أدلة منها شهادة الشهود، بما فيهم أحد أطراف العقد، ذكروا أن (الواهبين) قبضوا ثمن العقار محل عقد الهبة، وهو الأمر الذي تجاهله قضاة الموضوع وتفطنت له المحكمة العليا، حيث جاء في حيثية من حيثياته: "وأنه (أي الغير) يسوغ له إثبات صورية العقد حتى وإن كان رسميا بشتى الطرق بما فيها البينة (الشهود) أو القرائن".

18 ـ السنهوري، الوسيط، ج2، الإثبات ?آثار الالتزام، المرجع السابق، ص1112.

19 ـ أحمد نشأت، ج1، المرجع السابق، ص380.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لحق السيدة (ع غ) في الإثبات بكافة الطرق: إذا كان الفقه مستقر على منح الغير حق إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإنه ـ كما يبدو ـ مختلف في تأسيس هذه المسألة، فقد ذهب العميد السنهوري إلى القول أن الغير له إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات على أساس أن الصورية بالنسبة له تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونا [20]، بينما يذهب كثير من الفقهاء إلى تعليل ذلك على أساس أن الغير أجنبي عن التصرف القانوني ومن ثم يستحيل أن يتوافر تحت يده الدليل الكتابي على صوريته وما دام الصورية موجهة ضد مصلحته فإنه يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات [21].

ويبدو أن هذا الخلاف يتعلق بمسألة تحديد المقصود بالغير في الصورية السابق ذكرها، فمن حصر الغير في الدائن الشخصي والخلف الخاص لكل من المتعاقدين رأى أن الصورية تمثل بالنسبة لهؤلاء واقعة مادية، ومن رأى أن الغير هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما لأحد طرفيه عدّه أجنبيا عن العقد الصوري ومن ثم يستحيل عليه الحصول على الدليل الكتابي. ورغم أن المحكمة العليا لم تبين موقفها في هذا القرار فإن المنطق القانوني يفرض ميلها إلى التأسيس الثاني لأنها ـ كما رأينا ـ تميل إلى القول الثاني في تحديد المقصود بالغير.

وإذا كان القانون المدني المصري في مادته 244 صرح بحق الغير في إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بنصه صراحة: "... ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم". فإن القانون المدني الجزائري أغفل النص على هذه المسألة كما أغفل النص من قبل على حق الغير في التمسك بالعقد المستتر.

20 ـ السنهوري، الوسيط، ج2، الإثبات– آثار الالتزام، المرجع السابق، ص1113.

21 ـ نبيل سعد، وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص132، وانظر المراجع التي أشارا إليها في الهامش رقم 2.

خـاتـمـة

في ختام هذا التعليق يمكننا أن نصل إلى نتيجتين مهمتين:

الأولى : وهي أن الحكمة العليا عملت ـ مشكورة ـ على سد نقائص المادة 198 ق م.

الثانية : أنها اعتبرت الشفيع من الغير في الصورية، متبعة في ذلك القول الراجح فقها وقضاء في مصر.

وبهذه المناسبة نقترح أمرين اثنين:

الأول : أن تواصل المحكمة العليا السير في هذا الاتجاه إلى منتهاه، بمعنى أنها تجيز مستقبلا للشفيع باعتباره من الغير في الصورية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية، فمثلا لو كان البيع يستر هبة فإنه يجوز للشفيع التمسك بعقد البيع الصوري للمطالبة بالأخذ بالشفعة.

الثاني : تعديل المادة 198 ق م على النحو الآتي:

«1 ـ إذا أبرم عقد صوري فللغير متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، كما أن له أن يتمسك بالعقد المستتر ويثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر به.

2 ـ وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين».

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع المعتمدة

1 ـ أحكام الالتزام، أنور سلطان، بيروت، دار النهضة العربية، 1974.

2 ـ أحكام الالتزام، نبيل سعد، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.

3 ـ أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نبيل سعد، وهمام محمد محمود زهران، مصر، دار الجامعة الجديدة ل لنشر، 2001.

4 ـ الحقوق العينية الأصلية، نبيل سعد، مصر، دار المعرفة الجامعية، 1999.

5 ـ رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ط7، بدون تاريخ.

6 ـ ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، علي علي سليمان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

7 ـ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 2 أحكام الالتزام، أحمد خليل حسن قدادة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.

8 ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: ج 2، الإثبات ـ آثار الالتزام. ج 8، أسباب كسب الملكية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.