

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

تخصص شريعة وقانون

قسم الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

التصرفات الصورية من خلال القانون المدني الجزائري والاجتهاد القضائي (دراسة تحليلية مقارنة مع الفقه الإسلامي)

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

سمير جاب الله

من إعداد الطالب:

أحمد برادي

لجنة أعضاء المناقشة

رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. نور الدين ميساوي
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. سمير جاب الله
عضوا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر أ	د. وسيلة شريط
عضوا	جامعة جيجل	أستاذ	أ.د. مراد كاملي
عضوا	جامعة قسنطينة - 1	أستاذ محاضر أ	د. سامي بن حملة
عضوا	جامعة خنشلة	أستاذ محاضر أ	د. رفيقة لقصوري

السنة الدراسية: 1436-1437هـ/2015-2016م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد
المعظم الإسلامية

إهداء

وقوفنا عند قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾ [الأحقاف/15]

أهدي ثمرة جهدي إلى والدي الكريمين، [أمي وأبي]، اللذين أسأل الله أن يطيل عمريهما، ويعينني على طاعتهما وإرضائهما، عرفاناً لهما بالجميل وما بذلاه اتجاهي، حرصاً منهما على تربيته، وتنشئتي النشأة الصالحة، داعياً لهما بالمغفرة والرحمة، قائلاً: ﴿وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَارِئِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء/24]

كما أهديه إلى كل من :

❖ أمي الثانية، التي سهرت على مداواتي وتربيته، حتى استويته على سوقي، جدي الكريمة "برادي خديجة" حفظها الله وأطال عمرها ونفعنا ببركتها. وإلى جدي: "أ مبارك وخريص"، أطال الله أعمارهما، وجاد عندي بفضلهما.

❖ إلى من تحمل مشاق الحياة المختلفة معي، وصبر على الضر والمعن لأجلي، وتقاسم معي ضحك العيش ورغد، زوجتي العزيزة.

❖ إلى فلذات كبدي: سلسبيل، ماريا ومحمد، الذين أسأل الله أن يحفظهم لي، ويعينني على تربيتهم وتنشئتهم الصالحة، فلا معين سواه، وإلى جميع خريتي، التي لطالما وددت أن يكون لها زخراً يعو به النفع وتتسع دائرة الفائدة.

❖ إلى جميع إخوتي وأخواتي، خاصة: "نصر الدين، عبد الجليل ولالة".

❖ إلى أعمامي وعماتي، أخوالي وخالتي، وإلى جميع الأحبة والأصدقاء.

شكر وتقدير

أحمد الله الذي لولا توفيقه وفضله لما أتممت هذا البحث المتواضع،
وأسأله سبحانه وتعالى أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن يزيدني من فيض
أفضاله، وعظيم إحسانه.

وأتوجه بخالص الشكر وعظيم الامتنان والعرفان لأستاذي المحترم:
الأستاذ الدكتور: سمير جاب الله، على تفضله بقبول الإشراف على هذه
الرسالة، وتعهدها بالرعاية والإرشاد، وتذليل العقبات والصعاب حتى استوت
على سوقها، وخرجت على الصورة التي هي عليهما الآن، وكان نعم الوالد
الذي لم يلد، فأنا عرفتته بأخلاقه العالية، وصفاته الحميدة، قبل أن أعرفه
بغزارة علمه وفضله الجزيل، فأدعوا الله ﷻ أن يبارك في علمه وعمله وصحته،
ويبارك له في زوجة وعياله، وأن يجزيه عني وعن طلاب العلم أفضل الجزاء،
إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير.

كما أتقدم بامتناني الخالص لعمال المكاتب التالية: ﴿مكتبة جامعة الأمير
عبد القادر_ قسنطينة، ﴿مكتبة المركزية بالمركز الجامعي تمنراست
﴿كلية الشريعة والاقتصاد، ﴿جميع عمالها، خاصة مطبعة الدراسات العليا
على المساعدة، والتسهيلات التي قدموها من أجل إنجاز هذا البحث، دون أن
أنسى ﴿مكتبة آل سعود للعلوم الإسلامية والاجتماعية والإنسانية، الدار
البيضاء_ المغرب، ﴿

وأتقدم بعظيم الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عبء قراءة
هذه الرسالة.

ولكل من ساعدني بالإشارة إلى كتابي، أو بفكرة طائفة تقوّم البحث
وتعززه.

كما أشكر كل من شجعني على المضي قدماً في هذا العمل، وكل من
شاركني آلامي وآمالي خلال فترة إنجاز البحث.

فلجميع من الله تعالى أجزل المثوبة، ومعني الاعتراف بالفضل الكبير.

مختصرات البحث

- 1_ (ق م ج): القانون المدني الجزائري.
- 2_ (ق ت ج): القانون التجاري الجزائري.
- 3_ (ق أ ج): قانون الأسرة الجزائري.
- 4_ (ق ع ج): قانون العقوبات الجزائري.
- 5_ (ق إ م إ): قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 6_ (ق أوقاف): قانون الأوقاف الجزائري،
- 7_ (ق م أ): قانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري
- 8_ (ق م م): قانون مدني مصري.

الفقيدة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين خلق الله، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
ومن ولاة.

أما بعد:

تعد الالتزامات أساس التصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص، وتنظم مع الغير، سواء
كان هذا العمل ناتج عن إرادته بمفرده، أو بالاتفاق مع الغير، فيجب تنفيذ ما رتب عليه بمقتضى
ما أُلزم به نفسه، وإلا كان مسؤول عن عدم القيام بما تعهد به.

فالعقود التي تعد من أهم مصادر الالتزام هي التي تنشأ جراء اتفاق شخص أو عدة
أشخاص، بمنح أو فعل شيء أو عدم فعله، وترتب آثاراً قانونية مختلفة، قد تكون ملزمة لجانبين
كما في عقد البيع وعقد الإيجار، وقد تكون ملزمة لجانب واحد كما في عقد الوديعة.

وتتنوع هذه العقود إلى عقود معاوضة كالتى تنشأ عن التبادلات التجارية، وعقود تبرعية
كعقد الهبة، الوقف ونحوها، وعقود مبينة على الغرر كالقمار مثلاً.... وغيرها من التقسيمات.

كما أن العمل القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة، يدخل ضمن أصول الالتزام، وينتج
آثاراً قانونية متعددة، في الإطار الذي رسمه له القانون، فقد يكون سبباً لكسب الحقوق العينية
كالتمتازل عن حق الرهن وحق الارتفاق، أو يثبت حقاً شخصياً قابلاً للإبطال عن طريق إقراره،
ويستطيع الشخص أيضاً عن طريق إرادته المنفردة، أن ينهي رابطة ناشئة عن حق، كعزل الوكيل
لنفسه، إنهاء حق الوديعة من قبل المودع أو الوديع... وغيرها.

ويشترط عن التصرفات المنبثقة عن العقود، أو الناشئة عن سلطان الإرادة المنفردة، لكي
تنتج آثارها، أن تقوم على أركان ومبادئ أساسية، وتكون باطلة أو غير نافذة إذا أختل أحدهما.

وتحمل هذه الشروط في مبدأ الرضائية، الذي يتم بموجب الاتفاق بين إرادة أطراف العقد
على إحداث نتيجة معينة، وأيضاً يجب أن يكون محل العقد معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره،
بالإضافة إلى السبب الذي استدعى القيام بالتصرف.

والصورية تعد إحدى الحالات التي تكون بناءً على اتفاق بين أطراف العقد، وأكثر ما
تكون الصورية في العقود، كما قد تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد.

فمن يصدر منه التصرف الصوري، يهدف إلى تحقيق أثر قانوني له، في إطار غرض

شخصي، وتمريره على الآخرين، سواء كانت سلطة حكومية أو أشخاص طبيعيين.

مما يعني أنه في حالة ما إذا قام متعاقدان أو أحد الأطراف بإجراء أي تصرف مبني على العقد الصوري، فإننا نكون أمام هروب من القانون، أو إخفاء نتيجة خوف من سلطة معينة، أو تعدي على حقوق الغير.

هذا ما يجعل بعض العقود بمفهومها العام، تخرج عن نطاقها الطبيعي المعروف، إلى نطاق آخر تتصف فيه بالصورية، كون هذه الصفة الأخيرة لديها تأثير كبير على العقد، على أساس أنها تقوم بتغيير طبيعته، بإحداث أثر معين في التصرف القانوني الذي تدخل عليه، سواء بالتعديل في أحكامه أو تغيير صفته، أو حتى استبداله بتصرف آخر ينشأ بمقتضاها.

وتبعاً للأثر الكبير الذي تتركه الصورية، في حال دخولها على العقود، فإنها تكون إحدى أهم المواضيع التي تحتاج إلى تسليط الضوء عليها، وتخصيصها بدراسة مفردة، لتبين المراد منها بصفة دقيقة، وكيفية تنظيمها، بناءً على الأحكام المتعلقة بها في القانون والشريعة الإسلامية.

وقد نظم المشرع الجزائري التصرفات الصورية ضمن قواعد القانون المدني في باب آثار الالتزام، فصل ضمان حقوق الدائنين، قسم وسائل التنفيذ، المادتين (198، 199) ق م ج، ومواد أخرى مفرقة كالمادة (98) ق م ج... وغيرها.

كما تكلمت الشريعة الإسلامية أيضاً عن أحكام هذه التصرفات، وبينت أنها تدور حول مسائل التلجئة والهزل والحيل الشرعية، إلا أنها لم تخصصها بباب معين، بل تعاملت معها في نصوص واجتهادات متناثرة، في جهات مختلفة في كتب الفقه، ركزت عن الضمان العام للدائنين.

أهمية الموضوع:

تستمد الدراسة أهميتها ما يلي:

- 1- توسع التعامل بالتصرفات الصورية في الوقت الراهن، وكثرة العقود التي تبرم يومياً على هذه الشاكلة.
- 2- تعلق الموضوع بالاقتصاد الوطني في بعض جوانبه، عندما يستعمل كحيلة للتهرب الضريبي، بالنظر لما ينجز عليه من نقص في إيرادات الخزينة العامة للدولة.
- 3- الدراسة تبين مدى التحديات التي يواجهها القانون ومشرعه في آن واحد، في خصم العقلية

والذهنيات الحديثة، وما وصلت إليه من تطور في الوسائل المستخدمة، للإفلات من رقابة القانون. 4- الموضوع حساس باعتبار هذه التصرفات، تؤدي إلى التغيير الجذري في العقود، وبالتالي التغيير في الأحكام التابعة لها أيضاً فمثلاً الهبة في صورة بيع، إيقاع تصرف في مرض الموت بتاريخ مقدم يوهم بإيقاعه قبل المرض.... إلخ.

5- اعتماد الموضوع على الاجتهاد القضائي، جعله يمتاز بالإثارة والفعالية، كونه يمثل الجانب التطبيقين المدعم والمفسر للجانب النظري، المتمثل في القواعد القانونية، بالإضافة إلى آراء الفقهاء من خلال شرحهم لهذه القواعد.

أسباب اختيار الموضوع:

كان وراء اختياري للموضوع أسباب عدة وبواعث حمة، منها ما هو وليد التزعة الشخصية الذاتية، وآخر يجويه ويغلب عليه الطابع الموضوعي كآتي:

أولاً: الأسباب الذاتية:

- 1_ الرغبة في معالجة الموضوع، والإحاطة به من كل جوانبه، دراسة أكاديمية علمية.
- 2_ التطلع للإفادة والاستفادة، من خلال التنويه بالتصرفات الصورية وآثارها على المعاملات.

ثانياً: الأسباب الموضوعية:

- 1_ الغموض الذي يصاحب هذا الجانب من التصرفات، نظراً لحدائته من جهة، وقلة الدراسات والأبحاث العلمية، في هذا الجانب من جهة أخرى.
- 2_ الحاجة الماسة للدراية بأحكام التصرفات الصورية من قبل الناس عامة، تماشياً مع مستجدات الحياة، وما يحكيه الواقع المعاش.
- 3_ كثرة التصرفات التي تحصل في هذا المجال، من أجل تضييع حقوق الآخرين، وذلك إما بدون علم بعدم مشروعيتها، وإما عن سوء نية، ومن باب المكر والخداع، استغلالاً لجهل أصحاب الحقوق.

أهداف الدراسة:

- 1_ التطلع إلى المساهمة في إصلاح المجتمع ورفع الظلم عن الآخرين، من خلال معرفة كيفية

- مباشرة الدعوى الصورية، وإجراءات رفعها، وكذا طرق إثباتها.
- 2_ السعي إلى تهذيب النفوس، بتوضيح ما يعد مشروعاً من هذه التصرفات، وما يدخل ضمن الأعمال غير المشروعة، للعلم بذلك من أجل التجنب والابتعاد عن الحرام، وما يجز للإنسان الخزي والندامة.
- 3_ تبيين الرؤية الشرعية والقانونية، بهدف إزالة اللبس من الجانبين، نظراً لحساسيتيهما الشديدة في الحياة.
- 4_ الدراسة تسعى لتوضيح ما يخالف النظام والآداب العامة من هذه التصرفات، بهدف المحافظة على الأمن و الاستقرار.
- 5_ تبيين مدى التحايل عن القانون، واستخدامه كآلية للتخلص من التزاماته والتغلب على موانعه.
- 6_ إثراء المكتبة الجزائرية، والتنويع في رفوفها، حرصاً على تثمين المعرفة العلمية وتعميمها.

الإشكالية التي يعالجها الموضوع:

- تبرز إشكالية الموضوع، من خلال التصورات التي يثيرها كالاتي:
- ما هي المعايير والضوابط التي يتم من خلالها تحديد الصورية في التصرفات؟ وكيف ينظم كل من الشريعة والقانون الجزائري أحكامها؟
 - ويندرج تحت الإشكالية الرئيسية أسئلة فرعية متعددة، نجملها فيما يلي:
 - ما هي وجهة نظر الشريعة الإسلامية للتصرفات الصورية؟ وكيف يتم التعامل معها وفق تعاليمها؟
 - كيف ينظر فقهاء القانون إلى التصرفات الصورية؟
 - ما القضاء هذه الأحكام، حسب قضاء النقض بالطعن على مستوى المحكمة العليا ومن في مستواها في البلدان العربية؟
 - ما الغاية من اللجوء إلى هذه التصرفات؟
 - ما مدى مشروعية هذه التصرفات في الشريعة والقانون؟

- ما هي الآثار التي تترتب عليها؟
- كيف يتم مباشرة دعوى صورية؟ وما هي الإجراءات المتبعة في رفعها؟
- وما هي طرق إثباتها؟
- هل تتقدم الصورية؟ وما هي المدة القانونية المحددة لانقضائها؟
- ما هي التصرفات التي يمكن أن تكون نموذجاً للصورية؟
- كيف يمكن أن تبرز الصورية من خلال تصرفات المريض مرض الموت؟

الدراسات السابقة:

كانت أقلام الباحثين في مجال الصورية، تمتاز بشح كبير، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لم يهتموا بالصورية كثيراً، حتى أنهم لم يخصصوا لها كتب منفردة، إلا ما جاء متناثراً في كتبهم بمسميات عديدة ومختلفة، كالهزل والتلجئة وغير ذلك، كما أن المشرع الجزائري لم يمنحها الحق الكافي ضمن القانون المدني، واكتفى بالإشارة إليها في جزء يسير منه، مما أدى إلى قلة التدوين فيها، خاصة من جانب فقهاء القانون الجزائريين، وحتى من تحدث عنها، لا يفرد لها كتاباً خاصاً، وإنما يشير إليها في إطار البحوث المدنية، والتي تتناول الالتزامات بصفة خاصة، وأنا بدوري لم أعتد على دراسات أكاديمية جزائرية فيما يخص الموضوع بالتحديد، ما عدا بعض الجزئيات من بعض الرسائل العلمية.

ما جعلني أبحث عن دراسات خارجية، وتحصلت خلال هذا البحث على رسالتي ماجستير، لكن لم تتطرق الرسالتان إلى دراسة مقارنة من الجانبين الشرعي والقانوني، وإنما اختصت كل منهما بجانب معين، وسنبين مضمونهما، ثم نوضح ما أتت به الرسائل التي كانت هي الأخرى تخصص بحوث في إطار استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، وأنجزها باحثين جزائريين، تهتم بتصرفات المريض مرض الموت.

1_ عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة النجاح الفلسطينية، فلسطين، 1427هـ/2006م: تضمنت هذه الرسالة العقود بصفة عامة، ثم تطرق الباحث فيها إلى

الصورية، وما يتعلق بها من أحكام في إطار الشريعة الإسلامية، حيث كانت دراسته تشتمل، على إبراز مسائل والإتيان بأقوال الفقهاء فيها، كما أشار في إطار الشريعة الإسلامية، إلى نماذج تطبيقية معاصرة، فيما يخص الصورية غير المشروعة، خاصة تلك التي تتعلق بالتهرب من القانون.

2_ عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010. اشتملت هذه الرسالة على أحكام للصورية في إطار القانون الكويتي، حيث تطرق فقط للصورية وبعض الأحكام المتعلقة بها، مما جعل الدراسة جد محدودة، وتمتاز بعموميتها، نظراً لغياب الجانب التطبيقي.

3_ فطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة-الجزائر، دفعة 2006/2007:

4_ صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، دفعة 2009-2010.

كان فحوى الرسالتين جد متقارب، ولم أعتز على ما يمكن أن يكون فارقاً بينهما، فقد اهتم الباحثان بالنظام القانوني للوقف في إطار التشريع الجزائري، حيث إنهما عرفا الوقف، وتطرقا لأركانه، خصائصه وشروط نفاذه، وما يتصل به من أحكام تنظيمية من حيث إدارة الأملاك الوقفية وتنميتها، والمنازعات التي تنشأ عنها، وتطرقا ضمن بحثيهما في جزئية جد محدودة إلى الوقف في مرض الموت. باعتباره تصرف يدخل في إطار سد الذرائع.

وتبعاً لهذا أشير فقط إلى أن ما يميز هذه الدراسة عن سابقيها، ويجعلها خصبة للبحث العلمي، هو أنها تجمع بين الشريعة والقانون، وهذا ما يجعلها جامعة لعلمين، كل له أهميته في المعاش، سواء من ناحية الجانب العقدي، أو الجانب الدنيوي، من حيث العلاقات مع الآخرين، خاصة عندما تصطدم مع حقوق الغير، فإعطاء صورة على ما يتعلق بهذه الدعوى، وما يتطلب لرفعها، يبين للشخص المتضرر الكيفية التي يستطيع من خلالها استرجاع حقه أو الحصول عليه.

وفي هذا الإطار، فقد ركزت الدراسة فيما يخص الجانب القانوني على التشريع الجزائري، ونظرت في الموضوع، ما عدا بعض النقاط التي قد ننوه فيها إلى المشرع المصري، وذلك بهدف

زيادة توسيع الشرح، أو سداً لثغرة قانونية، لم يشر إليها المشرع الجزائري.

كما أنها اعتمدت على الجانب التطبيقي، والذي أراه من وجهة نظري أهم شيء في جميع الدراسات العلمية، لأنه يعد ثمرة كل بحث.

وحيث أن هذا النوع من التصرفات يقع كثيراً، وفي مجالات عديدة وواسعة، مما يجعل الإحاطة بها في بحث واحد صعب جداً، حصرت الدراسة في تصرفات المريض مرض الموت كنموذج ضمن الفصل الثاني من البحث، والسبب في هذا الاختيار هو كثرة وقوعها، حيث أن المريض الذي يوشك على الهلاك دائماً يخلق الحيل، من أجل تفضيل وارث عن غيره من الورثة، أو صرف جزء من الإرث لشخص لا يستحقه، وأكثر الحيل تداولاً في الوقت الراهن هو التصرف الصوري، واتصالها أيضاً بالأحوال الشخصية، التي لها أهمية خاصة في المجتمعات البشرية.

كما أن المتصرف في مرض الموت يختلف عن باقي صور الصورية، بأنه يكون دائماً في مركز ضعف، بحيث أن ما يسلكه لا يكون لغرض شخصي ذاتي، وإنما يصب في مصلحة شخص آخر في الغالب، ليس كباقي التصرفات الأخرى، التي يسعى المتصرف فيها، لأجل تحقيق مآرب شخصية.

بالإضافة إلى هذا، نجد أن جل التصرفات الصورية التي لها أهميتها في وقتنا الحاضر، تصب في الجانب المالي، كالتهرب الضريبي، الجمركة... وغيرهما، والتعمق فيها يحتاج إلى متخصص في الميدان، كشعبة الاقتصاد والمالية مثلاً، وهو ما جعلني أحيد عنها، تاركاً الأمر لأهله.

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن البحث قد أولى اهتمام كبير للاجتهادات القضائية، التي تصب أيضاً في الجانب التطبيقي، وتوضح الجانب العملي للقانون، مما يزيد من قيمته، ويسر فهمه.

منهج البحث المتبع في الدراسة:

المنهج الملائم لمعالجة هذا الموضوع، هو المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن؟ حيث أعمد إلى ما ساقه المشرع الجزائري، في كل باب من أبواب البحث، بالتحليل والتفسير، مقتدياً في ذلك بما خلص إليه الفقهاء وشراح القانون، وفي هذا السياق أدرج نماذج من مواقف لتشريعات قانونية أخرى، وهنا يبرز الوجه الأول من المقارنة.

وتبعاً لما سبق أنوه إلى الجانب التطبيقي، والمتمثل في الاجتهادات القضائية الحاصلة في الموضوع، نظراً لأهميتها البالغة، وما تمثله بالنسبة للدراسات القانونية، ولا أتقيد في ذلك بما ورد على مستوى المحكمة العليا بالنسبة للجزائر، وإنما أحيل إلى غيرها من محاكم النقض على مستوى البلدان العربية، في حال إذا ما تعذر الحصول على اجتهادات وطنية.

كما تتضمن الدراسة وجه آخر من المقارنة، بين المذاهب التشريعية الإسلامية، بعد استقرار رأي كل مذهب على حدا، وذكر الأدلة والبراهين التي اعتمد عليه فيما ذهب إليه.

وفي المرحلة الأخيرة أقارن بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، بغية الجمع بين الآراء، والمقاربة بين وجهات النظر، فيما يخص محور الدراسة.

كما أشير إلى أن الجانب القانوني كان له الباع الأكبر فيه، وهذا لا يعد تقصيراً مني أو ميلاً وانتساباً، لكن طبيعة الموضوع تقتضي ذلك.

وأما منهجية توثيق المادة العلمية التي جاءت في هذه الرسالة فهي كالآتي:

أولاً- عزو الآيات القرآنية إلى موضعها من المصحف، وذلك بذكر اسم السورة ورقم الآية منها، برواية حفص عن عاصم.

ثانياً- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة والآثار الواردة في متن الرسالة، فإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما، وأما إذا لم يكن الحديث فيهما أو في أحدهما فإنني أعزوه إلى بعض من أخرج من أصحاب السنن والمصنفات وغيرها.

ثالثاً- التعريف بأغلب الأعلام الوارد ذكرهم في ثنايا البحث مع استثناء المشهورين منهم كالخلفاء الراشدين، وأمّهات المؤمنين، والأئمة الأربعة، كما لم تترجم الدراسة المعاصرين لشهرتهم.

رابعاً- وضع الكلام المنقول بنصه بين مزدوجتين، ثم الإشارة في الهامش إلى مصدر النقل مباشرة أو بالواسطة، وأما الكلام المتصرف فيه مع المحافظة على معناه فقد أحيل في الهامش على مصدره.

خامساً- تذييل الرسالة بخاتمة مختصرة شملت أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

سادساً- وضع فهرس علمية تحوي على:

❖ فهرس الآيات القرآنية.

- ❖ فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
- ❖ فهرس الأعلام.
- ❖ فهرس النصوص القانونية
- ❖ فهرس المصادر والمراجع.
- ❖ فهرس الموضوعات.

أما الخطة المتبعة في البحث، فهي كالآتي:

المقدمة:

اشتملت على: أهمية الموضوع، أسباب اختياره، الإشكالية التي يعالجها الموضوع، الدراسات السابقة، ومنهج البحث.

الفصل الأول: ماهية الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون.

يدخل تحت هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الصورية في الشريعة والقانون.

يتضمن تحته ثلاثة مطالب: الأول خصصته لتعريف الصورية في الشريعة والقانون، أما المطلب الثاني، فجعلته موضحاً للفروق التي تختلف بها الصورية عن ما يشابهها، كالتزوير وعيوب الرضا ونحو ذلك.

ثم عرجت إلى المطلب الثالث، الذي بينت فيه الشروط المتعلقة بالصورية، وكذا أقسامها.

المبحث الثاني: أحكام الصورية

قسمته إلى مطلبين، الأول تحدث عن الآثار المترتبة عن الصورية، فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ثم آثارها بالنسبة للغير، كما أشار إلى مفهوم ورقة الضد وآثارها في العقد الصوري.

أما المطلب الثاني فقد تناول دعوى الصورية، لما لها من أهمية بالغة في الدارسة، حيث وضحت

المغزى من رفع دعوى الصورية، والتفرقة بينها وبين الدعاوى المشابهة لها، بالإضافة إلى آلياتها وكيفية مباشرتها.

الفصل الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت نموذجاً.

تناولت فيه مبحثين أيضاً، تحت كل مبحث مطالب كالتالي:

المبحث الأول: المعاوضات في مرض الموت.

تطرقت في هذا المبحث إلى ماهية البيع وما يدخل تحتها من مفهوم وأركان وخصائص ونحوها، ثم إلى أحكام البيع في مرض الموت، من منظور فقهي وقانوني.

كما أردفته في مطلب ثاني بالشفعة في الشريعة والقانون، وكذا حكم الأخذ بها في مرض الموت.

المبحث الثاني: التبرعات في مرض الموت.

جزأته إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول تكلمت فيه عن مفهوم الوصية في الشريعة والقانون، ثم أحكام الوصية في مرض الموت، دائماً في إطار الدراسة المقارنة.

أما المطلب الثاني فتناول الهبة بصفة عامة، ثم حكم هبة المريض مرض الموت في الشريعة والقانون.

وفي المطلب الثالث تحدثت عن الوقف وحكمه خلال مرض الموت في الشريعة والقانون.

خاتمة:

تضم الخاتمة أهم النتائج والتوصيات، التي استخلصت بعد دراسة الموضوع.

الفصل الأول:

ماهية الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون

المبحث الأول: مفهوم الصورية في الشريعة
والقانون

المبحث الثاني: أحكام الصورية

تمهيد:

إن التصرف القانوني، يكون دائماً معبراً عن كل ما يصدر عن الشخص، بناءً على إرادته، وتترتب عليه آثار قانونية، وعلى هذا يدخل فيه كل التزام متضمن لإنشاء حقوق أو إنهاؤها أو تعديلها، سواء كان ناتجاً عن توافق إرادتين، كما في صورة البيع والزواج، أو صادراً عن إرادة منفردة، كالوصية، الهبة والوقف.

إلا أنه في بعض الأحيان، قد يقترن التصرف، بما يخرج عن أصله، كما إذا كانت الإرادة مشوبة بعيب من العيوب، ويكون ذلك بناءً على كذب وخداع من أحد الطرفين كما في التدليس، وقد يكون أيضاً ناتجاً عن خوف هلاك أو عقوبة من ظالم كما في الإكراه، مما يؤدي إلى عدم ترتيب التصرف لآثاره القانونية.

لكن قد يحدث، وأن يتفق الطرفان عن السعي والعمل على أن لا يرتب العقد آثاره القانونية، ويأخذ ذلك الاتفاق عدة صور، من بينها نجد ما يعرف بالصورية.

فما هي الصورية، وكيف تكون صورتها؟ وما هي المبادئ والأحكام المترتبة عنها؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه ضمن هذا الفصل، الذي يجوي تحته عدة مباحث، تتضمن تعريف الصورية، وذكر حكمها وأهدافها، وكذا خصائصها وشروطها، ثم التحدث عن أحكام الصورية، وما ينجر عن ذلك من إجراءات وآليات لإثباتها، وكذا فيما يخص الدعوى المتعلقة بها.

المبحث الأول:

مفهوم الصورية في الشريعة والقانون.

المطلب الأول: تعريف الصورية وأهدافها في
الشريعة والقانون

المطلب الثاني: التفرقة بين الصورية وبين يشابهها
في الشريعة والقانون

المطلب الثالث: شروط وأنواع الصورية في الشريعة
والقانون

إن الصورة كمصطلح قانوني حديث، يتطلب توضيح وإزالة غموض، وذلك عن طريق البحث في كتب فقهاء الشريعة الإسلامية، عن المصطلح الذي يتوافق معه، اعتماداً على مبدأ صلاحية أحكام الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

وهذا ما يحويه هذا المبحث، الذي يدخل تحته ثلاثة مطالب كل واحد منهم له فروع وبنود، حيث خصصت الأول لإبراز المقصود من الصورة، وأما الثاني فتحدثت فيه عن التفرقة بين الصورة وما يشابهها من تصرفات، ثم انتقلت في المطلب الثالث إلى أنواع الصورة، متبعاً في ذلك منهج المقارنة بين الشريعة والقانون.

المطلب الأول: تعريف الصورة وأهدافها في الشريعة والقانون.

بما أن الصورة تصرف ضمن التصرفات القانونية، فهو يحتاج إلى تحديد معناه وصورته، من أجل تمييزه عن غيره من التصرفات، وكذلك تحديد حكمه الشرعي، والأهداف التي يصبوا المتصرف إلى تحقيقها، هذا ما سنبينه تحت هذا المطلب كالاتي:

الفرع الأول: تعريف الصورة في الشريعة والقانون.

البند الأول: في اللغة:

الصورية مشتقة من مادة صور، وهي كلمات كثيرة متباينة الأصول، وتطلق على: الميل، والعوج، والهَيْئَة، والحقيقة، والصفة.

والصورة ترد في كلام العرب على ظاهرها، وعلى معنى حقيقة الشيء وهَيْئته، وعلى معنى صفته، ويقال صورة الفعل كذا، أي هَيْئته، وصورة الأمر كذا، أي صفته.

والصورة ضربان: الأول ضرب محسوس يدركه الخاصة والعامة، والثاني معقول يدركه الخاصة دون العامة، كالصورة التي اختص بها الإنسان، من العقل والرؤية والمعاني التي ميز بها⁽¹⁾.

ومنها صُرْتُ الشيء أَصُورُهُ، وَأَصْرَتْهُ، إِذَا أَمْلَتْهُ إِلَيْكَ⁽²⁾.

وفي اللسان: الصَّوْرُ بالتحريك، أي الميل⁽³⁾، والصورة بالضم: الشكل، والهَيْئَة، والحقيقة،

(1) الزبيدي محمد مرتضي، تاج العروس، ط1، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1306هـ، [342/2 وما بعدها].

(2) أحمد بن فارس، مجمع مقاييس اللغة، ط1، دار الجليل، بيروت، 1411هـ_1991م، [320/3].

(3) ابن منظور، لسان العرب المحيط، ط1، دار الجليل، بيروت، 1408هـ_1988م، [296/3]. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط6، مؤسسة الرسالة، 1419_1998، [217/1]. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، ط1، دار القلم، بيروت، د س ط، ص 186.

والصفة⁽¹⁾، وتصورت الشيء مَثَلْتُ صُورته، وشكله في الذهن فتصور، وصورة الأمر كذا، أي صفتها، وصورة المسألة كذا أي صفتها⁽²⁾.

إذن الصورية: هي تمثيل للشكل، والهيئة، والصفة، بعد الميل به عن مظهره الحقيقي.

البند الثاني: في الاصطلاح:

أولاً- عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

إن المتفحص لكتب فقهاء الشريعة الإسلامية، لا يجد تعريفاً للصورية مستقلاً بذاته، لكن هناك صور تدل على مخالفة العبارة للإرادة، نذكرها على النحو الآتي:

1_ الهزل:

وردت عدة تعاريف للهزل، تنوعت على حسب المذاهب الموالية:

أ_ عند الحنفية:

الهزل هو: «هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له، ولا ما صح له اللفظ استعارة⁽³⁾». «.

فالهزل في منظور الأحناف، يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه، ولكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

وهذا يعني أن المواضعة سابقة على العقد، وهو ما يعرف بمعنى الصورية بوجه عام⁽⁴⁾.

ب_ عند المالكية:

عرف المالكية الهزل بقولهم هو: « أن يسبق لسانه قصد التكلم بغير لفظ، فيزل ويتكلم به⁽⁵⁾». «.

(1) ابن فارس، مرجع سابق، [320/3].

(2) الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، در ط، دار الفكر، بيروت، 1990م، ص 134.

(3) ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط2، دار الفكر، 1386هـ_1966م، [19/6].

(4) ابن عابدين، المرجع نفسه، [19/6].

(5) الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية على الشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1417هـ_1996م، [247/3]. عليش محمد بن أحمد، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ط1، دار الكتب العلمية-بيروت، 1424هـ_2002م، [4/3].

فالهزل عندهم لا اعتبار له في العقود، لأن الهازل لا يريد إنشاء العقد، والإرادة في منظور المالكية هي أساس إبرام العقود.

جـ عند الشافعية:

عرفوه على أنه: « قصد اللفظ لمعناه، غير أنه ليس راضياً⁽¹⁾. »

بمعنى أن الهازل هو الذي يأتي بلفظ غير قاصد للمعنى أو الحكم الذي يترتب عليه⁽²⁾.

دـ عند الحنابلة:

لا فرق عند الحنابلة بين الهزل واللغو، لذلك عرفوه بأنه « إيجاد اللفظ من العاقل بإرادته، وإن لم يقصد أثره⁽³⁾. »

كما أن اللغو عندهم، كمن يسبق على لسانه لفظ يوجب التزاماً بلا قصد منه، لإرادة الأثر المترتب على اللفظ، فالهازل يتكلم باللفظ مريداً له، ولا عذر له من إكراه ونحوه⁽⁴⁾.

2_ التلجئة أو المواضعة:

أ_ عند الحنفية:

معنى التلجئة عند الأحناف هو: « هي أن يتوافق الطرفان على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه، واتفقا على البناء⁽⁵⁾. »

أي أنهما يظهران أمام الناس بأنهما عقدا العقد، لكنهما متفقان على أن لا عبرة بالأثر المترتب عليه.

(1) الرملي محمد بن أحمد، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، د ر ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1404هـ— 1984م، [375/3].

(2) شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشية على شرح المحلى على منهاج الطالبين، ط3، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1375هـ/1956م، [331/3].

(3) البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، د ر ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، د س ط، [424، 128/3].

(4) ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1411هـ— 1991م، [50/3].

(5) ابن عابدين، مرجع سابق، [507/4].

ب_ عند المالكية:

وردت أحكام وفتاوى في كتب فقهاء المالكية حول بيع المكره، منها قول صاحب مواهب الجليل: « وبيع المكره عليه ظلم لا يلزمه⁽¹⁾ ». وفي نفس السياق جاء النص التالي: « إذا أثبت الإكراه في شيء لا يلزمه مبيعه⁽²⁾... »

نستشف من هذين النصين، أن البيع الذي وقع من صاحبه على سبيل الاضطرار، كالخوف من سلطان جائر ونحوه، لا يعد بيعاً ملزماً. لأن البائع ألجئ إليه، من باب الحيطة وحماية النفس.

ج_ عند الشافعية:

تكلم فقهاء الشافعية في نصوصهم عن بيع التلجئة، على أن يكون الاتفاق قبل انعقاد العقد بين الطرفين، فمن بين ما جاء في الموضوع أنه: « إذا اتفق العاقدان على أن لا يظهر العقد، إما للخوف من ظالم ونحوه وإما لغير ذلك، وينفقان أيضاً، على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً، ثم يعقد العقد⁽³⁾. »

د_ عند الحنابلة

أقر علماء المذهب العقد الصوري، المبني على إظهار إرادة غير الإرادة الحقيقية المتفق على إخفائها، في حالة الخوف على سلب ملكه ظلماً وعدواناً، من قبل سلطان وغيره، حيث نوه صاحب "المغني" إلى ذلك في قوله: « أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك، ولا يريدان بيعاً حقيقياً⁽⁴⁾. »

(1) الخطاب محمد بن عبد الرحمن الرعيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ-1978م، [45، 41/6].

(2) الدسوقي، مرجع سابق، [2/3].

(3) النووي يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1412هـ-1996م، [405/9]. النووي يحيى بن شرف، كتاب المجموع شرح المهذب، د ر ط، دار الإرشاد، السعودية، د س ط، [73/3].

(4) عبد الله بن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1414هـ-1994م، [664/5].

3- عند الفقهاء المعاصرين:

اهتم العلماء المعاصرين بالصورية، وأفردوا لها تعاريف تبين معناها، نجد من بينها ما يلي:
أ_ عرفها الزرقا بقوله: « إذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط، وتحقق انتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد، كان العقد صورياً. أي أن فيه مظهر العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره⁽¹⁾. »

ب_ كما عرفها بدران أبو العينين على النحو الآتي: « هي التظاهر بإنشاء العقد، دون الرغبة في حقيقته⁽²⁾. »

ج_ تعريف وهبة الزحيلي: حيث قال: « يكون العقد صورياً، إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها، وانعدمت الإرادة الباطنة⁽³⁾. »

ثانياً- تعريف الصورية في القانون:

أورد فقهاء القانون عدة تعريفات للصورية نذكر منها ما يلي:

حيث عرفها السنهوري بقوله: «إخفاء حقيقة ما تعاقدنا عليه لسبب قام عندهما⁽⁴⁾. »

كما عرفها الفقيهين عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي على النحو الآتي:
«الصورية تعني في الفقه القانوني اصطلاحاً مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني⁽⁵⁾. »

وفي نفس السياق ذهب جميل الشرفاوي، حيث قال: «الصورية تعني: اصطلاحاً مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه تعبير مخفي عن الحقيقة المقصودة، سواء كانت هذه الحقيقة هي عدم وجود تصرف أم وجود تصرف

⁽¹⁾ الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق- سوريا، 1425هـ، 2004م، [439/1].

⁽²⁾ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، د ر ط، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية- مصر، د س ط، ص 401.

⁽³⁾ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفقه، دمشق- سوريا، 1409هـ- 1989م، [190/4].

⁽⁴⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د ر ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزوي وشركاؤه، 2004، [1072/2].

⁽⁵⁾ عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، د ر ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزوي وشركاؤه، 1995، ص 11.

بشروط أو طبيعة مختلفة عن الشروط أو الطبيعة المعلنة»⁽¹⁾.

بمعنى أن الصورية هي اتفاق بين طرفي التصرف القانوني، على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه على الغير، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر، ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي، ولكنه خفي على الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر، وهو التصرف الصوري، ووجد التصرف المستتر، وهو التصرف الحقيقي، وهو ما يسمى ورقة الضد⁽²⁾.

ثالثاً: التعريف المختار:

من خلال هذا العرض يتضح أن تعريفات القانونيين تتسم بالدقة، وتصور حال الصورية، إلا أن حقيقتها الشرعية منتفية وهي كون الاتفاق يقره الشرع، فالقانونيون بتعريفهم للصورية يدخلون فيها العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه، ولا يترتب عليه أثره.

فكان تعريف فقهاء الإسلام أدق تصوراً وأحكم منطقاً، ولو أن التعريف القانوني أسهل فهماً في طرق التعليم⁽³⁾.

بناءً على ما سبق يمكن أن نستخلص تعريف الصورية بأنها:

"ارتباط عقد خفي متزامن بآخر ظاهر مقبول شرعاً، لمصلحة ما"⁽⁴⁾.

شرح التعريف⁽⁵⁾:

ارتباط: لفظ عام يشمل الاعتباري المعنوي في نظر الشارع، كالارتباط بين كلامين أو إرادتين، ويشمل الارتباط الحسي؛ كربط شيئين ماديين.

⁽¹⁾ عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، إربيل، العراق، 1433هـ/2012م، [194/2].

⁽²⁾ عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 17.

⁽³⁾ الزرقا مصطفى، مرجع سابق، [384/1].

⁽⁴⁾ عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة النجاح الفلسطينية، فلسطين، 1427هـ/2006م، ص 54.

⁽⁵⁾ الزرقا، المرجع نفسه، [382/1]، الزحيلي، مرجع سابق، [81/4].

عقد: قيد خرج به الارتباط الحسي، وبقي المعنوي الذي نتج عنه اتفاق شخصين بموضوع العقد الذي هو الأثر المقصود منه، والذي شرع العقد لأجله.

خفي: غير معلوم للآخرين.

متزامن بآخر ظاهر: أي بعد ثان، ولا يشترط المعاصرة المادية في العقدين؛ بل تكفي المعاصرة الذهنية التي دارت في ذهن المتعاقدين، وانعقدت عليها نيتها وقت صدور التصرف، وإن تأخر صدور التصرف الظاهر عن المستتر زمنياً.

مقبول شرعاً: قيد خرج به الارتباط على غير الوجه المشروع.

لمصلحة ما: أي أن سبب هذا العقد الصوري رجحان مصلحة عندهما، أو أحدهما.

الفرع الثاني: حكم الصورية

تشتمل الصورية على إرادتين، تتمثل إحدهما في الإرادة الظاهرة، والأخرى في الإرادة الباطنة، فعند اتفاق الإرادتين، يكون العقد صحيحاً، أما عند اختلافهما، فهل العبرة بالإرادة الخفية أم الظاهرة، مع دلالة القرينة على عدم إرادة المتعاقد لما أظهرته العبارة، سواء صدرت هذه العبارة منه بغير قصد، كعبارة المجنون، والصبي، ومن في حكمهما، وعبارة المردد للكلام من غير قصد معناه؛ كالملقن في التعليم والتمثيل ونحوها، أم كانت تحت تأثير الإكراه، أم مجرد التظاهر والتفاخر؛ لتحصيل أمر ما ينقدح في ذهن العاقد، سواء كانت تلك المصلحة جائزة شرعاً، أم توصل إلى محذور شرعي؟

اختلف الفقهاء في المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب إليه كل من الحنفية والشافعية، حيث يرى أصحاب هذا الرأي بأن

العبرة بالإرادة الظاهرة، دون النظر إلى النية والقصد⁽¹⁾.

واستدلوا بما يلي⁽²⁾:

⁽¹⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، [199/5 و 262]. عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البيزوي، د ر ط، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1394هـ/1974م، [145/4]، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1، دار الوفاء، المنصورة-مصر، 1422هـ/2001م، [65/3، 71/5، 22/6]، النووي، المجموع، مرجع سابق، [202/9].

⁽²⁾ عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص68.

1- إن الصيغ موضوعة لإفادة المعاني، وبيان المراد منها عند إطلاقها، واعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ.

2- الإجماع على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة؛ لإطلاق اللفظ لغة على ما وضع له، فكذا ألفاظ العقود، لأنها تفسد باقتران شرط مفسد، ففسادها بتغير مقتضاها أولى.

ومما قاله الشافعي: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة من المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وكره لهما النية إذا كانت لو ظهرت كانت تفسد البيع⁽¹⁾."

الرأي الثاني: أخذ به المالكية والحنابلة، ومفاده أن الأخذ بألفاظ العقود محمولة على النيات، مفسرة بها، ما دامت القرائن تدل عليها، وما خفي واستتر في النفس، ولم تدل عليه القرائن؛ فلا يناط به شيء⁽²⁾.

وبرهنوا لرأيهم بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾⁽³⁾

وجه الدلالة: يحرم على الموصي أن يتحايل في وصيته إضراراً وحيثاً، بأن ينقص أو يحرم وارث من الإرث ويزيد آخر، وكان لورثته إبطال هذه الوصية، ولا يجوز للوارث الموصى له الأخذ بها إلا بعد إحازة البقية، كما لا يحق له أن يزيد على الثلث، في حال الوصية لأجنبي إلا

⁽¹⁾ الشافعي، مرجع سابق، [65/3، 71/5 و 22/6].

⁽²⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [365/2]، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [114/7 و 166]، ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، [84/3].

⁽³⁾ [سورة النساء، جزء من الآية 12].

بإقرار الورثة⁽¹⁾.

ثانياً: من السنة:

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه⁽²⁾».

وجه الدلالة: إن الحديث ظاهر في أن الأعمال تعرف بالنوايا، وهذا الحديث أصل في إبطال الاحتيال، والوصول إلى المحرمات، والأغراض الفاسدة، في العقود و التصرفات التي ظاهرها الحل والصحة⁽³⁾.

ثالثاً: من المعقول:

إن الألفاظ إنما اعتبرت لدلالاتها على المقاصد، إذا ظهر القصد كان الاعتبار له، وتقييد اللفظ به، وترتب الحكم على أساسه.

أما إذا لم يظهر القصد، وظل الباعث خفياً مستتراً، فإن الواجب عند ذلك التقييد بالظاهر، وحمل الفعل أو القول على ما دل عليه هذا الظاهر⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أهداف الصورية في الشريعة والقانون.

الصورية ليست في حد ذاتها من يحدد الفعل هل هو فعل مشروع أو غير مشروع، وإنما الباعث الحقيقي عن التصرف، هو الذي يلعب الدور الفاعل، لارتباطه بالإرادة الحقيقية التي يسعى إليها المتعاقدين.

⁽¹⁾ أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط2، دار طيبة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1420هـ/1999م، [232، 231/2]. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م، [454، 453/1].

⁽²⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدأ الوحي، باب رقم 01، كيف كان بدأ الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم...، ح1، [9/1].

⁽³⁾ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط1، مكتبة الملك فهد بن عبد العزيز، السعودية، 1421هـ/2001م، [164/1 وما بعدها].

⁽⁴⁾ ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، [84/3].

والسبب يتعدد في القانون، فنجد أن هناك، السبب المنشئ للالتزام، أي مصادر الالتزام، وأيضاً يوجد ما يعرف بالسبب القصدي، وهو الغاية أو الغرض المباشر، الذي يريد الملتزم الوصول إليه، ينصب على انتقال الشيء المادي من أحد الطرفين للآخر، وهو لا يتغير من عقد لآخر، فكل مجموعة من العقود، لها سبب تقوم عليه، فمثلاً في عقد الهبة، يرمي الموهوب له إلى بسط حيازته على الشيء الموهوب. كما يضاف إلى هذين، السبب الدافع، الذي ينظر فيه إلى الحق نفسه، وهو شخصي يختلف من شخص لآخر، فقد يكون مشروع وقد يكون غير مشروع، فمثلاً: من اشترى داراً للسكنى، فهنا السبب مشروع، أما أن اشتراها، من أجل ترويج المخدرات أو جعلها وكراً للرزيلة فهنا السبب غير مشروع⁽¹⁾.

البند الأول: أهداف الصورية في الشريعة

لم يتطرق فقهاء الشريعة إلى أهداف الصورية، وإنما اشترطوا شروطاً للبائع على الصورية، ومنها المشروعية، وهم على هذا النحو، يعترفون بوجود أهداف غير مشروعة للصورية. وبما أن الباعث، دائماً يرجع إلى ضمير المتعاقد، فهو بهذه الصفة يختلف من متعاقد إلى آخر، فإنه لا يعتد به إلا بتوفره على الشروط الآتية:

الشرط الأول: ألا يكون واجباً على المتعاقدين بدون العقد:

لا مناص بوجود سبب لدى كل متعاقد، حينما تتجه إرادته لإبرام العقد مع الطرف الآخر؛ إلا أن هذا الباعث يجب ألا يكون ضمن الواجبات للمتعاقد، لأن العقد في هذه الحالة لا معنى له، لانعدام سبب حقيقي يصبوا إليه المتعاقد، كما لو استأجرت الدولة أو المؤسسة موظفاً فيها للقيام بعمل ما يدخل في إطار عمله باعتباره محبوساً على ذمة هذا العمل؛ كانت الإجارة باطلة؛ لعدم قيامها على سبب؛ إذا العمل المستأجر عليه واجب عليه بدون ذلك العقد⁽²⁾.

وكذا استئجار الأم لإرضاع طفلها ما دامت الزوجية قائمة، لأن ذلك واجب عليها ديانة، مع أنها لا تجبر عليه الأم إذا رفضت هذا العمل، إلا إذا تعينت؛ كأن لا يقبل لغيرها، ولا سبيل لذلك إلا بها، ولكنها لما قبلت الأم بإرضاع طفلها، وقامت به، فهذا دليل على قدرتها على ذلك،

⁽¹⁾ الفار عبد القادر، مرجع سابق، ص 219

⁽²⁾ عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص 81.

وعدم الإيذاء لها في كرامتها في هذا الأمر؛ بل هو مشرف لها؛ فلا أجرة لها على الإرضاع، وكذا باقي أعمال المنزل؛ عملاً بما يجري به العرف⁽¹⁾.

الشرط الثاني: أن يكون صحيحاً مستمراً⁽²⁾:

استمرار الباعث ضروري لصحة العقد، فهو بمثابة الأصل، فزواله يؤدي إلى فسخ العقد، فمن استأجر داراً للسكنى، فسقط جزءاً منها وتهدم، يفسخ عقد الإيجار بالضرورة، نظراً لزوال السبب الرئيسي للعقد وهو السكنى.

كما أن السبب الوهمي أيضاً يؤدي إلى عدم صحة العقد، كتخراج⁽³⁾ أحد الورثة مع شخص يعتقد أنه يشاركه في الإرث، ثم اتضح عكس ذلك كأن يكون محجوباً مثلاً، فالعقد في هذه الصورة لا أساس له.

الشرط الثالث: أن يكون مشروعاً:

في بعض الأحيان قد يكون محل العقد صحيحاً؛ ولكن سبب العقد غير مشروع، ما يؤدي إلى بطلان العقد⁽⁴⁾.

والأمثلة كثيرة في هذا النحو، نذكر منها: بيع عصير العنب لمن يعتصره خمراً؛ وكذا بيع السلاح أثناء الفتنة، بيع الخشب لمن يصنع منه تماثيل وصلباناً، بيع أرض لمن يبني فيها كنيسة... وغيرها فكل هذه العقود غير صحيحة؛ لعدم مشروعية السبب⁽⁵⁾.

البند الثاني: أهداف الصورية في القانون.

ستحدث تحت هذا البند، على الأهداف المشروعة وغير المشروعة للصورية، من ناحية

(1) شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية على شرح المحلي على منهاج الطالبين، ط3، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1375هـ/1956م، [77/3 وما يليها، 131].

(2) محمد يوسف موسى، الملكية ونظرية العقد، ط1، دار الكتاب العربي، 1372هـ/1952م، ص392.

(3) التخراج: "هو أن يتصالح أحد الورثة على أن يخرج من التركة، فلا يأخذ نصيبه نظير مال يأخذه من التركة أو غيرها...". نقلاً عن محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، د ر ط، دار الحديث، مصر، د س ط، ص 173.

(4) محمد يوسف، المرجع نفسه، ص 392.

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [188/4].

القانون، الذي كان أدق من هذه الناحية، وذلك حسب الآتي:

أولاً: الهدف المشروع للصورية

حيث تنطرق إلى المقصود بالصورية المشروعة، ثم نسوق بعض الأمثلة عن الهدف المشروع للصورية، على التوالي:

1-الصورية المشروعة: يتحقق هذا النوع، إذا كان الغرض من الإقدام على الصورية شريفاً، والمعتمد في ذلك مبدأ الرضائية، الذي ينص على أنه، كما يجوز للإنسان أن يعمل ما يبيحه له القانون بطريقة مباشرة، كذلك يحق له أن يفعله بطريقة غير مباشرة، ولا يترتب على ذلك أي عيب، مهما كان الباعث عليه، ما دام في إطار القانون، وما الصورية إلا إحدى هذه الطرق الغير مباشرة. ومن ثم يمكن القول بأن الصورية ما هي إلا تطبيقاً للمبدأ القانوني القائل: "يجوز ستر التعاقد".⁽¹⁾

والسبب المشروع هو الأصل في التصرف، طبقاً لنص المادة **98 ق م ج**، بقوله: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد، هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر أن يثبت ما يدعيه⁽²⁾.

فالسبب الذي يذكره المتعاقدان في العقد هو المعتبر قانوناً، والذي يؤخذ به، _على حسب نص المادة_، ما لم يقيم الدليل على إثبات العكس.

2- أمثلة على الهدف المشروع للصورية:

أ- شخص يريد أن يشتري أرضاً من آخر، ولكنه خشي لظروف خاصة أن البائع سوف يعتمد إلى رفع الثمن، إذا ظهر بنفسه في العقد، فيلجأ لاستعارة شخص آخر، وذلك عن طريق

⁽¹⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص24. مرزوق أحمد، في نظرية الصورية في التشريع المصري، د ر ط، مطبعة فحضة مصر، مصر، د س ط، ص102.

⁽²⁾ أمر رقم 58/75، مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر1975، المعدل والمتمم، يتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية، عدد78، مؤرخة في: 24 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 30 سبتمبر1975.

الاتفاق معه، ليتكفل بشرائها، ثم يقوم بنقل ملكيتها إلى الراغب الحقيقي في الشراء. وفي نفس السياق، بالنسبة: للشخص الذي يريد أن يبيع منزله إلى شخص آخر، ولكنه أراد ألا يعرف الغير، أنه يبيع المنزل إلى ذلك الشخص، فيلجأ إلى شخص ثالث وسيط، يبيعه المنزل بيعاً صورياً، ويأخذ عليه ورقة ضد تفيد صورية البيع، وتوضح صفته، بأنه مكلف ببيعه لذلك الشخص⁽¹⁾.

ب- شخص له بذمة أحد أقاربه دين، ولا يستطيع رفع دعوى قضائية ضده، مخافة الإخلال بروح المودة والألفة بين الأقارب، فيلجأ إلى اسم مستعار يحول له الحق تحويلاً صورياً، ليتمكن هو من استيفاء الحق رضاء أو قضاءً. وكذلك كما في حالة الشخص الذي يهب لمؤسسة خيرية، من أجل المساهمة في الأعمال الخيرية، باسم مستعار، لكي لا يطلع على صدقته أحد⁽²⁾.

إلا أن البعض انتقد هذه الأمثلة، بالقول: " أن الحقيقة إنما فيها غلط كبير. وذلك لأن الصورية بطريق التسخير يفترض فيها علم المسخر، والمسخر له، والمتصرف مع المسخر، بأن هذا التصرف يتم صورياً، وبالتالي ينصرف آثار التصرف إلى المسخر له مباشرة بمقتضى اتفاق الأطراف على ذلك⁽³⁾". والحقيقة أنه لا يوجد ما يمنع البيع والشراء باسم مستعار، ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام.

ج- شخصاً يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشيء زائد من ماله، بسبب ما يتمتع به من جد و اجتهاد في تكوين ثروته، فيعمل له عقد هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يثير البغضاء و الشحناء، والحقد والغل بين أفراد أسرته⁽⁴⁾.

لكن البعض خالف هذا الرأي، وقالوا: " إن الأب يستتر تحت تصرف صوري، حتى لا يثير البغضاء و الشحناء بين أفراد الأسرة، ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا كنا في مأمن من معرفة بقية الأسرة بهذا التصرف، والغالب أنهم يضطلعون على حقيقته، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وعادة ما ينجحون في إثبات صورية هذا التصرف، ثم يأتي ما كان الأب يخشاه منذ

⁽¹⁾ سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، مطبعة خاصة، ط2، بيروت-لبنان، 2004، ص200

⁽²⁾ سامي عبد الله، مرجع سابق، ص200.

⁽³⁾ الديق محمود عبد الرحيم، الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، د ر ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2004م، ص276.

⁽⁴⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص24.

البداية، فتكون البغضاء و الشحناء بين أفراد الأسرة قائمة، بعد أن كان خطراً يرجى استبعاده، مع ما لهذا من أثر في انعدام الثقة والاستقرار في المعاملات لا بين أفراد المجتمع فحسب، ولكن بين أفراد الأسرة الواحدة⁽¹⁾. "

ثانياً: الهدف الغير مشروع للصورية.

نتحدث هنا، عن المقصود بالصورية غير المشروعة، ثم نستظهر أمثلة، توضح بعض الأهداف التي تخالف الشرعية، في التصرف الصورية، كما يلي:

1- الصورية غير المشروعة: هي التي يكون الباعث أو الغرض منها الغش نحو القانون، والتحايل على أحكامه الأمرة المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة، والإضرار بحقوق الغير أو بأموال الخزينة العمومية⁽²⁾.

هذا ما نوه إليه المشرع الجزائري، ضمن نص المادة **97 ق م ج**، بقوله: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلاً."

وأيده القضاء في ذلك، حيث جاء في حكم من أحكامه ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون."

لما كان من الثابت في قضية الحال، أن عقد إيجار المتنازع عليه، معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة، رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلاناً مطلقاً، خالفوا القانون⁽³⁾.

2- أمثلة على أهداف الصورية غير المشروعة:

منذ العصور القديمة والمجتمعات البشرية، تحاول التهرب من أحكام القانون، حيث أن

⁽¹⁾ الديق محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 277.

⁽²⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 24. مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 102

⁽³⁾ ملف رقم: 43098، بتاريخ: 12/04/1987، المحلة القضائية لسنة 1990، عدد 04. نقلاً عن نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني_نصاً وتطبيقاً_ (طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 05/07)، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2007م، ص 44.

الإنسان بطبعه لا يجب الالتزام، ويسعى دائماً إلى تغليب مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، والشخص الذي يحتال على القانون يسعى إلى تحقيق أهدافه عن طريق التلفيق وعن طريق استخدام القانون ذاته، فالشخص المحتال لا يستطيع أن يخالف القانون بشكل واضح وصريح لما يترتب على ذلك من جزاء، فيلجأ إلى ستر تصرفه بمنأى عن القانون ويصوغ تصرفه بالصيغة القانونية السليمة⁽¹⁾.

لذلك كانت الأمثلة، كثيرة في هذا الجانب، نذكر منها:

أ- فمن الأمثلة حول الغش والتحايل على القانون:

عندما يمنع القانون بعض الموظفين، من بعض التعاملات، فيلجأ هؤلاء الأشخاص للتحايل، وذلك عن طريق استخدام أشخاص آخرين، للنيابة عنهم في القيام بتلك التصرفات، ومن ذلك: ما تضمنته_أشير إليهما سابقاً_المادتين 402 و 403 ق م ج. من منع القضاة، المحامين والموثقين... وغيرهم، من بعض التصرفات، في حالة تحقق شروط معينة.

قد يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، ويكتبان سنداً يذكران فيه أن سبب الدين هو القرض، مع أن السبب الحقيقي ليس سوى مقابل ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

كذلك أصبحت الصورية وسيلة خصبة للمرايين، يستطيعون أن يستروا بها الربا الفاحش_الذي لا يقره القانون_، تحت ستار عقود كثيرة كالبيع، أو الصلح أو الإجارة⁽³⁾.

ب- أما فيما يخص الإضرار بحقوق الغير، فالأمثلة عديدة، منها

في حالة ما إذا أراد مدين أن يحرم دائنه من حقه في استيفاء الدين، فيقوم بنقل ملكية أمواله إلى أحد أقاربه أو أصدقائه، ويعمد إلى نقل ما يملكه من أموال عقارية إلى اسم زوجته، أو أحد أبنائه، وذلك بموجب عقود وهمية يحرص على التقيد بالقانون في جميع الإجراءات الخاصة بنقلها، إلى غاية تسجيلها في المحافظة العقارية، فعندما يجوز الدائن على حكم لصالحه، يفيد بوجود الحجر على جميع أموال المدين، بغية التنفيذ عليها، يجد أن هذا الأخير لا يملك شيئاً. كذلك الأمر في

⁽¹⁾ عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 204.

⁽²⁾ الديب محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 274.

⁽³⁾ مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 8.

حالة اتفاق البائع والمشتري على كتابة عقد البيع بثمن جد مرتفع إضراراً بحق الشفيع، حتى يعجز الشفيع على أخذها بذلك الثمن، فيتنازل عن حقه فيها⁽¹⁾.

— الوصية في صورة عقد بيع، وذلك في حالة ما إذا أراد الموصي أن ينقل إلى أحد ورثته جزء من أمواله على سبيل الوصية، ويخشى معارضة بقية الورثة، تبعاً للمادة 189 ق أج، التي لا تجيز الوصية لوarth، إلا في حالة قبول الورثة بعد وفاة الموصي، فيجعل الوصية في صورة عقد بيع، إضراراً بحقوق بقية الورثة، أو أن يكتب الموصي للموصى له سنداً بمبلغ معين، ويذكر فيه أن سببه هو القرض، بيد أنه في حقيقته وصية⁽²⁾.

— شخص يريد أن يهب إلى شخص آخر مفلس أو معسر، داراً للسكنى، فيتفقان وشخص ثالث، على كتابتها باسم هذا الأخير، سترأ للشخص الموهوب له، لكي يتفادى إدخال الدار في الضمان العام الذي لدائنيه على جميع أمواله. هرباً من تطبيق القانون، بالتنفيذ عليها ضمن ممتلكاته، مع كتابة طبعاً سنداً يذكر فيه أن الدار موهوبة للشخص المستعير⁽³⁾.

ج— كذلك إن نظرنا إلى التصرفات الصورية التي تضر بأموال الخزينة العمومية، فنجد من الأمثلة، ما يلي:

— أن يكون عقد البيع في صورة عقد قسمة، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم تسجيل البيع الذي يفوق رسوم تسجيل عقد القسمة⁽⁴⁾.

— كذلك بالنسبة للمقاولين وأصحاب الشركات، الذين يتفقون مع بائعي الإسمنت ولوازم البناء، لكي يمنحهم فاتورات وهمية، مقابل مبلغ معين على حسب الاتفاق، تهرباً من دفع الضرائب على الأرباح 17%، ويتضح ذلك جلياً أيضاً في السيارات المستوردة، التي لا يقر مشتروها بالمبلغ الحقيقي لشرائها عن طريق الاتفاق مع البائع، من أجل التهرب من دفع رسوم الجمركة التي توافق ثمنها الحقيقي، أو إذا ما تم الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يذكر في عقد بيع العقار ثمناً

⁽¹⁾ عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 206، 207. ياسين محمود الجبوري، مرجع سابق، [311/2].

⁽²⁾ ياسين محمود الجبوري، مرجع سابق، [312/2]. الديب محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 273.

⁽³⁾ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني—أحكام الالتزام—، ط2، مطبعة خاصة، القاهرة-مصر، 1996م،

[359/4].

⁽⁴⁾ مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 8.

صورياً يقل عن الثمن الحقيقي، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة ويأخذ البائع فرق الثمن، كذلك الحال إذا ما أخذ البائع سنداً على المشتري يذكر فيه أن سبب الدين هو القرض⁽¹⁾.

وختلاصة القول: فالصورية تتلخص في أنها ارتباط عقد خفي بآخر ظاهر مقبول شرعاً، من أجل مصلحة أو غرض معين، وفي هذا الصدد يرى الحنفية والشافعية، بأن العبرة بالإرادة الظاهرة، ولم يولوا التصرف المستتر أي قيمة، على عكس المالكية والحنابلة، الذين جعلوا أساس التصرف يكمن في القصد، والظاهر ما هو إلا عنوان لما تضمنه السرائر، في حال وجود قرينة تدل عليه، كما أن التصرفات الصورية تنوع في طبيعتها بين المشروعة وغير المشروعة، والذي يحدد ذلك هو السبب أو الباعث الدافع للتعاقد، حيث ينظر إلى الحق نفسه هل هو مشروع أم غير مشروع، فإذا كان السبب الدافع وراء إنشاء العقد الصوري مشروعاً، فإن الغاية من الصورية تكون مشروعة، وإذا كان السبب غير مشروع فإن الغاية من الصورية غير مشروعة، مما يعني أن الحكم على مشروعية أو عدم مشروعية أهداف الصورية لا يتعلق بأشخاص العقد وإنما يتعلق بالباعث أو الغرض من الصورية، ونتيجة لذلك فإن الشريعة والقانون لا ترتبان كقاعدة عامة البطلان على الصورية، إلا إذا كانت تخفي أمراً غير مشروع.

المطلب الثاني: التفرقة بين الصورية وبين يشابهها في الشريعة والقانون.

بما أن الصورية، أساسها اتفاق طرفي العقد، على إظهار تصرف قانوني مخالف للحقيقة، يخفيان به عقداً حقيقياً يعدله أو يمحي أثره، تختلف الأسباب التي تدفع المتعاقدين لذلك، كما أن الهدف من ذلك يرمي إلى تحقيق أغراض، إما أن تكون مشروعة أو غير مشروعة.

لذلك فإن أي عقد يخرج عن هذا الوصف، لا يعد عقداً صورياً، كالعقد الذي يبرم بطريقة جدية بين المتعاقدين، بحيث لا يخفي طرفي العقد أي قصد أو نية خلاف ما يظهر للعلن، ولا يمكن أن تتحقق الصورية، حتى ولو قاما بتعديله فيما بعد، كالذي أجر لآخر محلاً، ثم قاما الطرفان بتعديل العقد فيما يخص ثمن الإيجار مثلاً، لأن العاقدان لا يخفيان وراءهما أي اتفاق يخالف الظاهر.

لكن يثور التساؤل، عندما يكون هناك تصرفات، تشبه الصورية، بحيث يكون أحد العاقدين

⁽¹⁾ جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 209، 210. إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 25.

أو كلاهما، يخفيان وراءهما مقصود آخر غير المعلن عليه، فهل هذه التصرفات، تدخل ضمن التصرفات الصورية؟

هذا ما سنبينه من ناحيتي الشريعة والقانون، ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: التفرقة بين الصورية وما يشابهها في الشريعة.

الصورية تندرج ضمن التصرفات التي تبني على الحيلة كأساس لوقوعها، فهي بهذا المعنى تتصادم مع تصرفات أخرى مشابهة لها من ناحية الأهداف المسطرة، لذلك كان لازماً أن يتضح الفرق بينهما، وهو ما سنبينه ضمن الآتي، في إطار الشريعة الإسلامية، وتجدد الإشارة فقط إلى أن طبيعة الدراسة تفرض تبيين وجهة نظر الشريعة والقانون، حتى ولو كان هناك تشابه كبير بينهما. لذلك، سنتطرق للآتي:

البند الأول: الفرق بين الصورية والتدليس

قبل أن نفرق بين الصورية والتدليس، يجب أولاً أن نعرف معنى التدليس، فيما يلي:

أولاً: التدليس أو التغرير: لغة: يطلق ويراد به الخديعة أو الخظر أو الجهل بالأمور والغفلة⁽¹⁾.

وهو في الاصطلاح: "إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد، ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك"⁽²⁾.

ثانياً- أنواعه: ينقسم التدليس إلى ثلاثة أنواع وهي، التدليس الفعلي (الوصفي)، التدليس القولي، تدليس العيب.

1- التدليس الفعلي (تغرير الوصف): هو: "إحداث فعل في المعقود عليه، ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع"⁽³⁾.

⁽¹⁾ الفيومي، مرجع سابق، [76، 197]. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، د ر ط، دار القلم، بيروت-لبنان، د س ط، [466/1].

⁽²⁾ الزحيلي، مرجع سابق، [218/4]. الزرقا، مرجع سابق، [463/1].

⁽³⁾ الزحيلي، المرجع نفسه ونفس الصفحة، الزرقا، المرجع نفسه ونفس الصفحة.

بمعنى أن يغير في وصف ما يعرضه للبيع، على عكس ما هي عليه في الواقع، حتى يوهم الناس بأن سلعته رخيصة المستوى.

ومن أمثلته: الشاة المُصرّاة⁽¹⁾: وهي حبس اللبن في الضرع أياماً يربط ثديها، لإيهام الناس بأن الشاة غزيرة اللبن⁽²⁾.

وحكمه: هذا النوع من التدليس، يوجب الخيار في فسخ العقد، للذي وقع عليه التدليس⁽³⁾.

2- التدليس القولي: يكون عن طريق "الكذب الصادر من أحد العاقدين أو من يعمل لحسابه، حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن⁽⁴⁾".

مثال ذلك: كأن يقول البائع، أنه دفع له في سيارته، مبلغ مليون دينار جزائري فلم يقبل كذباً، فيشتريها المتعاقد الآخر بسعر أكبر عن حسن النية، ظناً منه أن تلك هي قيمتها.

وحكمه: أنه منهي عنه شرعاً، ولكن لا يؤثر في صحة العقد، إلا في حالة الغبن الفاحش، فيكون حينئذٍ العقد موقوف على المتعاقد المغبون، في إمضاء البيع أو فسخه⁽⁵⁾.

3- تدليس العيب (التدليس بكتمان الحقيقة): يعني "كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً، يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر⁽⁶⁾".

ويكون ذلك في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة، كأن يكتم تصدع جدران الدار بطلائها بالدهان، أو كسراً في محرك السيارة، أو مرض في الدابة المبيعة، أو البلبل الذي يصيب القمح

(1) المُصرّاة: بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة، وهي اسم مفعول في التصرية، أصلها في اللغة من حبس الماء بسد مجراه، ثم استعملت لحبس اللبن في الضرع. انظر: ابن منظور، مرجع سابق، [358/14 وما بعدها]. الفيومي، مرجع سابق، [363/1].

(2) ابن عابدين، مرجع سابق، [566/4]. ابن رشد، مرجع سابق، [175/2]. الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، [449/2].

(3) ابن رشد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) الزحيلي، مرجع سابق، [219/4، 220]، الزرقا، مرجع سابق، [464/1].

(5) ابن عابدين، مرجع سابق، [566/4]. ابن رشد، مرجع سابق، [215/2]. الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، [480/2].

(6) الزرقا، مرجع سابق، [466/1]. الزحيلي، مرجع سابق، [220/4].

والشعير ونحوها.

وحكمه: محرم شرعا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

لما ورد من أحاديث كثيرة تنهي عن ذلك، منها:

أ- ما روي عن النبي ﷺ، أنه قال: «المسلم أخو المسلم، لا يجل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب، إلا بينه له⁽²⁾». «

ب- وحديث رسول الله ﷺ، الذي ورد فيه: «ومن غشنا فليس منا...»⁽³⁾.

ثالثاً: أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما:

بما أن الصورية لا تنشأ بوجود عقدين متعاصرين، أحدهما ظاهر صوري، يظهر للعلن على أنه العقد الذي أبرمه الطرفان، بيد أنه لا وجود له في الحقيقة، والآخر مستتر حقيقي، ينشأ عن توافق بين إرادتي المتعاقدين، على أنه هو المعمول به، بدل الأول، وذلك طبعاً بمقابل أو بدونه حسب الاتفاق بين الطرفين.

وعليه فالصورية عمل يتفق عليه متعاقدان متواطئان معاً، لمصلحة قامت عندها أو لأحدهما، دون نية غش أحدهما للأخر، وإنما يريدان بذلك، إما غش الغير، أو إخفاء أمر معين لتحقيق مصلحة ما.

أما التدليس فهو الخديعة والخيانة التي من شأنها تضليل الآخر؛ ليقدم على إبرام العقد ظاناً أنه في مصلحته⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [103/4]. ابن رشد، مرجع سابق، [174/2]. الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، [479/2]. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر أخ موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، طبعة خاصة، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1403هـ/1983م، [392/11].

⁽²⁾ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب رقم: 45، من باع عيباً فليبينه، حديث رقم 2246، مرجع سابق، [299/2].

⁽³⁾ مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب رقم: 43، قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا، حديث رقم 101، [66/1].

⁽⁴⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [998/2].

وهذا الإيهام للشخص بغير الحقيقة يقصد به حملته على التعاقد، أي أن التدليس وهم يستثار به أحد العاقدين بفعل آخر، أو بواسطة طرف ثالث، فيكون التدليس غير تلقائي.

والأساس الذي يعيب العقد المبرم تحت التدليس والخديعة هو ذلك الوهم الذي حصل في ذهن العاقد الآخر، فحمله على إبرام العقد.

فالتدليس عمل غير مشروع، لذلك فهو يوجب الخيار في فسخ العقد، للمتضرر جراء التدليس الذي وقع عليه⁽¹⁾.

وبناءً عليه، لكي نحكم بوجود التدليس، فلا بد من وجود نية التدليس والتضليل لدى المدلس، بقصد خديعة غيره، ليحمّله على التعاقد، أما إذا انخدع الشخص بعمل الغير دون أن يقصد هذا الغير إلى خداعه فلا يسمى هذا تدليساً، وليس للمخدوع حق إبطال العقد حال توافر الشروط والأركان الصحيحة للعقد، كالبائع يروج سلعته بانتحال أحسن الأوصاف والكلمات مادام هذا مألوفاً في التعامل بين الناس، أما إذا كان غير مألوف فإنه يعد تدليساً يعيب الإرادة، كزيادة مدح التاجر لبضاعته، كقوله إن هذا الجهاز صنع في اليابان في حين أنه مصنوع في الصين، مما يزيد في جودته وسعره تدليساً عليه، إذا أن الدولة الأخرى أقل سعراً وتكلفة⁽²⁾.

والكتمان يعد كالكذب وإن لم يعتبر من الوسائل الاحتمالية إلا أنه إذا تعلق الكتمان بشيء لا بد من علمه للمتعاقد الآخر، وجهله يدفعه إلى إبرام العقد مع الكتمان المطلوب بيانه، عندها يعتبر الكتمان تدليساً يوجب فسخ البيع⁽³⁾.

أما من ناحية حكم كل من العقد الصوري والتدليس، فالصوري عند بقاءه ظاهراً فهو عقد صحيح، إذا ما توفرت أركانه وشروطه، وحال إثبات صورية العقد الصوري يبطل هذا العقد الصوري، ويصبح كأن لم يكن، ويكون الاعتبار للعقد المستتر.

أما العقد حال التدليس على خلاف عند جمهور الفقهاء بين كونه يوجب خيار فسخ العقد للمدلس عليه.

وقد تجتمع الصورية والتدليس معاً؛ كاتفاق البائع والمشتري على بيع صوري، ثم يعطي المشتري البائع سند دين بتوقيع مزور⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ انظر ص 53 من هذا البحث.

⁽²⁾ بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 520.

⁽³⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [263/1]؛ عبد المنعم البدر، مرجع سابق، [269/1].

⁽⁴⁾ السنهوري، المرجع نفسه، [998/2] حاشية رقم (2).

البند الثاني: الفرق بين الصورية والتزوير

حتى يتسنى لنا التفريق بين الصورية والتزوير، لابد من معرفة، ماهية التزوير، وما يتعلق به من أحكام، فيما يلي:

أولاً: التزوير: لغةً: مشتق من مادة زور، ومنها زور كلامه: زحرفه وزورت الكلام في نفسي: أي هيأته، وازور عن الشيء، وتزاور عنه: أي مال، والزور: هو الميل، والزور: الكذب. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾⁽¹⁾، وازور عن الشيء: أي أعدل عنه وانحرف⁽²⁾.

والتزوير هو تزيين الكذب، وزور الشيء تزويراً: أي حسنه وقومه⁽³⁾.

ومن هنا نصل إلى أن التزوير، يتمثل في: الكذب والميل عن الحقيقة، سواء كان مكتوباً أو منطوقاً بزحرف القول، وحسن بيانه.

وفي الاصطلاح: يقصد به: "تمويه الباطل بما يوهم أنه حق"⁽⁴⁾.

وبعبارة أخرى: هو "تحسين الشيء ووضعه بخلاف صفته، حتى يتخيل إلى من سمعه أو رآه أنه بخلاف ما هو عليه في الحقيقة"⁽⁵⁾.

ثانياً: الألفاظ ذات الصلة:

1- الكذب:

لغةً: هو الإخبار عن الشيء بخلاف حقيقته، ويستوي فيه العمد والخطأ. قال تعالى: ﴿إِذْ أَوَّلُ اللَّهِ يُشْهَدُ إِنَّ الْمُنْفِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾⁽⁶⁾. أي في ضميرهم المخالف للظاهر، لأنه قد يكون

⁽¹⁾ سورة الفرقان، جزء من الآية 72.

⁽²⁾ الفيومي، مرجع سابق، ص 157.

⁽³⁾ الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 160.

⁽⁴⁾ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، د ر ط، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1414هـ/1994م، [177/4].

⁽⁵⁾ وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط 1، مصر، 1414هـ/1994م، [254/11].

⁽⁶⁾ [سورة المنافقون، جزء من الآية 1].

كاذباً بالميل، لا في نفس الأمر⁽¹⁾.

فهو بهذا الشكل يأخذ معنى الإخبار بما ليس مطابقاً للواقع، وهو نقيض الصدق. وبين الكذب والتزوير عموم وخصوص؛ حيث أن التزوير يقع في القول والفعل، والكذب لا يقع إلا في القول، كما أن الكذب قد يكون مزيناً أو غير مزين، بينما التزوير لا يكون إلا في الكذب المموه⁽²⁾.

واصطلاحاً: "هو عدم مطابقة الخبر للواقع، أو هو إخبار لا على ما عليه المخبر عنه"⁽³⁾.

2- الخلالة: لغة: الخديعة باللسان⁽⁴⁾.

الخلالة نوع من التدليس، تكون بستر العيب والكذب وغيره.

3- التليس:

لغة: من اللبس، أي اختلاط الأمر، وهو ستر الحقيقة وإظهارها بخلاف ما هي عليه⁽⁵⁾.

5- الغش

لغة: مصدر غشه، وهو ضد النصح، فإذا لم ينصحه، وزين له غير المصلحة، فقد غشه وخدعه، أو أظهر له خلاف ما أضمره⁽⁶⁾.

والغش أعم من التدليس، إذ التدليس خاص بكتمان العيب، الغش يقع في كل شيء⁽⁷⁾.

6- التحريف

وهو: " تغيير الكلام عن مواضعه، والعدول به عن حقيقته"⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ الفيومي، مرجع سابق، ص 314.

⁽²⁾ الزبيدي، مرجع سابق، [4/114 وما بعدها].

⁽⁵⁾ علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، در ط، مطبعة أحمد مطلوب، 1406هـ/1986، ص 103.

⁽⁶⁾ الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 109

⁽⁷⁾ وزارة الأوقاف الكويتية، مرجع سابق، [11/255].

⁽⁸⁾ الفيومي، مرجع سابق، ص 266. الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 260.

⁽⁸⁾ وزارة الأوقاف الكويتية، مرجع سابق، [11/127].

⁽⁸⁾ وزارة الأوقاف الكويتية، المرجع نفسه، [11/255].

7- التصحيف

وهو: " تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المراد (1). "

أي أن يقرأ اللفظ على خلاف المعنى المراد منه، أو على خلاف المتعارف عليه.

ثالثاً: طرق التزوير:

يقع التزوير بالقول وبالفعل.

1- التزوير بالقول

يقع التزوير بالقول في الأيمان وهي ثلاثة أقسام، يمين تكفر (اليمين المنعقدة أو المؤكدة) (2): وهي أن يحلف على أمر إما بالفعل أو الترك في المستقبل، ويمين اللغو: التي يسبق اللسان إلى التلفظ بها دون قصد لمعناها (3)، وهذا النوع يرجح فيها عدم المؤاخذة، لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ...﴾ (4). والثالثة: يمين الغموس (5): وهي اليمين التي يقع بها التزوير، ولا تكفير فيها بالمال، أساسها إبطال حق، أو إثبات باطل. يؤثم صاحبها عند جمهور الفقهاء، وعليه التوبة والاستغفار (6).

أ_ دليل التحريم:

أولاً: من الكتاب:

أ- قوله تعالى: ﴿فَأَجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (7).

(1) وزارة الأوقاف الكويتية، المرجع نفسه، [255/11]. الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 38.

(2) تكفر: أي تجب فيها الكفارة، انظر: الصنعاني، مرجع سابق، [553/2].

(3) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [364، 363/3].

(4) [سورة المائدة، جزء من الآية 89].

(5) اليمين الغموس: "هي اليمين الكاذبة مع القصد والعلم بالخلوف عليه"، انظر: السمرقندي، مرجع سابق، [294/1].

(6) السرخسي، مرجع سابق، [137/8]، ابن رشد، مرجع سابق، [396/1]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق،

[686/8].

(7) [سورة الحج، جزء من الآية 30].

وجه الدلالة: إن قول الزور قد اجتمع مع عبادة الأوثان في النهي والتحريم، كما تضمنت الآية الوعيد على شهادة الزور.

ب- وقال سبحانه: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَإِلَّا تَمَّ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا نَعْمُونَ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: قرن الله عز وجل، قول الإنسان ما لا يعلم عن الله، بما حرم الله من الفواحش والبغي والشرك بالله، ومنه قول الزور، لأن كل ما عدا الحق فهو كذب وباطل وزور، فدل على حرمة قول الزور وشهادته⁽²⁾.

ثانياً: من السنة:

أ- عن عبد الرحمن بن أبي بكر⁽³⁾ - عن أبيه - أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراف بالله وعقوق الوالدين - وكان متكئاً فجلس - فقال: " ألا وقول الزور، وشهادة الزور، ألا وقول الزور" فما زال يقولها حتى قلت: لا يسكت»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: قوله (وكان متكئاً فجلس) يفيد تأكيد تحريم شهادة الزور، وعظم قبحه، وذلك لأن قول الزور، وشهادة الزور، أسهل وقوعاً على الناس، والتهاون بها أكثر، لأن الشرك بالله ينبو عن قلب المسلم، وشهادة الزور دواعيها كثيرة، كالحقد والحسد والعداوة، ومفسدتها

⁽¹⁾ سورة الأعراف، الآية 33.

⁽²⁾ القرطبي، مرجع سابق، [194/7]

⁽³⁾ واسمه نعيم بن الحارث بن كعدة بن عوف بن ثقيف، وقيل هو ابن مسروح مولى الحارث بن كعدة وأمه جاريتة أيضاً، وزياد بن أبيه أخوه لأمه وهو من فضلاء الصحابة، سمي بأبي بكر، لأنه نزل من حصن الطائف متديلاً في بكرة، وكان مولى لرسول الله ﷺ وأعتقه ﷺ، انظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت-لبنان، 1328هـ، [236/2]. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستيعاب في أسماء الأصحاب بهامش تمييز الصحابة، د ر ط، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ/1980م، [178/4].

⁽⁴⁾ البخاري: صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب رقم(6)، في عقوق الوالدين من الكبائر، حديث رقم: 5976، [88/4].

متعدية لغير الشاهد. وقد ساوى ﷺ بين قول الزور والشرك بالله⁽¹⁾.

ب- وعن حريم بن فاتك الأسدي⁽²⁾ أن النبي ﷺ قام خطيباً فقال: «يا أيها الناس عدلت شهادة الزور إشراكاً بالله» ثم قرأ رسول الله هذه الآية: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾⁽³⁾ حَفَاءَ لِلَّهِ غَيْرَ مُشْرِكِينَ بِهِ⁽⁴⁾». «.

وجه الدلالة: أي جعلت شهادة الزور الكاذبة مماثلة للإشراك بالله في الإثم؛ لأن الشرك كذب على الله بما لا يجوز، وكذا شهادة الزور كذب على العبد بما لا يجوز، وكلاهما يحدث في واقع الناس⁽⁵⁾.

ج- وقد استثنى العلماء من حرمة التزوير أمور ثلاثة وهي:

أحدها: الكذب في حال الحرب.

الثاني: من أجل تطيب خاطر الزوجة لإرضائها.

والثالث: للإصلاح بين الناس.

واستدلوا بحديث النبي ﷺ، الذي قال فيه: «لا يجل الكذب إلا في ثلاث: يحدث الرجل امرأته ليرضيها، والكذب في الحرب، والكذب ليصلح بين الناس⁽⁶⁾». «.

⁽¹⁾ المبار كفوري، مرجع سابق، [9/6].

⁽²⁾ واسمه: حريم بن الأحمم بن شداد بن عمر بن فاتك بن عمرو بن أسد بن خزيمة، ويكنى بأبي يحيى، وقيل: أبا أيمن؛ شهد بدمراً مع أخيه سمرة بن فاتك، وقيل إنه وابنه أيمن أسلما يوم فتح مكة، والأول أصح كما صححه البخاري، وقال له صحبة، نزل الرقة، ومات في خلافة معاوية. ابن عبد البر، الاستيعاب، مرجع سابق، [29/2]؛ ابن حجر، الإصابة، مرجع سابق، [236/2].

⁽³⁾ سورة الحج، جزء من الآيتين 30 و31.

⁽⁴⁾ الترمذي، كتاب الشهادات، باب رقم: 3، ما جاء فيمن لا يجوز شهادته، حديث رقم: 2300، [494/6]، والحديث ضعفه الألباني، انظر: الترمذي، مرجع سابق، [494/6].

⁽⁵⁾ القرطبي، مرجع سابق، [194/7].

⁽⁶⁾ الترمذي، كتاب البر والصلة، باب رقم: 26، ما جاء في إصلاح ذات البين، حديث رقم: 1939، [292/4]، والحديث صححه الألباني. انظر: محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، د ر ط، مكتبة المعارف، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1415هـ/1995م، حديث رقم 545، [73/2].

وجه الدلالة: الحديث دل على بعض الحالات التي يجوز فيها الكذب، وبالإضافة إليها يجوز الكذب أيضاً فيما يتجاهر به الفاسق، وفي ستر معصية منه، أو من غيره، وفي دفع ظالم عن ماله أو عرضه، أو عن غيره، وفي جبر خاطر ولد⁽¹⁾.

2_ التزوير بالأفعال:

وله صور متعددة، منها:

أ- التزوير في البيوع: ويكون عن طريق تغيير الوصف الحقيقي للسلعة، وذلك بالزيادة أو النقصان، قصد خداع المشتري، بإظهارها له على عكس ما هي عليه في الواقع، مثل: تغيير تاريخ انتهاء صلاحية السلعة، التي لم تصبح صالحة للاستعمال بعد مضي المدة المحددة لها في المصنع، وذلك من أجل ترويجها، وكذلك نزع العلامة التي تدل على أن هذه السلعة مصنوعة في الصين، واستبدالها بعلامة تدل على أن هذه السلعة من صنع اليابان، على اعتبار أن ما يصنعه اليابان أفضل، وبالتالي تزيد قيمتها.

وحكم هذا النوع: التحريم، بناءً على عموم ما روي عن النبي ﷺ، أنه قال: «من غشّ فليس منا»⁽²⁾.

ب- التزوير في العملات والموازين ونحوها: يكون التزوير في العملات عن طريق صنع أوراق نقدية لا تمت بصله إلى المطبعة الرسمية، وبالتالي يمنع القانون تداولها والتعامل بها، توهّم الغير بأنها أوراق صحيحة، وكذا خلط المعادن النفيسة مع غيرها، من أجل الزيادة في وزنها، والحرص على الكم في حجم السلعة، فمثلاً: خلط الذهب بالنحاس أو الفضة، وتسويقه على أساس أنه حلي من ذهب.

وحكم هذا النوع: منهي عنه شرعاً، للأدلة التالية:

1- قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ

⁽¹⁾ قلوبوي، مرجع سابق، [215/3].

⁽²⁾ الترمذي، كتاب البيوع، باب رقم: 74، ما جاء في كراهية الغش في البيوع، حديث رقم: 1315، [606/3]، والحديث صححه الألباني، انظر: سنن الترمذي، حديث رقم 1315، [606/3].

وَزَنُوهُمْ يَحْسِرُونَ ﴿٣﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: الآية فيها وعيد شديد من الله، وهو الخسران والهلاك، لمن يأخذون حقهم بالوافي والزائد من الناس، أي إما بالازدياد إن اقتضى ذلك وإما بالنقصان⁽²⁾. وهو نوع من التزوير البين.

2- عموم قوله ﷺ: «مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا»⁽³⁾.

جـ - التزوير في المستندات والأختام ونحوها، وطرق التحرز منها:

إن التزوير فيها يكون بالزيادة أو النقصان، أو بتغيير صيغها، أو بعض مواصفاتها وشروطها، أو شيء لازم فيها.

ومن صور ذلك⁽⁴⁾: أن يتحفظ من التزوير في الخط، الذي بدوره أهلك كثيراً من الناس، ويحترز عن ذلك بما يلي:

1- يتأمل الأسماء، وخاصة تلك التي يسهل تزويرها بتغيير حرف فيها، كنحو مظفر فإنه ينقلب مظهر، وبكر فإنه ينقلب بكير.

2- كون آخر السطر بياض، وذلك عندما ينهي السطر عند كلمة طويلة، والمكان الشاغر لا يسعها، فإن ترك بياضاً كان مدعاة للتزوير بإضافة كلمة أو حرف تغير في الصك أو في السند، كأن يكون آخر السطر اسم عمر فيجعل عمران، ويعالج هذا بمد الحرف الأخير، أو بوضع خط يمنع الكتابة في الفراغ، أو بتكرار تلك الكلمة التي وقف عليها، أو كتب فيها كلمة صح، أو صاداً ممدودة ونحو ذلك.

3- وبزيادة حرف في الكتاب أو الشيك (الصك)؛ كأن يقر بأن له عند زيد ألف درهم، فإن لم يذكر صفات العدد بذكر أن نصفه خمسمائة مثلاً بذلك يمنع تزوير الألف إلى ألف، بإضافة ألف لكلمة ألف، أو أن يكتب بعدها ألف درهم واحدة.

⁽¹⁾ [سورة المطففين، الآيات 1، 2، 3].

⁽²⁾ ابن كثير، مرجع سابق، [280/14، 281].

⁽³⁾ سبق تخريجه، انظر: ص 61 البحث.

⁽⁴⁾ ابن فرحون، مرجع سابق، [232/1].

ثالثاً: طرق إثبات التزوير:

1- التزوير القولي:

ويثبت بإقرار المزور على نفسه، أو بقرينه دافعة دالة على كذبه، كأن يشهد على قتل شخص ما فإذا هو حي، أو يشهد على حادثة ما وقد مات الشاهد قبل وقوعها، أو أنه ولد بعدها⁽¹⁾.

2- التزوير الفعلي:

وذلك عند أهل الخبرة، ولمن رأى الخط من قبل، إذ إن التمييز للخط مصدره حاسة البصر التي رأت الخط، فانطبع في الحاسة الخيالية، أي العقل القادر على تمييز الخطوط⁽²⁾. ومع تطور العلم أصبح لهذا الفن مختبراته التي يستطيع فيها الخبراء التمييز بين الخطوط بسرعة، وهذا طريقة مستخدمة في الجامعات من خلال البطاقات الخاصة بالطلاب، وفي البنوك، ولها خبراء أيضاً في مجال الخطوط وتمييزها⁽³⁾.

رابعاً: عقوبة التزوير:

تصنف ضمن الجرائم التي يعاقب فاعلها بالتعزير، كأى جريمة ليس لها عقوبة مقدرة شرعاً؛ وذلك في حالة القصد المصاحب للفعل المتعمد، وتمثل في الضرب، الحبس والإهانة ونحوها⁽⁴⁾.

خامساً: أوجه الاتفاق والاختلاف بين التزوير والصورية.

التزوير يكون دائماً بسوء نية ودون علم الطرف الآخر به، حيث يقع فيه أكل لأموال الناس بالباطل، لذلك نهى الشارع الحكيم عليه، وحرمه تحريماً قاطعاً، في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ

⁽¹⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [395/4]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [211/9].

⁽²⁾ ابن فرحون، مرجع سابق، [232/1].

⁽³⁾ عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص116.

⁽⁴⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [295/9]. الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [449/4]. قليوبي، مرجع سابق،

[205/4]، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، در ط، دار الفكر، بيروت-لبنان،

1402هـ/1982، [447/6]، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، [361/3].

(1)

كما أن التزوير فيه سبق إصرار وتعهد، سواء كان قولياً، أو في الفعل، وهو أعم من الألفاظ ذات الصلة المتعلقة به⁽²⁾.

أما الصورية، فهي— كما أسلفنا— عقد ظاهر وهمي يخفي وراءه عقداً باطناً حقيقياً، فهي عبارة عن حيلة يسلكها الطرفان المتعاقدان، وبالتالي تلتقي هنا مع التزوير، إلا أنها من ناحية أخرى، ليست بالضرورة عندما ترد تدل على الحرمة، فقد تتخذ في إطار الحلال، وذلك مثلاً، في حال دفع الظلم عن طرفي العقد أو أحدهما من نحو سلطان جائر متسلط على الناس. كما تأتي محرمة، فيكون التعاقدان سيئاً النية، وذلك عندما تتخذ مثلاً للتهرب من الضرائب، أو لأخذ حق وارث أو حرمانه من الإرث، عندما يتفق الطرفين الذين يكون أحدهما في مرض الموت، على هبة باطنية، في صورة عقد بيع ظاهري.

أما التزوير، فلا يخلو من إضرار النية السيئة دائماً، من قبل مقترفيه.

وقد تجتمع الصورية مع التزوير، كوسيلة من أجل تحقيق غرض غير مشروع؛ كاتفاق البائع والمشتري على بيع صوري، ثم يعطي المشتري البائع سند دين بتوقيع مزور⁽³⁾.

البند الثالث: الفرق بين الصورية والبائع على التعاقد.

قبل التفريق بين الصورية والبائع عن التعاقد، نشرح مصطلح البائع على التعاقد، حسب ما يلي:

أولاً: البائع على التعاقد.

إن الشريعة الإسلامية، تولي أهمية كبيرة لصيغة العقد الظاهرة، حيث اتفق الفقهاء على أن ما

(1) البقرة، الآية 188.

(2) عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص 116.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [998/2].

يتحقق به الإيجاب والقبول، ركن أساسي في جميع العقود⁽¹⁾.

كما قررت مبادئ لتحقيق غايات العقود منها، مبدأ الرضائية⁽²⁾ تقريراً مطلقاً، كما في عقد الهبة الذي ينقذ بالإيجاب والقبول، وتتم الهبة بالقبض، وحررت العقود من الشكليات إلا في عقد النكاح، لشرفه وخطورته، ومبدأ خيار المجلس⁽³⁾ في البيع؛ لمصلحة المتعاقدين؛ وليتم العقد بالتروي والتدرج مرحلة تلو أخرى؛ ليحصل الرضا المطلوب لترتب آثار العقد، كما أوجدت الشريعة الغراء وحدة الصفقة⁽⁴⁾؛ لصيانة استقرار التعامل وثباته، ولكي لا تجرح الإرادة بلا قيد أو ضابط، أو وجدت ضابط الباعث⁽⁵⁾ على التعاقد؛ لكي لا تتعدى الرضائية على مقاصد الشارع من إبرام العقود.

فالباعث على التعاقد هو غاية العاقد وقصده من العقد؛ إذ كل عقد له أثر رتبه الشارع عليه، وجعل مباشرة العاقد للعقد طريقاً إليه؛ فعقد البيع رتب عليه المشرع نقل الملكية للثمن من المشتري للبائع، وملكية المبيع للمشتري من البائع، وفي عقد الإيجار هي نقل تملك منفعة العقار المؤجر في المدة المحددة بالعقد للمستأجر، وتملك المؤجر للأجرة عن تلك المدة، وغاية الزوجين من عقد النكاح، دوام العشرة بينهما، وتكوين أسرة لهما، وهكذا كل عقد له غاية ومقصد يقصدها العاقد، لتحقيقها من خلال العقد، كما رتبها الشارع الحكيم⁽⁶⁾.

(1) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ط3، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1395هـ/1975م، [4/2]. الصاوي، مرجع سابق، [4/3]. محمد الحسين الحصري، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، د ر ط، دار إختيار الكتب العربية، د س ن، [239/1]. ابن قدامة، المقنع، مرجع سابق، [8/11].

(2) مبدأ الرضائية: لكل واحد من المتعاقدين إبرام العقد ما يمكن العقد ممنوعاً بموجب نص شرعي، يمنع انعقاده وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع والدولة. انظر: الزرقا، مرجع سابق، [427/9]؛ الزحيلي، مرجع سابق، [196/4].

(3) مبدأ خيار المجلس: لكل واحد من المباعين الخيار بين الفسخ والإمضاء للعقد الثابت بينهما ما دام في المجلس، ولم يتفرقا بأبداهما، أو ينجيز أحدهما الآخر، فيختار لزوم العقد. انظر: النووي: المجموع، مرجع سابق، [469/9]. الزرقا، مرجع سابق، [432/1].

(4) وحدة الصفقة: المراد بالصفقة: عقد البيع، والمراد بوحدها: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب. انظر النووي، المجموع، مرجع سابق، [469/9 وما بعدها]. الزرقا، مرجع سابق، [407/1].

(5) ضابط الباعث: الباعث هو السبب الذي يدفع المتعاقد لإبرام العقد، وضابطه أي شرطه أن يكون موافقاً للشرع وغير مخالف للنظام العام أو الآداب. انظر: عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 321 وما بعدها.

(6) محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 596، محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 463.

وتختلف العقود تبعاً لاختلاف المقصود منها؛ وذلك لأن من العقود ما يكون المقصود منه التملك للمبيع، أو للثمن، أو للمنافع، سواء كانت مبادلة مال بمال، كالبيع بجميع أنواعه بما في ذلك السلم⁽¹⁾، والصرف⁽²⁾، والقرض⁽³⁾، أو الصلح عن إقرار⁽⁴⁾ أم كانت المبادلة على منفعة مال، كالإجارة والاستصناع⁽⁵⁾، والزراعة والمساقاة والمضاربة⁽⁶⁾، أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال، كالزواج والخلع⁽⁷⁾، أم كانت المبادلة على منفعة بمنفعة؛ كقسمة المنافع، فكل ما فيه المعاوضة والمبادلة بين طرفين يسمى عقد معاوضة.⁽⁸⁾

وقد يكون المقصود من العقد التملك بلا عوض مطلقاً، إذ المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به، كالهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، وإبرام المدين إلى الدين، وإسقاط حقه فيه، ونحوها، وتسمى عقود التبرعات.⁽⁹⁾

وقد يكون المقصود من العقد إسقاط الشخص حقه، أو جزءاً منه، وقو قسمان:

1- إسقاط محض، كالطلاق بلا عوض، والعفو عن القصاص بدون مقابل من الجاني.

(1) السلم: "بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل". الدسوقي، مرجع سابق، [310/4].

(2) الصرف: "بيع جنس الأثمان بعضها ببعض، بشرط التقابض في المجلس". انظر: العيني، مرجع سابق، [501/7].

(3) القرض: "تمليك الشيء على أن يرد بدله". انظر: النووي، منهاج الطالبين، مرجع سابق، [257/2].

(4) الصلح عن إقرار: "بأن أقر بعين أو دين، ثم صالحه عنه بغير جنسه". انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، [262/2].

(5) الإستصناع: "هو عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله مع الصانع". انظر: السمرقندي، مرجع سابق، [362/1].

(6) المضاربة: "دفع مال إلى غيره، ليتصرف فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرط". انظر: السمرقندي، مرجع سابق، [19/3].

(7) الخلع: "فراق زوج زوجته بعوض يأخذه منه أو من غيرها بألفاظ مخصوصة". انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، [107/3].

(8) عقد المعاوضة: "ما حدثت فيه المبادلة بين المتعاقدين، على ملكية كل منهما ما الآخر، في حدود العقد على سبيل المبادلة". انظر: محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 598.

(9) عقود التبرعات: "وهي العقود التي يكون التملك فيها بغير مقابل". بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 490.

2- إسقاط فيه معنى التبرع، كالإبراء من الدين، والوقف، وتسمى بعقود الإسقاطات⁽¹⁾.

وقد يكون المقصود من العقد إطلاق يد شخص في شيء كان ممنوعاً من التصرف فيه، كعقد الوكالة⁽²⁾، أو الإيضاء⁽³⁾، أو القضاء، ونحوها، وتسمى بعقود الإطلاقات⁽⁴⁾.

وقد يكون المقصود منه تقييد الشخص لغيره، ومنعه من التصرف، مما كانت يده مطلقة التصرف فيه، كعزل الوكيل، وعزل الوصي، وعزل ناضر الوقف، وتسمى عقود التقييدات⁽⁵⁾. ومنها ما يكون غايته التوثيق وضمنان حق نفسه فيها، كالرهن⁽⁶⁾ والكفالة⁽⁷⁾، والحوالة⁽⁸⁾، وتسمى عقود الضمانات⁽⁹⁾.

ومنها غايته الحفظ والإيداع خوفاً من الضياع، كعقد الوديعة⁽¹⁰⁾، وعقد الحراسة، وتسمى

(1) عقود الإسقاطات: " وهي إسقاط الشخص حقه أو شيئاً منه". انظر: محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 600.

(2) الوكالة: " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره، ليفعله في حياته". انظر: سليمان بن محمد بن عمر البحرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، د ر ط، الطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1370هـ/1951، [456/3].
(3) الوصية: "الأمر بالتصرف بعد الموت". انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، [432/2]. والإيضاء: "إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت". انظر: الشريبي، الإقناع، [211/2].

(4) عقود الإطلاقات: " إطلاق الإنسان يد غيره في العمل بعد أن كان لا يجوز له القيام به". انظر: محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 464.

(5) عقود التقييدات: " تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له". انظر: بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 492.

(6) الرهن: " جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها تعذر استيفائه ممن هو عليه". انظر: ابن مفلح، مرجع سابق، [202/4].

(7) الكفالة: " ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة". انظر: العيني، مرجع سابق، [563/7]. ابن مفلح، مرجع سابق، [202/4].

(8) الحوالة: " نقل الشيء أو الدين من ذمة إلى ذمة". انظر: العيني، مرجع سابق، [621/7].

(9) عقود الضمانات: " هي عقود يراد فيها توثيق الدائن، أو تأمينه على دينه قبل المدين". انظر: محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 465.

(10) عقد الوديعة: "المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض". انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، [449/2].

بعقود الاستحفاظات.⁽¹⁾

ومنها غايته الاشتراك في نماء المال وأرباحه؛ كعقود المزارعة⁽²⁾، والمساقاة⁽³⁾، والمضاربة، وتسمى بعقود الشركات⁽⁴⁾.

إن من أصول الشريعة الإسلامية كما يقول «صاحب الموافقات»: " أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض، حسناً كان أو قبيحاً، مطلوب الفعل أو الترك أو غير مطلوب شرعاً⁽⁵⁾". ولذلك دلت الأدلة الشرعية على أن القصد في العقد معتبر، وأنه يؤثر في صحة العقد وفساده من حله وتحريمه، بل أكثر من ذلك، إذ يؤثر في الفعل الذي ليس بعقد من جانب التحليل أو التحريم، فنرى الفعل تارة حلالاً وأخرى حراماً؛ وذلك تبعاً لاختلاف القصد والنية⁽⁶⁾.

وهذا يعني أن كل فعل أو تصرف أو عقد خال من السبب أو المقصد لا يشرع، كما قال «صاحب الفروق»: " كل تصرف كان، من العقود؛ كالبيع أو غير العقود؛ كالتعزيزات، وهو ما لا يحصل مقصوده، فإنه لا يشرع ويطل إن وقع⁽⁷⁾".

والباعث والمقصد الأصلي للعقد يؤثر في العقد من ناحية الحكم الشرعي، فإذا ظهر المقصد الأصلي الحقيقي، ودلت عليه القرائن؛ بأن كان مشروعاً كان حكم العقد الحل، وإن دلت على مقصد غير مشروع فحرام، وإن خفيت الإرادة الحقيقية وظهر المقصد للإرادة الظاهرة فالعقد صحيح إن توافرت فيه أركانه وشروطه، وعند خفاء الباعث على التعاقد فالتعامل للإرادة

(1) عقود الاستحفاظات: " هي التي تحدث بين الشخص وغيره، لقصد حفظ المال فقط". انظر: بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص492.

(2) المزارعة: " هي دفع الأرض إلي من يزرعها أو يعمل عليه أو الزرع بينهما". انظر: ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، [251/5].

(3) المساقاة: "دفع الإنسان شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره". انظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [390/4].

(4) عقود الشركات: "عقد على التصرف في المال وما يخرج من العمل". انظر: ابن مفلح، مرجع سابق، [355/7].

(5) الشاطبي، مرجع سابق [227/2].

(6) ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، [84/3].

(7) القرافي، الفروق، مرجع سابق، [254،171/3].

الظاهرة، مع وجود إرادة باطنة مستترة، تجعل العقد صورياً، ولا يطعن في العقد إلا بعد تعارض الإرادة الباطنة مع الظاهرة⁽¹⁾.

ثانياً: أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين الصورية.

بما أن الصورية: عقد ظاهر يخفي حقيقة العقد، ومراد العاقد من العقد، والباعث على التعاقد: هو تلك النية المستترة أو الظاهرة المراد تحقيقها من عقد العقد.

وعليه فالباعث هو الكاشف عن حكم العقد الصوري، ومدى صلاحيته، حسب الحكم الشرعي المترتب عليه، أي أن المقصد الأصلي يتصل بإرادة الشارع، ويفصل عن إرادة العاقد، بينما المقصد من العقد الصوري مرتبط بإرادة العاقد، وعليه فإن ترتيب الحكم الشرعي على أي عقد، ومنها الصورية تابع للمقصد المتعلق بإرادة الشارع⁽²⁾.

الفرع الثاني: تمييز الصورية عن ما يشابهها في القانون.

تشابه الصورية إلى حد بعيد مع المصطلحات، التي يصعب في بعض الأحيان التفريق، بينها وبينهم، كالتزوير، وعيوب الرضا، والاتفاق الإضافي، والتقاعد مع الباطن، والخطأ في تكييف العقد، خاصة أن جميع هذه التصرفات تجتمع، في إظهار الشيء على خلاف حقيقته، بحيث يكون ظاهر الشيء مختلفاً عن واقعه، لذلك فإننا سنقوم بدراسة أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف ما بين الصورية والمصطلحات السابق ذكرها كل على حده، حسب الآتي:

البند الأول: تمييز الصورية عن التزوير.

قبل أن نميز بين المصطلحين، يجب أولاً أن نعرف معنى التزوير:

أولاً: معنى التزوير.

أشار المشرع الجزائري إلى التزوير، في المادة 197ق ع ج، حيث جاءت كالتالي: "يعاقب بالسجن المؤبد، كل من قلد أو زور أو زيف:

⁽¹⁾ عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص 109.

⁽²⁾ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د ر ط، مطبعة خاصة، القاهرة-مصر، 1398هـ/1978م، ص 130.

- 1- نقود معدنية أو أوراقاً نقدية ذات سعر قانوني، في الإقليم الوطني، أو في الخارج.
 - 2- سندات أو أذونات أو أسهم تصدرها الخزينة العمومية، وتحمل طابعها أو علامتها، أو قسائم الأرباح العائدة من هذه السندات أو الأذونات أو الأسهم.
- وإذا كانت قيمة هذه السندات أو الأذونات أو الأسهم، المتداولة، تقل عن 500.000 دج، تكون عقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات، 20 سنة، والغرامة بمليون إلى مليونين.
- وتطبق أحكام المادة 60 مكرر⁽¹⁾، على الجناية المنصوص عليها في هذه المادة⁽²⁾.
- وأضاف ضمن نص المادة 198 ق ع ج، بأنه: "يعاقب بالسجن المؤبد، كل من أسهم عن قصد بأية وسيلة كانت، في إصدار أو توزيع أو بيع أو إدخال النقود أو السندات أو الأذونات أو الأسهم المبينة في المادة 197 أعلاه، إلى الإقليم الوطني..."

وعليه فالتزوير عند المشرع الجزائي، يأخذ معنى التقليد والتزييف، للنقود المعدنية، والأوراق النقدية، والسندات والأذونات والأسهم الصادرة عن الخزينة العمومية، وحتى قسائم الأرباح المتعلقة بها، سواء حصل ذلك داخل الإقليم الوطني أو في الخارج.

ويعتبر مزوراً حتى من ساهم بأية طريقة كانت، في إصدار أو توزيع هذه النقود أو السندات، أو إدخالها للإقليم الوطني، إلا في حالة ما إذا أثبت عدم علمه بأنها مزورة. لوجوب توفر القصد الجنائي لتوافر الركن المعنوي في هذه الحالة.

ثانياً: تمييز الصورية عن التزوير:

فإذا ما كنت الصورية تبنى مذكور سابقاً على أساس عقدين، الأول ظاهر غير حقيقي،

⁽¹⁾ تنص المادة 60 مكرر، على ما يلي: "يقصد بالفترة الأمنية، حرمان المحكوم عليهم من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، أو إجازات الخروج، والحرية النصفية، والإفراج المشروط للمدة المعينة في هذه المادة، أو الفترة التي تحددها الجهة القضائية.

وتطبق في حالة الحكم بعقوبة سالبة للحرية، مدتها تساوي أو تزيد عن 10 سنوات، أو تزيد عنها بالنسبة للجرائم التي ورد النص فيها صراحة على فترة أمنية.

تساوي مدة الفترة الأمنية نصف فترة العقوبة المحكوم بها، وتكون مدتها 20 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد...

⁽²⁾ أمر رقم: 156/66، مؤرخ في: 18 صفر 1986هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية، عدد 49، بتاريخ: 21 صفر 1386، الموافق لـ: 11 يونيو 1966.

يظهر للعلن على أنه المراد، والثاني مستتر حقيقي، يعبر عن الإرادة الحقيقية للطرفين. تدل عليها وثيقة، تدعى بورقة الضد.

فالصورية على إثر هذا، تتفق مع التزوير في أن كلاً منهما يرمي إلى إخفاء الحقيقة⁽¹⁾، أي ينطوي على تشويه وتحريف مقصود للحقيقة، ولا يقتصر استخدامها على السندات العادية بل السندات الرسمية أيضاً⁽²⁾.

إلا أنها تختلف عليه في: أنها تتم بعلم الطرفين واتفاقهم، في حين أن التزوير يكون بفعل أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر⁽³⁾.

كما أن الغاية من الصورية تتمثل في التهرب من أحكام القانون، أو الإضرار بحقوق الغير أو الغش والإضرار بالخزينة العمومية، أما الغاية من التزوير فهي غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية. كذلك فإن الصورية ينظم أحكامها القانون المدني، ولا يترتب عليها جزاء جنائي، في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويرتب عليه جزاء جنائي⁽⁴⁾.

لذا كان النقد بالنسبة للمشرع، حول عدم اعتبار الصورية جريمة، ما دامت تتوفر على نفس الشروط، التي يتضمنها التزوير، وتجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون في حال إثباتها، وفي هذا الصدد يقول أحد الفقهاء: "أن القانون يعتبر التزوير جريمة، ويعتبر النصب جريمة، ويعتبر من أوثمن فخان مجرمًا، ومن يبيع ملكه مرتين مجرمًا، فلم لا يعتبر من يجرر عقداً صورياً مجرمًا؟...فجريمة التزوير تتم ويعاقب عليها القانون، إذا توافرت فيها شروط ثلاثة وهي: تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله، والصورية فيها تغيير للحقيقة وفيها العمد وفيها الضرر. لأن العقد لا يكون صورياً إلا إذا غيرت فيه الحقيقة، وتغيير الحقيقة يكون دائماً عن عمد، ومحرره لا يقصد به إلا الإضرار بالغير. فالصورية والتزوير من فصيلة واحدة، كل واحدة منهما، فيها تغيير

(1) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 50.

(2) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 174.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1078/2].

(4) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 174.

للحقيقة والعمد والضرر... (1)".

وبما أن المشرع لم ينص على تجريم الصورية في قانون العقوبات، فلا يمكن القول بأنها جريمة يعاقب عليها القانون. أما من الناحية الفقهية، فالصورية كما تطرقنا إلى ذلك سابقاً، يجب التمييز بين التصرفات الصورية، على حسب الباعث على التصرف، فإن كان غير مشروع، بمعنى ينتج عنه مخالفة للقانون والنظام العام، وتلحق ضرر بالغير، فإن من المفروض أنها تجرم، ويترتب على ذلك التجريم عقاب، على حسب المخالفة، بمعنى تقتزن حتى بظروف التشديد.

وإن كان السبب مشروعاً، لا يخالف القانون ولا يمس بالنظام والآداب العامة، كما لا يلحق ضرر بالأفراد، وإنما على العكس يترتب عليه النفع للغير في بعض الأحيان، كما في حالة التبرع بالأموال عن طريق شخص مستعار مثلاً، فإن هذه تدخل في إطار التصرف المباح الذي يشجع ويدعى إليه، لأنه يدخل في سبل الخير، وأيضاً يدخل في خدمة الصالح العام.

وقد أيد القضاء هذا الحكم بالقرار الصادر بتاريخ: 1987/01/26، الذي جاء فيه، أن أي التزام كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد باطلاً⁽²⁾.

البند الثاني: تمييز الصورية عن عيوب الرضا.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام العقد، بداية من المادة 54 ق م ج، ووضع له شروط انعقاد تتمثل في: الرضا، المحل و السبب.

فالرضا يتم طبقاً لنص المادة 59 ق م ج، بتعبير الطرفين عن إرادتهما، التي يجب أن تكون سليمة من العيوب. بمعنى ألا تكون صادرة عن إكراه أو غلط أو تدليس، فماذا يقصد المشرع بالإكراه، الغلط والتدليس، وهل هناك فرق بينها، وبين الصورية؟

في إطار الإجابة على الأسئلة المطروحة، نقوم بالتطرق إلى ما يلي:

(1) الصورية ووجوب اعتبارها جريمة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، العدد3، قسم أول، 1937، ص427 وما يليها، نقلاً عن عبد الله سامي، مرجع سابق، ص176.

(2) ملف رقم: 44571، بتاريخ: 1987/01/26، المجلة القضائية رقم 92، عدد04. نقلاً عن: نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني، مرجع سابق، ص45.

أولاً: تمييز الصورية عن الإكراه.

لكي نميز بين الصورية والإكراه، وتبعاً لما تفرضه المنهجية العلمية، يجب أولاً أن نعرض على تعريف الإكراه، ثم ننتقل إلى إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

1- تعريف الإكراه.

تحدث المشرع الجزائري عن الإكراه، بداية من المادة 88 ق م ج وما يليها، حيث جاء في فحوى المادة المذكورة أعلاه، ما يلي: "يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها، أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى، التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه⁽¹⁾.

بناء على نص المادة، نعرف الإكراه على أنه: ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيندفع إلى التعاقد، بناءً على الرهبة التي تقع في نفسه، بغض النظر عن الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه⁽²⁾.

2- الفرق بين الإكراه والصورية:

تختلف الصورية عن الإكراه، في أن الصورية تبني على إرادة المتعاقدين، بحيث يجب أن تتجه نحو إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار عقد آخر، أي أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتفق على القيام بهذا العمل⁽³⁾. أما الإكراه فهو يمس حرية التعاقد المكره فهو يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية و الاختيار، فالمكره لا يريد أن يتعاقد، ولكن الرهبة التي يشعر بها

(1) يتطابق نص المادة: 127 ق م ج، مع ما ورد في المادة 88 ق م ج.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [274/1].

(3) مختار أحمد هاني، مرجع سابق، ص 4.

جراء الإكراه تدفعه على التعاقد⁽¹⁾.

كما تختلف عنه أيضاً، من حيث الشروط والأهداف. فمن حيث الشروط، فإنه يشترط في الصورية وجود عقدين مع الاختلاف بينهما في الطبيعة والأركان، ووجود تعاصر ذهني بين المتعاقدين⁽²⁾. أما الإكراه فلا يشترط فيه وجود عقدين، ولا يشترط فيه التعاصر الذهني بين المتعاقدين، وإنما يشترط فيه أن تكون الرهبة هي التي حملت المكره على التعاقد، وأن يكون الإكراه صادر عن شخص يستطيع تنفيذ ما يهدد به⁽³⁾.

أما من حيث الأهداف فإن الصورية قد تكون مشروعة، كمن يتصدق باسم مستعار، ابتغاء الثواب عند الله، زيادة، كما قد تكون غير مشروعة، كالبائع الذي يضر بحقوق الغير، حيث يتفق مع المشتري على كتابة الثمن بمبلغ خيالي، لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فيتنازل عن حقه. في حين أن الهدف من الإكراه هو إجبار المتعاقد وحملة على التعاقد، بناء على الرهبة التي يتركها المكره في نفسه، وهو في الغالب غير مشروع.

ثانياً: تمييز الصورية عن الغلط.

دائماً في إطار ما يتطلبه التناسق، والترتيب المنهجي، نبدأ بتعريف الغلط، باعتباره أحد عيوب الإرادة، ثم نتقل للحديث عن الفرق بينه، وبين الصورية في النقطة الثانية، حسب ما يلي:

1- تعريف الغلط.

نص المشرع الجزائري على أحكام الغلط، بداية من المادة 81 ق م ج وما يليها، حيث عرفه ضمن نص المادة 82 ق م ج، بقوله: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص، إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك، نظراً لشروط العقد ولحسن النية.

⁽¹⁾ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام-دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، د ر ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1979م، ص 247

⁽²⁾ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 99

⁽³⁾ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، ص 248

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة ليست السبب الرئيسي، في التعاقد⁽¹⁾."

بناءً على هذا النص، يعرف الغلط، على أنه: "حالة تقوم بالنفس، تحمل على توهم غير الواقع. وهذا الأخير يكون، إما: أن يكون واقعة غير صحيحة، يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها⁽²⁾."

كما أن المحكمة العليا، أجازت بمقتضى حكم لها، للذي وقع في غلط جوهري، وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله، ثم تكلمت عن الخصائص التي تجعل من الغلط جوهري، يخول للذي وقع عليه الغلط هذا الحق، حيث جاء في حثياته ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطب إبطاله، ومن المقرر أيضاً: أنه يعتبر الغلط جوهرياً، إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة، السبب الرئيسي في التعاقد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.

والثابت في قضية الحال_ أن الطاعن لم يلتزم بالعقد، إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده...⁽³⁾."

2- الفرق بين الصورية والغلط:

لكي يكون العقد صحيحاً، ملزماً لأطرافه، يجب أن يكون توافق لإرادتهما الحقيقية، التي التقت حول موضوعه وسببه، مطابقاً للأحكام القانونية التي ترعاه⁽⁴⁾. طبقاً لنص المادة 55 ق م ج، التي تنص على أنه: "يكون العقد صحيحاً ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً."

تبعاً لهذا، فإن الصورية تتفق مع الغلط في أن نتيجة كل منهما تؤدي إلى فهم الواقع بصورة

(1) تطابقها المادة 121 ق م م.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [238/1].

(3) ملف رقم: 49339، قرار رقم: 1988/11/14. المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 04. نقلاً عن: نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني، مرجع سابق، ص 39.

(4) مصطفى العوجي، القانون المدني_العقد، د ر ط، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت_لبنان، 1995م، [309/1].

مخالفة للحقيقة، إلا أن الاختلاف بين الصورية والغلط قائم من عدة جوانب وهي: أن الصورية اتفاق على خلاف الواقع، في حين أن الغلط هو توهم غير الواقع. أي أنه في الصورية يتفق الأطراف بمحض إرادتهم على إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد الصوري، مع العلم أن العقد المراد تحقيق نتيجة هو العقد الحقيقي، أما الغلط فإنه قد يقع دون علم الأطراف أو يقع بموجب تغيير أحد الأطراف بالآخر⁽¹⁾.

كما أنه يشترط لتحقيق الصورية وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر مستتر، في حين أنه لا يشترط ذلك في الغلط، بل أن الغلط يكون في جوهر العقد المتفق عليه، بمعنى أنه يرد على عقد جدي⁽²⁾. كذلك فإنه يشترط في الصورية وجود التعاصر الذهني بين العقدين، في حين أنه لا وجود لمثل هذا الشرط في الغلط لعدم وجود عقدين⁽³⁾.

ثالثاً: تمييز الصورية عن التدليس:

قبل أن نتطرق إلى ما يمكن أن نميز به الصورية، عن التدليس، كونه أحد الأمور التي تجعل العقد مشوباً بعيب من عيوب الإرادة، فإنه من الأجدر أن نعرض على معرفة معنى التدليس.

1- تعريف التدليس.

نص المشرع الجزائري على التدليس، بداية من المادة 86 ق م ج، حيث جاء نصها، كما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه، ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة⁽⁴⁾."

على ضوء هذه المادة، يمكن تعريف التدليس، على أنه: إيقاع المتعاقد في غلط، عن طريق

(1) سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 171.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 50.

(3) عرفات نواف، مرجع سابق، ص 29.

(4) يطابقها نص المادة 125 ق م م.

استعمال طرقاً احتيالية، مما يدفعه إلى التعاقد، سواء أكان معه أو مع الغير⁽¹⁾.

كما نستشف من نص المادة، أن المشرع الجزائري، قد ذهب إلى أبعد من هذا، حيث راعى حسب الفقرة الثانية، من نص المادة 86 ق م ج، حتى الجانب السلبي في الأمر، حيث أن تعمد السكوت عن الواقعة، في حالة ما أثبت أنه كان هو السبب الرئيسي، في إقدام المتعاقد على إبرام العقد، يعتبر تدليساً.

كما أن أعمال الجانب التطبيقي، عن طريق القضاء، نحى هذا النحو، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ: 2001/01/17، ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع، بإلغائهم سند البيع، مع إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومنح تعويض للمطعون ضدها، لكون الطاعنين ارتكبا تدليساً، باستعمال حيلة لإبرام العقد، فإنهم أحسنوا تطبيق المادة 86 من القانون المدني⁽²⁾.

2- الفرق بين الصورية والتدليس.

تتفق مع التدليس في أن كلا منهما يخفي شيئاً تحت ستار ظاهر كاذب، إلا أن الفرق بينهما واضح، فالتدليس يقع عند تكوين العقد، من قبل أحد المتعاقدين على الآخر، أو من كلا الطرفين في آن واحد، أو من شخص ثالث، لحمل المتعاقدين على التعاقد. بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين متواطئين معاً على ذلك، فلا يغش أحدهما الآخر وإنما يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمراً معيناً. بينما الغاية من التدليس هي موافقة الطرف الآخر على التعاقد بطرق احتيالية، فهو عيب من عيوب الرضا، يجعل العقد قابلاً للإبطال⁽³⁾.

(1) الشواربي عبد الحميد والدناصوري عز الدين، مرجع سابق، ص8. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [261/1]، [262].

(2) قرار رقم: 233625، بتاريخ: 2001/01/17، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد2، ص109. نشرة القضاة لسنة 2006، عدد58، ص153.

(3) سامي عبد الله، مرجع سابق، ص171. إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص49، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1077/2، 1078].

كما أن التدليس يقترب دائماً بسوء النية، ويقصد به الإضرار بالغير، فهو يعتبر دائماً عمل غير مشروع، في حين أن الصورية قد يقصد بها أحياناً، الوصول إلى غرض مشروع، دون نية الإضرار بأحد. بالإضافة إلى إن التدليس واقعة مادية، يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك البيئة والقرائن، أما الصورية فهي تصرف قانوني لا يمكن إثباتها كمبدأ عام إلا بالكتابة في الأحوال التي تزيد قيمة الالتزام فيها على مائتي دينار⁽¹⁾. وعند اختلاف الطرفين المتفقين على الصورية، يحكم بالعقد المستتر، باعتباره المعبر عن إرادتهما الحقيقية⁽²⁾.

وقد تجتمع الصورية والتدليس، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع، ولكن المشتري أعطى البائع ورقة ضد، بتوقيع مزور، تدليساً منه على البائع⁽³⁾.

البند الثالث: الصورية و الاتفاق الإضافي.

أولاً: إن المشرع الجزائري في تنظيمه للعقد والأحكام المتعلقة به، ترك الخيار لطرفي العقد، في تعديله، في اتفاق إضافي، فمن بين النصوص التي أقرت بذلك، نجد نص المادة 106 ق م ج، حيث جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين."، كما ذكر في نص المادة 377/2 ق م ج، على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه"⁽⁴⁾.

بل منح المشرع الجزائري الحق في الاتفاق الإضافي، حتى في بعض المسائل المتعلقة بعقد الزواج، حيث أنه جعل للزوجين حق اشتراط بعض الشروط المتعلقة بعقد زواج، بمقتضى عقد اتفاقي لاحق، حتى ولو لم يتطرقا لها أثناء إبرام عقد الزواج بينهما، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 19 ق أ ج: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي

⁽¹⁾ مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 89. إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 49. سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 171.

⁽²⁾ حمادي ماء العينين، الصورية في الشريعة والقانون، ط 1، اهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط-المملكة المغربية، 1994م، 167.

⁽³⁾ نقض مدني بتاريخ: 1937/11/18، مجموعة عمر 2، رقم: 73، ص 199. نقلاً عن: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [998/2].

⁽⁴⁾ نفس الحق منحه المشرع للمتعاقدين، فيما يخص الاتفاق المعدل لضمان المبيع، طبقاً لنص المادة 384 ق م ج.

يربانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة...⁽¹⁾."

وأكد القضاء ذلك، من الناحية التطبيقية للنص، حيث ورد في حكم صادر عن المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقاً، ما فحواه: "إذا كان القانون قد عرف العقد بأنه شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون وتجاوز السلطة.

وإذا كان موضوع الطلب أمام المجلس الفصل في قضية الطرد من السكن الذي يملكه المدعي، فإن المجلس بفصله في صحة عقد إيجار، يربط المدعي بديوان السكن، الذي لم يكن طرفاً في النزاع، خرق القانون، وارتكب هفوة تجاوز السلطة."

بناءً على ما ورد، يعرف الاتفاق اللاحق أو الإضافي على أنه: "عقد جدي جديد يارادتين جديدتين، جاء معدلاً لاتفاق سابق جدي كلياً أو جزئياً⁽²⁾."

ثانياً: الفرق بين الصورية والاتفاق الإضافي.

من خلال ما سبق، يتبين أن الصورية تتفق مع الاتفاق الإضافي في وجود عقدين، إلا أنه في الاتفاق الإضافي يكون العقد اللاحق معدلاً لشروط العقد السابق إما كلياً أو جزئياً، وهذا يعني أننا نكون بصدد عقد حقيقياً، تكمن وظيفته في تعديل الاتفاق السابق، فلا يوجد صورية فيه رغم وجود عقدين، فإذا أجرى الفريقان عقد بيع، ثم باتفاق لاحق أضافا بعض البنود بصفة جزئية، أو قاما بتعديله كلياً، فلا نكون إزاء حالة من حالات الصورية⁽³⁾. كما أن الصورية تشترط وجود التعاصر الذهني بينهما، في حين أن الاتفاق الإضافي يكون لاحقاً على الاتفاق السابق⁽⁴⁾.

ومن ناحية أخرى، القصد من الالتجاء للصورية، يختلف على حسب الباعث من التعاقد بين

⁽¹⁾ قانون رقم: 11/84، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية، عدد24، مؤرخة في: 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ: 27 فبراير 2005. الجريدة الرسمية، عدد15، مؤرخة في: 18 محرم 1426 الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

⁽⁴⁾ الشواربي والدناصري، مرجع سابق، ص 87

⁽³⁾ سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 186.

⁽⁴⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1078/2].

الطرفين، فقد يكون مشروع كمن يتفق مع آخر على ستر الهبة بالبيع، ابتغاء مضغفة الأجر الأخرى، وقد لا يكون كذلك، أي يكون غير مشروع، كمن يتفق مع آخر على عدم كتابة الثمن الحقيقي، بغية التهرب من الضرائب ونحو ذلك، أما الاتفاق الإضافي فإن القصد منه هو تحقيق شروط أفضل إما لمصلحة الطرفين و إما لمصلحة أحدهما. والأمثلة كثيرة في هذا، فمن ضمنها، حالة إبراء الدائن المدين من الدين كله أو بعضه، تبرعاً ولاعتبارات خاصة قدرها، وأيضاً قيام شخص بتأجير منزل لآخر بأجرة شهرية قيمتها مائة و خمسون ديناراً، وبعد مضي بضعة أشهر و لسوء الأوضاع اتفق الطرفان على تخفيض قيمة الأجرة من مائة و خمسين ديناراً إلى مائة دينار. هنا يكون الطرفان قد اتفقا على تعديل شروط العقد فيما يتعلق بالأجرة دون غيرها، حيث تبقى شروط العقد الأخرى كما هي، وهذا ما يسمى بالتعديل الجزئي للعقد. وقد يقوم شخص بتأجير آخر منزلاً، وبعد مضي الوقت يقوم الطرف الثاني بشراء ذلك المنزل، فإن الاتفاق اللاحق يعد تعديلاً كلياً للعقد السابق⁽¹⁾.

وعليه فإنه يخضع للقواعد العامة، من حيث سريانه على المتعاقدين وعلى الغير، ويمكن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرف، في حالة ما إذا توافرت شروطها⁽²⁾، حسب نص المادة 191 ق م ج⁽³⁾، إذ أن هذا هو الاستعمال العادي لحرية التعاقد، فكما أن للمتعاقد الحق في إبرام العقد، فمن حقهم نقضه أو تعديله، وإلا أصبحت نظرية التنازل حبراً على ورق. طبقاً لنص المادة 106 ق م ج.

البند الرابع: الصورية و التعاقد من الباطن

قبل أن نتكلم عن الصورية، وما هي أوجه الاتفاق بينها وبين التعاقد من الباطن، وأوجه الاختلاف بينهما، نخرج على معرفة المقصود من التعاقد من الباطن. حسب النقاط التالية:

(1) سامي عبد الله، مرجع سابق، ص176. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1078/2].

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص50.

(3) تنص المادة 191 ق م ج، على أنه: "لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ التصرف فيحقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره...".

أولاً: تعريف التعاقد من الباطن.

التعاقد من الباطن، يظهر في كثير من العقود، نجد من بينها: عقد الإيجار وعقد المقاول. حيث نص المشرع على أحكامهما، ضمن القانون المدني، تباعاً في المواد التالية:

تنص المادة 505 ق م ج، على أنه: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار، أو يجري إيجاراً من الباطن، دون موافقة المؤجر كتابياً، ما لم يوجد نص قانوني، يقضي بخلاف ذلك."

وتبعاً لهذا نوهت المادة 188/1 ق ت ج، إلى أنه: "يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن، إلا إذا اشترط خلاف ذلك، بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر⁽¹⁾."

كما نصت المادة 564 ق م ج، على ما يلي: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه، إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية."

من خلال النصين التاليين، نعرف العقدين كما يلي:

1- عقد الإيجار من الباطن: صورته أن يؤجر المستأجر الأول محل الإيجار، إلى مستأجر آخر، بعد أخذ الموافقة من المؤجر الأصلي، التي يشترط فيها أن تكون مكتوبة خطياً، وبالتالي لا عبرة بالموافقة الشفهية.

2- عقد المقاول من الباطن: هو "أن يعهد مقاول بكل العمل محل المقاول أو بجزء منه إلى مقاول آخر لإنجازه، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك. و الشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، كما لو كانت طبيعة العمل تفترض مثلاً الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية⁽²⁾".

تبعاً لتعريف العقدين، نستنتج أن كلاهما يحوي عقدين، الأول ما بين المؤجر الأصلي

⁽¹⁾ أمر رقم: 59/75، مؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية، عدد 101، مؤرخة في: 16 ذي الحجة 1395هـ، الموافق لـ: 19 ديسمبر 1975م.

⁽²⁾ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار والمقاول)، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997، ص429.

والمستأجر الأول، أو ما بين صاحب المشروع والمقاول الأول، والثاني ما بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني، أو ما بين المقاول الأول والمقاول الثاني.

وفي هذا الإطار، سار القضاء الجزائري، حيث جاء ضمن ما قرره المحكمة العليا، ما يلي: "متى كان مقررًا قانونًا، أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار الممنوح له، أو أن يؤجر كل أو بعض ما استأجره إيجارًا فرعيًا، دون الموافقة الصريحة للمؤجر، فإن القضاء بخلاف ذلك يعد إساءة في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي الذي قضى بصحة الإيجار الفرعي للأمكنة المتنازع عليها، دون الموافقة الصريحة للمؤجر، يكون قد أساء تطبيق القانون، مقتضيات المادة 505 ق م ج.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

كما قضت أيضاً بأنه: "من المقرر قانونًا، أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار، أو يؤجر إيجارًا فرعيًا، كل ما استأجره أو بعضه، بدون موافقة صريحة من المؤجر-مالك المحل.

ولما كان ثابتًا أن الطاعن الحالي، قد تصرف في المحل إلى شخص ثالث دون إذن المالكة الأصلية للمحل، فإنه يكون قد خرق التزامًا كان مفروضًا عليه، كمستأجر ألا يتصرف في موضوع الإيجار.

ومتى كان كذلك، فإن قضاة الموضوع، قد طبقوا صحيح القانون، ويتعين رفض الطعن⁽²⁾.

وأقرت كذلك، أنه: "من المتفق عليه فقهاً وقضاءً، أنه إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بدوره من الباطن، فإن المقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى مباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى مباشرة على رب العمل، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بخلاف ذلك، يعد خطأ في تطبيق

(1) ملف رقم: 54905، بتاريخ: 1990/1/8. المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 1. نقلاً عن: نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني، مرجع سابق، ص 222، 223.

(2) ملف رقم: 111220، بتاريخ: 1993/12/20. المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 2. نقلاً عن: نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني، مرجع سابق، ص 223.

أحكام المادة 565 من ق م ج.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾."

ثانياً: الفرق بين الصورية والتعاقد من الباطن:

تتفق الصورية مع التعاقد من الباطن، من حيث أنه في كلا الحالتين يوجد عقدان، إلا أن العقدان في الصورية يكون أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري، والآخر مستتر وهو العقد الحقيقي، بيد أن في التعاقد من الباطن يكون كلاهما ظاهر.

كما يوجد الخلاف أيضاً، من حيث أطراف التعاقد في العقدين، ففي الصورية هناك طرفين يتفقان على إبرام العقدين، بينما في التعاقد من الباطن تكون الأطراف مختلفة عن بعضها، فمثلاً في عقد الإيجار من الباطن، يكون العقد الأول ما بين المؤجر الأصلي والمستأجر منه، والعقد الثاني بين هذا الأخير والمستأجر الثاني، كذلك في عقد المقاوله من الباطن، يكون العقد بين المصلحة المتعاقدة صاحب المشروع والمقاول الذي منحه إياه، بينما العقد الثاني يكون بين هذا الأخير ومقاول ثاني، يتعهد له بإنجاز المشروع أو جزء منه.

بالإضافة إلى هذا، نجد أيضاً أن الهدف من الصورية يمكن أن يكون مشروعاً، كما قد يكون غير مشروع، مبني على التحايل، في حين نجد أن الهدف من التعاقد من الباطن يكون دائماً في إطار الشرعية القانونية، ما دامت طبيعة العقد لم تمنع ذلك، وكذا التقيد بأخذ الإذن المسبق فيما نص فيه القانون على ذلك، كما يشترط وجود المعاصرة الذهنية في الصورية فيما بين العقدين، في حين أنه لا مكان لوجود مثل هذا الشرط في التعاقد من الباطن، حيث أن العقد الأساسي هو الذي يسمح أو يمنع قيام العقد الثاني⁽²⁾.

البند الخامس: التمييز بين الصورية والخطأ في تكييف العقد:

لكي يتسنى لنا التفريق بين الصورية والخطأ في تكييف العقد، لا بد من تحديد مفهوم هذا الأخير.

⁽¹⁾ قرار رقم: 30940، بتاريخ: 16/03/1983، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 1، ص 15.

⁽²⁾ عرفات نواف، مرجع سابق، ص 31.

أولاً: تعريف الخطأ في تكييف العقد.

إذا كان تكييف أو صف العقد، يرمي إلى إعطائه وصفاً قانونياً، أي سماً أو طابعاً، يدل على مضمونه ويتفق مع بنوده، فإن الخطأ فيه عن طريق وصفه وصفاً لا يتفق مع طبيعة شروطه ونصوصه، ويكون ذلك عن غير قصد، أو نتيجة جهل وقلة دراية⁽¹⁾.

ثانياً: الفرق بين الصورية والخطأ في تكييف العقد.

تتفق الصورية مع التكييف الخاطئ للعقد، من حيث أن كليهما ينشأ عنه مظهر خارجي يخالف الحقيقة⁽²⁾.

أما أوجه الاختلاف بينهما، فتتمثل في أن العقد الصوري، لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيقه، على عكس العقد الذي أعطي له تكييفاً خاطئاً، فهو عقد حقيقي جدي، اتجهت إرادة الأطراف إلى تحقيقه، بغض النظر عن الأهداف التي سعوا إلى تحقيقها، ولكن تم تكييفه بشكل خاطئ، يتعارض مع طبيعة شروطه ونصوصه⁽³⁾.

كما أن الخطأ في تكييف العقد لا يتناول سوى تسمية التصرف وعنوانه فقط، مما يؤدي إلى تعارض ظاهر مع مضمونه، يدركه كل متصفح، في حين أن العمل الظاهر في الصورية، لا يوحي أبداً بحصولها، ولا يمكن أن تكشف عن طريقه حقيقة التصرف، إلا باللجوء إلى عناصر خارجة عنه، كالبيئة، ظروف حصوله أو طرق تنفيذه... وغير ذلك⁽⁴⁾.

أما من حيث الإثبات، فإن الصورية لا تثبت بين الأطراف إلا بالكتابة، لأنها مسألة واقعية (question de fait)، لا تخضع لرقابة القضاء، في حين أن الخطأ في تكييف العقد، يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، بما فيها البيئة والقرائن، كونها مسألة قانونية (question de droit)، تخضع لرقابة القضاء، وللقاضي الحق في تكييفه تكييفاً صحيحاً، وإعطائه الوصف القانوني المناسب، وتطبيق النصوص القانونية الآمرة والمكملة لإرادة المتعاقدين، التي تتفق معه من

(1) سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 187، 187.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 51.

(3) مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 92.

(4) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 188.

تلقاء نفسه، دون النظر إلى الوصف الذي أدلى به المدعي أو المدعى عليه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: شروط وأنواع الصورية في الشريعة والقانون.

بما أن الصورية تدخل ضمن التصرفات القانونية، التي تكون بارتباط إرادتين، أو بإرادة منفردة، فإنه وبالإضافة إلى الشروط الأساسية المعروفة التي تبني عليها العقود الصحيحة خاصة التي تبني بناءً على تطابق إرادتين، والمتمثلة في: العاقدين، الصيغة والمحل. هناك شروط خاصة تميزها عن باقي التصرفات أو العقود. بمعناها العام، ولا يتحقق مبدأ الصورية بدونها، نتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الأول: شروط الصورية في الشريعة والقانون

سنتكلم عن هذه الشروط في إطار منهج الدراسة المتبع، حيث سنقسم الدراسة إلى شقين، حيث سيتناول الشق الأول شروط الصورية في الشريعة، ثم بعده كشق ثاني، شروط الصورية في القانون. وذلك حسب الآتي:

البند الأول: شروط الصورية في الشريعة.

لكي تتم الصورية في الفقه الإسلامي، لا بد أن تتحقق شروط لذلك، حيث نحملها، ضمن النقاط الآتية:

أولاً: صحة العقد الصوري من حيث الشكل.

يعتبر اللفظ هو الأصل في انعقاد العقود في الفقه الإسلامي، وما سواه من الكتابة، أو الإشارة... وغيرها، يعتبر بديلاً عنه، في حالة عدم القدرة عليه، إذ اللفظ هو الدال على إظهار الإرادة الحقيقية⁽²⁾.

ولم يشترط في العقد لفظاً بعينه ما عدا عقد الزواج، بل جعل كل لفظ من حقيقة أو مجاز صالحاً لكل عقد، متى أعرب اللفظ عن المقصد الحقيقي المراد من إبرام هذا العقد، كما أن مجرد النية التي لا ينشأ عنها فعل، لا ينعقد بها العقد، فمن نوى بيعاً لا يعتبر بائعاً؛ إلا بعد التلطف بذلك للقادر عليه، لكي ينشأ عنها وجود مادي⁽³⁾.

⁽¹⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 51.

⁽²⁾ ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، در ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1399هـ/1979م، ص 104.

⁽³⁾ الزرقا، مرجع سابق، [335/1].

كما أن مبدأ سيادة الرضائية في الفقه الإسلامي ينطوي على أن العقد إذا تم مستوفياً أركانه وشروطه انعقد صحيحاً، ولم يستلزم شكلاً معيناً، أما ما نراه من أشكال العقود؛ كوثيقة عقد الزواج التي يمنحها ضابط الحالة المدنية أو الموثق، إنما هو شكل لتوثيق الحقوق وإثباتها عند التنازع، درءاً لفساد الذمم عند بعض الناس، وليس ركن لانعقادها⁽¹⁾.

ولكي تتحقق صحة العقد الصوري من حيث الشكل، لا بد من توفر الشروط الآتية:

الشرط الأول: وجود عقدين متحدين من حيث الأطراف وموضوع العقد:

فالعقد الصوري المستوفي الأركان، والشروط انعقد صحيحاً، إذا ما كانت النية مستترة، ولا قرينة تدل عليها، ما دام هذا العقد لم يجل حراماً، أو يجرم حلالاً.

أما إذا علمت النية و القصد بدلائل، أو قرائن، أو صراحة؛ كأن يقول أحد الطرفين بأن هذا العقد صوري ظاهري، ويوافقه الآخر على ذلك؛ أو إن ظهرت النية المستترة بقرينة الحال؛ كما في الصورة الآتية، وهي: أن يبيع طرف ما سلعة بثمن إلى أجل معلوم، ثم يشتريها بثمن آخر على ذلك إلى أجل آخر، أو نقداً بثمن أقل، وعند حلول الأجل المحدد في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ويكون الفرق بين الثمنين فائدة، أو زيادة لصاحب السلعة⁽²⁾.

فإن العقدين هنا متحdan في العاقدين، وموضوعهما واحد، وهو البيع، وهما من الناحية الشكلية عقدان صحيحان. إلا أنهما في الباطن، حيلة على الربا؛ وهو ما اختلف في حكمه الفقهاء إلى ثلاثة آراء، نذكرها فيما يلي:

الرأي الأول: اعتبر أبو حنيفة هذه البيوع فاسدة، إن خلت من طرف ثالث يتوسط بينهما، وصورة ذلك، أن يتوسط الطرفين المتعاقدين طرف ثالث يشتري المبيع بثمن حالٍ ممن يريد الاقتراض، بعدما اشتراه من مالكة المقرض، ثم يبيعها الوسيط بينهما، للمالك الأول، المقرض، بالثمن الذي اشترى به⁽³⁾.

الرأي الثاني: ذهب المالكية والحنابلة: إلى أن العقد باطل إن دل الدليل على وجود قصدٍ

⁽¹⁾ بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 290.

⁽²⁾ الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [293/6]

⁽³⁾ الكاساني، مرجع سابق، [90/1] وما بعدها.

فاسد، سداً للذريعة⁽¹⁾.

الرأي الثالث، ذهب الشافعية والظاهرية: إلى أنه يصح هذا العقد الظاهر الصوري؛ لتوافر ركنه الأساسي؛ وهو الإيجاب والقبول، ويترك لله وحده يعاقب صاحبها على نيته⁽²⁾.

الشرط الثاني: معاصرة أحد العقدين للآخر.

يقصد بالمعاصرة، صدور العقدان متزامنين في وقت واحد، ولا تشترط المعاصرة المادية، بل تكفي المعاصرة الذهنية، أي التي دارت في ذهن المتعاقدين، وانصرفت إليها نياتهما في وقت صدور التصرف الظاهر، وإن صدر التصرف المستتر بعد التصرف المعلن الظاهر بوقت طويل، فالمتعاقدين قد يجتالان لذلك، بكتابة العقد المستتر بتاريخ أقدم زمناً من تاريخ العقد الظاهر، ويكون العقد الظاهر ليس هو العقد النافذ فيما بين المتعاقدين وغيرهما، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم⁽³⁾.

أما إذا ستر المتعاقدان العقد الحقيقي بعقد ظاهر، فالعقد الحقيقي هو الصحيح، مادام مستوفياً شروط صحته، وأركانها بالنسبة للمتعاقدين ولغيرهم، والعقد الظاهر المستوفي لشروطه، وأركانه يعتبر عقداً صحيحاً، مادام الحقيقي مستتراً غير ظاهر، ويطلق عليه عقد صوري بعد ظهور العقد الحقيقي المستتر⁽⁴⁾.

الشرط الثالث: أن يكون أحد العقدين ظاهراً معلناً، والآخر مستتراً، وهو العقد الحقيقي:

إن كل عقد ظاهر معلن يخفي خلفه عقداً حقيقياً مستتراً، هو عقد صوري، وهنا لا يشترط إثبات فساد الباعث على عقد الصورية، كما أن العاقدين قد لا تكون نيتهم سيئة، ومثاله: أن يبيع شخص ما عقاراً يملكه لغيره بيعاً صورياً ظاهرياً معلناً، ويخفي عقده الحقيقي المثلث لتمام ملكه لعقاره، خوفاً من جور سلطان ظالم أن يعتدي على ملكه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أبي الوليد ابن رشد الحفيد الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار بدر، المنصورة-مصر، 1427هـ-2006م، [226/2]؛ الخطاب، مرجع سابق، [295/6]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [627/5].

⁽²⁾ النووي، المجموع، مرجع سابق، [409/9]؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م، [363/1].

⁽³⁾ عدنان عبد الهادي، مرجع سابق، ص 63.

⁽⁴⁾ السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، [1003/2].

⁽⁵⁾ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [361/4]. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1405هـ/1984م، [278، 276/3].

أو يبيع شخص ما داره بمبلغ معين ظاهرياً، ويتواطأ على إظهار ثمن غير حقيقي فيه زيادة، لكي يحجم من له حق الشفعة في طلبها، لارتفاع ثمنها. فهو عقد صوري⁽¹⁾.

ثانياً: قصد العاقد إخفاء العقد الحقيقي

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى مسألة السبب في العقود، وما ينجر عنها من أحكام شرعية.

فالسبب هو: "الباعث الذاتي أو الدافع، الذي دفع العاقد إلى العقد"⁽²⁾.

كما أن صاحب (الموافقات)، ذكر على: "أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض، حسناً كان أو قبيحاً، مطلوب الفعل أو الترك أو غير مطلوب شرعاً"⁽³⁾.

فالمراد إذن من السبب، هو: الهدف الذي يصبوا إليه كل من العاقدين.

ولمعرفة الباعث في الفقه الإسلامي، يجب التعرف على حكم المقصد الذي يهدف إليه المتصرف، فالوعد إما أن يكون منوطاً بسبب؛ فمثلاً يقول أحدهم للآخر: إن ذهبت للحج أعتك بكذا، أو تزوج ولك عن كل يوم كذا، فهذا النوع لازم لصاحبه بإجماع الفقهاء⁽⁴⁾، وإما أن يكون مجرداً عن السبب الظاهري، إلا أنه يلمس منه الثواب والأجر عند الله، فهل فيه إلزام التقيد بالوعد، أم أن الواعد مخير بين الوفاء والنكول؟

هذا ما اختلف فيه الفقهاء، على النحو الآتي:

(1) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996، ص561.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [185/4].

(3) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، د ر ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1420هـ/1999م، [227/2].

(4) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي-باكستان، 1417هـ، [227/2]. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتاب، الرياض-السعودية، 1423هـ/2003م، [219/1]. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1995م، [165/2]. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الأفتاع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1425هـ/2004م، [598/2]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [225/4].

الرأي الأول: يرى ابن شبرمة⁽¹⁾: بأن الواعد يلزم ويجبر على الوفاء بوعدده قضاء⁽²⁾.

كما أن الحنفية قالوا بأنه: يلزم الواعد بما وعد إذا كان الواعد معلقاً على شرط، منعاً للغرر بالموعود⁽³⁾، وأوردوا في ذلك قاعدة شرعية، مفادها: "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة⁽⁴⁾"، وهي مأخوذة عن صاحب (الأشباه والنظائر)، حيث قال: "لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً⁽⁵⁾". وفي هذا السياق ذهب المالكية، حيث أنهم ألزموا الواعد بوعدده قضاءً، إن أدخل الموعود بكلفة أو التزام وإلا فلا يلزم⁽⁶⁾. فلو أن رجلاً قال لآخر، بع هذا الشيء من فلان، وإذا لم يعطك ثمنه، فأنا أعطيك إياه، فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور، بناءً على وعده⁽⁷⁾. واستدلوا لما ذهبوا إليه، بأدلة من الكتاب والسنة.

أولاً_ من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَمْ تَفْعَلُوا ۗ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَمْ تَفْعَلُوا ۗ﴾⁽⁸⁾.

(1) هو: عبد الله بن شبرمة، قاضي الكوفة فقيه العراق، من التابعين ثقة في الحديث، ولد سنة 72هـ، وتوفي سنة 144هـ، ويكنى بأبي شبرمة، حسن الخلق، عفيف، حازم، عاقل، ناسك. انظر: محمد بن سعد بن منيع الزهري، الطبقات الكبرى، د ر ط، دار صادر، بيروت-لبنان، 1377هـ/1957م، [350/3 وما بعدها]؛ شهاب الدين أحمد بن حجر، تهذيب التهذيب، ط1، دار الفكر، 1415هـ/1995م، [220/5 وما بعدها]؛ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1417هـ/1997م، [346/6].

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [91/4].

(3) المرغيناني، المرجع نفسه، [76/2]؛ السمرقندي، مرجع سابق، [339/1].

(4) لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة 84، د ر ط، المطبعة الأدبية، بيروت-لبنان، 1302هـ، ص32.

(5) زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط4، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1426هـ/2005م، ص344.

(6) ابن فرحون، مرجع سابق، [219/1]؛ أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م، [24/4 وما بعدها].

(7) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، د ر ط، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1423هـ/2003م، [87/1].

(8) [سورة الصف، الآيتان 2، 3].

وجه الدلالة:

الآية فيها إيجاب على كل من ألزم نفسه، عبادة أو قربة، وأوجب على نفسه عقداً، وجب الوفاء به⁽¹⁾؛ إذ أن سبب نزولها يتمثل فيما ورد عن: عبد الله بن سلام، حيث قال: قعدنا نفرأ من أصحاب رسول الله ﷺ فقلنا: لو كنا نعلم أي الأعمال أحب إلى الله لعملناه⁽²⁾، فترل قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تَحَرُّمٍ مُّتَّجِعٍ مِّنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ﴿١٠﴾ تَوَمَّنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكَ حَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١١﴾﴾⁽³⁾، فكرهوا الجهاد، فترلت الآية: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾⁽⁴⁾،⁽⁵⁾.

ثانياً_ من السنة:

ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: آية المنافق ثلاث: «إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: إن الوعد يكون بالخير، والوعيد يكون في الشر، وإن أخلف الوعد؛ بأن لم يف به بلا عذر؛ يكون متصفاً بصفة من صفات أهل النفاق، وعلامة النفاق لا يلزم تحريمها؛ لكن المكروه قد يجزى إلى الحرام، فيصح أن يكون الخلاف بالوعد علامة على المحرم. كما أن في الحديث دلالة على فساد النية بخلف الوعد، كما أن هذا الأخير لا يضر ولا إثم فيه، إلا إذا كان العزم على الخلف مقارناً للوعد، أي مجرد وعد لا ينوي الوفاء به لما فيه، من الغرر والضرر على الموعود له،

⁽¹⁾ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، د ر ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1412هـ/1992م، [334/5].

⁽²⁾ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب (62) "ومن سورة الصف"، ح (3309)، [412/5]؛ وصححه ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، [643/7].

⁽³⁾ [سورة الصف، الآيتان 10، 11].

⁽⁴⁾ [سورة الصف، الآية 2].

⁽⁵⁾ القرطبي، مرجع سابق، [434/20] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، [541/13].

⁽⁶⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب رقم: 24، علامة المنافق، حديث رقم 33، مرجع سابق، [27/1].

فوجب الوفاء للموعود بالوعد⁽¹⁾.

الرأي الثاني: ذهب بعض الأحناف والشافعية وأهل الظاهر، إلى أن الواعد لا يجب عليه الوفاء بوعده، وأنه غير ملزم بدون سبب⁽²⁾.

وأقاموا الدليل على رأيهم بما يلي:

1- قال تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۗ ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ ۗ وَذَكَرَ رَبَّكَ إِذَا

نَسِيتَ وَقُلْ عَسَىٰ أَنْ يَهْدِيَنِّي رَبِّي لِأَقْرَبَ مِنْ هَٰذَا رَشْدًا ۗ ﴿٢٤﴾﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة:

هذه الآية، نزلت عن رسول الله ﷺ معاتبه له، وذلك حينما سأله الكفار عن الروح والفتية وذي القرنين، فقال لهم: غداً سأخبركم، ولم يستثن، أي لم يربط وعده بمشيئة الله، فحبس عنه الوحي خمسة عشر يوماً حتى شق عنه، ثم نزلت عليه الآيات مفرجة، وهي تدل على نبذ الوعد بدون استثناء⁽⁴⁾.

2- وجاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۗ ﴿٥﴾﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة:

جاءت هذه الآية بأسلوب الاستفهام على جهة الإنكار والتوبيخ، لمن يدعي لنفسه الخير الذي لم يفعله، فإن كان هذا الادعاء في الماضي يكون كذباً، وإن كان في المستقبل يكون خُلُفاً،

(1) محمد حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د س ط، [1019/3]؛ ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، [176/1]. أبي العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، د ر ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د س ط، [321/7].

(2) المرغيناني، مرجع سابق، [76/2]؛ الشربيني، الأقناع، مرجع سابق [597/2 وما بعدها]؛ ابن حزم، مرجع سابق، [33/7].

(3) [سورة الكهف، الآيتان 24، 23].

(4) القرطبي، مرجع سابق، [249/13].

(5) [سورة الصف، الآية 2].

وكلاهما مذموم، وهو ما يجب التتره عنه⁽¹⁾.

3- ما روي عن رسول الله ﷺ، أنه قال: « رأيت ليلة أسري بي رجالاً تقرض شفاهم بمقاريض من نار، فقلت: من من هؤلاء يا جبريل؟ قال: هؤلاء خطباء أمتك، يأمرون بالبر وينسون أنفسهم وهم يتلون الكتاب أفلا يعقلون؟!⁽²⁾». »

وجه الدلالة:

هذا فيه دلالة على غضب الله ومقته على الذي يقول ما لا يفعل، وتوعده بالعقوبة القاسية جزاءً ومصيراً⁽³⁾.

البند الثاني: شروط الصورية في القانون.

أجمع معظم الفقهاء على وجوب توافر عدة شروط للصورية، وهي على النحو الآتي:

أولاً: وجود شخصين على الأقل: لا تتحقق الصورية بوجود شخص واحد، وإنما يشترط دائماً وجود طرفين على الأقل، وعليه فإن الصورية يمكن أن تتحقق في العقود الملزمة لجانب واحد أو الملزمة لجانبين⁽⁴⁾، فالعقد الملزم لجانب واحد يحتوي على طرفين متعاقدين، إلا أن الالتزام يترتب على عاتق أحدهم دون الآخر. ومثال على الصورية في العقود الملزمة لجانب واحد، وديعة في صورة قرض، كشخص يقرض آخر في صورة وديعة، فالعقد المستتر أو الحقيقي هو عقد قرض، والعقد الظاهر هو عقد وديعة. وأيضاً هبة في صورة بيع، فالعقد الحقيقي الهبة، والعقد الصوري يتمثل في البيع، وأما الصورية في العقود الملزمة لجانبين، فيكون عندما يبيع شخص لآخر عقاراً في صورة عقد إيجار، فالعقد الحقيقي هو عقد بيع، والعقد الظاهر أو الصوري هو عقد

⁽¹⁾القرطبي، مرجع سابق، [437/20]

⁽²⁾ أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، كتاب باقي مسند المكثرين، باب مسند أنس بن مالك، حديث رقم: (13449)، ط1، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1416هـ/1995م، [201/11].

⁽³⁾القرطبي، مرجع سابق، [437، 436/20].

⁽⁴⁾أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، د ر ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، د س ط، ص9.

إيجار⁽¹⁾.

ثانياً: وجود عقدين: وهما العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، والعقد الصوري الظاهر الذي لم تتجه إليه إرادة الأطراف⁽²⁾، ومثال ذلك أن يقوم شخص ببيع أرضه لآخر، فيذكر في العقد الصوري أن ثمن قطعة الأرض (50000) خمسون ألف دينار، وذلك من أجل منع الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة، في حين أن الثمن الحقيقي للأرض هو (20000) عشرون ألف دينار، وبذلك يكون لدينا عقدان: العقد الحقيقي الذي يبين الثمن الفعلي للأرض، وهو ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وآخر ظاهر لم تتجه إليه إرادة الأطراف، وهو ما يسمى بالعقد الصوري، إلا أنه في التصرف الانفرادي لا يشترط وجود عقدين، وإنما يكفي أن تتجه إرادة الشخص المتصرف بإبرام عقد معين في صورة عقد آخر، كعقد هبة في صورة بيع⁽³⁾.

ثالثاً: تعاصر العقدين الظاهر والمستتر: يعني هذا التعاصر، انصراف إرادة الطرفين إلى إبرام العقد الصوري والعقد الحقيقي معاً، وذلك لكي لا يعتبر العقد الثاني ناسخاً للعقد الأول أو مجرد تعديل له. فإذا أبرم المتعاقدان تصرف ما، ثم اتفقا بعد ذلك على التعديل في شروطه أو العدول عنه، فإن ذلك التصرف لا يعد تصرفاً صورياً، وإنما يعتبر اتفاقاً جديداً لا تتحقق به الصورية⁽⁴⁾.

فإذا عقدا شخصان إيجار بينهما، ثم اتفقا بعد ذلك على إلغاء العقد أو التعديل في شروطه، فليس هناك صورية، لأن العقد الأول كان جديداً وقت صدوره، أما التصرف الذي صدر بعده، فما هو إلا اتفاقاً جديداً يصب في مضمون الأول.

والمهم هو ليس وجود التعاصر الزمني بين العقدين، وإنما وجود التعاصر الذهني بينهما، ولذلك تقرر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير، وإن وصف بأنه إقالة أو تفاسخ، فهو في حقيقته حسبما

⁽¹⁾ عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص 11.

⁽²⁾ الفار عبد القادر، أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 94.

⁽³⁾ عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص 11.

⁽⁴⁾ الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص 18-19.

انعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تنفيذ صورية العقد الأول⁽¹⁾.

لأن الصورية تتطلب اتفاق مبدئي بين الطرفين على التصرف الصوري، فالشرط الأساسي المهم يتمثل في اتجاه إرادة الطرفين إلى إبرام عقد حقيقي مخفي بعقد ظاهر، أما كتابة العقد الحقيقي فتدخل في نطاق الإثبات فقط. وبالتالي فالمبدأ هو أن المعاصرة الذهنية بين ورقة الضد والعقد كافية لتحقيق الصورية.

هذا ما استقر عليه القضاء، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، صادر بتاريخ: 1974/4/9، ما يلي: "إذا استخلص الحكم المطعون فيه، مما أورد الخبر في تقريره، أن الإقرار اللاحق محل الدعوى، الموصوف بأنه عقد بيع، إنما ينصب على هذا العقد، واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها أن العقد وإن كان في ظاهره بيعاً، إلا أن طرفيه إنما قصدا به الحقيقة منذ البداية، إلى أن يكون ساتراً لرهن حيازي، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد، توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد، وإن اختلف تاريخهما"⁽²⁾.

كما أيدت ذلك في قرارها رقم 922، الصادر بتاريخ: 1985/05/09 بالقول: "يشترط... أن تتجه إرادة الأطراف وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات العقد، بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة، بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع..."⁽³⁾

ومنحت السلطة التقديرية في ذلك للقاضي، على حسب ما يعرض عليه من وقائع، بقولها: " لمحكمة الموضوع، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع، أن تقرر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر، وبينه وبين العقد معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ، هو في حقيقته، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تنفيذ صورية

⁽¹⁾ دواس أمين، أحكام الالتزام، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، د س ط، ص89

⁽²⁾ طعن رقم: 121، بتاريخ: 1974/4/9، السنة القضائية39، ص658. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، الموجز

العلمي في الصورية في ضوء أحكام محكمة النقض، د ر ط، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ط، ص113.

⁽³⁾ نقلاً عن: الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص21.

الأول⁽¹⁾، " كما نوهت أيضاً إلى أنه: " يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد، توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد، وإن اختلف تاريخهما⁽²⁾ ".

رابعاً: اختلاف العقدين من حيث الطبيعة والأركان والشروط: قد يكون الاختلاف بين العقدين في جزء معين، وهو ما يسمى بالصورية النسبية، وقد يكون الاختلاف بينهما اختلافًا كلياً وهو ما يسمى بالصورية المطلقة. ومثال على الاختلاف الجزئي بين العقدين، أن يتفق شخص مع آخر على بيع قطعة أرض بمبلغ ثلاثين ألف دينار، على أن يذكر في العقد أن المبلغ هو عشرة آلاف دينار، وبذلك يكون الاختلاف بينهما انحصار في جزء معين من العقد وهو الثمن ولا يوجد اختلاف آخر في صيغة العقد أو شروطه، ففي كلتا الحالتين يكون لدينا عقد بيع أرض، وأما المثال على الاختلاف الكلي بين العقدين، يكون عندما يبيع شخص لآخر شقة في صورة عقد إيجار فإن العقد الحقيقي هو عقد بيع والعقد الصوري هو عقد إيجار، والحقيقة أن العقدين مختلفان بشكل كلي من حيث الشروط والأركان والطبيعة.⁽³⁾

فالصورية تشترط وجود عقدين تكون إرادة الأطراف قد اتجهت لتحقيق نتيجة أحدهما دون الآخر، ولكن بشرط اختلاف العقدين اختلافاً جزئياً أو كلياً، مع وجود التعاصر الزمني بينهما، ما لم يكن التصرف صادر عن إرادة منفردة، فهذه الشروط الثلاثة تمثل شرطاً واحداً، حيث أنه لا يمكن أن تتحقق الصورية إلا باجتماعها في آن واحد مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يكون فيها التصرف صادراً بإرادة منفردة . وفي حال اختل أي منها فإننا لا نكون بصدد عقد صوري. فإذا افتقدا العقدان شرط الاختلاف بينهما، فإننا نكون بصدد عقد واحد تعددت نسخه، كما أنه إذا لم يكن بينهما تعاصر ذهني، فإن العقد اللاحق يكون بمثابة تعديل للعقد السابق أو إبرام لعقد جديد.

⁽¹⁾ نقض مدني مصري، 1949/12/1، مجموعة أحكام النقض، 1، رقم 13، ص 48. نقلاً عن: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1077/2].

⁽²⁾ نقض مدني مصري، 1949/12/15، مجموعة أحكام النقض، 1، رقم 30، ص 102. نقلاً عن: السنهوري، المرجع نفسه، [1077/2].

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، [1077/2].

الفرع الثاني: أنواع الصورية في الشريعة والقانون.

إن المبدأ السائد في الصورية، هو أن تكون إرادة المتصرف وقصده مخالفة لما يظهره، وهو ثغرة من ثغرات التحايل والمراوغة شعاره التلاعب بأحكام الشريعة والقانون في كثير من الأحيان. كما أشرنا لذلك سابقاً، وبالتالي، تتعدد أساليب هذه الحيل وتتنوع في الشريعة والقانون، على النحو الآتي ذكره:

البند الأول: أنواع الصورية في الشريعة

عند خفاء الإرادة الحقيقية، وظهور الإرادة الباطنة، يكون العمل لهذه الإرادة الظاهرة، ولها الأثر في انعقاد العقد، وعند إخفائها، لم يحتج إلى البحث عن وجود الإرادة الباطنة، وعند ظهور أدلة أخرى تعارض هذه الإرادة الظاهرة، ويثبت بموجبها انتقاء الإرادة الباطنة أو الاشتباه فيها، أو إخفائها، تظهر هنا الحالات التالية:

1- إخفاء الإرادة الباطنة لا عبرة له؛ لقيام الإيجاب والقبول مقامها، وهما يشكلان الإرادة الظاهرة.

2- وانتفاؤها يفيد بأن الإرادة الظاهرة بشقيها لم تعبر عن القصد الحقيقي للعقد.

3- والاشتباه فيها هو حالة توسط بين الخفاء والانتفاء للإرادة؛ وذلك عندما تكون الإرادة الباطنة موجودة، ولا دليل على انتفائها؛ إلا أنها معلومة بعلّة مؤثرة، تسوقنا إلى الشك في إقدام العاقد على العقد، لولا تأثر إرادته بهذا المؤثر.

وبناءً على انتقاء الإرادة العقدية، أو الاشتباه فيها؛ تتولد نظرية الصورية في العقود.

فإذا ما اتفق طرفان على عقد ظاهري فقط، وتحقق اليقين على انتقاء الإرادة الباطنة في أصل العقد؛ كان العقد صورياً، أي فيه مظهر العقد وصورته، ومن الإيجاب والقبول، دونما حقيقته وجوهره.

وعند عدم تحقق انتقاء الإرادة الحقيقية؛ بل وجدت شبهة وشك فيها؛ فإن العقد صحيح، مع وجود علة في ركنه تضعف الرابطة العقدية.⁽¹⁾

⁽¹⁾ الزرقا، مرجع سابق، [1/355 وما بعدها].

وعليه فالصورية لها شكلان:

الأول: يقوم على إعدام، أو تعديل للعقد الحقيقي، بتصرف يبقى خفياً، ويسمى العقد الحقيقي، وتصرف ظاهر لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للعاقدين، ويسمى العقد الظاهر.

الثاني: يقوم على حجب شخصية أحد العاقدين، بتدخل طرف ثالث، يمثل أحدهما ويرم العقد باسم الشخص النائب، وفي الحقيقة ليس هو عاقداً لنفسه، وإنما هو مجرد وسيط، ويطلق عليه الاسم المستعار، ويبقى العاقد الحقيقي مجهولاً للطرف الثاني.

فالصورية في الوجه الأول، قد تكون مطلقة، ترد على العقد ذاته من حيث اللفظ وعباراته والمراد منها، أن تكون من حيث الموضوع، كأن يعقد بصفة معينة، ويريد بها صفة أخرى، أو تكون حقيقة التعاقد لأصل مستور غير ظاهر أثناء التعاقد⁽¹⁾، وهو ما سنتناوله ضمن النقاط الآتية:

أولاً: الصورية من حيث الألفاظ

الصورية على العموم، تكمن في عدم مطابقة الإرادة الظاهرة، للإرادة الباطنة، وتتجلى من حيث الألفاظ في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: صدور اللفظ ممن لا يقصده مطلقاً، كعبارة المجنون، المغمى عليه، الصبي غير المميز والنائم.

وحكمها: أنها لاغية، ولا يترتب عنها أي التزام اتفاقاً؛ لعدم تعبيرها عن إرادة العاقد وقصده، رغم وجود اللفظ والعبارة⁽²⁾.

ويتفرع عنها عدة صور، منها عقد السكران، عقد المخطئ والناسي، كما سيأتي بيانه:

1- صور تتفرع عن هذه الصورة:

أ- حكم عقد السكران⁽³⁾:

⁽¹⁾ الزرقا، مرجع سابق، [355/1 وما بعدها]. محمد يوسف، مرجع سابق، ص 284.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [127/4، 128].

⁽³⁾ السكر: حالة يتعرض لها الإنسان، جراء امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فتؤدي إلى تعطيل عقله لفترة زمنية معينة، يخلو أثناءها من الإرادة والقصد، فيصبح لا يميز بين ما هو حسن وما هو قبيح، وهو نوعان: سكر بطريق مباح،

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد السكران، حسب ما يلي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق بين السكر بمباح، فعباراته غير ملزمة، ولا يترتب عنها أي التزام، وبين السكر بمحرم، حيث عدوا عباراته كلها مقبولة، وتترتب عليها جميع العقود والالتزامات، كالبيع، الطلاق... وغيرها، وذلك زجراً له وردعا لغيره⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى الحنابلة بأن عبارة السكران تبطل، ولا يترتب عنها أي التزام؛ فتبطل جميع تصرفاته، لعدم توفر الإرادة والقصد، والحكم في ذلك عام، دون النظر إلى نوع السكر بجرام أو بحلال، فلا يصح بيعه ولا هبته ولا طلاقه ولا إقراره.... وغيرها⁽²⁾.

ب- حكم عقد المخطئ والناسي:

تباينت آراء الفقهاء في حكمه، إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى الحنفية، أن عبارة المخطئ والناسي يترتب عليها أثرها في التصرفات والعقود، في حال ثبوت القرينة⁽³⁾.

واستدلوا بأدلة عقلية، منها:

1- التذرع بالخطأ والعمل عليه، يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، كما أن صدور العبارة من الشخص، مع تمام الرشد والإدراك، قرينة على القصد الصائب⁽⁴⁾.

كالخاصل نتيجة تناول الدواء أو الإكراه. وسكر بطريق حرام: كالذي يتعاطى الخمر والمخدرات بشتى أنواعها، من مهلوسات وعفيون... وغير ذلك. نقلاً عن: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [129/4].

⁽¹⁾ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م، [75/5]. المرغيناني، مرجع سابق، [230/1]. الصاوي، مرجع سابق، [352/2]؛ محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1424هـ/2004م، [458/2] وما بعدها، محمد بن أحمد المنهاجي السيوطي، جواهر العقود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1417هـ/1997م، [102/1].

⁽²⁾ الكاساني، مرجع سابق، [99/03]؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق [372، 374، 442/11]؛ الصاوي، مرجع سابق، [351/2].

⁽³⁾ عمر بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق للنسفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ/1998م، [266/5].

⁽⁴⁾ ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع نفسه، [266/5].

الرأي الثاني: يمثل جمهور الفقهاء، حيث قالوا: بأن عبارة المخطئ والناسي غير ملزمة، ولا يترتب عليها أي التزام في العقود والتصرفات⁽¹⁾.

واستدلوا بأدلة كثيرة، منها ما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: الآية تدل على أن الله وضع الحرج في الخطأ، ورفع الإثم على المخطئ، وإنما يؤثم من تعمد القصد⁽³⁾.

ثانياً: من السنة:

ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: الحديث واضح في رفع الإثم عن المخطئ والناسي، وعدم اعتبار ما صدر عنهم، لمخالفته القصد⁽⁵⁾.

الحالة الثانية: ألا يكون التعاقد هو المقصود

ويقصد به ما يصدر عن الملقن والمعلم، من عبارات تدل عن إنشاء عقود ترتب التزامات، سواء كان بفهم أو بغير فهم.

ولقد اختلف العلماء في حكم هذا النوع من العبارات، حسب ما سنينته:

⁽¹⁾ ابن رشد، مرجع سابق، [129/2]. الرملي، مرجع سابق، [81/6 وما بعدها]. ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، [3/4 وما بعدها]. ابن حزم، مرجع سابق، [409/9].

⁽²⁾ [سورة الأحزاب، جزء من الآية 5].

⁽³⁾ ابن كثير، مرجع سابق، [379/6].

⁽⁴⁾ محمد بن يزيد المعروف بابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب 12: طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2045، ط1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1419هـ/1998م، [651/1].

⁽⁵⁾ ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، [11/8].

الرأي الأول: ذهب بعض الحنفية إلى القول بالزامية الملقن من غير فهم بما لقن به، وإن كان طلاقاً، أو عتاقاً، أو زواجاً، وكذا الذي يقرأ مثل هذه العبارة المكتوبة⁽¹⁾.

واستشهدوا على ما ذهبوا إليه:

بالحديث الذي روي عن رسول الله ﷺ، حيث ورد فيه: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة⁽²⁾». «

وجه الدلالة: الحديث صريح، في أن لفظ الطلاق إذا جرى على لسان الإنسان البالغ العاقل، فإنه مؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول كنت لاعباً أو هازلاً، أو لم أقصد الطلاق⁽³⁾.

الرأي الثاني: أفتى بعض الحنابلة بأن الطلاق الذي يصدر بهذه الطريقة لا يقع، وأن القائل بوقوعه، يرمي إلى وقوعه قضاءً فقط⁽⁴⁾.

ودعموا رأيهم بأدلة كثيرة، لعل أبرزها:

1- الأثرين المرويين عن، الخليفة الثاني، عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

أ- ما روي عن عمر رضي الله عنه: «أن رجلاً رفع إليه امرأته، حيث قالت له: شبهني، فقال: كأنك ظبية، كأنك حمامة، قالت: لا أرضى، حتى تقول: خلية طالق، فقال ذلك، فقال عمر رضي الله عنه: خذ بيدها، فهي امرأتك⁽⁵⁾».

ب- كما أخرج عن عبد الله بن قدامة الجمحي⁽⁶⁾، عن أبيه: «أن رجلاً تدلى يشتر

(1) ابن الهمام، مرجع سابق، [40/3]. ابن عابدين، مرجع سابق، [44/2].

(2) أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب رقم (9): الطلاق على الهزل، حديث رقم: 2194، در ط، بيت الأفكار الدولية، الرياض، المملكة العربية السعودية، د س ط، ص 249.

(3) أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1388هـ/1968م، [263/6].

(4) ابن القيم، مرجع سابق، [55/3].

(5) أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب رقم (18): من قال طالق يريد غير الفراق، حديث رقم 14997، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م، [559، 558/7].

(6) عبد الله بن قدامة الجمحي أبوه عبد الملك بن قدامة، قال عنه أبو حاتم والدارقطني والنسائي وغيرهم: إن حديثه ضعيف، انظر: الذهبي، مرجع سابق، [92/3].

عسلاً⁽¹⁾ في زمان عمر بن الخطاب، فجاءته امرأته فوقف على الحبل، فحلفت لتقطعنه أو ليطلقنها ثلاثاً، فذكرها الله والإسلام، فأبت إلا ذلك، وطلقها ثلاثاً، فلما ظهر، أتى عمر ابن الخطاب فذكر له ما كان منها إليه، ومنه إليها، فقال: ارجع إلى أهلك، فليس هذا بطلاق⁽²⁾.»

وجه الدلالة من الأثرين:

أ- نستشف منهما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أسقط فيهما الطلاق، لانعدام القصد والنية.
ب- الأمور بمقاصدها، ومناط كل قول أو عمل يرجع إلى النية، وما دام دلت القرينة أن الملقن والمعلم، لم يقصدا ما تلفظا به حقيقة، فلا عبرة بألفاظهما، وبالتالي لا يترتب عليها أي أثر⁽³⁾.

ثانياً: الصورية من حيث الأشخاص.

قد يلجأ الشخص إلى إخفاء شخصه، تحت اسم شخص آخر، لمواجهة المتعاقد معه، قد يكون معلوماً لهذا الأخير بأنه اسم مستعار، وقد لا يعرفه، والغرض منها يكون دائماً هو الوصول إلى شيء ممنوع شرعاً أو قانوناً عن طريق الحيل المختلفة. وهذا ما يعرف بالصورية من حيث الأشخاص.

1_ بعض صور الصورية من حيث الأشخاص.

أ- الاسم المستعار وتملك العقار.

قد يستعمل الشخص، غيره على أملاكه العقارية بغية التهرب من تسديد الدين، وذلك

⁽¹⁾ يشتر عسلاً: أي يجني العسل، ابن منظور، مرجع سابق، [434/4].

⁽²⁾ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغرى، كتاب الخلع والطلاق، باب رقم (10): طلاق المكره، حديث رقم 2690، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي-باكستان، 1410هـ/1989م، [124/3].
الحديث ضعيف، لأن فيه الجمحي(عبد الملك بن قدامة بن إبراهيم بن محمد بن حاطب الجمحي)، وقد ضعفه ابن حجر . انظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، حرف العين، رقم 4232، د ر ط، دار العاصمة، د س ط، ص 626.

⁽³⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [44/2].

عندما يكون الشخص مديناً لآخرين، ويحين وقت تسديد ديونه، فيخاف أنه في حالة رفضه التسديد ترفع دعوى ضده، فتقوم المحكمة بحجر أملاكه والتنفيذ عليها، فيلجأ إلى التحايل، عن طريق استعمال شخص آخر مستعار يسجل على اسمه جميع العقارات، وذلك باسم عقد بيع أو عقد هبة ظاهري، ويتفق معه في عقد خفي حقيقي، على أن عقاراته ما زالت في ملكه.

وعند التنازع يلجأ المستعير إلى العقد الباطل، ليثبت به صورية العقد الظاهر⁽¹⁾.

ب- الوكيل المستعار:

لا يملك القاضي مثلاً، حق شراء العقار الذي وقع عليه التنفيذ، وعرض للبيع بالمزاد العلني، لتسديد الديون المستغرق بها الشخص الواقع عليه التنفيذ، خاصة إذا كان يقع في دائرة اختصاص المحكمة التابع لها، فيلجأ إلى شخص آخر مستعار ليتولى المهمة بدلاً منه، فيظهر للعلن على أنه هو من اشترى ذلك العقار، بيد أنه يعمل لحساب القاضي، ويخفيا بينهما عقداً حقيقياً باطلاً يقر فيه الطرفان بأن الشخص المباشر للعقود هو اسم مستعار. فالعقد الظاهر هنا هو عقد صوري عقده الشخص المستعار، لمنفعة المستعير، والعقد المستتر هو الذي يوضح العلاقة الحقيقية بينهما.

وفيما يخص التحايل للوصول إلى ما حرم الله، فيظهر في صور كثيرة: نذكر منها على سبيل التمثيل بيع العينة، في حال توسط عاقد ثالث مستعار. وكذا الشخص الذي يستعمل شخص لكي يشتري له العنب، من أجل عصره وتحويله إلى خمر. أو الذي يتخذ شخص مستعار لاستئجار محل من أجل تحويله إلى عقر للفاحشة والرذيلة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه العقود، على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى أبا حنيفة والشافعية، بأن مثل هذه العقود تنعقد صحيحة كباقي العقود، التي يقصد بها الوصول إلى مباح شرعاً في ذاته، لا لغرض آخر— ولم يعيروا أي اهتمام للقصد المحظور، أو أثر ذلك العقد، وذلك عملاً بالعقد الظاهر الصوري المستوفي أركانه من إيجاب وقبول، وشروطه، وإن كان معلوماً للمتعاقدين أصل التعاقد وغايته⁽²⁾.

⁽¹⁾ الزرقا، مرجع سابق، (361/1).

⁽²⁾ الكاساني، مرجع سابق، [214/7]. الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، [392/2]. عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، مؤسسة الكتب الثقافية، 1415هـ/1994، ص 371.

الرأي الثاني: يمثل محمد وأبي يوسف صاحباً أبا حنيفة، والحنابلة، حيث أنهم يرون ببطلان هذه العقود التي أنشأت للتحايل على المحرم، ولا أثر للعبارة في نظرهم ما دام الدليل قائماً واضحاً على قصد التحايل للوصول إلى محذور شرعي، لما فيه من إغانة على معصية، وفساد القصد، والعقود لم تشرع لذلك⁽¹⁾.

ويندرج تحت هذه الحالة مسائل منها:

المسألة الأولى: بيع العنب لمن يتخذه خمراً، والسلاح لمن يعصي الله تعالى به:

ثم اختلف الفقهاء في حكمه على رأيين هما:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى القول بصحته في الظاهر مع الكراهة، وذلك بناءً على صحة العبارة في الظاهر، وعدم النظر إلى المقصد الخفي، فإن تحقق اتخاذه خمراً، أو عصيان الله بالسلاح، فالشافعية يختلفون في حكمه بين الكراهة الشديدة والتحریم⁽²⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما ورد في كتاب الله من:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة: تدل الآية في عمومها، على حلية البيع المقترن بجميع أركانه وشروطه إجمالاً⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: اعتبر المالكية والحنابلة، أن بيع العنب لمن يتخذه خمراً، أو السلاح لمن يعصي به الله، يعد بيعاً باطلاً⁽⁵⁾.

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة، على النحو الآتي:

(1) أبي محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1411هـ-1990م، [236/7]. محمد بن مفلح، المبدع شرح المنقح، ط4، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، 1404هـ/1984م، [42/4].

(2) ابن الهمام، مرجع سابق، [127/8]. النووي، المجموع، مرجع سابق، [432/9].

(3) [سورة البقرة، جزء من الآية 275].

(4) القرطبي، مرجع سابق، [394/1] وما بعدها.

(5) الصاوي، مرجع سابق، [10/3]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [671/5].

أولاً: من الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (1).

وجه الدلالة: الآية واضحة في النهي عن التناصر على الباطل، والتعاون على المآثم والمحارم (2)، وبيع العنب لعاصره خمراً، والسلاح لمن يعصي الله به، هو تعاون على ما نهى الله عنه، فثبوت التحريم يقتضي بطلان البيع.

ثانياً: من السنة:

روي عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «أتاني جبريل فقال: يا محمد، إن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والحمولة إليه، وبائعها، ومبتاعها، وساقبها، ومُسْتَقْبِهَا» (3).

وجه الدلالة: الحديث واضح في تحريم بيع العنب لعاصره خمراً.

المسألة الثانية: بيع العينة.

صورته: أن يبيع شخص لآخر سلعة ما بمبلغ ألفين وخمسمائة دينار إلى أجل (يتفقان على تأجيل تسديد المبلغ)، ثم يشتري البائع منه نفس السلعة، بثمن ألفي دينار حالة، وعندما يحين الأجل المتفق عليه، يسدد المشتري في العقد الأول، المبلغ كاملاً، أي قيمة ألفين وخمسمائة دينار، فتكون الزيادة خمسمائة دينار - ربا.

وسميت بالعينة، لأن مشتري السلعة إلى أجل، يأخذ بدلها عيناً تسدد في الحين، على أن يرجع قيمتها مع الزيادة عند انتهاء المدة (4).

(1) [سورة المائدة، جز من الآية 2].

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، [18/5].

(3) أحمد بن حنبل، كتاب بني هاشم، مسند ابن عباس، حديث رقم: 2899، مرجع سابق، (278/3). والحديث قد صححه أهل العلم. انظر: أحمد بن حنبل، المرجع نفسه، (277/3).

(4) صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1997م، [50، 49/2].

وقد اختلف الفقهاء في حكم العقد الثاني، على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى أبا يوسف أحد صاحبي أبي حنيفة إلى أن البيع صحيحاً، وذهب صاحب الآخر محمد بن الحسن، وكذا الشافعي، إلى أن البيع صحيح مع الكراهة، وذلك لتوفر ركن العقد الإيجاب والقبول، وصحته، في العقد الظاهر، فنحن علينا بالظاهر، والله يتولى السرائر⁽¹⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي، بالأدلة التالية:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: الآية تؤكد صحة البيع، ما دام ركن البيع صحيح وهو الإيجاب والقبول، عملاً بالظاهر، دون النظر إلى القصد الباطن⁽³⁾.

وكان الرد على أصحاب هذا الرأي، قياسهم مردود، بأن الظاهر يعمل به عند عدم القرينة، وهي العرف المعهود، وغلبة القصد في إرادة الربا واضحة، والمتعارف عليه يتزل منزلة الشرط المنصوص، فهو أقوى الدلائل التي يجب العمل بها؛ لأنها تجعل العمل الظاهر من البائعين هو التذرع إلى المحرم، فإبطال البيع هو مقتضى الظاهر⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى المالكية والحنابلة، بأن العقد باطل، كونه ذريعة إلى الربا⁽⁵⁾، أما أبا حنيفة فيقول بفساد العقد، في حالة عدم وجود وسيط ثالث بين المتعاقدين⁽⁶⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي، بأدلة كثيرة، نورد بعضها في الآتي:

⁽¹⁾ ابن الهمام، مرجع سابق، [207/5 وما بعدها]. قيلوبي، مرجع سابق، [281/3].

⁽²⁾ [سورة البقرة، جزء من الآية 275].

⁽³⁾ القرطبي، مرجع سابق، [256/3]. محمد بن أحمد المحلى، شرح على منهاج الطالبين للنووي، د ر ط، دار الفكر، بيروت-لبنان، د س ط، [76/3]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [628/5].

⁽⁴⁾ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، [470/4].

⁽⁵⁾ ابن رشد، مرجع سابق، [226/2]. الصاوي، مرجع سابق، [76/3]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [628/5].

⁽⁶⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [255/4].

أولاً: من الآثار:

1- ما روي من قصة زيد بن أرقم مع أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وهي: «أن العالية بنت أيفع قالت: كنت عند عائشة - رضي الله عنها - قاعدة فأنتها أم محبة فقالت: لها يا أم المؤمنين: أكنت تعرفين زيد بن أرقم؟ قالت نعم، قالت: فأني بعته جارية إلى عطائه بثمانمائة نسيئة، وإنه أراد بيعها فاشتريتها منه بستمائة نقداً، فقالت لها: بئس ما اشتريت وبئس ما اشترى، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب⁽¹⁾».

2- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «" إذا، بعني، " ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذنان البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاءً، فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم⁽²⁾».

وجه الدلالة: النصان يدلان على تحريم بيع العينة، لما فيه من تحايل على الربا.⁽³⁾

ثانياً: المعقول:

إن الثمن إذا لم يُستوفَ لم يتم البيع الأول، فيصح البيع الثاني مبنياً عليه، وتبعاً لهذا فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يملكه بعد، فيكون البيع الثاني فاسداً.⁽⁴⁾

ثالثاً: الصورية من حيث الموضوع

تتلخص الصورية من حيث الموضوع في حالتين، على النحو الآتي:

الحالة الأولى: هي كون العبارة غير دالة على الإرادة الحقيقية

صورتها: كأن يستخدم الشخص العاقد لفظاً، عندما يطلق في اللغة، يراد به عادة إنشاء عقداً معين، ولكنه يريد به عقداً آخر، كالذي يتلفظ بالهبة يريد بها الزواج مثلاً.

كأن تقول امرأة لرجل: وهبتك نفسي بعشرة آلاف دينار، تريد بذلك الزواج، فيقول:

⁽¹⁾ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل، حديث رقم: 10579، مرجع سابق، [330/5].

⁽²⁾ أحمد بن حنبل، مسند المكثرين، باب مسند ابن عمر، حديث رقم: 4825، مرجع سابق، [414/3].

⁽³⁾ أحمد بن حنبل، حاشية رقم 2، المرجع نفسه، [414/3].

⁽⁴⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [255/4]. ابن الهمام، مرجع سابق، [207/5].

قبلت.

لكن هل يصح عقد الزواج بهذه الصفة، أي بلفظ غير الزواج أو النكاح المتفق عليهما؟ هذا ما اختلف فيه العلماء، حسب الآراء الآتية:

الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية بأن الزواج ينعقد بكل لفظ يفيد معنى التملك في الحال، وديمومته (استمراره مدى الحياة)، كالهبة، البيع، الصدقة والعطية... ونحوها؛ بشرط وجود قرينة تدل على أن المقصود هو الزواج؛ كبيان المهر، إحضار الشهود وفهم المقصود والإشهار، لأن اللفظ ليس له اعتبار بقدر ما يطلب من التعرف على إرادة العاقدین⁽¹⁾.

واستدل أصحابه بما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ...﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: تعبير المولى - عز وجل - عن الزواج بلفظ الهبة. وخصوصية النبي ﷺ هنا، في الزواج بدون مهر، أما لفظ الهبة، فورد بصيغة العموم⁽³⁾.

ثانياً: من السنة:

« ما روي أن امرأة قامت عند رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إنها وهبت نفسها لك، فرأيتها رأيك، فلم يجيبها شيئاً. ثم قامت فقالت: يا رسول الله، إنها قد وهبت نفسها لك، فرأيتها رأيك، فلم يجيبها شيئاً. ثم قامت الثالثة فقالت: إنها قد وهبت نفسها لك، فرأيتها رأيك. فقام رجل فقال، يا رسول الله، أنكحنيها. قال " هل عندك من شيء؟" قال: لا، قال: " اذهب فاطلب ولو خاتماً من حديد"، فذهب فطلب، ثم جاء فقال: ما وجدت شيئاً ولا خاتماً من حديد، قال "

⁽¹⁾ السمرقندي، مرجع سابق، [118/1]؛ ابن فرحون، مرجع سابق، [420/1 وما بعدها]

⁽²⁾ [سورة الأحزاب، جزء من الآية 50].

⁽³⁾ تقي الدين ابن تيمية، التفسير الكبير، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د س ط، [20/6 وما بعدها].

⁽⁴⁾ فر: فعل أمر من الرأي، ولبعضهم بهمزة ساكنة بعد الراء هكذا (قرأ) وكل صواب، ابن منظور، مرجع سابق، [291/4 وما بعدها].

هل معك من القرآن شيء؟" قال معي سورة كذا، قال: " اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن⁽¹⁾."»

وفي رواية، أن النبي ﷺ قال للرجل: « قد أملكنا كها بما معك من القرآن⁽²⁾».»

وجه الدلالة: في الرواية الثانية، أنه ﷺ زوج الرجل بلفظ يدل على التملك، غير مشتق من لفظي النكاح، أو الزواج، بدلالة قرينة الحال، من طلب الزواج، والمهر كما استدل به على جواز ثبوت العقد بدون لفظ النكاح والتزويج⁽³⁾.

ثالثاً: من المعقول:

انطلاقاً من القاعدة الفقهية، التي تقول: " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"⁽⁴⁾، فإن مثل هذه الألفاظ ونحوها، مما يدل على التملك في الحال وديمومتها، يصح بها عقد الزواج، بشرط أن تدل القرينة على المراد الذي يقصده العاقدان.

الرأي الثاني: وذهب الشافعية والحنابلة: إلى عدم انعقاد النكاح بلفظ غير النكاح، أو الزواج، أو ما يشتق منهما، لمن يتكلم العربية، لوردهما في القرآن من جهة، ولأن الزواج عقد خطير، تستحل به الفروج، فلا يصح إلا بتوافق الإرادة مع اللفظ الخاص به من جهة أخرى⁽⁵⁾.

واستندوا فيما ذهبوا إليه، إلى الأدلة التالية:

(1) البخاري، كتاب النكاح، باب رقم(50) التزويج على القرآن وبغير صداق، حديث رقم: 5149، مرجع سابق، ص [375/3].

(2) البخاري: صحيح، كتاب النكاح، باب رقم(32) عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، حديث رقم: 5121، مرجع سابق، [367/3]، ولمسلم: « فقد ملكتها بما معك من القرآن.» كتاب النكاح، باب رقم: 13، الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم من حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، حديث رقم: 1425، مرجع سابق، [143/4]..

(3) ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، [444/14].

(4) السمرقندي، مرجع سابق، [118/1]؛ ابن الهمام، مرجع سابق، [348/2].

(5) الشافعي، مرجع سابق، [33/5]؛ عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، ط1، مؤسسة قرطبة، 1412هـ/1991م، [515/2]

أولاً: من الكتاب:

- 1- قوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرَبْعَ...﴾⁽¹⁾.
- 2- وقوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾.
- 3- وقوله عز وجل: ﴿فَلَمَّا فَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآيات: أن القرآن اقتصر على عبارتي، " الزواج"، و" النكاح"، في عقد الزواج، والآيات المذكورة صريحة في ذلك⁽⁴⁾.

الحلة الثانية: التظاهر بقصد التعاقد دون الرغبة في أثر العقد:

صورتهما: أن الشخص يتلفظ بالعبرة، وهو يقصدها ويفهم معناها، إلا أنه لا يرمي إلى إنشاء الأثر أو الالتزام الذي يتمخض عنها، ولكنه يريد شيء آخر، ولا يتحقق له ذلك بتلك الطريقة. ويتحقق ذلك في أمرين:

الأمر الأول: التلفظ بالعبرة بمحض الإرادة، كالهزل.

فحكم هذا النوع من الألفاظ، فيما يخص الأثر المترتب عنها، يختلف بالنسبة للفقهاء، حسب الآراء التالية:

الرأي الأول: ذهب الحنفية وأكثر المالكية وأحمد، إلى أن مثل هذه الألفاظ لا يترتب عليها أي أثر أو التزام، باستثناء خمسة عقود، وردت في الحديث على اختلاف روايته، في قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق، والرجعة.» وفي رواية أخرى «أو اليمين»،

(1) [سورة النساء جزء من الآية 3].

(2) [سورة النور، الآية 32].

(3) [سورة الأحزاب، جزء من الآية 37].

(4) جلال الدين المحلي، مرجع سابق، [216/3].

وفي رواية أخرى: «أو العتاق»⁽¹⁾

ف عقد النكاح الجاري بصيغة الهزل، يصح وينتج آثاره بين المتعاقدين، فيحل المتعة بينهما، ويلزمها بواجبات هذا العقد. ونفس الحكم في الطلاق ونحوه من العقود الخمسة. وأورد بعض المالكية الحكم على العموم، أي بدون استثناء العقود المذكورة، واعتبروا عقود الهزل بعد ثبوته كلها لاغية، سواء كانت في حق الله أو في حق العباد، لأنها تخلوا من القصد والنية، واعتبروا الحديث المذكور منقطع السند⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى الشافعية بأن العبرة بالإرادة الظاهرة، دون النظر إلى الإرادة الباطنة، فبمجرد صدور اللفظ، مستوفي الأركان والشروط، تترتب عليه مباشرة آثاره التي تنتج عنه، في جميع العقود دون استثناء، والنيات تترك لله، لأنه وحده الأدرى بها⁽³⁾.

الأمر الثاني: التلفظ بالعبرة مكرهاً، كعقد المكره:

إذا ما صاحب تلفظ الشخص بالعبرة إكراهاً، فهو لا يريد بها، لكن أجبر على النطق بها، فهل يؤخذ بها، وترتب آثارها أم لا؟

هذا ما أجاب عليه الفقهاء، كل حسب سنده، كما يلي:

الرأي الأول: يمثله الشافعية والحنابلة، حيث يرى بأنه لا عبرة بما يتلفظ به المكره، ولا ينتج عنه أي أثر في جميع العقود والتصرفات، فلا يصح بيعه، كما لا يصح نكاحه ولا طلاقه... ونحوها⁽⁴⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالدليل الآتي:

ورد عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «إن الله وضع عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا

(1) سبق تخريجه، انظر: ص 35 من هذا البحث.

(2) ابن عابدين، مرجع سابق، [8/4]. الصاوي، مرجع سابق، [253/2]، علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، دار هجر، مصر، 1400هـ/1980م، [17/11].

(3) النووي، المجموع، مرجع سابق، [204/9]. قليوي، مرجع سابق، [331/3].

(4) الصاوي، مرجع سابق، [7/3]. الشريبي، معني المحتاج، مرجع سابق، [333/3]. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [250/5].

عليه⁽¹⁾».

وجه الدلالة: الحديث واضح في رفع الإثم واللوم، عمن أكره على فعل أو قول.

الرأي الثاني: فرق الأحناف في حكم ما يصدر من المكره، بين ما يتعلق بحق الله وما يتعلق بحق العباد:

فالتصرفات المتعلقة بحق العباد القابلة للفسخ، كالبيع، والإجارة، ونحوها، تصح مع الإكراه عند العض، ويكون العقد فاسداً عند جمهور الأحناف.

أما التصرفات الغير قابلة للفسخ المتعلقة بحق الله، و الخاصة بالعقود الخمسة: النكاح، الطلاق، الرجعة، اليمين وكذا العتق، فإنها تصح مع الإكراه، وترتب آثارها، واستندوا في ذلك، إلى قياس المكره على الهازل، والتسوية بينهما في الحكم⁽²⁾.

الرأي الثالث: يذهب المالكية وبعض الحنفية، إلى ترك الخيار للمكره دون إلزامه، فما يصدر عنه موقوف على إرادته بعد زوال الإكراه، فله الحق في إمضائه أو فسخه⁽³⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقياس عقد المكره، على عقد من لا ولاية له على نفسه، رغم قدرته على إبرام العقود، كالصبي المميز ومن في حكمه، فعقده صحيح، يتوقف نفاذه على إجازة صاحب الولاية عليه، كما يري الإمام مالك بأن عقد المكره، شبيه بعقد الزواج الذي ينعقد بدون شهود، فهو عقد صحيح موقوف، فإذا ما تحققت شهادتهم قبل الدخول- وإن بعد الزمن- أصبح العقد صحيح نافداً، وإلا فباطل، إذ الولاية عندهم شرط نفاذ للعقد لا شرط انعقاد للعقد، فكذلك عقد المكره⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ سبق تخريجه، انظر: ص 34 من البحث.

⁽²⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [8/4]، شمس الدين السرخسي، المبسوط، د س ط، بيروت-لبنان، د ر ط، [39/24].

⁽³⁾ الصاوي، مرجع سابق، [7/3]. المرغيناني، مرجع سابق، [275/4].

⁽⁴⁾ الصاوي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، السرخسي، المرجع نفسه ورقم الصفحة، المرغيناني، المرجع نفسه، والصفحة نفسها، انظر مذكور، مرجع سابق، ص(202)

البند الثاني: أنواع الصورية في القانون.

تقسم الصورية إلى نوعين، أولهما: صورية مطلقة، وثانيهما: صورية نسبية. وهو ما أكدته المحكمة المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1956/6/7 على أن الصورية نوعان، وهي الصورية المطلقة والصورية النسبية⁽¹⁾.

وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: الصورية المطلقة *simulation absolue*

هي التي تتعلق بوجود العقد ذاته، حيث أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، ولا يتضمن الاتفاق المستتر عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر، إلا أنه _الاتفاق المستتر_ يثبت أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له⁽²⁾.

ومن هنا يمكننا القول، بأن الصورية المطلقة تركز على انتفاء أي موجب حقيقي ناشئ عنها، لأنها تركز على عقد أو عنصر وهمي، يبقى الوضعية السابقة له دون تعديل، لأنه يفتقر إلى إرادة إبرامه الحقيقية، أي إلى إرادة حصوله في الواقع⁽³⁾.

ومثال ذلك، إبراء الدائن مدينه، من دين اتفق الطرفان على عدم وقوعه، كأن يتفق زيد مع عمرو على أن يبيع أحدهما مع الآخر أرضاً، أو داراً للسكنى، بيعاً صورياً، حتى يظهر المشتري بمظهر الثراء والغنى، ليكسب ود أسرة عريقة، يروم ويتغني مصاهرتها⁽⁴⁾. أو أن يلجأ المدين المهدهد بالحجر على أمواله، إلى بيعها لآخر، يتفق معه على أن العقد صوري، ولا حقيقة له في الواقع.

⁽¹⁾ (نقض جلسة 1956/6/7 - السنة السابعة ص 701)، وجاء فيه أن: ".... الحكم بصورية عقد شراء الطاعنتين الثانية والثالثة صورية مطلقة، أما ما يثيره الطاعنون من أن الصورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذي كان مقصوداً..... استخلاص موضوعي يستقيم به قضاء الحكم بصورية عقد شراء الطاعنتين" نقلاً عن: الشواري، والدناصوري، مرجع سابق، ص 22.

⁽²⁾ سلطان أنور، أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، مرجع سابق، ص 152. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1074/2]. السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [879/1].

⁽³⁾ سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 169.

⁽⁴⁾ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني_آثار الحقوق الشخصية(أحكام الالتزام)_، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2003م، [312/2].

وتتم هذه الكتابة عن طريق سنداً مستتراً، يسمى ورقة الضد، يشار فيها إن أن العقد الظاهر، في حقيقته عقد صوري، لا وجود له في الواقع⁽¹⁾.

لذلك، فإن الكثير من القرارات والأحكام التي تشير إلى أن الصورية مطلقة، تجعل العقد أو السند معدوماً لا وجود له إطلاقاً، مهما كان الباعث عليه، أو الضرر الناتج عنه، فتصبح لا فائدة من البحث عن وجود عقد آخر مستور، أو وجود نية الإضرار بالدائن⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الصورية المطلقة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هي التي تتناول وجود العقد في ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، وإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بعدم تنفيذ عقد المقايضة موضوع النزاع، لعدم تنفيذ المطعون ضده الأخير لالتزاماته الناشئة عن هذا العقد، فإن مقتضى هذا الدفاع، أن عقد المقايضة قائم وصحيح، ولا يستقيم مع قيام هذا العقد وصحته، القول بأنه لا وجود له، وأنه منعدم لصوريته صورية مطلقة⁽³⁾".

ثانياً: الصورية النسبية Simulation relative

تتحقق هذه الصورية عندما يخفي الطرفان تصرفاً حقيقياً، انصرفت إليه إرادتهما، ويظهران تصرفاً غير حقيقي⁽⁴⁾، أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصيته أحد أطرافه، مما يعني أن الصورية النسبية تنصب على جزء معين من العقد الحقيقي دون غيره⁽⁵⁾. فهي لا تتناول وجود العقد، وإنما

(1) محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني (المعاملات الشرعية) - أحكام الالتزام، ط4، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء-اليمن، 1418هـ/1997م، [107/2].

(2) قرار رقم 25، بتاريخ 1946/10/24، صادر عن محكمة الاستئناف والتمييز اللبنانية، مجلة القضائية اللبنانية، السنة 26، ص 543. نقلاً عن: سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 130.

(3) نقض جلسة: 1990/02/22، طعن رقم: 2945، لسنة 57 قضائية. نقلاً عن: إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 28، 29.

(4) عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدى دولة الإمارات المتحدة، د ر ط، مطبعة خاصة، الإمارات، د س ط، ص 137.

(5) جلال علي العدوي، أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، د ر ط، الدار الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1986، ص 210.

تتناول نوع العقد، أو ركناً فيه، أو شرطاً من شروطه، أو شخص المتعاقدين⁽¹⁾.

وتبعاً لهذا، فإن الصورية النسبية، تنقسم إلى عدة أقسام، وهي على النحو التالي:

1- الصورية بطريق التستر *par voie de déguisement*

يقصد بها إخفاء حقيقة التصرف القانوني المعقود بين الطرفين المتعاقدين وطبيعته⁽²⁾. فهي ترد على نوع العقد لا وجوده⁽³⁾.

ومثالها: الهبة (العقد الحقيقي المستتر)، إذا اتخذت صورة بيع ظاهر (العقد الصوري)، بقصد التهرب من أحكام الرسمية، أو أن يتخذ البيع صورة هبة، بقصد حرمان الجار الشفيع من حقه في شفعة العقار⁽⁴⁾، وقد يكون السبب ستر السبب الحقيقي للتصرف، كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر، يقول عنه إنه ثمن لشيء اشتراه، وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن عقد البيع الذي يستر وصية، مع عدم دفع الثمن المقابل للمبيع، يعد صورية نسبية بطريق التستر، يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة⁽⁶⁾.

2- الصورية بطريق التسخير *par voie d'interposition de personne*

يقصد بها إخفاء شخصية أحد المتعاقدين، تحت اسم شخص آخر في العقد وذلك بعلمه. ويجري هذا النوع من التصرف، حين يمنع القانون على بعض الأشخاص شراء المال المتنازع فيه

(1) أحمد هاني مختار، الصورية-أنواعها-إجراءاتها، د ر ر، مطبعة خاصة، القاهرة-مصر، 2008م ص8. محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط2، عالم الكتب، القاهرة-مصر، 1994م، ص20.

(2) ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، [314/2].

(3) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [880/1]. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1074/2].

(4) مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، د ر ط، الدار الجامعية، مصر، 1989، ص289. توفيق حسن فرج، مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام-دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2008م، ص704.

(5) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [880/1].

(6) نقض: جلسة 1968/11/14، السنة القضائية 19، مدني، ص1362. وكذا: نقض: جلسة: 1969/01/2، السنة القضائية 20، مدني، ص20. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص74.

كله أو بعضه، فيعمد إلى تسخير شخص ثالث ليشتري باسمه تحايلاً على المنع القانوني⁽¹⁾.

ومثال ذلك: كأن يهب شخص لآخر مالا، يكون الموهوب له المذكور في العقد، ليس هو المقصود بالهبة، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصاً مسخراً (personne interposée)، تتلخص مهمته في تلقي الهبة من الواهب ونقلها للموهوب له⁽²⁾.

ويدخل ضمن هذا النوع، منع المشرع الجزائري أصحاب بعض الوظائف من القيام ببعض المعاملات، في حال تحقق شروط معينة، من ذلك ما جاء ضمن نص المادة 402 ق م ج، كالاتي: "لا يجوز للقضاة، ولا المدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع، يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً"⁽³⁾.

فالنص واضح في منع القضاة، المدافعين القضائيين، المحامين، الموثقين وكذا كتاب الضبط، من شراء أي حق متنازع فيه، إذا كان يدخل ضمن اختصاص المحكمة التي يعملون لديها، تحت طائلة البطلان، لكن مع ذلك، نجد أن هؤلاء، كثيراً ما يلجؤون إلى طرق احتيالية، يستطيعون من خلالها التغلب على المنع القانوني، بحيث يكلف الشخص الممنوع من الشراء شخصاً يثق به بإبرام عقد البيع مع البائع لحسابه.

كما منع المشرع المحامين والمدافعين القضائيين، في التعامل مع موكلهم في الحقوق محل النزاع، في حالة ما إذا كانوا هم من تولى الدفاع عنها أمام المحكمة، دائماً تحت طائلة البطلان، بقوله في نص المادة 403 ق م ج: "لا يجوز للمحامين ولا المدافعين القضائيين، أن يتعاملوا مع

(1) المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني_مصادر الالتزام، ط2، مطبعة خاصة، 1428هـ/2007م، ص206.

(2) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [880/1].

(3) وافقه المشرع المصري في ذلك، حسب نص المادة 471 ق م ج، بقوله: "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلاً. نقلاً عن: القانون المدني المصري رقم 131، لسنة 1948،

موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا كانت المعاملة باطلة⁽¹⁾."

والغاية من هذا المنع هي حماية حقوق الموكل، لأن الوكيل يكون مطلعاً على جميع الظروف والإجراءات التي تتم فيها عملية البيع والشراء، فيستغل ذلك من أجل تحقيق مصلحة شخصية، مما يؤدي إلى إضاعة الفرصة على الموكل في تحقيق مكسب معين، أو محاباة الوكيل لنفسه وبيع ما وكل به لنفسه بسعر بخس⁽²⁾.

فالشخص المستعار المسخر إذاً، يعتبر وكيل، ولكنه لا يفصح عن نيابته للغير الذي يتعاقد معه، ويتعاقد مع الغير باسمه، لذلك تنشأ عن هذا التصرف ثلاثة عقود كلها حقيقية: الأول: هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل الذي سخره، والثاني: الذي يعقده مع الغير الذي لا يعلم بالتسخير، والثالث: هو العقد الذي يبرمه مع الشخص الأصيل، ينقل به إليه آثار التصرف الذي عقده لحسابه مع الغير⁽³⁾.

3- الصورية بطريق المضادة par voie de contre-lettre:

هي التي تنصب على ركن من أركان التصرف أو شرط من شروطه⁽⁴⁾.

فهذا النوع يختلف عن سابقه، في أن التصرف الظاهر، يحمل نفس تسمية التصرف المستتر الحقيقي، فإذا كان التصرف المستتر عقد بيع، فيكون العقد الظاهر عقد بيع أيضاً، وإذا كان التصرف المستتر عقد إيجار فيكون التصرف الظاهر عقد إيجار أيضاً... وهكذا، بيد أن الفرق بين

⁽¹⁾ نفس المنع ورد في نص المادة 472 ق م م. كما يلي: " لا يجوز للمحامين، أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلاً."

⁽²⁾ عبد الرحمان أحمد جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (آثار الحق الشخصي) - أحكام الالتزام، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ص159

⁽³⁾ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام، د ر ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، د س ن، [190/2].

⁽⁴⁾ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام، د ر ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1987م، [109/2].

التصرفين المستتر والظاهر في هذه الحالة، هو اختلافهما في ركن أو شرط من شروطهما⁽¹⁾.

والأمثلة التي تساق في هذا النوع كثيرة، نذكر منها: عقد بيع ينوه فيه إلى أقل من الثمن الحقيقي، هرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، أو يذكر ثمناً أكبر لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، أو رفع قيمة الأجرة في عقد الإيجار، بهدف رفع قيمة المنزل المؤجر، أمام من يريد شراؤه، وقد يتم إخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر، كمن يهب لامرأة هبة، على أساس الفاقة والحاجة، بيد أن السبب الحقيقي، هو إقامة علاقة غير شرعية، كما قد تكون الصورية في تاريخ العقد، كأن يكون أحد المتعاقدين مريضاً مرض الموت، فيقدم التاريخ، لكي يصبح سابقاً لتاريخ بداية المرض⁽²⁾.

وقد ورد في بعض قرارات محكمة النقض المصرية، بأنه: "إذا كان المطعون عليهم، قد تمسكوا بصورية الأجرة المبينة بعقود الإيجار، المبرمة بينهم وبين الطاعنين، صورية تدليسية مبناها الغش والتحايل على القانون، للتوصل إلى القضاء بأجرة أكثر من الأجرة القانونية، فإنه يجوز إثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة، بما فيها البينة والقرائن⁽³⁾".

وما نستخلصه مما سبق بيانه: هو أن كل من الشريعة والقانون قد أوجبا عدة شروط يجب أن تتحقق، من أجل أن يتم التصرف الصوري، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لخصوها في صحة العقد الصوري من حيث الشكل، والذي يدخل تحته عناصر مهمة، تتمثل في وجوب وجود عقدين متحدين، من حيث الأطراف وموضوع العقد. وكذلك صدور العقدين متزامنين في وقت واحد. وأن يكون الباعث عن التصرف هو إخفاء العقد الحقيقي.

والملاحظ أن هناك تقارب كبير بين الشريعة والقانون، حيث أتى هذا الأخير بنفس الشروط التي ذكرت، كشرط وجود العقدين والمعاصرة، بالإضافة إلى شرط لم تشير إليه الشريعة، والمتمثل في وجود شخصين على الأقل، بحيث لا يتعارض مع العقد الملزم لجانب واحد.

كما أن الصورية تتقارب مع الكثير مما يشابهها، كالتزوير وعيوب الرضا، من تدليس وغلط

⁽¹⁾ عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 138.

⁽²⁾ رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، د ر ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1998م، ص 202، 203.

⁽³⁾ نقض: جلسة 1974/1/31، السنة القضائية 25، ص 259. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 49.

وإكراه، وكذلك التعاقد من الباطن والخطأ في تكييف العقد، وأيضاً الاتفاق الإضافي، واتفق في هذا النحو كل من الشريعة والقانون، على أن هذه التصرفات تختلف عن الصورية في الكثير من الميزات.

وتقسم الصورية في الشريعة، إلى صورية من حيث الألفاظ، والتي تتجلى في حالتين هما: صدور اللفظ مما لا يقصده مطلقاً، كالمخطئ والناسي، وألا يكون التعاقد هو المقصود، كما في صورة الملقن والمعلم، وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الأثر عن هذه التصرفات، بين الإلزام وعدمه. ثم الصورية من حيث الأشخاص، والتي يلجأ فيها الشخص إلى إخفاء شخصه تحت اسم شخص آخر مستعار، لمواجهة التعاقد معه، وكذلك الصورية من حيث الموضوع، والتي تتلخص هي الأخرى ضمن حالتين: أحدها أن تكون العبارة غير دالة على الإرادة الحقيقية، والثانية تتمثل في التظاهر بقصد التعاقد، دون الرغبة في أثر العقد كالملازل.

أما الصورية من ناحية القانون، فتتنوع إلى صورية مطلقة، والتي تتعلق بوجود العقد المستتر، أما التصرف الظاهر فهو تصرف وهمي، لا وجود له في الحقيقة.

وصورية نسبية، تبني على إخفاء تصرف حقيقي، وإظهار تصرف غير حقيقي، أو أحد عناصره، أو تاريخه، أو شخصية أحد أطرافه، وهي بهذا المعنى تنقسم إلى: الصورية بطريق التستر، كالهبة في صورة بيع، والصورية بطريق التسخير، كما في شراء القضاة والمحامين، التي تضمنته المادتين 402، 403 ق م ج، بالإضافة إلى الصورية بطريق المضادة، كعقد البيع الذي ينوه فيه إلى أقل من الثمن الحقيقي، تهرباً من دفع الضرائب.

وقد بين القضاء كيفية تطبيق هذه النصوص القانونية في المجال العملي، وذلك واضح مما سقناه من قرارات صادرة عن محاكم النقض فيما يخص الموضوع.

المبحث الثاني:
أحكام الصورة

المطلب الأول: آثار الصورة

المطلب الثاني: دعوى الصورة

تتمتع أحكام الصورية بأهمية كبرى، وذلك لأن معظم التشريعات التي أخذت بالصورية، لم تعالج أحكامها بشكل كاف، يحد من وجود آراء مختلفة على المسألة الواحدة، ويظهر ذلك جلياً 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. وبناءً 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 مطلبين: نخصص الأول: لدراسة آثار الصورية، ونخصص الثاني: لدراسة دعوى الصورية.

المطلب الأول: آثار الصورية

تتمحور آثار الصورية، حول العلاقات الناشئة عن الصورية، وكذا ورقة الضد، لذا وجب أن نتطرق لكل منهما على حدا، في فرع مستقل، حسب ما يلي.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية.

تتعدد طبيعة الصورية حسب نوع التصرف، والآخر المترتب عليه، فنجم عن هذا التعدد، اختلاف في الأحكام المرتبطة بكل تصرف، فنجد أن هناك أحكام تتعلق بأطراف العقد الصوري وخلفهما العام، وتتغير عندما تتعلق بحق الدائنين أو الخلف الخاص.

ويطلق اسم المتعاقد في عقد الصورية، على كل من شارك في التصرف القانوني الصوري، سواء شارك فيه بنفسه أو بواسطة غيره، ويتجلى ذلك في الخلف العام⁽¹⁾، أما الغير، فهو كل من كانت له مصلحة، تتأثر سلباً وإيجاباً من العقد الصوري، ويدخل في ذلك كل من الخلف الخاص والدائنين⁽²⁾.

البند الأول: آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام.

تنص المادة 199 ق م ج، على ما يلي: " إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر،

⁽¹⁾ الخلف العام: "هو كل من يخلف السلف فغني ذمته المالية كلها، وهذا هو الوارث لكل التركة أو جزء منها. باعتبارها مجموعة مالية." انظر: عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 122.

⁽²⁾ المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص 208، 209.

فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي⁽¹⁾.

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية المصرية، لنص المادة 245 ق م م، ذلك في فحواها، حيث جاء فيها: "أما فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم، ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بين، فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة لهم، ذلك أن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقييد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره. ومن التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع، ففي مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعاً، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف، فيما عدا شرط الشكل استثناءً⁽²⁾".

يتضح من هذين النصين، أن:

أولاً- العبرة بالعقد الحقيقي المستتر دون العقد الظاهر:

فالعقد الظاهر فيما بين المتعاقدين، لا وجود له، حيث انصرفت إرادتهما إلى العقد المستتر (الحقيقي)، لذلك وجب أن يسري في شأنهما، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة⁽³⁾، ولا عبرة بالعقد الظاهر الذي لم تنجس إرادتهما إليه⁽⁴⁾.

ومن ثم يجب التفريق بين الصورية المطلقة والصورية النسبية.

⁽¹⁾ يطابقها نص المادتين 245 ق م م، و369 ق م أردني.

⁽²⁾ المادة 245 من المذكرة الإيضاحية الخاصة بالقانون المدني المصري. نقلاً عن: إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص54.

⁽³⁾ يقصد 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". أنظر: أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص24.

⁽⁴⁾ جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، دار قرطبة للنشر والتوزيع، المحمدية-الجزائر، 1432هـ/2011م، 48. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص[317/2، 318]. عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص124. عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني-دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، ط2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المملكة المغربية، 2014م، [55/1].

فإذا كانت الصورية مطلقة، بأن باع شخص عيناً له بيعاً صورياً، واحتفظ بورقة الضد، لم يوجد البيع أصلاً، ويظل البائع مالكاً للعين، ويحق له أن يبيعها بعد ذلك بيعاً حقيقياً، حتى ولو كان العقد الظاهر قد سجل، حيث لا يستطيع المشتري الصوري الاحتجاج بهذا العقد الذي لا وجود له⁽¹⁾، فإذا توفى البائع آلت ملكية المبيع إلى ورثته، وهم خلفه العام، وإذا مات المشتري الصوري، فلا يستطيع ورثته أن يطالبوا بالمبيع، على أساس العقد الصوري، لأن العبرة هنا بالعقد الحقيقي لا الظاهر. وبالتالي هو الذي يسري في حقهم⁽²⁾.

أما إذا كانت الصورية نسبية، فإن العبرة تكون أيضاً من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي المطابق للإرادة الحقيقية، إذا ما توافرت شروطه، فإذا أبرم المتعاقدان عقد هبة مستتر في صورة بيع ظاهر، فإنه يجب توافر الشروط الموضوعية للهبة لا لعقد البيع، وعلى إثر هذا يجب أن يكون المتصرف أهلاً للتبرع لا أهلاً للبيع، ويكفي بالنسبة للمتصرف إليه أهلية مباشرة الأعمال النافعة، وعندئذٍ يجب تطبيق أحكام عقد الهبة وليس أحكام عقد البيع، ويكون للمتعاقدين وخلفهما العام الاحتجاج بالعقد الحقيقي⁽³⁾.

والاعتداد بالعقد الحقيقي، يؤدي إلى تطبيق القواعد القانونية، التي كان يقصد المتعاقدان من الصورية تفادي تطبيقها، لذلك فإن الحكم يختلف حسب اختلاف هذه القواعد.

فإذا كانت القاعدة التي قصد من الصورية تفادي تطبيقها، تقضي ببطان التصرف الحقيقي المستتر، فإن هذا التصرف يقع باطلاً، كما في حالة ما إذا اشترى أحد القضاة حقاً متنازعاً عليه، بعقد صوري مستخدماً اسماً مستعاراً، ففي هذه الحالة يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي بطلان هذا العقد، طبقاً للقاعدة التي تقضي ببطان شراء القضاة للحقوق المتنازع عليها، التي تدخل في دائرة اختصاصهم. وإذا كانت القاعدة التي قصد من الصورية استبعادها، تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، فإنه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق تلك القاعدة، وبالتالي عدم نفاذ ذلك التصرف، كالوصي الذي يخفي الوصية تحت ستار بيع، تفادياً لتطبيق القاعدة، التي تقضي بعدم نفاذ الوصية، إذا تجاوزت الحد الذي يجوز به الإيصال، والمقدر بالثلث بالنسبة

⁽¹⁾ رمضان محمد أبو سعود، مرجع سابق، ص 206.

⁽²⁾ عبد الودود يحي، مرجع سابق، ص 111.

⁽³⁾ محمد بن حسين الشامي، مرجع سابق، [110/2].

للأجنبي. أما إذا كانت القاعدة التي يهدف الأطراف باللجوء إلى الصورية التهرب منها، تقرر حقاً للغير، فإنه يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي تطبيق هذه القاعدة، بحيث يمكن للغير التمسك بالحق الذي تقرر له، كالذي أخفى البيع في صورة عقد هبة، لحرمان الشفيع من حق اللجوء إلى الشفعة، لأخذ المبيع عن طريقها⁽¹⁾.

إلا أنه إذا كانت القاعدة التي أراد الطرفان تفاديها، تشترط لانعقاد التصرف إفراغه في شكل معين، فإن القانون المصري لا يرتب على الأخذ بالعقد الحقيقي المستتر تطبيقها، وإنما يعتبر العقد منعقداً، ولو لم يتم إفراغه في الشكل المنصوص عليه بمقتضى تلك القاعدة، كما إذا أخفيت هبة العقار في شكل بيع تفادياً للشكل الذي يتطلبه القانون، بالنسبة لعقد هبة العقار، فهنا تشترط في العقد المستتر توافر قواعد الهبة الموضوعية، دون قواعدها الشكلية⁽²⁾.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على عدم قيام العقد الصوري بين المتعاقدين، في قرارها الصادر بتاريخ: 1958/04/03، حيث ورد فيه: "...لأن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلاً في نية عاقيه...⁽³⁾".

ثانياً- إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام:

بما أن العبرة فيما بين المتعاقدين والخلف العام، وهم الورثة والموصى لهم بحصة شائعة من التركة كلها، هو العقد المستتر الذي انصرفت إليه إرادتهما، وعلى من يدعي خلاف ذلك عبء الإثبات.

فالقاعدة طبقاً لنص المادة 334 ق م ج، أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام، أن يثبتا ما يخالف الثابت بالكتابة بغير الكتابة، ولو لم تزد قيمته عن 100.000 دج، ولذلك يجب على المتعاقد إذا عقد تصرفاً صورياً أن يحتاط، ويحصل على وثيقة مكتوبة (ورقة الضد)، يثبت فيها

(1) جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 212، 213.

(2) جلال علي العدوي، المرجع نفسه، ص 213.

(3) طعن رقم 91، جلسة 1958/04/03: نقلاً عن: عبد التواب معرض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط 4، منشأة المعارف العربية للطباعة والنشر، الإسكندرية-مصر، 1998، [1038/1].

حقيقة التصرف⁽¹⁾.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن إثبات صورية التصرف فيما بين العاقدين وورثتهم، لا يكون إلا طبقاً للقواعد العامة، فلا يجوز لهم إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة⁽²⁾. كما ذهبت المحكمة العليا، إلى أن توفر الدليل الكتابي، يحول دون التمسك بالمانع الأدبي، في إثبات التصرف، حيث أشارت في فحوى قرارها، إلى ما يلي: "...وحيث أن قضاة الموضوع... استندوا أيضاً في إثبات الدين إلى شهادة الشهود لقيام المانع الأدبي، الذي زال بتمسك المطعون عليه بالدليل الكتابي، ومن ثمة يكون الدائن قد استند في إثبات دينه إلى الدليل الكتابي، فلا يجوز له في هذه الحالة، أن يثبت الدين بشهادة الشهود، لزوال المانع الأدبي...⁽³⁾"

إلا أن هناك حالات تستثني من الأصل، يميز فيها المشرع الإثبات بالبينة (الشهود)، فيما يجب إثباته بالكتابة، وعندئذٍ يجوز للمتعاقد أن يثبت الصورية ولو زادت القيمة على المبلغ المحدد للشهود (100.000 دج)، حيث نوه المشرع إلى الحالة الأولى، ضمن نص المادة 335 ق م ج، وهي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية⁽⁴⁾، وأشار إلى الحالتين الثانية والثالثة، بمقتضى نص المادة 336 ق م ج، والمتمثلتان في حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (ورقة الضد)، وحالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي خارج عن الإرادة⁽⁵⁾.

على أنه إذا قصد من الصورية التحايل على القانون، أي التهرب من أحكامه الآمرة، الخاصة

(1) مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 290، 291. توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة -، مرجع سابق، ص 705.

(2) نقض جلسة: 1972/3/16، السنة القضائية: 23، ص 424. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 128.

(3) القرار رقم: 293552، بتاريخ: 2003/07/30. المجلة القضائية لسنة 2004، عدد 1، ص 102.

(4) وافق القضاء المصري، ما جاء في مضمون نص المادة 335 ق م ج، حيث أورد حكم يقضي بأنه: "إذا كان سبب الالتزام ثابتاً بالكتابة، فإنه لا يجوز للمتعاقد إثبات صوريته إلا بالكتابة، إلا أن المشرع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة، فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات." نقض جلسة: 1973/5/22، السنة القضائية: 24، ص 799. أنظر: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 128.

(5) محمد بن حسين الشامي، مرجع سابق، [111/2].

بشروط التصرف الموضوعية اللازمة لصحته أو بآثاره، يجوز لمدعيها سواء المتعاقد أو خلفه العام، أن يثبتها بكافة طرق الإثبات، كالقرض الذي يخفي دين قمار، أو تقديم المتعاقدان لتاريخ العقد، لجعله سابقاً على تاريخ توقيع الحجر على أحدهما. وكذلك التحايل على قواعد الميراث، كتقديم التصرف عن تاريخ مرض الموت، تفادياً لطعن الوارث، على أنه صدر أثناء المرض، أو الوصية، كما في حالة وصية المورث تحت ستار عقد بيع ظاهر، فهنا يحق للورثة إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، بما فيها البيينة والقرائن، أن التصرف صدر أثناء مرض الموت، أو أن حقيقته وصية وليس بيع، وبالتالي يجب أن تخضع لأحكام الوصية، من حيث عدم نفاذها، إلا في حدود الثلث⁽¹⁾.

وقد ورد في فحوى القرار، الصادر عن المحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقاً)، بتاريخ: 1969/06/11، وهو يدعم قاعدة أن العقد الذي لا يثبت إلا بالكتابة، هو الذي خالف ما تضمنه عقد رسمي، ما يلي: "وإذا لم يجر مبدئياً الإثبات ضد أو خلاف مضمون عقد، فبشرط أن يكون هذا العقد رسمياً، وليس الحال في الدعوى الراهنة، إذ يتعلق الأمر بعقد عرفي محض، محل نزاع صريح من أحد الأطراف، وذكر محرره نفسه أنه عقد صوري، الأمر الذي يسوغ مناقضته بجميع طرق الإثبات..."⁽²⁾

كما قضت محكمة النقض المصرية، بتاريخ: 1976/12/13، بأن: "إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقيه بالبيينة في حالة الاحتيال على القانون، مقصورة على من كان الاحتيال موجهاً ضد مصلحته، وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابتاً بالكتابة، فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفي وصية، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث، وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال إضراراً بحقه في الميراث، وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه، وإنما يستمد من القانون مباشرة..."⁽³⁾

وفي هذا الإطار، جاء في قرار صادر عنها، بتاريخ 1978/3/26: "أن عدم خضوع

(1) عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، [196، 195/2].

(2) نشرة القضاة لسنة 1972، عدد 1، ص 43.

(3) نقض 1976/12/13، المجموعة 27، السنة القضائية 27، ص 173. نقلاً عن: رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 210.

الأماكن المؤجرة المفروشة للتحديد القانوني للأجر، مشروطاً بالألا يقصد المتعاقدين التحايل على القانون"، واعترف القرار المذكور، لمحكمة الموضوع بسلطتها في تقدير جدية أو صورية الفرش، وانتهى إلى جواز إثبات الصورية في هذه الحالة بكافة طرق الإثبات⁽¹⁾.

البند الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير.

إن ما يقتضيه المنطق، أن الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير، لا يتأتى إلا بعد معرفة المقصود بالغير بالنسبة للتصرف الصوري، وعلى إثر ذلك، نتطرق أولاً إلى المقصود بالغير، ثم نخرج إلى أحكام الصورية بالنسبة لهذا الغير.

أولاً- المقصود بالغير:

يقوم تحديد الغير في الصورية على استقرار المعاملات القانونية، ووجوب حماية كل من بين تعامله بحسن نية على تصرف كاذب كله أو في جزء منه، يظهر على أنه تصرف صحيح⁽²⁾، ففي هذه الحالة، تقضي العدالة بأن هذا التصرف الصوري يعتبر بالنسبة إليه، تصرفاً قائماً ينتج أثره، إذا كانت له مصلحة في ذلك⁽³⁾.

وقد نصت المادة 198 ق م ج، على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري."

كما ورد في نص المادة 244 ق م م، 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، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم."

وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ نقض مصري رقم: 81، المجموعة 28، السنة القضائية 29، ص 408. نقلاً عن: عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 97.

⁽²⁾ الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص 109.

⁽³⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1088/2].

⁽⁴⁾ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

تماشياً مع ما ورد في نصي المادتين، 198 ق م ج، و 244 ق م م، فإن المقصود بالغير، أو الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بالعقد الصوري، هم الخلف الخاص للمتعاقدين والدائنين أيضاً.

1- الخلف الخاص: هو كل من يخلف أو يتلقى من السلف حقاً معيناً بالذات، كان قائماً في حق السلف، ثم انتقل منها إلى الخلف، سواء كان هذا الحق حقاً عينياً، أو حقاً شخصياً، فمشتري العقار خلفاً خاصاً للبائع في حق الملكية، والمحال له بحق ثابت خلفاً خاصاً للدائن المحيل بحق شخصي⁽¹⁾.

ويستوي في الطعن بصورية التصرف الصادر من السلف، كون حق الخلف الخاص سابقاً أو لاحقاً لهذا التصرف، لأن من حق الخلف الخاص دائماً، الطعن بصورية تصرف سلفه، إذا كانت له مصلحة في ذلك⁽²⁾.

وعلى ذلك إذا تصرف شخص في عقار له مرتين بالبيع، وكان التصرف الأول صورياً، كان بإمكان المشتري الثاني أن يطعن بالصورية على العقد الأول، حتى ولو كان مسجلاً، حتى يتمكن من تسجيل عقده هو، ولا يقف عقبة دون ذلك، أن يكون عقد المشتري الثاني غير ثابت التاريخ، أو أن يكون تاريخه لاحقاً لتاريخ العقد الأول، كذلك يجوز للدائن المرتهن وهو خلف خاص، أن يطعن بالصورية في البيع الصادر من المدين الراهن، حتى لا يكون مضطراً لاتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المشتري الحائز للعقار المرهون، ومن ذلك أن يطعن مشتري العقار المؤجر بصورية عقد الإيجار الصادر من سلفه، حتى لا يكون هذا العقد نافذاً في مواجهته⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "بأن مشتري العقار بعقد غير مسجل يعتبر من الغير، بالنسبة لعقد البيع الآخر، الصادر من البائع له على ذات المبيع، وله باعتباره خلفاً خاصاً أن يتمسك بصورية هذا العقد صورية مطلقة، وأن يثبت هذه الصورية بطرق الإثبات

(1) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 123.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 65.

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، د ر ط، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1989م، [1/ 214، 215].

كافة، وفقاً لصريح المادة 244 من القانون المدني المصري...⁽¹⁾ "

كما أشارت إلى أن الغير_ بالمعنى الذي قصده المادة 244 من القانون المدني المصري_، هو من يكسب حقاً بسبب يغير التصرف الصوري، فيجوز لمن كسب من البائع على المبيع كمشتري ثان، أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة، ليزيل جميع العوائق القائمة، في سبيل تحقيق أثر عقده، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً، فالتسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية، بل يجب أن يرد على عقد جدي، فالمشتري بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له، يكون له أن يتمسك بالصورية أياً كان الباعث عليها، وهذا المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية، بالنسبة للتصرف الصوري الصادر من البائع إلى مشتري آخر، وله وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدني المصري، أن يثبت صورية العقد الذي أخذ به، بطرق الإثبات كافة⁽²⁾.

2- الدائنون العاديون: يقصد بهم كل من كان له حق في مواجهة المدين، عندما تكون له مصلحة تتأثر بالعقد الصوري المبرم بين المتعاقدين⁽³⁾.

فدائن المشتري في البيع الصوري، يعتبر من الغير، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري، فدخل في ضمانه العام، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري، وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير، بسبب أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج من ملك البائع، وهو بذلك باق في الضمان العام للدائن، فله إذن أن يتمسك بالعقد الحقيقي⁽⁴⁾.

ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري الصادر من المدين، والذي يبقى صورياً حتى بالنسبة للدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف، ويظل الشيء محل التصرف داخلاً في الضمان العام للدائنين جميعاً، سواء كان حقه سابقاً على

⁽¹⁾ نقض: 1990/2/7، طعن رقم: 2146، السنة القضائية رقم: 55. نقلاً عن: إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 66.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1981/11/29، السنة القضائية رقم: 32، ص 2163، نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 134 و 136.

⁽³⁾ ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 322.

⁽⁴⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1093/2].

التصرف الصوري أو لاحقاً له، وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء، ما دام حالياً من النزاع، ذلك أنه متى كان التصرف صورياً، فإنه لا يكون له وجود قانوناً⁽¹⁾.

كما لا يشترط أيضاً لقبول الطعن بالصورية من الدائن، إلحاق الضرر به، جراء التصرف الصوري، إذ أن من مصلحة أي دائن للمتصرف، أن يثبت صورية هذا التصرف، حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين، فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه⁽²⁾.

كما يعد من الغير في مفهوم القضاء المصري، رغم عدم إشارة النصوص القانونية إلى ذلك— فضلاً عن الخلف الخاص والدائنين المذكورين في النص القانوني (198 ق م ج، وأيضاً 244 ق م م)—، كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، وكانت له مصلحة في الطعن على العقد الصوري.

وهو ما أشير إليه في اجتهادات محكمة النقض، حيث ورد في أحدها، ما يلي: "الغير في الصورية—وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة—، هو كل ذي مصلحة، ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية، ولهذا الغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات، ومنها القرائن، لأن الصورية بالنسبة له تعد واقعة مادية، ولأن الغير لم يكن ليستطيع الحصول على سند كتابي، لإثبات صورية لم يكن طرفاً فيها..."⁽³⁾

وينبغي على ذلك⁽⁴⁾:

أ— أن الشفيع يعتبر من الغير، ولذا يجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد، ولو كان ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي، كما له أن يشفع في البيع الصوري، ولو كان في حقيقته هبة مستترة.

ب— كذلك يعتبر المدين من الغير، بالنسبة للحوالة الصورية الصادرة من الدائن، ولذا يحق له إذا كان الدين متنازعاً فيه، أن يتخلص منه، بدفع الثمن والمصروفات.

⁽¹⁾ السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [887/1، 888].

⁽²⁾ أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 79.

⁽³⁾ نقض جلسة: 1984/3/7، طعن رقم: 1697، السنة القضائية: 53. نقلاً عن: إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 68.

⁽⁴⁾ الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 110، 111.

جـ— يجوز لمشتري العقار الطعن بالصورية على العقد الصادر ببيع العقار ذاته، من نفس البائع إلى مشتر آخر، أو من بائع آخر إلى بائع آخر.

د— الدائن الشخصي للمتصرف، يعتبر من الغير في الصورية، ولا يعتبر من الغير من اكتسب حقه من العقد الصوري، كما هو الشأن في المنتفع في الاشرط لمصلحة الغير، فيجوز للتعهد التمسك قبله بصورية عقد الاشرط، ولو كان حسن النية.

وأوردت محكمة النقض المصرية فيما يخص المشتري، وحقه في الطعن بالصورية ضد البائع في حالة بيعه لنفس العقار إلى مشتر ثان، ما نصه: "يعتبر المشتري من الغير في أحكام الصورية، بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر، وله وفقاً لصريح نص المادة 244 من القانون المدني، أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة⁽¹⁾".

وفي هذا الصدد، فإن الدائن المرتهن، الذي قيد رهنه قبل صدور البيع الصوري، له أيضاً مصلحة في الطعن بالصورية، حتى يتوقى إجراءات التطهير، التي يصح أن يتخذها المشتري الصوري لو اعتبر عقده جدياً. وهو ما نوهت له محكمة الاستئناف المختلطة المصرية، حيث جاء في بعض أحكامها: " أن الدائن المرتهن، الذي قيد رهنه قبل صدور التصرف الصوري الصادر من مدينه، له مصلحة في الطعن بالصورية، فإنه قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون، في مواجهة المدين وحده دون الحائر، فطعن في تصرف المدين بالصورية، حتى لا يحكم ببطلان هذه الإجراءات⁽²⁾".

ولقد قضت محكمة النقض، بأن: "الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة، يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع سبب الشفعة، وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، متى كان حسن النية، أي لا يعلم بصورية العقد الظاهر، وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه، وبحث توافر حسن النية لدى الشفيع، وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه، هو من مسائل الوقائع، التي

(1) نقض جلسة: 1969/2/6، طعن رقم 9، السنة القضائية 35، ص 270. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 107.

(2) استئناف مختلط، جلسة: 1922/1/3، المجموعة 34، ص 97. نقلاً عن: السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [886/1]. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1089/2].

لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك، متى كان استخلاصها سائغاً⁽¹⁾.

كما قضت أيضاً بأن: "الشفيع بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة، يعتبر من طبقة الغير، بالنسبة لطرفي عقد البيع، فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البيعة، أن الثمن الوارد في عقد المشتري، ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها، بل هو ثمن صوري توطأ عليه البائع والمشتري، بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة⁽²⁾".

أما في القانون الجزائري، فعلى حسب نص المادة 113 من الأمر رقم: 76_105، الصادر بتاريخ: 9 ديسمبر 1976، والمتضمن قانون التسجيل، التي تنص على أنه: "يكون العقد باطلاً وعدم الأثر، في كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري..."، فإن الأمر واحد بالنسبة للشفيع، سواءً اعتبر من الغير أو لم يعتبر كذلك، لأن المشرع حكم بالبطلان على كل عقد حقيقي، يذكر فيه ثمن أكبر من الثمن الظاهر، وبالتالي لا يسري في مواجهة الشفيع في كل الأحوال.

كما منحت المادة 118 من نفس القانون، الحق في الشفعة للدولة، عندما يباع عقار أو محل تجاري، بثمن غير جدي، مع تعويض المشتري، بقيمة 10%، من الثمن المذكور في العقد الظاهر. وعلى إثر ما ذكر، فإن الشفيع في القانون الجزائري يعد من الغير، وله الحق في التمسك بالعقد الظاهر.

ثانياً_ أثر الصورية بالنسبة للغير: تنص المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، في تفسير نص المادة 244 ق م م، على أنه: " ليست الصورية سبباً من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر دون العقد الظاهر، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين، ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية، وكذلك خلفهما الخاص، حقيقة الموقف اعتماداً على العقد الظاهر، وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء، تفرعاً على حسن نيتهم، أن يتمسكوا بهذا العقد، إذا

(1) نقض جلسة: 1984/5/9، طعن رقم: 1006، السنة القضائية 50. نقلاً عن: إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 68.

(2) نقض جلسة: 1959/4/2، السنة القضائية 10، ص 203. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 140، 141.

اقتضت مصلحتهم ذلك، فلدائن المشتري في بيع ظاهر، ولمن آل إليه البيع من هذا المشتري أن يتمسك بهذا البيع. وعلى نقيض ذلك يكون لدائن البائع أو لخلف آخر من خلفائه مصلحة في التمسك بورقة الضد، ولكل منهما أن يفعل ذلك.

ويناط الحكم عند تنازع ذوي المصالح المتعارضة على هذا الوجه، بفكرة استقرار المعاملات، فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد، وتمسك دائن المشتري بهذا العقد الظاهر، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار.⁽¹⁾ "

تبعاً لهذا، فإن حكم الصورية بالنسبة للغير يتلخص في الآتي:

1- للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستتر:

انطلاقاً مما ورد في نص المادة 244 ق م م، وتفسيرها، فإن الأصل هو وجوب إعمال العقد المستتر، لأنه العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه فعلاً إرادة المتعاقدين، وعلى ذلك يجوز للغير إذا كانت له مصلحة، وفي حدودها، أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستتر، وأن يطعن بصورية العقد الظاهر⁽²⁾، مستعيناً في ذلك بطرق الإثبات كافة، دون أن يلزم بإقامة الدليل الكتابي، إذا كانت القيمة تزيد عن 100.000 دج، أو كان العقد الظاهر مكتوباً، لأنه باعتباره من الغير، يستحيل عليه الحصول على دليل كتاب، يثبت صورية تصرف لم يكن طرفاً فيه⁽³⁾.

ولأن العقد المستتر له الوجود الحقيقي بالنسبة للمتعاقدين وللغير، حتى ولو كان هذا الأخير لا يعلم بوجود العقد في بادئ الأمر، واعتقد أن العقد الظاهر الصوري، هو عقد جدي، وتأييد بحكم القضاء⁽⁴⁾.

ويترتب على ذلك، أن لدائني البائع صورياً، أن يتمسكوا بالعقد المستتر، حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة، على أساس أنها لم تخرج من ملك المدين البائع، وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة، بل يشترك معه في التنفيذ سائر

⁽¹⁾ المادة 244 من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري. نقلاً عن: إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 62.

⁽²⁾ المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص 209. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 291.

⁽³⁾ جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 216. توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر أحكام الالتزام_دراسة

مقارنة، مرجع سابق، ص 706.

⁽⁴⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 70.

الدائنين، لأن الدائن حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً، هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية، بالتنفيذ عليها وحده⁽¹⁾.

كما أن للخلف الخاص، الذي كسب حقه من البائع على العين المبعة صورياً، أن يتمسك بالعقد المستتر، ومصلحته في ذلك ظاهرة، إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً. وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر، حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجبه القانون قبل تسجيله، أو تم شهره، إلا أن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التبع، وألا يتحمل حق التطهير⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن نص المادة 198 ق م ج، يعتريه نقص في أحكامه، ذلك أنه كان من الأجدر أن يضيف تكملة للفقرة كما هو مذكور ضمن القانون المصري، وما سارت عليه جل القوانين العربية، أو يفرد فقرة، يشير فيها إلى أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا ذلك بكافة طرق الإثبات صورية العقد، الذي لحق بهم ضرراً جواً.

كما أشار إلى ذلك القضاء في مصر، حيث أكد على فحوى المادة 244 ق م م، بقوله: "يعتبر المشتري من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر، ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات، وهذه القاعدة قننتها المادة 244 من القانون المدني القائم، حيث نصت على أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم⁽³⁾".

(1) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [889/888/1].

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1098/2].

(3) الطعن رقم 9، جلسة: 1969/2/6، السنة القضائية: 35، ص 270. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 194.

2_ للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، متى كان حسن النية:

عملاً بأحكام نص المادة 198 ق م ج، فإن للغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر (الصوري)، متى كانت لهم مصلحة في ذلك، رغم أن العقد الصوري لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ولكنه أنشأ مظهرًا كاذبًا، يمكن أن يتصل بعلم الغير الذين يرتبون تعاملهم على أساسه، وهم في جهل بحقيقة الأمور، وعندئذٍ تقتضي فكرة استقرار المعاملات، ضرورة حمايتهم بإعطائهم حق التمسك بالعقد الظاهر، ولكن ذلك مشروط بأن يكونوا حسني النية، أي لا يعلمون بأن هذا العقد صوري، وأن هناك عقد آخر مستتر (حقيقي)، والعبارة في تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام، وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الصوري للمتعاقد فيه، وبني عليه تعامله. ويفترض حسن النية لدى الغير، وعلى من يدعي عكس ذلك عبء الإثبات، بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، فإذا ثبت علمه_الغير_بحقيقة التصرف، لزمه العقد الحقيقي المستتر، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين⁽¹⁾.

ومن المتصور أن يكون للغير مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر، فمثلاً من صالح دائني المشتري الصوري، التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانهم العام، وكذلك من مصلحة المشتري من المشتري الصوري أن يتمسك بعقد سلفه الظاهر، حتى تنتقل إليه الملكية، وللشفيع أن يودع لدى المحكمة الثمن المسمى في العقد الظاهر، دون أن يحتج عليه بالثمن الحقيقي إذا كان أعلى، ما دام لم يثبت أن كان يعلم بهذا الثمن الحقيقي، وله أن يحتج بأن العقد هو بيع وليس في حقيقته هبة، حتى تجوز له الشفعة فيه⁽²⁾.

كما أن محكمة النقض المصرية، أقرت ذلك في أحكامها، حيث أفادت في حكم لها، بتاريخ: 1965/12/30، أن: "مؤدى عموم نص المادة 244 من القانون المدني، أن المناط في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته، ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية_سواء كان مشروعاً أو غير مشروع_، وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناءً وارد على خلاف الأصل، الذي يقضي بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان، وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل هذا العقد، وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه،

(1) عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 99. رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 218، 219.

(2) عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، [200/2].

وبنى عليه تعامله، على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي⁽¹⁾."

وأشارت نفس المحكمة في حكم آخر لها، إلى أنه من: "المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن تقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع، لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى. ومفاد نص المادة 1/244 من القانون المدني المصري، أنه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقاً من المشتري حتى يتمسك بالعقد الصوري، أن يكون حسن النية، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري، أما إذا كان سيء النية، أي يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر، فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيقي، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين⁽²⁾."

وفي حال تم شهر العقد المستتر، فإن فقهاء القانون اختلفوا في أثر شهره على مركز الغير. فمنهم من يرى أن العقد المستتر إذا أشهر، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك، إذ أنه لم يعد مستتراً، كما أن هذا الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل⁽³⁾. وبالتالي فإن هذا الرأي يعتبر أن العقد إذا أشهر، فإن الغير يكون عالماً به بالضرورة، وعلى إثر ذلك يسري في حقه. ولا يمكنه التمسك بالعقد الظاهر بعد ذلك. لانتفاء حسن النية، المبنية على الجهل بحقيقة التصرف.

لكن هناك من يرى أن قرينة العلم المستفاد من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة، بل هي قرينة بسيطة يجوز للغير أن يدفع دلالتها بإثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله بالرغم من شهره⁽⁴⁾. ويعني ذلك أنه ما دام القيام بشهر هذا العقد (المستتر)، يدخل ضمن القرائن البسيطة، فإنه يقبل إثبات العكس.

وفي تقديري أن الرأي الأول هو الأحق بالإتباع، لأن المقصود بإجراءات الشهر، هو تفادي

(1) نقض جلسة: 1965/12/30، السنة القضائية 16، ص 1384. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 136، 137.

(2) طعن رقم 756، جلسة: 1986/5/27، السنة القضائية: 53. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 195، 196.

(3) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 404. رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 220.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1102/2]. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 99.

الوقوع في المنازعات، وغلق الباب أمام ادعاء الجهل بالعقد المستتر، وبالتالي عدم الدخول في قضية إثبات حسن أو سوء النية، وتقدير مدى تأثير ذلك في الحكم على الغير، حسب ما ورد في المادة 198 ق م ج.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، حيث أقرت بأن: "شهر العقد المستتر، قرينة على العلم به⁽¹⁾".

كما أفادت بأنه: "جرى قضاء محكمة النقض، على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا في مصلحته، ولا يجوز له أن يجاز له أن يجاز بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة، متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له، ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش العقد الظاهر المسجل، لأن ذلك التأشير إلى يؤدي إلى إثبات تاريخها، وإثبات التاريخ ليس فيه إشهار للورقة، حتى يعترض به على الغير، بل تعتبر كما كانت قبل التأشير في طي الكتمان والخفاء...⁽²⁾".

وفي حالة حضور الغير أثناء إبرام العقد الظاهر، فإن له أن يتمسك بالعقد الظاهر ما دام يجهل صوريته، لكن السؤال الذي يطرح هنا، هو: هل يحق له أن يطعن بالصورية بصفته من الغير؟ ذهبت محكمة النقض المصرية، إلى أن حضور الغير في العقد الظاهر، لا يمنع من الطعن بصوريته، على أن يستند في ذلك إلى دليل كتابي. ويعني هذا أنها رتبت على حضور الغير في العقد، اعتباره من المتعاقدين، فيما يتعلق بإثبات الصورية.

حيث ورد في حكم لمحكمة 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، ومتى كان الطعن موجهاً ضد طرفي العقد، اللذين اشتركا معه في الصورية لا ضد غيرهما،

⁽¹⁾ نقض جلسة: 1952/05/15، مجموعة أحكام النقض 3، رقم 166، ص 1063. نقلاً عن: السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [891/1].

⁽²⁾ طعن رقم 152، جلسة: 1961/4/30، السنة القضائية: 26، ص 376. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 105، 106. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 136. محمد شتا، مرجع سابق، 198، 199.

من يمكن أن تضار مصلحتهم بصورية مجهولها⁽¹⁾."

غير أن محكمة النقض، قد أرادت من حكمها، الإشارة إلى أن الغير الشاهد، كان مشتركاً مع المتعاقدين في الصورية، ولعل ذلك هو الذي دفعها إلى اشتراط الدليل الكتابي، فقد كان في استطاعته في هذه الحالة، رغم أنه لم يكن طرفاً في العقد، أن يحصل على كتابة تثبت صورته، وبمفهوم المخالفة استحالة الحصول على دليل كتابي، هي التي تبرر إباحة الإثبات بكل طرق الإثبات، وهي لم تتحقق في هذه الصورة⁽²⁾.

3_ التعارض بين مصالح الغير.

بعدما رأينا أن الغير له الحق في التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر إذا كان ذلك يصب في مصلحته وكان حسن النية.

لكن قد يحدث تعارض بين مصالح الغير، فيكون من مصلحة بعضهم التمسك بالعقد المستتر، ويكون من مصلحة البعض الآخر التمسك بالعقد الظاهر.

مثلاً إذا عمد طرفا الصورية، إلى إخفاء عقد بيع بثمن مرتفع، بعقد بيع ظاهر يتضمن ثمن بخس، تهرباً من الضريبة المرتفعة، فإن من مصلحة دائني البائع التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، لأن ثمن المبيع كان أعلى منه في العقد الظاهر، ومعنى ذلك أن الضمان العام للدائنين سيغني ثمن المبيع المرتفع، لبقائه في ملك البائع. أما دائنو المشتري، فإن من مصلحتهم التمسك بالعقد الظاهر الصوري، الذي أظهر ثمناً بخساً للمبيع، باعتبار أن المبيع دخل في الضمان العام لدائني المشتري، بمقتضى العقد الظاهر، وبالتالي يمكنهم التنفيذ عليه. وفي مقابل ذلك خرج من الضمان الثمن البخس، الذي تضمنه نفس العقد⁽³⁾.

ولا يمكن في هذه الحالة الأخذ بالعقدين معاً، وإنما لا بد تغليب أحدهما، فيما أن يغلب مبدأ

(1) نقض جلسة: 1940/1/11 بمجموعة عمر، ج3، رقم:22، ص51. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص82.

(2) الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص114.

(3) عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص145، 146. جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص217. توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام_دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص706، 707. جميلة دوار، مرجع سابق، ص50.

سلطان الإرادة، الذي يقضي باحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فتعتمد مصلحة دائني البائع، ويتم الأخذ بالعقد المستتر، أو تغليب مبدأ استقرار المعاملات، وعلى إثر ذلك، يتم إعمال العقد الظاهر الذي يصب في مصلحة دائني المشتري⁽¹⁾.

وقد حسم المشرع المصري ذلك، انطلاقاً من نص المادة 244/2²، بقوله: "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين." "

وعلى إثر هذا، فإن الأفضلية تكون، لمن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري، على الذي يتمسك بالعقد الحقيقي المستتر، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات، ورعاية للغير حسن النية، الذي اطمأن وتعامل على أساس ذلك الوضع الظاهر⁽²⁾.

ويترتب على ذلك، أن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع، فيقوم هو دون دائن البائع، بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً، متمسكاً بالعقد الظاهر، إذ هو في مصلحته، وفي المقابل يمنع دائن البائع من التنفيذ على هذه العين، عن طريق التمسك بالعقد المستتر⁽³⁾.

كما ينتج على ذلك أيضاً، أن من كسب حقاً عينياً على المشتري الظاهر، يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر، فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري، باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتري آخر، وسجل هذا المشتري عقده، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتري ثان، فإن المشتري من المشتري، يفضل على المشتري من البائع، بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولاً، لأن كلاهما لا يعتبر من الغير بالنسبة للتسجيل، حتى يفضل السابق إليه، فهما لم يتلقيا الحق من شخص واحد، كما أن التنازع يثور هنا ما بين الغير بالنسبة للصورية، لا بالنسبة إلى التسجيل، لذا فالترتيب _ كما هو مذكور سابقاً _ يكون للمشتري من المشتري على المشتري من البائع، على أن المشتري من المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا بعد تسجيل العقد⁽⁴⁾.

(1) رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص220، السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [892/1].

(2) محمد ياسين الجبوري، مرجع سابق، [324/2]. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني_دراسة مقارنة_، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1429هـ/2008م، ص165.

(3) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص114، 115.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1104/2، 1105].

وتقريباً لمبدأ أسبقية المتمسك بالعقد الظاهر، على الذي يتمسك بالعقد المستتر، صدرت عدة أحكام، عن محكمة النقض المصرية، في الأمر. تبرز فيها حالات عرضت عليها، فمن بينها، قولها: "إذا تمسك بعض ذوي الشأن بالعقد الظاهر، وتمسك بعضهم الآخر بالعقد المستتر، تكون الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر، أخذاً بنص المادة 422 من القانون المدني المصري⁽¹⁾".

كما أشارت في حكم آخر، إلى أن: "القانون لا يمنع المشتري الذي لم يسجل عقده، من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة، ليتوصل بذلك إلى نحو هذا العقد من الوجود، لكي يحكم له بصحة عقده، ولكي يسجل هذا الحكم، فتنقل إليه ملكية العين المبيعة له، ذلك لأنه بصفته دائماً للبايع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له، من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية، يكون له أن يتمسك بتلك الصورية، لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في تحقيق أثر عقده⁽²⁾".

وذكرت أيضاً أن: "المشرع نظم بنص المادتين 244 و245 من القانون المدني المصري، أحكام الصورية، سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام، فيما بينهم وبين دائنيهم والخلف الخاص، أو فيما بين هؤلاء الأخيرين، وإذا كان حق دائني المتعاقدين والخلف الخاص في التمسك بالعقد الظاهر طبقاً لهذه الأحكام، هو حق استثنائي مقرر لهؤلاء وأولئك في مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقي، وذلك على خلاف القواعد العامة إذ يستمد من عقد لا وجود له قانوناً، في حين أن حق الوارث الذي يطعن على تصرف مورثه، بأنه يخفي وصية، هو حق أصلي يستمد من قواعد الإرث، التي تعتبر من النظام العام، وتجعل واقعة وفاة المورث سبباً مستقلاً لكسب الملكية، ولا يستمد من المورث ولا من العقد الحقيقي، ومن ثم لا يعد هذا الوارث طرفاً في أية علاقة، من تلك التي تنظمها أحكام الصورية المشار إليها، ولا يعتبر ذلك من ذوي الشأن الذي تجري المفاضلة بينهم، طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 244 سالفة الذكر وهم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص، فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة حقه في الإرث، بل يقدم

(1) نقض جلسة: 1986/3/30، طعن رقم 2118، السنة القضائية 52. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 127.

(2) نقض جلسة: 1938/6/22، طعن رقم 28، السنة القضائية 8، ص 754. نقض جلسة: 1966/5/26، طعن رقم 34، السنة القضائية 33. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 101.

على حقهم في هذا الشأن⁽¹⁾."

وفي هذا الإطار، أشارت محكمة النقض المصرية إلى أمر مهم، يتمثل في أن إعمال مبدأ مفاضلة المتمسك بالعقد الظاهر عن المتمسك بالعقد المستتر، المنصوص عليه بمقتضى نص المادة 244/2 ق م م، لا يصلح في حالة ما إذا كان الشيء مملوكاً لشخص واحد، وقام هذا الأخير بالتصرف فيه إلى عدة أشخاص، بعقود متعددة، كأن باع قطعة أرض لعدة أشخاص متفرقين عن بعضهم، وإنما تكون المفاضلة في هذه الحالة، على أساس أسبقية تسجيل العقد.

فذكرت أنه: "إذا تصرف الأب بصفته ولياً شرعياً على ابنه القاصر في ذات العقار، بعقود مختلفة ولأشخاص مختلفين، فإن المفاضلة بينهم تجري على أساس أسبقية عقودهم، ولا محل لإعمال حكم المادة 244/2 من القانون المدني المصري، بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر... ذلك أن مجال تطبيق هذا النص، يكون عند اختلاف شخص المتصرف، في كل من العقدين محل المفاضلة، بحيث يكون أحدهما صاحب حق ظاهر، والآخر صاحب الحق المستتر، ومن ثم فإنه إذا كان الشيء محل التصرف، مملوكاً لشخص واحد، وتصرف فيه بعقود متعددة إلى أشخاص مختلفين، فإن المفاضلة تجري بينهم على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب⁽²⁾".

أما في القانون الجزائري، فقد غفل المشرع على حالة التعارض بين مصالح الغير، ولمن تكون الأسبقية عند حدوث هذا الأمر، كما أني لم أحصل على اجتهاد قضائي، يفصل في الشخص الذي تمنح له الأولوية، في حال ما إذا تمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر، وتمسك الآخر بالعقد المستتر، وبالتالي من الأفضل أن ينتبه المشرع لذلك، عن طريق إضافة فقرة، إلى المادة 198 ق م م، تفصل في القضية صراحة، على غرار الدول العربية⁽³⁾، على أن هذه الدول اتفقت على تغليب استقرار المعاملات على مبدأ سلطان الإرادة، وتبعاً لهذا، فإن الأفضلية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر، على حساب من يتمسك بالعقد المستتر، عملاً بمبدأ حسن النية، وافتراس جهل هذا الغير

(1) نقض جلسة: 1987/3/24، طعن رقم 1258، السنة القضائية 53. نقلاً عن: إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 78.

(2) نقض جلسة: 1980/5/19، طعن رقم 1589، السنة القضائية 48، ص 1431. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 113.

(3) أشار المشرع المصري إلى ذلك في المادة 244/2 ق م م، المشرع الأردني، ضمن نص المادة 368/2 ق م أردني، 394/2 معاملات مدنية إمارتي... وغيرها.

لحقيقة التصرف، ووفقاً لقاعدة: وجب إبقاء ما كان على ما كان، حتى يثبت ما يغيره.

ثالثاً: إثبات الصورية بالنسبة للغير:

نص المشرع الجزائري في المادة 198 ق م ج، على أنه: "إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري."

وأضافت المادة 244 ق م م، على ذلك: "... كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم".

هذا ما يجعل نص التشريع الجزائري قاصراً، مقارنة مع النص المصري، الذي كان أوضح وأبلغ، حيث أن الأول لم يشر إطلاقاً إلى طرق الإثبات، ما أدى إلى الجمع بين النصين، لتدارك النقص، وزيادة توضيح الفكرة.

وعلى إثر هذا، وانطلاقاً من النصين، فإن الغير يحق له إثبات الصورية بكافة وسائل الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، وليس ملزماً بتقديم دليل كتابي، حتى وإن كانت قيمة العقد الحقيقي المستتر، تزيد عن 100.000 دج، أو أن العقد الصوري ثابت بالكتابة، والسبب في ذلك أن الغير لم يكن طرفاً في العقد الصوري، لذا يستحيل عليه الحصول على دليل كتابي، يثبت صورية تصرف لم يكن طرفاً فيه⁽¹⁾، كما أن الصورية في هذه الحالة تعتبر بمثابة الواقعة المادية بالنسبة للغير وليس تصرفاً قانونياً، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات⁽²⁾.

وحسن النية لا يعد شرطاً لإعمال إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، وإنما هو مشروط لجواز تمسك الغير بالعقد الصوري الظاهر فقط، أما منح رخصة إثبات الصورية بهذه الطريقة بكافة طرق الإثبات، فهو نتيجة لوجود المانع من الحصول على دليل كتابي، لدى من كان أجنبياً عن العقد، ويكفي فيه وجود هذا المانع، بقطع النظر عن توافر حسن النية أو عدم توافره⁽³⁾.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية المبدأ، حيث أتى في حكم لها، صادر بتاريخ:

(1) ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، [323/2]، المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص 210.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1113/2].

(3) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 224.

1981/03/26، ما يلي: "للغير إثبات الصورة بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن، والمقصود بالغير في الصورة، كل ذي مصلحة ولو لم تربطه بالعاقدين رابطة عقدية، مشتري العقار المشفوع فيه يعد غيراً بالنسبة للعقد...⁽¹⁾."

كما صرحت في نفس السياق، بأن: "للدائن أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورته تصرفات مدينه، التي تمت إضراراً بحقوقه، عملاً بالفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدني المصري⁽²⁾."

وخلاصة القول فإن العقد السوري، إذا لم يكن أحد عقده مستتراً، أي لا يخرج عن توافق الطرفين_ كما أسلفنا_ فلا يعتد بصوريته.

و العبرة في التصرف السوري، دائماً تكمن في العقد الذي يعتد به في نظر طرفي العقد تبعاً لإرادتهما، أي ما يعتبره عقداً حقيقياً. بناء على حرية التعاقد، المؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يقضي بتغليب الإرادة الحقيقية إذا ما تعارضت مع الإرادة المعلنة، وعليه يجب التمسك بالعقد الحقيقي منهما، وإثبات وجود هذا العقد بكافة أركانه وشروطه؛ بتوافر الرضا ووجود كل من المحل المعقود عليه، والسبب المشروع، ولا يتم إثبات الثابت الكتابة إلا بالكتابة، ولو لم تزد قيمته عن 100.000 دج.

كما أن العقد الحقيقي بالنسبة للغير يكمن في العقد الظاهر، الذي اتجه إليه بحسن نية. إلا أنهما يستطيعون التمسك بالعقد المستتر في القانون المصري، وعليهم إثبات ما تمسكوا به، بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، وحتى إن كان العقد مكتوباً، وزادت قمته عن 100.000 دج، وفي حالة التعارض بين الغير، بناءً على مصلحة كل واحد منهم، تتقدم مصلحة المتمسك بالعقد السوري، استقراراً للمعاملات.

⁽¹⁾ نقض جلسة: 1981/03/26، السنة القضائية31، عدد1، ص904. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص199.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1957/05/23، طعن رقم:172، السنة القضائية23، عدد8، ص520. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص131.

الفرع الثاني: ورقة الضد (contre-letter)

عند إبرام عقد صوري، يحرص كلا المتعاقدين، في إطار حماية حقوق كل منهما بمواجهة الآخر، على كتابة ورقة تتضمن حقيقة التصرف، أو الاتفاق المستتر، تسمى في العرف القانوني، بورقة الضد، فما معنى ورقة الضد، وما هي الأحكام المتعلقة بها؟ هذا ما يتضمنه هذا المطلب، حيث سنقسمه إلى فرعين، الأول نتحدث فيه عن مفهوم ورقة الضد، أما الثاني، فنبين فيه الأحكام التي تتعلق بهذه الورقة.

البند الأول: مفهوم ورقة الضد

أولاً: تعريف ورقة الضد:

تطلق ورقة الضد، ويراد بها: "العقد المستتر، الذي يشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدين إلى إخفائها، والعمل على نحو مستوى العقد الظاهر كله أو جزء منه⁽¹⁾".

وعرفت أيضاً، على أنها: "اتفاق يبطل اتفاقاً سابقاً غير جدي، أو يبطل بعض شروط غير جدية، في اتفاق سابق، مع اتحاد المتعاقدين، في كل من العقدين⁽²⁾".

كما يقصد بها: "عقد الضد أو العقد المستتر، وهو عقد يكتب سراً بين المتعاقدين، ليمحوا أثر العقد الظاهر كلياً أو جزئياً⁽³⁾".

بالنظر إلى هذه التعاريف، وبعد مقارنتها مع شروط الصورية التي ذكرت سابقاً، والمتمثلة في: وجود عقدين، يكون أحدهما ظاهراً علنياً، وهو العقد الصوري، والآخر مستتر سري، يتمثل في العقد الحقيقي، مختلفين من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط، بالإضافة إلى وجوب أن يكونا متعاصرين، أي يصدران معاً في وقت واحد، ولا تشترط المعاصرة المادية، بل تكفي المعاصرة الذهنية وقت صدور التصرف الظاهر، حتى ولو صدر التصرف المستتر بعد ذلك.

فإنهما قد أشارا إلى أن ورقة الضد هي عقد مستتر، أو اتفاق بين طرفي العقد، يختلف عن العقد الظاهر، ويهدف إلى إبطاله أو التعديل في بعض أركانه أو شروطه، فهذا ما يجعله يختلف

⁽¹⁾ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 374

⁽²⁾ مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 123.

⁽³⁾ الشواربي والدناصوري، مرجع سابق، ص 63.

عليه، إلا أنهما أغفلا شرط المعاصرة الذهنية بين العقدين الظاهر والمستتر بعين الاعتبار، بل أن التعريف الثاني، ذكر أن العقد الظاهر يكون سابقاً عن صدور ورقة الضد (العقد المستتر)، وهذا موقف غريب، يتنافى مع شرط المعاصرة أصلاً.

وعلى إثر ذلك، فإن حقيقة ورقة الضد، تتمثل في ذلك العقد المستتر، الذي يصدر في وقت واحد مع العقد الظاهر الصوري، يسعى الطرفان من خلاله، إلى إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه، وذلك بمحو جميع آثار ما تعاقدوا عليه ظاهرياً، أو التعديل في بعض أركانه أو شروطه.

فمن هنا يتضح، أن دور ورقة الضد، يقتصر على تقدير أن العقد الظاهر، إنما في حقيقته عقد صوري لا وجود له. كما لو اتفق المدين مع شخص آخر، على أن يبيعه عينياً بيعاً صورياً، حتى تخرج من الضمان العام للدائنين، يكتب معه في نفس الوقت ورقة ضد، تفيد بأن البيع غير حقيقي. أو أن يتفق طرفي العقد، تهرباً من سعر التوثيق المرتفع، على أن يكتبوا عقد بيع في صورة هبة، مع كتابة ورقة ضد في الوقت ذاته، يذكر فيها أن العقد الحقيقي بيع وليس هبة، فورقة الضد هنا، تمحو أثر العقد الظاهر محوً كلياً⁽¹⁾.

أو في حالة ما إذا تعاقد شخص مع آخر، على أن يبيعه عقاراً بمبلغ 1000.000 دج، ولمنع الجار عن الأخذ بالشفعة، يذكر في العقد أن الثمن 1500.000 دج، وتكتب ورقة ضد، تبين أن الثمن الحقيقي هو: 1000.000 دج، فهذه الورقة هنا، عدلت في العقد الظاهر تعديلاً جزئياً⁽²⁾.

هذا ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها: "إذا استخلص الحكم المطعون فيه، مما أورده الخبر في تقريره، أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى، الموصوف بأنه عقد بيع، بات وإنما ينصب على هذا العقد، واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار بما خروجه في المعنى الظاهر لها، أن العقد وإن كان في ظاهره بيعاً، إلا أن طرفيه إنما قصدا به في الحقيقة منذ البداية، إلى أن يكون سائراً لرهن حيازي، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء النقض، في اعتبار الإقرار المذكور ورقة الضد، توافر المعاصرة الذهنية، التي تربطه بالعقد وإن اختلف

(1) ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 313، 314.

(2) الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص 63.

تاريخهما⁽¹⁾."

كما قضت أيضاً، بأنه: "لا تناقض بين قضاء الحكم بصحة الورقة المتضمنة عقد بيع، وبين قضاؤه باعتبار الإقرار المحرر في ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له، إذ أن قضاؤه الأول، وإن كان يتضمن أن طرفي العقد قصداً أن يحرراه في صيغة بيع، إلا أن ذلك لا ينفي أنه عقد ظاهر صوري، يستر عقداً آخر حقيقياً، محرراً بين الطرفين، هو ورقة الضد⁽²⁾."

وبالتالي، فإن القضاء المصري، يتفق مع الفقه، في أن ورقة الضد هي، ذلك العقد الحقيقي المستتر، الذي ينفي ما ورد في العقد الظاهر الصوري، مهما كانت البواعث على ذلك.

ثانياً: خصائص ورقة الضد:

انطلاقاً من التعريف السابق الذكر، يتضح أن ورقة الضد، تتميز بخصائص معينة، نتطرق إليها فيما يلي:

1- أنها ورقة تثبت تعارض العقد الحقيقي مع العقد الظاهر: يشترط لتحقيق الصورية وجود عقدين متناقضين: أحدهما ظاهري صوري والآخر حقيقي مستتر، بمعنى أن يستلزم وجود اتفاقين متعارضين، الاتفاق الثاني السري (ورقة الضد)، يلغي الاتفاق الأول الظاهر أو يعدله كله أو في جزء منه، فهما ضدان لا يجتمعان، أي استحالة تنفيذهما معاً⁽³⁾.

ومن هنا يتضح أن أهمية ورقة الضد، تتمثل في الدور الذي تلعبه، من حيث أنها تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقدين معاً، فلا معنى لهذه الورقة، في حالة تنفيذهما معاً في آن واحد، فالعقد الحقيقي المستتر هو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذه، أما العقد الظاهر الصوري، فهو إيهام للغير على أنه العقد المتفق عليه، بيد أنه لا عبرة به في قصد الأطراف المتعاقدين، وهذا لا يثبت إلا بناءً على تدوين ورقة بينهما، تبين أن العقد الذي اتجهت إليه الإرادة هو ذلك العقد المستتر.

وبناءً على هذا، فلا مجال لإعمال ورقة الضد، إذا كان العقد السري يبين ويوضح

⁽¹⁾ نقض جلسة: 1974/4/9، السنة القضائية 25، ص 658. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 392، 394.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1981/3/31، طعن رقم 579، السنة القضائية 45، ص 1011. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 141.

⁽³⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 45.

مصطلحات واردة في العقد الظاهر، لأنه يعتبر في هذه الحالة تابع للعقد الحقيقي، ولا يوجد تعارض بينهما، كما لا عبرة بما في حالة ما إذا أشار العقد الظاهر إلى وجود عقد مستتر، لأن الشرط الأساسي ألا ينوه في العقد الظاهر إلى ورقة الضد، بل يجب أن يبقى هذا الاتفاق سراً بين الطرفين⁽¹⁾.

كما أن الاختلاف في كيفية التسديد لا يعتد فيه بورقة الضد، لعدم وجود تعارض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر، كما 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 المستتر أن الدين يدفع فوراً أو العكس، بحيث يرد في العقد الأصلي أن الدين يسدد فوراً، ويرد في العقد المستتر 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 واقفاً أو فاسخاً، قد يكون ورقة ضد، ومثال ذلك إذا ذكر في عقد البيع الظاهر أنه بيع قطعي بات، ثم علق البيع في العقد المستتر على شرط واقف أو فاسخ، فإن هذا يعد تعارضاً بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر ولا يمكن التوفيق بينهما، لأن الشرط يتعلق بتكوين العقد لا بتنفيذه، لذلك يعتبر العقد الحقيقي ورقة ضد⁽²⁾.

هذا ما أورد القضاء المصري ضمن أحكامه، حيث ذكرت محكمة النقض أنه: "متى انتهى الحكم المطعون فيه إلى اعتبار عقد البيع عقداً صورياً ساتراً لعقد حقيقي، فإنه إذا رتب على ذلك، أن العقد الذي ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي أي ورقة الضد، يكون قد طبق المادة 245 من القانون المدني المصري تطبيقاً صحيحاً، ولا يمنع من نفاذ العقد الحقيقي في حق المشتري، أن يكون قد وضع يده على المبيع، إذ أن وضع يده في هذه الحالة، لا يعدو أن يكون مظهراً من مظاهر ستر الوصية⁽³⁾".

2- اتحاد المتعاقدين في العقد: يقصد بها اتحاد المتعاقدين في العقد الظاهر الصوري والمستتر الحقيقي، فورقة الضد لا يمكن أن يكون لها أساس، إلا باتحاد المتعاقدين في العقد معاً، ولا

(1) الشواربي والدناصري، مرجع سابق، ص 91.

(2) مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 134.

(3) نقض جلسة: 1967/4/30، السنة القضائية: 18، ص 850. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 393.

يشترط اتحاد المتعاقدين في العقدين شخصياً، بل يكفي اتحادهما اتحاداً قانونياً، فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد السري، وكيلان عن المتعاقدين في العقد الظاهر أو العكس، كما يجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد المستتر ورثة المتعاقدين في العقد الظاهر، باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثيهم⁽¹⁾.

تبعاً لهذا، فإن التعاقد بطريق التسخير لا يصلح لإعمال ورقة الضد، من حيث افتقاده لخاصية اتحاد المتعاقدين في العقد الحقيقي والعقد الصوري⁽²⁾، فقد بينا أن الصورية بطريق التسخير، تكون نتيجة منع المشرع بعض الأشخاص من التعاقد بأسمائهم (القضاة، المحامون... في دائرة اختصاصهم)، فيلجؤون إلى طرق احتيالية، لتفادي المنع القانوني، عن طريق تكليف أشخاص آخرين يثقون فيهم، من أجل إبرام تلك العقود مع البائع لحسابهم⁽³⁾.

يتضح مما سبق، أن الصورية بطريق التسخير، ينتج عنها مركزان قانونيان، حيث يظهر الوكيل المسخر للغير، على أنه المتصرف الأصلي، أي أنه اشترى المبيع باسمه ولحسابه الخاص، والمركز الثاني يحتله الموكل، المستتر عن الغير، في حين أن الوكيل المسخر، ما هو إلا وسيط، يتعامل لمصلحة الموكل⁽⁴⁾.

وهذا ما يتنافى مع ورقة الضد، التي تتطلب اتحاد المتعاقدين في العقدين الظاهر والمستتر، وهو ما لا ينطبق على هذا التصرف، الذي يبنى على الثقة المتبادلة بين الأطراف، ينتج عن ذلك علاقتين مختلفتين، حيث أن العلاقة الأولى تكون بين الموكل والوكيل في العقد المستتر، والعلاقة الثانية بين الوكيل المسخر والبائع، في عقد ظاهر للعيان.

3- المعاصرة الذهنية بين ورقة الضد والعقد الصوري: المعاصرة الذهنية شرط واجب في ورقة الضد كالاتفاق مثلاً، ولا يشترط أن تكون هناك معاصرة مادية كإثبات لورقة الضد، وإن كان في العادة أن تكون بين تحرير العقدين معاصرة مادية، فاتحاد التاريخ دليل على صورية العقد، أما اختلاف التاريخ، فقد يكون دليلاً على جدية العقد، لأن العقد الحقيقي المستتر قد يكتب في

(1) إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 46.

(2) مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 153.

(3) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 289. أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 9.

(4) الفاكهي حسن وشركاؤه، مرجع سابق، ص 580.

نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الصوري الظاهر، ولكن ليس هناك ما يمنع من كتابة العقد بمدة قد تطول أو تنقص، أي أن المعاصرة الذهنية بين التصرف الظاهر والتصرف المستتر إذا كانت واجبة، فإن المعاصرة المادية غير واجبة، فقد تكتب ورقة الضد المثبتة للعقد السري، بعد كتابة العقد المثبت للتصرف الصوري الظاهر، وهذا لا يتنافى مع مبدأ التعاصر، ما دام أن هناك تفاهم بين الطرفين⁽¹⁾.

هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ: 1949/12/01، الذي منحت السلطة الكاملة لقاضي الموضوع، في تقدير ما إذا كانت ورقة الضد معاصرة للعقد الظاهر أم لا، على اعتبار أنها مسألة واقعية، حيث ذكرت في ذلك: "بأن لمحكمة الموضوع، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع، أن تقرر أن العقد محل الدعوى وإن صدر في يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الآخر وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ، هو في حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تنفيذ صورية العقد الأول⁽²⁾".

كما قضت أيضاً في حكمها الصادر بتاريخ: 1949/12/15 بأنه: "يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد، توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد، وإن اختلف تاريخهما⁽³⁾".
فهذا القرار يوضح أن المعاصرة المادية، ليست هي المطلوبة لإثبات ما إذا كانت ورقة الضد معاصرة للعقد الظاهر، وإنما يكفي في ذلك المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين، وانعقدت عليها نيتهما، وقت صدور التصرف الظاهر، حتى وإن صدرت ورقة الضد بعد ذلك.

ثالثاً: شكل ورقة الضد: اكتفى المشرع الجزائري، بتوضيح الأثر المترتب عن الصورية، حيث تحدث عن أن العقد الذي يسري خاصة فيما بين المتعاقدين والخلف العام، هو العقد الحقيقي المستتر أي ورقة الضد، على حسب ما ورد في نص المادة 199 ق م ج، وهذا يعني أن المشرع يقر بهذه الورقة، إلا أنه لم يحدد لها شكلاً معيناً، وبالتالي تخضع للقواعد العامة فيما يخص الشكل.

⁽¹⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 47.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1949/12/01، طعن رقم: 205، السنة القضائية 17. نقلاً عن: الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 64.

⁽³⁾ نقض جلسة: 1949/12/15، طعن رقم: 207، السنة القضائية 17، ص 103. نقلاً عن: إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 48. مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 136.

أما المشرع المصري، فقد استثنى هذه الحالة، من شرط الشكل المطلوب في العقود الشكلية، حيث اعتبر العقد الذي يفرغ في شكل عقد آخر صحيحاً، ولو لم يراعى في تحريره الشكل المطلوب قانوناً، وضرب لذلك مثلاً وهو: عقد هبة في صورة عقد بيع، فهنا يعتبر العقد هبة، في حالة توافر شروط الصحة الموضوعية، ولو لم يصب في شكله القانوني، وإنما حرر في شكل عقد بيع. أخذاً بالعقد المستتر الذي قصده المتعاقدان. حيث جاء في المذكرة الإيضاحية، لنص المادة **245 ق م م**، ما يلي: "أما فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم، ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بين، فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة لهم، ذلك أن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقييد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره. ومن التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع، ففي مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعاً، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف، فيما عدا شرط الشكل استثناءً⁽¹⁾".

وبناءً على أن ورقة الضد، تشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدان إلى إخفائها، تحت غطاء العقد الصوري الظاهر، فكان لزاماً أن تكون ثابتة بالكتابة، حتى يحتج بها في مواجهة من يتمسك بالعقد الظاهر، سواء كان أحد المتعاقدين أو ورثته أو خلفائه⁽²⁾.

إلا أن هذه الشكلية ليست من شأنها أن تجعل ورقة الضد تسري في مواجهة الغير، لأن ما يحيط بها من سرية وخفاء يبقى قائماً، سواء صدرت في شكل عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت أو غير ثابت التاريخ. لأن الغير حسن النية الذي تعامل على أساس أن العقد الصوري الظاهر عقداً حقيقياً، يجهل حقيقة التصرف، وبالتالي لا يصح أن يحتج عليه بأمر كان يجهله⁽³⁾.

ولما كانت ورقة الضد تتضمن أحكام مخالفة لما وردت في العقد الظاهر، فيجب أن تتسم بالسرية والخفاء، لأن إعلانها وشهرها، يؤدي إلى إظهارها للحقيقة، وهو ما يتنافى مع الحكمة من وجودها. لذلك فإنه يكفي لقيامها أو إحداثها لآثارها القانونية، أن تكون ثابتة بالكتابة، بغير اشتراط شهرها، حتى ولو كان العقد الظاهر مسجلاً، فورقة الضد غير المشهورة، يجوز الاحتجاج

(1) المادة **245** من المذكرة الإيضاحية الخاصة بالقانون المدني المصري. نقلاً عن: إبراهيم المنجى، مرجع سابق، ص 54.

(2) العمروسي أنور، مرجع سابق، ص 377.

(3) الفاكهي حسن وشركاه، مرجع سابق، ص 582.

بها على طرفيها، ولو كانت في صيغة تفاسخ، متى ثبت أن في حقيقتها ليست تفاسخاً، بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ⁽¹⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية، إلى أن ورقة الضد تكون حجة على طرفيها، وإن كانت عرفية، حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ: 1974/3/26، ما يلي: "من المقرر أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية، ممن نسب إليه التوقيع عليها، فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها بما في ذلك تاريخها، إلى أن يثبت العكس، وفقاً للقواعد العامة في إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، فإن ادعى أحد طرفي المحرر، أن التاريخ المدون به غير مطابق للواقع، كان عليه بحكم الأصل، أن يثبت هذه الصورة بطريق الكتابة...⁽²⁾"

كما أكدت ما أشير إليه أعلاه، بأن ورقة الضد يجوز الاحتجاج بها ولو كانت في صيغة تفاسخ، متى ثبت أنها إقرار بصورية عقد آخر، بقولها في قرارها الصادر بتاريخ: 1949/12/1: "إن ورقة الضد غير المسجلة، يجوز الاحتجاج بها على طرفيها، ولو كانت في صيغة تفاسخ، متى كان من الثابت أنها ليست في حقيقتها تفاسخاً، بل إقرار بصورية عقد آخر، أفرغ في صورة تفاسخ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير، ولو كانت غير مسجلة، متى ثبت علمه بها⁽³⁾."

البند الثاني: آثار ورقة الضد:

تبعاً لما ذكر سابقاً، عند الحديث على آثار الصورة، وكون ورقة الضد أحد العناصر المهمة في اعتبار التصرفات صورية، لأنها تمثل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإن آثارها جزء لا يتجزأ من الآثار العامة السابقة، لذا، لا نطيل الحديث فيها، تفادياً للوقوع في ما يسمى بتحصيل حاصل، ولكن هذا لا يمنع من دراستها، من باب إعطاء كل عنصر حقه من الدراسة، وعلى إثر ذلك، نتعرض لآثارها بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام، ثم آثارها بالنسبة للغير.

أولاً: آثار ورقة الضد بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام:

بناءً على نص المادة 199 ق م ج، الذي يقضي بأنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً

⁽¹⁾ العمروسي أنور، مرجع سابق، ص 377.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1974/3/26، طعن رقم: 167، السنة القضائية 39، ص 575. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 182.

⁽³⁾ نقض جلسة: 1949/12/01، السنة القضائية 2، ص 1200. نقلاً عن: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 378.

بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي.

فإن العقد الذي يكون نافذاً فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد المستتر (الحقيقي)، أي ورقة الضد، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، لأن الطرفين عند إبرامهما للعقد قصداً ذلك العقد المستتر، أما العقد الظاهر الصوري، فما هو إلا إيهام وغطاء للعقد الحقيقي، لذا فلا يستطيع أي من طرفي العقد أو خلفهما العام أن يحتج بالعقد الظاهر، لأنه لا يسري في حقهما.

ثانياً: آثار ورقة الضد بالنسبة للغير:

انطلاقاً من نص المادة 198 ق م ج، الذي يرى بأنه: " إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري."

وكذلك فحوى المادة 244 ق م م، كما يلي: "إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين."

فإن القاعدة، أن ورقة الضد لا أثر لها بالنسبة للغير الخلف الخاص الذين اكتسبوا حقوقاً عينية بعد إبرام العقد الصوري. بالإضافة إلى الدائنين العاديين لطرفي العقد، وكل من له مصلحة غير طرفي العقد، فلا يحتج بها عليهم، ويجب اعتبار العقد الظاهر وحده، فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية، وكذا خلفهما الخاص حقيقة الموقف اعتماداً على العقد الظاهر، وفي هذه الحالة يكون لهم، أخذاً بحسن نيتهم أن يتمسكوا بهذا العقد الأخير، إذا اقتضت مصلحتهم ذلك، فلدائن المشتري مثلاً في بيع ظاهر، ولمن آل إليه البيع من المشتري، أن يتمسك بهذا البيع، وعلى نقيض ذلك، يكون لدائن البائع أو لخلف آخر من خلفائه مصلحة التمسك بورقة الضد، وعمل كل منهما صحيح. ويناط الحكم عند التنازع، عملاً بمبدأ استقرار المعاملات، فإذا تمسك دائن البائع بورقة الضد، وتمسك دائن المشتري بالعقد الظاهر، كانت الأفضلية لهذا الأخير⁽¹⁾.

وخلاصة القول، فإن ورقة الضد هي العقد المستتر، الذي ذهبت إليه إرادة المتعاقدين، حيث

⁽¹⁾ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 380.

أن من ضمن خصائصها، اتحاد المتعاقدين في العقد، ووجوب المعاصرة الذهنية، كما تعتبر أيضاً مثبتة لتعارض ورقة الضد مع العقد الحقيقي، ولم ينص المشرع الجزائري على شكل خاص بهذه الورقة، كما فعل المشرع المصري، الذي استثنى من العقود التي تتطلب شكلاً معيناً، واعتبرها صحيحة ولو لم يتبع فيها الشكل القانوني. كما نشير إلى أن ورقة الضد تعتبر العقد النافذ فيما بين المتعاقدين، في حالة إثباتها، وفي مقابل ذلك لا أثر لها بالنسبة للغير كالخلف الخاص والدائنين، وإنما يعمل بالعقد الظاهر في حقه، وفي حالة تعارض مصالح الغير، بين ورقة الضد والعقد الظاهر، تكون الأفضلية للمتمسك بالعقد الظاهر، وذلك حماية لحسن نيته واستقراراً للتعامل.

المطلب الثاني: دعوى الصورية.

يلجأ الكثير من الأشخاص إلى الصورية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة تحت غطاء اصطناع مظهر صوري، من أجل تحقيق عدة أغراض، نجد من أهمها الإضرار بالدائنين، كما لو اتفق المدين مع شخص آخر، على أن يتصرف له بالمال الذي يملكه تصرفاً غير جدي، عن طريق البيع مثلاً، ليخرجه في الظاهر من ذمته المالية، بينما في الحقيقة لا وجود لهذا البيع، وذلك تفادياً للضمان العام لدى الدائنين.

فكان من حق الدائن اللجوء إلى القضاء لإثبات حصول الصورية، والكشف على أن المال ما زال في ذمة مدينه، حرصاً على استيفاء حقوقه.

وينشأ عن هذا اللجوء إجراءات تتعلق بالإثبات وسير الدعوى، يجب توضيحها.

وتبعاً لهذا سنتعرض لدراسة دعوى الصورية، في فرعين: يخصص الأول للحديث عن ماهية دعوى الصورية، بينما نتطرق في الثاني إلى مباشرة الدعوى الصورية وأثر الحكم فيها.

الفرع الأول: ماهية دعوى الصورية

بما أن دعوى الصورية، تتضمن الكشف عن صورية التصرف، فعلى إثر هذا فهي تتصف بخصائص تميزها عن بعض الدعاوى التي تشاركها في الهدف، كما تتطلب لمباشرتها جملة من الشروط يجب توفرها، على النحو الآتي:

البند الأول: مقارنة دعوى الصورية مع غيرها.

سبق أن ذكرنا بأن دعوى الصورية تعد وسيلة من وسائل الضمان العام للدائنين، فهي على

هذا النحو تقارب إلى حد بعيد، كل من الدعوى غير المباشرة من جهة، ودعوى عدم نفاذ التصرف من جهة أخرى، لذا كان لزاماً أن نفرق بينها وبين هذه الدعاوى، من أجل تمييز كل دعوى عن غيرها، حسب ما يلي:

أولاً: مقارنة الدعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة.

قبل أن نعرض على المقارنة بين الدعويين، لابد من تبيين المقصود من الدعوى غير المباشرة، ضمن الآتي:

1_ ماهية الدعوى غير المباشرة:

أ- تعريفها:

انطلاقاً من المادة 189 ق م ج، التي تنص على أنه: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه، غير أنه لابد أن يدخله في الخصام."

فإن الدعوى غير المباشرة هي: " وسيلة قضائية رخص بموجبها القانون للدائن، ومن أجل حفظ حقه في الضمان العام، بمباشرة جميع حقوق المدين المهمل لهذه الحقوق، ضمن شروط معينة⁽¹⁾."

ولفظ "الدعوى" هنا لفظ غير دقيق، لأنه قد يوحي بأن استعمال حقوق المدين، لا يكون إلا عن طريق المطالبة القضائية أمام القضاء، رغم أنه قد يستعمل الدائن حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير، أو قام بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقاراً، حتى تنتقل ملكية هذا العقد إلى المدين، فيستطيع التنفيذ عليه، أما اصطلاح "غير مباشرة"، فهو دقيق، لأن الدائن لا يستعمل حق المدين باسمه الشخصي، بل باسم الدين، باعتباره نائباً قانونياً له⁽²⁾.

(1) عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 83.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 210.

ب- شروطها: يشترط فيها ما يلي:

- 1- أن يكون للدائن حق ثابت في مواجهة المدين، ولا يجب أن يكون مستحق الأداء، كما يشترط أن يكون للمدين حق من أي نوع في ذمة شخص آخر أو حق عيني على شيء من الأشياء⁽¹⁾.
- 2- أن يكون المدين مهملًا لحقه بأن يسكت عن مطالبة مدينه به، أو لا يقوم برفع دعوى استحقاق لحماية حق ملكيته على شيء ينازعه فيه شخص آخر، وأن يؤدي هذا الإهمال إلى إعساره⁽²⁾، أو الزيادة في الإعسار⁽³⁾.
- 3- إذا رفع الدائن الدعوى نيابة عن مدينه، عند توافر الشروط السابقة، فيجب عليه أن يدخل هذا المدين في الدعوى، حتى يصدر الحكم فيها في مواجهته، فإذا لم يفعل ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقوقه⁽⁴⁾.

ج- آثارها:

عملاً بحكم المادة 190 ق م ج، التي تقضي بما يلي: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق، يدخل في أموال المدين، ويكون ضماناً لجميع دائنيه⁽⁵⁾".

فإن الدائن لا يعمل لحسابه الشخصي، وإنما يعتبر نائباً نيابة قانونية، عن المدين.

ويترتب على ذلك، أن كل فائدة يجنيها الدائن في استعمال حقوق مدينه، لا تعود عليه وحده، وإنما تدخل في الضمان العام لجميع الدائنين، سواء من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل، فيستفيد منها الدائن الذي باشر الإجراءات مع سائر الدائنين الآخرين. ولا يستأثر بها

(1) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 149.

(2) يقصد به الإعسار الفعلي، الذي هو: "حالة زيادة ديون المدين، سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء، ما دامت محققة الوجود عن حقوقه." نقلاً عن: السنهوري، مرجع سابق، [956/2، 1117].

(3) عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 85.

(4) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 149.

(5) يطابقها نص المادة 236 ق م م.

لنفسه⁽¹⁾.

وقد أثارَت محكمة النقض المصرية، الدعوى غير المباشرة في أحكامها، واعتبرت عدم النظر في الأدلة المقدمة من قبل المدعى عليها، والتي تبين أنها دائنة لوالدها بمبالغ تزيد على ما طالبها به المدعي، من طرف قضاة محكمة الدرجة الثانية، يجعل حكم هذه الأخيرة مشوباً بالقصور. حيث جاء في قرار لها، صادر بتاريخ: 1948/02/5، ما يلي: "إذا كانت المستأنفة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف، بأنها دائنة لوالدها، بمبالغ تزيد كثيراً على المبلغ الذي طالبها به المدعي، بطريق الدعوى غير المباشرة، مستعملاً في ذلك حقوق ورثة والدها، وقدمت إلى المحكمة تأييداً لدفاعها هذا، مستندات جديدة لم يسبق لها تقديمها إلى محكمة الدرجة الأولى، وع ذلك قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف لأسبابه، دون أن ترد على المستندات الجديدة والدفاع المؤسس عليها، فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور⁽²⁾".

2- الفرق بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

بعدما وضحنا معنى الدعوى غير المباشرة، ننتقل إلى التفريق بينها وبين الدعوى الصورية، وذلك عن طريق تبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الدعويين، حسب الآتي:

أ- أوجه الشبه بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

1_ لا يشترط في كلا الدعويين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولا يكون سابقاً على التصرف الصادر من المدين⁽³⁾.

2_ لا تقتصر الدعوى فيهما على الدائن، بل يجوز لكل من تضرر من التصرف الضار أن يطعن فيه، كما أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حق المدين الذي حافظ عليه، بل يشاركه في ذلك غيره من الدائنين، على حد سواء⁽⁴⁾. ويعني ذلك أن الدخول في الخصومة ليس شرطاً للاستفادة من نتائج الدعوى، فجميع الدائنين في ذلك على حد سواء.

⁽¹⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [907/2].

⁽²⁾ نقض جلسة: 1948/2/5، طعن رقم: 149، السنة القضائية 16. نقلاً عن: الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 152.

⁽³⁾ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 167.

⁽⁴⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 210.

ولتوضيح هذا التشابه، نضرب لذلك مثلاً، في ما إذا باع مديناً عيناً مملوكة له بيعاً صورياً، فدائن البائع هنا يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء، أو أن يكون سابقاً على التصرف الصوري، وإذا نجح في دعواه استفاد منه جميع الدائنين، وكما يستطيع الدائن أيضاً، بدلاً من أن يطعن بالصورية، يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر، فيصل إلى نفس النتيجة، التي يصل إليها من خلال طعنه بالصورية، وتشترط فيه نفس الشروط السابقة_أي لا يجب أن يكون حقه مستحق الأداء، ولا يشترط فيه أيضاً أن يكون سابقاً على التصرف الصوري_، كما أن التمسك بالعقد المستتر، يفيد سائر الدائنين⁽¹⁾.

ب- أوجه الاختلاف بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

1_ إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابةً عن المدين، رفع الدعوى باسم هذا المدين، ويترتب على ذلك، أنه في الحالة الأولى، يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق، لأنه من الغير. أما في الحالة الثانية، وهو يعمل باسم المدين، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، فلا يجوز إثبات بغير الكتابة، ما تجاوزت قيمته 100.000 دج، أو فيما لم يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً⁽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 معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد⁽³⁾.

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 بالعقد المستتر نيابة عن المدين (الدعوى غير المباشرة)، جاز للخصم أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفع، التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع، لو كان هو الذي تمسك بالعقد المستتر⁽⁴⁾.

(1) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [893/1، 894].

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1122/2].

(3) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 151.

(4) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 476.

وعلى إثر ما سبق، فإن الأفضل للدائن، أن يطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر، على أن يتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين، على أساس الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾.

ثانياً: مقارنة دعوى الصورية مع دعوى عدم نفاذ التصرف.

تتطلب طبيعة الدراسة أن يتضح مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف، قبل أن تحدد أوجه المقارنة بينها وبين دعوى الصورية، ذلك ما سنبينه ضمن الآتي:

1- ماهية دعوى عدم نفاذ التصرف:

أ- تعريفها:

تنص المادة 191 ق م ج، على ما يلي: " لكل دائن حل دينه، وصدر 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، وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية."

فإن دعوى عدم نفاذ التصرف⁽²⁾، تعرف بأنها: "دعوى تقام من قبل الدائن للطعن في تصرفات مدينه المعسر، التي تكون ضارة به، بقصد حمايته من تلك التصرفات التي تنقص من الضمان العام وتضعفه⁽³⁾".

فهذه الدعوى منحها المشرع، لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره⁽⁴⁾.

ومثال ذلك: مديناً ساءت حالته المالية، وزادت ديونه على حقوقه، مما يعني أنه أصبح معسراً، فيعمد إلى تهريبها كأن يبيعها بثمن بخس، أو يهبها لزوجته وأقاربه وأولاده، وذلك خوفاً

⁽¹⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1123/2].

⁽²⁾ اصطلاح على تسميتها بالدعوى البوليصية، نسبة للريتور الروماني، الذي أوجدها في عهده (بولص). نقلاً عن:

إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 207.

⁽³⁾ ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، [327/2].

⁽⁴⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 206.

من الضمان العام للدائنين على تلك الأموال، فهنا يحق للدائنين الطعن في تصرفات المدين الضارة بهم، والتمسك بعدم نفاذها في حقهم⁽¹⁾.

ب- شروطها:

عملاً بأحكام المادتين: (191 و 192)⁽²⁾ ق م ج، فإن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف تتعدد، فبعضها يتعلق بالدائن، ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه، كما أن هناك شروط يجب أن يتصف بها المدين. نلخصها على سبيل الإجمال فيما أشارت إليه المحكمة العليا، بموجب قرار لها، صادر بتاريخ: 15 أفريل 2009، حيث ورد فيه: "لدعوى نفاذ التصرف شرطان:

الأول: أن يكون الدين حال الأداء، وخالياً من أي نزاع، وسابقاً لوجود تصرف المدين الضار.

الثاني: أن يباشر المدين تصرفاً قانونياً، سواء كان بمعاوضة أو تبرعاً، وأن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين⁽³⁾."

وهي على التفصيل الآتي:

1- الشروط المتعلقة بالدائن:

يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء، فالدائن الذي أضيف حقه إلى اجل واقف، ينتظر حلول الأجل المتفق عليه للمطالبة به. كما يجب أن يكون حقه سابقاً على التصرف المطعون فيه،

(1) ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، [327/2].

(2) تنص المادة 192 ق م ج، على ما يلي: "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن، إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش، يكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش، أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره.

كما يعتبر من صدر له التصرف، عالماً بغش المدين، إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر.

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعاً، فإنه لا يحتاج به على الدائن، ولو كان المتبرع له حسن النية.

إذا كان المتبرع له حول بعوض المال، الذي نقل إليه، فليس للدائن أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مدينه، إلا إذا كان المحال إليه المتبرع له، قد علما بغش المدين هذا، في حالة ما إذا تصرف المدين بعوض، وكذلك الحال إذا

كان تصرف المدين بدون عوض، وعلم المحال إليه بعسر المدين، وقت صدور التصرف لصالح المتبرع له."

(3) قرار رقم: 468751، بتاريخ: 2009/04/15. المحلة القضائية لسنة 2010، عدد 1، ص 125.

فالضمان العام للدائن يتمثل بأموال المدين الموجودة وقت التصرف، وبالأموال التي تزول إليه بعد ذلك، إلى حين استحقاق الدين. أما أموال المدين التي كانت لديه قبل التصرف، فلا تدخل في الضمان العام لدى الدائن. بالإضافة إلى ضرورة وجود مصلحة له في الطعن، بمعنى أن يلحق به ضرر جراء التصرف الذي قام به المدين⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ: 06 فيفري 2002، حيث ورد فيه: "إن رفض دعوى الطاعن الرامية إلى القضاء بعدم نفاذ التصرفين، المتضمنين الهبتين المتنازع حولهما في حقه باعتباره دائناً، يعد خرقاً لأحكام المادتين 191، 192 من ق م، اللتان تجعلان كل تصرف يضر بمصالح الدائن مرفوضاً، مما ينجر عنه النقص⁽²⁾".

2- الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه:

يجب أن يكون عمل المدين تصرفاً قانونياً، فلا يجوز الطعن في الأعمال المادية، كما إذا هدم بناية له أو أهمل بستاناً مثلاً. كذلك وجوب أن يكون التصرف مفقراً، فإذا لم يكن من شأن التصرف انتقاص حقوق المدين، فلا سبيل للطعن بهذه الدعوى (دعوى عدم نفاذ التصرف). كما يشترط أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، بأن ينقص من حقوقه، أو يزيد في التزاماته، كالذي يهب عيناً مملوكة له. مع ضرورة إثبات أن هذا العمل، قد يؤدي إلى إعساره⁽³⁾.

3- الشروط التي تتعلق بالمدين:

هناك شرطين أساسيين، يجب أن يكونا في المدين، حتى يتمكن الدائن من إعمال دعوى عدم نفاذ التصرف، هما: أن يسبب تصرف المدين في إعساره أو الزيادة في هذا الإعسار، أي لا تكون لديه أموال تكفيه لتسديد دينه، والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف، فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره، أو أن يزيد التصرف فيه، إذا كان معسراً قبل ذلك، كالذي يبيع مالا بثمن أقل من المثل أو يشتريه بثمن يزيد عن المثل وغيره، ويجب أن تستمر حالة

⁽¹⁾ عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 148 وما يليها.

⁽²⁾ قرار رقم: 254083، بتاريخ: 2002/02/06. المجلة القضائية لسنة 2003، عدد 1، ص 183.

⁽³⁾ الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 137، 138.

الإعسار طيلة الخصومة، لأن زواله يؤدي إلى زوال المصلحة⁽¹⁾. وإذا ادعى الدائن عسر المدين، فإن نص المادة 193 ق م ج⁽²⁾، أوجب عليه أن يثبت ما عليه من ديون مستحقة، ومتى ما أقام الدائن هذا الدليل، فعلى المدين إثبات أن لديه من الأموال ما يساوي قيمة الدين أو يزيد عنه.

كما يجب توافر قصد الغش لدى المدين، ويترتب على الدائن إثبات ذلك بكل الطرق، بإقامة الدليل على أن المدين كان على علم بإعساره، عندما قام بالتصرف، قرينة كافية على قصد الغش منه، على أنه إذا كان التصرف تبرعياً، كهبة مثلاً، فليس للدائن أن يثبت قصد الغش، بل يكفي في ذلك إثبات إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. لأنه لا يحق للمدين التبرع إذا كان يؤدي إلى الإضرار بالدائنين⁽³⁾.

ج- آثارها:

تتعدد آثارها تبعاً لاختلاف الأطراف، على النحو الآتي:

1- آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائنين:

يترتب على هذه الدعوى، في حال توفر شروطها، القضاء بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه، فإذا كان هذا التصرف يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام، ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، كما يترتب على عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، أن المال المتصرف فيه، لا يعتبر في ضمان دائني المتصرف إليه.

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد منه جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم⁽⁴⁾. وهذا ما أقرته المادة 194 ق م ج، بقولها: "متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن، استفاد من ذلك جميع الدائنين، الذين صدر هذا التصرف إجحافاً بحقهم."

2- آثار دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة للمتعاقدين:

لا تتأثر العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، بصدور الحكم في دعوى عدم نفاذ التصرف،

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [955، 954/2].

(2) تقابلها المادة 239 ق م م.

(3) عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 154.

(4) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 139.

فهي لا تبطل التصرف ولا توقف نفاذه بين المتعاقدين، وتبعاً لهذا فإن الملكية تنتقل من المدين إلى المتصرف إليه، فإذا كانت أموال المدين، بعد خروج العين من ذمته، تكفي للوفاء بديونه، بقي المتصرف إليه مالكا للعين، ولا يكون لهذه أي أثر على الملكية، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بديونه، فإنه يحق لدائنيه التنفيذ على العين التي تصرف بها، رغم انتقالها إلى الذمة المالية للمتصرف إليه، وأصبح هذا الأخير دائناً عادياً للمدين بقيمة العين، وشارك الدائنين في قسمة الغرماء، بما فيها العين التي تم التنفيذ عليها، أما إذا تم التنفيذ على العين وبقي شيء من ثمنها لم يشمل التنفيذ، كان من حق المتصرف إليه، لأنه المالك للعين، وليس للمدين شيء منه، لأن أثر الحكم في دعوى عدم نفاذ التصرف، يقتصر على حماية الضمان العام للدائنين. وعلى المتصرف إليه في حالة التنفيذ، الرجوع على المتصرف بدعوى الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

وقد أوردت المحكمة العليا مثال عن قضية، استدعت رفع دعوى، للمطالبة بعدم نفاذ التصرف، حيث ورد ضمن وقائعها ما يلي: "حيث يستخلص من ملف القضية، أن الطاعن دائن للمطعون عليه بمبلغ: 357.000.00 دج، يصبح مستحق الأداء بتاريخ: 1997/07/20، ثابت هذا الدين بمحضر رسمي، المطعون عليه يملك عقاراً، قام بحبسه بموجب محضر رسمي مؤرخ في: 1997/06/29... وحيث أن قضاة الموضوع كان مطروحاً عليهم النزاع، وهو ما قام به المطعون عليه، يضر بالدائنين ويضعف من الضمان العام، وبالتالي فإن الطاعن كان يتمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه، استناداً إلى أحكام المادة 191 ق م ج⁽²⁾".

د- تقادمها:

عملاً بنص المادة 197 ق م ج⁽³⁾، فإن دعوى عدم نفاذ التصرف تسقط، على حسب الحاليتين التاليتين:

- تسقط بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في

⁽¹⁾ عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 157، 158.

⁽²⁾ قرار رقم: 302161، بتاريخ: 2005/05/25، نشرة القضاة لسنة 2010، عدد 65، ص 251.

⁽³⁾ تنص المادة 197 ق م ج، على ما يلي: "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."

حقه.

– تسقط بانقضاء خمسة عشر سنة، من تاريخ تصرف المدين، وذلك بالنسبة لجميع الدائنين، ولو جهلوا بصدور التصرف، أو بسبب عدم نفاذه في حقهم.

2- أوجه الاتفاق والاختلاف بين دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرف:

بعدما عرفنا، دعوى عدم نفاذ التصرف، وكيف نظمها المشرع الجزائري، نستطيع على ضوء ذلك، التفريق بينها وبين دعوى الصورية، في النقاط التالية:

أ- أوجه الاتفاق بين الدعويين:

1- تتفقان من حيث أن المدين في كليهما يحاول أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله، فيتصرف في هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً، وفي الحالتين لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن⁽¹⁾.

2- أثر الحكم في الدعويين يتعدى الدائن المحكوم له إلى سائر الدائنين، بحيث يستفيد الدائنون جميعاً من الحكم، وإن لم يشترك بعضهم في رفع الدعوى، أو لم يتدخل فيها⁽²⁾.

3- وحدة الغرض من الدعويين، وهو المحافظة على الضمان العام للدائنين، عن طريق الطعن في التصرف الذي يصدر من المدين، لإبعاد ماله عن متناول دائنيه إضراراً بحقهم⁽³⁾.

ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين:

1- دعوى الصورية تعالج حالة المدين الذي يتصرف تصرفاً صورياً، ليس له وجود حقيقي في الواقع، إذ العبرة بالعقد المستتر الحقيقي، وليس له أي أثر بين المتعاقدين، ولا يترتب عليه إخراج مال من ذمة المدين المالية، كما لا ينتج عليه أي أثر بالنسبة إلى الغير، إلا بقدر ما يكون ذلك لازماً لاستقرار المعاملات. في حين أن دعوى عدم نفاذ التصرف تعالج حالة المدين الذي تصرف تصرفاً جدياً، ينتج أثره فيما بين المتعاقدين والخلف والدائنين، فأخرج مالا من ذمة المدين، تهدف هذه الدعوى إلى إعادته إليها⁽¹⁾.

(1) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 169.

(2) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 478.

(3) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 208.

(1) سليمان مرقس، مرجع سابق، [390/4].

2_ ليس بالضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بالنسبة لدعوى الصورية، وإنما يكفي أن يكون حق الدائن حالياً من النزاع، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف، يستطيع أن رفع الدعوى، لأن الدائن عندما يطعن في التصرف الصوري، لا يرمي إلى إعادة مال خرج من الضمان العام، بل ليثبت حقيقة العقد الظاهر الوهمية، وأن العين ما زالت في ملك المدين، حتى يستطيع التنفيذ عليها، في حين أنه في دعوى عدم نفاذ التصرف يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء⁽¹⁾.

3_ يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف، فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه⁽²⁾.

4_ لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون المقصود بالتصرف المطعون فيه الإضرار بالدائن ولو كان معاوضة، لأن المقصود هو عدم وجود التصرف الظاهري، ولا ينفىها أن يكون المتصرف يهدف إلى غرض آخر، غير الإضرار بالدائن، كإظهار المتصرف إليه بمظهر الثراء مثلاً، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف، 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⁽³⁾.

5_ دعوى الصورية يستطيع أن يرفعها كل من له مصلحة مشروعة، سواء أكان الدائن أو الخلف الخاص أو أحد المتعاقدين، أما دعوى عدم نفاذ التصرف، فلا يرفعها إلا الدائن⁽⁴⁾.

6_ في دعوى الصورية إذا تنازع دائن البائع مع دائن المشتري، كانت الأفضلية لدائن المشتري، إيثارة للعقد الظاهر_ كما تقدم_، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف، فإنه إذا باع المدين عيناً بهدف الإضرار بدائنه، اعتبر البيع غير نافذ في حق هذا الأخير، ويقدم هذا الدائن في استيفاء

(1) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 209.

(2) الدناصوري والشواري، مرجع سابق، ص 142.

(3) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 169، 170.

(4) السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، [893/1].

حقه على دائن المشتري⁽¹⁾.

7_ دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، كونها تهدف إلى تقرير أمر واقع مستمر، أما دعوى عدم نفاذ التصرف، فتسقط_ كما بينا آنفاً_ بالتقادم⁽²⁾.

خلاصة: تبعاً لما سبق، نخلص إلى أن المهم في هذا العرض، أن جميع الدعاوى المذكورة، أي كل من دعوى الصورية، دعوى عدم نفاذ التصرف وكذا الدعوى غير المباشرة، يجتمعن في مزية جوهرية، وهي السعي إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين وحماية حقوقهم.

الفرع الثاني: آليات دعوى الصورية.

يدخل تحت هذا الفرع، أساس دعوى الصورية، والمسائل اللازمة لمباشرتها، نتطرق لهذه النقاط فيما يلي:

البند الأول: الأساس القانوني لدعوى الصورية

إن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام الصورية في صورة نظرية عامة، ولم يخصها بباب معين، وإنما تطرق إليها في الفصل الثالث، ضمن الباب الثاني، تحت عنوان: ضمان حقوق الدائنين.

وعلى إثر ذلك، فإن أساسها، مدرج ضمن نص المادة 188 ق م ج، حيث ورد فيها أن: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان⁽³⁾."

تبعاً لهذا النص، فإن أساس دعوى الصورية، هو الضرر الذي يصيب الدائن، سواء كانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة، ذلك لأن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري، يكون قد أحل بالتزام تبعية (المحافظة على الضمان العام للدائنين)، إلى جانب التزامه الأصلي (سداد الدين)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 484.

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1120/2]. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 170.

⁽³⁾ يقابلها نص المادة 234 ق م م.

⁽¹⁾ الشواربي والدناصري، مرجع سابق، ص 119، 120.

فهذا التظاهر الذي يخالف الحقيقة، المبنية على عدم التصرف في المال، يؤدي إلى القول بأن الغرض الذي يصبوا إليه الدائن من دعوى الصورية، هو الكشف عن هذه الحقيقة، فيستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام، تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه، إذ تقوم فكرة الضمان العام، الواردة في نص المادة 188 ق م ج، على أساس أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه، أي أن دعوى الصورية، تعتبر دعوى تمهيدية تحفظية لدعوى أخرى يباشرها الدائن، للتنفيذ على أموال المدين لاستيفاء حقه⁽¹⁾.

فهذه الدعوى ترمي إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وعدم ترك الظاهر الخادع، ينتج أي أثر قانوني لم تتجه إليه إرادة الأطراف أصلاً، فعندما ينكر أحد الأطراف أو خلفه العام صورية التصرف، فلا بد من اللجوء إلى القضاء لإبراز التصرف الظاهر الصوري، وكشف الحقيقة المضمر⁽²⁾. فوظيفة هذه الدعوى بالنسبة للدائنين، هي مجرد الكشف عن الحقيقة، من كون المال المتصرف فيه، ما زال في ذمة المدين وضمن الضمان العام لدائنيه⁽³⁾.

هذا ما يؤدي بنا إلى القول كخلاصة، بأن أساس دعوى الصورية، يقوم على فكرة المحافظة على الضمان العام للدائنين عموماً، من كيد المدين، الذي يسعى دائماً، تبعاً لسوء نيته، إلى التهرب من تسديد ديونه، عن طريق إبرام تصرفات صورية، توهم بأن الأموال التي كانت بجوزته قد خرجت من ملكه، بيد أنها في حقيقة الأمر ما زالت تحت سلطته، وهذا لكي يمنع الدائنين من التنفيذ عليها، فرسم المشرع طريقاً لعلق الطريق أمام المدين، من خلال هذه الدعوى التي تكشف حقيقة ما يستره، في حال ما إذا أثبت المدعي ما يدعيه.

البند الثاني: المسائل اللازمة لمباشرة دعوى الصورية

أولاً: أطراف دعوى الصورية

بما أن دعوى الصورية تعتبر طريق لكشف الحقيقة، فإنه يباشرها كل من له مصلحة في التمسك بهذه الحقيقة، فلا يتصور رفعها ممن في مصلحته التمسك بالعقد الظاهر، كالموهور له

⁽¹⁾ إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 205.

⁽²⁾ عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 348.

⁽³⁾ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 294.

والموصى له والمشتري من المشتري الصوري وخلفهم العام أو الخاص ودائنيهم⁽¹⁾، وإنما يحتمل رفعها من قبل:

أ- أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر، فيرفعها مثلاً البائع ليتخلص من موجباته كبائع تجاه المشتري الصوري، ويرفعها الواهب المستور بوجه الموهوب له المستور، لكشف حقيقة التصرف التبرعي، تمهيداً للرجوع بالهبة أو طلب إبطالها ونحوهما، وفي هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى، كخلف المشتري الظاهر إذا كان سيء النية⁽²⁾.

وقد يكون الطعن بالصورية، في صورة دفع في دعوى، يرفعها أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر، بموجب العقد الظاهر، ويجوز إبداء هذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولكن لا يجوز إبدائه لأول مرة أمام المحكمة العليا. ويتزل متزلة أطراف العقد الصوري، خلفهم العام، كالورثة والموصى لهم بجزء من التركة. كما أن للدائن أن يرفع دعوى الصورية باسم مدينه، وهنا لا يكون من طائفة الغير، ولا يجوز له إثبات الصورية، إلا بالطرق التي منحها القانون للمدين في الإثبات⁽³⁾.

ب- الغير صاحب المصلحة أيضاً، يستطيع رفع دعوى الصورية بوجه طرفي الصورية أو أحد أطرافها، وذلك بناءً على الضرر الذي لحقه من التصرف، فيطعن في العقد الظاهر بالصورية، ويتمسك بالعقد المستتر، لوجود مصلحة له في ذلك، فتقام مثلاً من دائني البائع، ليتمكنوا من التنفيذ على المال المباع صورياً، أو تقام من كل من تلقى من البائع حقاً متعلقاً بذلك المال، كمشتري ثان أو دائن مرتهن أو مستأجر، ويجب في هذه الحالة إدخال طرفي الصورية في الخصومة⁽⁴⁾.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: "لا يوجب القانون في دعوى الصورية، المرفوعة من المشتري الثاني ضد المشتري الأول، وهو أحد ورثة البائع، اختصاص أشخاص معينين، ومن ثم

(1) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 350.

(2) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 121.

(3) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 214، 215.

(4) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 352.

فإن عدم اختصاص ورثة البائع، لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر في الدعوى حجية عليهم، دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم.

لما كان ذلك، فإنه لا يقبل من الطاعن (المشتري الأول)، التحدي بعدم اختصاص ورثة البائع له⁽¹⁾.

ثانياً: المصلحة في رفع دعوى الصورية

نصت الفقرة الأولى من المادة 13 ق إ م إ، على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."

عملاً بأحكام هذا النص، وأخذاً بمبدأ "لا دعوى بغير مصلحة"، فلا يحق لأي كان أن يرفع دعوى أمام القضاء، ما لم تكن له مصلحة في ذلك.

والمقصود بالمصلحة: "تلك المنفعة التي يحصل عليها الفرد، من رفع الدعوى أو هي الباعث أو الدافع على رفع الدعوى"⁽²⁾.

ولما كانت دعوى الصورية تفيد حق الالتجاء إلى القضاء، قصد حماية الحق أو المركز القانوني المدعى به، فإنه يلزم توافر المصلحة لطرفي هذا الحق، بأن ترفع ممن يدعي استحقاقه لهذه الحماية، ضد من يراد الاحتجاج عليه بها، فلا يقبل الطعن بالصورية، ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد، وعلى ذلك فشرط قبول الخصومة، هو قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي، حتى تعود على المدعي منفعة من خصام المدعى عليه، تمهيداً للحكم عليه بطلبات المدعي⁽³⁾.

ولكي تكون هذه المصلحة معتبرة، يجب أن تكون قانونية، بمعنى أنها مستندة إلى حق يحميه القانون. كما يجب أن تكون مباشرة، أي أن الفائدة التي تجني من رفعها تعود مباشرة إلى صاحب الحق محل الحماية، سواء رفعت الدعوى من قبله أو من طرف ممثله القانوني. وأن تكون أيضاً

⁽¹⁾ نقض جلسة: 1973/6/26، طعن رقم: 161، السنة القضائية 38، ص 967. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 98.

⁽²⁾ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري_الخصومة القضائية أمام المحكمة، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م، [13/1].

⁽³⁾ أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 33.

قائمة وحالة، حيث أن الاعتداء قد وقع فعلاً على الحق أو المركز القانوني المبرر للاتجاه إلى القضاء من أجل حمايته⁽¹⁾.

وتبعاً لهذا، فإنه يجوز للمشتري الثاني أن يتدخل في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع، كان قد اشترى نفس الشيء من وارث البائع، وذلك بالطعن بصورية عقد المشتري الأول بقصد إهداره، كما لا يجوز للوارث أن يتدخل في دعوى صحة نفاذ عقد بيع أقامها آخر، سواء كان هو أيضاً وارثاً أو من الغير على المورث الحي، مدعياً أن العقد صوري صورية مطلقة أو نسبية، لأنه لم يصبح وارثاً بعد، وبالتالي فلم تتوافر لديه المصلحة القانونية التي تجيز له التدخل، وفي حالة تدخله، فإن المحكمة تقضي بعدم قبوله، لأنه لا يصح إلا بعد وفاة مورثه⁽²⁾.

ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة، إذا كان 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 محقق، يتجلى في إنقاص الذمة المالية للمدين، وهو بدوره يحافظ على الضمان العام للدائنين، إلا أن ذلك لا يعني أن كل مصلحة محتملة يمكن رفع الدعوى بناءً عليها⁽³⁾.

وتطبيقاً للنص القانوني، فإن المحكمة العليا رفضت أحد الدعاوى، استناداً لخلوها من أي مصلحة، لأن الفائدة التي تجنى من ورائها لم تعد موجودة، بناءً على أن الطرفين قاما بعقد صلح عند الموثق، ومن ثمة فالتراع يكون قد انتهى بين الطرفين، وهو ما يؤدي إلى انعدام مصلحة قائمة في رفعها⁽⁴⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية، بأن: "الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه، وفي حدود هذه المصلحة، فإذا كان المشتري الثاني قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع على المشتري الأول، قاصداً إهدار هذا العقد في القدر الذي اشتراه، فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشتري الأول، فيما زاد على القدر الذي اشتراه

(1) سليمان بارش، المرجع نفسه، ص 15، 14.

(2) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 320.

(3) عرفات نواف فهمي، مرجع سابق، ص 62.

(4) قرار رقم: 233625، بتاريخ: 2001/01/17، نشرة القضاة لسنة 2006، عدد 58، ص 153.

المشتري الثاني، استناداً إلى صورية العقد، يكون قد خالف القانون في هذا الخصوص⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، أقرت بأن المصلحة النظرية لا تكفي لقبول دعوى الصورية، بل يجب أن تكون قائمة وحالة، وذلك بقولها أن: "دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة، لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة، فلا تقبل إلا لمن له مصلحة قائمة وحالة فيها، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه"⁽²⁾.

الفرع الثالث: مباشرة دعوى الصورية

بعدما تطرقنا إلى آليات دعوى الصورية، من حيث أنها تعتبر كاشفة لحقيقة التصرف، كما يرفعها صاحب المصلحة في حدود تلك المصلحة، والمتمثلة أساساً فيمن يتمسك بالعقد المستتر. تنتقل إلى كيفية مباشرة هذه الدعوى، حيث نتطرق ضمن هذا المطلب إلى المحكمة صاحبة الاختصاص بالنظر في دعوى الصورية، ومعرفة ما إذا كانت هذه الدعوى تنقضي بالتقادم أم لا، ثم الحديث عن أثر الحكم الصادر فيها.

البند الأول: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الصورية.

بناءً على أن دعوى الصورية تدخل في نطاق الدعاوى، فإن المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تكون طبيعتها صورية، تطبق عليها القواعد العامة في كيفية معرفتها، وعلى ذلك، يجب أن نفرق هنا بين الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم، حيث أننا نقتصر عن القضاء العادي، كون أن القضايا التي تكون الإدارة بصفتها صاحبة السيادة طرفاً فيها، قلما تجدها في مثل هذه القضايا، التي تدخل ضمن القانون الخاص.

والقاعدة في تحديد الاختصاص في دعوى الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام، تتمثل في الوقوف على حقيقة التصرف الحاصل، بصرف النظر عن العناصر الظاهرة، التي يحرص الطرفان على إبرازها بشكل وهمي، ويكون ذلك بالرجوع إلى ورقة الضد إن وجدت، أو عن طريق كافة العناصر الموضوعية، التي رافقت تنفيذ الاتفاقات الحقيقية، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل

⁽¹⁾ نقض جلسة: 1974/01/22، طعن رقم: 369، السنة القضائية 25، ص 216. نقلاً عن: أحمد هاني مختار، مرجع سابق، ص 113.

⁽²⁾ نقض جلسة: 1979/01/25، طعن رقم: 135، السنة القضائية 46، ص 381. نقلاً عن: محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 95.

الخلف الخاص أو من قبل الغير، فإنه يتم تحديده عن طريق العقد الظاهر⁽¹⁾.

أولاً- الاختصاص النوعي:

يتمثل الاختصاص النوعي في الجهة القضائية التي يحق لها أن تنظر في النزاع، أو هو نطاق القضايا، التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها، وفقاً لنوع الدعوى⁽²⁾.

حيث جاء في المادة 32 ق إ م إ، بأن المحكمة الابتدائية هي صاحبة الاختصاص العام، حيث تفصل في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة ونحوها، حيث أنها تفصل عملاً بأحكام المادة 33 ق إ م إ، كذا المادة 57 ق أ ج، بأحكام كأول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج)، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة تتجاوز هذه القيمة. بالإضافة إلى الدعاوى المتعلقة بالطلاق والتطليق والخلع، فيما عدا جوانبها المادية.

كما أن التسريح التأديبي، بالنسبة للمنازعات الفردية للعمل، يأخذ نفس الحكم، حيث تفصل فيه المحكمة الابتدائية بحكم بات غير قابل للاستئناف، طبقاً للفقرتين 3 و 4 من نص المادة 73 من قانون 29/91، المؤرخ في: 14 جمادى الثانية 1412هـ الموافق لـ: 21 ديسمبر 1991⁽³⁾، المعدل والمتمم للقانون رقم 11/90، المؤرخ في: 21 أبريل 1990م، والمتعلق بعلاقات العمل، حيث صرحت بأن كل تسريح فردي، يتم خرقاً لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفياً، وفي هذه الحالة يمكن للعامل المتضرر أن يقدم طلب إلغاء قرار التسريح، وأن يطلب تعويض عن الضرر الذي لحق به لدى الجهة المختصة، التي تبت بحكم ابتدائي ونهائي في القضية. وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف.

أما الاختصاص النوعي للمجلس القضائي، طبقاً لنص المادتين 34، 35 ق إ م إ، وعملاً بمبدأ حق التقاضي على درجتين، فيشمل النظر في الأحكام المستأنفة، التي فصلت فيها المحاكم

(1) عبد الله سامي، مرجع سابق، ص 374.

(2) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغداددي، باش جراح-الجزائر، 2009، ص 74.

(3) الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 68، ص 8 وما يليها.

الابتدائية التي تدخل في نطاقه، بأحكام ابتدائية، حتى ولو كان وصفها خاطئاً⁽¹⁾.

كما يختص أيضاً بالفصل في الطلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة، بالنسبة للمحاكم أو الجهات القضائية، الواقعة ضمن دائرة اختصاصه، طبقاً لما هو مقرر في المادة 399 ق إ م⁽²⁾ وما يليها، وكذا بطلبات الرد، المرفوعة ضد قضاة المحاكم، مع تحقق شرط الاختصاص دائماً في إطار ما قرره المادة 241⁽³⁾ وما يليها من نفس القانون.

ولقد أفادت المحكمة العليا، بأن الاختصاص النوعي يتعلق بنوع الدعوى، والنظر إلى المحكمة المختصة في الحكم فيها، وليست لها أية علاقة بشخص القاضي، حيث جاء في قرار لها أنه: "من المقرر قانوناً، أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة، وإنما يعلق بنوع الدعوى، ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي بضمها لا يترع من القاضي المدني اختصاصه..."⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المقصود من الأحكام التي كان وصفها خاطئاً: "تمكين المجلس من بسط ولايته، على الأحكام الصادرة عن محكمة أول درجة، لمنع التعسف ومراقبة التكييف القانوني، فقد يأتي وصف الحكم على أنه نهائي، بينما هو ابتدائي." نقلاً عن: بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 81.

⁽²⁾ تنص المادة 399 ق إ م، على ما يلي: "إذا كانت المحاكم تابعة لنفس المجلس القضائي، تقدم عريضة الفصل في النزاع أمام هذه الجهة، التي تحدد الجهة القضائية المختصة، وتحيل القضية عليها لتفصل فيها طبقاً للقانون. وإذا كانت هذه المحاكم تابعة لمجالس قضائية مختلفة، تقدم العريضة أمام الغرفة المدنية للمحكمة العليا."⁽³⁾ ورد نص المادة 241 ق إ م، على النحو الآتي: "يجوز رد قاضي الحكم، ومساعد القاضي في الحالات الآتية:

- 1- إذا كان له أو لزوجه مصلحة شخصية في النزاع،
 - 2- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة،
 - 3- إذا كان له أو لزوجه أو أصولهما أو فروعهما، خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم،
 - 4- إذا كان هو شخصياً أو زوجه أو أحد أصوله أو أحد فروعه، دائناً أو مدينياً لأحد الخصوم،
 - 5- إذا سبق له أن ادلى بشهادة في النزاع،
 - 6- إذا كان ممثلاً قانونياً لأحد الخصوم في النزاع، أو سبق له ذلك،
 - 7- إذا كان أحد الخصوم في خدمته
 - 8- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمة أو عداوة بينة."
- ⁽⁴⁾ قرا رقم: 33528، بتاريخ: 1985/04/03. المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 4، ص 48.

ثانياً: الاختصاص الإقليمي:

يقصد بالاختصاص الإقليمي: "ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها، استناداً إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي"⁽¹⁾.

ولقد اعتمد المشرع الجزائري، موطن المدعى عليه، ضابط إسناد عام في تحديد الاختصاص الإقليمي، طبقاً لما نصت عليه المادة 37 ق إ م إ، حيث جاء فيها ما يلي: "يؤول الاختصاص الإقليمي، للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"⁽²⁾.

والسبب في ذلك، يرجع إلى أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، حتى يثبت العكس، وعلى المدعي أن يثبت ذلك في موطن المدعى عليه، لكون أدلة الإثبات غالباً ما تتركز فيه، كما أن الدين مطلوب وليس محمول، فعلى المدعي أن يبادر بالمطالبة بدينه في موطن المدعى عليه، بالإضافة إلى الحرص على إيجاد نوع من التوازن بين مراكز الخصوم، فكما أن المدعي من حقه أن يرفع الدعوى، في اللحظة التي يختارها، فعليه أن يذهب إلى حيث يقيم المدعى عليه لرفع الدعوى"⁽³⁾.

أما في حالة تعدد المدعى عليهم، فيكون للمدعي الخيار في اختيار محكمة موطن أحدهم، طبقاً لنص المادة 38 ق إ م إ⁽⁴⁾، وذلك حرصاً على دفع المشقة، حيث أنه يجمع طلباته كلها في محكمة واحدة، أمام محكمة واحدة، لأن تطبيق القاعدة التقليدية سيحمله إقامة دعاوى متعددة،

⁽¹⁾ بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 83.

⁽²⁾ أمر رقم: 154/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966، المعدل والمتمم، يتضمن قانون الإجراءات المدنية. الجريدة الرسمية. عدد 47، مؤرخة في: 19 صفر 1986هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1966م.

⁽³⁾ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2008، ص 65.

⁽⁴⁾ جاء نص المادة 38 ق إ م إ، كالتالي: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم."

كما يؤدي إلى زيادة النفقات واحتمال تعارض الأحكام⁽¹⁾.

ويشترط في ذلك، تعدد المدعى عليهم تعدد حقيقي وليس تعدد صوري، فلا يجوز إقامة دعوى أمام محكمة شخص لا صلة له بالتزاع، لجذب بقية الأشخاص أمام هذه المحكمة، كما يجب أيضاً أن يكون المدعى عليهم ملتزمون بصفة أصلية، كالمدينين المتضامنين، فلا يحق إقامة الدعوى أمام محكمة الكفيل لجذب المدين الأصلي⁽²⁾.

إلا أن هناك استثناءات واردة على القاعدة العامة رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه، وترجع مبررات ذلك، إما لطبيعة الوقائع، أو بالنظر لأطراف الخصومة:

فالنظر لطبيعة الوقائع، فقد نصت المادة **39 ق إ م**، إلى خمس مواد، من بينها مثلاً: في الدعاوى المختلطة، تكون الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال هي صاحبة الاختصاص، وأيضاً فيما يخص تعويض الضرر، فإن المحكمة المختصة هي التي وقع داخل نطاقها الفعل الضار.

تلتها المادة **40 ق إ م**، التي أفادت بأن الدعاوى المتعلقة بالعقار وما يتعلق به، ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، وأيضاً في ما يتصل بالأحوال الشخصية، فإن المحكمة المختصة بالنسبة لدعاوى الميراث، هي التي يقع في دائرتها موطن المتوفى، وكذا محكمة مسكن الزوجية فيما يخص دعاوى الطلاق... ونحو ذلك.

أما بالنظر لأطراف الخصومة، فإن المشرع الجزائري ووفقاً لما ورد ضمن المادتين **41**⁽³⁾ و**42**⁽¹⁾ **ق إ م**، قد أخذ بمبدأ تطبيق القوانين من حيث المكان، إذا كانت الدعاوى مرفوعة ضد

(1) بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 85.

(2) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 68.

(3) تنص المادة **41 ق إ م**، على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري". كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائرين."

(1) جاء مضمون المادة **42 ق إ م**، كما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري، أمام الجهات القضائية الجزائرية، بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي."

أو من الأجنب.

وفيما يخص الدعاوى المرفوعة من أو ضد القضاة، فإن المشرع قد فرق بين حالتين في الأمر، حيث أن الدعوى التي يكون فيها القاضي مدعي، ويؤول فيها الاختصاص لجهة قضائية تابعة للمجلس الذي يمارس فيه مهامه، فوجب عليه حينئذ، طبقاً لنص المادة 43 ق إ م إ، أن يرفعها أمام محكمة أخرى، تابعة لأقرب مجلس قضائي محاذ للمجلس الذي يزاول فيه وظيفته.

أما إن كان القاضي مدعى عليه، فقد خير المشرع الجزائري الخصم المدعي، على حسب ما نصت عليه المادة 44 ق إ م إ، بين أن يتمسك بالقواعد العامة للاختصاص الإقليمي-موطن المدعى عليه، أو يرفعها أمام جهة قضائية، تابعة لأقرب مجلس محاذ، لذلك الذي يمارس فيه وظيفته.

وذلك من أجل دفع أي شبهة محتملة، بشأن وقوع مجاملة في غير محلها بالنتيجة⁽¹⁾.

بقي فقط أن نشير إلى طبيعة الاختصاصين النوعي والإقليمي:

حيث أن الاختصاص النوعي يعد من النظام العام، عملاً بأحكام المادة 36 ق إ م إ، وبالتالي لا يجوز مخالفة أحكامه ولا الاتفاق على غيره، وتقضي به الجهة القضائية، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

هذا ما أيده قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1985/01/09، حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر قانوناً أن الاختصاص النوعي من النظام العام، فإن التمسك به لأول مرة أمام المجلس الأعلى يكون مقبولاً..."⁽²⁾

أما الاختصاص الإقليمي، فلا يدخل ضمن النظام العام، طبقاً لنص المادة 46 ق إ م إ خاصة، وعلى ذلك يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك، إلا ما ورد على سبيل الاستثناء، ضمن المادة 40 ق إ م إ، التي تنص على أنه "...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها..."، ومن بينها المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، الحجز، الميراث، الطلاق، الحضانة، العقار والأشغال المتعلقة به... وغير ذلك.

(1) بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 89.

(2) قرار رقم: 35724، بتاريخ: 1985/01/09. المجلة القضائية لسنة 1985، عدد 3، ص 25.

ولقد أكد القرار الصادر عن المحكمة العليا، بتاريخ: 1987/06/03، بأن الاختصاص الإقليمي، ليس من النظام العام⁽¹⁾.

البند الثاني: تقادم دعوى الصورية.

لم يشر المشرع الجزائري إلى تقادم دعوى الصورية، كما أن التشريعات العربية الأخرى أيضاً قد أغفلت هذه المسألة، وهو ما من شأنه أن يفتح الباب أمام اجتهادات الفقهاء.

ولقد اختلف الفقهاء حولها:

فمنهم من ذهب إلى أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، سواء رفعت من أحد أطراف العقد الصوري أو من الغير، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها، أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان، وكانت مستترة في صورة عقد بيع، فإن هناك دعويين، إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع، وهذه لا تسقط بالتقادم، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (العقد المستتر) بالبطلان، وهذه تسقط بالتقادم، شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان⁽²⁾.

وقالوا بأنه لا يتصور أن يقلب مرور الزمن عدم الوجود إلى وجود، فلا يصح التسليم بتقادم دعوى الصورية، لأنه يقتضي التسليم بأن مضي الزمن يقلب عدم الوجود⁽³⁾.

وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية، حيث جاء في قرار لها، صادر بتاريخ: 1973/04/10، ما يلي: " لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية، وإن وصف بأنه دفع بالبطلان، إلا أنه في حقيقته، وبحسب المقصود منه، إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع، إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان، وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول

⁽¹⁾ قرار رقم: 48898، بتاريخ: 1987/06/03. المجلة القضائية لسنة 1990، عدد3، ص36.

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1107/2، 1108].

⁽³⁾ سليمان مرقس، مرجع سابق، [388/4].

بالتقادم، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال الزمن⁽¹⁾.

ورفع دعوى الصورية، لا يترتب عليه انقطاع التقادم، إذ لا تعد الدعوى إجراء قاطعاً للتقادم، وعلى إثر ذلك فإذا ادعى الدائن بصورية عقد البيع الصادر من مدينه لآخر، ورفع دعوى بطلب الحكم بصورية البيع، فإن القضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم، لأن دعوى الصورية من الطرق التي قررها المشرع للمحافظة على الضمان العام للدائنين، ولا تعد بمثابة التنبيه القاطع للتقادم⁽²⁾.

وإن كان الإقرار الضمني بالدين يقطع التقادم، إلا أن عدم دفع دعوى الصورية من المدين بأي دفع، لا يعتبر إقراراً ضمناً منه بالدين، وبالتالي ليس من شأنه قطع التقادم⁽³⁾.

هذا ما أكدته القضاء المصري، في القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية، بتاريخ: 1958/03/13، حيث أفاد بأن: "ادعاء الدائن بصورية عقد بيع صادر من مدينه لآخر، ورفع دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك، لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم بحسب القانون، ولا يشفع في اعتبار دعوى الصورية قاطعة للتقادم، القول بأنها ليست من قبيل الإجراءات التحفظية، وأنها أقوى منها، لأنها إنما تمهد للتنفيذ، وذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقي الدعاوى والطرق التي قررها الشارع في التقنين المدني، للمحافظة على الضمان العام للدائنين، ولا صلة لها بالطرق التنفيذية...، ولا يمكن اعتبارها مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ، بمثابة التنبيه القاطع للتقادم...، ونتيجة لما تقدم فإن عدم دفع تلك الدعوى، لا يمكن اعتباره إقراراً ضمناً قاطعاً للتقادم⁽⁴⁾".

أما الرأي الآخر، فيرى أن المشرع لم ينص على مدة لسقوط دعوى الصورية، كما نص

(1) نقض جلسة: 1973/04/10، طعن رقم: 109، السنة القضائية 24، العدد 2، ص 577. نقلاً عن: محمد شتا أبو

سعد، مرجع سابق، ص 205.

(2) إبراهيم المنجي، مرجع سابق، ص 185، 186.

(3) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 332.

(4) نقض جلسة: 1958/03/13، طعن رقم: 41، السنة القضائية 24، عدد 9، ص 187. نقلاً عن: أحمد هاني

مختار، مرجع سابق، ص 119.

على مدة لسقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بمقتضى المادة 197 ق م ج⁽¹⁾، حيث جعلها ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وبمضي خمسة عشر سنة في جميع الأحوال، لذا يتعين تطبيق القواعد العامة، والتي تحدد مدة التقادم بمضي خمس عشرة سنة⁽²⁾، سواء رفعت من أحد طرفي التصرف الصوري أو من الغير، أخذاً بمبدأ استقرار التعامل، فهذه المدة الطويلة إن لم يكن من شأنها أن تجعل للعقد الصوري الذي لا وجود له قانوناً وجوداً قانونياً، إلا أن من شأنها أن تمنع سماع الدعوى بعد مضي مدة التقادم⁽³⁾.

وفي هذا الإطار، نجد أن القضاء اللبناني، قد جمع بين القولين، على حسب نوع التصرف الصوري، حيث أخذ بمبدأ التقادم بالنسبة للصورية النسبية، وحاد عنه في الصورية المطلقة، ويتضح ذلك من خلال الأحكام التي صدرت عنه، فجاء في أحدها، صادر عن محكمة الاستئناف، بتاريخ: 18 مارس 1963 ما يلي: "وحيث أن دعوى المستأنف عليها، ترمي إلى اعتبار أن المتعاقدين ظاهرياً، لم يهدفا إلى إنشاء عقد حقيقي، بل فقط إلى إيجاد عقد وهمي لا كيان له إلا ظاهرياً وصورياً، بقصد إضاعة حقوق المستأنف عليها، فتكون دعواها إذن من نوع الصورية المطلقة، التي تتناول وجود العقد، وترمي إلى اعتباره كأنه لم يكن، بعكس الصورية النسبية، التي ترمي فقط، إلى اعتبار أن العقد الظاهر يخفي بحقيقته عقداً آخر.

ففي حالة الصورية النسبية، فإن العلاقة تخفي دائماً علاقة حقيقية، وهذه العلاقة الحقيقية هي حق موجود ويمكن المطالبة به، فإذا تقاعس الدائن عن المطالبة بهذا الحق، يسقط بتقادم الزمن عليه أما في حالة الصورية المطلقة، فقد استقر الاجتهاد على أن الزمن لا يمر على دعوى الصورية المطلقة، لأنها تركز على انتفاء وجود أي موجب ناتج عن العقد الصوري، وذلك لعدم جواز

(1) تنص المادة 197 ق م ج، على ما يلي: "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."

(2) جاء نص المادة 308 ق م ج، على النحو الآتي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون، وفيما عدا الاستثناءات الآتية."

(3) مرزوق أحمد، مرجع سابق، ص 405.

سريان مرور الزمن على عقد لا وجود له⁽¹⁾."

وأشارت نفس المحكمة إلى أنها تتبنى الرأي القائل بوجوب إخضاع دعوى الصورية النسبية إلى مرور الزمن، عندما فصلت في دعوى متعلقة بعقد بيع يخفي رهنا، حيث قضت بعدم سماع الدعوى، على أساس مرور مدة التقادم المسقط، وأفادت بأن الهدف الأساسي من تنظيم مرور الزمن هو المحافظة على استقرار المعاملات الذي ينشأ عن بعض الحالات والعقود، بعد مرور مدة من الزمن عليها، فلا يجوز على إثر هذا استثناء دعوى الصورية من التقادم، طالما أنها ترمي إلى خرق الغاية المرجوة من هذا التنظيم، فيما إذا أقيمت هذه الدعوى،— دون التقيد بأحكام مرور الزمن⁽²⁾.

البند الثالث: أثر الحكم في دعوى الصورية.

انطلاقاً من أن الصورية تتعدد إلى نوعين، أحدهما مطلقة والأخرى نسبية، فإن أثر الحكم في دعوى الصورية، يكون على حسب نوع الصورية، على النحو الآتي:

أولاً: أثر الحكم في الصورية المطلقة:

على إثر أن التصرف الصوري في هذا النوع من الصورية غير موجود أصلاً، ولا وجود لأي عقد مبرم بين الطرفين في الحقيقة، فإن الفقهاء اختلفوا في أثر الحكم بالنسبة لها، إلى رأيين:

الرأي الأول: يمثله أغلب الفقهاء الفرنسيين واللبنانيين، حيث يرى بأن أثر الحكم مقتصر على الدائن رافع الدعوى دون سائر الدائنين، لأنه يعمل باسمه الشخصي ولصالحه فقط، فمبدأ نسبية الحجية المقررة للأحكام، تجعله المستفيد الوحيد من الحكم، وذلك بقدر ما يحفظ حق الدائن المدعي وملحقاته، ودون أن تتأثر بالعلاقة بين المدين والمتصرف إليه⁽³⁾.

الرأي الثاني: ينتسب إليه أغلب الفقه والقضاء في أغلب الدول العربية، ويذهب أصحابه إلى أن الحكم الذي يصدر في هذا النوع من الدعاوى، لا يسري على الخصمين وحدهما فقط، بل

⁽¹⁾ حكم صادر بتاريخ: 1963/03/18، النشرة القضائية اللبنانية لسنة 1964، عدد 20، ص 570. نقلاً عن: سليمان مرقس، مرجع سابق، [389/4].

⁽²⁾ محكمة استئناف جبل لبنان المدنية، 1963/11/21. النشرة القضائية لسنة 1964، ص 56. نقلاً عن: سامي عبد الله، مرجع سابق، ص 387.

⁽³⁾ سامي عبد الله، المرجع نفسه، ص 463، 464.

يتعدى أثره إلى الدائنين الآخرين⁽¹⁾.

فمضى أثبت الدائن صورية العقد الظاهر، يحكم بطلان هذا العقد، وبالتالي لا يعتد به وإنما تكون العبرة بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، على أساس أن المال الذي خرج ظاهراً من مليم المدين، لم يخرج فعلاً، وإنما هو ما زال في ذمته، فيكون هذا الحكم حجة قبل الكافة، لأنه يقرر أمراً واقعاً، فلا يستفيد منه الدائن رافع الدعوى فقط، وإنما تتعدى فائدته لجميع الدائنين الآخرين، فيستطيع جميعهم التمسك به، دون التفريق بين من كان خصماً في العدى ومن لم يكن خصماً فيها، كما لا فرق في ذلك بين من كانت تواريخ حقوقهم سابقة أو لاحقة على التصرف الصوري، فيحق لهم جميعاً التنفيذ على مال مدينهم، الذي ثبت أن تصرفه فيه كان تصرفاً صورياً⁽²⁾.

وهذا الرأي الثاني، هو الراجح في نظري، لأن رافع دعوى الصورية، يرمي إلى الحصول على حكم يقرر أن التصرف الصوري غير موجود، وبالتالي عليه - كما أسلفنا - أن يثبت أن المال لم يخرج من ملكية المدين، وهو بالتالي يثبت واقعة مادية، تم جميع الدائنين الآخرين، لأنه يدخل في ضمانهم العام، فلهم أن يستوفوا حقوقهم من هذا الضمان، ولا يستأثر به رافع الدعوى لوحده، فهذا ما يقضي به منطق العدل والمساواة.

ثانياً: أثر الحكم في الصورية النسبية:

يقتصر أثر الحكم في الصورية النسبية، على الاعتداد بالتصرف الحقيقي من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاد، فإذا أخفى المتعاقدان عقد الهبة في صورة عقد بيع، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان تعاقدتهما، وإنما ينحصر أثره في تطبيق أحكام الهبة على التصرف دون أحكام البيع، فالعقد الصوري لا يؤثر في العقد الحقيقي المستتر، ما دام هذا الأخير مشروعاً، غير أنه في حالة ما إذا كان العقد الصوري الظاهر يخفي عقداً مخالفاً للقانون، كمن أخفى عقداً بدين قمار بعقد قرض ظاهر، فإن هذا العقد يعتبر باطلاً، ليس من ناحية إعمال أحكام الصورية، وإنما من باب تطبيق القانون، على خلفيته مخالفته لأحكامه⁽³⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [1107/2].

(2) سليمان مرقس، مرجع سابق، [387/4].

(3) الدناصوري والشواربي، مرجع سابق، ص 247.

وفي الأخير نخلص إلى أن الهدف من دعوى الصورية، هو حماية حقوق صاحب المصلحة، سواء كان أحد أطراف العقد، أو من الغير، فما يناط بالدعاوى القضائية الأخرى ينطبق عليها، إلا فيما يخص بعض مع تختص به، وتميز به عن غيرها، وهو ما أشرنا له عندما تطرقنا لأوجه الشبه والاختلاف بينها وبين الدعاوى المشابهة لها، كما أشرنا إلى كيفية مباشرة دعوى الصورية، وكيف يتم إثباتها، ثم تطرقنا إلى تقادم الدعوى الصورية، الذي لم يتعرض له المشرع الجزائري ضمن نصوصه، وترك المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية للقاضي، أما من حيث أثر الحكم، فقد وصلنا إلى نتيجة، مفادها أنه يسري على جميع من لديهم مصلحة في ذلك، ولا يقتصر فقط على الخصوم.

خاتمة الفصل:

بعد الإشارة إلى ماهية الصورية، وكذا أحكامها وما يترتب عنها من آثار ومن خلال ما تطرقنا إليه، نستنتج أننا لمسنا اتفاق كبير بين الشريعة والقانون فيما يخص هذه الأحكام، حيث أوضحنا بأن الصورية تختلف عن غيرها من التصرفات، من حيث أنها تصرف، يهدف من خلاله الأطراف دائماً، إلى إخفاء العقد الحقيقي تحت ستار ظاهر، وذلك لأجل تحقيق غرض معين قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع، كما أنها ترد في صور عدة، مما يجعل اكتشافها وإثبات صورية الفعل، فيه صعوبة كبيرة.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن ورقة الضد لم يشترط لها المشرع شكلاً معيناً كالمشرع المصري، وهو ما يقلل من قيمتها القانونية، خاصة فيما يخص الإثبات، باعتبارها ورقة عرفية، خاصة فيما يخص العقارات التي تحتاج إلى الرسمية وكذلك التسجيل لانتقال الملكية. لأن دعوى الصورية هي كغيرها من الدعاوى، تحتاج إلى مباشرتها وتحريكها، ثم إثباتها، لكي تحقق أثرها. كما أن عدم النص من قبل المشرع على مدة تقادم الدعوى، يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر، وفي بعض الأحيان يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. لذلك يجب عليه التفطن للأمر، والتدارك عن طريق تخصيص نص يخص ذلك.

كما لاحظنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بعض الآثار، فيما يخص آثار العقد الصوري بالنسبة للغير، أي الدائنين والخلف الخاص، أو من له مصلحة بصفة عامة، ففي حالة المقارنة بين

نص المادة 198 ق م ج، والمادة 244 ق م م، نلاحظ أن المشرع الجزائري اقتصر على حالة واحدة، وهي جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر في حال ثبوت حسن النية، بخلاف المشرع المصري، الذي أشار إلى أن للدائنين والخلف الخاص الحق أيضاً في التمسك بالعقد المستتر، مع ضرورة إثبات صورية العقد الذي أضر بهم، كما نوه أيضاً إلى حالة التعارض بين مصالح ذوي الشأن، ممن تضرروا من العقد الصوري، حيث تمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك آخرون بالعقد المستتر، فالأفضلية في التقديم، هم المتمسكون بالعقد الظاهر. لذا فعلى المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات.

هذا ما ساهم في انتشار هذا النوع من التصرفات، الذي أصبح يستغل في الوقت الراهن للتهرب من أحكام الشريعة والقانون أو السطو على أموال الخزينة العمومية، في كثير من الأحيان، كالتهرب من الضرائب، وأخذ حقوق الورثة أو تضييعها. أما الجانب القويم، فيكاد يكون منعدماً.

الفصل الثاني:

أحكام تصرفات المريض مرض الموت نموذجاً

المبحث الأول: المعاوضات في مرض الموت

المبحث الثاني: التبرعات في مرض الموت

ورد في نص المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية، على أن: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت عن ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه، ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت⁽¹⁾."

وبالتالي، فإن مرض الموت، هو ذلك المرض الذي يتصل به الموت عادة، ويكون الغالب في صاحبه الهلاك⁽²⁾.

وتبعاً لهذا، فإن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران:

أحدهما: أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً، وثانيهما: أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به⁽³⁾. واشترط البعض أن تكون الوفاة قبل مرور سنة على مرضه⁽⁴⁾.

وفي حالة انتفاء الوصفان كلاهما أو أحدهما، فلا يعتبر الإنسان مريضاً مرض الموت، وحينئذ يكون حكم تصرفاته حال مرضه، كحكم تصرفاته حال صحته، بدون أي فرق بينهما⁽⁵⁾.

وأهم أمارته، أن المصاب به، لا يستطيع الخروج لإقامة مصالحه خارج البيت، ولا يقوم بها كما هو معتاد عليه، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وعجز صاحب الدكان عن الذهاب لدكانه، وفي حق المرأة أن تعجز عن مصالحها داخل البيت كالطبخ، وغسيل الثياب⁽¹⁾.

⁽¹⁾ لجنة من العلماء، مرجع سابق، ص 226.

⁽²⁾ أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الضعيف على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د ر ط، دار المعارف، القاهرة-مصر، د س ط، [399/3]. ابن عابدين، مرجع سابق، [3/5].

⁽³⁾ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ر ط، دار الفكر العربي، 1977م، ص 314. واصل علاء الدين أحمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته (الموارث علماً وعملاً، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت)، ط 2، الملكية الأزهرية للتراث، مصر، 1420هـ-1999م، ص 1100.

⁽⁴⁾ علي حيدر، مرجع سابق، [137/4].

⁽⁵⁾ واصل علاء الدين، المرجع نفسه، ص 1100.

⁽¹⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [3/5] وما يليها.

ويعتبر في حكم المريض، من قدم ليقتل رجماً وقصاصاً، أو في حالة ما إذا بقي على لوح في البحر، بعدما التظمت السفينة بأمواج أدت إلى تحطمها، أو من افتترسه سبع فبقي في فمه⁽¹⁾.

وكذلك المفلوج والمسلول، والمصاب بمرض القولنج_هو مرض معدي، يعسر معه خروج الغائط والريح، والحامل إذا أتمت ستة أشهر ودخلت في السابع ولو بيوم عند المالكية، أما عند الحنفية ومن وافقهم، فالحامل لا تعد كذلك إلا في حالة الطلق، بالإضافة إلى الحاضر لصف قتال وإن لم يصب بجرح... وغير ذلك من الصور⁽²⁾.

وتبعاً لما سبق، وحرصاً على تبيان أحكام الصورية من الناحية التطبيقية، ونظراً لاتساع النماذج، ركزت دراستي على تصرفات المريض مرض الموت، بناءً على الأهمية التي تحظى بها، من خلال كثرة اللجوء إليها، من أجل التحايل على الورثة، لضمان قيمة معينة من المال، لشخص آخر، يمكن أن يكون وارثاً مقدماً عند المريض على غيره من الورثة، أو لا يدخل ضمن الورثة.

فكان تقسيم الدراسة تحت هذا الفصل، إلى مبحثين: الأول خصصته لأحكام المعاضات التي تبرم من قبل المريض مرض الموت، ثم التبرعات الصادرة منه، دائماً في إطار الدراسة التي تجمع بين رؤية الفقه الإسلامي، ثم القانون الجزائري، مدعماً بالاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، وفي حالة تعذر ذلك، يمكن الاعتماد على أحكام نقض أجنبية، من أجل زيادة الإيضاح.

⁽¹⁾ ابن الهمام، مرجع سابق، [135/4].

⁽²⁾ الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، [399/3، 400]. ابن عابدين، مرجع سابق، [4/5، 5]. ابن الهمام، مرجع سابق، [135/4].

المبحث الأول: المعاوضات في مرض الموت.

المطلب الأول: البيع في مرض الموت
المطلب الثاني: الشفعة في مرض الموت

نظراً لأهمية عقود المعاوضة بصفة عامة، في التعاملات، كان من الضروري، أن نخصص لها حيزاً ضمن هذه الدراسة.

وباعتبار عقد البيع أحد أهم وأبرز هذا النوع من العقود، فسأتناوله بالتحديد، بالإضافة إلى الشفعة التي تعتبر تابعة له، حيث سأعرض إلى أحكامهما في حال إبرامهما أثناء فترة مرض الموت. ضمن مطلبين، الأول أخصه للبيع، والثاني للشفعة.

المطلب الأول: البيع في مرض الموت.

إن مما يؤكد أن البيع مباحاً وجائزاً، بحسب أصله، قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽¹⁾، وقول عز من قائل في آية أخرى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما صح عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»⁽³⁾.

ففي الحديث دلالة على أن الله ورسوله، توعدا البائع الصادق في إخبار المشتري ما يحتاج إلى تبيان، من العيوب التي في السلعة ونحو ذلك، وكذلك المشتري الذي يصدق في قدر الثمن، ويبين العيب الذي يتخلله إن وجد، بالبركة والزيادة والنماء، أما في حالة ما إذا اقترن بيعهما بالتدليس والكذب ونحو ذلك من أساليب الغش والخداع، فستذهب بركته. وهذا ما يظهر فضل الصدق والحث عليه في البيع، وذم الكذب والحث على منعه، وأنه سبب لذهاب البركة، وأن عمل الآخرة يحصل خيري الدنيا والآخرة⁽⁴⁾.

وفي هذا الإطار، سيخصص الفرع الأول من هذا المطلب للتعريف بالبيع، وذلك من حيث

⁽¹⁾ [سورة البقرة، جزء من الآية 275].

⁽²⁾ [سورة البقرة، جزء من الآية 282].

⁽³⁾ البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث رقم: 2110، مرجع سابق، [470/1]. مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، حديث رقم: 1532، مرجع سابق، [342/5].

⁽⁴⁾ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، [386/4]. محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبناء، حديث رقم: 1532، د ر ط، مكتبة الإيمان، المنصورة- مصر، د س ط، [342/5].

تبيين أركانه، وكذا أهم الخصائص المتعلقة به، ثم انتقل إلى الفرع الثاني، المتعلق بحكم البيع الذي يكون إبرامه أثناء مرض الموت، وذلك في إطار الشريعة والقانون.

الفرع الأول: ماهية البيع في الشريعة والقانون

سيكون هذا الفرع عبارة عن حوصلة عامة للبيع، حيث سيتناول تعريف البيع وأركانه، وكذا شروطه وخصائصه، وما يجب أن يلتزم به كل من البائع والمشتري، حيث سيضم تحته بنود، أحدها يخص للجانب الشرعي والثاني للجانب القانوني، وذلك حسب الآتي:

البند الأول: ماهية البيع في الشريعة

البيع لغة: من بعث الشيء، شريته، أبيعته ومبيعاً، وهو شاذ، وقياسه مباعاً، وبعته أيضاً اشتريته، وهو من الأضداد، والشيء مبيع ومبيوع، ويقال للبائع والمشتري البيعان، وأبعث الشيء عرضته للبيع. والابتياح الاشتراء، تقول: بيع الشيء، على ما لم يسم فاعله، إن شئت كسرت الباء، وإن شئت ضممتها، وبايعته من البيع والبيعة جميعاً، والتبايع مثله، واستبعته الشيء، أي سألته أن يبيعه مني⁽¹⁾.

أما في الشريعة الإسلامية:

فقد عرفه الحنفية، بأنه: "مبادلة مال بالمال بالتراضي"⁽²⁾. أو: "مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب"⁽³⁾.

فيقصد (بمبادلة المال)، تمليك المال، وأما (بالمال بالتراضي)، فهو قيد يظهر أن التراضي لا بد منه، وهو الإيجاب والقبول، على أن الباء الداخلة على المال، تعني العوض والمقايضة، وبالتالي يخرج الأخذ عصباً أو إعطاء الشيء من غير تراض⁽⁴⁾.

وركن البيع عندهم، يتمثل في الإيجاب والقبول، في البيع الذي يكون بالقول، الذي قد يكون

⁽¹⁾ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب العين، فصل الباء، ط2، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1399هـ-1979م، [3/1189].

⁽²⁾ سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كتر الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ-2002م، [3/334].

⁽³⁾ الكاساني، مرجع سابق، [6/528].

⁽⁴⁾ ابن نجيم، النهر الفائق، مرجع سابق، [3/334].

بصيغة الماضي، كأن يقول البائع بعت، ويقول المشتري اشتريت، كما قد يكون بصيغة الحال، كأن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا، وهو ينوي الإيجاب، فيقول المشتري اشتريت، أو يقول المشتري اشتري منك هذا الشيء بكذا، وهو ينوي الإيجاب، فيقول البائع بعت، و لا ينعقد بلفظين أحدهما للمستقبل، مثل: أبيع منك، وقيل إذا كان لا ينوي الإيجاب في الحال⁽¹⁾. ويشترط في القبول أن يكون موافقاً للإيجاب، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق⁽²⁾.

أما صفة الإيجاب والقبول، فهو أن أحدهما لا يكون لازماً، قبل وجود الآخر، فإذا وجد أحدهما من قبل أحد المتبايعين، فلآخر خيار القبول، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر، لما روي عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا...»⁽³⁾، والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما، هو خيار القبول وخيار الرجوع⁽⁴⁾.

وينعقد البيع أيضاً بالتعاطي أو الأخذ والعطاء، (ويسمى هذا البيع بالمرابحة أو المبادلة)، أي أن البائع يعطي المبيع، ولا يتلفظ بشيء، والمشتري يعطي الثمن كذلك، وهذا النوع من البيع، يقع صحيحاً في المحقرات خاصة عند الحنفية⁽⁵⁾.

ويشترط لانعقاد العقد اتحاد المجلس، بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد، وحتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل، لا ينعقد⁽⁶⁾. فإذا وجد الإيجاب والقبول لزمهما البيع بلا خيار المجلس، لأن العقد تم بالإيجاب والقبول لوجود ركنه وشرائطه، فخيار أحدهما الفسخ إضراراً بالآخر لما فيه من إبطال حقه، الحديث المروي في ذلك، وهو قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما

(1) أبي محمد العيني، مرجع سابق، [8/7 وما يليها]. عبد الله بن محمود الموصل، مرجع سابق، [4/2].

(2) ابن نجيم، النهر الفائق، مرجع سابق، [337/3].

(3) سبق تخريجه، صفحة تأصيل البيع.

(4) الكاساني، مرجع سابق، [530/6].

(5) أبي محمد العيني، مرجع سابق، [13/7].

(6) الكاساني، مرجع سابق، [539/6]. ابن نجيم، النهر الفائق، مرجع سابق، [341/3].

لم يتفرقا...⁽¹⁾»، محمول على خيار القبول⁽²⁾.

كما يشترط في العاقد أن يكون عاقلاً، فلا يصح بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون عقل، وكذا الحرية والملك، الذي يعتبر شرط نفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي، ولا يشترط البلوغ، فينعقد بيع الصبي العاقل المميز، لكن يكون موقوفاً على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ⁽³⁾.

أما بالنسبة لشرط المعقود عليه أو المبيع، فلا بد من معرفته معرفة نافية للجاهلة، قطعاً للمنازعة، فإن كان حاضراً، فيكتفي بالمباشرة، وإن كان غائباً، فيختلف حكمه، بين ما إذا كان يعرف بالأنموذج، كالكيلى والوزني والعددي المتقارب، فرؤية الأنموذج كروية الجميع، إلا أن يختلف، فيكون له خيار العيب، وما لا يعرف كذلك، كالثياب والحيوان، فتذكر له جميع الأوصاف، ويكون له خيار الرؤية، ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته إن كان في الذمة⁽⁴⁾.

ويقصد به عند المالكية: "عقد معاوضة على غير منافع"⁽⁵⁾.

فقوله (عقد معاوضة)، أي عقد محتو على عوض من الجانبين، فخرج بها الهبة والوصية وقوله: (على غير منافع)، أي على غير ذوات منافع وغير تمتع أي انتفاع بلذة، فتخرج الإجارة والكرأ والنكاح، وتدخل هبة الثواب، و الصرف والمراطلة⁽⁶⁾، والتولية والشركة والأخذ بالشفعة ونحوها⁽⁷⁾.

وأركانه ثلاثة: الصيغة، والعاقد (البائع والمشتري)، بالإضافة إلى المعقود عليه (الثمن

⁽¹⁾ سبق تخريجه، صفحة تأصيل البيع.

⁽²⁾ عبد الله بن محمود الموصلی، مرجع سابق، [4/2].

⁽³⁾ الكاساني، مرجع سابق، [539/6].

⁽⁴⁾ عبد الله بن محمود الموصلی، مرجع سابق، [5/2].

⁽⁵⁾ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، د ر ط، مكتبة أيوب، كانو-نيجيريا، 1420هـ-2000م، ص 85..

⁽⁶⁾ حاصل الاختلاف بين الصرف والمراطلة، يكمن في أن الأول هو بيع النقد بنقد مغاير لنوعه، بينما الثاني فهو بيع النقد بنقد من نوعه. انظر: الدسوقي، مرجع سابق، [2/3].

⁽⁷⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [2/3].

والمثمن⁽¹⁾.

فالصيغة، تكون بكل ما يدل على الرضا عرفاً، خاصة لفظي الماضي والأمر لدلالتهما عرفاً، كقول البائع بعت، وقول المشتري اشتريت⁽²⁾. أو بالكتابة أو الإشارة من الجانبين أو من أحدهما⁽³⁾.

ويصح البيع بالمعاطاة، بأن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر ثمنه، من غير تكلم ولا إشارة، ويلزم البيع فيها بالتقابض، أي قبض الثمن والمثمن، ويصح أيضاً بتقدم القبول من المشتري، على الإيجاب من البائع، بأن يقول المشتري بعني، فيقول البائع بعتك، خلافاً للأصل في الإيجاب، أن يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً⁽⁴⁾.

أما العاقد، فشرطه التمييز، فلا ينعقد بيع وشراء غير المميز، لصغر أو جنون أو إغماء، ومآله البطلان، إلا إذا كان بسكر ادخله على نفسه، ففي انعقاد العقد في المذهب قولان: أحدهما يقول بعدم انعقاده، والآخر يذهب إلى صحته، وهنا تجدر الإشارة إلى الصبي المميز يصح منه البيع ولا يلزمه، إلا كان وكيلاً عن مكلف، بخلاف البالغ الراشد الغير محجور عليه ولم يتعرض لإكراه من أحد، فإن البيع يلزمه⁽⁵⁾.

ويشترط لصحة المعقود عليه، طهارة، بالإضافة إلى حليه الانتفاع به، فلم يرد النهي عنه شرعاً، وأن يكون مما يقدر على تسليمه، كما يجب أن يكون معلوماً غير مجهول، وتبعاً لهذا، فلا يجوز بيع الزبل، وجلد الميتة حتى ولو دبغ، والخمر، وآلة الغناء، ولا الآبق والشارد، وأيضاً السمك في الماء أو الطير في الهواء... وغيرها⁽⁶⁾.

ولا يشترط خيار المجلس، على مشهور المذهب، واشتراطه مفسد للبيع، لأنه من المدة المجهولة، أما الحديث الوارد فيه، وإن كان صحيحاً، لكن عمل أهل المدينة مقدم عليه، لأن هذا

(1) الدردير، مرجع سابق، ص 85.

(2) صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، مرجع سابق، [4/2].

(3) الصاوي، مرجع سابق، [5/3].

(4) الدسوقي، مرجع سابق، [3/3].

(5) الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [31/6، 32]. الصاوي، مرجع سابق، [6/3، 7].

(6) الدردير، مرجع سابق، ص 85.

الأخير، يفيد التواتر، الذي يفيد القطع، بخلاف الحديث، فإنه خبر آحاد، وهو إنما يفيد الظن، وبالتالي، فإن الخيار يقتصر على خيار ترو: وهو ما يقصد به نظر وتأمل في إبرام البيع وعدمه، وخيار نقيصة، وهو ما كان موجهه وجود نقص في المبيع من عيب واستحقاق، والفرق بينهما، أن خيار التروي موجب الخيار فيه مصاحب للعقد، أما خيار النقيصة، فالموجب مقدم عليه، لأنه متصل بعيب سابق على العقد⁽¹⁾.

وذهب الشافعية، إلى أن عقد البيع هو: "مقابلة مال بمال"⁽²⁾. أو هو: نقل ملك بعوض على الوجه المأذون به⁽³⁾. وأركانها تتمثل في:

الصيغة: وهي الإيجاب من جهة البائع، كقوله (بعتك)، والقبول من المشتري، كقوله (قبلت أو ابتعت)، وسواء تقدم قول البائع أو قول المشتري يصح البيع، أما المعاطاة فلا تعد بيعاً، في المذهب الشافعي، لأن اسم البيع لا يقع عليه، وصيغة اللفظ ترجع للعرف، وينعقد البيع بالكناية مع النية كالكتابة⁽⁴⁾.

ويشترط موافقة القبول للإيجاب، فلو قال بعتك جميع الثوب بألف، فقال قبلت نصفه بخمسائة، لا يصح البيع، كما يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخللهما كلام أجنبي تحت طائلة عدم الانعقاد⁽⁵⁾.

بالإضافة إلى **العاقد** الذي يشترط فيه أن يكون مكلفاً راشداً غير محجور عليه بسفه أو جنون، وإرادته ليست مشوبة بإكراه، وعلى ذلك، فلا يصح بيع الصبي والمجنون، ولو بإذن الولي، لكن يصح عند الشافعي بيع السكران وشراؤه، لأن زوال عقله كان بناءً على تقصير منه⁽¹⁾.

(1) الصاوي، مرجع سابق، [79/3 وما يليها].

(2) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، [3/3].

(3) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1414هـ/1994م، [11/5].

(4) أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت-لبنان، 1418هـ-1997م، [277/1].

(5) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، [7، 4/3].

(1) عميرة، مرجع سابق، [115/2].

وأيضاً المعقود عليه، الذي يجب أن يتصف بخمسة شروط: وذلك بأن يكون طاهراً، منتفعاً به مملوكاً للعاقد، لذلك لا يصح بيع الفضولي والغاصب، كما يجب أن يكون مقدوراً على تسليمه، وبناءً عليه فلا يصح بيع الآبق والضال ونحوهما، معلوماً من ناحية العين والقدر والصفة، وتبعاً لهذا فلا يصح بيع الكلب والخنزير... ونحو ذلك⁽¹⁾.

وإذا انعقد البيع، ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء، إلى أن يتفرقا أو يتخيرا، للحديث الثابت عن النبي ﷺ - السابق الذكر⁽²⁾، والمقصود بالتفرق هنا، هو الذي يكون بالأبدان، بحيث إذا كلم أحدهما عن العادة الآخر، لم يسمع كلامه، أما التخاير، فهو أن يقول أحدهما للآخر اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر إمضاءه أو فسخه، فينقطع الخيار⁽³⁾.

أما الحنابلة، فلقد ذهبوا إلى أن البيع: "هو مبادلة المال بالمال لغرض التمليك"⁽⁴⁾. وبعبارة أخرى: "هو مبادلة مال ولو في الذمة، بقول أو معاطاة"⁽⁵⁾.

وينعقد بتوفر ركن الإيجاب والقبول، كأن يقول البائع بعتك أو ملكتك ونحو ذلك، ويقول المشتري، ابتعت أو قبلت وغيرها، ويصح القبول قبل الإيجاب، إذا كان بلفظ الماضي، أما بلفظ الطلب ففيه قولان، وإن خالف القبول الإيجاب أو اشتغلا خلال المجلس بما يقطعه عرفاً، أو انقضى المجلس قبل القبول، لم ينعقد⁽⁶⁾.

وينعقد أيضاً بالمعاطاة، وهي الصيغة الفعلية، فتقوم مقام الإيجاب والقبول، مثل أن يقول:

⁽¹⁾ أبي حامد الغزالي، مرجع سابق، [278/1]. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، [16/3 وما يليها].

⁽²⁾ وهو قوله ﷺ: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا...". وقد سبق ذكره، عند تأصيل البيع.

⁽³⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [4/2].

⁽⁴⁾ نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري الضرير، الواضح في شرح مختصر الخرقى، ط1، دار خضر، بيروت-لبنان، 1421هـ-2000م، [312/2].

⁽⁵⁾ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط1، مدار الوطن للنشر، الرياض-السعودية، 1427هـ-2006م، [8/6].

⁽⁶⁾ موفق الدين بن قدامة، المعني، مرجع سابق، [3/4]. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي، ط1، دار هجر، الجزيرة-مصر، 1418هـ / 1997م، [5/3].

أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه⁽¹⁾.

أما شروط البيع، فهي سبعة، سنتطرق إليها، حسب ما يلي⁽²⁾:

1- التراضي من المتعاقدين، فلا يصح من مكره بلا حق، فإن أكرهه الحاكم صح، لأنه إكراه بحق.

2- أن يكون العاقد وهو البائع والمشتري، حراً مكلفاً رشيداً، فلا يصح تصرف صبي وسفيه بغير إذن وليه، فإذا أذن صح، ويحرم الإذن بلا مصلحة، وينفذ تصرفهما في الشيء اليسير بلا إذن. وكذلك لا يصح بيع السكران والنائم لزوال العقل.

3- أن تكون العين المعقود عليها أو على منفعتها، مباحة النفع من غير حاجة، فلا يصح بيع الكلب، وجلد الميتة ولو مدبوغاً، وآلة اللهو، والخمر، والزبل.. وغيرها.

4- أن يكون العقد من مالك للمعقود عليه، أو من يقوم مقامه كالوكيل والولي.

5- أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه، لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، فلا يصح بيعه، كالأبق والشارد، والطير في الهواء ونحوها.

6- أن يكون المبيع معلوماً عند المتعاقدين، لأن جهالة المبيع غرر، فلا يصح شراء ما لم يراه، فلا يباع حمل في بطن، ولبن في ضرع منفردين للجهالة، وصوف على ظهر، لذلك لا يصح بيع الملامسة والمنابذة... إلخ.

7- أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين، لأنه أحد العوضين، فاشتراط العلم في البيع، فلا يصح مع جهل الثمن.

أما فيما يخص خيار المجلس، فلقد وافق الحنابلة، ما ذهب إليه الشافعية، من حيث أن للبائع والمشتري الخيار أثناء المجلس، ما لم يتفرقا، والعبرة بذلك بعرف الناس، وما يعدونه تفرقاً⁽³⁾.

وتبعاً لما سبق، فإن البيع ينقسم عند الفقهاء، حسب البدل إلى قسمين:

⁽¹⁾ موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع نفسه، [6، 5/3]. البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، [13، 12/6].

⁽²⁾ موفق الدين بن قدامة، المغني، مرجع سابق، [33-5/4]. البهوتي، المرجع نفسه، [55-14/6].

⁽³⁾ موفق الدين بن قدامة، المغني، مرجع سابق، [7/4 وما يليها].

أحدهما يرجع إلى البدلين: وتحت أربعة أنواع: البيع بالعين (وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة)، وبيع العين بالدين (وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة، وبيعها بالمكيل الموصوف في الذمة... ونحو ذلك)، وبيع الدين بالعين أو بعبارة أخرى بيع الآجل بالعاجل (وهو السلم)، وبيع الدين بالدين (هو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ويسمى الصرف)⁽¹⁾.

أما الثاني، الذي يرجع إلى أحد البدلين وهو الثمن: فيتنوع إلى خمسة أنواع تتمثل في: بيع المساومة (الذي يقصد به مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق عليه)، وبيع المراجعة (الذي يعني مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ثمن)، وبيع التولية (هو المبادلة بمثل الثمن الأول، من غير زيادة ولا نقصان)، وبيع الاشتراك (وهو التولية، لكن في بعض المبيع ببعض الثمن)، وكذلك بيع الوضعية (الذي يعني المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه)⁽²⁾.

و كخلاصة، فإن الفقهاء اتفقوا على عقد البيع باللفظ الدال على الرضا، واختلفوا بانعقاده بالمعاطاة، فقال الحنفية ينعقد في المحقرات، وذهب المالكية والحنابلة إلى انعقاده بها مطلقاً، لأن الأفعال عندهم، إذا انتفت منها الدلالة الوضعية، ففيها دلالة عرفية، وهي كافية في الدلالة على الرضا، ومنعه لشفاعية، بحجة أن الفعل لا دلالة له بالوضع، فلا ينعقد به البيع، كما أن الحنفية اقتصروا على ركن الرضا، وحذا حذوهم الحنابلة، أما المالكية والشافعية، فقد أقرت بثلاثة أركان، وهي الصيغة والعاقدة والمعقود عليه، وكذا فيما يخص خيار المجلس، فقد اختلف الفقهاء حوله، فهناك من يقول به، كالشافعية، وهناك من لا يعتبر عندهم، كالمالكية.

البند الثاني: ماهية البيع في القانون.

أورد الفقهاء تعاريف عديدة للبيع، فنجد منها، أنه: "عقد يلتزم فيه فريق يدعى البائع بنقل وضممان ملكية شيء مادي أو معنوي إلى المشتري، لقاء ثمن نقدي يلتزم به هذا الأخير"⁽³⁾.

إلا أن هذا التعريف انتقد من عدة أوجه، فمن ضمنها أنه لا يتناول جميع ما قدر لهذا العقد، لأن هناك بيوعاً لا تتوجب نقل الملكية، مادية أو معنوية، كالتفرغ عن الدين أو عن حق الانتفاع،

(1) أبي محمد العيني، مرجع سابق، [5/7، 6]. ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، [164/2].

(2) الكاساني، مرجع سابق، [533/6]. الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [9/6، 10].

(3) عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت - دراسة فقهية قانونية مقارنة -، ط2، مطبعة الأمانة، الرباط - المغرب، 2010، ص253.

كما أنه يشمل التفرغ عن الحقوق بعوض، والذي يعتبر بيعاً من نوع خاص⁽¹⁾.

وهذا ما تفتن إليه المشرع الجزائري، في تعريفه لعقد البيع، بمقتضى المادة 351 ق م ج، جاء فيها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي"⁽²⁾.

فمن هذا التعريف، نستنتج أن البيع من العقود الرضائية الملزمة لجانين، يتميز بخاصيتين أساسيتين، الأولى: تتمثل في أنه عقد ينشئ على عاتق البائع التزاماً، بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، والثانية: هي أن نقل ملكية الشيء أو الحق الحالي، يكون في مقابل ثمن نقدي، يلتزم بدفعه المشتري، بالإضافة إلى أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، كما أنه من العقود الرضائية، التي لا تتطلب شكلاً خاصاً لانعقادها، ما عدا ما استثنى من قبل المشرع، كبيع العقار مثلاً (المادة 324 مكرر 1)، وأيضاً هو عقد محدد القيمة بحسب الأصل، بحيث أن كلا من طرفيه يعلم وقت إبرامه قيمة ما يعطي وما يأخذ⁽³⁾.

ولكي ينعقد البيع يجب توافر أركانه الأساسية، والمتمثلة في الآتي:

أ- وجود التراضي: ويقصد به وجود الإيجاب والقبول وتطابقهما، حيث أن الأصل في البيع كما أشرنا سابقاً، أنه لا يتطلب إفراغ التراضي في شكل خاص، حيث أنه يتم، حسب نص المادة 59 ق م ج، بمجرد أن يتبادل البائع والمشتري المؤهلين، وفقاً للمادة 40 ق م ج، التعبير عن إرادتهما الغير مشوبة بعيب من عيوب الرضا، كالتدليس والغلط والإكراه⁽⁴⁾ (المادة 81 ق م ج وما يليها).

ويكون التعبير عن الإرادة أو الإيجاب والقبول، طبقاً للمادة 60 ق م ج، باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موفق لا تعد ظروف الحال شكاً، في دلالة على

(1) عبد السلام فيغو، المرجع نفسه والصفحة. البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، [235/8].

(2) تقابلها المادتين: 418 ق م م، و 1583 ق م ف، بنفس الصيغة.

(3) محمد حسن قاسم، القانون المدني_العقود المسماة_، البيع، التأمين الإيجار، د ر ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2008، ص 24 وما يليها.

(4) محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني_عقد البيع والمقايضة_دراسة مقارنة في القوانين العربية، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012، ص 49.

حقيقة المقصود.

حيث أن الإيجاب، هو التعبير عن الإرادة، المتضمن اقتراح بإبرام عقد معين، وفقاً لشروط معينة، بحيث يكفي قبوله ممن وجه إليه لانعقاد العقد، ويشترط فيه أن يكون جازماً يدل بصفة نهائية على رغبة من صدر منه في الارتباط بعقد معين، ويجب كذلك أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المقترح إبرامه أي المبيع والثلث⁽¹⁾.

أما القبول، فهو التعبير عن الإرادة التالي للإيجاب، والصادر ممن وجه إليه، والذي يتضمن إرادة مطابقة لإرادة الموجب، ويشترط فيه، أن لا يتضمن ما يزيد أو ينقص أو يعدل من الإيجاب، وإلا اعتبر رفضاً لهذا الإيجاب، متضمناً إيجاباً جديداً، وفق المادة 66 ق م ج، كما يجب أن يتم خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً، سواء كان صريحاً أو ضمناً⁽²⁾.

ب- المبيع: فيما أن المبيع هو محل التزام البائع، فيشترط فيه أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود بالإضافة إلى كونه مشروعاً أو صالحاً للتعامل فيه (المادة 93 ق م ج)، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين (المادة 94 ق م ج)، كما يجب أن يكون المبيع مملوكاً للبائع (المادة 397 ق م ج)⁽³⁾.

3- الثمن: يعد الثمن محل التزامات المشتري، إذ هو المبلغ الذي يلتزم المشتري بالوفاء به للبائع، مقابل الحصول على المبيع⁽⁴⁾ (المادة 387 ق م ج).

ويشترط فيه أن يكون نقدياً (المادة 351 ق م ج)، كما يجب أن يكون مقدراً أي معيناً (المادة 356 ق م ج) أو قابلاً للتعين أو التحديد (المادة 357 ق م ج). بالإضافة إلى وجوب أن يكون الثمن جدياً لا تافهاً، حقيقياً لا صورياً، والأصل أنه لا يشترط وجود تناسب بين مقدار الثمن وقيمة المبيع، لكن المشرع وضع حكماً خاصاً بالغبن في بيع العقار، الذي يزيد

(1) سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، د رط، منشأة المعارف جلال جزوي وشركاؤه، الإسكندرية-مصر، 2005، ص 49 وما يليها. محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 71.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 74 وما يليها.

(3) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د رط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر العاصمة، ص 45 وما يليها.

(4) محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 156.

الغبن فيه عن الخمس، حيث منح المشرع الحق للبائع في هذه الحالة، رفع دعوى طلب تكملة الثمن، إلى الحد الذي يرفع الغبن (المادة 358 ق م ج)، والتي تنقضي بالتقادم، في حالة ما إذا لم تحرك هذه الدعوى، حتى مضت مدة ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع⁽¹⁾ (المادة 359 ق م ج).

وتبعاً لما سبق، فالبائع يجب عليه أن يلتزم بعدة التزامات، تتمثل فيما يلي: الالتزام بنقل ملكية المبيع، الالتزام بالتسليم، وأيضاً ضمان عدم التعرض والاستحقاق، وكذلك ضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

وفي مقابل ذلك على المشتري، الالتزام بدفع الثمن، الالتزام بالتسلم، كما يجب عليه أن يلتزم أيضاً بتكاليف المبيع ومصروفات البيع⁽³⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن جوهر الفرق بين الشريعة والقانون، هو أن الشريعة الإسلامية، لم تفرق بين المقايضة والبيع، بل اعتبرها بيعاً، أما القانون فقد فرق بينهما، وتبعاً لهذا فإن أحكام البيع، والتي تكلم عليها المشرع الجزائري، بداية من المادة 351 ق م ج وما يليها، تختلف عن أحكام المقايضة، والتي جاءت ضمن القانون المدني، في المواد 413، 414 و 415 ق م ج. كما أن المشرع الجزائري وسع في الأركان، موافقاً لمذهبي المالكية والشافعية، ولو أنهما حصراً أركان البيع في الرضا، العاقد والمعقود عليه، بيد أن المشرع حدد الأركان في الرضا، بالإضافة إلى محل البيع، الذي يتمثل في المبيع بالنسبة للبائع، والثمن بالنسبة للمشتري.

الفرع الثاني: أحكام البيع الصادر من المريض مرض الموت في الشريعة والقانون.

بما أن البيع هو عبارة عن التزام متبادل من طرفي العقد، سواء من قبل البائع أو المشتري، على أساس أنهما أهم حلقة في إتمامه، لكن قد يحدث وأن يقوم أحدهما بالتجرؤ عن القيام. يمثل هذا التصرف، وهو في صراع مع مرض الموت، مما يستدعي النظر إلى حكم هذا البيع المقترن بالمرض، وكيف تعامل معه كل من الفقه الإسلامي، وكذا القانون الجزائري، وهذا ما يفرض تقسيم الفرع إلى بندين، حسب طبيعة البحث.

(1) سمير تناغو، مرجع سابق، ص 97 وما يليها.

(2) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 157 وما يليها.

(3) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 168 وما يليها.

البند الأول: بيع المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

تعددت آراء المذاهب فيما يخص البيع الصادر من المريض في مرض الموت على حسب كل مذهب على النحو الآتي:

أولاً: بيع المريض مرض الموت في المذهب الحنفي:

فرق الحنفية بين البيع الصادر إلى أحد الورثة، البيع الصادر إلى الأجنبي.

1_ البيع الصادر إلى أحد الورثة

جاء في المادة 393 من مجلة الأحكام، ما يلي: " إذا باع الشخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته، يعتبر ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع، وإن لم يجيزوا لا ينفذ⁽¹⁾."

فالنص يدل على أنه إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته، أو اشترى منه شيئاً ولو بثمان المثل أو بضعفه، فمات بعد ذلك المريض، فالبيع أو الشراء موقوف عند أبي حنيفة -رحمه الله- على إجازة سائر الورثة، فإن أجازوا بعد الموت نفذ وإلا فلا، أي فإن لم يجيزوه كان منفسخاً و باطلاً، أما الإجازة قبل الموت فليس لها حكم، لأن حق الإجازة أو الفسخ لا يثبت إلا بعد الموت، فلو باع المريض شيئاً من ماله لواحد من أولاده الثلاثة، وأجازه الاثنان الآخران والمريض حي، فليس لتلك الإجازة حكم، فلهما بعد الموت إجازته أو فسخه، وكذلك لو باعت امرأة دارها، المملوكة لها لزوجها وماتت، فلورثتها الآخريين إدخال تلك الدار في الميراث. وعند الصاحبين أي أبا يوسف ومحمد جائز إذا كان بثمان المثل أو بضعفه⁽²⁾، لأنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما يتعلق حقهم به وهو المالية، فكان الوارث والأجنبي فيه سواء.

يوضح ذلك أنه كما كان ممنوعاً من الوصية للوارث بما زاد عن الثلث للأجنبي، ثم البيع بمثل القيمة من الأجنبي في جميع ماله صحيح، ولا يكون ذلك وصية بشيء، فكذلك في بيعه مع الوارث. يمثل القيمة قياساً على بيعه للأجنبي بنفس الشكل (يمثل القيمة).⁽³⁾

⁽¹⁾ لجنة من العلماء، مرجع سابق، ص 67.

⁽²⁾ علي حيدر، مرجع سابق، [427/1].

⁽³⁾ عبد السلام أحمد فيغو، مرجع سابق، ص 256.

ونفس الحكم في الشراء أيضاً، فلو اشترى من له ولدٌ، شيئاً من أحد إخوته وهو في مرض موته، فتوفي الولد ثم توفي المريض، فالبيع غير معتبر، ويبقى موقوف إلى حين إجازة الورثة، لأن الأخ وإن كان مع وجود الابن غير وارث، فقد أصبح بعد وفاة المريض وارثاً⁽¹⁾.

فبهذا الحجر من الشارع على المريض مرض الموت في إيصال النفع إلى وارثه من ماله أثناء مرضه، صارت صورة النفع ومعناه وحقيقته، وشبهته سواء، لأن الصورة والشبهة ملحقتان بالحقيقة في موضع التحريم، فمثال الصورة بيع المريض من الوارث شيئاً من أعيان التركة، فإنه لا يصح أصلاً عند الحنفية سواء كان بمثل، أو لم يكن. فللمريض مرض الموت أن يبيع ما شاء من أمواله، لأن حق الدائنين يتعلق في حال مرضه بمجموعة أمواله باعتبارها وحدة معنوية لا بذاتية أعيانها، ولكن حقه في بيع أمواله مقيد بعدم الإضرار بدائنيه، فإذا كانت الديون مستغرقة لأمواله لا يجوز أن يبيع أو يشتري إلا بثمان المثل، ولا ينفذ بيعه متى وقع بأقل من ثمن المثل، ولو كان النقص يسيراً إلا بإجازة الدائنين أو برفع الغبن الذي تضمنه، فبيع المريض مرض الموت موقوف على إجازة باقي الورثة، كما أن التبرع للوارث والإقرار له بالدين موقوف على إجازة الوارث⁽²⁾.

ثم إن البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الأجنبي في جميع ماله، ولا يكون ذلك وصية بشيء، فكذلك مع الوارث، يوضحه أنه إذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز، وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشيء من ماله، ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منهن فكذلك في حق الوارث، وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله، وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة، كما أوصى بأن يعطي أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من ميراث، وذلك لأن حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية. وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئاً لنفسه بنصيبه من الميراث، لا يملك ذلك إلا برضا سائر الورثة، فكما أنه لو قصد إثارة البعض بشيء من ماله رد عليه قصده، فكذلك إذا قصد إثارة بالعين، وذلك لأن الناس في الأعيان أغراض، فقد يفتخر الإنسان بحظه إياه فوق ما يفتخر بشرة ماله، وإنما نفى الشارع وصية المريض لبعض الورثة دفعاً للغضاضة عن سائر الورثة، وذلك المعنى يتحقق هنا،

(1) علي حيدر، مرجع سابق، [428، 427/1].

(2) عبد السلام أحمد فيغو، مرجع سابق، ص 256.

فلهذا يمتنع بيعه بمثل قيمته وبأكثر⁽¹⁾.

بخلاف الأجنبي فإنه غير ممنوع من التصرف مع الأجنبي فيما يرجع إلى العين، وإنما يمتنع من إبطال حق الورثة عن ثلثي ماله، وليس في البيع بمثل القيمة من الأجنبي إبطال حق الورثة عن شيء من ماله، والدليل على الفرق إقرار المريض للأجنبي بالدين أو بالعين، وإقراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة، وشيء من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه، فكذلك البيع بمثل القيمة، وهذا بخلاف بيعه من الأجنبي إذا كان عليه دين مستغرق، لأن المنع لحق الغرماء وحققهم في ديونه لا في عين مال المريض⁽²⁾.

والحكمة من جعل تصرفات المريض لوارث كالوصية، هو منع المريض من إثارة الورثة بالعين على بعض، وعدم تغيير الأنصبة المقدرة لهم شرعاً، فبيع المريض لوارثه في مرض الموت موقوف على إحالة باقي الورثة عند أبي حنيفة، فإذا لم يجزه الوارث، رده وبطل، ويقسم بين جمعي الورثة كباقي متروكاته.

2_ البيع الصادر إلى الأجنبي:

نصت المحلة في المادة 394 على بيع المريض مرض الموت للأجنبي، حيث يفهم منها أنه، إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثمن المثل (أي بدون محاباة) صح بيعه، وليس للورثة أن يقولوا إننا لا نعرف بهذا البيع، وإن باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة، يعتبر من ثلث ماله، فإن كان الثلث وافياً بها، صح ولزم الورثة، وإن كان الثلث لا يفي، فالبيع موقوف على إحالة الورثة عموماً، فإن لم يجيزوا، فالمشتري مجبر على إكمال المقدار الذي لم يتسع له الثلث، وإن أجاز البعض، فعلى المشتري إكمال ما يلحق حصص غير المحيزين فقط، وإذا لم يكمل المشتري ذلك النقصان، انفسخ البيع، وللورثة أن يستردوا المبيع، ويردوا إلى المشتري ما أخذ منه من الثمن⁽³⁾.

فلو كان شخص، لا يملك إلا داراً تساوي ألف وخمسمائة دينار، فباعها وهو في مرض موته، من إنسان ليس بوارث له بألف دينار، وتوفي بعد البيع والتسليم، فيما أن ثلث ماله يفي بما

⁽¹⁾ شمس الدين السرخسي، المسوط، د ر ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د س ط، [150/14].

⁽²⁾ السرخسي، مرجع سابق، [150/14، 151].

⁽³⁾ علي حيدر، مرجع سابق، [428/1، 429].

حابي به وهو خمسمائة دينار، فيبعه يقع صحياً، وليس للورثة فسخه، أما إذا باعها بخمسمائة دينار وسلمها، فللورثة مطالبة المشتري بإبلاغ الثمن إلى الثلثين، لأن المبلغ المحابي به ألف دينار، وهو ضعف ثلث المال، فإذا أبلغ الثمن إلى ذلك المقدار، فليس للورثة فسخ البيع، أما إذا لم يرض بذلك، فلهم استرداد الدار، وإدخالها في التركة⁽¹⁾.

وكذلك الحكم في شراء المريض مرض الموت من أجنبي، فلو اشترى إنسان مالاً بغبن فاحش على أن له الخيار، ومرض مرض الموت فأسقط خياره، أو أجاز البيع أو لزمه البيع بمضي مدة الخيار، فهو في حكم المحاباة، فيعتبر من الثلث أيضاً كما في البيع⁽²⁾.

وعليه، فإن باع المريض لغير وارث، وكان في البيع محاباة، وصورة ذلك: أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة، فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محاباة⁽³⁾، فإن كان النقص في الثمن أقل من ثلث المال أو مساوياً له، فهو محاباة جائزة من المريض للمشتري، فليس للورثة حق الاعتراض، لأن للمريض أن يتبرع في مرض موته لغير وارثه بثلث ماله من غير إجازة الورثة، وإن كان النقص في الثمن زائداً على الثلث فيما أن يجيز الورثة الزائد أو لا يجيزه. فإذا أجاز الورثة الزائد على الثلث فلا يلزم المشتري بشيء، ولو لم يجيزوه يخير المشتري بين أمرين: إما أن يدفع للورثة الزائد على الثلث، وإما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة، ويعطي المشتري ما دفعه من الثمن⁽⁴⁾.

ثانياً: بيع المريض مرض الموت في الفقه المالكي:

ذهب فقهاء المالكية، إلى أن يبيع المريض مرض الموت جائز نافذ، فهو كالصحيح في ذلك، في حالة ما إذا باع بثمن المثل، وذلك دون توقف على إجازة من ورثته، لأن حقهم متعلق بقيمة التركة لا بأعيانها، وما دامت القيمة لم تنقص، لتساوي الخارج منها والداخل إليها. فلا يؤثر في

⁽¹⁾ علي حيدر، المرجع نفسه، [429/1].

⁽²⁾ علي حيدر، المرجع نفسه، [429/1].

⁽³⁾ الهمام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1421هـ، 2000م، [132/6].

⁽⁴⁾ عبد السلام فيغو، مرجع سابق، ص 257، 258.

نفاذ البيع. غير أنه إذا كان فيه محاباة، فالزائد يحسب من الثلث على أنه وصية.⁽¹⁾

فإذا باع المريض مرض الموت أو اشترى من ولده من غير محاباة جائزة أصلاً كما في المدونة، عندما سئل مالك بن أنس، عن حكم الذي يبيع أو يشتري من ابنه وهو في مرض الموت؟ فأجاب أن ذلك العمل يجوز إذا لم يكن فيه محاباة⁽²⁾. لكن لا بد من معاينة قبض الثمن، وإلا غرمه الابن بعد موت الأب، ولا ينفعه إقرار الأب في مرضه بقبضه لأنه بمنزلة المريض يقر بقبض دين له من وارث، لأن المريض مرض الموت، لا ينفذ إقراره إلا بمعاينة الشهود بدفعه الثمن⁽³⁾.

ولا يحجر على المريض مرض الموت في مؤونته، وفي ما يتداوى به، لأن بهما قوام البدن، إلا فيما زاد عن حاجته من أكله وكسوته وتداويه، كما لا يدخل في الحجر أيضاً المعاوضات المالية كالبيع والشراء ونحوهما، مما فيه تنمية لماله، إلا أن تكون فيه محاباة⁽⁴⁾.

والمحاباة هي: البيع بأقل من القيمة بكثير بقصد نفع المشتري، أو الشراء بأكثر من القيمة بكثير، ابتغاء نفع البائع⁽⁵⁾. وتكون إما لوarith أو لغير وارث:

1_ المحاباة الصادرة لأحد الورثة:

إذا كانت المحاباة من المريض مرض الموت لوarith، فإن أجازها بقية الورثة فهي نافذة، تعتبر ابتداءً عطية منهم، وتطبق عليها أحكام العطايا في المشهور من مذهب مالك⁽⁶⁾، وإن رفضها

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني، حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني لمتن خليل، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1306هـ، [349/5].

(2) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المجلد الرابع، د ر ط، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، [167/9].

(3) أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، د ر ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط-المملكة المغربية، 1401هـ/1981م، [397/10]. أبي عبد الله سيدي محمد المدني علي كنون، حاشية بهامش حاشية الرهوني، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1306هـ، [351/5].

(4) الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [664/6]. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ/2002م، [558/5].

(5) أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م، [134/2].

(6) الزرقاني، شرح على مختصر خليل، مرجع سابق، [558/5].

الورثة (لم يجزوا)، وكانت المحاباة في ثمن المبيع، مثل أن يبيع منه بمائة ما يساوي مائتين⁽¹⁾، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: أن البيع يبطل في الجميع، ويرد له الورثة ما دفعه من الثمن⁽²⁾. لأنه أراد به التوليج، ولو أراد إتمام بقية الثمن، ما كان ذلك له، لأن أصل البيع وقع على التوليج⁽³⁾.

الثاني: يكون له من المبيع بقدر ما دفع من الثمن، ويبطل الزائد، أي أنه يرد من المبيع بقدر المحاباة فقط، ويصح ما عداه⁽⁴⁾. حيث مثل له صاحب (البهجة في شرح التحفة) بقوله: "فإن باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلاً، يكون للوارث نصف المبيع فقط، ويبطل النصف الآخر"⁽⁵⁾.

الثالث: إن أتم بقية الثمن فلا كلام للورثة، ويمضي البيع⁽⁶⁾، إذ لو باع منه بمثل القيمة فلا حجة لهم⁽⁷⁾.

أما إذا كانت المحاباة في عين المبيع، مثل أن يقصد إلى خيار ما يملك، فيبيعه من ولده بمثل الثمن أو أكثر، فللورثة نقض البيع في ذلك⁽⁸⁾، فإن أجازوه مضى وإلا رد مباشرة⁽⁹⁾.

2_ المحاباة الصادرة لغير وارث: إذا كانت المحاباة من المريض لأجنبي، ينظر في قدر المحاباة في المبيع.

حيث أن المحاباة تقيد بالثلث، وتتوقف على إجازة الورثة، فإذا كانت المحاباة لأجنبي في الشراء أو البيع بقصد النفع، وزادت على الثلث، فإنه ينفذ منها ما حمله الثلث أو أقل، ويبطل

⁽¹⁾: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام بشرح ميارة، د ر ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د س ط، [225/2]

⁽²⁾المدني علي كنون، مرجع سابق، [349/5].

⁽³⁾أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، [225/2]. الرهوني، مرجع سابق، [351/5، 352].

⁽⁴⁾عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339هـ، [74/3].

⁽⁵⁾التسولي، مرجع سابق، [135/2].

⁽⁶⁾الرهوني، مرجع سابق، [351/5].

⁽⁷⁾أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، [225/2].

⁽⁸⁾الزبيدي، مرجع سابق، [74/3]. أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، [225/2].

⁽⁹⁾المدني علي كنون، مرجع سابق، [350/5].

الزائد، إلا أن يجيزه الورثة، فيكون عطية منهم ابتداءً، والمعتبر في محاباته يوم فعلها لا يوم الحكم⁽¹⁾.

فإن باع المريض مرض الموت لأجنبي ما يساوي مائتين بمائة، يكون له النصف الأول من المبيع، ومقدار الثلث من النصف الثاني، والباقي يرجع إلى إرادة الورثة، فهم يملكون رده أو إمضاه⁽²⁾.

أما إذا لم يقصد بذلك نفع البائع أو المشتري، بأن وقع منه ذلك جهلاً بقيمة المبيع، فيدخل في الغبن، ولا يرد به ما اتفق عليه في العقد على المشهور⁽³⁾.

فإن لم يجيزوا هذه الزيادة، فاختلف في حكمها على ثلاثة أقوال⁽⁴⁾:

الأول: يخير بين أن يتم بقية الثمن، ويكون له الجميع. فإن أبي له قيمة ما دفع من الثمن، بالإضافة إلى الثلث من المال المتبقي.

الثاني: يردون له ما دفع من الثمن، ويأخذ ثلث مال الميت.

الثالث: ليس له أن يكمل بقية الثمن جبراً على الورثة، ويكون له مقابل ما دفعه، زائد الثلث مما تبقى من المال المحابي.

وخلاصة القول هي أن المريض مرض الموت حسب المذهب المالكي، إذا باع شيئاً أو اشتراه في مرضه الذي مات منه، فلا يمنع شراؤه ولا بيعه، بل يجب تنفيذ كل منهما فهو كالصحيح في ذلك، لأنه لا يحجر عليه في معاملته بالعوض، إلا إذا حابى فيه، بأن اشترى بأكثر من الثمن المتعارف عليه أو باع بأقل من ذلك، ففيه تفصيل - كما رأينا - فإن حابى أجنبياً أخذ ذلك الأجنبي ما وقعت به المحاباة من ثلث الميت، وإن حابى وارثاً منع ما به وقعت المحاباة، فإن أجازته الورثة ينفذ ويعتبر عطية منهم.

⁽¹⁾ أبي عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني على المختصر الجليل لأبي الضيا سيدي خليل، ط2، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1317هـ، [305/5].

⁽²⁾ التسولي، مرجع سابق، [135/2].

⁽³⁾ الزبيدي، مرجع سابق، [74/3].

⁽⁴⁾ الرهوني، مرجع سابق، [356/5].

ثالثاً: بيع المريض في الفقه الشافعي:

ذهب الشافعية إلى أن البيع الذي يصدر من المريض مرض الموت، لا يختلف عن الذي يقع في حال الصحة، سواء كان هذا المريض هو البائع أو المشتري على حد سواء، ما لم تكن هناك محاباة أو غبن⁽¹⁾.

ويختلف الحكم بالنسبة للوارث والأجنبي.

- فإذا باع المريض مرض الموت من وارثه داراً تساوي قيمتها ألفين بألف، ولم تجز الورثة، بطل البيع في نصفه، لأنه قدر المحاباة⁽²⁾.

- أما إذا باع من أجنبي وحاباه، ففيه ثلاثة أقوال، على النحو الآتي⁽³⁾:

الرأي الأول: البيع يصح في نصف الدار بالألف، ويبقى التصرف فيما بقي بلا ثمن، لأن المحاباة وصية، وهي تصح للمشتري.

الرأي الثاني: يبطل البيع، لأن المحاباة تعلقت بالكل، فلا يجوز أن تجعل في نصفه.

الرأي الثالث: يصح البيع في الجميع بالألف، لأن المحاباة وقعت للمشتري الأجنبي، فصحت له.

وفي حالة ما إذا ادعى ورثة المريض مرض الموت بعد موته، بأن البيع الذي أوقعه فيه محاباة، فإنه في هذه الحالة ينظر إلى قيمة المشتري يوم وقع البيع، والثلث الذي اشتراه به هل هو مما يتغابن أهل المصر بمثله أم لا؟

فإن كان الذي اشتراه بما يتغابن أهل المصر بمثله، كان الشراء جائزاً من رأس المال وإن كان بما لا يتغابن بمثله بين الناس، كان البيع جائزاً من رأس المال فيما يخص ما يتغابن الناس بمثله، وما جاوزه جائزاً من الثلث، فإن كان أكبر من الثلث، يخير المشتري، بين رد البيع إن كان قائماً مع أخذ الثمن المقابل، أو يكمل للورثة الفضل عن ما يتغابن الناس بمثله مما زاد عن الثلث، فإن هلك الشيء المتباع أو استهلك أو لحقه عيب ما، يرد ما بين قيمة ما لا يتغابن الناس بمثله وما زاد عن

⁽¹⁾ الشافعي، مرجع سابق، [223/5].

⁽²⁾ النووي، المجموع، مرجع سابق، [90/15].

⁽³⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [216/2].

الثالث. كما تجدر الإشارة إلى أنه تطبق نفس الأحكام في حالة ما إذا كان المريض مرض الموت هو المشتري⁽¹⁾.

رابعاً: بيع المريض في الفقه الحنبلي:

يرى الحنابلة أن بيع المريض مرض الموت هو نفسه في حال الصحة، إذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو لغير وارث⁽²⁾.

أما بيعه بالمحاباة، فإما أن يكون لوارث أو لغير وارث.

1_ البيع بالمحاباة لوارث: يبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع، لأنها في المرض بمثلة الوصية، والوصية لوارث لا تجوز⁽³⁾.

2_ البيع بالمحاباة لغير وارث: تعددت الآراء حوله عند الحنابلة إلى ثلاثة كما يأتي⁽⁴⁾:

أ- لا يصح، لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع، فلم يصح في بيعه، كما لو قال: بعثك هذا الثوب بعشرة، فقال قبلت البيع في نصفه، أو قال: قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه، فلم يصح.

ب- أنه يبطل البيع في قدر المحاباة، ويصح فيما يقابل الثمن المسمى، لأن البطلان جاء من المحاباة فاحتص بما يقابلها، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ، وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه.

ج- أنه يصح في الجميع، ويقف على إجازة الورثة، فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع، ولا خيار للمشتري.

البند الثاني: بيع المريض مرض الموت في القانون الوضعي.

يختص البيع في مرض الموت، بأحكام خاصة في القانون، لافتراض شبهة الصورية فيه، كالقيام مثلاً بعقد هبة أو وصية في صورة بيع، ويأخذ عدة صور على حسب الطرف المتعاقد معه، فقد يكون وارثاً أو أجنبياً أو مع من لا وارث له، ولكل هذه الحالات أحكام مختلفة، حيث أن المشرع

(1) الشافعي، مرجع سابق، [222/5].

(2) موفق الدين بن قدامة، المغني، مرجع سابق، [472/5].

(3) موفق الدين بن قدامة، المرجع نفسه، [472/5].

(4) موفق الدين بن قدامة، المرجع نفسه، [472/5].

الجزائري فرق في المادة 408 ق م ج، بين صدور البيع للوارث ولغير وارث.

لذا سنتطرق لكل حالة على حدا وفق ما يلي:

أولاً: البيع في مرض الموت للوارث.

حيث جاء نص الفقرة الأولى من المادة 408 ق م ج، كما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارثه فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.⁽¹⁾"

فالفقرة تشير إلى أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحاً بين عاقديه، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة، إلا إذا أقره، والمقصود بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المريض المورث وليس وقت البيع⁽²⁾. فإذا باع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة أو بغيره، كان البيع موقوفاً على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن رده بطل⁽³⁾.

وهو ما ذهب إليه التقنين المصري القديم قبل التعديل خاصة في المادة 254 ق م م⁽⁴⁾، الذي كان يرى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة إلا بإقرارهم (إجازتهم)، لأن المورث خص المورث بعين المبيع، وفي هذا التصرف محاباة لأحد الورثة على حساب الآخرين. وهو رأي الإمام أبي حنيفة، على اعتبار أن المذهب المالكي يرى أن البيع ينفذ ما دام الثمن موافقاً لقيمة المبيع، إلا إذا ثبت أن هناك محاباة في المبيع، في حالة ما إذا كان البيع أو الشراء بأقل من القيمة بكثير أو أكثر من القيمة بكثير، بهدف إيصال النفع للطرف الآخر⁽⁵⁾.

والسبب في ذلك أن التصرفات التي يجريها المريض أثناء مرض الموت، غالباً ما تكون محفوفة

⁽¹⁾ التشريع المغربي جاء موافقاً لما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 408 ق م ج: من خلال نص الفصل 344 من قانون الالتزامات والعقود، حيث تنص على أن: "الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته، من كل أو بعض ما هو مستحق عليه، لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة."

⁽²⁾ محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، د ر ط، قصر الكتاب، البليلة- الجزائر، ط2006، ص87.

⁽³⁾ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، د ر ط، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، 2008، ص82.

⁽⁴⁾ تنص المادة 254 ق م م، على أنه: " ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض المورث لأحد ورثته، إلا إذا أجاز به باقي الورثة."

⁽⁵⁾ راجع: بيع المريض في الفقه المالكي، ص 5 وما يليها.

بالمخاطر والشكوك التي تحوم حولها، خصوصاً إذا كان المستفيد منها واحداً من الورثة، إذ يكون القصد منها هو محاباة بعض الورثة على حساب حرمان البعض الآخر⁽¹⁾.

والظاهر أن مناط الحكم الذي خصصه المشرع لبيع المريض لأحد ورثته، تفرضه قاعدة المساواة بين الورثة، وهي من صميم النظام العام، كما أن الواقع أثبت أن تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر، يؤدي إلى نشر العداوة بين الأقارب وقطع الأرحام فيما بينهم، وهذا الأمر منبوذ شرعاً وقانوناً⁽²⁾.

وتفادياً لكل هذه الشبهات قيد المشرع حرية المريض في التعاقد، وذلك عندما جعل البيع الذي يعقده المريض لصالح أحد الورثة موقوفاً على إقرار باقي الورثة الآخرين⁽³⁾.

ومعنى هذا الإقرار نفاذ هذا البيع في حقهم، فإذا لم يقرروا بيع مورثهم، فإن المال المبيع يعتبر عنصراً من عناصر التركة، وأنه لم يخرج من ذمة مورثهم، ويقسم مع بقية أموال التركة على الورثة جميعاً، ومنهم الوارث المشتري، كل واحد على حسب نسبة حصته في الإرث، وفي هذه الحالة يجب أن يرد للوارث المشتري، الثمن الذي تم إثبات دفعه للمورث البائع⁽⁴⁾.

وهو ما كان واضحاً في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، تطبيقاً للنص القانوني، حيث جاء في أحدها: "من المقرر أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون

ولما كان الثابت من قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما ذكروا المستأنف عليهم، لم يشيروا إلى أن البيع وقع أثناء مرض موت البائع، بالرغم من كون المستأنف عليهم أشاروا في مذكرة جوابية، إلى أن مورثهم كان مصاب بمرض الموت وقت البيع، ومن ثم فإن القضاة كما فعلوا

(1) عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود، الكتاب الأول: عقد البيع، ط1، مكتبة دار الإيمان، الرباط-المملكة المغربية، 1999م، ص29.

(2) محمد الكشور، بيع المريض مرض الموت، ط1، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، المغرب، 1422هـ/2002م، 112.

(3) عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص29.

(4) محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص488.

أساءوا تطبيق القانون⁽¹⁾."

كما أن القضاء المصري-قبل التعديل- كان يكشف عن تحايل المريض إذا باع لغير وارث، ثم يحول المشتري البيع إلى وارث، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث، ثم تحويل العقد من الولد إلى أمه فيه تحايل، ويعتبر بيعاً صادراً لوارث في مرض الموت⁽²⁾.

لذا يجب أن نفرق بين إقرار الورثة للبيع وحالة عدم إقرارهم له، حتى يمكن تحديد آثار وأحكام هذا البيع.

1_ حالة إقرار وقبول الورثة للبيع:

بما أن الورثة يملكون الحق في إرث مورثهم بعد موته، فإنه يحق لهم إقرار البيع من مورثهم حال مرضه، ويشترط لصحة إقرار الورثة أن يصدر بعد الموت، كما يشترط أن يكون المصدر للإقرار، عاقلاً بالغاً راشداً، تحت طائلة بطلان إقراره بطلاناً مطلقاً، وعلى ذلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي، أو المجنون أو المحجور عليه، أو ثبوت حالة مرض الموت في المقر نفسه، ويشترط أيضاً علم الوارث بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدره أثناء مرضه مرض الموت، وأن يملك التمسك بعدم نفاذه، وإلا كان الإقرار قابلاً للإبطال، كما أنه لا عبرة بإقرار الورثة السابق لموت مورثهم، على أساس أن لا حق لهم مطلقاً في مال مورثهم إلا من يوم الوفاة. فإذا تم الإقرار بشروطه، اعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة، كما لو صدر من مورثهم في حال صحته⁽³⁾.

2_ حالة عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث.

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم وهو في مرض موته إلى وارث منهم، كان لبعضهم أن يجيزه دون الباقي منهم، وهم يستعملون خالص حقهم في ذلك، ويستمدون حقهم من القانون مباشرة، حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ قرار رقم 62156 بتاريخ 1990/7/9. المجلة القضائية، 1991، عدد4، ص68.

⁽²⁾ استئناف مصر 34 ديسمبر 1930، المخامة 11 رقم 31430، ص 828. نقلاً عن: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [288/4].

⁽³⁾ عبد السلام فيغو، مرجع سابق، ص271، 272.

⁽⁴⁾ محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص90.

وبهذا فإن البيع ينفذ في حق من أقروه فقط، وبنسبة حصصهم في الميراث، ولا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضاً⁽¹⁾، ولهم أن يرفعوا دعوى بطلان البيع الذي أحازه مورثهم في مرض موته، وعدم نفاذه في حقهم بمقدار أنصبتهم، ويجب أن يشبوا حالة المرض، ولهم في ذلك جميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، وذلك بطلب إجراء تحقيق⁽²⁾، طبقاً لنص المادتين (408، 1/776) ق م ج، والمادة 61 ق م إ وما بعدها.

ووافق القضاء التشريع، في قراره الصادر بتاريخ: 1996/07/09، الذي يقضي بأن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث، لا يكون نافذاً إلا إذا أقره باقي الورثة. في قضية زوجة المورث، التي استغلت مرضه في إبرام عقد البيع، قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً، فاستوجب القرار الذي استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة النقض⁽³⁾.

ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث.

تبعاً للفقرة الثانية من نص المادة 408 ق م ج، التي تنص على ما يلي: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ولأجل ذلك يكون قابلاً للإبطال⁽⁴⁾".

فإن البيع الذي يتم من طرف المريض مرض الموت مع الغير، حتى ولو كان وارثاً وقت البيع، ثم لم يكن كذلك وقت الوفاة⁽⁵⁾، فإن مصير هذا البيع يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الوارث

(1) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 90.

(2) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 90.

(3) قرار رقم 139123، مؤرخ في: 1996/07/09، المحلة القضائية، العدد الثاني، 1996، ص 80.

(4) هذا النص ينتقد كثيراً من قبل فقهاء القانون، ونادوا بضرورة تعديله لاعتبارات عدة من بينها: 1- تناقض النص مع محتوى المادتين 185، 189 من ق أ ج، بين القابلية للإبطال وبين نفاذ أو عدم نفاذ الوصية بالمقدار المحدد بها. 2- النص يوحي بإهدار أساس الطعن بطلان تصرف المريض مرض الموت، الذي قرر حماية للورثة، نظراً لتعلق حقهم بمال المريض من بداية تاريخ المرض. وعلى هذا الأساس اقترح تعديل النص كالتالي: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة." نقلاً عن: محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 97، 98.

(5) لأن المعتر في تحديد الوارث هو الموت وليس أثناء البيع، فلو لم يكن للمورث وقت البيع غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً، اعتبر الابن وارثاً رغم عدم وجوده وقت البيع، ولا تدخل الأخت ضمن الورثة ولو أهما كانت وارثة يوم البيع. نقلاً عن: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [286/4].

دون تفصيل، حيث أنه لم يبين من له حق الإبطال، كما لم يصرح عن سبب قابلية العقد للإبطال، وإذا كان الإبطال يكون لنقص الأهلية أو لغلط أو لإكراه أو لتدليس أو لاستغلال كما هو معروف، فهنا يثور التساؤل عن أي سبب من هذه الأسباب يكون العقد قابلاً للإبطال⁽¹⁾.

كما أن المشرع لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلاً أو بأقل من قيمة البيع، أو إذا كانت فيه محاباة تجاوز ثلث التركة أو لا تجاوزه... إلخ، كما أنه استعمل عبارة: "... فإنه يعتبر غير مصادق عليه..."، وهذا المصطلح إداري، لا صلة له بالقانون المدني، وبالتالي فالمقصود الذي يرمي إليه المشرع من خلاله يبقى مبهماً.

لذا يجب أن نتطرق إلى كل هذه الافتراضات كالاتي:

1_ التصرف بالبيع دون ثمن أصلاً:

طبقاً لنص المادة 351 ق م ج، فإن الثمن يعد من خصائص البيع الأساسية، بحيث لا يكتمل عقد البيع إلا به، فإذا لم يستطيع المشتري إثبات دفعه لثمن ما للمريض، فإن المعنى القانوني للعقد يتغير ليصبح هبة مستترة، ولها حكم الوصية، طبقاً لنص المادة 204 ق أ ج⁽²⁾، لأنها وقعت في مرض الموت.

وبناءً عليه، فإنه يجب إعمال المادة 776 ق م ج، التي تقر بأن أحكام الوصية، تسري على جميع التبرعات، المبرمة من قبل المريض مرض الموت، وبالتالي تطبيق نص المادة 185 ق أ ج.

والتي تقر بأنه إذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، بما يفي بتكملة ثلثها.

فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان، ولم يستطع الطرف المتصرف له (الغير) إثبات دفعه للثمن، وكانت قيمة التركة داخلاً فيها الدار المتصرف فيها تقدر بـ: ستة آلاف، فإن التصرف ينفذ في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث

(1) محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص 489.

(2) تنص المادة 204 ق أ ج، على ما يلي: " الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية."

التركة، والتصرف وقع مع الغير، أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف، والمثال بحاله، فإن قيمة الدار تجاوزت ثلث التركة بمقدار ألف، فإن لم تجز الورثة التصرف، وجب على الطرف الآخر (المتصرف إليه)، أن يرد إلى التركة ألفاً⁽¹⁾.

أما إذا استطاع أن يثبت دفعه للثمن ومقدار ما دفعه، فإن هذا الثمن يجب أن يدخل في إحدى الاحتمالات التالية: إما أنه لا يقل عن قيمة المبيع، أو يقل بما لا يجاوز ثلث التركة، أو بما يجاوزه.

هذه التفاصيل لم يوضحها المشرع الجزائري، الذي جاء نصه مجملاً. عكس معظم التشريعات العربية الأخرى التي فصلت في الأمر، تماشياً مع ما جاء في نصوص مذاهب الشريعة الإسلامية، على غرار المشرع المصري مثلاً، الذي سنحاول تبين رأيه، ثم نسقطه على آراء الفقه الإسلامي، وعلى هذا الأساس نسعى إلى شرح محتوى نص القانون الجزائري، وفق ما يلي:

2_ البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع:

إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع، كان البيع نافذاً صحيحاً في حق الورثة دون حاجة إلى إقرارهم، لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن⁽²⁾. وهذا الرأي مطابقاً لرأي الجمهور ما عدا الحنفية.

لكن المشرع الجزائري، أتى بحكم عام في هذا الأمر، وبالتالي فالبيع بهذه الطريقة يكون قابلاً للإبطال، عملاً بما ورد في نص المادة 408/2 ق م ج.

وقيمة المبيع تقدر وقت الموت لا وقت البيع، فلو باع المريض مرض الموت، داراً بألفي دينار، وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة دينار، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بخمسمائة دينار، أما إن كانت قيمتها وقت البيع ألفاً وخمسمائة دينار، ثم أصبحت وقت الوفاة ألفين، في هذه الحالة يكون بيعه بمثل القيمة⁽³⁾.

⁽¹⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [290/4].

⁽²⁾ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 90.

⁽³⁾ السنهوري، مرجع سابق، [287/4].

3_ البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة:

إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع، وأثبت أن المقدار الذي دفعه، يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن المشرع المصري يرى بصحة البيع ونفاذه في حق الورثة، دون حاجة إلى إجازتهم، سواء حصل البيع لوارث أو لغير وارث⁽¹⁾، والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (المادة 1/477 ق م م)⁽²⁾.

فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ثمانية وعشرون ألف دينار، بأربعة عشر ألف دينار، ولم يكن له مال سوى هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت واحد وعشرون ألف دينار، كان البيع أقل من قيمة المبيع بمقدار سبعة آلاف وليس أربعة عشر ألف، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة⁽³⁾.

4_ البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة:

أما في حالة دفع المشتري لثمن أقل من القيمة بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت (أي بنسبة تجاوز ثلث التركة)، بما يكشف عن نية المريض مرض الموت في محاباة هذا الغير على حساب ورثته، فإن البيع لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم⁽⁴⁾.

فإذا كان الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن المدفوع يزيد عن ثلث التركة، فلا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، وعلى المشتري في هذه الحالة أن يرد للورثة ما زاد على الثلث، ولهم الحق في الحجز والتنفيذ على المبيع بقيمة هذه الزيادة⁽¹⁾. وهذا ما ينطبق مع ما ورد في المادة 185 ق أ ج. في حالة الوصية لغير وارث، إذا قارناها بنص المادة 189 ق أ ج. التي لا تجيز الوصية

⁽¹⁾ كان البيع في مثل هذه الحالة وفي غيرها من الحالات المذكورة (البيع بما لا يقل عن القيمة، البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة...)، لا ينفذ بالنسبة للوارث، إلا بإجازة بقية الورثة (المادتين 254، 320) ق م م قبل التعديل. وهو ما عليه المشرع الجزائري، طبقاً للمادة 1/408 ق م ج. أخذاً بمذهب الإمام أبي حنيفة -رحمة الله عليه-.

⁽²⁾ تنص المادة 1/477 ق م م، على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث، بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة، إذا كانت زيادة قيمة المبيع عن الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلياً فيها المبيع ذاته."

⁽³⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [287/4].

⁽⁴⁾ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 114، 115.

⁽¹⁾ عبد السلام فيغو، مرجع سابق، ص 295.

لوارث إلا بإجازة بقية الورثة.

فلو أن المريض باع داراً قيمتها ثمانية وعشرون ألف دينار، بأربعة عشر ألف دينار، ولم يكن له غيرها، ثم أصبحت قيمتها وقت الوفاة أربعة وعشرون ألف دينار، فإن المقدار المحابي به يكون عشرة آلاف دينار، وهذا يزيد على ثلث التركة ثمانية آلاف دينار. بألفي دينار، فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار الألفين إلا بإجازة الورثة، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم. فإن لم يجز الورثة في الألفي دينار، كان للمشتري الخيار، بين أن يزيد مبلغ ألفي دينار لما دفعه أولاً (أربعة عشر ألف دينار)، فيصير ستة عشر ألف دينار، وهو الثلثين، والباقي: ثمانية آلاف دينار وهو الثلث، أو يفسخ البيع ويسترجع مبلغ أربعة عشر ألف دينار الذي دفعه، مقابل رفع يده على الدار محل العقد، التي كان يحوزها⁽¹⁾.

لكن إذا ما رجعنا للقانون المدني الجزائري، فإننا نجد أن هذا التصرف تم في شكل بيع، وليس على سبيل الوصية، وبالتالي فهو قابل للإبطال.

ثالثاً: حماية الغير حسن النية:

تنص المادة 409 ق م ج، على أنه: " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على الشيء المبيع⁽²⁾ ".

نستشف من هذا النص، أن المشرع يهدف من خلاله إلى حماية من يتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت، مما قد ينجر عن هذه المعاملة، نتيجة عدم نفاذ البيع في حق الورثة، حيث أنهم لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري، إذا كان حسن النية كشرط للاستفادة من الحماية، كأن لم يكن يعلم مثلاً وقت إبرام العقد أن للورثة حق فيها، كما يشترط فيه أيضاً أن يكون قد كسب هذا الحق بعوض فعلاً⁽¹⁾، فإذا كان المبيع عقاراً، وكان الحق عينياً أصلياً، وجب توثيقه وشهره في المحافظة العقارية، وإن كان حقاً عينياً تبعياً، فلا بد من قيده، باعتبار هذا الأخير شرط

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [289/4].

(2) تقابلها المادة 478 ق م م، التي تنص على أنه: " لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية، إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة. "

(1) محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 99، 100.

للاحتجاج به⁽¹⁾.

فلا يحق لهم حينئذ المساس بالحق العيني الذي كسبه على العين المبيعة، ولا سبيل لهم في استيفاء حقهم، إلا الرجوع على من تصرف له مورثهم أثناء مرضه⁽²⁾. حيث لهم أن يستردوا من الثمن المدفوع للمشتري، ما زاد عن الثلث⁽³⁾.

و خلاصة القول، فإن الحنفية فرقوا بين البيع الذي يقع من قبل المريض، لمصلحة أحد الورثة، وبين الذي يكون لمصلحة الغير، فالحالة الأولى لا ينفذ فيها البيع إلا بإجازة بقية الورثة، أما الحالة الثانية_ التي يقع فيها البيع لمصلحة الغير_، فهنا أيضاً يميزون بين البيع بثمن المثل، الذي يصح دون عبء باعتراف الورثة، وبين البيع بالمحاباة، الذي ينفذ بما يعادل ثلث ماله، أما إن زاد على الثلث، فعلى المشتري أن يكمل المقدار الذي لم يتسع له الثلث، تحت طائلة فسخ البيع.

أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، فقالوا بأن البيع من المريض يقع صحيحاً، سواء كان لوارث أو لغير وارث، إلا في حالة ما إذا كانت هناك محاباة، فعند المالكية إن كانت المحاباة لوارث، فهي معلقة على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوا تنفذ، وإن رفضوا ففي ذلك ثلاثة أقوال، تتمثل في بطلان البيع، وأيضاً بطلان الزائد عن الورثة، وفي رأي آخر عليه إتمام بقية الثمن لكي يتم البيع، أما الشافعية والحنابلة فرأوا بإبطال الزائد عن القيمة، بالنسبة للوارث في حالة عدم قبول الورثة، وثار الخلاف حول المحاباة للأجنبي، فالشافعية تعددت آراهم إلى ثلاثة أقوال: حيث أن منهم من رأى بصحة البيع بقدر قيمة المال المدفوع، والتصرف في الزائد على مبدأ الوصايا، ومنهم من قال بصحته على الإطلاق، وذهب رأي ثالث إلى بطلانه. وتباينت آراء الحنابلة أيضاً، فمنهم من ذهب إلى صحته مع إيقافه على إجازة الورثة، ومنهم من قال ببطلان قدر المحاباة، ورأي وافق أحد آراء الشافعية وهو بطلان البيع بصفة مطلقة.

أما القانون، فانطلاقاً من نص المادة 408 ق م ج، نلاحظ أنه قد أخذ برأي الحنفية فيما يخص البيع للوارث، حيث أنه علق صحة البيع على إجازة الورثة، أما في حالة البيع لغير وارث، فذهب إلى أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الوارث دون تفصيل، على عكس المشرع المصري،

⁽¹⁾ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 93.

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [291/4].

⁽³⁾ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 119، 120.

الذي كان أكثر وضوحاً، حيث بين أن البيع إذا تم بدون ثمن، حيث أن المشتري لم يستطيع إثبات دفعه للثمن، فإن هذا البيع يدخل في باب التبرعات، وتطبق عليه أحكام الوصية، وهذا ما يتطابق مع نص المادة 776 ق م ج، ويكون بالتالي نافذاً في حدود الثلث، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة.

أما إن كان يمثل القيمة، فهنا ذهب المشرع المصري إلى صحته دون توقف على إجازة أحد، وهو ما عليه جمهور الفقهاء.

وفي حالة ما إذا كان أقل من القيمة، بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن البيع يقع صحيحاً أيضاً، وذلك على الإطلاق.

أما إن كان أقل من القيمة، لكن يجاوز ثلث التركة، فإن البيع لا يكون نافذاً في الزائد، إلا بإجازة الورثة، وهو ما يوافق رأي الحنفية، وما ذهب إليه بعض المالكية، في إجازة قدر الثلث، وإبطال الزائد.

وفي هذا الإطار، ذهب المشرع الجزائري، في المادة 409 ق م ج، إلى حماية الغير حسن النية، حيث لا يستطيع الورثة تتبع المبيع في يد من اشتراه أو كسب عليه حقاً عينياً، وهو لا يعلم بأن لهم حق فيه.

المطلب الثاني: الشفعة في مرض الموت

الشفعة كسبب من أسباب الملكية، كما تمارس من أو ضد شخص صحيح، قد تمارس من أو ضد شخص مريض.

لذا سنتطرق إلى الشفعة في مرض الموت، وأحكامها في الشريعة والقانون. لكن قبل ذلك يجب أن نشير إلى مفهوم الشفعة.

الفرع الأول: مفهوم الشفعة في الشريعة والقانون

هنا يجب أن نتكلم عن الشفعة في الشريعة الإسلامية، ثم نتطرق إليها ضمن قانون الأسرة، وذلك من أجل إظهار مدى التوافق أو التباين في حالة وجوده، بين النظرتين، وهذا لا يسنى إلا بإبراز مفهومها، حسب ما يلي:

البند الأول: مفهوم الشفعة في الشريعة.

الشفعة بالضم: يقصد بها لغة، أن تشفع فيما تطلب، فتضمه إلى ما عندك، فَتَشْفَعُهُ، أي تزيده. والشفعة على رؤوس الرجال، أي إذا كانت الدار بين جماعة مختلفي السهام، فباع واحد منهم نصيبه، فيكون ما باع لشركائه، بينهم سواء على رؤوسهم لا على سهامهم⁽¹⁾.

وفي الشريعة الإسلامية تعني: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن⁽²⁾. أو هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المتنقلة عنه من يد من انتقلت إليه.

وهي ثابتة بالسنة والإجماع:

فمن السنة: عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال:

«قضى النبي ﷺ بالشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة⁽³⁾».

وثبت على النبي ﷺ: «أنه قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يجل له

أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به⁽¹⁾».

⁽¹⁾ الفيروز ابادي، باب العين، فصل الشين، مرجع سابق، [44/3].

⁽²⁾ الزرقاني سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مصر - صندوق بوسنة الغورية رقم 138، د ط ن، [376/3].

⁽³⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً غير مقسوم، مرجع سابق،

[488/1].

⁽¹⁾ مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، مرجع سابق، [40/6].

وأما الإجماع فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط⁽¹⁾.

وأركانها الشافع، والمشفوع عليه، والمشفوع فيه، وصفة الأخذ بالشفعة⁽²⁾.

وتقع الشفعة في المشاع بين الشركاء⁽³⁾، أي في كل مشترك مشاع قابل للقسمة لم يقسم بالفعل بين الشركاء، لما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ «قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه⁽⁴⁾» وسياقه يشعر باختصاصها في العقار، وهو مشهور مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد، والمراد بالعقار المحتمل للقسمة⁽⁵⁾.

ولكي تثبت الشفعة لابد لها من شروط جملها الفقهاء في النقاط التالية⁽⁶⁾:

1- خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً لا خيار فيه.

2- أن يكون العقد عقد معاوضة، وهو البيع وما في معناه.

3- أن يكون العقد صحيحاً.

4- أن يكون الشفيع مالكاً وقت الشراء، وإلى القضاء له بالشفعة.

5- عدم رضا الشفيع بالبيع.

البند الثاني: مفهوم الشفعة في القانون.

أما المشرع الجزائري، فقد عرفها انطلاقاً من نص المادة "794" ق م ج بقوله: "الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد

⁽¹⁾ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [467-459/5].

⁽²⁾ ابن رشد، مرجع سابق، [1403/4].

⁽³⁾ تقي الدين بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ط1، دار القلم، بيروت-لبنان، 1407هـ-1987م، [422/4].

⁽⁴⁾ سبق تخريجه، ص32.

⁽⁵⁾ الزرقاني سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مرجع سابق، [377/3]. النووي، روضة الطالبين، مرجع

سابق، [247-246/4].

⁽⁶⁾ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، [817/5].

التالية⁽¹⁾ ."

من هذا التعريف يتضح بأن الشفعة هي سبب من أسباب كسب الملكية، رخصة إذا استعملها الشفيع، تملك عقاراً باعه صاحبه إليه وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع.

والشفعة طبقاً لأحكام المادة "795" ق م ج، رخصة جاء بها المشرع لدفع ضرر عن الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي و لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض منها، و لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها⁽²⁾.

وهي بهذا تفترض أن يكون هناك شفيعاً و هو الذي يأخذ الشفعة، ومشفوعاً منه و هو المشتري الذي يحل محله الشفيع، وبائعاً لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشترياً محل المشتري الأصلي، وعقاراً مشفوعاً به وهو العقار المملوك للشفيع، وقد شفيع به أو عقاراً مشفوعاً فيه، وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفيع الشفيع فيه، وبها تتشكل أطراف الشفعة⁽³⁾.

وهذا ما أكدته القضاء، في فحوى القرار، الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1997/11/11، الذي جاء فيه: "إن المادة 795 من ق م، تذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، وهم ثلاثة أصناف: مالك الرقبة والشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع، وأن من لم يبين ولم يثبت أن له صفة من الصفات الثلاثة، المنصوص عليه في هذه المادة، فإن تمسكه بحق الشفعة يعتبر خارج عن كل إطار قانوني⁽⁴⁾."

ولكي يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة، يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه من الشفعة.

2- أن يكون متوفراً على الأهلية الواجبة .

⁽¹⁾ تقابلها المادة 935 ق م م.

⁽²⁾ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ط2، دار هومة- الجزائر، 1433هـ—2000م، ص33.

⁽³⁾ دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص84، 112.

⁽⁴⁾ قرار رقم: 1794، صادر بتاريخ: 1997/11/11، نشرة القضاء، 1999، عدد54، ص93.

3- أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.

4- ألا يكون العقار وقفاً .

والأخذ بالشفعة إما أن يكون بالتراضي يثبت متى سلم المشتري للشفيع الشفعة عن رضا منه فيحل الشفيع محل المشتري للشفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع، ومتى حصل هذا التسليم وجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار⁽¹⁾.

وإما بالتقاضي الذي يتم بإتباع إجراءات تبدأ بإخبار الشفيع بوقوع البيع عن طريق إنذار رسمي يوجه إليه من المشتري ومن البائع، ويليه إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بإعلان رسمي لكل من المشتري و البائع في أجل أقصاه ثلاثين يوماً(30 يوماً) من تاريخ إبلاغه بإنذار طبقاً لأحكام المادة "799" ق م ج، كل هذا قبل رفع الدعوى الذي يكون بمثابة الخطوة الأخيرة التي يقوم بها الشفيع في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان. [المادة "802" ق.م.ج].

وفي حالة مخالفته للخطوات أو تأخيرها⁽²⁾، أو تقديم بعضها عن بعض، يعد كل ما قام به باطلاً ويسقط حقه تلقائياً، كما يسقط في حالة تنازله نتيجة قرار صادر عنه. [المادة "807" ق م ج، المادة "948" ق.م.ج].

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ: 1985/06/26، بقولها: "إذا كان مؤدى نص المادة 799 من ق م، أنه يوجب على كل من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها، إلى كل من البائع والمشتري في اجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه...⁽³⁾". وفي هذا الإطار يجوز تبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة، إلى وكيل البائع المكلف بالبيع، بناءً على وكالة خاصة⁽¹⁾.

كما أكدت على وجوب رفع الدعوى على البائع والمشتري، تطبيقاً لأحكام المادة 802 ق

(1) السنهوري الوسيط، مرجع سابق، [622/9].

(2) إلى غاية مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع" المادة (807) ق/م/ج".

(3) قرار رقم: 34707، بتاريخ: 1985/06/26. المجلة القضائية، 1989، عدد4، ص61. قرار رقم: 64331، بتاريخ: 1990/04/30. المجلة القضائية، 1991، عدد2، ص28. قرار رقم: 186433، بتاريخ: 1999/06/16. المجلة القضائية، 1999، عدد2، ص111.

(1) قرار رقم: 326507، صادر بتاريخ: 2006/03/22. مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد1، ص223.

م ج، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801، وإلا سقط الحق⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أحكام الشفعة في مرض الموت.

حرصاً منا على التسلسل في سرد المعلومات، وبعدما بينا أن الشفعة هي الرخصة التي تجيز الحلول محل المشتري في استحقاق المبيع، مع أنه اشترك مع الشريعة في أهم شرط، وهو امتلاك المبيع مع الشريك على أساس الشيوخ، بالإضافة من يملك على الشيء المباع حق الانتفاع دون الرقبة، أو حق الرقبة في حال بيع قسط من الباقي أو جميعه.

لذا كان من الأجدر، وتتمة لما سبق أن تتضح أحكام الشفعة في مرض الموت، وهو ما سنوضحه ضمن هذا المطلب، والذي يجوي بدوره فروع، يخصص إحداها لرأي الفقه الإسلامي، والآخر لما أقره المشرع الجزائري في الأمر.

البند الأول: الشفعة في مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

نستعرض ىراء فقهاء الشريعة الإسلامية في الموضوع، على النحو الآتي:

أولاً: الشفعة في مرض الموت عند الأحناف:

إن من بين شرائط وجوب الشفعة عند الأحناف زوال حق البائع، فلا تجب الشفعة في المشتري شراءً فاسداً، لأن للبائع حق النقص والرد على ملكه رداً للفساد، وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطه للفسخ، كالزيادة وزوال ملك المشتري... ونحو ذلك، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لأن المانع قيام الفسخ وقد زال، كما لو باع بشرط الخيار ثم أسقط هذا الأخير، وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار، ولو باعها المشتري شراءً فاسداً بيعاً صحيحاً فجاء الشفيع، فهو بالخيار، إن شاء أخذ بالبيع الأول وإن شاء أخذ بالبيع الثاني، لأن حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين، لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه، فكان له الخيار⁽¹⁾.

غير أنه إن أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن، وإن أخذ بالبيع الثاني أخذ بقيمة المبيع يوم القبض،

⁽¹⁾ قرار رقم: 164646، بتاريخ: 1999/02/10. المجلة القضائية، 2006، عدد 57، ص 177.

⁽¹⁾ الكاساني، مرجع سابق، [119/6].

لأن الشفيع يتملك بما تملك به المشتري، والمشتري الثاني تملك بالثمن، لأن البيع الثاني صحيح، وهذا النوع يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن. أما المشتري الأول فقد تملك المبيع بقيمته، لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن، وإنما تعتبر قيمته يوم القبض، لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب⁽¹⁾.

وعلى هذا الأصل تتفرع الشفعة في مرض الموت، والذي نلخصه في الصور التالية:

فإذا باع المريض مرض الموت، داراً قيمتها ثلاثة آلاف بألف، وأحد ورثة البائع شفيعها، فلا شفعة له أجازت الورثة أو لم تجز، عند أبي حنيفة وأبي يوسف⁽²⁾، وكذلك إذا باعها المريض بمثل قيمتها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد⁽³⁾، إذا لم يكن في البيع محاباة أخذها الوارث بالشفعة⁽¹⁾.

أما إذا باع المريض داراً من وارث بمثل قيمتها وأجنبي شفيعها، لم يجز البيع في الوجهين على

(1) الكاساني، مرجع سابق، [119/6].

(2) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، فقيه، أصولي مجتهد، محدث، ولد سنة 113هـ، ولي القضاء ببغداد، وكان أول من دُعي قاضي القضاء، من مؤلفاته: "الأمالي"، "النوادر"، "الخراج" و"أدب القاضي" وغيرها. توفي سنة 182هـ. انظر: أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، ط2، دار الرائد العربي، بيروت-لبنان، 1401هـ-1981م، ص 113. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، البداية والنهاية، د ر ط، مكتبة المعارف، بيروت-لبنان، د س ط، [180/10]. جمال الدين أبي المحاسن يوسف تغري بردي الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ط1، دار الكتب العربية، بيروت-لبنان، 1413هـ-1992م، [107/2]. اللكنوي محمد عبد الحفي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، 1418، 1998، ص 372، 373. أبي الفلاح عبد الحفي بن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، د ر ط، المكتب التجاري للطباعة والنشر، د س ط، [298، 301/1].

(3) هو: الإمام المجتهد أبو عبد الله محمد بن الحسن بن واقد الشيباني، مدون المذهب الحنفي، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه، ثم عن أبي يوسف، كان مقدماً في الفقه والعربية والحساب. من خلال تصانيفه الكثيرة ظهر مذهب أبي حنيفة، والتي من بينها: "المبسوط"، "الجامع الصغير"، "الجامع الكبير"، "الزيادات"، و"السير الكبير والصغير"، توفي سنة (189هـ). انظر: عبد الحفي بن العماد الحنبلي، المرجع نفسه، [321/1]. ابن خلكان شمس الدين، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، د ر ط، دار صادر، بيروت-لبنان، د س ط، [1984/4، 1985]. اللكنوي، المرجع نفسه، ص 268، 270.

(1) أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الكبير، ط1، مطبعة الاستقامة، 1356هـ، ص 312.

ما ذهب إليه أبي حنيفة، إلا أن تجيزه الورثة، فإن أجازت أخذها الشفيع، وقال أبو يوسف ومحمد إذا لم يكن فيه محاباة فهو جائز، أجازت الورثة أو لم تجز، ويأخذها الشفيع الأجنبي بالشفعة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد، ساق صاحب "المبسوط"، مثال رائع، جاء في فحواه، أنه إذا باع المريض مرض الموت، دراً تساوي قيمتها ثلاثة آلاف، بمبلغ ألفي دينار، ولا يملك سواها، وبعد موته، تبين أن ابنه شفيعها، فلا يملك هذا الأخير هذه الشفعة، لأنه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز، والشفيع يتقدم على المشتري شرعاً، في ثبوت الملك له، بالسبب الذي يملك به المشتري، وقد تعذر ذلك، لعدم صحة جميع الحلول المحتملة، فإن أخذها بألفين كما فعل المشتري، تصبح بمعنى الوصية، ولا تجوز وصية المريض لوارثه، وإن دفع مثل القيمة، أي مبلغ ثلاثة آلاف، لا يجوز أيضاً، بسبب ما فيه من إثبات ثمن في حق الشفيع، ليس ثابت في حق المشتري، ونفس الشيء إذا كان المشتري هو الابن والأجنبي شفيعها، كل هذا لا يصح عند أبي حنيفة، لأنه يرى بأن هذا التصرف، فيه إيثار لهذا الوارث_بعين التركة(الدار)_ على الورثة الآخرين، أما عند الصاحبين محمد وأبي يوسف يصح إذا كان بمثل البيع أو الشراء بمثل القيمة⁽²⁾.

ثانياً: الشفعة عند المالكية:

المريض مرض الموت يأخذ بالشفعة ولا اعتراض في ذلك، وهو كالصحيح في ذلك، لتمكنه من التوكيل وقدرته عليه، وقيل لا تسقط شفيعته إلا بمضي السنة بعد البرء⁽³⁾، إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة، أنه على شفيعته، وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه وإلا فلا شيء له⁽⁴⁾.

ومن وجبت له الشفعة ومات قبل الأخذ بها، فورثته يقومون مقامه، لأنه إن لم يأخذ ذلك في مرضه، كان لهم أن يأخذوا لأنفسهم بعد موته⁽¹⁾، بمعنى أن حقه في الشفعة ينتقل إليهم، لذلك تلفق المدة المسقطه، فإذا سكت المورث ستة أشهر ومات، فسكت الورثة ستة أشهر المتبقية من العام، يجرمون من الشفعة⁽²⁾.

(1) محمد بن الحسن الشيباني، مرجع سابق، ص 312.

(2) السرخسي، مرجع سابق، [151، 150/14].

(3) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، [327/6].

(4) التسولي، مرجع سابق، [188/2].

(1) الرهوني، مرجع سابق، [262/6].

(2) التسولي، مرجع سابق، [201/2].

فإذا باع المريض مرض الموت حصة من داره، على أساس أن لأحد ورثته ثبوت الشفعة عليها، فليس له أخذها من المشتري على هذا الأساس، أما إذا كان العقار مشتركاً بينه وبين شخص آخر، سواء كان وارثاً أو غير وارث، فالشفعة ثابتة للشريك، ليس بالورثة، وإنما من حيث الشراكة⁽¹⁾.

وإذا حابى المريض في بيعه، حسب ما يوضحه المثال الذي ضرب عن الرجل تكون له داراً ليس له غيرها، قيمتها ثلاثون ديناراً، فيبيعها للآخر بعشرة دنانير في حالة مرض الموت⁽²⁾، فهل للشفيع أخذ الدار من المشتري، بنفس الثمن الذي باعها به المريض؟

للإجابة على هذا السؤال، نتطرق إلى الخيار الذي يحوله المذهب المالكي للمشتري، في حالة البيع بالمحاباة كالاتي⁽³⁾:

أ- إن أراد (المشتري) أخذ الدار، عليه أن يزيد عشرة دنانير ويأخذها، حتى وإن لم يجيزوا الورثة ذلك، وللشفيع أن يأخذ الدار، بعشرين ديناراً.

ب- أما إن رفض دفع المبلغ (عشرة دنانير)، كما أن الورثة أبو تسليم الدار إليه، يجب عليهم منحه ثلث الدار، بدون أي مقابل يأخذونه منه. وللشفيع أخذ ثلث الدار منه بعشرة دنانير.

ثالثاً: الشفعة عند الشافعية:

إن وجبت الشفعة للمريض مرض الموت، فلم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الإشهاد، فهو على شفيعته، لأنه ترك بعذر، أما إن قدر على التوكيل، ففيه ثلاثة آراء⁽⁴⁾:

الرأي 1: تسقط شفيعته، لأنه ترك الطلب مع القدرة، فكان كالذي قدر على الطلب بنفسه.

الرأي 2: لا تسقط، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام منه.

الرأي 3: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفيعته، لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن

⁽¹⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [475/3].

⁽²⁾ الرهوني، مرجع سابق، [349/5].

⁽³⁾ الرهوني، المرجع نفسه، [349/5].

⁽⁴⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [219، 218/2].

لم يجد من يتطوع لم تسقط، لأنه ترك للضرر.

وإن عجز على التوكيل، وقدر على الإشهاد فلم يشهد، ففيه قولان⁽¹⁾:

القول 1: تسقط شفيعته، لأن الترك قد يكون للزهد، وقد يكون للعجز، وقد استطاع على تبين ذلك بالشهادة فلم يفعل، فسقطت شفيعته.

القول 2: لا تسقط شفيعته، لأن عذره في الترك ظاهر، فلم يحتاج معه إلى الشهادة.

أما في حالة بيع المريض مرض الموت بالمحاباة، كأن باع مثلاً داراً قيمتها ثلاثة آلاف بألف، والمحاباة هنا في الثمن بمقدار ألفين، فالعلاقة بين الشفيع والمشتري تختلف على حسب الحالات الآتية:

الحالة الأولى: أن يكون الشفيع والمشتري وارثين للبائع: فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة، فيبطل البيع في الجميع، فإن أراد المشتري أن يأخذ ما يقابل المبلغ المدفوع من قبله (الألف دينار) وهو ثلث الدار جاز، ويبطل في الباقي، وللشفيع أن يأخذ ذلك منه بألف دينار⁽²⁾.

الحالة الثانية: أن يكون الشفيع والمشتري أجنبيين من البائع: فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالاً غير تلك الدار أو لا.

فإن كان يملك ما لا تخرج المحاباة من ثلثه، صحت المحاباة وأخذ المشتري الدار بألف درهم، وللشفيع أن يأخذه منه بالألف، لأنه يملك الشفعة بالثمن.

وإن كان البائع لا يملك غير تلك الدار، فللمشتري الخيار، في أن يأخذ عن الدار ألف درهم ويتنازل عنها، أو يرجع للورثة ثلث الدار، ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الدار التي أصبحت لدى المشتري⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً: فالمحاباة باطلة وإن خرجت من الثلث، لأنها وصية لو ارث، والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الدار بألف أو يرده، فإن أخذ مثله

⁽¹⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [219/2].

⁽²⁾ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، [167، 166/4].

⁽¹⁾ النووي، المجموع، مرجع سابق، [96، 95/15].

بالألف، فللشفيع أخذ مثله بالألف، فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف، وإن رده للمشتري عرضه على الشفيع قبل رده، فإن رضي أن يأخذ ثلث الدار بألف، كان أحق وبطل رد المشتري. أما إن أجاز باقي الورثة، للمشتري الوارث أخذ الدار بألف، يقع البيع⁽¹⁾.

الحالة الرابعة: أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً: فهنا تحتمل الأوجه الآتية:

1- إن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة: بطلت المحاباة، وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الدار بالألف أو رده، فإن أخذه، كان الشفيع وإن كان وارثاً أحق به، لأنه لا محاباة فيه⁽²⁾.

2- احتمال أن يكون الثلث نصف المحاباة: في حال كان الموروث لا يملك إلا تلك الدار، التي تبلغ قيمتها ثلاثة آلاف، فهنا تباينت الأقوال إلى أربعة، نذكرها فيما يلي⁽³⁾:

القول الأول: أنها جائزة للمشتري والشفيع، لأن المشتري مقصود بها، فصحت له، والشفيع داخل عليه فوجبت له، فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الدار بألف درهم، وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف، ويرجع الثلث على الورثة مع الألف المقدر ثمنها في بادئ الأمر.

القول الثاني: أن المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع، لأن المشتري ممن تصح محاباته، ولا تصح هذه الأخيرة بالنسبة للشفيع.

وعلى هذا يأخذ المشتري ثلث الدار بألف، وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف، ويرجع إلى الورثة الثلث، فتنقسم الدار ثلاثة أقسام: ثلثها للورثة، والثلث الثاني للمشتري لأنها محاباة له، والباقي للشفيع بعد رد المحاباة.

القول الثالث: المحاباة باطلة للمشتري وللشفيع معاً، لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يملكها، وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفصل عنها، فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الدار بالألف، وللشفيع أن يأخذ منه بالألف، ويرجع الثلثان على الورثة.

القول الرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة، فإن عفى الشفيع عن شفيعته، صحت المحاباة

⁽¹⁾ أبي الحسن الماوردي البصري، مرجع سابق، [237/7].

⁽²⁾ النووي، المجموع، مرجع سابق، [96/15].

⁽³⁾ أبي الحسن الماوردي البصري، مرجع سابق، [238/7].

للمشتري، واستحق الشفيع المحاباة بشفيعته، لأنها ليست محاباة من المشتري.

رابعاً: الشفعة في الفقه الحنبلي: يرى الحنابلة أن ثبوت الشفعة في مرض الموت هي نفسها في حال الصحة، إذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو لغير وارث⁽¹⁾.

وإن ترك المريض التوكيل والطلب للإشهاد، لعجزه عنهما، لم تبطل شفيعته، أما إن قدر على أحدهم، إما الإشهاد أو التوكيل أو الطلب فلم يفعل، بطلت شفيعته في ظاهر رواية أحمد، وفي رواية عنه، أنها لا تسقط، لأن عذره ظاهر ثابت⁽²⁾.

أما إن كان البيع فيه محاباة، فهنا يفرق بين البيع للوارث وللأجنبي.

أولاً: فإن كان البيع لوارث: تقف على حسب إرادة الورثة، لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين، وتقف على إجازة الورثة، فكذلك المحاباة له، فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع، ولا خيار للمشتري، ويملك الشفيع الأخذ به، لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا، بطل البيع في قدر المحاباة، وصح فيما بقي، ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم، لأن حقهم متعلق بالمبيع، فلم يملك إبطاله، وله أخذ ما صح البيع فيه، وإن أختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع، لأنه لا ضرر على المشتري، وجرى مجرى العيب إذا رضيه الشفيع بعيه⁽³⁾.

ثانياً: إذا كان المشتري أجنبياً: فهنا يمكن أن يكون الشفيع وارثاً أو أجنبياً.

1- فإن كان أجنبياً: فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن، لأن البيع حصل به، فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً، وإن زادت على الثلث، بطل البيع فيما زاد عن الثلث، وصح في الباقي، وثبت للمشتري الخيار لتفريق صفقته، وللشفيع الأخذ على ذلك الوجه⁽¹⁾.

2- أما إن كان وارثاً: ففيه وجهان:

⁽¹⁾ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [472/5].

⁽²⁾ شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مرجع سابق، [475/5، 476].

⁽³⁾ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [473/5].

⁽¹⁾ موفق الدين بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، [545/3].

أحدهما: له الأخذ بالشفعة، لأن المحاباة وقعت لغيره، فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها، كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث⁽¹⁾.

الثاني: يصح البيع ولا تجب الشفعة، لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة، ويفارق الهبة تصريح الوارث، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من مورثه⁽²⁾.

البند الثاني: أحكام الشفعة في مرض الموت في القانون.

لم يتعرض المشرع الجزائري لأحكام الشفعة في مرض الموت، وهذا ما يؤدي إلى إعمال المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والتي تحيل في فقرتها الثانية، إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة المذهب المالكي، المعتمد والسائد عندنا في الجزائر.

وتبعاً لهذا، فإن الشفيع إذا كان في مرض الموت، فلا حرج عليه في الأخذ بالشفعة.

وعلى إثر فإن الشفيع دائماً يكون أخذه للشفعة مبني على تصرف البائع، فإذا تصرف البائع، وهو في حالة مرض الموت في العقار بالمحابة، بأن باع ما قيمته ثلاثون ديناراً مثلاً، بعشرة دنانير، فإن المشتري في هذه الحالة يتقيد بمبدأ الثلث، الذي يحق أن يوصي به المريض للغير.

لذا يخير بين أمرين، إما أن يزيد عشرة دنانير، فيصبح كأنه اشترى العقار بعشرين ديناراً، والثلث الباقي يدخل في الوصية، وللشفيع أخذه من البائع بنفس القيمة التي اشتراه بها، أي بعشرين ديناراً. وفي حالة الرفض من طرف المشتري، زيادة المبلغ المذكور آنفاً عشرة دنانير، وعدم التنازل والإجازة من قبل الورثة، فعليهم منحه قدر المبلغ المدفوع، وهو ثلث الدار، والاحتفاظ بثلثي الدار، وللشفيع أخذ الثلث بنفس المبلغ المدفوع، أي بعشرة دنانير. وهذا يشبه تقريباً ما نصت عليه المادة 804 ق م ج، التي نص فيها، على أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، الناتجة عن علاقته مع البائع، حيث قال: "يحل الشفيع محل المشتري بالنسبة للبائع، في جميع حقوقه والتزاماته...".

ونخلص إلى أن الآراء تباينت، بخصوص أحكام الشفعة في مرض الموت، فالحنفية ميزوا بين

(1) موفق الدين بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، [544/3].

(2) موفق الدين بن قدامة، المغني، مرجع سابق، [474/5].

حالة الشفيع الوارث، والشفيع الأجنبي، ففي الحالة الأولى، رأى أبي حنيفة بعدم جواز الشفعة، سواء أجازت الورثة أو لم تجز، وخالفه صاحبيه، حيث قالوا بالإجازة في حالة انعدام المحاباة، أما في الحالة الثانية_كون الشفيع أجنبي_، فيتوقف الأخذ بالشفعة على صحة البيع، فإن كان البيع لوارث، فأبي حنيفة يرى بعدم صحة الشفعة، إلا في حالة إجازة البيع من قبل بقية الورثة، أما عند أبي يوسف ومحمد فالشفعة صحيحة، إذا كان البيع بمثل القيمة.

وتثبت الشفعة للمريض عند الجمهور، إذا كان البيع بثمن المثل، مع اشتراط بعض الشافعية والحنابلة، إلى عدم قدرته على الأخذ بها ولو على سبيل التوكيل أو الإشهاد، تحت طائلة إسقاط الحق في الأخذ بها.

أما في حالة المحاباة، فلقد ذهب المالكية، إلى أن الشفيع يكون مرتبطاً بالمشتري على العموم، فإن قبل هذا الأخير زيادة مقدار ثلثي المبيع ويأخذ المبيع، جاز له أن يأخذه منه بقدر ما دفعه مجتمعاً، وإن رفض الزيادة يمنح ثلث المبيع، وللشفيع أخذه منه بمقابل المبلغ الذي قام بتسديده. أما الشافعية فأروا بأنه، إذا كان الشفيع والمشتري وارثين للبائع، أو كان المشتري وارثاً والشفيع أجنبي، فالبيع يقع باطلاً، ويحق للمشتري أخذ قدر ما دفع، وللشفيع الحق في أخذه منه، بمثل ما دفع من قيمة، وإن كانا أي المشتري والشفيع أجنبيين، فالمحاباة تصح من الثلث، وللشفيع أخذ ما اشترى بمثل قيمته. وفي حالة ما إذا كان المشتري أجنبياً، والشفيع وارثاً، فالمحاباة إن لم يَحْتَمِلْها الثلث، فهي باطلة، وإن كان الثلث نصف المحاباة، فتعددت الآراء فمنهم من ذهب إلى جوازها لهما معاً، ومنهم من قال بعكسه، أي بطلانها في حقهما معاً، وهناك من جوزها للمشتري دون الشفيع، وذهب البعض_كرأي رابع_، إلى أنها تكون موقوفة على تنازل الشفيع عن شفيعته.

وذهب الحنابلة، إلى القول بأن الشفعة في حال تلازمها مع المحاباة، فإنها تتبع البيع في ذلك، فإن كان هذا الأخير لوارث، فإن إجازته تتوقف على إجازة بقية الورثة، ويملك الشفيع الأخذ بالشفعة في حال إجازة البيع.

وفي حالة ما إذا كان المشتري والشفيع أجنبيين عن البائع، فإن لم تزد المحاباة على الثلث، صح البيع، وللشفيع الأخذ بها بنفس الثمن، وإن كان المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً، ففيه اختلاف داخل المذهب، حيث يرى البعض بصحة الأخذ بالشفعة، ويرى البعض الآخر بعدم

صحة ذلك.

أما المشرع الجزائري، فلم ينص صراحة على أحكام الشفعة في مرض الموت، وبالتالي يجب إعمال المادة الأولى من القانون المدني، والتي تحيل في حالة عدم وجود نص قانوني، إلى أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة المذهب المالكي، السائد في القطر الجزائري.

المبحث الثاني: التبرعات في مرض الموت

المطلب الأول: الوصية في مرض الموت

المطلب الثاني: الهبة في مرض الموت

المطلب الثالث: الوقف في مرض الموت

بعدما رأينا أحكام البيع والشفعة الصادرين من المريض مرض الموت، باعتبارهما ينضويان تحت التصرفات التي تبني على عوض مقابل الشيء المبيع.

ننتقل إلى الأحكام التي تخص التصرفات التي لا تبني على عوض يرجع به المتصرف إليه لحساب المتصرف، وإنما تبني في انتقالها على المبادرة التي يقوم بها هذا الأخير المتصرف، دون أن يستند في ذلك إلى طلب مقابل، وهو ما يجعل هذه التصرفات أسمى، لتعلقها بالإنسانية والشفقة، ولا تعير للجانب المادي أي اهتمام، وهذه الحالات تكون دائماً محدودة، في وقت كثرة فيه عبادة الدرهم والدينار.

إلا أنها عندما تصدر من المتبرع وهو في فترة مرض موته، فإن الفقه الشرعي، وكذا القانون الوضعي، أفرداها بأحكام خاصة، تميزها عن غيرها.

هذا ما سنحاول توضيحه تحت هذا المبحث، الذي يقسم إلى ثلاثة مطالب، حيث سيخصص المطلب الأول للوصية، ثم المطلب الثاني يتضمن الهبة، يليه الوقف كمطلب ثالث.

المطلب الأول: الوصية في مرض الموت.

أقرت الشريعة الإسلامية الوصية كوجه من وجوه البر والإحسان، تداركاً لما فات من جهة، وفرصة ممنوحة للإنسان، في آخر عمره، من أجل نماء حسناته من جهة. كما أن القانون سار في تنظيمها على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، من حيث أنها سبيل من سبل الخيرات ومضاعفة الأجور.

وتبعاً لهذا سنتطرق إلى مفهومها، ثم ننتقل إلى أحكامها في حال صدورها من المريض مرض الموت.

الفرع الأول: مفهوم الوصية في الشريعة والقانون:

يخصص هذا الفرع لإبراز مفهوم الوصية، في إطار طبيعة الدراسة، المبنية على أساس، الموازنة بين الشريعة والقانون.

البند الأول: مفهوم الوصية في الشريعة.

تطلق الوصية، ويراد بها في اللغة: ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت،

والوصي بين الوصاية، ويطلق على الذي يُوصى، وأيضاً على من يُوصى له، فهو من الأضداد، لذلك يقال: الوصي، الموصي والموصى، والأنثى وصي، وجمعهما جميعاً أوصياء⁽¹⁾.

والوصية في الشريعة الإسلامية، تعرف على أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المالك غني أم فقير أم منفعة، كالوصية بدار أو بمنفعتها لفلان⁽²⁾". والأصل فيها الكتاب و السنة و الإجماع.

أما الكتاب : قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾⁽³⁾

و قوله أيضاً: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ؕ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾⁽⁴⁾

و من السنة : ما روى سعيد بن أبي وقاص قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: قد بلغ بي الوجع ما ترى، و أنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: «لا» قلت: فبالثلث؟ قال: الثلث و الثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس، ولن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها، حتى ما تجعل في فيء امرأتك»⁽⁵⁾.

فهذا الحديث، فيه دلالة على جواز الوصية بالثلث، ولقد استقر الإجماع على منع الوصية بأزيد من الثلث، فمن تجاوز هذا الحد، فقد أتى ما نهى الله عنه⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ ابن منظور، حرف الواو والياء من المعتل، فصل الواو، مرجع سابق، [394/15].

⁽²⁾ الزحيلي وهبة، مرجع سابق، [86/4].

⁽³⁾ [البقرة/ الآية 180].

⁽⁴⁾ [النساء/ جزء من الآية 11].

⁽⁵⁾ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس، مرجع سابق، [628/2]. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، مرجع سابق، [68/6].

⁽⁶⁾ ابن حجر، فتح الباري، كتاب الوصايا، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث رقم: 2656، مرجع سابق، [435/5].

ولقد أجمع العلماء في جميع الأقطار على جواز الوصية⁽¹⁾.

وأركانها أربعة: الموصي، والموصى له، والموصى به، والوصية (الصيغة)⁽²⁾.

وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً، لأن الله تعالى قال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾، والأولى ألا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً، لقوله ﷺ: «...والثلث كثير».

أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك، وتصح عند مالك وصية السفیه والصبي الذي يعقل القرب، وعند أبي حنيفة تجوز وصية السفیه والصبي الذي لم يبلغ، وعند الشافعي القولان، وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم⁽⁴⁾.

وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لو ارث، لقوله ﷺ: «كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، ففسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والرابع، وللزوج الشطر والرابع»⁽⁵⁾.

وتنفذ الوصية باللفظ أي الإقرار، والكتابة⁽⁶⁾ لمن عجز عن النطق، وكذا الإشارة عند عدم القدرة عن العبارة والكتابة باتفاق الفقهاء⁽⁷⁾، كما تعتقد الوصية على قول المالكية والحنبلة أيضاً بالكتابة مع استطاعة الكلام، لأنها عندهم كاللفظ تماماً⁽⁸⁾، وأما فيما يخص انعقادها بالإشارة مع

(1) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، [414/6].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، مرجع سابق، [484/4].

(3) [البقرة/ جزء من الآية 180].

(4) ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، [1558/4].

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب لا وصية لو ارث، مرجع سابق، [629/2].

(6) ابن تيمية، مرجع سابق، [436/4].

(7) الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [517/8]. ابن النجار تقي الدين، منتهى الإرادات، مرجع سابق، [447/1].

الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، [64/6].

(8) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م، [218/2]. ابن النجار تقي الدين، المرجع نفسه

[441/1].

القدرة عن النطق فقال المالكية تصح⁽¹⁾، و اشترط الحنفية و الحنابلة في معتقل اللسان أن يصير ميثوساً من نطقه⁽²⁾.

البند الثاني: الوصية في القانون.

أحال المشرع الجزائري الوصية، إلى قانون الأسرة الجزائري، تبعاً لنص المادة 775 ق م ج: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

أما المشرع المصري في المادة "915" م م، فتعامل معها كالميراث بإرجاعها لأحكام الشريعة الإسلامية: "تسري على الوصية أحكام الشريعة والقوانين الصادرة في شأنها".

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على الوصية في المواد "184 حتى 201"، فبدأ بتعريف الوصية في المادة "184" بقوله: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

فالوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

كما أن التصرف وفق الشروط المحددة في المادة 777 ق م ج، بمعنى أن الشخص إذا أوصى لأحد ورثته بشيء من أملاكه، واستثنى لنفسه حيازة ذلك الشيء والانتفاع به مدى حياته. فهنا ووفقاً لما قضت به المحكمة العليا، يعتبر هذا التصرف وصية، وتجري عليه أحكامها⁽³⁾.

فهي إذن بمثابة استثناء من الحكم القاضي بطلان التعامل في التركة المستقبلية، إذ هي تعامل الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة⁽⁴⁾، وتكون في حدود الثلث بالنسبة للغير، وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة طبقاً لأحكام المادة "185" ق أ ج. كما أنها لا تصح لو ارث (المادة 189 ق أ ج).

وتثبت الوصية تبعاً لنص المادة 191 ق أ ج، بتصريح الوصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، تثبت بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

⁽¹⁾الدسوقي محمد بن عرفة، مرجع سابق، [486/6].

⁽²⁾ابن عابدين، مرجع سابق، [349/10]. منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، ط 1/1416-1996، [454/2].

⁽³⁾قرار رقم: 74249، بتاريخ: 1991/05/28. المجلة القضائية، 1993، عدد 2، ص 28.

⁽⁴⁾السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [203/9].

كما لا تتطلب بناء على ما ذهب إليه القضاء الجزائري، الشهر بعد الموت، فمجرد المعرفة تكفي لانتقالها إلى الموصى له⁽¹⁾.

أما عن وقت انتقال الوصية فتكون بعد الوفاة مباشرة. المادة "197" ق أ ج، فإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية، فلا يزول حقه في قبولها بل ينتقل إلى الورثة، فيكون لهم الحق في القبول أو الرد. المادة "198" ق أ ج.

الفرع الثاني: حكم الوصية في مرض الموت.

تماشياً مع أهمية الوصية، باعتبارها استثناءً من القاعدة العامة، التي تحظر التعامل في التركة المستقبلية، حيث أنها ترع يصدر بإرادة منفردة من الموصي، لكن لا تتحقق إلا بعد موته، وبالتالي تصطدم في هذه المرحلة الأخيرة بحقوق الورثة، الأمر الذي يؤدي إلى التفريق بين الوصية لو ارتث ولغير وارث، طبعاً من جهة الشريعة الإسلامية، ثم قانون الأسرة الجزائري، حسب الآتي:

البند الأول: الوصية في الفقه الإسلامي:

الوصية في مرض الموت تختلف أحكامها على حسب الحالات التالية:

أولاً: الوصية للوارث:

يشترط لنفاذها بالنسبة للوارث، أن لا يكون الموصى له وارثاً للموصي عند موت الموصي، فإن كان لا تصح الوصية، لما روي عن أبي أمامة الباهلي وعمرو بن خارجة، أن النبي ﷺ قال: ﴿إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث...﴾⁽²⁾، وقد أجمع العلماء على العمل بهذا

(1) قرار رقم: 211880، بتاريخ: 2001/05/30، نشرة القضاة، 2006، عدد 57، ص 229.

(2) أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، ط 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1998، [620/3]. ثم قال الترمذي: وهو حديث حسن صحيح. أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، دار ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1990، [558/6]. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، ط 2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1424هـ، ص 509. أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1406هـ، ص 460-461.

الحديث، فسقط الكلام في إسناده⁽¹⁾. وهذا ما نوه إليه الشافعي في الأم، حيث قال: "وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم، لا يختلفون في النبي ﷺ، قال عام الفتح: ﴿لا وصية لوارث...﴾، ويؤثرون عمن حفظوه ممن لقوه من أهل العلم، فكان هذا نقل عامة عن عامة، وكان أقوى في بعض الأمر من نقل واحد عن واحد، وكذلك وجدنا أهل العلم عليه مجمعين.⁽²⁾"

وفي نفس السياق وردت حكاية عن سليمان بن الأعمش، أنه كان مريضاً فعاده أبو حنيفة فوجده يوصي لابنيه، فقال له: إن هذا لا يجوز، فقال: ولم يا أبا حنيفة، فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال: ﴿لا وصية لوارث﴾، فقال سليمان: يامعشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة، فقد نفى الشارع أن يكون لوارث وصية نصاً، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث، ولأننا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة، وفيه إيذاء البعض وإحاشهم، فيؤدي إلى قطع الرحم المحرم، وما أفضى إلى الحرام فهو حرام، حيث لو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية، ثم مات قبل موت الموصي، ثم مات هذا الأخير، لم تصح الوصية، لأن الموصي له وهو الأخ، صار وارث الموصي عند موته. ولو أوصى لأخيه، ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن، وبعد ذلك مات الموصي صحت الوصية، لأن الأخ ليس بوارث عند الموت لصيرورته محجوباً بالابن، وإنما اعتبرت الورثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته، كون هذه الأخيرة تملك مضاف لما بعد الموت.⁽³⁾

أما الأقربون الذين تجوز لهم الوصية ليسوا بوارثين، وأن المنسوخ بآية الموارث، التي قال فيها عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَا بَوَاءَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾⁽⁴⁾

⁽¹⁾ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الاستذكار، ط1، دار الوعي، القاهرة-مصر، 1414هـ/1993م، [14/23].

⁽²⁾ الشافعي، مرجع سابق، [210/6].

⁽³⁾ الكاساني، مرجع سابق، [490/10، 491]. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1315هـ، [182/6].

⁽⁴⁾ [النساء، جزء من الآية 11].

من آية الوصية، وهي قوله تعالى: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾، الوالدان، لأنهما لا يحجبان، وأيضاً كل وارث من الأقربين، وهذا ما بينه النبي ﷺ بقوله: ﴿لا وصية لوارث﴾، ولو كان الوارث تجوز له الوصية، لانتقضت قسمة الله لهم فيما ورثهم، وصار لهم أكثر مما أعطاهم. وهو قول الجمهور، ممن لا يميزون نسخ القرآن بالسنة، بمعنى أن القرآن لا ينسخ إلا بالقرآن⁽²⁾.

كما أورد الجمهور باتفاق استثناء على القاعدة التي تقول بأن الوصية للوارث مردودة، لحديث النبي ﷺ: ﴿لا وصية لوارث﴾، وهو أنها تصح في حالة ما إذا أجازها الورثة بعد الموت⁽³⁾، واستندوا في ذلك على روايات أخرى لنفس الحديث، عن عمرو بن خارجة، عن النبي ﷺ، بلفظ: ﴿لا وصية لوارث إلا أن يميز الورثة﴾⁽⁴⁾، وفي رواية ابن عباس: ﴿لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة﴾⁽⁵⁾، حيث قال مالك -رحمة الله عليه- في ذلك: «والسنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها، أنه لا يجوز للوارث وصية، إلا أن يميزوا ورثة الميت ذلك، فإنه إن أجاز بعضهم وأبى بعضهم جاز منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك»⁽⁶⁾.

والسبب في الصحة بعد الإجازة، هو أن البعض يتأذى بإيثار البعض، ففي تجويزه قطيعة الرحم، كما أنه ظلم وحيف، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية -كما ذكر سابقاً-⁽⁷⁾. فإذا ترك الرجل ابنين فأوصى لأحدهما بنصف ماله، فأجاز له أخوه، أخذ نصف

(1) [البقرة، جزء من الآية 180].

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، [12/23].

(3) ابن رشد، مرجع سابق، [428/2]، ابن عبد البر، المرجع نفسه، [19/23].

(4) علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب الوصايا، ط1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1422هـ/2001م، [384/3].

(5) البيهقي، السنن الكبرى، باب العول في الوصايا وإجازة الورثة وصيته لوارث أو ما زاد على الثلث، مرجع سابق، [446/6]. الدار قطني، المرجع نفسه، [384/3].

(6) مالك بن انس، الموطأ، ط3، الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م، [512/2].

(7) الزيلعي، مرجع سابق، [182/6].

المال بالوصية، والباقي بينهما نصفان.⁽¹⁾

فإن أجازوها ففي ذلك قولان⁽²⁾: تباينا في أن منهم من يرى بأنها تنفيذ لما أوصى به الميت، والآخر يذهب إلى أنها في حكم العطية والهبة للموصى له من قبل الورثة.

الرأي الأول: اعتمده الحنفية⁽³⁾، وبعض الشافعية⁽⁴⁾، والمشهور عند الحنابلة⁽⁵⁾، حيث أنهم يذهبون إلى أن الوصية تصح، وتقف على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا بطلت، لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق جميع الورثة، فصحت ووقفت على إجازتهم، وتكون في هذه الحالة عبارة عن إمضاء لما أوصى به الموصي⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: قال به المالكية⁽⁷⁾، والراجح عند الشافعية⁽⁸⁾، وذهب إليه بعض الحنابلة⁽⁹⁾، مفاده أن الوصية تبطل ابتداءً، لنهي النبي ﷺ عن ذلك بقوله: «لا وصية لوارث»، والنهي يقتضي الفساد، كما أنه أوصى بمال غيره فلم يصح، كالوصية بما استقر ملك وارثه عليه⁽¹⁰⁾، وتأخذ نفس الحكم بالنسبة لوصية الوارث لغيره بما زاد عن الثلث، فإن أجازوا البقية ما أوصى به لأحدهم، فهي بمثابة العطية والهبة، فمثلاً: إن أوصى لابنه من ماله، فهذه الوصية ترجع إلى الورثة، فإن أجازوها تدخل في باب الهبة والعطية⁽¹¹⁾، سواء وقعت الوصية في الصحة أو في المرض⁽¹²⁾.

⁽¹⁾ السرخسي، مرجع سابق، [2/29].

⁽²⁾ ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، [19/23].

⁽³⁾ ابن الهمام، مرجع سابق، [473/10]. السرخسي، مرجع سابق، [2/29].

⁽⁴⁾ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، [104/5].

⁽⁵⁾ ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، [7/4].

⁽⁶⁾ الله بن محمود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، [376/4]. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1418هـ/1996م، [709/3].

⁽⁷⁾ أحمد بن غنيم، مرجع سابق، [218/2، 219]. الزرقاني، شرح على مختصر خليل، مرجع سابق، [317/8].

⁽⁸⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [709/3].

⁽⁹⁾ موفق الدين بن قدامة، الكافي، مرجع سابق، [7/4].

⁽¹⁰⁾ موفق الدين بن قدامة، المرجع نفسه، [7/4].

⁽¹¹⁾ صالح عبد السميع، جواهر الإكليل، مرجع سابق، [472/2، 473]. أحمد بن غنيم، مرجع سابق، [219/2].

⁽¹²⁾ أحمد بن غنيم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

وخالف ابن حزم الظاهري الجمهور، حيث قال بأن الوصية لا تحل لوارث أصلاً، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصي بطلت الوصية له، لأن الوصية لوارث باطلة، وسواء أجاز الورثة ذلك أو لم يجزوا، لأنه نقل عن رسول الله ﷺ، قوله: «لا وصية لوارث.»، فلا عبرة بما صدر عن الورثة في الأمر⁽¹⁾.

ثانياً: الوصية لغير الوارث:

أما التصرف بالوصية لغير الوارث فيما زاد عن الثلث، يأخذ نفس الحكم الخاص بالوصية للوارث، والفقهاء اعتمدوا نفس الأراء التي ذكرناها بالنسبة للوصية لوارث، فالجمهور اتفقوا أن ما زاد عن الثلث لا يعتبر إلا بإجازة الورثة، واختلفوا في تكييف تلك الزيادة بعد الإجازة، فمنهم من يرى أنها تنفيذ لما أوصى به الموصي، والآحر يعتبرها هبة وعطية من الذين انتقل إليهم مال الموصي، وهم ورثته. واستدلوا بالحديث الذي روي عن سعيد بن أبي وقاص، حيث قال فيه: "جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله: قد بلغ بي الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة، أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال: "لا" قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: "لا" قلت: فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس⁽²⁾»، حيث قالوا: بأن النهي يقتضي الفساد، وليست الزيادة مالاً للموصي، فلم تصح وصيته به، لذا كانت الإجازة هبة، يعتبر فيها الإيجاب والقبول، باللفظ الذي تنعقد به الهبة، ويستوي في ذلك الصحيح والمريض مرض الموت⁽³⁾.

والفرق الوحيد بين الصحيح والمريض مرض الموت، هو أن الصحيح يملك ماله كله، وبالتالي استئذانه لورثته فيما زاد عن الثلث وهو صحيح، لا يؤخذ بعين الاعتبار، لأنه يملك حق التصرف في جميع ماله ولا حاجة له لأخذ الإذن في شيء من ذلك، فإن أحب أن يخرج منه فيتصدق، أو يهبه لمن يشاء، أما المريض مرض الموت فليس له من ماله إلا الثلث، فإن أستأذن ورثته فيما زاد

⁽¹⁾ ابن حزم، مرجع سابق، [316/9].

⁽²⁾ البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، مرجع سابق، [628/2]. مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، مرجع سابق، [767/2، 768].

⁽³⁾ الشيرازي، مرجع سابق، [713، 712/3]. عبد الله بن محمود الموصلي، مرجع سابق، [376/4].

عن الثلث ووافقوا له، فلا يحق لهم الرجوع، لأنه في حالة الجواز، يصبح كل وارث يصنع مثل ذلك، حتى إذا هلك الموصي، أخذوا ذلك لأنفسهم، ومنعوه الوصية في ثلثه، وما أذن له في ماله⁽¹⁾.

واختلفوا في حكم الوصية التي يتبرع بها لغير الوارث البعيد، مع وجود القريب الذي لا يرث؟

الرأي الأول: يذهب إليه جمهور الفقهاء، الذين قالوا بأنها تجوز مع الكراهة⁽²⁾، واستدلوا بحديث عمران بن حصين، وهو: «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له في مرضه عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ، فجزأهم ثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً⁽³⁾»، فهذه وصية لهم في ثلثه، لأن أفعال المريض كلها وصية في الثلث، فقد أجاز لهم رسول الله ﷺ الوصية بعقدهم، وهم من غير قرابته⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: قال به بعض الفقهاء⁽⁵⁾، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁶⁾، فالألف واللام تقتضي الحصر⁽⁷⁾.

وإذا أوصى الميت لوارث، أو بما يزيد عن ثلث ماله للغير، واطلع الورثة على وصيته في حياته وأجازوها، فإن إجازتهم ماضية تلزمهم، وليس لهم الرجوع عنها بعد موت الموصي، وذلك إذا توافرت الشروط الآتية⁽⁸⁾:

⁽¹⁾ مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، [513/2].

⁽²⁾ ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، [428/2].

⁽³⁾ مسلم، كتاب الإيمان والندور، باب ثواب العبد وأجره إذا نصح لسيدته وأحسن عبادة الله، حديث رقم: 1668، مرجع سابق، [790/2].

⁽⁴⁾ ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، [17/23].

⁽⁵⁾ من هؤلاء الفقهاء: الحسن، طاووس وإسحاق. نقلاً عن: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، [428/2].

⁽⁶⁾ [البقرة، جزء من الآية 180].

⁽⁷⁾ ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، [428/2].

⁽⁸⁾ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، 1423هـ-2002م، [281/4].

1- أن يجيزوا الوصية في المرض الذي مات فيه الموصي، وليس في صحته، لأن المال في مرض الموت يصير للوارث، فإجازتهم لها أثناء المرض إجازة للشيء بعد وجوبه، بخلاف إجازتهم في حال صحته، فلا تلزمهم، لأنها من إجازة الشيء قبل وجوبه.

2- ألا يكون الوارث مكرهاً في إجازته، كأن يكون في نفقة الموصي، ويخشى إن لم يوافق قطعت عنه النفقة، أو يكون مديناً له فيخاف أن يطالبه بالدين، أو كان يخاف من سلطانه وسطوته إذا كان ذا سلطان، فلا يعتد بإجازة الوارث للوصية، إذا كانت تحت مثل هذا الظرف من الإكراه.

3- أن يكون الوارث يعلم أن من حقه رد الوصية الزائدة على الثلث، أو الوصية للوارث، فإنه إذا أجازها عالماً، كانت إجازته تعبر عن إرادته الحقيقية في تبرعه وتطوعه، أما إن ادعى أنه كان يجهل هذا الحق، فإنه يصدق ولا تلزمه إجازته ويحلف أنه كان جاهلاً، ويكون له حق الرد.

4- أن يكون الوارث مكلفاً بلا حجر، وممن يصح منه التبرع.

البند الثاني: الوصية في القانون:

الأصل أن للشخص حرية التصرف في أمواله بمقابل أو دون مقابل، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته، وليس لورثته المحتملين المساس بحريته في ذلك، ولو كان تصرفه تبرعاً وكان قصده من وراء التصرف حرمان ورثته من أمواله بعد موته، ولكن هذه الحرية تنقيد بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت، ويرجع هذا التقييد إلى أن حق الورثة في خلافة المورث على أمواله يثبت من وقت حدوث المرض، وذلك على أساس أن المسببات تضاف إلى أسبابها البعيدة والقريبة على حد سواء، ولئن كان الموت سبباً قريباً لخلافة الوارث، فليس ثمة شك في أن المرض الذي أفضى إلى الموت يعد سبباً بعيداً لهذه الخلافة⁽¹⁾.

وهذا ما نصت الفقرة الأولى من المادة 776 ق م ج، بقولها: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت بقصد التبرع،

⁽¹⁾ محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1999م،

وتسري عليه أحكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

نستشف من هذا النص، أن أي تصرف صادر عن المورث، في حالة مرضه مرض الموت، على سبيل التبرع، يكيّفه القانون على أنه وصية مستترة، وبالتالي يدخل في خانة التصرف القانوني المضاف إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، فالنص ورد على صيغة العموم، لذا كان شاملاً لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالهبة، الوقف، الإقرار، وحتى البيع إلا إذا أثبت المتصرف إليه بأنه دفع عوضاً... وغيرها من التصرفات⁽¹⁾.

وبالتالي، وبناءً على المادة 775 ق م ج⁽²⁾، فإنه لا تجوز لوارث إلا في حالة الإقرار من قبل بقية الورثة بعد وفاة الموصي⁽³⁾، كما أنها تصح في حدود الثلث لغير وارث، وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة⁽⁴⁾.

وتبعاً لهذا قضت المحكمة العليا، بأن القضاء، بصحة ونفاد الوصية في حدود ثلث التركة لغير وارث دون إجازة من الورثة، يعد تطبيقاً سليماً لنص المادة 185 ق أ ج⁽⁵⁾.

والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، ولا عبرة بالإجازة قبلها، طالما أن الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت، فتنفذها متعلق بالوفاة، لأن قبل هذا الوقت، لا يمكن تحديد الورثة، فقد يموت أحدهم قبل الموصي، وقد يوجد من يحجب بعضهم، وقد يحصل من بعضهم ما يقتضي حرمانه، فالصفة التي كانت سبباً للحق لم تثبت، لأن الإجازة تبرع بحق، فلا يكون قبل ثبوته بوفاة الموصي⁽⁶⁾.

(1) محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، د ر ط، القاهرة، ط1950، ص303.

(2) تنص المادة 775 ق م ج، على أنه: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية، والنصوص القانونية المتعلقة بها."

(3) نص المادة 189 ق أ ج.

(4) نص المادة 185 ق أ ج.

(5) قرار رقم: 75598، بتاريخ: 1991/02/24. المحلة القضائية، 1993، عدد2، ص62.

(6) بدر حاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي(دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة خاصة، الكويت، 1406هـ- 1986م، ص310، 311.

وفي هذا الإطار، _ وتطبيقاً لنص المادة 185 ق أ ج، التي تقضي بأن الوصية تكون في حدود الثلث بالنسبة للأجنبي، وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة، ويجب أن تكون هذه الإجازة واضحة لا يشوبها أدنى شك أو ريب، وافترض السكوت دليل على الإجازة وعدم الاعتراض لا يصح، صدر قرار عن المحكمة العليا، بتاريخ: 2001/03/14، يقضي بما يلي: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، نجد أن قضاة المجلس انتهوا إلى اعتبار الوصية صحيحة ونافذة، وأن الموصي لها تستفيد بكامل تركة عمتها، وليس بالثلث فقط، باعتبار أن مورث الطاعنين، الذي هو أب الموصى لها وأخ الموصية والوارث الوحيد لها، والذي توفي بعدها بسنة واحدة، لم يعترض على هذه الوصية، وكيف قضاة المجلس عدم الاعتراض على ذلك، إجازة لهذه الوصية، دون أن يوضحوا فيما إذا تم حصر تركة الموصية وعلم الوارث بهذه الوصية، وما هي المواقف التي تظهر، أن هذا الوارث قد أجاز هذه الوصية.

واكتفى قضاة المجلس بالقول، أن عدم وجود ما يثبت بملف القضية، اعتراض الوارث على الوصية أثناء قيد حياته، فإن إجازته للوصية تصبح نافذة، وبالتالي بنى قضاة المجلس هذه الإجازة، على الافتراض والظن، وبذلك ابتعدوا عن مفهوم أحكام المادة 185 ق أ، التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من ثلث التركة، تتوقف على إجازة الوارث، وبالتالي فإن هذه الإجازة يجب ألا يساورها أدنى شك، وهنا يكون قضاة المجلس قد أخطأوا في تطبيق أحكام القانون، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

لكن لا ينطبق هذا الحكم على التصرف، إلا إذا توافر فيه شرطان، يتمثلان في: صدور التصرف أثناء مرض الموت، وأن يكون مقصوداً به التبرع.

الشرط الأول: أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.

من الواضح أن كلمة تصرف تتسع للتبرعات والمعاوضات، لأنها كلمة عادية⁽²⁾، لذلك

⁽¹⁾ قرار رقم: 241885، بتاريخ: 2001/03/14. المجلة القضائية، 2002، عدد1، ص133.

⁽²⁾ زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، د ر ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1991، ص92.

فالنص لا يقتصر على تصرف معين كالهبة أو البيع، بل يشمل كل تصرف أو عمل صدر من المورث، وأياً كان الاسم الذي أعطي له من أطرافه، وأن يصدر هذا التصرف أثناء المرض الذي يتصل بالموت مباشرة، ويقع عبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت على الورثة، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، لأننا في صدد واقعة مادية، فيصح بتقارير الخبراء كالأطباء مثلاً، وبغيرها من الأدلة والقرائن المستخلصة من ظروف المرض⁽¹⁾، كأن يكون التصرف محرراً بخط المشتري ولم يجر إلا قبل وفاة المورث بأيام، ومنها أيضاً الدفع بتسجيل العقد، الذي يوضح بأن المتصرف قد حرر العقد قبل وفاته بأيام قليلة ما لم يكن قد مات فجأة⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون القصد من التصرف هو التبرع.

من خلال نص المادة السابقة، يتضح أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت، فإنه يعد قد صدر تبرعاً، فالإنسان عادة لا يتصرف في مرض موته إلا على سبيل التبرع، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف⁽³⁾. وفي مقابل ذلك يقع عبء إثبات أن التصرف صدر بعوض، على عاتق المتصرف إليه، فإذا أثبت ذلك، واتضح أن التصرف وإن كان قد صدر عن المورث في مرض الموت، إلا أنه قبض مقابلاً لذلك، يعد عقد بيع⁽⁴⁾، وتسري عليه أحكام البيع في مرض الموت، على حسب ما نصت عليه المادة 408 ق م ج.

أما إذا لم يستطع إثبات ذلك، فإن التصرف يعتبر تصرفاً تبرعياً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: الهبة في مرض الموت:

بعدما تعرضنا للوصية، ورأينا أنها تختلف من أحكامها على حسب الشخص الموصى له بها،

⁽¹⁾ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، [126/1]. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص 309.

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [223/4].

⁽³⁾ السنهوري، المرجع نفسه، [284/4].

⁽⁴⁾ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، [223/1].

⁽⁵⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [285/4].

وذلك في الشريعة والقانون، إذ أنها تقع على العموم تقع باطلة في حق الوارث، إلا بعد إجازة الورثة، بينما تصح بالنسبة للغير، لكن في حدود الثلث، وما زاد على ذلك يتطلب إقرار الورثة له. سننتقل إلى تصرف تبرعي آخر، و المتمثل في الهبة، لتبيين كيف تعامل الفقه الإسلامي، وأيضاً القانون الجزائي معه، في حالة صدوره من المريض مرض الموت.

لكن قبل ذلك، يجب أن نبين مفهومها، ضمن الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الهبة في الشريعة والقانون.

تختلف الهبة عن غيرها من التصرفات التبرعية، وهذا لا يتضح إلا بمعرفة معناها وما يتعلق بها من أركان وشروط ونحوها، لذلك ستبين الدراسة تحت هذا الفرع مفهوم الهبة في الشريعة والقانون.

البند الأول: مفهوم الهبة في الشريعة:

الهبة في اللغة مصدرها وهب: في أسماء الله تعالى الوهاب، وترد بمفهوم: العطية الخالية من الأعياض والأغراض، فإن كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهو من أبنية المبالغة، وكل من وهب لك فهو موهوب، والوهوب: الرجل الكثير الهبات⁽¹⁾.

وهب لك الشيء، يهبه، وهباً ووهباً بالتحريك، وهبة، والاسم: الموهب والموهبة، بكسر الهاء فيها، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة⁽²⁾.

وقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للهبة، وخصصوا لها أبواباً ضمن كتب الفقه، نظراً لأهميتها.

وقد عرفها جمهور الفقهاء على أنها: "تمليك بلا عوض"⁽³⁾.

فقوله: "تمليك"، أي تمليك الذات، لأن تمليك المنفعة، إما أن يكون وقف أو عارية، في حالة تقييده بزمن ولو عرفاً، وإما عمري، إن قيد بحياة المعطى، في دار ونحوها. وأما قوله: "بلا

⁽¹⁾ ابن منظور، حرف الباء، فصل الواو، مرجع سابق، [803/1].

⁽²⁾ الجوهري، باب الباء، فصل الواو، مرجع سابق، [235/1].

⁽³⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [488/8]. علي كنون، مرجع سابق، [173/7]. الشيرازي، مرجع سابق، [340/16].

عوض"، خرج به هبة الثواب، والبيع ونحوه، لأن التملك هنا، يختلف على حسب القصد والنية، حيث أن التملك لثواب الآخرة يعد صدقة، أما إذا كان لوجه المعطى فقط، فهو هبة، لذلك فإن الكلام فيه حذف، وتقديره يكون كالاتي: "تمليك بلا عوض لوجه المعطى".⁽¹⁾

وهي من فضائل الأعمال، فالنبي ﷺ، كان لا يرد أي هدية، مهما كان حجمها أو قيمتها، حيث قال ﷺ، في الحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت»⁽²⁾.

وأركانها عند الجمهور أربعة: الواهب، الذي يشترط فيه أن يكون مالكاً للشيء الموهوب ملكاً صحيحاً، عاقلاً بالغاً، لا حجر عليه، فيخرج الصبي، المجنون والمرتد ونحوهم، بالإضافة إلى الموهوب له، وشرطه قبول الملك، وكذا الشيء الموهوب، الذي لا بد أن يكون محدد معلوم، ثم الصيغة، أي الإيجاب والقبول، الدالة على التملك بغير عوض أو ما يقوم مقامها، في الدلالة على ذلك من قول أو فعل⁽³⁾، وهو الركن الوحيد المعتمد عند الحنفية، حيث يعتبرون الأركان الأخرى شروط صحة، وتكفي في ذلك عندهم القرائن الدالة على الإيجاب والقبول، مما يدل على التملك، كالقبض مثلاً⁽⁴⁾.

كما يشترط لتمامها، حيازة الموهوب له للشيء الموهوب، بعد أن يسلمه له الواهب، ويتم القبض من قبله⁽⁵⁾.

ويحرم الرجوع في الهبة، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ، أنه قال: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته، كالكلب يرجع في قيئه»⁽⁶⁾. ويستثنى من هذا الحكم الأب، حيث يحق له

⁽¹⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [97/4].

⁽²⁾ محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عنها، باب القليل من الهبة، حديث رقم: 2568، مرجع سابق، [578/1].

⁽³⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [98/4].

⁽⁴⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [490/8].

⁽⁵⁾ ابن رشد، مرجع سابق، [420/2].

⁽⁶⁾ البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عنها، باب: لا يلج لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، حديث رقم: 2622، مرجع سابق، [590/1]. مسلم، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، إلا ما وهبه لولده وإن سفل، حديث رقم: 1622، مرجع سابق، ص762. واللفظ للبخاري.

الرجوع في هبته التي منحها لأحد أبنائه⁽¹⁾.

البند الثاني: مفهوم الهبة في القانون.

عالج المشرع الجزائري الهبة، في الفصل الثاني، ضمن الكتاب الرابع، تحت عنوان التبرعات، من قانون الأسرة، تحديداً من المادة **202 ق أ ج**، إلى المادة **212** منه.

حيث عرفها، تبعاً لنص المادة **1/202 ق أ ج**، بقوله: "الهبة تملك بلا عوض."

أما المشرع المصري، فكان تعريفه أوضح، حيث أنه ادخل الهبة ضمن العقود، حسب نص المادة **1/486 ق م م**، التي جاء فيها أن: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض."

فمن هذه النصوص، نستشف أن عقد الهبة يتكون من عنصرين: الأول: عنصر مادي يتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض، أما الثاني، فهو عنصر معنوي ينبنى على إرادة الواهب، يتمثل في اتجاه نيته للتبرع أثناء تصرفه⁽²⁾.

وأركانها، حسب المادة **206 ق أ ج**⁽³⁾، هي تطابق الإيجاب والقبول، حيث يجب أن يكون إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، وكذا الحيابة، التي تعني: "الوضع المادي الذي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق"⁽⁴⁾. بمعنى أن الهبة لا تتم إلا بتمكين الموهوب له، من وضع يده على الشيء الموهوب، قصد السيطرة الفعلية عليه، ولن يتسنى ذلك إلا بالتسليم.

وهو ما أفترته المحكمة في قرار لها صادر بتاريخ: 1986/02/24، حيث جاء فيه: "من

⁽¹⁾ الخطاب الرعيبي، مرجع سابق، [25/8].

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [5/5].

⁽³⁾ تنص المادة **206 ق أ ج**، على ما يلي: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيابة، ومراعاة قانون أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات."
وإذا احتل أحد القيود السابقة، بطلت الهبة."

⁽⁴⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [784/9]. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانونيين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط ن، ص 45.

المقرر شرعاً وقانوناً، أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة⁽¹⁾. "

ويستثنى من هذا الشرط، طبقاً لنص المادة 208 ق أ ج، ولي الموهوب له أو زوجته، وأيضاً في حالة ما إذا كان الموهوب مشاعاً، فإن توثيق الهبة بالنسبة للعقارات، لدى الموثق، حسب ما هو منصوص عليه في القانون رقم: 02/06، المؤرخ في: 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، خاصة المادة 10 وما يليها منه⁽²⁾، يعني عن الحيازة.

وهو ما أكدته القضاء، بناءً على القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1990/02/19، ورد فيه ما يلي: "من المقرر فقهاً، أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها، ولو لم يتم الحوز⁽³⁾".

كما قضت المحكمة العليا أيضاً، بأن انعدام الحيازة لا يؤثر في انتقال الهبة، في حالة ما إذا تعلق الأمر بالزوجين، طبقاً لنص المادة 208 ق أ ج، وبالتالي فالحكم على هذا النحو، هو تطبيق سليم للقانون⁽⁴⁾.

وكذلك الإجراءات الإدارية بخصوص المنقولات، فإنها تفي بالغرض دون أن يجوز الموهوب له محل الهبة، كاستخراج البطاقة الرمادية بالنسبة للسيارة مثلاً، فإنه يكفي لتحقيق الهبة، ولو لم يتم استعمالها من قبله⁽⁵⁾.

هذه هي الشكلية التي قصدها المشرع الجزائري، في المادة 206 ق أ ج، ورتب على تخلفها بطلان عقد الهبة، حيث أحالتنا إلى أحكام قانون التوثيق، إلا أن المادة 12 من قانون التوثيق القديم 91/70_ الذي أتى بعده القانون رقم: 27/88 الصادر بتاريخ: 12 يوليو 1988، ثم ألغي أيضاً بمقتضى القانون الأخير الذي ينظم التوثيق، تحت رقم: 02/06_، حولت بموجب

⁽¹⁾ قرار رقم: 40651، بتاريخ: 1986/02/24، غير منشور. نقلاً عن: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات_الهبة، الوصية، الوقف_، د ر ط، دار هومة، الجزائر العاصمة، الجزائر، 2004، ص 8.

⁽²⁾ قانون رقم: 02/06، المؤرخ في: 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 14، 2006/03/08، ص 15.

⁽³⁾ قرار رقم: 58700، المؤرخ في: 1990/02/19، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 4، ص 113.

⁽⁴⁾ قرار رقم: 258290، بتاريخ: 2001/03/28. نشرة القضاء، 2006، عدد 57، ص 213.

⁽⁵⁾ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 11.

القانون المعدل للقانون المدني، رقم: 14/88، المؤرخ في: 03 ماي 1988، إلى القانون المدني، بالتحديد في المادة 324 مكرر⁽¹⁾ وما يليها. مع مراعاة الأحكام الأخرى الخاصة بإجراءات التسجيل وشهر العقار في المحافظة العقارية، طبقاً لنص المادة 793 ق م ج⁽²⁾، حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين واتجاه الغير.

وهو الأمر الذي أيده القضاء، حيث ذكر بأنه: " يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية، أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان. وتنص المادة 206 من ق أ، أن الهبة تتعد باليجاب والقبول، مع مراعاة التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة، لعدم استيفائها الشروط الجوهرية⁽³⁾".

كما يشترط القانون، طبقاً لنص المادة 324 مكرر 3 ق م ج⁽⁴⁾، وجوب تحرير عقد الهبة، تحت طائلة البطلان، بحضور شاهدين⁽⁵⁾.

هذا بالإضافة إلى المحل الذي يوافق القواعد العامة في العقود، حيث يجب أن يكون الشيء مملوكاً للواهب، موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعين، بالإضافة إلى صلاحية التعامل فيه، أي لا يكون مخالفاً للنظام والآداب العامة. وكذلك المحل، الذي البعث الدافع للواهب على التبرع، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً، فإذا كان الباعث على تبرع شخص لأمراً هو البحث عن علاقة غير شرعية،

⁽¹⁾ تنص المادة 324 ق م ج، على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإحضارها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العملية، لدى الضابط العمومي المحرر للعقد."

⁽²⁾ جاء نص المادة 793 ق م ج، كالتالي: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

⁽³⁾ القرار رقم: 103656، الصادر بتاريخ: 1994/11/09. نشرة القضاة، 1997، عدد 51، ص 67.

⁽⁴⁾ نص المشرع في المادة 324 مكرر 3، على أنه: "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين."

⁽⁵⁾ قرار رقم: 389338، بتاريخ: 2007/11/21. مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 159.

أو توطيدها، كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب، غير أنه إذا كان يرمي بها تعويضها عن الضرر الذي لحقها، نتيجة العلاقة غير المشروعة بعد انقطاعها، تعد الهبة صحيحة، نتيجة مشروعية الباعث عليها⁽¹⁾.

ويشترط لصحة الهبة، الأهلية، عملاً بنص المادة 203 ق أ ج، بمعنى أن يبلغ الواهب سن تسعة عشر كاملة، سليم العقل غير محجور عليه بسفه أو غفلة أو جنون أو عته، كما يجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة كالغلط، الإكراه والتدليس... وغيرهم. أما الموهوب له فيشترط فيه التمييز فقط، فإذا كان مجنوناً أو معتوه أو صبي، يتولى حيازة الموهوب من ينوب عنه قانوناً، طبقاً لنص المادة 210/2 ق أ ج، كالولي، الوصي والقيم⁽²⁾.

ولالأبوين حصرياً أخذاً بنص المادة 211 ق أ ج، حق الرجوع في الهبة، التي منحها لولدهما، إلا أنه يستثنى من ذلك، الهبة التي تقدم لأجل زواج الولد أو لضمان قرض أو قضاء دين لمصلحته، أو في حالة ما إذا تصرف في الموهوب ببيع أو تبرع، أو ضاع منه، أو ادخل عليه ما غير طبيعته.

وهذا ما نوهت إليه المحكمة العليا، في قرارها، الصادر بتاريخ: 2006/02/15، حيث جاء فيه: "عملاً بأحكام المادة 211 ق أ، فإن للأبوين دون غيرهما، حق الرجوع في الهبة لولديهما⁽³⁾...".

الفرع الثاني: حكم الهبة في مرض الموت.

تأخذ الهبة أثناء مرض الموت حكم الوصية حسب ما يأتي بيانه، لذا يجب أن نفرق بين التصرف بالهبة التامة، بجميع شروطها لوارث وكذا لغير وارث، على النحو الآتي:

البند الأول: أحكام هبة المريض مرض الموت في الشريعة.

أولاً: الهبة لوارث:

لا تصح الهبة التي تخصص لوارث، من قبل المريض مرض الموت، إلا في حالة ما إذا أجازها

⁽¹⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [5/112، 132 وما بعدها].

⁽²⁾ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [5/97 وما يليها].

⁽³⁾ القرار رقم: 328682، المؤرخ في: 2006/02/15. مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد1، ص237.

بقية الورثة، على التفصيل الذي تطرقنا إليه سابقاً عند الحديث عن الوصية.

ثانياً: الهبة لغير وارث:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى رأيين،

الرأي الأول: يمثله جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة، حيث أجمعوا، على أن الهبة من المريض مرض الموت، لفائدة غير الوارث، تكون في ثلث المال، تشبيهاً بالوصية⁽¹⁾.

واستدلوا لرأيهم، بما يلي:

أ- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم⁽²⁾».

ب- حديث عمران بن حصين رضي الله عنه، جاء فيه: «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق إثنين، وأرق أربعة، وقال قولاً شديداً⁽³⁾».

فمفهوم الحديث، يتلخص: " في أن النبي صلى الله عليه وسلم، لم ينفذ العتق إلا في الثلث، وإذا لم ينفذ العتق إلا في الثلث مع سرايته، فغيره أولى، ولأن هذه الحالة الظاهر منها الموت، فكانت عطيته في حق ورثته، لا تتجاوز الثلث كالوصية⁽⁴⁾."

⁽¹⁾ ابن رشد، مرجع سابق، [418/2]. السرخسي، مرجع سابق، [102/12]. أبي الحسن الماوردي البصري، مرجع سابق، [552/7]. البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، [174/10].

⁽²⁾ ابن ماجة، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث رقم: 2709، مرجع سابق، ص 460. "وقد روي من قبل الدار قطني، من طريق معاذ بن جبل رضي الله عنه." انظر: الدار قطني، كتاب الوصايا، حديث رقم: 4212، مرجع سابق، [382/3]. وذكر صاحب كتاب (الإرواء)، فيما يخص إسناده ما يلي: "إن جميع طرق الحديث ضعيفة، لكن يقوي بعضها بعضاً، ومجموعها يرتقي إلى درجة الحسن." انظر: محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، حديث رقم 1641، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1399هـ-1979م، [79/6].

⁽³⁾ مسلم، كتاب الأيمان والندور، باب ثواب العبد وأجره إذا نصح لسيدته وأحسن عبادة الله، حديث رقم: 1668، مرجع سابق، ص 790.

⁽⁴⁾ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، [175/10].

واعتبر الفقهاء القبض شرط أساسي في استحقاق الهبة واكتمالها، حيث أنه في حالة ما إذا تمت الهبة بين الطرفين والواهب صحيح، ثم مرض بعد ذلك، فتحتسب على أنها هبة في المرض. ويظهر هذا فيما ذكره صاحب كتاب (الحاوي الكبير)، حيث قال: "هبة المريض في الثلث، فإن احتملها الثلث أمضيت، وإلا ردت، لأنها في حكم الوصية، وإن احتمل الثلث بعضها، أمضى منها قدر ما احتمله الثلث، إلا أن يجيزه الوارث فيصح في الجميع، فلو وهب في الصحة وقبض في المرض، فهي هبة في المرض⁽¹⁾".

بل ذهب أبا حنيفة إلى أكثر من ذلك، إلى وجوب القبض قبل موت الواهب، فإذا لم يتم من قبل الموهوب له، إلى أن مات الواهب، تعاد تلك الهبة إلى التركة، لأنها تصبح من حق الورثة. حيث ذكر في الأمر، أنه: "إذا وهب الرجل في مرضه الهبة، فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، لم يكن للموهوب له شيء، وكانت الهبة للورثة⁽²⁾".

وخالفه المالكية وبعض أصحابه⁽³⁾، حيث أنهم لم يشترطوا القبض، قبل الموت، وبالتالي فموت الواهب، قبل استلام الشيء الموهوب من قبل الموهوب له، لا يبطل الهبة، وإنما تنفذ في حدود الثلث، وبالتالي، فحكمها عندهم كالوصية، باعتبارها تصرف تبرعي، مضاف لما بعد الموت، فلا ينفذ إلا بعد موت الموصي.

هذا ما أشار إليه صاحب كتاب (الشرح الكبير)، في فقه المالكية، حينما قال: "وأما المريض فتبرعاته نافذة من الثلث مطلقاً أشهد أم لا، فلا يتوقف مضي تبرعه على حوز، ولا على ما يقوم مقامه، قال في المدونة: وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية من المريض لرجل بعينه أو للمساكين، لم تخرج حتى مات، فذلك نافذ من ثلثه كوصاياه⁽⁴⁾".

وقالوا بأن الوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض، ولا تبطل به، فكذلك الهبة في المرض، كما أنه ما دام المرض يسبب الموت، فما يباشره المريض في الحكم كالثابت بعد موته، فإذا كانت

⁽¹⁾ الماوردي البصري، مرجع سابق، [552/7].

⁽²⁾ الشافعي، مرجع سابق، ص 679.

⁽³⁾ من أصحابه الذين خالفوه، ابن أبي ليلى، حيث قال: "هي جائزة من الثلث". انظر: الشافعي، مرجع سابق، ص 679.

⁽⁴⁾ الدسوقي، مرجع سابق، [102/4].

الهبة في دار مثلاً، فقبضها ثم مات، ولا مال له غيرها، جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين إلى الورثة⁽¹⁾.

الرأي الثاني: ذهب أهل الظاهر إلى أن هبة المريض كهبة الصحيح، وجملة ذلك أن الله تعالى، ندب جميع البالغين المميزين إلى الصدقة وفعل الخير، لإنقاذ أنفسهم من النار، فلا يحل منعهم من القرب إلا بنص، ولا نص في ذلك⁽²⁾.

حيث ورد في (المحلى): ما يلي: "إن كل ما أنفذه المريض من هبة أو صدقة أو محاباة في بيع أو هدية أو إقرار، كان كل ذلك لوارث أو لغير وارث، أو إقرار بوارث أو عتق أو قضاء بعض غرمائه دون بعض، كان عليهم دين أو لم يكن، فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما لو كانوا أصحاب⁽³⁾".

وفي حالة ما إذا وهب في مرض موته، ثم مات قبل القبض، فهبته تخرج من رأس ماله، ولا يقيد الواهب بالثلث، إلا أن يقام الدليل من كتاب أو سنة، على خلاف الإجماع، أما الحديثين المذكورين آنفاً⁽⁴⁾، فهما محمولين عندهم على الوصية⁽⁵⁾.

البند الثاني: هبة المريض مرض الموت في القانون:

طبقاً لنص المادة 776/1¹ ق م ج، التي تنص على أن: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيأ كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

(1) السرخسي، مرجع سابق، [102/12].

(2) ابن حزم، مرجع سابق، [160/9].

(3) ابن حزم، مرجع سابق، [348/9].

(4) خاصة حديث عمران بن الحصين، المتعلق بالرجل الذي أعتق ستة أعبد، ثم استدعاهم النبي ﷺ، فقسّمهم أثلاثاً، فأعتق اثنين وأرق أربعة، حيث قال فيه ابن حزم الظاهري: "لا حجة لهم فيه أصلاً لوجوه ثلاثة: أولهما أنه ليس فيه إلا العتق وحده، وإفحامهم مع العتق جميع أفعال المريض خطأ وتعدد لحدود الله تعالى والقياس باطل، والوجه الثاني، أنه ليس فيه من فعل المريض كلمة أو دلالة ولا إشارة بوجه من الوجوه، وإنما فيه اعتق عند موته، فكان الواجب عليهم أن يجعلوا هذا الحكم فيمن أعتق عند موته صحيحاً أو مريضاً، والثالث أن هذا الإنسان لم يبق لنفسه شيئاً أصلاً، وهذا عندنا مردود الفعل صحيحاً أو مريضاً". انظر: ابن حزم، المرجع نفسه، [304/8].

(5) ابن حزم، المرجع نفسه، [358، 357/9]. ابن رشد، مرجع سابق، [418/2].

كما أكد ذلك في قانون الأسرة، حيث جاء في نص المادة 204 ق أ ج، ما يلي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية."

تبعاً لهذين النصين، فإن الهبة إذا صدرت من الواهب، وهو في مرض موته، تعتبر في حكم الوصية، وتسري عليها أحكامها، لأن قصد التبرع ظاهر فيها، فإن كانت التركة مستغرقة بالديون، بطلت جميعها، إلا إذا أجازها الدائنون، والهبة التي تعطى حكم الوصية، هي التي تعقد تامة في مرض الموت، أي التي يتحقق فيها كل شروطه⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: قيمة الموهوب لا تزيد على ثلث التركة.

عملاً بأحكام نص المادة 185 ق أ ج، التي تنص على التالي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة..."

فإنه إذا لم تزد قيمة الموهوب على ثلث التركة، وكان الموهوب له غير وارث، صحت الهبة، وتنفذ في حق الورثة بدون أي قيد أو شرط.

وفي حالة ما إذا كان الموهوب له أحد الورثة، فإن الهبة، حسب تكييفها من قبل المشرع على أنها وصية، تطبق عليها أحكام المادة 189 ق أ ج، التي تنص على أنه: "لا وصية لوارث، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي."

وتبعاً للنص، فإن الهبة في هذه الحالة لا تصح، ويتوقف نفاذها على إجازة بقية الورثة، وفي حالة الرفض، فإنها تقع باطلة، وترجع إلى بقية التركة، مهما بلغت قيمتها، ولو كانت تقل على الثلث⁽²⁾.

ولا فرق في ذلك بين الهبة الظاهرة أو الخفية فهما سواء، والقاسم المشترك بينهما يتمثل في نية التبرع، ومن صور الهبة الخفية، البيع الساتر للهبة، والإقرار بدين صوري⁽³⁾.

⁽¹⁾ منير عباس حسين، الإقرار وأحكام تصرفات مريض مرض الموت-دراسة مقارنة-، د ر ط، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد-العراق، د س ط، ص 225.

⁽²⁾ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 23.

⁽³⁾ عبد الرحمن بلعقيد، الهبة في المذهب المالكي والقانون، ط 3، مطبعة أقادير، المغرب، 1422هـ/2001م، ص 82.

ولقد أيدت المحكمة العليا هذا الطرح، حيث قضت في قرار لها، صادر بتاريخ: 1998/03/13، بأن هبة مسكن الزوجية للزوجة أثناء مرض الموت، يعد هبة مضافة إلى ما بعد الموت، تطبق عليه أحكام الوصية، وبالتالي لا ينفذ إلا بإجازة بقية الورثة⁽¹⁾.

الحالة الثانية: قيمة الموهوب تزيد عن ثلث التركة.

أخذاً بما نصت عليه المادة 185 ق أ ج، التي كانت تكملتها كالاتي: "...وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة."

فإن قيمة الموهوب إذا تجاوزت ثلث التركة، فلا تنفذ في حق الموهوب له إلا بعد أخذ إجازة الورثة.

فإن لم يميزوا، وجب على الموهوب له، أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها، وإن أجازها بعضهم وامتنع بعضهم عن الإجازة، نفذت الهبة بالنسبة للزيادة في حق المميز، وبطلت في حق غير المميز⁽²⁾.

وفي حالة ما إذا تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد عن الثلث، يجب الرجوع إلى القواعد العامة، ومن ثم فإن التصرف يسري في حق الورثة، فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية، قبل تسجيل دعوى استحقاق الزائد على الثلث، التي ترفعها الورثة على الموهوب له، إلا أنه من وقت تسجيل هذه الدعوى، لا يسري التصرف في حقهم، ولو كان المتصرف إليه حسن النية⁽³⁾.

والإجازة المعتبرة، هي التي تصدر من أهل للتبرع، كامل الأهلية، يبلغ من العمر تسعة عشر سنة كاملة، طبقاً لنص المادة 40 ق م ج، بالغاً رشيداً، يتمتع بجميع قواه العقلية، ليس محجوراً عليه، لسفه أو غفلة ونحوهما، لأن الإجازة تبرع، وهو تصرف ضار⁽⁴⁾.

ولا تلزم هذه الإجازة الورثة القاصرين، سواء بالنسبة لحالة التصرف لو ارث، أو إذا كانت

(1) قرار رقم: 179724، بتاريخ: 1998/03/13. المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 277.

(2) بدر حاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص 310.

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، [128/5].

(4) بدر حاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص 311.

الهبة لغير وارث وجاوزت القدر المحدد قانوناً بالثلث، لأنها من التصرفات الضارة بهم ضرراً محضاً كما أسلفنا، والقاصر له أن يجلب لنفسه نفعاً، لكن لا يتحمل أدنى ضرر⁽¹⁾. وهذا طبقاً لنص المادة 83 ق أ ج، التي جاء فيها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني⁽²⁾، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي⁽³⁾ أو الوصي⁽⁴⁾، فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

ووافق القضاء الجزائري المالكية ومن وافقهم، فيما يخص الهبة التي تنفذ بعد الوفاة، حيث كيفها على أنها وصية، يستخلص ذلك مما أقرته في أحد أحكامها، على النحو الآتي: "بما أن عقد الهبة قد تم تحريره أمام الموثق، بتاريخ: 1994/11/29 و 1995/10/07، بينما وفاة الوهاب وقعت يوم: 1998/09/19، أما إشهار الهبة، فقد تم يوم: 1999/02/07، ومن ثمة لم يقع إشهار هذا العقد إلا بعد وفاة الوهاب."

وحيث أن ملكية العقار لا تنتقل إلى المتصرف إليه، إلا عن طريق شهر التصرف الناقل للملكية، وذلك ما تنص عليه المادة 793 ق م، والمادة 15 من الأمر رقم: 75/74، المؤرخ في: 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽⁵⁾.

(1) عبد الرحمن بلعقيد، مرجع سابق، ص 82، 83.

(2) تنص المادة 43 ق م ج، على ما يلي: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذي غفلة، يكون ناقص الأهلية، وفقاً لما يقرره القانون."

(3) حددت المادة 87 ق أ ج، الولي، خاصة في الفقرة الأولى منها، حيث جاء فيها: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً."

(4) منحت المادة 92 ق أ ج، الحق للأب أو الجد في تعيين وصي تكون له نفس سلطة الولي في التصرف، طبقاً لما تضمنته المادة 95 ق أ ج، حيث نصت على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلاح منهم، مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون." التي تنص أي المادة 86 ق أ ج، على أنه من بلغ سن الرشد طبقاً لنص المادة 40 ق م ج، والمقدر بتسعة عشر سنة كاملة، ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية.

(5) أمر رقم: 74/75، مؤرخ في: 8 ذي القعدة 1395هـ، الموافق لـ: 12 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، بتاريخ: 14 ذي القعدة 1395هـ، الموافق لـ: 18 نوفمبر 1975، ص 2.

وتبعاً لذلك، يكون التصرف الذي قام به المتوفى، لم يتم تنفيذه إلا بعد وفاته.
وتبعاً للأصل العام، فإن كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه، يأخذ حكم الوصية، وبالتالي يخضع لأحكامها⁽¹⁾.

وإذا وهب المريض هبة، وبريء من مرضه، فإنها تأخذ حكم هبة الصحيح، ولا تأخذ حكم الوصية، لأنه هبة المريض لا تعتبر وصية، إلا إذا اتصل الموت بالمرض⁽²⁾.

المطلب الثالث: الوقف في مرض الموت:

يأتي الوقف بعد الهبة، التي أشرنا إلى أنها تأخذ حكم الوصية عند عامة الفقهاء، ما عدا ابن حزم الظاهري الذي جعلها كهبة الصحيح، وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور، حيث جعل الهبة في مرض الموت للوارث تتوقف على إجازة الورثة، وتنفذ في حدود الثلث بالنسبة لغير الوارث، وما زاد يرجع أيضاً إلى موافقة الورثة.

وقبل أن نشرع في بيان حكم الوقف في مرض الموت، يجب أولاً أن نبين معنى الوقف، وبعض ما يتصل به من أحكام أساسية، فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الوقف في الشريعة والقانون.

كثيراً ما يرتبط مصطلح الوقف مع المصاحف القرآنية التي نجدها في المساجد، حتى أن البعض يدونه بنفسه، في حالة ما إذا أراد أن يضع كتاب تحت تصرف مسجد ما.

لكن ما هو معنى هذا المصطلح، وما هي أحكامه في الشريعة والقانون؟ هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا الفرع، فيما يلي:

البند الأول: الوقف في الشريعة:

الوقف في اللغة مصدر قولك: وقَّفتُ الدابة، ووقَّفتُ الكلمة وقفاً، ووقف الأرض على المساكين، حبسها، ووقَّفتُ الدابة وكل شيء، فأما أوقف في جميع ما تقدم من الدواب والأرضين

⁽¹⁾ قرار رقم: 307934، بتاريخ: 2005/10/19. مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد2، ص195.

⁽²⁾ منير عباس حسين، مرجع سابق، ص225.

وغيرهما، فهي لغة رديئة⁽¹⁾.

وليس في الكلام أوقفَ إلا حرف واحد، أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه، أي أقلت⁽²⁾.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة، فإنهم يتفقون على المضمون العام، والمتمثل في جعل منفعة الشيء الموقوف، تحت تصرف الموقوف عليه، تبرعاً خالصاً لوجه الله، تقرباً إليه، ورجاءً في ثوابه ومغفرته. لكن اختلفوا في بعض الجزئيات، التي تتضح من خلال التعاريف الآتية:

فالوقف عند المالكية هو: "إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيها ولو تقديراً⁽³⁾".

وعند الحنفية يعرف على أنه: "حبس العين على الواقف، والتصدق بالمنفعة⁽⁴⁾".

أما عند الشافعية، فيتلخص في: "حبس عين من الأعيان المالية، وذلك بقطع التصرف عنها، وجعل منافعتها كوجه من وجوه الخير، تقرباً إلى الله تعالى⁽⁵⁾".

وعرفه الحنابلة، على أنه: "تحييس الأصل وتسبيل الثمرة⁽⁶⁾".

من خلال هذه التعاريف، نستشف أن كل المالكية والحنفية، يتفقون في أنهم لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك واقفها، إلا أنهم يختلفون في أن المالكية لا يميزون التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية، سواء كانت بعوض أو بغير عوض، بيد أن الحنفية يميزون الترف فيها بكل أنواع التصرفات، كما أنه في حالة موت الواقف، فإنها تنتقل إلى ورثته من بعده، باستثناء المسجد، الذي يعتبر حبس على ملك الله تعالى⁽⁷⁾.

أما الشافعية والحنابلة، فإنهم يذهبون، إلى إخراج العين الموقوفة عن ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى، أي لا تدخل في ملك الجهة الموقوفة عليها، بل هي للانتفاع الاستثمار من قبلهم

⁽¹⁾ ابن منظور، حرف الفاء، فصل الواو، مرجع سابق، [359/9].

⁽²⁾ الجوهرى، مرجع سابق، باب الفاء، فصل الواو، [1440/4].

⁽³⁾ الخرشي، مرجع سابق، [78/7]. صالح عبد السميع، مرجع سابق، [307/2].

⁽⁴⁾ الكاساني، مرجع سابق، [384/8].

⁽⁵⁾ النووي، المجموع، مرجع سابق، [243/16].

⁽⁶⁾ نور الدين البصري الضير، مرجع سابق، [148/3].

⁽⁷⁾ ابن عابدين، مرجع سابق، [519/6]. الخرشي، مرجع سابق، [78/7].

فقط، وتذهب لذريتهم من بعدهم، ولذريتهم من بعدهم، فلا يجوز لهم بعد ذلك التصرف فيها، ولا تورث عنهم، ولا توهب، ولا تباع... إلخ، لخروجها عن ملكهم⁽¹⁾.

ولهذا فلا يجوز لمن وقفت عليه، أن يأخذ عوضاً عنها ببيع أو إجارة، ويجوز أن يتنازل عنها لمن توفرت فيه الصفة التي يستحقها بها⁽²⁾.

ويعد الوقف من أعظم القربات، وأفعال البر والإحسان، حيث ندب إليه الشارع الحكيم، وحث عليه، في كتابه العزيز، والسنة المطهرة:

فمن الكتاب، قوله تعالى: ﴿وَأْكُلُوا خَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽³⁾.

ومن السنة، وردت عدة أحاديث في الأمر، نقتصر على اثنين:

1- الحديث الذي رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يارسول الله، إني أصبت أرضاً بخير لم أصب ملاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، قال: فتصدقت بها عمر أنه لا يباع، ولا ويهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويُطعم غير متمول، قال: فحدثت به ابن سيرين، فقال غير متأثر ملاً⁽⁴⁾.⁽⁵⁾».

فالحديث فيه دلالة على استحباب التصديق بأنفس المال، لقوله تعالى: ﴿لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى

تُنْفِقُوا مِمَّا نَحِبُونَ﴾⁽⁶⁾، وهو ما قام به خليفة المؤمنين، عمر بن الخطاب رضي الله عنه، بعدما شاور نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، فأشار عليه بتحسيس أصله والصدقة بثمرته، وهذا الحديث أصل في تحسيس رقاب

(1) أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، در ط، منشورات كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب-سوريا، 1430هـ-2009م، ص199.

(2) الغرياني، مرجع سابق، [207/4].

(3) [سورة الحج، جزء من الآية 77].

(4) أي غير جامع ملاً. أنظر: الجوهري، مرجع سابق، باب اللام، فصل الألف، [1620/4].

(5) البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، حديث رقم 2737، مرجع سابق، [625/1]. مسلم، كتاب

الوصية، باب الوقف، حديث رقم: 1632، مرجع سابق، [77/6].

(6) [سورة آل عمران، جزء من الآية 92].

الأرض⁽¹⁾.

2- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له⁽²⁾». فالحديث معناه أن عمل الميت ينقطع بموته، وينقطع تجدد الثواب له، إلا في هذه الأشياء الثلاثة، لكونه كان سببها، فإن الولد من كسبه، وكذلك العلم الذي خلفه من تعليم أو تصنيف، وكذلك الصدقة الجارية وهي الوقف. فهو يدل على صحة أصله أي الوقف، وعظيم ثوابه⁽³⁾. وأركانها أربعة تتمثل في⁽⁴⁾:

الوقف، ويشترط فيه أهلية التصرف في المال، بمعنى أن يكون عاقلاً بالغاً حراً، فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون ومن في حكمهما، باعتباره من التصرفات الضارة. وكذا الموقوف عليه، ولو كان جنيماً أو من سيولد عند المالكية، وقال الشافعي وأحمد لا يصح إلا على معين، يتمتع بأهلية القبول والرد، لأن الوقف تمليك، فلا يصح على الحمل وحديث الولادة، لعدم قبولهما للملك. أما ثالثها فيتمثل في الموقوف، وشرطه أن يكون مملوكاً، سواء كان عقاراً أو منقولاً كالأرض، الحيوان، السلاح والدروع ونحوها، شائعاً أو مقسوماً، وخالف أبي حنيفة الجمهور في ما ذهب إليه، من عدم جواز وقف المنقول، كونه يتعارض مع التأييد إلا إذا كان تابعاً للعقار، كما لا يجوز وقف المشاع.

بالإضافة إلى الصيغة التي تدل عليه، كقوله حبست أو وقفت، أو تصدقت مع قرينة تدل

⁽¹⁾ أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، شرح صحيح البخاري، د ر ط، مكتبة الرشد، الرياض-السعودية، د ر ط، [140/8].

⁽²⁾ مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، حديث رقم: 1631، مرجع سابق، [76/6].

⁽³⁾ النووي، شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، [76/6].

⁽⁴⁾ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ط1، الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1994، [301/6] ما يليها]. النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، [244/16]. الكاساني، مرجع سابق، [398/8]. عبد الرحمن بن عمر البصري، مرجع سابق، [148/3] وما يليها].

على الوقفية، كقوله لا يباع ولا يوهب ونحوها، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على الوقفية عرفاً، كالإذن المطلق في الانتفاع على الإطلاق، وبناء مسجد والتخلية بينه وبين الناس.

وينقسم إلى وقف عام، الذي يخص عامة المسلمين كالمسجد، والآبار نحوها. ووقف خاص، الموجه إلى شخص بذاته أو فئة معينة، كوقف أرض لأحدهم مثلاً، ولا يجوز أن يقف الشخص على نفسه عند الجمهور، لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة، وإذا كانت العين محبوسة عليه، ومنفعتها مملوكة له، فلا معنى للوقف⁽¹⁾. وخالف أبا حنيفة، حيث أجاز الوقف على النفس⁽²⁾.

ومن الشروط الخاصة بالوقف، التأييد، أي لا يكون الوقف على جهة ينقطع آخرها كالوقف على الأولاد، بالإضافة إلى التنجيز، أي الانعقاد في الحال، بمجرد التسليم والقبض من الطرف الموقوف عليه، وكذا إعلام المصرف، بمعنى تحديد الجهة المخصصة بالوقف⁽³⁾، ولا يشترط التأييد ولا التنجيز، وكذلك تعيين المصرف عند المالكية، فلو قال الشخص داري وقف وسكت صح، ويصرف في غالب مصرف البلد، فإن لم يكن صرف على فقرائه ومن في حكمهم⁽⁴⁾.

وهو ما عبر عليه صاحب المختصر بقوله: "ولا يشترط التنجيز، وحمل في الإطلاق عليه، كتسوية أنثى بذكر، ولا التأييد، ولا تعيين مصرفه، وصرف في غالب، وإلا فالفقراء"⁽⁵⁾.

ولا يجوز الرجوع في الوقف عند الجمهور، خلافاً لأبي حنيفة، الذي يرى بجواز ذلك مع الكراهة⁽⁶⁾.

(1) الشيرازي، مرجع سابق، [675/3]. الخرشي، مرجع سابق، [84/7].

(2) ابن عابدين، مرجع سابق، [519/6].

(3) محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ط1، دار السلام، الغورية، 1417هـ-1997م، [239/4] وما يليها. عبد الرحمن بن عمر البصري، مرجع سابق، [149/3]. الكاساني، مرجع سابق، [394/8].

(4) الدردير، مرجع سابق، ص124. الخرشي، مرجع سابق، [92/7].

(5) خليل بن إسحق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، 1401هـ-1981م، ص252.

(6) الدسوقي، مرجع سابق، [75/4]. ابن عابدين، مرجع سابق، [520/6].

البند الثاني: الوقف في القانون.

تطرق المشرع الجزائري للوقف، ضمن قانون الأسرة الجزائري، وبالتحديد في ثنائي مواد، تضمنها الفصل الثالث من الكتاب الرابع التبرعات، في المواد من 213 حتى 220 منه.

كما أقر له قانون خاص يحكمه، حمل رقم 10/91، بتاريخ: 27 أبريل 1991، متعلق بالأوقاف، وذلك لما له من أهمية شعائرية كبيرة، من خلال الدور الذي يقوم به، في التآلف بين القلوب ورفع الغبن عن المحتاجين، والمساعدة على زيادة التقرب من الله، عن طريق خلق وتوفير الفضاءات المخصصة لذلك... وغير ذلك من وجوه البر الإحسان.

وأتمه بعدد القوانين والقرارات التنظيمية، كان أهمها المرسوم التنفيذي رقم 381/98، مؤرخ في: 01 ديسمبر 1998، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، وشرطها وسبل حمايتها، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 51/03 مؤرخ في: 04 فيفري 2003، يحدد كفاءات تطبيق المادة 08 مكرر من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، وكذا القرارين الوزاريين المشتركين، الأول رقم 29 مؤرخ في: 21 فيفري 1999، المتضمن إنشاء لجنة للأوقاف، وتحديد مهامها وصلاحياتها، والثاني صدر بتاريخ: 02 مارس 1999، تحت رقم 31، يتضمن إنشاء صندوق وطني للأوقاف. كم عدله بقوانين عديدة، منها: القانون رقم: 07/01 المؤرخ في 27 أبريل 1991، ثم قانون رقم 10/02 مؤرخ في 14 ديسمبر 2002. يتضمنان تعديلات لقانون 10/91 متعلق بالأوقاف،

حيث عرفه بمقتضى المادة 213 ق أ ج، التي ورد فيها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص، على وجه التأييد والتصديق."

كما تضمن القانون رقم 25/90، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، الخاص بالتوجيه العقاري، تعريفاً للوقف، في المادة 31 منه، جاء فيها: "الأملاك الوقفية، هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته، ليجعل التمتع بها دائماً، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية، سواء كان هذا التمتع فورياً أو عند وفاة الموصين الوسطاء، الذين يعينهم المالك المذكور."

ثم أتى القانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ: 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف المعدل

والمتمم، حيث نصت المادة **03** منه، على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير⁽¹⁾".

ومن هنا يتضح، أن هناك تقارب كبير، بين تعريفي قانون الأسرة، وما ورد ضمن القانون المتعلق بالأوقاف، والاختلاف يكمن في الصيغة فقط، حيث نصا على حبس العقار والمنقول، وأضاف قانون **10/91** المنفعة، وخالفهما القانون المتعلق بالتوجيه العقاري، الذي اقتصر على العقار فقط. لكن اتفقوا جميعاً على خروج المال من ملك الواقف، إلى حكم ملك الله تعالى، أخذاً برأي الشافعية والحنابلة، يوضح ذلك نص المادة **17** من القانون المتعلق بالأوقاف⁽²⁾، وكذا عنصري التأييد والتصدق، متبنياً رأي الجمهور، المخالف لرأي المالكية، الذي لا يشترط التأييد في الوقف.

ويتمتع الوقف بالشخصية الاعتبارية، طبقاً لنص المادة **49** ق م ج، مما يجعله على ما أقرت به المادة **50** ق م ج، يتمتع بالأهلية، الذمة المالية وحق التقاضي.

وأركان الوقف، طبقاً للمادة **9** من قانون **10/91**، تتمثل في: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، والموقوف عليه.

حيث يشترط في الواقف⁽³⁾، لكي يكون وقفه صحيحاً، حسب المادة **10** من قانون الأوقاف، أن يكون مالكاً للعين ملكاً تاماً، بحيث يملك جميع السلطات على الشيء المملوك، من استعمال واستغلال وتصرف، وأن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين، أي راشداً، بالغاً سن **19** سنة، طبقاً لنص المادة **40** ق م ج⁽⁴⁾، عاقلاً، لا يشوب

⁽¹⁾ قانون رقم: 10/91، مؤرخ في: 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 27 أفريل 1991م، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأوقاف. الجريدة الرسمية، عدد21، بتاريخ: 23 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 8 ماي 1991، ص4.

⁽²⁾ تنص المادة **17** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، على ما يلي: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه، في حدود أحكام الوقف وشروطه."

⁽³⁾ "الواقف هو الشخص الذي ينشأ الوقف بإرادته". انظر: محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م، ص68.

⁽⁴⁾ ورد نص المادة **40** ق م ج، على النحو التالي: "كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية."

إرادته عارض من عوارض الأهلية، فلا يصح وقف الصبي، عملاً بمقتضى المادة 30 من قانون الأوقاف⁽¹⁾، سواء كان مميزاً أو غير مميز، كما لا يصح وقف الجنون المعتوه، حسب ما ورد ضمن نص المادة 31 من قانون الأوقاف⁽²⁾، إلا في حالة الإفاقة الكاملة، المصحوبة بتمام العقل، بالنسبة لصاحب الجنون المتقطع.

أما فيما يخص مصطلح الحجر بالدين، فيعتبر مصطلح غريب في القانون الجزائري، على اعتبار أنه لم يرد ضمن أسباب الحجر، سواء في القانون المدني⁽³⁾، أو في قانون الأسرة⁽⁴⁾. والراجح أن المقنن الجزائري، كان يجب عليه أن يفرق بين الحجر على الشخص والحجر على المال، وهو ما يسمى في القوانين بالحجز، والصحيح، أن من شروط الواقف أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة، وأن لا يكون المال المراد وقفه، محجوراً لدين، وبذلك يصبح من شروط محل الوقف، وليس من شروط الواقف⁽⁵⁾.

وفي هذا الإطار، ذهب القضاء، إلى أنه إذا اشترط الواقف، شرطاً معيناً في عقد الوقف، فإن ذلك الشرط يسري على الموقوف عليهم، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا، بتاريخ: 1998/03/04، "حيث أن الطاعن ذكر أن من الشروط الواردة في عقد الحبس، إذا كانت بنات الحبس متزوجات، فإن ذلك يفقدهن حق التمتع بالمال موضوع الحبس.

وحيث اتضح فعلاً بالرجوع إلى عقد الحبس، أن الحبس مورث المطعون ضدها قد وضع شروط لاستفادة بناته من العقار موضوع الحبس، واشترط أن يكن بيته، أي غير متزوجات، لأن الانتقال إلى بيت الزوجية يفقدهن حق التمتع بالمال المحبوس.

وسن الرشد تسعة عشر (19) كاملة."

⁽¹⁾ تنص المادة 30 من قانون الأوقاف، على ما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً، سواء كان مميزاً أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي."

⁽²⁾ جاء نص المادة 31 من القانون المتعلق بالأوقاف، كالآتي: "لا يصح وقف الجنون والمعتوه، لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أما أصحاب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية."

⁽³⁾ انظر: المادتين 42 و43 ق م ج

⁽⁴⁾ انظر: المادة 101 وما يليها ق أ ج.

⁽⁵⁾ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 70.

وحيث أنه ثابت أن المطعون ضدها كانت متزوجة، عندما رفعت هذه الدعوى... فكان على القضاة الانتباه إلى هذه النقطة، والرد على دفع الطاعن في هذا المجال⁽¹⁾.

ويشترط في محل الوقف⁽²⁾، عملاً بأحكام المادة 11 من قانون الأوقاف، أن يكون مالاً متقوماً، عقاراً منقولاً أو منفعة، وهو قول الجمهور، غير الحنفية الذين يذهبون إلى عدم صلاحية المنقول للوقف، لتعارضه مع مبدأ التأييد. وأن يكون معلوماً غير مجهول، محددًا أي معيناً حالياً من النزاع⁽³⁾، ومشروعاً، فلا يصح وقف الخمر والمخدرات ونحوها.

وهو ما أقره القضاء، بموجب القرار الصادر في: 1988/11/21، الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع، رشيداً لا مكرهاً، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكاً للواقف، معيناً، حالياً من النزاع. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال، أن المحبس كان عمره 99 سنة مريضاً، بصيراً، وأن قطعة الأرض المحبوسة ملكاً لشخص آخر، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد المحبس، خالفوا أحكام الوقف والقانون، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽⁴⁾.

كما أجاز المشرع الجزائري، وقف المال المشاع، القابل للقسمة، بمقتضى الفقرة الثانية من المادتين 216 ق أ ج و 11/2 من قانون الأوقاف، التي جاء فيها: "ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة"، مستنداً في ذلك إلى قول جمهور الفقهاء، الذي يرى بقابلية المال المشاع القابل للقسمة للوقف، أما الحنفية فيرون بعدم جواز وقف المال المشاع.

أما بالنسبة للمال المرهون، وبالرغم من عدم تعرض المشرع له، إلا أنه لا يجوز وقفه، لأن

⁽¹⁾ قرار رقم: 156651، بتاريخ: 1998/03/04. نشرة القضاة، 1999، عدد 56، ص 94.

⁽²⁾ "محل الوقف هو العين المحبوسة، التي تجري عليها أحكام الوقف." انظر: فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة-الجزائر، دفعة 2006/2007، ص 42.

⁽³⁾ هذا ما ورد ضمن المادة 216 ق أ ج، التي جاء فيها: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف، معيناً، حالياً من النزاع، ولو كان مشاعاً."

⁽⁴⁾ قرار رقم: 46546، بتاريخ: 1988/11/21. المجلة القضائية، 1991، عدد 02، ص 60.

هذا المال مهدد بخطر الزوال⁽¹⁾.

أما صيغة الوقف⁽²⁾، فيشترط فيها الإيجاب فقط دون القبول، أخذاً بنص المادة 4 من قانون الأوقاف⁽³⁾، وتنعقد باللفظ، وما يقوم مقامه كالكتابة أو الإشارة، حسب نص المادة 12 من نفس القانون⁽⁴⁾، كما يشترط فيها أيضاً التنجيز، المنصوص عليه ضمن المادة 17 من قانون الأوقاف⁽⁵⁾، أخذاً برأي الشافعية ومن وافقهم، وأيضاً التأيد وفقاً للمادة 2 من نفس القانون.

بالإضافة إلى الموقوف عليه⁽⁶⁾، الذي عرفه المشرع الجزائري، بمقتضى نص المادة 13/1 من قانون الأوقاف، بقوله: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً⁽⁷⁾".

ويشترط فيه شروط عديدة من بينها، أن يكون معلوماً، فلا يصح الوقف على مجهول، استناداً لرأي الشافعية ومن وافقهم، المخالف لرأي المالكية الذي يرى بصحة هذا الوقف، الذي يخصص للفقراء والمساكين، كما يشترط فيه أيضاً الوجود، فلا يصح الوقف على الجنين مثلاً، كونه لم يوجد بعد على قول الشافعية والحنابلة، بخلاف المالكية ومن وافقهم، الذين يقرون

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 78.

(2) "الصيغة هي العبارة التي يؤدي بها الوقف وتدل عليه." انظر: صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، دفعة 2009-2010، ص 83.

(3) تنص المادة 4 من قانون الأوقاف، على ما يلي: "الوقف عقد التزام تبرع، صادر عن إرادة منفردة."

(4) جاءت المادة 12، كالاتي: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه." أما المادة 2 من هذا القانون، تحيل إلى الشريعة الإسلامية، في غير المنصوص عليه، ضمن مواد قانون الأوقاف 10/91. والمتعلق بالأوقاف.

(5) ورد نص المادة 17 من قانون الأوقاف، على النحو الآتي: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه، في حدود أحكام الوقف وشروطه."

(6) "يقصد بالموقوف عليه كل من يستحق الانتفاع بالمال الموقوف، بمقتضى حجة الوقف." انظر: فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 55.

(7) عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم: 10/02 المؤرخ في: 14 ديسمبر 2002، خاصة بعد الاقتصار في قانون الأوقاف، على تنظيم الأوقاف العامة، فأصبحت على النحو الآتي: "الموقوف عليه، في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية."

بصلاحية الوقف على الجنين، وهو ما أشار إليه المشرع، في المادة 25 ق م ج، التي وردت كالآتي: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته."

كما يجب أن يصدر منه ما يدل على قبوله، وأن يكون أهلاً للتملك، وألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، فلا يصح أن يكون الموقوف عليه شيئاً محرماً كالخمر والخنزير ونحوها⁽¹⁾. وهذا الشرط الأخير أساسي وعام بالنسبة للجهة الموقوف عليها، سواء كانت شخص طبيعى أو شخص معنوي، ولا نخص هذا الأخير، وفقاً لما ذهب إليه المشرع الجزائري.

وهو ما أشار إليه، بمقتضى نص المادة 13/2 من قانون الأوقاف قبل التعديل، حيث جاء فيها: "فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي، فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية."

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع، أبقى على شرط موافقة الشريعة الإسلامية فقط، ضمن نفس المادة بعد التعديل، بالنسبة للشخص المعنوي⁽²⁾.

وينقسم الوقف عملاً بأحكام المادة 6 من قانون الأوقاف⁽³⁾، إلى نوعين، عام وخاص

فالوقف العام: هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات، وهو قسمان:

وقف عاماً محدد الجهة، وهو الذي يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.

(1) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 99 وما يليها.

(2) أشار المشرع الجزائري، في المادة 8 من قانون الأوقاف، إلى أن الأشخاص المعنوية، تتمثل في الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية كالمساجد وما يتصل بها من عقار ومنقول، وكذا الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية... وغيرها.
(3) عدلت هذه المادة، بموجب القانون رقم 10/02، المؤرخ في: 14 ديسمبر 2002، الذي كما ذكر سابقاً، عمد إلى الاقتصار على الوقف العام، فأصبحت كما يلي: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات، وهو قسمان:

- وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه، فيسمى وقفاً عاماً محدد الجهة، ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.

- وقف لا يعرف فيه وجه الخير، الذي أراده الواقف فيسمى وقفاً عاماً غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات."

ووقف عام غير محدد الجهة، وهو الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراه الواقف، ويصرف ريعه في نشر العلم، وتشجيع البحث فيه، وفي سبيل الخيرات.

أما الوقف الخاص: فهو الذي يجسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

ويشمل الوقف أيضاً الوقف على النفس على ما ذهب إليه المشرع، مستنداً في ذلك إلى المذهب الحنفي ومن وافقه، على اعتبار أن المالكية لا يجيزون ذلك، حيث جاء ضمن المادة 214 ق أ ج، ما يلي: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية."، كما نصت المادة 6 مكرر من قانون الأوقاف، وفق قانون 10/02 المعدل لقانون 10/91، على أنه: "يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية، والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة، إلى الجهات الموقوفة عليها."

وهو ما أشار إليه القضاء في قرار له، صادر بتاريخ: 1994/03/30، بقوله: "من المقرر قانوناً أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق، إلا أن يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء مدة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية ولما ثبت من قضية الحال، أن قضية الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطاعن، التي ادعى فيها أنه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه، فإنهم التزموا بتطبيق القانون، لأن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك أو دعوى ملكية، مما يتعين رفض الطعن⁽¹⁾."

ويشترط لنفاذ الوقف، طبقاً للمادة 41 من قانون الأوقاف، وكذا نص المادة 217 ق أ ج، التي تحيل إلى المادة 191 من نفس القانون، التي تستوجب الرسمية، ولا يكون ذلك إلا بتقيد الوقف من قبل الواقف لدى الموثق وتحرير عقد بذلك، خاصة فيما يخص الوقف المنصب على عقار، فهو بذلك يخضع للشكل الرسمي، بناءً على ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 ق م ج، بالإضافة إلى وجوب تسجيله بالسجل العقاري، كما أشارت المادة 41 من قانون الأوقاف، بقولها: "...وأن يسجل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري...". ثم شهره لدى المحافظ العقاري، طبقاً لنص المادة 793 ق م ج، وكذا المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/75،

⁽¹⁾ قرار رقم: 109957، بتاريخ: 1994/03/30. المجلة القضائية، 1994، عدد3، ص39.

المؤرخ في: 12 نوفمبر 1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ويؤكد القضاء، على عدم صحة تحرير عقد شهرة على أرض محبسة قصد تملكها، انطلاقاً مما هو مقرر شرعاً وقانوناً، طبقاً للمادة 23 من قانون 10/91، وكذا المادة 213 ق أ ج، أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقلاً للملكية، سواء بالبيع أو الهبة أو غيرهما، وليس للمحبس له إلا حق الانتفاع⁽¹⁾.

وأخذ القضاء فيما يخص الرجوع في الوقف بمذهب الحنفية كمبدأ، إلا أنه فصل في الأمر، حيث اقتصر في جواز الرجوع على الوقف المضاف لما بعد الموت، أي الذي يسمى بالوقف على النفس، أما الوقف المنجز، فلا يصح الرجوع فيه، ويتضح هذا من القرار الصادر عن المحكمة العليا، بتاريخ: 1993/07/21، حيث جاء فيه: "من المقرر فقهاً أن الحبس إذا كان معلقاً أو مضافاً، جاز للمحبس (الواقف) التراجع عنه، وإن كان منجزاً (أي فوري)، فلا يجوز له ذلك،

ومتى ثبت أن عقد الحبس_موضوع النزاع الحالي_، كان معلقاً لما بعد وفاة المحبسة، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية، كان جائزاً شرعاً، وعليه كان على قضاة الموضوع إبعاد عقد الحبس المعني، ورفض طلب ضدهما، الرامي لإبطال البيع المذكور، ولما قضاوا بغير ذلك، فقد عرضوا قرارهم_المنتقد_للقض⁽²⁾".

الفرع الثاني: حكم الوقف في مرض الموت.

بعد ما اتضح مفهوم الوقف، وما يتعلق به من أركان وشروط وغيرها، نتطرق تحت هذا العنوان، إلى حكم الوقف في مرض الموت بالتحديد، دائماً في نظر الفقه الإسلامي، ثم القانون الجزائري، على التفصيل الآتي:

البند الأول: وقف المريض مرض الموت في الشريعة:

يتفق الفقهاء على أن الوقف في مرض الموت، ليس كالوقف في الصحة، على ما سيأتي بيانه،

⁽¹⁾ قرار رقم: 547662، بتاريخ: 2010/04/22. مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد2، ص151. قرار رقم:

157310، بتاريخ: 1997/07/16. المجلة القضائية، 1997، عدد1، ص34.

⁽²⁾ قرار رقم: 102230، بتاريخ: 1993/07/21. المجلة القضائية، 1995، عدد2، ص77.

إلا بعض الآراء الشاذة، كالذي نقل عن صاحبي أبي حنيفة⁽¹⁾، بأن الوقف في الصحة والمرض سواء⁽²⁾.

وفي إطار ما أورده الفقهاء، بخصوص الوقف في مرض الموت، كحالة خاصة، يجب تمييزها عن حال الصحة، يجب التفريق بين التصرف لو ارث، والتصرف لغير وارث، على النحو الآتي:

أولاً: الوقف لو ارث في مرض الموت:

يُمْتَنَعُ عند الجمهور التصرف بالوقف لمصلحة أحد الورثة، أثناء مرض الموت، لأنه وصية لو ارث، فإن أشرك الواقف معه معينين ليسوا وارثين، بطل نصيب الوارث خاصة، لقيام المانع في حقه دون الغير، أما إن أشرك معه أجنبي غير معين، فنصيب غير وارث حبس عليه، فإن كانوا جماعة فهو بينهم، وما خص به الوارث فهو بين الورثة جميعاً، يدخل في الإرث ويقسم، إلا في حالة الإجازة من البقية، ما دام المحبس عليهم من الورثة أحياء⁽³⁾.

وتستثنى عند المالكية مسألة ولد الأعيان، كما جاء في المختصر: "أو على وارث بمرض موته، إلا معقباً خرج من ثلثه، فكميراث للوارث: كثلاثة أولاد، وأربعة أولاد أولاد، وترك أمماً وزوجة، فيدخلان فيما للأولاد، وأربعة أسباعه لولد الولد، وقف⁽⁴⁾".

ومعنى ذلك، أن الشخص إذا وقف في مرض موته على ورثته، والثلث يحمله، وعقبه، بأن قال: هو وقف على أولادي وأولاد أولادي، وذريتهم وعقبهم، فإنه يصح حينئذٍ، ولا يبطل ما ناب أولاد الأعيان، لتعلق حق الغير بالوقف، لأن أولاد الأعيان إذا ماتوا، رجع الوقف لأولادهم، فيكون في هذا الوجه ما للأعيان وفقاً لا ملكاً، يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، على اعتبار أنه وقف كالميراث، وليس ميراثاً، وضرب لذلك مثلاً مفاده: أنه لو ترك ثلاثة أولاد، وأربعة أولاد أولاد، وأمماً وزوجة، فإن هذا الوقف، يقسم على سبعة، للأولاد ثلاثة أسهم، تأخذ منهم الأم السدس، والزوجة الثمن، والباقي يسقم بينهم على ثلاثة، والأربعة أسهم لأولاد الأولاد، وقف لا

⁽¹⁾ يقصد بالصاحبين، محمد وأبا يوسف.

⁽²⁾ الكاساني، مرجع سابق، [391/8].

⁽³⁾ القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، [303/6].

⁽⁴⁾ خليل بن إسحق المالكي، مرجع سابق، ص 251.

علاقة له بالميراث، يقسم بينهم وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين⁽¹⁾.

وفي هذا النحو، أورد صاحب المعونة القول التالي: "إذا وقف في مرضه شيئاً على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك، وكان ملكاً للورثة، لأن ذلك يجري مجرى الوقف على نفسه، ولأنه يوقف عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه، وإن وقف على بعضهم لم يجوز أيضاً، فإذا ادخل معهم أجنب نفذ الوقف من الثلث، وقسم نصيب الورثة على الشرط الذي شرطه، وأخذ الأجنب حقوقهم، وصحة هذا الوقف ونفاذه، يعود إلى وقفه على من يصح الوقف عليه وهم الأجنب، ولا يدخل في تفضيل بعض الورثة على بعض⁽²⁾".

ونقل جماعة عن أحمد بن حنبل، قول مرجوح حتى في المذهب الحنبلي، على حسب صاحب "الواضح في شرح مختصر الخرقى"، يرى بأن من وقف على ورثته في مرضه يجوز، لأنه لا يباع ولا يورث، ولا يصير ملكاً للورثة، وإنما ينتفعون بغلته، فهم لا يملكون التصرف في الرقبة⁽³⁾.

ثانياً: الوقف لغير وارث في مرض الموت.

الوقف في مرض الموت لغير وارث، حكمه حكم الوصية في اعتباره من ثلث المال عند جمهور الفقهاء، لأنه تبرع، فأخذ حكم كسائر التبرعات، وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضی الورثة ولزم، وما زاد عن الثلث، لزم الوقف منه في قدر الثلث، ووقف الزائد على إجازة الورثة، وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بزيادة على الثلث، كالعطايا والعتق ونحوهما⁽⁴⁾.

وفي هذا قال صاحب كتاب "بدائع الصنائع"، وهو يبين رأي أبي حنيفة، في حكم الوقف الذي ينجز أثناء مرض الموت: "إذا وقف في حالة المرض جاز عنده أي أبي حنيفة، ويعتبر من الثلث، ويكون بمقتضى الوصية بعد وفاته⁽⁵⁾".

(1) الخرشبي، مرجع سابق، [86، 85/7].

(2) أبي محمد القاضي عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب أهل المدينة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ-1998م، [493/2].

(3) عبد الرحمن بن عمر البصري، مرجع سابق، [151/3].

(4) عبد الرحمن بن عمر البصري، المرجع نفسه، [165/3].

(5) الكاساني، مرجع سابق، [391/8].

وذلك لأن المريض محجور عليه من أجل ورثته، فكان لازماً عدم إخراج فوق ذلك القدر، ويكون موقوف على الثلث، وما زاد عن ذلك الحد يأخذ حكم العطايا من قبل الورثة، بعد أخذ إجازتهم، لكونه مأخوذ من حقهم، عند الملكية ومن وافقهم، ويكون مضافاً لما بعد الموت، والحكمة من عدم تنجيزه في الحال، احتمال مثوله للشفاء من جهة، وتلف الثلثين الباقيين قبل الموت وبعد التصرف من جهة أخرى، فتكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة، أيضاً قبل أخذ المدينون حقوقهم، إن كان ماله محملاً بالديون، وذلك غير جائز، فالعبرة بما يتركه، تكون دائماً بعد الموت لا قبله⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد، نقل عند الإمام مالك، في إجابته عن سؤال وجه إليه، ما يلي: "قلت: رأيت إن حبس رجل نحل حائطه على المساكين غمي مرضه، ولم يخرج من يديه حتى مات. أيجوز ذلك؟ قال: نعم، إذا كان الثلث يحمله، لأن هذه وصية⁽²⁾".

وكل حبس يكون في الصحة، ثم يمرض الواقف قبل حوزها عنه من قبل الموقوف عليه، فهي باطلة، وتكون بمرتبة الميراث، إلا أن يصح المريض، فتجاز منه بعد ذلك⁽³⁾.

وإقرار المريض مرض الموت بالوقف، تطبق عليه القاعدة الفقهية القائلة، بأن: "إقرار المريض فيما يمس حقوق الورثة أو الدائنين، مشوب بشبهة قصده إلى التفضيل بين الورثة، أو إحداث المزاحمة لأرباب الحقوق". وهو بهذا المعنى، يكون في حكم من أنشأ الوقف في مرض موته، وتسري عليه أحكام وقف المريض، من حيث تقييد نفاذه بثالث المال، وبأن لا يكون الموقوف عليه وارثاً، وإلا كان متوقفاً في حق الزائد والوارث، على إجازة الورثة، ولا فرق في ذلك بين أن يقر المريض، بأن التصرف قد صدر منه، في حال المرض أو الصحة⁽⁴⁾.

البند الثاني: وقف المريض مرض الموت في القانون:

انطلاقاً من نص المادة 215 ق أ ج، التي جاء فيها: "يشترط في الواقف والموقوف، ما

⁽¹⁾ أبي محمد عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، [492/2].

⁽²⁾ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، مرجع سابق، [424/4].

⁽³⁾ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، مرجع سابق، [309/2]. أبي محمد عبد الوهاب المالكي،

مرجع سابق، [491/2].

⁽⁴⁾ مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، ط2، دار عمار، عمان-الأردن، 1419هـ-1998م، ص114، 115.

يشترط في الواهب والموهوب، طبقاً للمادتين 204 و 205 من هذا القانون. فالنص يحيل إلى نص المادتين، 204 و 205 من ق أ ج، وما يهمنا هو نص المادة 204، التي نظمت الهبة في مرض الموت، حيث جاء نصها كالتالي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض المخيفة، تعتبر وصية." ويجمع النصين، نستشف أن الوقف في مرض الموت يعتبر وصية، وتطبق عليه، القواعد المتعلقة بها، خاصة المادتين 185 و 189 ق أ ج-سبقت ذكرهما. وهو ما أقرت به المحكمة العليا، بموجب قرار لها صادر بتاريخ: 1993/11/23، حيث أشارت إلى أن الحبس في مرض الموت يعتبر وصية، استناداً إلى ما ورد في المادتين 215 و 204 ق أ ج⁽¹⁾.

ومن هنا يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: الوقف لأحد الورثة في مرض الموت.

عملاً بنص المادة 189 ق أ ج، التي ورد فيها أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي."

فإن المريض مرض الموت إذا وقف لأحد ورثته، فإن ذلك يتوقف على إجازة بقية الورثة، تحت طائلة البطلان، في حالة عدم موافقتهم.

الحالة الثانية: الوقف للغير في مرض الموت.

طبقاً لما أورده المادة 185 ق أ ج، التي نصت على ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة."

فإن الوقف في مرض الموت لمصلحة الأجنبي، يأخذ حكم الوصية، فينفذ في ثلث المال الموقوف، من غير توقف على إذن أحد، فإذا مات الواقف لزم ورثته هذا القدر⁽²⁾.

وأما وقفه فيما زاد عن الثلث، فإنه ينفذ وقت حياته من وقت انعقاد الوقف، ولكنه لا يلزم الورثة بعد وفاته، لتعلق حق الورثة بثلثي ماله، ويتوقف على إجازتهم، فإن أجازوه يسقط حقهم

⁽¹⁾ قرار رقم: 96675، بتاريخ: 1993/11/23. المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 302.

⁽²⁾ فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 41.

فيه، وإن لم يميزوه لم ينفذ في حقهم⁽¹⁾.

ولا يتقرر بطلان الوقف الصادر من طرف الواقف المريض مرض الموت، إلا إذا طعن الورثة أو من له مصلحة في ذلك، عن طريق القضاء، مع وجوب إثبات أن الواقف كان مريضاً مرض الموت، وقت إنشاء الوقف، تحت طائلة رفض الدعوى لعدم التأسيس، في حالة عجز المدعي عن إقامة البينة.

وهو ما أشار إليه القضاء، في القرار الصادر عن المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقاً، بتاريخ: 1971/03/03، حيث ورد فيه: "من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الحبس الواقع في مرض موت الحبس باطل، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب، إقامة البينة على أن الحبس كان مصاباً وقت تحييسه بالمرض، الذي مات من جرائه.

وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى، ولا بطلب إقامة البينة على صحتها، واكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة الحبس، بالوجه السابق الذكر، كان قراراً خارقاً لأشكال المرافعات الجوهرية، وحتى للقواعد الشرعية، مما يستوجب نقضه⁽²⁾."

أما في حالة ما إذا كان المريض مرض الموت مديناً، فإنه يخضع لحكم نص المادة 32 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، التي وردت كالاتي: "يجق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه."

يفهم من هذا النص، أن إنشاء الوقف من طرف الواقف، المريض مرض الموت، في الحالة التي يكون فيها مثقلاً بالديون، لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإنما يكون قابلاً للإبطال، من طرف من له مصلحة، ويصح بالإجازة.

وبالتالي، فإن المريض المدين في حالة ما إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله، فإن وقوعه صحيحاً، يتوقف على إجازة دائنيه بعد وفاته، فإذا لم يرثه دائنوه، فإن وقفه يكون قابلاً للإبطال، عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، واستصدار حكم قضائي بذلك، ويبياع لاستيفاء

(1) صورية زردوم، مرجع سابق، ص72.

(2) قرار صادر بتاريخ: 1971/03/03. نشرة القضاء، 1972، عدد02، ص73.

الدائون حقوقهم من ثمنه⁽¹⁾.

أما إذا لم يكن الدين مستغرقاً لجميع أمواله، فإن وقفه صحيح فيما لا يتوقف به الدين، وما زاد عنه يتوقف على إجازة دائنيه، على أساس أن حقهم مرتبط بذلك الجزء من الوقف⁽²⁾.
وأخلص في نهاية هذا المبحث، إلى أن وصية المريض مرض الموت، تختلف أحكامها في الشريعة الإسلامية، بين كونها تصرف لوarith أو لغير وارث.

فإن كانت لوarith، فإنها تتوقف على إجازة بقية الورثة، فإن وافقوا تنفذ، وإلا كانت باطلة، إلا أن الحنفية والحنابلة، يرون بأنه في حالة إجازة الورثة، يعتبر ذلك تنفيذاً لوصية الوarith، أما المالكية والشافعية، فيذهبون إلى أنها تعتبر بمثابة العطية والهبة من قبلهم، وخالف ابن حزم جماهير العلماء، حيث رأى بعدم صحة الوصية للوarith أصلاً، سواء أجاز بقية الورثة أو لم يجزوا.
وإذا كانت لغير وارث، فينفذ قدر الثلث، وما زاد عليه يأخذ نفس الأحكام التي أشرنا لها، في حالة الوصية للوarith، أي أنه يتوقف على إجازة جميع الورثة، فإن أجاز بعضهم دون بعض، ينفذ في حق من وافق فقط.

وتجدر الملاحظة هنا، إلى أن الهبة والوقف، وباعتبارهما يدخلان ضمن التصرفات التبرعية، فإن عامة الفقهاء، قد طبقوا عليهم نفس أحكام الوصية، تفادياً للتحايل الذي يسعى إليه الواهب أو الواقف، وهو في حالة مرض الموت، من أجل الإنقاص من حقوق ورثته، أو التمييز بين الورثة في استيفاء حقوقهم الشرعية، المقدره بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ. وتبعاً لهذا نشير إلى أن أهل الظاهر، خالفوا الجمهور، فيما يخص هبة المريض مرض الموت، حيث اعتبروها كهبة الصحيح.

أما القانون الجزائري، فقد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء، حيث تعامل مع كل التبرعات، على أساس أنها وصية، قطعاً لجميع أنواع التحايل، والتهرب من أحكام القانون، وهو ما يتضح من نص المادة 776 ق م ج، التي تنص على أنه يسري على جميع التبرعات أحكام الوصية، فعلى ذلك يجب تطبيق أحكام المادتين 185، و 189 ق أ ج، تطبيقاً لنص المادة 775 ق م ج التي تحيل إلى قانون الأسرة الجزائري، فيما يخص التبرعات.

(1) فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 40.

(2) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 72.

وتبعاً لهذا، فإن التبرع أياً كان نوعه، سواء هبة أو وصية، أو وقف إن كان لوارث، فإنه يتوقف على إجازة بقية الورثة (189 ق أ ج)، وإن كان لغير وارث، فينفذ في الثلث، وما زاد عليه، يتوقف على إجازة الورثة (185 ق أ ج).

الجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خاتمة الفصل:

بعد دراسة أحكام بيع وشفعة المريض مرض الموت، فيما يخص المعاوضات، بالإضافة إلى حكم التصرفات التبرعية الصادرة من المريض مرض الموت.

نستنتج أن الشريعة والقانون قد تعاملتا مع تصرفات المريض مرض الموت، بصورة تقطع جميع سبل التحايل التي تتنافى مع ظاهر التصرف، وتخفي المقصود الحقيقي للمتصرف، الذي يسعى لإنقاص حقوق وارثيه، أو حتى حرمانهم منها، ففي عقد البيع مثلاً، فقهاء الشريعة، رأوا بإبطال المحاباة، أو حتى تعليق البيع ككل خاصة بالنسبة للوارث، على إجازة بقية الورثة، وهو ما عليه القانون الجزائري، الذي تعامل بحدة وحزم مع الصورية.

كما أن التبرعات كلها ولو كانت ظاهرها بيعاً، إلا أن المشتري لم يثبت دفعه للثمن، فكيفت في الشريعة والقانون، على أنها وصية، باعتبارها رخصة تميز للمريض التصرف في بعض ماله، لكن بشروط يجب الأخذ بها، فالمبدأ ألا تتعدى الثلث بالنسبة لغير الوارث، ولا يستطيع الوارث أخذها، في حال وجهت إليه، إلا بعد تنازل بقية الورثة عن حقهم.

خاتمة المطبق

جامعة الأمير عبد القادر للطب والعلوم الإسلامية

بعدما تطرقت لجميع ما يتعلق بالموضوع، في إطار الشريعة والقانون، بداية من ماهية الصورية، التي كانت بمثابة التوطئة للبحث، حيث أشرت فيها إلى تعريف الصورية، حكمها، أنواعها، بالإضافة إلى شروطها وأهدافها وكذا ما يميزها عن غيرها، ثم انتقلت إلى حكم الصورية، الذي يوضح آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام من جهة، وبالنسبة للغير من الدائنين والخلف الخاص من جهة أخرى، كما نوهت الدراسة إلى دعوى الصورية، وما يتصل بها من إجراءات، من مباشرتها إلى كيفية إثباتها، وما يميزها عن غيرها من الدعاوى، خاصة التي تشابهها كدعوى عدم نفاذ التصرف، بالإضافة إلى أثر الحكم فيها.

ثم خصصت فصل ثاني لتصرفات المريض مرض الموت، كنموذج ينقل الدراسة من الجانب النظري إلى الجانب التطبيقي الملموس، حيث قسمته إلى مبحثين، الأول يخص المعاوضات، وخصصته لعقد البيع، الذي يعد أساس عقود المعاوضة، وبينت حكم البيع في مرض الموت، ثم تحدثت عن الشفعة في مرض الموت باعتبارها متصلة بالبيع وأحكامها مبينة على أحكامه، تلاه مبحث ثاني يخص التصرفات التبرعية، حيث تناولت تحته حكم الوصية، الهبة والوقف في مرض الموت.

نستخلص النتائج الأساسية الآتية:

1_ إن فقهاء الشريعة خاصة القدماء، لم يتطرقوا للصورية كاسم مستقل، وإنما عبروا عنها بتصرفات أخرى كالهزل والتلجئة. على عكس المشرع الذي نص على الصورية، ضمن القانون المدني، خاصة المواد 198، 199 منه، إلا أنه لم يحيط به من كل جوانبها، لذلك يعترى الموضوع العديد من النقائص.

2_ الصورية في الشريعة والقانون، تجتمع في معنى واحد، وهو إخفاء أطراف التعاقد لما تم التعاقد عليه، أو هي ارتباط عقد خفي بعقد آخر ظاهر، لسبب ما قام عندهما، وفي هذا الإطار يرى الحنفية والشافعية، بأن العبرة بالإرادة الظاهرة، ولم يولوا التصرف المستتر أي قيمة، على عكس المالكية والحنابلة، الذين جعلوا أساس التصرف يكمن في القصد، والظاهر ما هو إلا عنوان لما تضمنه السرائر، في حال وجود قرينة تدل عليه.

3_ تتقارب الصورية مع الكثير مما يشابهها، كالتزوير وعيوب الرضا، من تدليس وغلط وإكراه، وكذلك التعاقد من الباطن والخطأ في تكييف العقد، وأيضاً الاتفاق الإضافي، واتفق في

هذا النحو كل من الشريعة والقانون، على أن هذه التصرفات تختلف عن الصورية في الكثير من الميزات.

4_ كما أن التصرفات الصورية تتنوع من حيث طبيعتها إلى مشروعة وغير مشروعة، والذي يحدد ذلك هو السبب أو الباعث الدافع للتعاقد، حيث ينظر إلى الحق نفسه هل هو مشروع أم غير مشروع، فإذا كان السبب الدافع وراء إنشاء العقد الصوري مشروعاً، فإن الغاية من الصورية تكون مشروعة، وإذا كان السبب غير مشروع فإن الغاية من الصورية غير مشروعة، مما يعني أن الحكم على مشروعية أو عدم مشروعية أهداف الصورية لا يتعلق بأشخاص العقد وإنما يتعلق بالباعث أو الغرض من الصورية، ونتيجة لذلك فإن الشريعة والقانون لا ترتبان كقاعدة عامة البطلان على الصورية، إلا إذا كانت تخفي أمراً غير مشروع.

5_ أن كل من الشريعة والقانون قد أوجبا عدة شروط يجب أن تتحقق، من أجل أن يتم التصرف الصوري، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية، لخصوها في صحة العقد الصوري من حيث الشكل، والذي يدخل تحته عناصر مهمة، تتمثل في وجوب وجود عقدين متحدين، من حيث الأطراف وموضوع العقد. وكذلك صدور العقدين متزامنين في وقت واحد. وأن يكون الباعث عن التصرف هو إخفاء العقد الحقيقي.

والملاحظ أن هناك تقارب كبير بين الشريعة والقانون، حيث أتى هذا الأخير بنفس الشروط التي ذكرت، كشرط وجود العقدين والمعاصرة، وقد ذكر فقهاء شرط لم تشر إليه الشريعة، والمتمثل في وجود شخصين على الأقل، بحيث لا يتعارض مع العقد الملزم لجانب واحد.

6_ تنقسم الصورية في الشريعة، إلى صورية من حيث الألفاظ، والتي تتجلى في حالتين هما: صدور اللفظ مما لا يقصده مطلقاً، كالمخطئ والناسي، وألا يكون التعاقد هو المقصود، كما في صورة الملقن والمعلم، وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الأثر عن هذه التصرفات، بين الإلزام وعدمه. ثم الصورية من حيث الأشخاص، والتي يلجأ فيها الشخص إلى إخفاء شخصه تحت اسم شخص آخر مستعار، لمواجهة التعاقد معه، وكذلك الصورية من حيث الموضوع، والتي تتلخص هي الأخرى ضمن حالتين: أحدها أن تكون العبارة غير دالة على الإرادة الحقيقية، والثانية تتمثل في التظاهر بقصد التعاقد، دون الرغبة في أثر العقد كالهزل.

أما من ناحية القانون، فتتنوع إلى صورية مطلقة، والتي تتعلق بوجود العقد المستتر، أما

التصرف الظاهر فهو تصرف وهمي، لا وجود له في الحقيقة. وصورية نسبية، تنبني على إخفاء تصرف حقيقي، وإظهار تصرف غير حقيقي، أو أحد عناصره، أو تاريخه، أو شخصية أحد أطرافه، وهي بهذا المعنى تنقسم إلى: الصورية بطريق التستر، كالهبة في صورة بيع، والصورية بطريق التسخير، كما في شراء القضاة والمحامين، التي تضمنته المادتين 402، 403 ق م ج، بالإضافة إلى الصورية بطريق المضادة، كعقد البيع الذي ينوه فيه إلى أقل من الثمن الحقيقي، تهرباً من دفع الضرائب.

7_ تتعدد آثار الصورية، لتشمل الأطراف المتعاقدة وحلفهما العام، كما تشمل أيضاً الغير المتمثل في الخلف الخاص والدائنين، إلا أن المشرع فرق بينهما فيما يخص طرق الإثبات، حيث أجبر المتعاقدين، ضمن المادة 334 ق م ج، بأن لا يحق لهم إثبات ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة، ولو لم تزد قيمته عن 100.000 دج، ما عدا الحالات المستثناة من القاعدة، التي أشار إليها من خلال نص المادتين 335، 336 ق م ج، والمتمثلة في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، وحالة وجود مانع مادي أو أدبي، يحول دون الحصول على ورقة الضد، أو فقدانها بعد الحصول عليها بسبب أجنبي، خارج عن الإرادة. فعند توافر أحدها، يجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات، ولو زادت القيمة عن 100.000 دج.

ونفس الحكم ينطبق على الغير، حيث يحق لهم الإثبات بجميع طرق الإثبات، حتى ولو زادت قيمة العقد المستتر 100.000 دج.

8_ أشار المشرع إلى ورقة الضد، إلا أنه لم يشترط لها شكلاً معيناً كالمشرع المصري، وهو ما يقلل من قيمتها القانونية، فيما يخص الإثبات، باعتبارها ورقة عرفية، خاصة في العقارات التي تحتاج إلى الرسمية وكذلك التسجيل لانتقال الملكية. لأن دعوى الصورية هي كغيرها من الدعاوى، تحتاج إلى مباشرتها وتحريكها، ثم إثباتها، لكي تحقق أثرها. كما أن عدم النص من قبل المشرع على مدة تقادم الدعوى، يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر، وفي بعض الأحيان يحول دون استقرار المعاملات

9_ لم تتضمن المواد التي خص بها المشرع الجزائري الصورية، لبعض الآثار، المتعلقة بالعقد الصوري بالنسبة للغير، أي الدائنين والخلف الخاص، أو من له مصلحة بصفة عامة، ففي حالة المقارنة بين نص المادة 198 ق م ج، والمادة 244 ق م م، نلاحظ أن المشرع الجزائري اقتصر

على حالة واحدة، وهي جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر في حال ثبوت حسن النية، بخلاف المشرع المصري، الذي أشار إلى أن للدائنين والخلف الخاص الحق أيضاً في التمسك بالعقد المستتر، مع ضرورة إثبات صورية العقد الذي أضر بهم، كما نوه أيضاً إلى حالة التعارض بين مصالح ذوي الشأن، ممن تضرروا من العقد الصوري، حيث تمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك آخرون بالعقد المستتر، فالأفضلية في التقديم، هم المتمسكون بالعقد الظاهر.

10_ إن الشريعة والقانون قد تعاملتا مع تصرفات المريض مرض الموت، بصورة تقطع جميع سبل التحايل التي تتنافى مع ظاهر التصرف، وتخفي المقصود الحقيقي للمتصرف، الذي يسعى لإنقاص حقوق وارثيه، أو حتى حرمانهم منها، ففي عقد البيع مثلاً، فقهاء الشريعة، رأوا بإبطال المحاباة، أو حتى تعليق البيع ككل خاصة بالنسبة للوارث، على إجازة بقية الورثة، وهو ما عليه القانون الجزائري، الذي تعامل بحدة وحزم مع الصورية.

11_ كما أن التبرعات كلها ولو كانت ظاهرها بيعاً، إلا أن المشتري لم يثبت دفعه للثمن، فكيفت في الشريعة والقانون، على أنها وصية، باعتبارها رخصة تجيز للمريض التصرف في بعض ماله، لكن بشروط يجب الأخذ بها، فالمبدأ ألا تتعدى الثلث بالنسبة لغير الوارث، ولا يستطيع الوارث أخذها، في حال وجهت إليه، إلا بعد تنازل بقية الورثة عن حقهم.

أما التوصيات التي يخلص لها البحث، فتتمثل فيما يلي:

1_ على فقهاء الدين أن يخصصوا أبواب ضمن كتب الفقه لتوضيح الصورية أكثر، والتوسع في أحكامها، نظراً لوجود شح كبير من هذه الناحية.

2_ على المشرع الجزائري أن يولي للصورية أهمية أكبر عن طريق الزيادة في نصوص الأحكام المتعلقة بها، باعتبار أنه خصص لها مادتين فقط، التي لم تكن كافية لإبراز شكل ورقة الضد، بالإضافة إلى عدم نصه على جواز تمسك الغير بالعقد المستتر أيضاً، وإثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، وكذلك حالة التعارض بين من يتمسك بالعقد المستتر، ومن يتمسك بالعقد الظاهر، وهو ما يؤخذ عن المشرع الجزائري، لذلك عليه أن يزيل هذه الثغرات.

3_ أحكام الصورية ليست واضحة في الشريعة الإسلامية بالشكل الكافي، وبالتالي تحتاج إلى بحث مستقل في هذا الجانب. خاصة في ظل كثرة هذه الصور من المعاملات في وقتنا الحاضر،

الذي يختلف عن العصور القديمة، من حيث تقنين لعديد القوانين، خاصة المتعلقة منها بفرض ضرائب وغرامات مالية على بعض السلع وأيضاً السيارات وغير ذلك، ولا سبيل للخلاص منها، إلا باستعمال الصورية. لذا كان من الواجب تبيين حكمها الشرعي، من ناحية الدور الفعال الذي يلعبه الشرع الإسلامي أكثر من القوانين الوضعية، في تهذيب الأخلاق وتلطيفها.

4_ التصرفات الصورية كثيرة ومتعددة، وأنا حصرت الدراسة في تصرفات المريض مرض الموت، وبالتالي يمكن للباحثين التعرض لبقية التصرفات الصورية، خاصة ما تعلق منها بالشق المالي. والتي قد تكون سائغة لطلبة الاقتصاد والمالية.

5_ على المشرع الجزائري، أن يشرع نصوص قانونية ردية، بالنسبة للتصرفات الصورية غير المشروعة، حتى يقلل من الظاهرة، على أساس تنامي الظاهرة بكثرة من جهة، واعتبار الخزينة العمومية والدولة بصفة عامة الخاسر الأول والأخير من جهة أخرى، ونخص بالذكر هنا الأموال العمومية التي تنهب، وحقوق الغير الذي يضيع بالتحايل والغش الصوري.

وفي الأخير نحمد الله على توفيقه لإتمام هذا العمل، الذي نسأله أن يكون زحراً للأمة الإسلامية، وان ييسره للنفع والاستنفاع.

الفهارس

جامعة الأمير
عبد القادر
للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	طرف الآية
البقرة		
202، 198، 197 205	180	﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ ... ﴾
64	188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ... ﴾
265، 264	229	﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾
271	233	﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾
267	236	﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ ﴾
152، 39، 38	275	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ... ﴾
152	282	﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾
آل عمران		
224	92	﴿ لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾
النساء		
257، 244، 43	3	﴿ فَانكحوا ما طاب لكم من النساءِ مثنى وثلاث ورباع ... ﴾
197	11	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ... ﴾
11	12	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ... ﴾
249	20	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ ... ﴾
244	22	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾
269	34	﴿ وَاللَّي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ... ﴾
المائدة		
38	2	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ... ﴾

58	89	﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ... ﴾
الأعراف		
59	33	﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ ... ﴾
الكهف		
26	24-23	﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكُ عَدَا ... ﴾
الحج		
60، 59	31-30	﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ ... ﴾
59	33	﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ ... ﴾
224	77	﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾
النور		
242	3	﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً ... ﴾
244، 43	32	﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ ... ﴾
الفرقان		
56	72	﴿ وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا ﴾
الأحزاب		
34	5	﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ... ﴾
44	37	﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا ... ﴾
42	50	﴿ وَأَمْرَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ... ﴾
الصف		
26، 25، 24	3-2	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ... ﴾
25	10	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا هَلْ أَذُكُمُ عَلَىٰ تَحْرِيقِ نُجُومِكُمْ مِنْ عَذَابِ إِلِيمٍ ... ﴾
المنافقون		

57	1	﴿وَاللَّهُ يَشْهَدُ أَنَّ الْمُنْفِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾
الطلاق		
264	1	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ...﴾
المطففين		
62	3-1	﴿وَبَلِّغْ لِلْمُطَفِّينَ ﴿١﴾...﴾

عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	طرف الحديث
41	إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة
225	إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة
42	أذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن
59	ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟
200	إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث
216	إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلاث أموالكم
39	إن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها
34	إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
36	أن رجلاً تدلى يشتر عسلاً في زمن عمر بن الخطاب <small>رضي الله عنه</small>
35	أن رجلاً رفع إليه امرأته، حيث قالت له: شيهني
264	أن رسول الله <small>صلى الله عليه وسلم</small> طلق حفصة ثم راجعها
12	إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى
267	أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله
224	إني أصبت أرضاً بخير لم أصب ملاً قط أنفسَ عندي منه
25	آية المنافق ثلاث
247	أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
40	بئس ما اشتريت وبئس ما اشترى
152	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا
35	ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة

248	التيب أحق بنفسها من وليها
197	جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي
211	الذي يعود في هيبته، كالكلب يرجع في قيئه
27	رأيت ليلة أسري بي رجالاً تقرض شفاهم
205	فدعاهم رسول الله ﷺ، فجزأهم ثلاثاً، ثم أقرع بينهم
43	قد أملكناكها بما معك من القرآن
182	قضى النبي ﷺ بالشفعة في ما لم يقسم
267	لا أعْتَبُ عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام
247	لا نكاح إلا بولي
249	لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل
202	لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة
61	لا يحل الكذب إلا في ثلاث: ... والكذب ليصلح بين الناس
211	لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت
54	المسلم أخ المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب
54	من غشنا فليس منا
249	واليتيمة تستأمر وصماها إقرارها
60	يا أيها الناس عدلت شهادة الزور إشراكاً بالله
245	يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج

فهرس الأعلام:

الصفحة	العلم
24	ابن شبرمة
59	أبي بكر
60	حریم بن فاتك الأسد
36	عبد الله بن قدامة الجمحي
281	ابن القاسم
186	محمد
186	أبي يوسف

فهرس المصادر والمراجع

حرف ألف

1. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، د ر ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1420هـ/1999م.
2. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، د ر ط، منشورات كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب-سوريا، 1430هـ-2009م.
3. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1995م.
4. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، حرف العين، رقم 4232، د ر ط، دار العاصمة، د س ط.
5. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط1، مكتبة الملك فهد بن عبد العزيز، السعودية، 1421هـ/2001م.
6. ابن أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.
7. أحمد بن فارس، مجمع مقاييس اللغة، ط1، دار الجيل، بيروت، 1411هـ-1991م.
8. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، د ر ط، مكتبة أيوب، كانو-نيجيريا، 1420هـ-2000م.
9. أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، كتاب باقي مسند المكثرين، باب مسند أنس بن مالك، حديث رقم: (13449)، ط1، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1416هـ/1995م.
10. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د ر ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010.
11. أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

12. أحمد هاني مختار، الصورية_أنواعها-إجراءاتها، د ر ر، مطبعة خاصة، القاهرة-مصر، 2008م.
13. أسامة الحموي ومحمد حسان عوض، شرح قانون الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، د ر ط، منشورات جامعة دمشق- سوريا، 1428/1429هـ، 2008/2007م.
14. أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، ط2، دار الرائد العربي، بيروت-لبنان، 1401هـ-1981م.
15. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1418هـ/1996م.
16. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب العين، فصل الباء، ط2، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1399هـ-1979م.
17. أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، د ر ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، د س ط.
- حرف باء**
18. بدر جاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي(دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة خاصة، الكويت، 1406هـ-1986م، ص310.
19. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، د ر ط، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية-مصر، د س ط.
20. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، باش جراح-الجزائر، 2009.
21. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الضعيف على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د ر ط، دار المعارف، القاهرة-مصر، د س ط.
22. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتاب، الرياض-السعودية،

1423هـ/2003م.

23. أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الصغرى، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي-باكستان، 1410هـ/1989م.
24. أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م.
25. أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، د ر ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1412هـ/1992م.
26. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م.
27. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
28. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، د ر ط، دار الفكر، بيروت-لبنان، د س ط.

حرف التاء

29. تقي الدين ابن تيمية، التفسير الكبير، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د س ط.
30. توفيق حسن فرج، مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام_دراسة مقارنة_، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2008م.
31. ابن تيمية تقي الدين، الفتاوى الكبرى، دار القلم، بيروت-لبنان، ط1/1407-1987.
32. ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، د ر ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1399هـ/1979م.

حرف الجيم

33. جابر عبد الهادي سالم الشاقعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، د ر ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2007.

34. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار والمقاوله)، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997.
35. جلال علي العدوي، أحكام الالتزام_دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، د ر ط، الدار الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1986.
36. جمال الدين أبي المحاسن يوسف تغري بردي الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ط1، دار الكتب العربية، بيروت-لبنان، 1413هـ-1992م.
37. جميلة دوار، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، دار قرطبة للنشر والتوزيع، المحمدية-الجزائر، 1432هـ/2011م.

حرف الحاء

38. أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت-لبنان، 1418هـ-1997م.
39. ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت-لبنان، 1328هـ.
40. ابن حزم، المحلي بالآثار، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م.
41. أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، شرح صحيح البخاري، د ر ط، مكتبة الرشد، الرياض-السعودية، د ر ط.
42. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.
43. أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1414هـ/1994م.
44. الخطاب محمد بن عبد الرحمن الرعييني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ-1978م.
45. حمداتي ماء العينين، الصورية في الشريعة والقانون، ط1، الهلال العربية للطباعة والنشر،

الرباط-المملكة المغربية، 1994م.

46. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات_الهبة، الوصية، الوقف، د ر ط، دار هومة، الجزائر العاصمة، الجزائر، 2004.

حرف الحاء

47. ابن خلكان شمس الدين، وفيات الأعيان وأبناء الزمان، د ر ط، دار صادر، بيروت- لبنان، د س ط، [1984/4، 1985م.

48. خليل بن إسحق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، 1401هـ-1981م.

حرف الداء

49. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، د ر ط، بيت الأفكار الدولية، الرياض، المملكة العربية السعودية، د س ط.

50. الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية على الشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1417هـ-1996م.

51. دواس أمين، أحكام الالتزام، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع، د س ط.

52. الديق محمود عبد الرحيم، الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، د ر ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2004م.

حرف الراء

53. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، د ر ط، دار القلم، بيروت، د س ط.

54. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، د ر ط، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، ط1989.

55. رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، د ر ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1998م.

56. الرملي محمد بن أحمد، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، د ر ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1404هـ- 1984م.

حرف الزاء

57. الزبيدي محمد مرتضي، تاج العروس، ط1، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1306هـ.

58. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، النظريات الفقهية و العقود، دار الفكر، دمشق، ط1/1404- 1984.

59. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق- سوريا، 1425هـ، 2004م.

60. الزرقاني سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مصر- صندوق بوستة الغورية رقم 138، د ط ن.

61. أبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي، المجموع، د ر ط، مكتبة الإرشاد، جدة- المملكة العربية السعودية، د س ط.

62. أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، د ر ط، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1423هـ/2003م

63. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، د ر ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1991.

64. زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط4، دار الفكر، دمشق- سوريا، 1426هـ/2005م.

حرف السين

65. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، ط2، مطبعة خاصة، بيروت-لبنان، 2004.

66. سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كتر الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ-2002م.

67. سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري_الخصومة القضائية أمام المحكمة_،
در ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م.
68. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، در ط، الطبعة
الأميرية ببولاق، مصر، 1370هـ/1951.
69. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني_أحكام الالتزام_، ط2، مطبعة خاصة،
القاهرة-مصر، 1996م.
70. سمير عبد السيد تناخو، عقد البيع، درط، منشأة المعارف جلال جزي وشركاؤه،
الإسكندرية-مصر، 2005.

حرف الشين

71. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح
الكبير بهامش المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ط1، دار الحديث، القاهرة-
مصر، 1416هـ/1996م.
72. شمس الدين السرخسي، المبسوط، در ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د س ط.
73. شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان،
1417هـ/1997م.
74. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الأقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط3، دار
الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1425هـ/2004م.
75. شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشية على شرح المحلى على منهاج الطالبين،
ط3، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1375هـ/1956م.
76. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية على شرح المحلى على منهاج
الطالبين، ط3، شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1375هـ/1956م.
77. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ط1، الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان،
1994.

78. شهاب الدين أحمد بن حجر، تهذيب التهذيب، ط1، دار الفكر، 1415هـ/1995م.

حرف الصاد

79. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، 1423هـ-2002م.

80. صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط2، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة-مصر، 1423هـ-2003م.

81. صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1997م.

حرف الطاء

82. أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1388هـ/1968م.

حرف العين

83. عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط2، دار الفكر، 1386هـ-1966م.

84. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني-دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1429هـ/2008م.

85. أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، الفروق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.

86. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، دار ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط-المملكة المغربية، 1401هـ/1981م.

87. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ/2002م.

88. عبد التواب معرض، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط4، منشأة المعارف العربية للطباعة والنشر، الإسكندرية-مصر، 1998.
89. عبد الحكي اللكنوي، شرح بهامش الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي-باكستان، 1417هـ.
90. أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي النسائي، سنن النسائي، د ر ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1990.
91. عبد الرحمان أحمد جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (آثار الحق الشخصي)- أحكام الالتزام-، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن.
92. عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني-دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، ط2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المملكة المغربية، 2014م.
93. عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، مؤسسة الكتب الثقافية، 1415هـ/1994.
94. عبد الرحمن بلعقيد، الهبة في المذهب المالكي والقانون، ط3، مطبعة أقادير، المغرب، 1422هـ/2001م.
95. عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، ط1، مؤسسة قرطبة، 1412هـ/1991م.
96. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د ر ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزوي وشركاؤه، 2004.
97. عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت-دراسة فقهية قانونية مقارنة-، ط2، مطبعة الأمنية، الرباط-المغرب، 2010.
98. عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، د ر ط، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1394هـ/1974م.

99. عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، د ر ط، منشورات
100. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، د ر ط، منشورات ثالثة، الأبيار-الجزائر، 2007.
101. عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود، الكتاب الأول: عقد البيع، ط1، مكتبة دار الإيمان، الرباط-المملكة المغربية، 1999م.
102. عبد الله بن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1414هـ-1994م.
103. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار، ط3، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1395هـ/1975م.
104. أبي عبد الله سيدي محمد المدني علي كنون، حاشية بهامش حاشية الرهوني، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1306هـ.
105. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على المختصر الجليل لأبي الضيا سيدي خليل، ط2، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1317هـ.
106. أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الكبير، ط1، مطبعة الاستقامة، 1356هـ.
107. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1416هـ/1995م.
108. أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1406هـ.
109. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات_أحكام الالتزام_، د ر ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، د س ن.
110. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام_دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري_، د ر

- ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1979م.
111. عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدى دولة الإمارات المتحدة، د ر ط، مطبعة خاصة، الإمارات، د س ط.
112. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات-أحكام الالتزام، د ر ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1987م.
113. عثمان بن المكّي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط1، المطبعة التونسية-تونس، 1339هـ.
114. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانونيين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط ن.
115. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، د ر ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزي وشركاؤه، 1995.
116. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ط1، منشورات جامعة جيهان الخاصة، إربيل، العراق، 1433هـ/2012م.
117. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م.
118. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1405هـ/1984.
119. أبي العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، د ر ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د س ط.
120. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي-باكستان، 1417هـ.
121. علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، دار هجر، مصر، 1400هـ/1980م.

122. علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ط1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1422هـ/2001م.
123. علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، د ر ط، مطبعة أحمد مطلوب، 1406هـ/1986.
124. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، د ر ط، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1423هـ/2003م.
125. عليش محمد بن أحمد، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ط1، دار الكتب العلمية-بيروت، 1424هـ_2002م.
126. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، البداية والنهاية، د ر ط، مكتبة المعارف، بيروت-لبنان، د س ط.
127. عمر بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق للنسفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ/1998م.
128. أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الثمري القرطبي المالكي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1413هـ-1992م.
129. أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الثمري الأندلسي، الاستذكار، ط1، دار الوعي، القاهرة-مصر، 1414هـ/1993م.
130. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1998.

حرف الفاء

131. الفار عبد القادر، أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2005.
132. فخر الدين عثمان بن علي الزيلمي الحنفي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1315هـ.

133. أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط2، دار طيبة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1420هـ/1999م.
134. ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1417هـ-1996م.
135. أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، د ر ط، المكتب التجاري للطباعة والنشر، د س ط.
136. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط6، مؤسسة الرسالة، 1419_1998م.
137. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، د ر ط، دار الفكر، بيروت، 1990م.
138. الفيومي، مرجع سابق، [76، 197]. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، د ر ط، دار القلم، بيروت-لبنان، د س ط.

حرف القاف

139. أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى، مختصر الخرقى على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط1، دار السلام للطباعة، دمشق-سوريا، 1378هـ.
140. ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1411هـ_1991م.

حرف الكاف

141. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م.

حرف اللام

142. لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة 84، د ر ط، المطبعة الأدبية، بيروت-لبنان، 1302هـ.
143. اللكنوي محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي

الأرقم، بيروت، لبنان، 1418، 1998.

حرف الميم

144. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المجلد الرابع، د ر ط، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ—.

145. مالك بن أنس، الموطأ، ط3، الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.

146. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د ر ط، دار الفكر العربي، 1977م، 1427هـ—2006م.

147. محمد الحسين الحصري، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، د ر ط، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.

148. أبي محمد القاضي عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب أهل المدينة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ—1998م.

149. محمد الكشور، بيع المريض مرض الموت، ط1، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، المغرب، 1422هـ/2002م.

150. محمد بن أحمد المحلى، شرح على منهاج الطالبين للنووي، د ر ط، دار الفكر، بيروت-لبنان، د س ط.

151. محمد بن أحمد المنهاجي السيوطي، جواهر العقود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1417هـ/1997م.

152. محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني، حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني لمن خليل، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1306هـ—.

153. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 1422هـ/2001م.

154. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، د ر ط، دار

- الحديث، القاهرة-مصر، 1414هـ/1994م.
155. محمد بن الحسن بن مسعود البناي، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ-2002م.
156. محمد بن المدني علي كنون، حاشية بهامش حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق-مصر، 1306هـ.
157. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني (المعاملات الشرعية)-أحكام الالتزام، ط4، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء-اليمن، 1418هـ/1997م.
158. محمد بن سعد بن منيع الزهري، الطبقات الكبرى، د ر ط، دار صادر، بيروت-لبنان، 1377هـ/1957م.
159. محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1424هـ/2004م.
160. محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ط1، دار السلام، الغورية، 1417هـ-1997م.
161. محمد بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ط4، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، 1404هـ/1984م.
162. محمد بن يزيد المعروف بابن ماجة، سنن ابن ماجة، ط1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1419هـ/1998م.
163. محمد حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، د ر ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د س ط.
164. محمد حسن قاسم، القانون المدني-العقود المسماة-، البيع، التأمين الإيجار، د ر ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2008.
165. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ر ط، ديوان المطبوعات الجامعية،

- بن عكنون-الجزائر العاصمة.
166. محمد سلام مدكور، المدخل للفقہ الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996.
167. محمد سليمان الأشقر، المجلد في الفقہ الحنبلي، ط1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1419هـ-1998م.
168. محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي في الصورية في ضوء أحكام محكمة النقض، د ر ط، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ط.
169. محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط2، عالم الكتب، القاهرة-مصر، 1994م.
170. محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني-عقد البيع والمقايضة-دراسة مقارنة في القوانين العربية، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012.
171. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ط1، إدارة الطباعة المنيرية، شارع الأزهر-مصر، 1352هـ.
172. محمد كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، د ر ط، القاهرة، ط1950.
173. محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م.
174. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1411هـ-1990هـ.
175. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1399هـ-1979م.
176. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقها وفوائدها، د ر ط، مكتبة المعارف، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1415هـ/1995م.
177. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-

- الأردن، 1999م.
178. محمد يوسف موسى، الملكية ونظرية العقد، ط1، دار الكتاب العربي، 1372هـ/1952م.
179. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د ر ط، مطبعة خاصة، القاهرة-مصر، 1398هـ/1978م.
180. محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، د ر ط، قصر الكتاب، البلدة-الجزائر، ط2006.
181. محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، د ر ط، مكتبة الإيمان، المنصورة-مصر، د س ط.
182. المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني_مصادر الالتزام، ط2، مطبعة خاصة، 1428هـ/2007م.
183. مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ-2003م.
184. مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، ط2، دار عمار، عمان-الأردن، 1419هـ-1998م.
185. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، د ر ط، الدار الجامعية، مصر، 1989.
186. مصطفى العوجي، القانون المدني_العقد، د ر ط، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت_لبنان، 1995م.
187. منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط1، مدار الوطن للنشر، الرياض-السعودية.
188. منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، ط1/1416-1996.
189. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، د ر ط، دار الفكر،

بيروت-لبنان، 1402هـ/1982.

190. ابن منظور، لسان العرب المحيط، د ر ط، دار الجيل، بيروت، 1408هـ_1988م.

191. منير عباس حسين، الإقرار وأحكام تصرفات مريض مرض الموت-دراسة مقارنة-، د ر ط، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد-العراق، د س ط.

192. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة-مصر، 1418هـ/1997م.

حرف النون

193. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2008.

194. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، د ر ط، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، 2008.

195. نبيل صقر وأحمد لعور، القانون المدني نصاً وتطبيقاً (طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 05/07)، د ر ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2007م.

196. نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري الضري، الواضح في شرح مختصر الخرقى، ط1، دار خضر، بيروت-لبنان، 1421هـ-2000م.

197. النووي يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1412هـ_1996م.

198. النووي يحيى بن شرف، كتاب المجموع شرح المهذب، د ر ط، دار الإرشاد، السعودية، د س ط.

حرف الهاء

199. الهمام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1421هـ_2000م.

حرف الواو

200. واصل علاء الدين أحمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته (المواريث علماً وعملاً، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت)، ط2، الملكية الأزهرية للتراث، مصر، 1420هـ-1999م.
201. أبي الوليد بن رشد الحفيد الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار البد للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 1427هـ/2006م.
202. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دار الفقه، دمشق- سوريا، 1409هـ-1989م، [190/4].

حرف الياء

203. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام)، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2003م.
204. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستيعاب في أسماء الأصحاب بهامش تمييز الصحابة، د ر ط، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ/1980م.

فهرس النصوص القانونية

أولاً: فهرس الأوامر

205. أمر رقم 58/75، مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية، عدد 78، مؤرخة في: 24 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 30 سبتمبر 1975.

206. أمر رقم: 59/75، مؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية، عدد 101، مؤرخة في: 16 ذي الحجة 1395هـ، الموافق لـ: 19 ديسمبر 1975م.

207. أمر رقم: 154/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966، المعدل والمتمم، يتضمن قانون الإجراءات المدنية. الجريدة الرسمية. عدد 47، مؤرخة في: 19 صفر 1986هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1966م.

208. أمر رقم: 74/75، مؤرخ في: 8 ذي القعدة 1395هـ، الموافق لـ: 12 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، بتاريخ: 14 ذي القعدة 1395هـ، الموافق لـ: 18 نوفمبر 1975.

209. مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 2، ص 195. بتاريخ: 2005/10/19.

210. أمر رقم 20/70، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1379هـ الموافق لـ: 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية، 1970، عدد 21، بتاريخ: 21 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ: 27 فبراير 1970.

211. أمر رقم: 156/66، مؤرخ في: 18 صفر 1986هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات. الجريدة الرسمية، عدد 49، بتاريخ: 21 صفر 1386، الموافق لـ: 11 يونيو 1966.

ثانياً: فهرس القوانين

212. قانون رقم: 11/84، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1984،

- يتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية، عدد 24، مؤرخة في: 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ: 27 فبراير 2005. الجريدة الرسمية، عدد 15، مؤرخة في: 18 محرم 1426 الموافق لـ: 27 فبراير 2005.
213. قانون رقم: 10/91، مؤرخ في: 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 27 أبريل 1991م، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأوقاف. الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ: 23 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 8 ماي 1991.
214. قانون رقم: 02/06، المؤرخ في: 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق. الجريدة الرسمية، 2006، عدد 14، 08/03/2006، ص 15.

ثالثاً: فهرس المراسيم التنظيمية

215. مرسوم تنفيذي رقم 154/06، مؤرخ في: 11 ماي 2006، يحدد شروط وكميات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11/84، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم، والمتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية، عدد 31، بتاريخ: 16 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق لـ: 14 ماي 2006م.

فهرس الرسائل الجامعية

216. دغيش أحمد، حق الشفعة في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.
217. صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، دفعة 2009-2010.
218. عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة النجاح الفلسطينية، فلسطين، 1427هـ/2006م.
219. عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات

- العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.
220. فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة-الجزائر، دفعة 2006/2007.

فهرس الموسوعات والمجلات:

221. مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص.
222. مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، العدد3، قسم أول، 1937.
223. المجلة القضائية، 1985، عدد3.
224. المجلة القضائية، 1989، عدد2.
225. المجلة القضائية، 1989، عدد4.
226. المجلة القضائية، 1990، عدد1.
227. المجلة القضائية، 1990، عدد1.
228. المجلة القضائية، 1990، عدد3.
229. المجلة القضائية، 1990، عدد4.
230. المجلة القضائية، 1991، عدد1.
231. المجلة القضائية، 1991، عدد2.
232. المجلة القضائية، 1991، عدد3.
233. المجلة القضائية، 1991، عدد4.
234. المجلة القضائية، 1992، عدد3.
235. المجلة القضائية، 1992، عدد4.
236. المجلة القضائية، 1993، عدد1.
237. المجلة القضائية، 1993، عدد2.
238. المجلة القضائية، 1993، عدد3.
239. المجلة القضائية، 1994، عدد2.
240. المجلة القضائية، 1994، عدد3.

241. المجلة القضائية، 1995، عدد2.
242. المجلة القضائية، 1995، عدد2.
243. المجلة القضائية، 1996، عدد2.
244. المجلة القضائية، 1997، عدد1.
245. المجلة القضائية، 1997، عدد2.
246. المجلة القضائية، 1998، عدد1.
247. المجلة القضائية، 1999، عدد2.
248. المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
249. المجلة القضائية، 2001، عدد2.
250. المجلة القضائية، 2002، عدد1.
251. المجلة القضائية، 2002، عدد2.
252. المجلة القضائية، 2003، عدد1.
253. المجلة القضائية، 2003، عدد2.
254. المجلة القضائية، 2004، عدد1.
255. مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد2.
256. مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد1.
257. مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد2.
258. مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد2.
259. المجلة القضائية، 2010، عدد1.
260. مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد2.
261. نشرة القضاة، 1972، عدد02.
262. نشرة القضاة، 1997، عدد51.
263. نشرة القضاة، 1999، عدد54.
264. نشرة القضاة، 1999، عدد55.
265. نشرة القضاة، 1999، عدد56.
266. نشرة القضاة، 2006، عدد57.

267. نشرة القضاة، 2006، عدد58.
268. نشرة القضاة، 2006، عدد58.
269. نشرة القضاة، 2010، عدد65.
270. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ط1، مصر، 1414هـ/1994م.

الأمانة الأميرية
عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس الموضوعات:

أ	المقدمة
	الفصل الأول:
	ماهية الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون
2	تمهيد:
	المبحث الأول:
	مفهوم الصورية في الشريعة والقانون.
4	المطلب الأول: تعريف الصورية وأهدافها في الشريعة والقانون.
4	الفرع الأول: تعريف الصورية في الشريعة والقانون.
4	البند الأول: في اللغة:
5	البند الثاني: في الاصطلاح:
8	ثانياً- تعريف الصورية في القانون:
10	الفرع الثاني: حكم الصورية.
12	الفرع الثالث: أهداف الصورية في الشريعة والقانون.
13	البند الأول: أهداف الصورية في الشريعة.
14	البند الثاني: أهداف الصورية في القانون.
54	المطلب الثاني: شروط وأنواع الصورية في الشريعة والقانون.
54	الفرع الأول: شروط الصورية في الشريعة والقانون.
54	البند الأول: شروط الصورية في الشريعة.
61	البند الثاني: شروط الصورية في القانون.
65	الفرع الثاني: أنواع الصورية في الشريعة والقانون.

65	البند الأول: أنواع الصورية في الشريعة
81	البند الثاني: أنواع الصورية في القانون
20	المطلب الثالث: التفرقة بين الصورية وبين يشابهها في الشريعة والقانون
21	الفرع الأول: التفرقة بين الصورية وما يشابهها في الشريعة
21	البند الأول: الفرق بين الصورية والتدليس
25	البند الثاني: الفرق بين الصورية والتزوير
33	البند الثالث: الفرق بين الصورية والباعث على التعاقد
38	الفرع الثاني: تمييز الصورية عن ما يشابهها في القانون
38	البند الأول: تمييز الصورية عن التزوير
41	البند الثاني: تمييز الصورية عن عيوب الرضا
47	البند الثالث: الصورية و الاتفاق الإضافي
50	البند الرابع: الصورية و التعاقد من الباطن
53	البند الخامس: التمييز بين الصورية والخطأ في تكييف العقد:
	المبحث الثاني:
	أحكام الصورية
90	المطلب الأول: آثار الصورية
90	الفرع الأول: الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية
90	البند الأول: آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام
96	البند الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير
113	الفرع الثاني: ورقة الضد (contre-letter)
113	البند الأول: مفهوم ورقة الضد
120	البند الثاني: آثار ورقة الضد:

122	الفرع الأول: ماهية دعوى الصورية
122	البند الأول: مقارنة دعوى الصورية مع غيرها.
134	الفرع الثاني: آليات دعوى الصورية.
134	البند الأول: الأساس القانوني لدعوى الصورية.
135	البند الثاني: المسائل اللازمة لمباشرة دعوى الصورية
139	الفرع الثالث: مباشرة دعوى الصورية
139	البند الأول: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الصورية.
145	البند الثاني: تقادم دعوى الصورية.
148	البند الثالث: أثر الحكم في دعوى الصورية.

الفصل الثاني:

أحكام تصرفات المريض مرض الموت نموذجاً

المبحث الأول:

المعاوضات في مرض الموت.

157	المطلب الأول: البيع في مرض الموت.
158	الفرع الأول: ماهية البيع في الشريعة والقانون
158	البند الأول: ماهية البيع في الشريعة
165	البند الثاني: ماهية البيع في القانون.
168	الفرع الثاني: أحكام البيع الصادر من المريض مرض الموت في الشريعة والقانون.
169	البند الأول: بيع المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي.
169	أولاً: بيع المريض مرض الموت في المذهب الحنفي.
172	ثانياً: بيع المريض مرض الموت في الفقه المالكي.
176	ثالثاً: بيع المريض في الفقه الشافعي.

- 177 رابعاً: بيع المريض في الفقه الحنبلي:
- 177 البند الثاني: بيع المريض مرض الموت في القانون الوضعي.
- 178 أولاً: البيع في مرض الموت للوارث.
- 181 ثانياً: البيع في مرض الموت لغير وارث.
- 185 ثالثاً: حماية الغير حسن النية:
- 188 المطلب الثاني: الشفعة في مرض الموت.
- 188 الفرع الأول: مفهوم الشفعة في الشريعة والقانون.
- 188 البند الأول: مفهوم الشفعة في الشريعة.
- 190 البند الثاني: مفهوم الشفعة في القانون.
- 192 الفرع الثاني: أحكام الشفعة في مرض الموت.
- 192 البند الأول: الشفعة في مرض الموت في الشريعة الإسلامية:
- 192 أولاً: الشفعة في مرض الموت عند الأحناف:
- 194 ثانياً: الشفعة عند المالكية:
- 195 ثالثاً: الشفعة عند الشافعية:
- 198 رابعاً: الشفعة في الفقه الحنبلي:
- 199 البند الثاني: أحكام الشفعة في مرض الموت في القانون.

المبحث الثاني:

التبرعات في مرض الموت

- 203 المطلب الأول: الوصية في مرض الموت.
- 203 الفرع الأول: مفهوم الوصية في الشريعة والقانون:
- 203 البند الأول: مفهوم الوصية في الشريعة.
- 206 البند الثاني: الوصية في القانون.

207	الفرع الثاني: حكم الوصية في مرض الموت.
207	البند الأول: الوصية في الفقه الإسلامي:
213	البند الثاني: الوصية في القانون:
216	المطلب الثاني: الهبة في مرض الموت:
217	الفرع الأول: مفهوم الهبة في الشريعة والقانون.
217	البند الأول: مفهوم الهبة في الشريعة:
219	البند الثاني: مفهوم الهبة في القانون.
222	الفرع الثاني: حكم الهبة في مرض الموت.
222	البند الأول: أحكام هبة المريض مرض الموت في الشريعة.
225	البند الثاني: هبة المريض مرض الموت في القانون:
229	المطلب الثالث: الوقف في مرض الموت:
229	الفرع الأول: مفهوم الوقف في الشريعة والقانون.
229	البند الأول: الوقف في الشريعة:
234	البند الثاني: الوقف في القانون.
241	الفرع الثاني: حكم الوقف في مرض الموت.
241	البند الأول: وقف المريض مرض الموت في الشريعة:
245	البند الثاني: وقف المريض مرض الموت في القانون:

المبحث الثالث:

زواج وطلاق المريض مرض الموت

Erreur ! Signet non défini.	المطلب الأول: زواج المريض مرض الموت:
246	الفرع الأول: ماهية النكاح.
246	البند الأول: ماهية الزواج في الشريعة.

Erreur ! Signet non défini. ...	البند الثاني: ماهية الزواج في قانون الأسرة الجزائري:
Erreur ! Signet non défini.	الفرع الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت
247	البند الأول: حكم نكاح المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية:
Erreur ! Signet non défini. .	البند الثاني: حكم زواج المريض مرض الموت في القانون.
248	المطلب الثاني: الطلاق في مرض الموت.
248	الفرع الأول: ماهية الطلاق.
249	البند الأول: الطلاق في الشريعة.
Erreur ! Signet non défini.	البند الثاني: ماهية الطلاق في القانون.
249	الفرع الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت.
249	البند الأول: حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي:
249	البند الثاني: حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون:
249	خاتمة الفصل:
250	خاتمة
257	فهرس الآيات القرآنية.
260	فهرس الأحاديث والآثار.
203	فهرس الأعلام.
263	فهرس المصادر والمراجع.
328	فهرس الموضوعات.
	الملخص

الملخص

بسم الله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد:

فالرسالة موسومة بالعنوان التالي: "التصرفات الصورية من خلال القانون المدني والاجتهاد القضائي_دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي_"، أعدت من أجل الحصول على درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون.

حيث قسمتها إلى فصلين:

الفصل الأول: تكلمت فيه عن ماهية الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون، وقد لمست اتفاق كبير بين الشريعة والقانون فيما يخص هذه الأحكام، حيث أوضحنا بأن الصورية تختلف عن غيرها من التصرفات، من حيث أنها تصرف، يهدف من خلاله الأطراف دائماً، إلى إخفاء العقد الحقيقي تحت ستار ظاهر، وذلك لأجل تحقيق غرض معين قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع، كما أنها ترد في صور عدة، مما يجعل اكتشافها وإثبات صورية الفعل، فيه صعوبة كبيرة.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن ورقة الضد لم يشترط لها المشرع شكلاً معيناً كالمشرع المصري، وهو ما يقلل من قيمتها القانونية، خاصة فيما يخص الإثبات، باعتبارها ورقة عرفية، خاصة فيما يخص العقارات التي تحتاج إلى الرسمية وكذلك التسجيل لانتقال الملكية. لأن دعوى الصورية هي كغيرها من الدعاوى، تحتاج إلى مباشرتها وتحريكها، ثم إثباتها، لكي تحقق أثرها. كما أن عدم النص من قبل المشرع على مدة تقادم الدعوى، يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر، وفي بعض الأحيان يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. لذلك يجب عليه التفتن للأمر، والتدارك عن طريق تخصيص نص يخص ذلك.

كما لاحظت أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى بعض الآثار، فيما يخص آثار العقد الصوري بالنسبة للغير، أي الدائنين والخلف الخاص، أو من له مصلحة بصفة عامة، ففي حالة المقارنة بين نص المادة 198 ق م ج، والمادة 244 ق م م، نلاحظ أن المشرع الجزائري اقتصر على حالة واحدة، وهي جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر في حال ثبوت حسن النية، بخلاف المشرع المصري، الذي أشار إلى أن للدائنين والخلف الخاص الحق أيضاً في التمسك بالعقد المستتر، مع ضرورة إثبات صورية العقد الذي أضر بهم، كما نوه أيضاً إلى حالة التعارض بين مصالح ذوي الشأن، ممن تضرروا من العقد الصوري، حيث تمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك آخرون بالعقد المستتر، فالأفضلية في التقديم، هم

المتمسكون بالعقد الظاهر. لذا فعلى المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات.

هذا ما ساهم في انتشار هذا النوع من التصرفات، الذي أصبح يستغل في الوقت الراهن للتهرب من أحكام الشريعة والقانون أو السطو على أموال الخزينة العمومية، في كثير من الأحيان، كالتهرب من الضرائب، وأخذ حقوق الورثة أو تضييعها. أما الجانب القويم، فيكاد يكون منعدماً.

أما الفصل الثاني، فقد خصصته للجانب التطبيقي، الذي أسقطت فيه الدراسة على تصرفات المريض المرض الموت، كنموذج عن التصرفات الصورية، ويدخل تحته أحكام بيع وشفعة المريض مرض الموت، فيما يخص المعاوضات، بالإضافة إلى حكم التصرفات التبرعية وأيضاً الزواج والطلاق، الصادرين من المريض مرض الموت.

وقد خلصت إلى أن الشريعة والقانون قد تعاملتا مع تصرفات المريض مرض الموت، بصورة تقطع جميع سبل التحايل التي تتنافى مع ظاهر التصرف، وتخفي المقصود الحقيقي للمتصرف، الذي يسعى لإنقاص حقوق وارثيه، أو حتى حرمانهم منها، ففي عقد البيع مثلاً، فقهاء الشريعة، رأوا بإبطال المحاباة، أو حتى تعليق البيع ككل خاصة بالنسبة للوارث، على إجازة بقية الورثة، وهو ما عليه القانون الجزائري، الذي تعامل بحدة وحزم مع الصورية.

كما أن التبرعات كلها ولو كانت ظاهرها بيعاً، إلا أن المشتري لم يثبت دفعه للثمن، فكيفت في الشريعة والقانون، على أنها وصية، باعتبارها رخصة تجيز للمريض التصرف في بعض ماله، لكن بشروط يجب الأخذ بها، فالمبدأ ألا تتعدى الثلث بالنسبة لغير الوارث، ولا يستطيع الوارث أخذها، في حال وجهت إليه، إلا بعد تنازل بقية الورثة عن حقهم، كما أن في الزواج نجد أن المالكية تفتنوا للصورية، حيث أنهم لم يجيزوا نكاح المريض وأوجبوا فسخه، بل منعوا حتى الإرث بينهم، وما أخذ به المشرع الجزائري، إعمالاً لنص المادة 222 ق أ ج، وهو رأي وجيه، يقطع جميع ما يتوقع أن تنصرف إليه نية المتعاقدين، من مكر وخداع.

كما أن فقهاء الشريعة، والقضاء الجزائري، قد أقروا بالإرث للزوجة في حالة الطلاق، وكان المذهب المالكي، أحوط عندما أوجبه ولو بعد العدة والزواج بآخر، واشتروا أن مقابل خلع الزوجة المريضة، يكون بقدر ميراثه منها، وذلك لئلا يتفقا على الخلع في المرض، إلا أنهما يتطلعان حيال ذلك لإيثار الزوج بقسط أكبر من حقه، والتعدي على حقوق الورثة.

Traduction:

Cet message a pour l'objet suivant: «les actions de simulation par le droit civil et la diligence de La justice comparé avec La religion islamique.", préparé dans le but d'obtenir un doctorat en droit et la religion islamique.

Où divisé en deux chapitres:

Chapitre numéro un: je parlais pour ce sans objet et les dispositions de la droit et la religion, je sentais une grande entre la loi et la religion islamique. de ces dispositions, qui indiquaient clairement que l'image est différente des autres actes, d'où ils ont agi, vise, à travers lequel les parties toujours, pour cacher le véritable contrat sous le couvert de apparente, et que pour atteindre un but spécifique peut être l'égale et peut être illégale, il se reflète également dans les plusieurs d'images, ce qui rend la détection et de prouver un acte de simulé très difficile.

Il convient de noter ici, que contre-lettre n'a pas besoin d'un législateur une certaine forme de législateur égyptienne, ce qui réduit la valeur juridique, en particulier en ce qui concerne les éléments de preuve, que la coutume de crêper, en particulier en ce qui concerne l'immobilier qui ont besoin d'être formel ainsi que l'enregistrement de la propriété de la transmission. Par ce que l'action simulation est comme les autres actions, vous devez actionnement, et ensuite de prouver, afin d'obtenir un impact. Le manque de texte par le législateur sur le délai de prescription pour le cas, conduit à une divergence de vues, et, dans certains cas, conduire à l'instabilité de la transaction. Donc, nous devons être à l'affût de la commande, et prendre en personnalisant le texte pour elle.

Il a également noté que le législateur algérien n'a pas aborder certains des effets, en ce qui concerné les effets de l'acte simulé pour l'autre, les créanciers éventuels et l'arrière privé, ou a un intérêt en général, dans le cas comparative entre le texte de l'article **198** droit civil algérien, et de l'article **244** droit civil égyptien, nous notons que législateur algérien a été limitée à un cas, un passeport coincé à la non-contrat apparent en cas de preuves de bonne foi, à la différence du législateur égyptien, qui a souligné que les créanciers et le privé arrière droit également à adhérer au contrat caché, avec la nécessité de simulé contrat de prouver que leur faire du mal, comme aussi noté cas de conflit entre les intérêts des parties prenantes, qui ont été touchés par le contrat de simulé, où certains d'entre eux prendre au contrat apparente, d'autres prendre au contrat caché, l'précédent, ceux qui adhèrent au contrat apparente. Donc, pour législateur algérien pour corriger ces lacunes.

Ci qui acquitter à la propagation de ce genre de comportement, qui est devenu exploits à l'heure actuelle de se soustraire aux dispositions de la loi et La religion islamique, sur les fonds du Trésor public ou vol qualifié, souvent, effet des impôts, et de prendre les droits des héritiers ou le manquer. Le côté juste, est presque inexistant.

Le deuxième chapitre: particulariser par le côté appliqué, dans lequel l'étude a été lancée sur la maladie du patient, les actions de la mort, comme un modèle pour les actions de simulation , et indique ci-dessous les dispositions de la vente et paire été accompagné de la maladie de la mort du patient, en termes de compromis, ainsi que la règle de conduite, ainsi que le mariage et le divorce, délivré de la maladie du patient mort.

Ayant conclu que droit et La religion islamique peut discourir avec la mort du patient, le comportement de la maladie, sont coupés tous les moyens de contournement qui sont incompatibles avec l'acte apparent, et cachent le véritable sens de l'action, qui vise à réduire les droits du les Héritiers, ou même privées de leur Par exemple, dans le contrat de vente, des Savants spécialistes du La religion islamique, voit éviter La préférence, ou même la suspension de vente, particulièrement pour le héritier, Pour permettre au reste des héritiers, Il est pris par le législateur algérien, nous avons affaire au sérieux avec le discutable (la simulation).

En outre, tous les dons, même si le visage d'une vente, mais l'acheteur ne lui prouver à la huitième, et applique dans la droit et La religion islamique, comme un testament, que la licence permet au patient de disposer d'une partie de son argent, mais les conditions doivent être introduits, le principe ne dépassent pas un tiers pour les non-héritier, ni l'héritier peut être pris, Seulement après le reste des héritiers renoncent à leur droit, Aussi, dans un mariage, nous constatons que l'école Malik discerner a simulation, car il n'a pas autorisé le mariage du patient et sommes allés à sa dissolution, Et de les empêcher d'héritage, et en prenant le législateur algérien, texte conformément article **222** droit de famille, Il est une bonne opinion, Parce qu'il coupe tout ce qui est attendu pour se rendra à l'intention des entrepreneurs, de la ruse et la tromperie.

Les Savants spécialistes du La religion islamique, et la justice de l'Algérie, a plaidé héritage de l'épouse en cas de divorce, et l'école Malik a religion islamique, quelconque plus sécurité lorsque enjoint même après la trousse et épouser une autre, et stipulait que pour la dislocation épouse malade, être autant que son héritage, ainsi de peur d'accord sur la dislocation de la maladie, mais Ils sont impatients à ce sujet pour attribuer l'époux plus part de son droit, et de la violation des droits des héritiers.