



جامعة وهران 2  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة  
للحصول على شهادة دكتوراه  
في القانون المدني

## الجيل كوسيلة للتعاقد في القانون المدني

إشراف الأستاذ الدكتور :  
زهدور سهلي

إعداد الطالبة :  
محمد بن قادة خويرة

### أمام لجنة المناقشة

الأستاذة: ناصر فتيحة..... أستاذة.....جامعة وهران-2.....رئيسة  
الأستاذ: زهدور سهلي.....أستاذ.....جامعة وهران-2.....مشرفا مقررا  
الأستاذة: بلخير هند.....أستاذة محاضرة (أ).....جامعة وهران-2.....عضوة مناقشة  
الأستاذ: حيتالة معمر.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة مستغانم.....عضوا مناقشا  
الأستاذ: بقدار كمال.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة معسكر.....عضوا مناقشا  
الأستاذ: مقني بن عمار.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة تيارت.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2016 - 2017

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى  
وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي  
فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ "

# الإهداء

أهدي عملي هذا

إلى من علمني معنى الكفاح و أوصلني إلى ما أنا عليه الآن،

والذي العزيز أدامه الله تاجا فوق رأسي

إلى أمي الغالية

إلى كل أخواتي و أبناءهم

إلى أخي العزيز

إلى كل الأصدقاء و رفقاء الدرب

## شكر و تقدير

" من لا يشكر الناس لا يشكر الله "

بعد شكر الله عز و جل ،  
تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتقديم الشكر الذي  
لا يستحقه إلا الأستاذ الدكتور زهدور السهلي .  
كلمة حب وتقدير وتحية وفاء وإخلاص ،  
تحية ملءها كل معاني الشكر والامتنان  
على ما بذلتموه من جهود مباركة  
في مساعدي .  
كما أتوجه بكل العرفان و التقدير إلى كل  
الأساتذة الكرام و أخص منهم  
أعضاء لجنة المناقشة.

فجزيل الشكر نهديكم ورب العرش يجمعكم.

# قائمة الاختصارات

أولا : باللغة العربية ترتيب ابجدي

- ج.....الجزء
- ج.ج.ج.....الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- د.ت.ن.....دون تاريخ نشر
- د.م.ن.....دون مكان نشر
- ص.....الصفحة
- ص.الرقم - الرقم.....صفحات متتالية
- ص. الرقم، الرقم.....صفحات متفرقة
- ط.....الطبعة
- ف.....فقرة

ثانيا : باللغة الفرنسية

- Cass.....cassation
- Cassa.civ.....cassation civile
- Ibid.....même ouvrage
- Op.cit .....ouvrage précédemment cité
- p.....page P. numéro-  
numéro..... pages suivies numériquement
- P. numéro,numéro..... pages non suivies numériquement

S.....et suivants

S.d.....sans date

T.....tome

## مقدمة

يعرف العالم حاليا ثورة علمية وتكنولوجية هائلة في جميع الميادين وعلى جميع المستويات ، وفي الجانب المقابل تشهد المجتمعات انحطاط اخلاقي لا مثيل له، بل أقل ما يمكن أن يوصف به أنه انهار للمبادئ والقيم والمثل العليا، يتجسد في سيطرة الطمع والجشع وحب التملك على النفوس البشرية، وفي الانتشار الواسع للكذب والمكر والخداع.

هذ الأوضاع قد أدلت بظلالها على عالم المعاملات، فلا مكان اليوم لكل الاعتبارات الخلقية والاجتماعية التي ضربت عرض الحائط، ولا لمبدأ حسن النية، في ظل الانتشار الواسع للتحايل واللجوء إلى الطرق ملتوية والانحراف عن الطرق المشروعة من أجل التعاقد، بل قد وصل الأمر إلى حد التناول على سلطان القانون باسم القانون نفسه، من خلال التحايل على نصوصه، وإضفاء المشروعية على بعض التصرفات، التي يكون ظاهرها مشروع وباطنها ليس كذلك، مما يستدعى ضرورة تضافر الجهود واتحاد الهمم من أجل وضع حد لهذه التصرفات، والتصدي للنفوس الدنيئة التي أصبحت مؤخرا تشكل فئة ليست بقليلة من المتعاملين.

وقد وجدت هذه الظواهر في التعاقد بين الأفراد مجالا خصبا، فغالبا ما يلجأ أحد المتعاقدين إلى التحايل على الطرف الثاني من أجل حمله على إبرام العقد، أو يقوم الطرفان معا بخداع الغير، واصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرفهما الحقيقي، وفي كلتا الحالتين ينطوي الأمر على حيلة هدفها تغيير الحقيقة.

وتكمن المشكلة الحقيقية في الحيل باعتبارها تصرفا ظاهره شرعيا، وباطنه غير مشروع يهدف إلى غرض خفي لا يطلع عليه إلا صاحبه، ولهذا فإنها تتخذ مظهرا مختلفا عن حقيقتها، فيحاول المحتال أن يسلك الطريق الذي لا غبار عليه من الناحية القانونية وأمام الآخرين.

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

## مقدمة

عندما يتحدث عن الحيل الصورية والحيل التدليسية، في حين نجد أن فقهاء الشريعة قد درسوا الحيلة بالتفصيل، وتعرضوا لها في معظم فروع الفقه الاسلامي، مما يوحي بوجود نظرية عامة للحيل في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

وتناول القانون المدني الجزائري الحيلة، على غرار باقي الأنظمة القانونية في نصوص متفرقة، عندما ذكر بعض التطبيقات للحيل للقانونية، وعندما تطرق إلى أحكام الصورية والتدليس المفسد للرضاء.

ومن هذا المنطلق سوف نتناول بالدراسة والتحليل في هذه الأطروحة الحيل في القانون المدني، وسنبداً بتحديد أنواعها ثم نفضل في أحكام كل نوع على حدى ونشير إلى آثارها على العقود، لنخرج من خلال كل ذلك بنظرة واضحة وشاملة ومعقدة عن طبيعة وأحكام الحيل في القانون المدني .

يختلف مدلول الحيلة في القانون المدني بحسب مصدرها والغاية منها، فإما أن تكون من المشرع الوضعي، يهدف من استعمالها إلى صياغة القانون صياغة خاصة والعمل على تطويره، وهذه هي الحيل القانونية " Fiction de droit " ، و إما أن تكون من الأفراد أثناء التعاقد وهي نوعين ، من أحد طرفي العقد على الطرف الآخر بهدف ايهامه بغير الحقيقة، وهي الحيل التدليسية " Le dol " ، أو باتفاق الطرفين معا على إخفاء الحقيقة عن الغير، وهي الحيل الصورية " La simulation " .

تمثل الحيلة القانونية الوسيلة الأولى التي اهتدى إليها الفكر الانساني من أجل تطوير القانون، فقد لعبت دورا كبيرا في تطوير الشرائع القديمة، ولجأ إليها الرومان والإنجليز من أجل التخلص من جمود وتعقيدات نظمهم القانونية آنذاك، ومازالت بعض آثارها باقية في الأنظمة القانونية الحديثة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> صالح بن إسماعيل بوشيش، الحيل الفقهية، ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض، 2005، ص.11.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين محمد، فلسفة النظم القانونية وتطورها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2010، ص.181.



## مقدمة

الحيلة القانونية هي افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون دون التغيير في نصه<sup>1</sup>. فهي أمر يعتبر مطابق للحقيقة ولكنه في الواقع غير ذلك، لأنها عبارة عن افتراض من شأنه إخفاء أمر واقعي، وهي تقوم على مخالفة حقائق قد تكون طبيعية أو قانونية.

وتعتبر الحيلة القانونية طريقة من طرق الصياغة، يلجأ إليها المشرع عند سنه للقواعد القانونية، وإن كانت من الطرق المنبوذة على اعتبار أنها كذب على الواقع وإنكار له، إلا أن لها الفضل في تخطي العديد من العقوبات القانونية.

وبالنظر إلى الأهمية البالغة التي اكتسبتها الحيلة كوسيلة للصياغة القانونية ولتطوير القانون، فإنها كانت محل اهتمام ودراسة من قبل الفقهاء، فظهرت عدة نظريات حاولت كل منها تبرير اللجوء إليها وتبيين أهميتها.

وقد تربعت الحيل في ظل الأنظمة القانونية القديمة على قمة هرم الأساليب المستعملة للتغلب على شدة النظم وضيق نطاقها والتشدد في تطبيق قواعدها، وعدم قدرتها على مسايرة التطور الاجتماعي والاقتصادي، فاعتبرت أحد أهم الوسائل المعتمدة للتطور القانوني إلى جانب التشريع ومبادئ العدالة، إلا أنها لم تكتسي هذه الأهمية البالغة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، بسبب اختلاف مواقف المذاهب الفقهية حولها من مؤيدين ومعارضين للجوء إليها.

ومع زوال الأسباب التي أدت بالشعوب القديمة إلى الاستعانة بالحيل لتعديل قوانينها والمكانة التي احتلها التشريع كمصدر رئيسي للقواعد القانونية لدى معظم الأنظمة القانونية الحديثة، قل استخدامها في القوانين الحديثة ولكنها لم تخف تماماً، فما يزال الفقه والقضاء والمشرع نفسه يلجأ إليها في بعض الحالات، كما نجد الكثير من الحيل القانونية القائمة مع اشتهاار مخالفتها للواقع، كما هو الحال بالنسبة إلى الشخصية المعنوية والعقار بالتخصيص والمنقول بحسب المآل والنيابة في التعاقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الناصر العطار، الوجيز في تاريخ القانون، ج.1، (دم.ن)، 1970، ص.178.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.115-116.

## مقدمة

وإذا كان من المقرر قانوناً أن تطابق العقود الواقع، فتكون عقوداً جدية وحقيقية، فإن الواقع يجسد عكس ذلك ويثبت أن العديد من العقود القائمة، ما هي إلا واجهة أو ستار لعقود أخرى اختار أطرافها إخفاءها، واستعانوا من أجل ذلك بالصورية.

فالصورية نظام قانوني من شأنه أن ينشأ مظهراً كاذباً لا يتفق وحقيقة الرابطة القانونية، ومن النادر أن نجد لها غرضاً مشروعاً، فالمتصرف الصوري لا يهدف إلا لخداع الغير، والصورية هي الحيلة التي يصل بها إلى مبتغاه.

فهي عبارة عن مخالفة للحقيقة تتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، فنكون بصدد اتفاقين أي عقدين، أولهما هو العقد الحقيقي الذي انصرفت إرادة الأطراف الحقيقية إلى قبول كل آثاره وهو العقد الحقيقي، والثاني هو العقد الذي يظهره المتعاقدان أمام الغير، ولكنه لا يدل على إرادتهما الحقيقية وهو العقد الظاهر أو الصوري<sup>1</sup>.

وتعتبر التصرفات القانونية أهم مجال للصورية، خاصة التصرفات العقدية، فأكثر ما تكون الصورية في العقود سواء كانت رسمية أو عرفية، وقد ترد على العقد ذاته فتكون الصورية مطلقة، أو على أحد عناصره فتكون الصورية نسبية، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، بشرط أن تكون هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين، لأن الصورية نتيجة اتفاق، ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً، وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات فإنها تكون أيضاً في الأحكام والدعاوى القضائية، وخاصة أحكام رسو المزاد، التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الاجراءات الشكلية، وإيقاع البيع لمن يرسو عليه المزاد<sup>2</sup>.

ومن المقرر أن المتعاقدين في العقد الصوري يتقيدان بالقواعد العامة في الاثبات، فإذا كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة، لا يجوز اثبات صورته فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة، هذا ويخضع

<sup>1</sup> أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، (د.ت.ن)، ص.05.

<sup>2</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1995، ص.93-95.

## مقدمة

الخلف العام عند اثباته للصورية لنفس القواعد التي تسري على سلفه، أما الغير فيمكنه اثبات صورية العقد الظاهر بكل الطرق<sup>1</sup>.

والقاعدة العامة في الصورية هي أنه إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فإن العقد النافذ فيما بينهما، وبالنسبة إلى خلفهم العام هو العقد الحقيقي، أما الغير فيجوز له التمسك بالعقد الصوري متى كان حسن النية.

هذا وتمثل الحيل التدليسية الصورة الظاهرة للحيل في القانون المدني، ويقصد بها لدى فقهاء القانون إيهام المتعاقد بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد. وعلى هذا فإن كل ما يقوم به أحد المتعاقدين من أعمال المكر والخداع، ويقصد به تضليل المتعاقد معه وإيهامه بغير الحقيقة، ما هي إلا حيلة تدليسية، وهي غير محددة في القانون المدني فكل ما يحدث من أقوال أو أفعال أو حتى مجرد الكتمان، ويترتب عليها وقوع الشخص في غلط جوهري يعد من الحيل التدليسية.

وللتدليس عنصرين مادي ومعنوي، المادي هو عبارة عن السلوك الخارجي الذي يقوم به أحد المتعاقدين أو الغير، والذي يؤدي إلى إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، بسبب ما يولده في ذهنه من صورة تخالف الواقع، أما العنصر المعنوي فيقصد به نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، أي يجب توافر العمد وسوء النية لدى أحد المتعاقدين، من أجل الإيقاع بالطرف الثاني للعقد وحمله على التعاقد، أما إذا ما انخدع هذا الأخير من تلقاء نفسه، دون أن يعتمد المتعاقد معه خداعه فلا مجال للقول بقيام التدليس، وهذا هو وجه الاختلاف بين التدليس والغلط.

ويشترط لقيام التدليس بالإضافة إلى ضرورة توافر عنصره المادي والمعنوي، أن تستعمل طرق احتيالية غير مشروعة قانونا، فإذا ما قام أحد المتعاقدين بحيلة مشروعة، فإنه لا مجال للحديث عن التدليس، وأن يتصل التدليس بأحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به، وأن يؤدي استعمال هذه الطرق الاحتياطية بالطرف الثاني إلى إبرام العقد، أي أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

---

<sup>1</sup> سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2004، ص.398.

## مقدمة

وتعتبر كل الوسائل التي يلجأ إليها المدلس لإنشاء المظاهر الكاذبة حيلة تدليسية، يجوز لمن وقع في الغلط بناء عليها، أن يطلب ابطال العقد، فضلا عن طلب التعويض، إذا ما توافرت شروطه ، باعتبار هذه الحيل من الأعمال غير المشروعة<sup>1</sup>.

وقد تم اختيار موضوع هذه الدراسة لعدة أسباب موضوعية وذاتية، أهمها الانتشار الواسع للكذب والخداع والتحايل وخطورة هذه الظواهر على الأفراد والمجتمعات، وصعوبة محاربتها بسبب تطور الوسائل التي يلجأ إليها المحتال، وقصور النصوص القانونية عن معالجة الموضوع، وعدم مسابرتها للأوضاع الراهنة وللتطور العلمي والتكنولوجي الذي يشهده العالم اليوم، ومدى انعكاساته على الأفراد والمجتمعات .

ومن الأسباب الأخرى هو أننا وجدنا أن الحيل عموما ارتبطت دراستها بالجانب الجزائي، وأنها في الجانب المدني لم تتل حظها من ذلك، كل ذلك دفعنا إلى دراسة الحيل في القانون المدني بنظرة معمقة تتناول كل حالاتها وصورها ضمن الإطار التعاقدى .

وترجع أهمية الموضوع إلى ارتباطه الوثيق بالواقع العملي، فهو يعالج أحد أهم وأكثر الظواهر انتشارا في الفترة الأخيرة، التحايل من أجل إبرام العقود، وإلى أهمية المعاملات والعقود في الحياة اليومية للأفراد، فهي تعد الوسيلة الأولى للتبادل.

وتهدف هذه الدراسة إلى الاسهام في إيجاد حل لمشكلة لجوء الأفراد للحيل، ومواجهتها في مجال المعاملات عامة والعقود خاصة، وإيجاد السبيل للحد أو القضاء على هذه الظاهرة أو على الأقل الوقاية منها.

وإلى إحاطة الحيل في القانون المدني وفي نطاق العقود بنظرية متكاملة تتناول كل صورها وأحكامها، وتجميعها ضمن دراسة واحدة وفي إطار نظرية واحدة قدر المستطاع، من خلال تتبع المواد القانونية المتعلقة بالموضوع على اختلافها وتبعثرها في القانون المدني و تجميعها، وبالتالي كفالة الحماية القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية .

---

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.392-417.

## مقدمة

وأخيراً إلى الوقوف على مدى كفاية النصوص القانونية القائمة في معالجة موضوع الحيل أثناء التعاقد، والتي باتت تمثل تهديداً حقيقياً لمصالح الطرف الضعيف ولثقة في المعاملات.

وبما أن الحيل في القانون المدني سواء كانت قانونية صورية أو تدليسية تتخذ دائماً مظهراً مخالفاً لحقيقتها، وتظهر على شكل تصرفات شرعية، فإنه يصعب كشفها قبل أن ترتب آثارها، مما يستلزم ضرورة وضعها في إطار قانوني خاص يحكمها، ولهذا فإن التساؤل يثور حول هذا النظام.

**فكيف يكمن إحاطة الحيل في القانون المدني بنظام قانوني يوفر للأفراد مناخاً مستقراً للتعامل ويبعث في أنفسهم الطمأنينة، ويكرس مبدأ حسن النية في المعاملات؟.**

ومن أجل دراسة الموضوع وإثراءه تم اعتماد المنهج التحليلي، من خلال دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع في القانون المدني الجزائري وتحليلها واستنباط الأحكام منها، فضلاً عن تفصيل آراء الفقهاء، ومواقف الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع، من أجل الاستدلال بها ومناقشتها.

كما تم اعتماد لمنهج المقارن من خلال التطرق إلى مواقف كل من القانون المدني المصري، والفرنسي وأحكام الشريعة الإسلامية.

هذا وقد تناول موضوع الحيل كوسيلة للتعاقد في القانون المدني من خلال بابين خصص الباب الأول للحيل التي تعتبر وسلية لتطوير القانون، وهي الحيل القانونية، والباب الثاني للحيل التي تعتبر وسيلة خداع، وهي الحيل الصورية والحيل التدليسية، وقد بنينا هذا التقسيم على الاختلاف بين النوع الأول من الحيل، أي الحيل القانونية التي كان يباشرها الأفراد لتحقيق مصالحهم وبلجاً إليه المشرع والقضاة والفقهاء من أجل تحقيق المصلحة العامة وتطوير القانون، والنوع الثاني التي كان يباشرها الأفراد بغرض خرق نصوص القانون ومخالفتها، وهم على بينة من ذلك، على النحو التالي:

الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

الفصل الأول: الحيل القانونية

الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

الباب الثاني: الحيل كوسيلة خداع

## مقدمة

الفصل الأول: الحيل التصويرية

الفصل الثاني: الحيل التدليسية

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

لجأت الشعوب القديمة إلى عدة وسائل من أجل تطوير قوانينها تمثلت في الحيل القانونية والعدالة والقانون الطبيعي، وقد تضافرت جهود هذه الوسائل جميعها من أجل تطوير القانون آنذاك، ولكنها لم تكن على درجة واحدة من حيث المكانة والأهمية و الأثر، حيث اعتبرت الحيل القانونية من أهم الوسائل التي لجأ إليها القائمون على تطبيق القانون وتفسيره، ومازال المشرع حالياً يلجأ إليها في عدة تطبيقات.

وتعتبر الحيل القانونية أحد أنواع الحيل في القانون قديماً وحديثاً، وهي عبارة عن افتراضات تقوم على تصور ذهني بحث، يهدف إلى إقامة تنظيم قانوني معين، أي افتراض يخلقه القانون دون أساس من الواقع، ويرتب عليه المشرع نتيجة معينة لا يمكن المجادلة فيها<sup>1</sup>.

وانطلاقاً من هذا المفهوم ارتأى بعض الفقهاء إطلاق لفظ "الافتراض" بدلاً من لفظ الحيلة على هذا النوع من الحيل، فسامها بالافتراضات القانونية، وهناك من استعمل المصطلحين، الافتراضات أو الحيل القانونية، أي أن كلاهما بمعنى واحد، غير أن الافتراض لا يكون إلا من المشرع، ويهدف تنظيم روابط قانونية معينة تتطلب مثل هذه الافتراضات، بخلاف الحيلة التي قد يلجأ إليها الأفراد للتخلص من شدة القانون، كما حدث في القانون الروماني القديم، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، فإن إطلاق لفظ الافتراض على هذا النوع من الحيل، لا يخرج به عن كونه نوعاً من الحيل القانونية، لما فيه من مخالفة للقانون والواقع، ومن ثم فإن التعبير عن هذا النوع من الحيل بالافتراضات أو الحيل القانونية، يعد تعبيراً صحيحاً<sup>2</sup>.

إن دراسة الحيل أو الافتراضات القانونية، كمنظرة قائمة بذاتها ومستقلة عن نظريات القانون الأخرى، تستدعي بالضرورة تحديد ماهيتها من الناحية النظرية، وهذا ما سيتم التطرق له من خلال الفصل الأول من هذا الباب، ثم توضيح دورها في تطور القوانين القديمة والشريعة الإسلامية، و دورها الحالي في ظل القوانين الوضعية الحديثة، وهذا ما سيتضمنه الفصل الثاني.

<sup>1</sup> علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، ج.1، ط.1، (د.م.ن)، 1936، ص. 46.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.53.

## الفصل الأول: الحيل القانونية

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

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

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

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

ولدراسة هذا النوع من الحيل سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى ظروف نشأة ومفهوم الحيل القانونية وسنميزها عن ببعض المفاهيم والمصطلحات القانونية القريبة منها، أما في المبحث الثاني فسنحاول تحديد أساسها ثم ندرسها في ظل مختلف النظريات الفقهية .

---

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدلّسية، الحيل الصورية، المشروع منها والمحظور معلقاً عليها بأحكام الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص.47.



## المبحث الأول: مفهوم الحيل القانونية

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

### المطلب الأول: نشأة الحيل القانونية

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

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

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

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

<sup>2</sup> صالح بن إسماعيل بوبشيش، المرجع السابق، ص. 35.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### الفرع الأول: أسباب ظهور الحيل القانونية

إن الإحاطة بأية فكرة أو موضوع إحاطة تامة تقتضي بالضرورة الرجوع إلى أصولها التاريخية، بناء على ذلك فإن الدراسة التاريخية "للحيلة" كظاهرة قانونية، لا يمكن فهمها إلا بتقصي جذورها التاريخية، وبمعالجة وتحليل الظواهر والعوامل والظروف التي أدت إلى ظهورها. هذا ويرجع ظهور الحيل القانونية إلى عدة أسباب، يمكن تقسيمها إلى أسباب عامة وأخرى خاصة.

### أولاً: الأسباب العامة

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

### 1- الأصل الديني للقاعدة القانونية

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

فلم يكن بالإمكان تعديل هذه القواعد بواسطة العدالة أو التشريع، لأنها تسمو على القواعد القانونية التي يسنها الإنسان بأصلها الديني، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمتد يد البشر لتعديلها

---

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

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

بالتالي لم يمكن بالإمكان تطويرها لتتناسب والمستجدات إلا باستعمال الحيلة، على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة التي لا تمس بقديستها<sup>1</sup>.

لذلك اضطر القائلون على تطبيق القانون وتفسيره، أمام الحاجة الملحة إلى التعديل وقديسية النصوص إلى التحايل على القواعد القانونية، سواء بتطبيقها على حالات لم توضع لهدف أصلاً أو بإهمالها وعدم تطبيقها نظراً لعدم صلاحيتها، كل ذلك دون المجاهرة بتعديلها أو بإلغائها، ولذلك قيل بأن الحيلة عبارة عن أكذوبة محبوكة أملتها الضرورة<sup>2</sup>.

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

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

وما يقال عن القوانين القديمة يصدق على القوانين الحديث، فمجموعة "نابليون" في فرنسا و"الباندكت" في ألمانيا وقوانين "كمال أتاتورك" في تركيا الحديثة، لم يكن بالإمكان تطويرها ولا تعييدها علينا، فلم يجد القضاة والمفسرين مفرًا من اللجوء إلى الحيل القانونية لتعديل قواعد القانون دون تعديل النصوص<sup>3</sup>.

وخلاصة القول أن نظراً لنشأة الشرائع القديمة في أحضان الديانات، فقد اكتسبت نوعاً من الجود والقديسية جعلتها غير قابلة للتعديل والتغيير، وفي المقابل فإن متطلبات الأفراد والمجتمعات

<sup>1</sup> وأحسن مثال على ذلك قوانين الهنود النابعة عن ديانتهم وعقيدتهم البرهمانية والتي لا تزال قائمة، فلم يصل الهنود إلى فصل القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك في المجتمع إلى يومنا هذا .

<sup>2</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص. 296.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 54-55.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

المتزايدة والمتغيرة وفقا لتغير للأوضاع، تفرض تغيير النظم أو تعديلها، وإزاء صعوبة ذلك كثر اللجوء إلى الحيل القانونية من أجل تعديلها.

### 2- التطور البطيء للمجتمعات البدائية

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

فالعلاقات الاجتماعية التي تستجد في المجتمع كانت تظهر بالتدرج وفي أجيال متعاقبة، وهذا كان نتيجة التحايل البطيء غير الملموس على القواعد الاجتماعية الموجودة، فقد كان لا بد من مرور زمن طويل قبل أن تتبلور العلاقات الاجتماعية الجديدة، وتوضح معالم التعديلات القانونية الجديدة، التي كانت تحدث في صور تحايل على القواعد القانونية<sup>1</sup>.

وحين تظهر معالم القواعد الجديدة ويتبين تعارضها مع القواعد القديمة، يكون المجتمع قد تعود على صورة التحايل التي أوجدتها ضرورة الحياة، ولذلك كان لا بد من انقضاء فترة زمنية طويلة قبل أن ينتبه المشرع إلى ذلك التحايل الذي مس نصوص القانون، فيحمل على تبني القواعد الجديدة التي أوجدتها الحيلة، إذا كانت نافعة للمجتمع أو على محاربتها إذا كانت ضارة أو خاطئة، وربما لهذا السبب لم يظهر التشريع، كوسيلة من وسائل تطور القانون، إلا بعد ظهور الحيلة بزمن طويل<sup>2</sup>.

### ثانيا: الأسباب الخاصة

تتعلق الأسباب الخاصة لظهور الحيل القانونية بالرومان، وبالقانون الروماني القديم الذي نشأت في ظله، فبالرجوع إلى الشرائع القديمة نجد أن هذا القانون قد تبوأ القمة، بل أنه يعتبر المصدر التاريخي للعديد من الأنظمة القانونية الحديثة، وهذا ما جعل الفقهاء المعاصرين ينظرون إليه نظرة

<sup>1</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص.173.

<sup>2</sup> عبد العزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم والشرائع، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.365.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

إجلال وإكبار، حيث أثبتت الدراسات التاريخية أن طبيعة الشعب الروماني المحافظة وندرة تشريعاته وشدتها وشكليتها، كانت من أهم أسباب ظهور الحيل القانونية .

### 1- الطبيعة المحافظة للشعب الروماني

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

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

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

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

### 2- الطبيعة الخاصة للقانون الروماني

كان القانون الروماني يتسم بعدة خصائص جعلت له طبيعة خاصة أهمها الندرة ، حيث يلاحظ بأن المشرع الروماني قد تكاسل وأقل إلى حد كبير من إصدار التشريعات، فهو لم يكن يتدخل

<sup>1</sup> فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص.190.

<sup>2</sup> مصطفى أبوزيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.30.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

إلا نادرا لتعديل ما هو قائم، رغم تطور المجتمع وتزايد حاجاته، مما دفع الفقهاء والقضاة عند الحاجة إلى تعديل النظم القانونية القائمة بالتحايل عليها، دون المساس بها.

كما أنه كان يتضمن أحكاما قاسية جدا، مثلا كان يعطي الحق للدائن في شراء أو بيع أو قتل مدينه الذي كان يظل تحت رحمته ما لم يسدد ديونه<sup>1</sup>، هذا بالإضافة إلى كونه قانونا ضيقا وعتيقا، حيث كان يطبق على الرومان دون الأجانب. وقد أدت هذه الطبيعة بالفقه والقضاء إلى التحايل على النصوص، باللجوء إلى الافتراض، نقاديا للصعوبات التي تؤدي إليها هذه الطبيعة الخاصة<sup>2</sup>.

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

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

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

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

<sup>1</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. 178.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 57.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 31.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

أما قانون الشعوب فهو الذي يتضمن مجموعة القواعد التي تحكم علاقات الأجانب فيما بينهم أو علاقاتهم بالمواطنين الرومان<sup>1</sup>.

وقد كان القانون المدني أكثر القوانين شكلية ، فتميزت قواعده بالتعقيد والتسلط والتطرف إلى درجة بطلان التصرفات وضياع حقوق أصحابها لمجرد الخطأ البسيط في الألفاظ أو الإجراءات<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الحيل القانونية

تعددت واختلفت تعريفات الفقهاء للحيل القانونية باختلاف الزاوية التي ينظر منها كل واحد ، فتباينت التعاريف التي تجسد وجهات النظر من مؤيد ومعارض لوجودها وللجوء إليها كما سيأتي بيانه.

### أولاً: الحيلة لغة واصطلاحاً<sup>3</sup>

سننطلق فيما يلي إلى التعريفين اللغوي والاصطلاحي لكلمة " الحيلة " .

#### 1- الحيلة لغة

الحيل جمع حيلة والحيلة مشتقة من (حِيلَ وحَوْلَ)، ومعناها الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف في الأشغال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.13.

<sup>2</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.30.

<sup>3</sup> يقابل مصطلح الحيلة في اللغة الفرنسية مصطلح "Fiction"

- fiction : nom féminin, latin fictio,-onis, de fictus, imaginé

Création de l'imagination : ce qui est du domaine de l'imaginaire, de l'irréel : vivre dans la fiction.

Ce qui n'a qu'une valeur, qu'une réalité de convention : l'égalité devant l'impôt et souvent une fiction.

S'emploie comme apposition, avec ou sans trait d'union, pour désigner une activité, un domaine qui ressort de la pure imagination : politique-fiction. Dictionnaire de français, la Rousse .

<sup>4</sup> المنجد الاعدادي ، فصل الحاء ، ط.5، دار المشرق، بيروت، لبنان،(د.ت.ن)، ص.43.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

وهي كذلك الحذق والخديعة<sup>1</sup>.

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

ما الحيلة: ما العمل.

لم يجد حيلة إلا: لم يستطيع عمل شيء سوى.

أعيته الحيلة: ارتبك وعجز.

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

وهو الخديعة.

يقال تَحَيَّلَ بمعنى استعمل الحيلة في تصريف أموره، وتَحَايَلَ على الرجل أو الشيء، أي

سلك معه مسلك الحذق ليبلغ منه مأربه<sup>2</sup>.

والحَيْلُ أول الحَوْلِ لغة هو القوة، يقال لا حيل ولا قوة إلا بالله لغة في لا حول ولا قوة، وفي

دعاء يرويه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم ذا الحيل الشديد"، أي ذا القوة<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أن الحيلة لغة يراد بها أحد المعاني الآتية:

أولاً: الحذق، وجودة النظر، والقدرة على التصرف الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، فمن حاول

الوصول إلى أمر أو الخلاص منه، فما يحاول به حيلة يتوصل بها إلى المقصود.

ثانياً: إتباع الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى حصول المقصود، بحيث لا يتقطن لها، إلا بنوع من

الذكاء والفتنة.

وهذا المعنى هو الغالب في العرف اللغوي، لأن الوسائل المستعملة للوصول إلى المقصود

روعي فيها الخفاء.

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

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

<sup>4</sup> المنجد الاعدادي، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.



## 2- الحيلة اصطلاحاً

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

وتجتمع هذه التطبيقات كلها في معنى واحد، هو أن الحيلة ما هي إلا مخالفة سواء للقانون أو للواقع أو لإدارة الطرفين في العقد<sup>1</sup>، أي أن الحيلة في القانون المدني يختلف مدلولها بحسب مصدرها، والغاية منها، فإما أن تكون من أحد طرفي العقد على الآخر، بهدف إيهامه بغير الحقيقة، وهي الحيل التدليسية، وإما أن تكون باتفاق الطرفين معا لإخفاء حقيقة معينة يقصدانها معا، وهي الحيل الصورية، وإما أن تكون من المشرع الوضعي من أجل ضمان صياغة خاصة للقانون أو العمل على تطويره، وهي الحيل القانونية .

بعدما بينا المفهوم العام للحيلة سنتطرق فيما يلي إلى المقصود بالحيل القانونية في الاصطلاح القانوني.

## 3- الحيلة القانونية

الحيل القانونية هي افتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه التغيير في حكم القانون دون التغيير في نصه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 09.

<sup>2</sup> على محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مدخل إلى دراسة القوانين القديمة، القانون الروماني الشريعة الإسلامية، ط.01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2002، ص. 153. محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. 172. محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 51. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 15. مصطفى عبد الحميد عدوي، شفافية الافتراض القانوني، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص. 14.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ويعرفها الدكتور سمير عبد السيد تناغو بقوله: "الحيلة القانونية هي كذب على الواقع وتزوير له"<sup>1</sup>. فالحيلة لا تشوه الواقع بعدم التعبير عنه، بل هي تشوّهه لأنها تتجه أساساً إلى تشويهه وإنكاره، ومخالفته.

### أ- تعريف إهرنج "Ihring"

يري الفقيه الألماني "إهرنج" أن الحيلة القانونية عبارة عن كذب فني اقتضته الضرورة، كالعكاز الذي يتوكأ عليه الشخص، ويستند إليه للوصول إلى مكان محدد لا تقدر قدماه على بلوغه، أو للوصول إلى حلول لا تسمح بها النصوص أو التقاليد، فهي وسيلة لتجاوز مرحلة تطور، كان علم القانون فيها فتياً، ولا يستطيع قطع هذه المرحلة من دونها، فلما اشتد ساعده رماها، واستبدلها بمبادئ قانونية كانت الأساس<sup>2</sup>.

وقد اتفق الأستاذ صوفي أبو طالب مع "إهرنج" حول هذا المفهوم، بتعريفه للحيل القانونية بأنها عبارة عن أكذوبة محبوكة أملتها الضرورة<sup>3</sup>.

### ب- تعريف جيرمي بنتام "Jeremy Bentham"

لم يضع "جيرمي بنتام" تعريفاً دقيقاً للحيل القانونية، بل اكتفى بالتمييز بين الكيانات الحقيقية، أي الكيانات الموجودة في الواقع، والكيانات غير الحقيقية، ويفرق في هذه الأخيرة بين الكيانات الخرافية التي لا يمكن تصديقها، وهي غير موجود، وبين الكيانات المفترضة التي تصبح كيانات حقيقية عن طريق إعادة الصياغة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1976، ص. 401.

<sup>2</sup> Un mensonge technique consacré par la nécessité. Ihring, l'esprit du droit Romain dans les diverses phrases de son développement, T.3, 2<sup>ème</sup> édition, Meresca Aimé éditeur, Paris, p.295.

<sup>3</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1967، ص. 292.

<sup>4</sup> Mikhail Xifanas, Fictions juridiques, Remarques sur quelques procédés Fictionnels en usage chez les juristes, Revue ZINBUN, N.43, 2011, p.88.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

وحسب "بنتام" فإن استعمال الحيل القانونية جائز، لأنه مفيد جدا للتفكير، و لا يتطلب أن نعطي مصداقية للكيان الذي تمثله، كما كان يرى بأن الحيل القانونية بإمكانها مساعدة القضاة، بإعطائهم مجالاً من المرونة، والحركة لمواجهة جمود قواعد الكومون لو.

ولكن "بنتام" غير رأيه فيما بعد، وأصبح يستنكر وجود الحيل القانونية واستعمالها، ويعتبر اللجوء إليها اغتصاباً لسلطة التشريع، ويشبهها بالنصب في التجارة، وبالزهرى الذي يصل إلى كل أجزاء الجسم بسريره في العروق، ويرى أنها استخدمت كوسيلة لتبرير حكومات مستبدة، وأنظمة فاسدة ولحماية أوضاع غير مبررة قانوناً، وللحصول على مكاسب طبقية<sup>1</sup>.

نستنتج أن "بنتام" نظرة مزدوجة حول الحيل القانونية، فقد تحول من مؤيد إلى معارض لوجودها واستخدامها.

### ج -تعريف فولر "lonel Fuller"

تتحقق الحيل القانونية عند "فولر"، إذا تم استخدام مصطلحات أو صياغات مع وعي، وإدراك كامل أو جزئي بأنها غير حقيقية، أو يكون الافتراض معلوماً بها مع الاعتراف بفائدتها<sup>2</sup>.

هنا يوصف هذا الكذب أو الافتراض بأنه شفاف، لأن مستعمل هذه المصطلحات وطرق الصياغة يعرف حق المعرفة بأنها غير حقيقية، وبذلك تختلف الحيلة كافتراض وكذب شفاف ومعلوم عن الكذب الحقيقي أو الفعلي، الذي يهدف إلى خداع وتضليل من لا يعلم الحقيقة.

هذا ويدعم "فولر" فكرة أن كل الحيل القانونية يمكن التعبير عنها بمصطلحات غير خيالية، فحيث يتوفر لدينا الوقت الكافي والعمل المتقن والواضح والدقة المطلوبة، فإن الحيل لن تكون موجودة<sup>3</sup>.

ومن أجل وصف نص قانوني بأنه خيالي أو افتراضي، يجب وضع تعريف دقيق وقاطع للحقيقة في لغة القانون، بحيث يكون في هذا التعريف مرجعي وبدونه لا تكون الحيل خيالية.

<sup>1</sup>مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص.15.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص.16.

<sup>3</sup>Mikhail Xifanas, Op.Cit., p.89.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ويقول "فولر" أن العلاقة بين خطورة الحيلة ودرجة الزيف عكسية، فلا توصف الحيلة بالخطورة، إلا إذا تم الاعتقاد بها وتصديقها، إذ أن هذا الزيف هو الذي يحقق الفائدة منها، فإذا ما تم اعتبارها صحيحة، وحقيقية فقدت أهميتها، ودورها، ووصف الحيلة<sup>1</sup>.

ويؤكد "فولر" على أهمية الحيل القانونية، فإنكارها يؤدي إلى زيادة معاناة لغة القانون، لأن الحيلة تتمتع بقوة اقتناع، ولأن إنكار المجاز في القانون سيؤدي إلى التقليل من القوة الإقناعية لنصوصه، وفي نفس الوقت ينه إلى خطورة الإفراط في الاعتماد على الافتراضات والحيل القانونية، إذ أن استمرارها مرهون بما تحققه من فائدة، فإذا انتهت الفائدة منها تعين تركها والعدول عنها.

### د- تعريف فريدريك شاور "Frederick Shauer"

يعرف "شاور" الحيل القانونية بأنها كذب متعمد، لأنها تفترض أمر غير حقيقي معلوم كذبه، وإذا كان ذلك مقبولاً في الأعمال الروائية والأدبية، فإنه يبدو من الغريب أن يقبله القانون، ويتسامح في شأنه، لأن القانون يسعى في الأصل لبلوغ الحقيقة، ويرى شاور أن اللجوء للحيل كان محاولة من القضاء، لإخفاء حقيقة أن القضاة يغيرون القانون<sup>2</sup>.

أما "هنري مان" "Henry Summer Maine"، فيرى أن للحيلة دور مهم في تطوير قواعد القانون، وأنها أداة هامة لخدمة الأغراض الاجتماعية والتاريخية.

ويشبه البعض الافتراض القانوني بالافتراض في الرياضيات، الذي يعتبر ضرورة للوصول إلى النتائج، ولهذا يجب الاحتفاظ بالحيل القانونية رغم الاعتراف بزيفها. وبالمقابل لا يجوز وصف قوانين كاملة أو أنظمة برمتها، بأنها مجرد افتراضات قانونية، فليس معنى أن يوظف القانون بعض الحيل والافتراضات أن يؤثر هذا عليه، ويوصف بالزيف.

في حين يرى البعض الآخر أن الحيل القانونية هي عبارة عن تظاهر خطير، وأن الخطورة تكون هنا بمعناها الحقيقي<sup>3</sup>، وأن التظاهر الخطير مثله مثل الكذب كلاهما يجعل الخطأ صحيحاً،

<sup>1</sup>مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع نفسه، ص.17.

<sup>2</sup>مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع نفسه، ص.18.

<sup>3</sup>MiklailXifaras ,Op.Cit.,p.980.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ولكن الكذب يقوم على نية الخداع، في حين أن التظاهر الخطير، يعمل جاهدا على أن لا يكون الظاهر خياليا، حتى يتدخل عناصره غير الحقيقية<sup>1</sup>.

وبالرغم من اختلاف تعريفات وآراء الفقهاء حول الحيلة القانونية، إلا أن أغلبهم يتفق حول كونها مجرد افتراض قانوني يلجأ إليها المشرع، عندما يعجز القانون عن خلق تصورات فكرية تتسجم مع الواقع، ولا تخالفه، بالتالي فهي لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، تؤدي وظيفة صعبة يصعب تحقيقها بأية وسيلة أخرى.

ويشترط من أجل اللجوء إليها أن تكون هناك حالة واقعية لا مجال لتنظيمها بالنصوص القانونية القائمة، وبالرغم من ذلك يراد تطبيق حكم القانون عليها دون أي التغيير في نصه على الرغم من التغيير في حكمه، فيتصدى الفقه لهذه المشكلة باللجوء إلى الحيلة القانونية وافترض أن هذه الحالة القائمة تشبه حالة أخرى ينظمها القانون، خلافا للواقع .

ولهذا ينبغي أن تظل الحيلة من وسائل الصياغة الاستثنائية، التي لا يلجأ إليها إلا في حالات الضرورة تحقيقا للعدل وحفاظا على المصلحة العامة، حيث تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن إدراك هذه الأهداف.

## المطلب الثاني: تمييز الحيل القانونية عما يشتهر بها

حتى يكتمل تعريف الحيل القانونية، يجب أن نميزها عن الأنظمة القانونية الشبيهة بها ، فالحيل القانونية تشبه الصورية عندما تظهر الأمور على غير حقيقتها، وباعتبارها تصور ذهني من عمل المشرع تشبه إلى حد كبير القرائن القانونية، التي تعتبر هي الأخرى تصور ذهني للمشرع، كما أنها تشبه إلى حد كبير التدليس والغش نحو القانون، في مخالفتها للحقيقة.

<sup>1</sup>J.m.Schaeffer , de l'imagination à la fiction, VOX poetica, 2002, htt :www.vox.poetica.org,07/03/2012.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### الفرع الأول: الحيل القانونية والصورية

سبق وأن قلنا بأن الحيلة القانونية عبارة عن كذب على الواقع، وأنها تؤدي إلى تغيير حكم القانون، وهي بهذا تقترب جدا، بل وتختلط بالصورية، التي تعطي مظهرا كاذبا للتصرف القانوني بهدف إخفاء الحقيقة، إذ كل منهما يعمل على تغيير الحقيقة وتشويهها، إلا أنهما تختلفان من حيث المصدر والغرض والأثر.

#### أولا: من حيث المصدر

تعتبر الحيلة القانونية من طرق الصياغة المعنوية المستخدمة في صياغة النصوص القانونية، لهذا يكون مصدرها المشرع دائما، في حين أن الصورية يلجأ إليها المتعاقدان لاصطناع مظهر كاذب لتصرف قانوني معين، يستتر وراءه تصرفا حقيقيا، بمعنى أن مصدرها هو اتفاق المتعاقدين.

#### ثانيا: من حيث الغرض

الغرض من الصورية هو خديعة الغير، باصطناع مظهر كاذب لتصرف ما، بقصد إخفاء التصرف الحقيقي، أما الحيلة القانونية، فلا يراد بها أبدا خداع الغير، بل يلجأ إليها من أجل تطوير القانون، ولا يقصد بها إخفاء الحقيقة عن المخاطبين بالقاعدة، وإنما افتراض أمر غير حقيقي، وصولا لتطبيق قاعدة معينة أو حكم معين<sup>1</sup>.

#### ثالثا: من حيث الأثر

لا يجوز إثبات عكس القاعدة المتضمنة الحيلة أو دحضها خلافا للصورية، فإذا ما إذا أبرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري أو بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 25. مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص. 200.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ولابد من الإشارة إلى القانونية أن الحيلة القانونية، في بداية عهدها، كان يلجأ إليها المشرع، والقاضي، والفقهاء، وحتى الأفراد كانوا يستعينون ببعض دروب الصورية، التي اعتبرت أحيانا من قبيل الحيلة والافتراض، ولكن أصبح حق اللجوء إليها في القوانين الحديثة يقتصر على المشرع والفقهاء.

### الفرع الثاني: الحيل القانونية والتدليس

التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين لطرق احتيالية، من أجل إيقاع المتعاقد الثاني في غلط يدفعه إلى التعاقد<sup>1</sup>.

أي أنه عبارة عن غلط مستشار، يكون نتيجة للطرق الاحتيالية التي تؤثر على الطرف الثاني للعقد، وتجعله يرى الأمور على غير حقيقتها، مما يدفعه لإبرام العقد، وبهذا يتفق التدليس مع الحيل القانونية في أن كلا منهما يتضمن مخالفة للحقيقة، ومع ذلك يبقى الفرق بينهما قائما من حيث المصدر والأثر.

### أولاً: من حيث المصدر

مصدر الحيلة القانونية هو المشرع، في حين أن مصدر التدليس المتعاقد، سواء كان هو من استعمل الطرق الاحتيالية بنفسه، أو كان يعلم به أو من المفروض حتماً أن يعلم به<sup>2</sup>.

### ثانياً: من حيث الأثر

لا تؤدي الحيلة القانونية إلى بطلان القاعدة القانونية أو وقف تطبيقها، طالما توافرت شروط ذلك، بل إنها تشكل عنصر العلة أو الباعث فيها<sup>1</sup>، في حين أن العقد المشاب بالتدليس، يعتبر عقدا مهدداً بالإبطال للعيب الذي فيه، ما لم يجزه صاحب الحق، أي المدلس عليه، أو لم يستقر بالتقادم.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص. 391.

<sup>2</sup> ياسر باسم ذنون وجوتيان عبد الله أحمد، الافتراض القانوني في قانون المرافقات، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 45، المجلد رقم 12، العراق، 2010، ص. 20.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### الفرع الثالث: الحيل القانونية والقرائن القانونية

القرينة هي افتراض يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيح، وفقا لما هو مألوف في الحياة أو وفقا لما يرجعه العقل<sup>2</sup>.

فهي تقوم على استنباط واقعة مجهولة، لا يمكن العلم بها علما يقينا، وافتراض قيامها من واقعة معلومة على أساس الارتباط بينها وجودا وعدما، إذن هي عبارة عن حقيقة اعتبارية تأخذ من الاحتمال الغالب<sup>3</sup>.

وتعتبر القرينة وسيلة من وسائل الصياغة في القانون، يمكن عن طريقها الإمساك بالواقع بشيء من اليقين، والتحديد، رغم أن الواقع نفسه مشوب بالشك، والاحتمال، وهي بهذا المعنى لا غنى لأي نظام قانوني عنها، لأن القانون لا يستطيع أن ينظم المجتمع تنظيما قهريا، إلا إذا قطع الشك باليقين<sup>4</sup>.

فالقرينة تيسر الإثبات أو بمعنى أصح تعفى منه، كإعفاء المستأجر من إثبات دفعه للأقساط السابقة من الأجرة، إذ أثبت قيامه بدفع قسط لاحق.

وإذا كان المجال الأصلي للقرائن هو الإثبات، إلا أنه يتم استخدامها كذلك في مجال بناء القاعدة القانونية، كاستنباط نضج العقل لمن بلغ 19 سنة، حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري . والقرينة في مجال الإثبات قد تكون بسيطة يمكن إثبات عكسها، وقد تكون قاطعة لا يسمح بإثبات عكس ما سلمت به.

ومن خلال هذا يتبين لنا أن كلا من الحيل القانونية والقرينة القانونية يقوم على تصور ذهني تحكمي للواقع، يلجأ إليه المشرع عند صياغة قاعدة قانونية معينة، وهذا هو وجه التشابه بينهما، أما بالنسبة لوجه الاختلاف فيتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص. 301

<sup>2</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 14.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 48.

<sup>4</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 387، 388.



## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### أولاً: من حيث الأساس

الحيلة القانونية أمر مخالف للحقيقة دائماً، بينما تقوم القرينة على الاحتمال والترجيح، فهي لا تخالف الحقيقة دائماً بل في بعض الحالات، وهذا هو الغالب، وإن كانت من ناحية أخرى لا تتفق معها دائماً، أي تختلف معها في حالات أخرى، وحتى في مثل هذه الحالات، فإن مخالفة الحقيقة تكون بصفة مؤقتة، إذ يمكن نقض القرينة وإثبات عكسها.

وعلى ذلك فإن الحيلة القانونية تخالف الحقيقة دائماً، بينما القرائن لا تخالفها إلا أحياناً وبصفة مؤقتة. إذن يكون الافتراض كاذباً في الحيل وقائماً على راجح الوقوع، أي محتمل صدقه وكذبه في القرائن<sup>1</sup>.

### ثانياً: من حيث الحجية

القرينة القانونية يمكن إثبات عكسها حتى وإن كانت قاطعة، أما الحيلة القانونية التي يفرضها المشرع فرضاً حتمياً فإنه لا يمكن إثبات عكسها، وهي بذلك أقوى من القرينة القانونية وأشد خطورة منها، نظراً لطبيعتها المخالفة للواقع، ولهذا فإن المشرع لا يلجأ إليها إلا حيث يعجز عن إيجاد قرينة قانونية.

### ثالثاً: من حيث الهدف

تعتبر الحيلة القانونية من طرق الصياغة التشريعية والهدف منها تيسير تطبيق بعض الأحكام، حيث يلجأ إليه المشرع عندما ينقصه السند المنطقي، لتبرير بعض الحالات القانونية القائمة، في حين هدف القرائن القانونية هو تيسير الإثبات، بإعفاء من تقرر لمصلحة من عبء الإثبات، استقراراً للمعاملات.

كما ذهب بعض الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر للفرقة مقتضاه أن الحيلة القانونية تتعلق بالقانون، أما القرينة فتتعلق بالواقع، بمعنى أن القاضي حينما يعرض عليه نزاع معين يقوم بعمليتين،

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 66.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

أولهما البحث في الوقائع المعروضة عليه، وهنا قد يستعين بالقرينة، وثانيهما البحث في القواعد القانونية، ومدى انطباق أحكامها على الحالة المعروضة، وهنا قد يستعين بالحيلة القانونية، لكن الرأي الراجح أن هذه التفرقة لا تصدق إلا في شأن القرائن القضائية، أما القرائن القانونية فأساسها القانوني هو نص القانون، وليس الواقع المادي<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع: الحيل القانونية والغش نحو القانون

الغش نحو القانون هو اتخاذ تدبير إرادي، بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى، يكون أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة<sup>2</sup>. كما عرف بأنه مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة، ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة<sup>3</sup>.

أي أنه عبارة عن وسيلة يتبعها الأفراد حتى يطبق قانون ما عليهم، عندما لا يكون هذا التطبيق جائزاً أو لاستبعاد تطبيقه، عندما يكون هذا التطبيق واجباً.

وإذا كان الغش نحو القانون يتفق مع الحيلة القانونية، في أن كلا منهما ينطوي على مخالفة الحقيقة، إلا أن الفرق بينهما يبقى قائماً، حيث يكون الغش نحو القانون من المخاطب بالقاعدة بقصد استبعادها أو التحايل عليها بما يتناسب مع مصلحته، فالتحايل والغش هنا لا يتصل ببناء القاعدة أو صياغتها، وإنما بالوسائل التي يتبعها الأفراد، أما الحيلة القانونية فتستند إلى افتراض أمر غير حقيقي وصولاً لتطبيق قاعدة معينة، فيلحق الافتراض ببناء القاعدة ذاتها<sup>4</sup>.

أي أن المخالفة تكون في الحيلة القانونية جزءاً من القاعدة نفسها، أما في نطاق الغش فإن المخالفة تقع ممن يوجه إليهم الخطاب في القاعدة، أي من الأفراد الذين تطبق عليهم .

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 19. مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص. 300.  
<sup>2</sup> الصداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط. 2، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1972، ص. 120.

<sup>3</sup> زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج. 1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص. 261.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 73.

## المبحث الثاني: أساس الحيل القانونية

إذا كانت الحيل أو الافتراضات القانونية تتطوي على مخالفة الحقيقة دائما، فإن التساؤل يثور حول ماهية الحقيقة التي تقوم الحيلة على مخالفتها، كما يثور التساؤل حول طبيعة هذه الحيل التي تبعد كل البعد عن الواقع، ولهذه التساؤلات أهمية بالغة لأن العقل يأبى مخالفته الحقيقة حتى ولو كانت سهواً أو بطريق المصادفة.

هذا ما يستلزم ضرورة وضع الحيل القانونية في إطار قانوني خاص بها يحتويها ويبسطها، من خلال تحديد الأساس الذي تقوم عليه وتبين طبيعتها الخاصة والتميز وعرض مختلف الاتجاهات الفقهية بخصوصها.

## المطلب الأول: بناء الحيل القانونية

تعتمد الحيل القانونية في تكوينها على بناء خاص، بالنظر إلى طبيعتها الخاصة وإلى الظروف الاستثنائية التي تدفع إلى اللجوء إليها، فهي تقوم أساساً على مخالفة حقائق قائمة ومعلومة لدى الجميع.

والمقصود بالمخالفة هنا المخالفة العمدية الصريحة، وعلى ذلك ينبغي أن تستبعد المخالفة الحقيقية التي تتضمنها كل قاعدة قانونية عندما تصاغ في صورة عامة ومجردة، بعيداً عن ظروف تطبيقها.

فالصياغة الفنية للقواعد القانونية في صورة عامة ومجردة قد تجعلها غير مطابقة للحقيقة، في بعض الأحيان، لأنها تحاول ضبط واقع متغير وغير منضبط، لهذا فإن هذه الصياغة تؤدي حتماً إلى تشويهه، غير أن هذا التشويه يقل تدريجياً كلما ابتعدنا عن الحيلة كطريق للصياغة، ويصل التشويه درجته القصوى في الحيلة القانونية لمخالفتها الدائمة للحقيقة، وبالتالي فإن المقصود بالمخالفة هي المخالفة الصريحة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.146.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### الفرع الأول: الحقيقة التي تخالفها الحيل القانونية

من أجل تحديد المقصود بالحقيقة التي تخالفها الحيلة القانونية، انقسم الفقه إلى ثلاثة

اتجاهات:

**الاتجاه الأول:** يرى أن الحيلة تقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية، وهي عبارة عن مجموعة من الحقائق السابقة للحقائق القانونية.

**الاتجاه الثاني:** يرى أن الحيلة تقوم على مخالفة الحقائق القانونية.

**الاتجاه الثالث:** هو اتجاه مختلط حاول التوفيق بين الاتجاهين السابقين.

### أولاً: مخالفة الحقائق الطبيعية

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الحيلة القانونية تقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية، أي حقائق سابقة في وجودها للحقائق التاريخية، والحقائق الطبيعية قد تكون مادية أو فكرية، مستمدة من التاريخ أو علم الطبيعة أو العلوم الإنسانية ومنطق الأشياء<sup>1</sup>.

### 1- الحقائق التاريخية

الحيلة المخالفة للحقائق التاريخية هي تلك التي تقدر أنه حدث ما لم يحدث، أو تقرر عدم حدوث ما حدث بالفعل، ومنه اعتبار الجنون المتقطع، وهو الذي تتخلله فترات إفاقة، جنونا مستمرا مع ما قد يترتب على ذلك، من بطلان التصرفات التي تقع من المجنون وهو في فترة الإفاقة، حيث ينكر القانون حالة الإفاقة ويعتبرها كأن لم تحدث<sup>2</sup>.

ومثال ذلك أيضا اعتبار الأسير الروماني قد مات قبل وقوعه في يد الأعداء، حتى تظل وصيته لأسرته صحيحة. وقد تضمن قانون "كورنيلا" هذا الافتراض، حيث افترض وفاة المقاتل

<sup>1</sup> منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1953، ص.97.

<sup>2</sup> مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص.294.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

الروماني قبل وقوعه في الأسر، وهذا من أجل أن تظل تصرفات المقاتل التي أجراها، قبل أن يقع في يد الأعداء، نافذة من الناحية القانونية، وذلك حتى يمكن نقل التركة إلى الورثة، فالوقوع في الأسر كان يؤدي بالضرورة إلى العبودية، وبالتالي فإن وفاة الأسير حال الأسر كان يعني في ظل القانون الروماني وفاته في حالة الاسترقاق، وهو ما كان يحول دون نقل تركته إلى الورثة، فهذا الافتراض يخالف الحقيقة التاريخية، التي تؤكد حياة المحارب الروماني قبل أن يقع في الأسر<sup>1</sup>، واعتبار الأرض التي فتحها الغزاة أرض غير مأهولة، وتجاهل الحقيقة التاريخية التي تؤكد وجود سكانها الأصليين<sup>2</sup>.

## 2- الحقائق العلمية

من أمثلة الحيلة المخالفة للحقائق المستمدة من علم الطبيعة، القاعدة التي تخالف التقسيم الطبيعي للأشياء إلى منقولات، وعقارات، فتعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يخصصه صاحبه لخدمة أو استغلال عقار يملكه، أو تعتبر العقار الذي يريد صاحبه هدمه، والتصرف فيه باعتباره أنقاض، منقولا قبل أن يتحقق هذا الهدم فعلا، ويطلق عليه المنقول بحسب المآل<sup>3</sup>، وكذلك القاعدة التي تعتبر الجنين شخصا، حتى يحجز له نصيبه من الميراث<sup>4</sup>.

وافترض بقاء المورث على قيد الحياة، حتى يتم قبول الوارث أو الورثة للتركة، وكان هذا في ظل القانون الروماني القديم الذي كان يعطي الحق للورثة في قبول أو رفض التركة، مما دفع فقهاء القانون إلى اللجوء إلى الاحتيال، بافتراض بقاء المورث حي إلى غاية قبول أو رفض الورثة للتركة، وذلك حتى لا تكون التركة شاغرة بلا مالك، خلال الفترة الممتدة من وفاة المورث إلى حين قبول الورثة لها، ويكمن سبب هذا الافتراض في مثل هذه الحالة إلى أن التركة كانت تنتقل بعنصرها السلبي والايجابي إلى الورثة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.09.

<sup>2</sup> مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص.19.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.403.

<sup>4</sup> مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص.19.

<sup>5</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.20. عبد المنعم درويش، مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،

ط.1، (د.م.ن)، 1997، ص.191.

### 3- الحقائق الفلسفية

إلى جانب الحقائق التاريخية والحقائق المستمدة من علم الطبيعة، توجد حقائق ذات طبيعة فلسفية تفرض نفسها على كل إنسان ذو تفكير، ولا يمكن مخالفتها إلا بطريق المجاز أو الحيلة، ومن هذه الحقائق المبادئ الأساسية في نظرية المعرفة، وفي مقدمتها مبدأ السببية، ومبدأ عدم التناقض ومبدأ الذاتية.

ويعتبر الأثر الرجعي للقسمه من أبرز الأمثلة التي تتطوي على مخالفة لمنطق الأشياء، فالقاعدة التي تقرر أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشبوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"<sup>1</sup>، لا تخالف الحقيقة التاريخية فحسب عندما تنكر قيام حالة الشبوع فترة من الزمن، بل تخالف أيضا واقعه حدوث القسمه، لأنه إذا كانت ملكية كل متقاسم مفرزة منذ أن تملك في الشبوع، فمعنى ذلك أنه لا مبرر للقسمه أصلا، ولهذا فإن الأثر الرجعي القسمه هو في الواقع إنكار لحدوث القسمه ذاتها، فالأثر الرجعي للقسمه يقوم على مخالفة مبدأ عدم التناقض، ويعطي مثالا واضحا للحيلة القانونية المخالفة للمبادئ الفلسفية<sup>2</sup>.

وإذا كان من المسلم به أن الشيء يدور مع سببه وجودا، وعدما، فالشيء لا وجود له قبل سببه، فإن بعض الأحكام التي تقرر أثرا رجعيا لوقائع معينة، هي أحكام مخالفة لمبدأ السببية، ومخالفة بالتالي لمنطق الأشياء، وتعتبر من قبيل الحيل القانونية. ومع ذلك أخذ المشرع الجزائري بفكرة الأثر الرجعي للشرط في المادة 1/ 208 مدني جزائري و نص على ما يلي: "إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما سيكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط". هذه القاعدة تخالف مبدأ السببية الذي يجعل الشرط لا يحقق آثاره، إلا من وقت حدوثه.

وكذلك عندما يقرر المشرع نظام الوفاء مع الحلول، الذي مؤداه أن الوفاء بالدين من طرف شخص آخر غير المدين لا يؤدي إلى انقضاءه، بل يظل الدين قائما، ويحل فيه الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه، في بعض الحالات وتوافر شروط معينة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في

<sup>1</sup> المادة 730 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون

المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر.ج. لسنة 1975، العدد 78.

<sup>2</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.404.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

المواد من 159 إلى غاية 168 مدني جزائري، والمشرع المصري في المواد من 326 إلى غاية 331 مدني مصري.

إن المشرع بهذا يضع نظاما مخالفا لطبيعة الأشياء، لأن الوفاء بحسب طبيعته، ووفقا لمبدأ الذاتية يؤدي إلى انقضاء الالتزام، ولذلك فإن نظام الوفاء مع الحلول ينطوي على حيلة قانونية، قصد بها المشرع حماية مصلحة الموفي في استرداد ما وفاه<sup>1</sup>.

### ثانيا: مخالفة الحقائق القانونية

حسب أنصار هذا الاتجاه فإن الحيلة القانونية لا تقوم على مخالفة على الحقائق الطبيعية، وإنما الحقائق القانونية، ويستدلون في هذا بفكرة الشخصية المعنوية، والأثر الرجعي للقسمة، فالاعتراف للشخص المعنوي بالقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أي الاعتراف له بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية ممثله القانوني، لم يكن ليتحقق إلا باللجوء إلى الحيلة والافتراض، لأنه من المسلم به أن الشخص الطبيعي هو وحده القادر على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، ونفس الشيء بالنسبة للأثر الرجعي للقسمة، فالرجعية ما هي إلا قاعدة مجازية، أي افتراض، لأنها تتضمن مخالفة واضحة لحقيقة قانونية، هي أن الحق المقرر لكل شريك لا ينشأ إلا بالقسمة<sup>2</sup>.

هذا ويرى أغلب الفقهاء أن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب، وينتقدون هذا الاتجاه بقولهم أن القاعدة القانونية إذا خالفت الحقائق القانونية، أي الأحكام القانونية التي وضعها المشرع بنفسه، فإن المخالفة لا تتطوي في هذه الحالة على حيلة، بل على إلغاء للقاعدة القانونية أو استثناء منها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص.295.

<sup>2</sup> منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص.98.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.146. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.402.

Dabin, la technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit civil, 1935, p.284.

### ثالثاً: الاتجاه المختلط

حاول أنصار الاتجاه المختلط التوفيق بين الاتجاهين السابقين، بزعمهم أن الحيلة لا تكون مخالفة لحقيقة قانونية، إلا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحقيقة مادية أخرى، هي الحقيقة الطبيعية<sup>1</sup>.

وبهذا لم يغلب أنصار هذا الاتجاه أحد العنصرين على الآخر، بل حاولوا التوفيق، والمزج بينهما، فالحيلة القانونية حسبهم ليست فقط مخالفة لحقيقة مادية طبيعية، وليس كذلك مخالفة لحقيقة قانونية ولكنها مزيج منهما معاً، وهي تتحقق في حالة تطبيق قاعدة قانونية خاصة بحالة أو بواقعة مادية معينة على حالة أخرى، رغم اختلافهما من حيث الطبيعة، والخصائص.

والأساس لديهم هو العنصر المادي أو الحقيقة الطبيعية ذاتها، لأن الحيلة في نظرهم تقوم دائماً على مخالفة الحقيقة الطبيعية، ومتى تحققت مخالفة الحقيقة الطبيعية، فإنها تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية، ولكن مخالفة الحقيقة القانونية وحدها، لا تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية، ومن ثم لا تؤدي إلى القول بوجود الحيلة القانونية.

وعلى ذلك فإن الكشف عن الحيلة القانونية في قاعدة من القواعد، يقتضي أولاً البحث فيما إذا كانت تخالف قاعدة قانونية أم لا، فإن لم تخالف قاعدة قانونية فلا مجال للقول بالافتراض، وإذا ثبت أنها تخالف قاعدة قانونية، فإن هذا لا يعني وحده وجود افتراض، وإنما يجب البحث فيما إذا كانت القاعدة تخالف حقيقة طبيعية أم لا، إلى جانب مخالفتها الحقيقة القانونية، فإذا ثبت أنها تخالف حقيقة طبيعية تحقق الافتراض، وإذا لم تخالف الحقيقة الطبيعية، فإن مخالفة الحقيقة القانونية وحدها لا تؤدي إلى القول بتحققها<sup>2</sup>.

وهناك من الفقهاء من ينتقد الرأي الذي يقوم عليه هذا الاتجاه، ويرى بأنه لا معنى للقول بضرورة وجود ارتباط بين الحقائق القانونية، والحقائق الطبيعية لتحقق الحيلة القانونية، حيث ينعدم هذا الارتباط في الكثير من الأحيان ومع ذلك تتحقق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 12.

<sup>2</sup> عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص. 196. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 99.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 146.



## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### الفرع الثاني: تحديد طبيعة الحيل القانونية

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

### أولاً: الحيلة القانونية من أهم تطبيقات الاقتصاد القانوني

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

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

### ثانياً: الحيلة القانونية تخالف دائماً الحقيقة والقانون معا

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

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص.294.

<sup>2</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 400. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.31.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### ثالثاً: نسبية فكرة الحيلة القانونية

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

وربما يكون التفكير القانوني متقدم على التفكير العلمي في بعض العصور، كما كان الحال عند الرومان، ولهذا فقد تكون الحيلة القانونية الوسيلة الوحيدة لمعالجة النقص، والقصور في الحقائق العلمية<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، نجد أن الآراء تتباين، والمواقف ووجهات النظر تختلف إلى حد كبير عندما يتعلق الأمر بالعلوم الإنسانية، ولهذا نجد صعوبة كبيرة تحول دون القطع بوجود حيلة قانونية بالنسبة لها.<sup>2</sup>

وبالرغم من أن الحقائق العلمية جميعها تجد أساسها في المبادئ الأساسية لنظرية المعرفة، إلا أن تطبيق هذه المبادئ على بعض الأحكام الخاصة، قد تؤدي إلى تعدد وجهات النظر واختلافها، كما هو الحال بالنسبة للأحكام التي تقرر رجعية أثر بطلان العقد أو فسخه، وما يترتب عليها من آثار تؤدي إلى إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن التعاقد لم يتم أصلاً، حيث يرى الأستاذ جني أن هذه الرجعية من قبيل الحيل القانونية أو المجاز، في حين يرى الأستاذ دابان أن الرجعية لا تعتبر دائماً حيلة قانونية، فهناك حالات تفرض فيها الرجعية نفسها على القانون، كحقيقة طبيعية لا يمكن الخروج عليها، إلا بالافتراض والمجاز.

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

<sup>1</sup>Dabin, Op.Cit.,p.302-306.

<sup>2</sup>سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 405.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

وفي الحالات التي يقرر فيها القانون بقاء بعض آثار العقد التي ترتبت عليه، رغم الحكم ببطلانه، فإن هذا الحكم، أي الحكم ببقاء الآثار، هو الذي يعتبر من قبيل الحيلة، فعندما يقرر القانون بقاء بعض الآثار المترتبة على عقد الزواج الباطل، مراعاة منه لمصلحة الطرف حسن النية والأولاد، فإنه يقرر بذلك حكماً مخالفاً لطبيعة البطلان ولمنطق الأشياء، إذن في هذه الحالة فإن عدم رجعية أثر البطلان هي التي تخالف الواقع، أما قاعدة التي تقرر رجعية أثر البطلان والفسخ فهي لا تخالف الواقع بالتالي ليست حيلة قانونية<sup>1</sup>.

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

### الفرع الثالث: أنواع الحيل القانونية

بما أن الحيل القانونية قد ارتبطت دراستها التاريخية بالقانون الروماني، فإننا سندرس تقسيماتها في ظله، وتتقسم الحيل القانونية في عند الرومان إلى عدة تقسيمات تختلف حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث الشخص الذي يلجأ إليها ويستعملها، يمكن تقسيمها إلى وحيل فردية من صنع الأفراد وحيل قضائية من صنع الحاكم القضائي الروماني " البريتور"، وحيل تشريعية من صنع المشرع.

كما يمكن تقسيمها من حيث وظيفتها إلى حيل تؤدي إلى خلق نظم قانونية جديدة، وحيل تؤدي إلى تخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة، وحيل تبرر بعض النظم السارية المفعول، وهذا ما سيتم التطرق إليه بالتفصيل عند دراسة تطبيقات الحيل القانونية في القانون الروماني، ولهذا فسنتفي بدراسة الأنواع وفقاً للتقسيم من حيث الأشخاص.

<sup>1</sup>Dabin, Op.Cit., p. 309.312.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### أولاً: الحيل الفردية

الحيل الفردية هي الحيل التي كان يباشرها أفراد المجتمع الروماني علناً، فهي لم تكن تخالف نصاً قانونياً أو تهدم أصلاً تشريعياً، ولهذا فإن السلطة القضائية لم تكن تستطيع عقاب مباشرتها.

وهكذا فإن الحيل القانونية قد استخدمها الأفراد في ظل المجتمع الروماني، وأقرها القضاء الذي لم يكن بإمكانه مناقشتها، فقد كانت تتفق مع النصوص القانونية ولا تخرج عن الشرعية القانونية، وكان هدفها هو تحقيق مصالح الأفراد والمجتمع، بالتالي فقد كانت الحيل القانونية مشروعة.

وقد استعمل الأفراد هذا النوع من الحيل في إطار ما يسمى بالدعوى الصورية، فقد كان يتفق طرفين على تصوير منازعة وطرح دعوى بخصوصها أمام البريتور ليقضي فيها لصالح أحدهما، والحقيقة أنه لا يوجد أي نزاع جدي بينهما.

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

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

### ثانياً: الحيل الفقهية

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

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.90.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.230.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

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

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

### ثالثا: الحيل التشريعية

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

### الفرع الرابع: وظائف الحيل القانونية

الحيلة القانونية وسيلة شائعة في الشرائع القديمة للصياغة القانونية، فقد استعين بها كثيرا للتغلب على ضيق النصوص القانونية وشدتها بسبب أصولها الدينية، ولذلك لجأ رجال القانون الذين أسندت إليهم مهمة تطبيق القانون وتفسيره إلى التحايل على النصوص من أجل تعديلها .

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

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق، ص.228-229.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

هذا وقد ساعدت الحيلة القانونية كثيرا على تطوير النظم القانونية ولعبت دورا مهما لم تنافسها عليه أية وسيلة أخرى، وقد استخدمت بداية من طرف الأفراد ، ثم استعان بها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه.

### أولا: تعديل النصوص القانونية القائمة

ساهمت الحيل القانونية كثيرا في تعديل وتطوير القواعد القانونية السارية المفعول وفي تعديل نظام التقاضي، من خلال التخفيف من الشكليات الجامدة، فقد استخدمت كوسيلة لتجاوز جمود النصوص وتصلب نطاقها في إطار ضيق ومحصور، وللتلطيف من قسوة القواعد وشدتها وتوسيع نطاقها ومدلولها<sup>1</sup>.

### ثانيا: استحداث نظم قانونية جديدة

استعملت الحيل القانونية من أجل استحداث نصوص قانونية جديدة تحكم حالات وأوضاع اقتصادية وتنظم روابط اجتماعية لا تحوي النصوص القائمة حكمها، عندما تكون النصوص القائمة غير قادرة على التكيف مع التطورات والأوضاع الجديدة ، لذا فإن الحيلة تعتبر وسيلة للتوفيق بين القانون وواقع المجتمع، ولجعل النصوص أكثر فعالية<sup>2</sup> ، وقد تعددت النظم التي تم استحداثها عن طريق الحيلة منها على سبيل المثال نظام انتقال الالتزام ومبدأ النيابة في التعاقد.

### ثالثا: تبرير النظم والمبادئ القانونية وتسهيل تطبيقها

لم يقتصر دور الحيل القانونية على خلق القواعد القانونية الجديدة وتعديل النصوص القائمة، إنما استعان بها فقهاء القانون كذلك من أجل تبرير بعض النظم القائمة، فمن ناحية تساعد الحيلة على تسهي العمل بقاعدة قانونية معينة، إذ قد تتطلب القواعد شروطا أو إجراءات معقدة يمكن تخفيفها عن طريق الحيلة، مما يجعل العمل بالقاعدة وتطبيقها أكثر سهولة.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.24.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص.186.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ومن ناحية أخرى إذا لم تكن قاعدة معينة ملائمة للظروف الاجتماعية الطارئة وللتغيرات الجديدة، يتم اللجوء إلى الحيلة القانونية من أجل من أجل تبرير العمل بالقاعدة القانونية السارية التي لا تنطبق على الأوضاع الجديدة، ومن أبرز الأمثلة على ذلك فكرة اعتبار أن الجنين قد ولد قبل مورثه ليستحق نصيبه في الميراث<sup>1</sup>.

### رابعاً: تحقيق أهداف القانون

يعد تحقيق أهداف القانون من ضمن وظائف الحيل القانونية المهمة، فالقانون كما معلوم ليس هدف في حد ذاته، بل هو وسيلة للوصول إلى غاية معينة، وما الحيلة هنا إلا وسيلة من الوسائل التي تساعد على تحقيق غايات القانون عندما يصعب ذلك، ومن هنا تكتسب أهميتها ومكانتها المرموقة<sup>2</sup>.

### خامساً: توجيه اتجاهات المجتمع

في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية سارية المفعول تتعارض مع التوجهات الجديدة للمجتمع وتشكل عائقاً للأفراد، أو تكون غير كافية لتحقيق تطلعات المجتمع وأهدافه، يتم اللجوء إلى الحيل القانونية من أجل صياغة أفكار قانونية تدعم الاتجاهات الجديدة للمجتمع<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني: الحيل القانونية في ظل النظريات الفقهية

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

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.236.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، 187.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.186.

## الفرع الأول: نظرية إهرنج "Ihering"

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

### أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند "إهرنج"

قسم "إهرنج" الحيل القانونية إلى حيل تاريخية وحيل علمية .

#### 1- الحيل التاريخية

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

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

<sup>1</sup>Ihering, Op.Cit., T.4, p. 296.

<sup>2</sup>Mikhail Xifaras, Op.Cit.,p.94.



## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

نجد في هذا المثال مفهومين التتكر "Mascarade" والكذب "Mensonge"، فالقابض هنا متأكد من الخطأ الذي يتمسك به على أنه صحيح، بما أنه يميز جيدا بين الفحم والزيت، ولكنه قرر أن يدمجها من الوجهة القانونية في نفس النظام الضريبي، كما أنه بهذا يخلف قاعدة جديدة هي كالتالي "رسوم نقل الفحم هي نفس رسوم الزيوت"، وتطبق هذه الأخيرة بالرغم من أن الاستثمارة المعمول بها لم تنص على رسوم الفحم. إذن يمكن القول بأن القابض قام في هذا المثال باستخدام سلطته في التكيف القانوني، من أجل إعطاء مضمون جديد لوثيقة قانونية، بقيت من الناحية الرسمية دون تعديل.

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

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

ويصف "إهرنج" هذا النوع من الحيل بأنها كذب تقني "Mensonge Technique"، ويقول بأن هذا الكذب قد جسدهته الضرورة "consacrés par la nécessité"<sup>2</sup>.

### 1- الحيل العلمية

تختلف الحيل التاريخية عن الحيل العلمية من حيث الهدف، فهذه الأخيرة لا تهدف إلى ربط علاقات جديدة بالقانون الساري المفعول، بل إلى تسهيل أو تبسيط مفهوم قانوني، عن طريق صياغة مركز قانوني يصعب تصوره في حد ذاته<sup>3</sup>، مثلا الشخصية المعنوية لا تقوم على أساس وجود شخص

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

<sup>2</sup>Ihering, Op.Cit.,T.3, p.295.

<sup>3</sup>Ibid.,p. 298.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

طبيعي، بل على أساس حيلة تجعل عقولنا نتصور الحقائق على خلاف ما هي عليه في الواقع، حيث لا نتصور الشركة مثل مجموعة من الأفراد الشركاء، بل كشخص خيالي هو الشركة.

ويرى "إهرنج" أن هذه الوظيفة للحيل القانونية، وبالتحديد للحيل العلمية ليست أساسية<sup>1</sup>.

### ثانيا: نقد نظرية "إهرنج"

كان تقسيم "إهرنج" للحيل القانونية، إلى حيل تاريخية وحيل علمية، محل انتقاد من قبل بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بعدم صحة المعيار المعتمد لهذا التقسيم، حيث يصعب في الكثير من الحالات الفصل بين الوظيفة التاريخية والوظيفة العلمية، فغالبا ما تؤدي الحيلة أو الافتراض الواحد للوظيفتين معا، فتكون له وظيفة تاريخية ووظيفة علمية، لأن استحداث قواعد جديدة وإدراجها ضمن القواعد القانونية القديمة، أي الوظيفة التاريخية، يؤدي إلى تحقيق التناسق والوضوح لهذه القواعد، أي يحقق الوظيفة العلمية للافتراض كذلك، لهذا فإن الوظيفتان متداخلتان ويصعب الفصل بينهما<sup>2</sup>.

وهناك جانب آخر من الفقه أقر بالوظيفتين العلمية والتاريخية للحيل، ولكنه ارتأى أنهما لا تصلحان كمعيار للتمييز بين أنواعها، لأن الوظيفة التاريخية وظيفة مؤقتة، ومآلها إلى الزوال عندما يكتمل النظام القانوني وتتعدم الحاجة إليها، بينما الوظيفة العلمية دائمة وضرورية لأي نظام قانوني، فهي تعمل على ترتيب وتنسيق قواعده بشكل يحقق لها الاستقرار والوضوح<sup>3</sup>.

وذهب البعض الآخر في نقده لنظرية "إهرنج"، إلى حد القول بأن الوظيفة العلمية للحيل لا وجود لها أساسا، وأن الوظيفة الوحيدة للحيل هي الوظيفة التاريخية<sup>4</sup>.

في الأخير يتضح بأن تقسيم الحيل القانونية من حيث الوظيفة التي تؤديها، إلى حيل تاريخية وحيل علمية، هو تقسيم منتقد، لأن الوظيفتين متداخلتين من جهة، ولأن وجودهما ذاته محل

<sup>1</sup> عبر "إهرنج" عن وظيفة الحيل العلمية غير الأساسية بالعبارة التالية: "Fonction dogmatiques"

<sup>2</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.35.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص. 36 .

<sup>4</sup>René Dekkers, la fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935. p.88.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

خلاف من جهة أخرى<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: نظرية ليكوك "Iecoq Lucien"

اهتم الفقيه "ليكوك" بدراسة وتحليل الحيل القانونية وعمل جاهدا على تصنيفها إلى أنواع محددة، وعلى تحديد الغرض من اللجوء إليه وتبيين أهميتها .

### أولا: تقسيم الحيل القانونية عند "ليكوك"

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

### 1- الحيل التصورية

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

وحسب "ليكوك" كان هذا النوع من الحيل موجود في القانون الروماني القديم، عندما كانت تدعو الحاجة إلى خلق قواعد جديدة، لتسد الفراغ القانوني الذي كان يعرفه هذا القانون في بداية عهده، ولكنها اختفت ولم يعد لها أي وجود في القوانين الحديثة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.36.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.37.

## 2- الحيل القانونية أو المقارنة

الحيل القانونية أو المقارنة هي الحيل السائدة في الأنظمة القانونية الحديثة، وهي تقوم على التشبيه والمقارنة، ففي حالة النقص في النصوص القائمة، وعدم النص على حكم حالة ما، يتم تشبيهها ومقارنتها بحالة أخرى منصوص على حكمها بإلحاقها بها، كافتراض وجود ذمة مالية للشخص المعنوي، مستقلة عن الذمة المالية للأفراد المكونين له، قياساً على الذمة المالية للشخص الطبيعي، وافتراض أن مقر سفارة الدولة في الدول الأخرى، بمثابة أرض أجنبية عن هذه الدول، حتى تتمتع بالحصانات والامتيازات المقررة لهذه الدولة<sup>1</sup>.

إذن أساس هذه الحيل أو الافتراض هو القياس، والغرض منها هو تيسير فهم الأوضاع القانونية القائمة عن طريق المقارنة، لهذا يلجأ إليها فقهاء القانون عادة.

هذا وقد قابل "ليكوك" بين الحيل أو الافتراضات القانونية عند بعض الفقهاء، حيث قابل بين الحيل التصورية والحيل التاريخية عند "إهرنج" من جهة، والحيل العلمية عند "أنجير" من جهة أخرى، وبين الحيل القياسية أو المقارنة والحيل العلمية عند "إهرنج"، والحيل النظرية عند أنجير<sup>2</sup>.

### ثانياً: نقد نظرية ليكوك

تعرضت نظرية "ليكوك" لنقد لاذع من طرف فقهاء القانون، لأنه وكما سبق القول فإن الحيل القانونية تقوم دائماً على أساس مخالفة الحقائق الطبيعية، مما تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقائق القانونية، ولكن مخالفة الحقائق القانونية لا تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الطبيعة، بالتالي فإن أساس الافتراض التصوري الذي يقوم عند ليكوك على مخالفة الحقائق القانونية وحدها غير صحيح، لأن هذا النوع من الافتراض غير موجود أصلاً، بالتالي فإن كل النتائج التي توصل إليها نتيجة تقسيمه الحيل

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.37.

<sup>2</sup> قسم الفقيه أنجير "Unger" الحيل القانونية حسب وظائفها إلى حيل علمية و أخرى نظرية، والحقيقة أنه لا يوجد اختلاف بين هذا التقسيم وتقسيم الفقيه "إهرنج"، فالحيل القانونية عند أنجير ترادف الحيل التاريخية عند "إهرنج"، كما أن الحيل النظرية عنده ترادف الحيل العلمية عند "إهرنج"، ولا خلاف عند الفقه في أن التعبيرين مترادفان فالوظيفة التاريخية للافتراض تعد في حقيقة الأمر وظيفة علمية. مصطفى أربو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.34.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

إلى تصورية وقياسية ليست صحيحة، وبناء على هذا فإن الحيل القانونية، عامة أيا كان نوعها، ليست استثناء يرد على القواعد القانونية العامة.

هذا بالإضافة إلى أن الحيل أو الافتراضات القانونية التي تخالف الحقيقة الطبيعية لا الحقيقة القانونية وحدها، لم تختفى من القوانين الحديثة، بل هناك عدة تطبيقات لها في الأنظمة القانونية المعاصرة.

وفيما يخص الحيل القياسية أو الافتراض القياسي فإن تسميته أصلا خاطئة، لأن عملية القياس تستلزم التماثل في العلة بين المقيس والمقاس عليه، وهذا لا يعتبر من قبيل الافتراض<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: نظرية جني "Gény"

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

### أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند "جني"

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

#### 1- الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة

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

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 38.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### أ- الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في تطبيق شروط القواعد القانونية

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

### ب- الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في الآثار المترتبة على تطبيق القواعد القانونية

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

### 2- الحيل التي تؤدي إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة

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

### 3- الحيل التي تهدف إلى شرح وتبرير القواعد القانونية القائمة

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

---

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق ، ص.42.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

### ثانيا : نقد نظرية "جني"

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

### الفرع الرابع: نظرية دابان "Dabin"

الحيل القانونية عند "دابان" ثلاثة أنواع تختلف من حيث الشكل الذي تبدو عليه عند الصياغة، ومن حيث المزايا التي تضيفها على الصياغة القانونية.

### أولا: تقسيم الحيل القانونية عند "دابان"

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

### 1- الحيل التي تنشأ قواعد قانونية جديدة

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

الحيلة هنا داخلية في أعماق القاعدة ذاتها، فهي في مثل هذه الحالة لا تعتبر مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة، بحيث يمكن استبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف، بل هي القاعدة

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

ذاتها، بحيث يؤدي اختفاءها إلى اختفاء القاعدة في نفس الوقت، لأنها حيلة تدخل في تكوين مضمون القاعدة القانونية<sup>1</sup>.

ويرى "دابان" أن الحيلة هنا لا تدخل في نطاق الصياغة القانونية، بل في نطاق السياسة التشريعية، لأنها تتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية، وليس بمجرد الشكل الذي ستظهر عليه، ولهذا يجب استبعاد هذا النوع من الحيل من وسائل الصياغة القانونية<sup>2</sup>.

### 2- الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة

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

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

تقوم الحيلة هنا بالتعديل، إما في شروط تطبيق القواعد القانونية، بالخروج عن معطيات القاعدة القانونية التي تتفق والحقيقة، وإضافة معطيات جديدة تخالف الحقيقة، وإما بتكملة المعطيات القائمة أو بالحلول محلها، مما يؤدي في النهاية إلى توسيع نطاق تطبيق القاعدة دون تعديلها، لأن الحالات التي توسعت القاعدة لتشملها تدخل في نطاق الطوائف القانونية القائمة<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.407.

<sup>2</sup>Dabin, Op.Cit., p.325 .

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.4342.



## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

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

ويؤدي هذا إلى نوع من الحيل إلى الاقتصاد في الأفكار والطوائف والقواعد القانونية، فبدلاً من خلق قاعدة قانونية جديدة لحكم المنقولات المخصصة لخدمة عقار، فإن المشرع يطبق عليها نفس القاعدة الخاصة بالعقارات لمجرد اعتبار هذه المنقولات، عقارات بالتخصيص، أي عقارات مجازية<sup>1</sup>.

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

### ب - الحيلة المبررة للقواعد القانونية القائمة

في مثل هذه الحالات لا تدخل الحيلة في مضمون القاعدة من حيث الموضوع، ولا تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقها، ولكنها تؤدي فقط إلى شرح وتبرير القاعدة، وغالبا ما تكون الحيلة في هذا الغرض من ابتكار الفقهاء، الذين يميلون إلى رد القواعد القانونية إلى أصولها العامة أو إلى مبررات وجودها<sup>2</sup>.

ومن أمثلة ذلك الحيلة التي تفسر امتياز مؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة، على أساس فكرة الرهن الضمني، أي كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمينا بين المؤجر والمستأجر على تخصيص هذه المنقولات لضمان حق المؤجر في الأجرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.408.409.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.411.

<sup>3</sup> Dabin, Op.Cit., p.339 .

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

والحيلة التي تفترض منح المرأة المتزوجة وكالة ضمنية لمباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بشؤون المنزل<sup>1</sup>.

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

### 3- الحيل التي تستخدم كعنوان للقاعدة

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

ومن أمثلة هذا النوع، أن المشرع المصري يطلق اسم شركات القطاع العام على الوحدات الاقتصادية المكونة للقطاع العام، رغم أن النظام القانوني لهذه الوحدات يختلف تماما عن النظام القانوني للشركات<sup>2</sup>.

### ثانيا: نقد نظرية "دابان"

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

<sup>1</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 48.

<sup>2</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 44.

## الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون

كما أن استبعاد "دابان" للنوع الأول "الحيل التي تنشأ قواعد قانونية جديدة" من التقسيم، بحجة أنها تدخل في نطاق السياسة التشريعية أمر غير مقبول، لأن النوع الثاني حسب تقسيمه "الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة"، يتضمن هو الآخر أحكاماً قانونية جديدة، ويدخل بالتالي في نطاق السياسة التشريعية<sup>1</sup>.

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

كما قسمها كذلك حسب الشخص الذي يستخدمها إلى تشريعية يستخدمها المشرع نفسه وحيل فقهية يستخدمها الفقهاء، وهو لا يختلف عن التقسيم الأول، فالحيل المنشأة للقاعدة القانونية تكون دائماً من اختصاص المشرع، والحيل المفسرة من اختصاص الفقهاء عند تأصيل الحيلة والوقوف على أساسها المنطقي<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص44-45.

<sup>2</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.83.

## الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

تعتبر الحيل القانونية أول وسيلة لجأ إليها رجال الفقه والقضاء من أجل إصلاح وتعديل النظم القانونية، وقد استخدمت على أوسع نطاق ولعبت دورا هاما في تاريخ التطور التاريخي عند أكثر الأمم تقدما، فأثرت في شرائعها ونظمها تأثيرا كبيرا<sup>1</sup>.

فقد كانت الشعوب القديمة شديدة التمسك بتقاليدها وأعرافها، وكانت النصوص القانونية عندهم مقدسة بالنظر إلى مصدرها الديني والإلهي، لذلك كان يصعب تعديلها أو المساس بها بالرغم من الحاجة الملحة إلى ذلك، وروح المحافظة هذه هي التي دفعت إلى البحث عن وسائل جديدة تحافظ على النظم القائمة وتلبي المتطلبات المتزايدة في نفس الوقت، وهنا ظهرت عبقرية الشعوب القديمة في التحايل على النظم القائمة، لجعلها مسايرة للتطورات وللأوضاع الجديدة، فكما شعروا بقصور القواعد القانونية، كلما تحايلوا من أجل إلغائها أو تعديلها دون المجاهرة بذلك، ليوفقوا بهذا بين مبدأ عدم جواز المساس بالنصوص لقدسيتها وبين ضرورة تعديلها<sup>2</sup>.

وقد كان للحيل القانونية دور مهم جد في تطوير الشرائع القانونية القديمة، وخاصة في القانون الروماني الذي تربعت فيه على قمة وسائل تطوير القانون ، فكان أثر الحيل فيه أوضح وأعمق منه في أية شريعة أخرى.

كما كان لها دور هام في تطور القانون الإنجليزي، لا يقل عن دورها في القانون الروماني، بالنظر إلى النقاط المشتركة الكثيرة بين إنجلترا وروما آنذاك، إلا أنها لم تحظى بنفس المرتبة ولا الأهمية في ظل الشريعة الإسلامية الغراء، لأن مفهومها يصطدم مع قواعد الدين وأصوله العامة.

وعليه سوف ندرس أثر الحيل القانونية في تطوير الشرائع القديمة، وعلى رأسها القانونين الروماني والإنجليزي والشريعة الإسلامية في المبحث الأول من هذا الفصل، وبعض تطبيقاتها في النظم القانونية الحديثة في المبحث الثاني.

<sup>1</sup>مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص.305.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.60.

## المبحث الأول: الحيل القانونية في الشرائع المقارنة

كانت الحيلة أسلوباً شائعاً لدى الشعوب القديمة للتغلب على شدة النظم، وضيق نطاقها، وعدم قدرتها على مسايرة التطور الاجتماعي، فقد اعتبرت أحد أهم الوسائل المعتمدة للتطور القانوني، إلى جانب مبادئ العدالة والتشريع، حيث لجأ الفقهاء والقضاة إلى التحايل على النصوص القائمة، من أجل تخفيف آثار بعض النظم القانونية أو استحداث نظم قانونية جديدة<sup>1</sup>.

وقد كان للحيل القانونية دور مهم في تطوير الأنظمة القانونية القديمة، وخاصة القانون الروماني، كما استعملت أيضاً في القانون الإنجليزي، إلا أنها لم تطلع بهذا الدور في التشريع الإسلامي.

## المطلب الأول: الحيل القانونية في الأنظمة القديمة

سنتناول فيما يلي أثر الحيلة في تطور القوانين القديمة، وخاصة القانون الروماني، الذي يعتبر مهد الحيل القانونية الذي ظهرت ونشأت فيه، والقانون الإنجليزي القديم الذي اعتمد أساساً على الحيلة لتطوير قواعده، بما أنه قانون عرفي غير مكتوب.

## الفرع الأول: الحيل في القانون الروماني

كان للحيلة أثر عميق في تطوير القانون الروماني، فاق أثرها في تطوير أي قانون آخر، كما أنه أوضح وأعمق منه في أي شريعة أخرى.

---

<sup>1</sup> ظهرت وسائل تطوير القانون بالتدرج وخلال فترات زمنية متفاوتة، بداية بالحيل التي نشأت نتيجة فداسة التقاليد والنصوص، وشدة التمسك بها وقسوة الأنظمة السائدة آنذاك، ثم مبادئ العدالة في مرحلة لاحقة، فبسبب الظروف العامة التي انتابت الحياة الاجتماعية في مختلف نواحيها، وارتقائها من الناحية الفكرية والأخلاقية، انتشر مبدأ العدالة واحتكم للناس إليه، ليهتدوا إلى الحكم السليم بطريق صريح ومباشر، أما في المرحلة الأخيرة فقد برز التشريع كوسيلة لإلغاء أو تعديل أو استحداث النظم القانونية، مسايرة للحاجيات المتزايدة والمتطورة للمجتمعات. وتعرف العدالة بأنها مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل ويوحى بها الضمير، ويرشد إليها للنظر الصائب والفكر السليم. محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. 170-171.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

فقد استخدمت الحيلة عند الرومان للتخلص من جمود للنصوص وتصلبها وضيق نطاقها، حيث كانت القوانين الرومانية تجسد معتقدات دينية وأخلاقية ثابتة ومقدسة، لا يمكن بأي حال من الأحوال المساس بها، وأمام هذه الوضعية وحاجة المجتمع إلى التغير ظهرت الحيلة كوسيلة لتأويل القانون، والتخلص من قسوته، وشكليته وتلبية المتطلبات الجديدة.

فاستخدمت الحيل القانونية بداية من قبل الأفراد، ثم ما لبث أن استخدمها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه من فقهاء وقضاة، كما استعملها البريتور في أوسع نطاق ممكن، لذلك نجد أن كثيرا من النظم والقواعد القانونية الرومانية نشأت نتيجة حيل بريتورية.

ولقد لعبت الحيلة في القانون الروماني دورها لتحقيق أكثر من هدف، فاستخدمت أجل ابتكار نظم قانونية جديدة، و كوسيلة لتخفيف وتلطيف بعض النظم و لتبرير البعض الآخر.

### أولا: الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة

تمكن الرومان من استحداث نظم قانونية جديدة، لمواجهة التطور الذي عرفه المجتمع الروماني في جميع الميادين، وهذا باستعمال القواعد والنظم القانونية التي كانت قائمة في القانون الروماني القديم.

#### 1- الملكية البريتورية

كان الرومان يقسمون الأموال إلى نوعين نفيسة وغير نفيسة، الأموال النفسية هي اللازمة للاستغلال الزراعي، وكانت تشمل العقارات الإيطالية من أراضي ومباني وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة لصالحها، والرقيق ودواب الحمل والحفر، أما الأموال الغير النفسية فهي ما عدا ذلك من الأموال، وهي لا تقع تحت حصر كالأراضي الإقليمية الواقعة خارج إيطاليا، و المنقولات بوجه عام كالغلال والنقود وأثاث المنازل والحيوانات الأخرى، غير حيوانات الجر والحمل، كالأغنام والماعز<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص.182.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وكان يكفي التسليم لانتقال الأموال غير النفيسة، بينما لا يكفي ذلك في الأموال النفيسة، حيث كان القانون يتطلب لنقلها إجراءات معقدة، كالبيع بالإشهاد والدعوى الصورية<sup>1</sup>.

ولكن مع تطور المجتمع الروماني، وتحوله من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، لا يحتمل التعامل فيه الإجراءات الشكلية، فقد هذا التقسيم أهميته، وأصبح الأفراد يكتفون بالتسليم لنقل الأموال النفيسة دون أية إجراءات، شأنها في ذلك شأن الأموال غير النفيسة. والمشكلة في هذه الطريقة أن القانون الروماني لم يكن يعترف بها، فالمشتري في مثل هذه الحالات لا يصبح مالك هذه الأموال من وجهة النظر القانونية، لعدم إتباعه للإجراءات المقررة في القانون، وبالتالي لو فقد وضع يده عليها، فإنه لا يستطيع المطالبة باسترداد ملكيتها<sup>2</sup>، كذلك لا يستطيع أن يحتج بمرور الزمن "التقادم"، لأن المدة القانونية لكسب الملكية، قد لا تكون قد انقضت بعد، رغم توافر جميع شروط التقادم الأخرى<sup>3</sup>.

هنا يظهر دور البريتور في تطوير قواعد القانون الروماني، حيث تدخل في هذه الحالة لحماية واضع اليد بحسن نية وبسند صحيح، و استطاع أن يستحدث وسيلة جديدة لكسب ملكية المال النفيس سميت "بالملكية البريتورية"، قامت إلى جانب نظام الملكية القديم، كما منح المكتسب الحق في إيداع دفع معينة، وأجار له إقامة دعوى الاسترداد البريتورية<sup>4</sup>.

### أ - الدفع

وضع البريتور تحت تصرف واضع اليد بعض الدفع لحمايته، في حالة ما إذا نازعه المالك الأصلي للمال النفيس أو الغير، فإذا ما حاول البائع مثلا استرداد ماله بعد ما سلمه للمشتري، على

<sup>1</sup> كانت طرق اكتساب الملكية مقسمة إلى قسمين طرق من الحقوق الوطنية الرومانية وطرق من حقوق الناس، والتسليم لم يكن يعتبر من الحقوق الوطنية الرومانية، وإنما من حقوق الناس التي تشتمل على شيء من المراسيم الرمزية، وتستخدم من أجل اكتساب الملكية الرومانية للأشياء قليلة الأهمية، ويكفي فيها مجرد القيام بعملية التسليم المادية. شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1978، ص.325.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.26.

<sup>3</sup> مدة التقادم المكسب للملكية عند الرومان كانت سنة في المنقولات وستان في العقارات. شفيق الجراح، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

<sup>4</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.155.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

اعتبار أنه لا يزال مالكا له، طبقا لقواعد القانون المدني، يمكن للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بدعوى الغش، لأن البائع الذي يطالب باسترداد المبيع يكون سيء النية.

أما إذا تصرف مالك المال النفيس بمكر، فباع نفس المال إلى شخصين، وسلم المبيع للأول، ونقل الملكية للثاني عن طريق الإشهاد، وجهل المشتري الثاني التصرف الأول، الذي ثم عن طريق التسليم فقط، فرفع دعوى الاسترداد على المشتري الأول للمطالبة بالمال، في هذه الحالة لا يمكن الدفع بدعوى الغش، لأن المشتري الثاني كان حسن النية عندما اشترى المال النفيس من مالكة الأصلي، كما أنه اتبع الإجراءات القانونية المنصوص عليها، ولذلك منح البريتور المشتري الأول دفعا آخر هو دفع الشيء المبيع والسليم.

### ب - دعوى الاسترداد البريتورية

إذا فقد مشتري المال النفيس عن طريق التسليم وضع يده على المال، فلا توجد أية طريقة قانونية يستطيع بمقتضاها استرداده، فهو لا يمكنه رفع دعوى الملكية، لأن الملكية لم تنتقل إليه طبقا لقواعد القانون المدني، ولا يمكنه الاستناد إلى قواعد التقادم المكسب للملكية إذا لم تنتضي المدة المقررة قانونا، هنا تحايل البريتور على هذا الوضع لحماية مستلم هذه الأموال بحسن نية، وافترض أن مدة التقادم المكسب للملكية انقضت حكما، ولو لم تنتضي بالفعل.

وبناء على هذا الافتراض، أجاز دفع دعوى الاسترداد البريتورية لأي شخص يتوافر لديه السبب الصحيح وحسن النية.

### 2- التوسع في استعمال الإشهاد

الإشهاد عند الرومان عبارة عن عملية رسمية لنقل الملكية المال النفيس، وسمي هكذا لأن من أهم إجراءاته أن يشهد خمسة شهود، من المواطنين الرومان البالغين، على اكتساب ملكية المشتري، بعد أن يقبض المشتري المال المراد نقل ملكيته، ويعلن في عبارة رسمية أنه مالكة طبقا



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

للقانون الروماني، وأنه اشتراه بالثمن المقدر في الميزان، ثم يضرب الميزان بقطعة من البرونز، إشارة إلى وزن الثمن، ويسلمها إلى البائع كثمن للمبيع<sup>1</sup>.

وقد كان في بادئ الأمر بيعاً حقيقياً ثم تحول إلى بيع صوري، حيث أصبح دفع الثمن فيه صورياً، وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سببه، فقد أصبح يستعمل لنقل ملكية الأموال النفيسة أياً كان سبب انتقالها، ومن ثم استخدم الرومان الإشهاد في أغراض عديدة، غير التي أنشأ من أجلها، فاستخدم لنقل ملكية المال بدون مقابل كالهبة، أو لتنفيذ وصية، أو لتقرير ضمان عيني كالرهن الحيازي، أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والعارية، وفي جميع هذه الأحوال يتم الإشهاد بثمن صوري.

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل تم تغيير عبارات الإشهاد ليستعمل في نقل السلطة، فاستخدم لتحقيق الزواج بالسيادة، وفي التبني، وفي تحرير الابن من السلطة الأبوية<sup>2</sup>، وهكذا استخدم كهنة الرومان وفقهاءها الإشهاد لإنشاء عقود ونظم قانونية جديدة.

### 3-التوسع في استعمال الدعوى الصورية

الدعوى الصورية، حسب الرأي السائد لدى شراح القانون الروماني، هي تصوير لمنازعة لا منازعة جدية، أي تصوير لنزاع خلافاً للواقع، باتفاق الطرفين، ناقل الملكية ومكتسبتها الذي يرفع دعوى الاسترداد، ويقر الناقل سلفاً بادعاء المدعي، ليعرض النزاع على البريتور ويحكم لصالح أحدهما دون مناقشة النزاع<sup>3</sup>.

واضح أن الدعوى الصورية كانت تقوم على التحايل، الذي كان يقع على مسمع ومرأى من السلطة القضائية، وقد استعملت هذه الدعوى لتحقيق أغراض أخرى غير نقل الملكية، كالتبني وعتق الرقيق.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.64. محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص.183.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.157.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.74. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.157.

#### 4- حوالة الحق وحوالة الدين

كان القانون الروماني ينص على استمرار الالتزام الناشئ بين شخصين حتى انقضائه، وبناء على ذلك لا يصح انتقال الالتزام لا سلباً وإيجاباً، ولكن تحت ضغط الضرورات العملية أباحوا في مرحلة لاحقة انتقاله سلباً وإيجاباً، بسبب الوفاة، ولكنهم لم يسلموا بذلك بالنسبة للأحياء.

غير أن هذا المبدأ الأخير الذي لا يجيز انتقال الالتزام بين الأحياء، اصطدم بالواقع الاقتصادي الذي كان يتطلب في الكثير من الحالات إجازة انتقال الالتزام، وهنا ظهرت عبقرية الرومان في التحايل على القواعد القانونية القائمة، باستعمالها في غير الغرض الذي وجدت من أجله بقصد إنشاء حوالة الحق وحوالة الدين<sup>1</sup>.

فاستخدموا بالنسبة لحوالة الدين الاشتراط الشفوي، الذي كان يقتضي تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن، حيث كان يشترط الدائن الجديد، برضاء الدائن القديم، على المدين أن يفي هو بالدين دون الدائن القديم، وكان يعيب هذه الوسيلة اشتراط الحصول على موافقة المدين، وعدم انتقال الدين بصفاته وتأميناته، بل حلول دين جديد محله.

وبالنظر لسلبيات عقد الاشتراط الشفوي وإلى الصعوبات الناتجة عنه، لجأ الرومان إلى وسيلة أخرى هي الوكالة المصحوبة بالهبة في قبض الدين، فكان الدائن القديم يوكل الدائن الجديد يقبض الدين ويهبه إليه في نفس الوقت<sup>2</sup>. ولكن هذه الطريقة وإن كانت أفضل من سابقتها، إلا أنها لم تخل من العيوب، فهي لا تحرم المدين من الوفاء للدائن القديم، ولا تحرم الدائن القديم من حقه في مطالبة المدين بالوفاء له هو.

ولقد توصل الفقهاء منذ أواخر العصر العلمي إلى وسيلة أخرى لحوالة الحق، هي نظام الاتفاق العادي، فقد كان الدائن القديم يحول حقه إلى الدائن الجديد، دون اشتراط الحصول على موافقة المدين، بل يكفي إعلامه بهذا الإجراء.

وتتم الحوالة في اتفاق عادي بين الأطراف دون الحاجة إلى أي إجراء شكلي، ينتقل بمقتضاه الحق إلى الدائن الجديد، ولكن ليس هناك ما يحرم الدائن القديم، في هذه الحالة، من رفع دعوى ضد

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ القانون الروماني، دار النهضة العربية، (د.م.ن)، 1965، ص.305.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.156.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

المدين لمطالبته بالوفاء، متجاهلاً حق الدائن الجديد، و لقد تفتن البريتور لهذه الإمكانية وتدخل ليعزز حماية الدائن الجديد، بأن منح المدين دفعا بالغش ضد الدائن القديم، إذا ما أراد استعمال دعواه<sup>1</sup>.

وقد استعمل الرومان وسائل قريبة الشبه من ذلك فيما يتعلق بحوالة الدين.

### 5- النيابة في التعاقد

من المبادئ المقررة في القانون الروماني عدم جواز النيابة، بالتالي تتصرف آثار التصرف القانوني إلى طرفيه دون غيرهما، فإذا ما قام النائب بإجراء التصرف، فإن الآثار تتصرف إلى ذمة النائب دون الأصيل.

ويرجع عدم التسليم بمبدأ النيابة إلى الشكلية التي كانت تسود القانون الروماني والتي تستلزم انصراف آثار التصرفات القانونية إلى ذمة الشخص الذي باشر الإجراءات الشكلية، التي يتطلبها القانون لإجراء التصرف القانوني هذا من جهة، ومن جهة أخرى، نظر الرومان إلى الالتزام نظرة شخصية بحتة، واعتبروه علاقة شخصية يكون للطرفين المقام الأول فيها، ونتيجة لذلك لا ينشأ الالتزام إلا بين الأشخاص الذين اشتركوا في إنشائه.

وبما أن المجتمع الروماني كان مجتمعا زراعيا في بدايته، فإن عدم الأخذ بمبدأ النيابة لم تنتج عنه أية صعوبات، ولكن الوضع تغير مع زيادة المعاملات بين الأفراد، وتحول روما إلى مجتمع تجاري تفرض الظروف الاقتصادية فيه، أن يعهد الشخص إلى غيره بإجراء التصرفات القانونية لحسابه، هذا بالإضافة إلى أن القواعد السارية كانت تمنع عديمي الأهلية وناقصيها، من مباشرة بعض التصرفات القانونية، مما جعل الحاجة تزيد لاستعمال النيابة في التعاقد، ففي كل هذه الحالات كان النائب يقوم بالتصرف القانوني باسمه الشخصي ولحساب الأصيل، وبالنسبة للآثار فقد كانت تتصرف إلى ذمة النائب، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز النيابة، ثم يقوم النائب بنقلها إلى ذمة الأصيل، مما كان يعرض هذا الأخير لخطر إفسار النائب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص.305.

<sup>2</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص.310.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ولهذا تدخل البريتور وقرر جواز النيابة في بعض الحالات، وبداية قضي على القاعدة الرومانية التي تقضي بأن الابن أو العبد، ليس سوى أداة في يد رب الأسرة، يستطيع بواسطتها أن يكتسب الحقوق، دون أن يتحمل بسببها الواجبات، وألزم رب الأسرة بالعقود التي يبرمها تابعوه "الأبناء أو العبيد" لحسابه، طالما أنه أظهر إرادته صراحة أو ضمنا في تحمل نتائج التصرفات التي أجروها.

وقد أنشأ البريتور، من أجل جعل آثار التصرف القانوني الذي عقده التابع تتصرف مباشرة إلى ذمة رب الأسرة مجموعة من الدعاوى، أطلق عليها دعاوى الصفة المضافة " Actio adjecticiae qualitatis" ، تمكن الغير الذي تعاقد مع التابع من الرجوع على رب الأسرة، بناء على التصرف الذي أجراه تابعه، وقد كان يفترض في هذه الدعاوى أن العبد حر أو أن الابن يتمتع بالأهلية القانونية، ومن ثم تحرر عريضة الدعوى باسمه، ثم تعرض الدعوى على القاضي الذي يحكم ضد رب الأسرة، مفترضا أنه هو الذي أجرى التصرف بنفسه.

ثم توسع هذا الحكم في وقت لاحق، ليشمل الحالات التي يكون فيها النائب شخصا مستقلا بحقوقه أو تابعا لشخص آخر غير الأصل، عندما منح البريتور دعوى التجارة البرية " Actio institoria"، ودعوى التجارة البحرية "Actio exercitoria" ، ضد الشخص الذي يكون نائبه من الغير وليس من التابعين له، وبهذا قرر البريتور مبدأ النيابة في المعاملات التجارية.

أما بالنسبة للمعاملات المدنية فقد خصها بدعوى شبيهة بدعوى التجارة البرية " Quasi institoria" تسمح بالنيابة في هذه الأعمال، إلا أنها نيابة ناقصة يملك الغير فيها حق الرجوع على النائب أو على الأصل حسب اختياره<sup>1</sup>.

وقد كان تدخل البريتور في هذه الحالة مهما وفعالا جدا، لأن الأفراد كانوا يتمتعون عن التعاقد مع التابعين لرب الأسرة، بما أن معظم العقود كانت تجعل الشخص دائنا ومدينا في نفس الوقت، وليس هناك من يقبل أن يصبح رب الأسرة دائنا دون أن يلزم بآثار العقد.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.68-69.

### ثانيا: الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية

ترتب على التطور الكبير الذي عرفه المجتمع الروماني، في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، أن أصبحت آثار بعض النظم القانونية غير ملائمة للوضع، ولا تتماشى مع متطلبات التطور، لذلك تحايل الرومان من أجل تخفيف آثار هذه النظم، والحد من شدتها وقصورها أو تعديلها لتتلاءم مع حالة المجتمع.

#### 1- تطبيق القانون الروماني على الأجانب

كان الرومان ينظرون إلى قانونهم على أساس أنه وضع لحمايتهم فقط، فقد كان يسرى عليهم دون غيرهم، وبالتالي لا يخضع له الأجانب ولا يستظلون بحمايته، ولذلك كان الأجانب لا يتمتعون بأية حماية قانونية في روما مثلهم في ذلك مثل الرقيق، بل كانوا يعتبرون مالا مباحا، يحق لأي مواطن أن يستولي عليه<sup>1</sup>.

كما لا يحق لهم الزواج أو التعامل مع الرومان، طبقا لأحكام القانون الروماني الذي كان يعتبر امتيازًا للمواطنين الرومانيين دون سواهم<sup>2</sup>.

ولكن هذه القاعدة لم يعد من الممكن استمرارها، بعد تطور المجتمع الروماني، واتصاله بغيره من الشعوب، مما أعطى للأجانب في الإمبراطورية الرومانية أهمية سياسية واقتصادية، وأصبح من الضروري إيجاد حماية قانونية لهم، سواء كانوا يقيمون بروما أو يتعاملون مع مواطنيها<sup>3</sup>.

هنا تحايل البريتور بما لديه من سلطة قضائية، ليطبق القانون الروماني على الأجانب، حماية لحقوقهم، بافتراض أن الأجنبي روماني طالما كان في روما، وبالتالي يخضع للقانون الروماني كما يخضع به الرومان، ويحميه القانون الروماني كما يحمي الرومان، مثلا إذا ارتكب الأجنبي إحدى

<sup>1</sup>مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص.30.

<sup>2</sup> مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص.316.

<sup>3</sup> عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.25.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

الجرائم أو وقع ضحيتها، فإن الديرينور كان يحيل الدعوى إلى القاضي على أن هذا الأجنبي يعتبر رومانيا، وبذلك يستطيع الاستفادة من حق التقاضي أمام المحاكم الرومانية<sup>1</sup>.

### 2-الموت المدني

كانت الشخصية القانونية في القانون الروماني، تعتبر امتيازاً لبعض للأفراد دون البعض الآخر، حيث لم يكن معترفاً بها للجميع، إذ لا بد من توافر ثلاثة شروط لاكتسابها هي، أن يكون الإنسان حراً وليس عبداً، لأن الرقيق كان يعتبر من قبيل الأشياء ، وأن يكون مواطناً رومانيا وليس أجنبياً، لأن الأجانب لا يتمتعون بحماية القانون الروماني، كما سبق القول، وأخيراً أن يكون رب الأسرة مستقلاً بحقوقه ولا يخضع لسلطة غيره<sup>2</sup>.

فإذا اجتمعت هذه الشروط تمتع الإنسان بالشخصية القانونية، واكتسب الأهلية القانونية، التي تخوله اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، أما إذا فقد أحد هذه الشروط، فإن شخصيته القانونية تزول كلها أو بعضها، وفقدان الشخصية هذا يعبر عنه بالموت المدني "Capitis deminutio"، الذي يترتب عليه انتقال الحقوق إلى من كان سبباً فيها وسقوط الالتزامات التعاقدية<sup>3</sup>.

فلو حدث أن شخصاً مستقلاً بحقوقه، خضع لسلطة غيره عن طريق التبني، أو أن امرأة، مستقلة بحقوقها، خضعت لسلطة زوجها عن طريق الزواج بالسيادة، فإن هذا يعتبر من أسباب زوال الشخصية القانونية، ويترتب عليه في كلتا الحالتين، انتقال حقوق المتبني والزوجة إلى المتبني وإلى الزوج، أما الالتزامات التعاقدية فلا تنتقل إليهما، تطبيقاً للقاعدة التي كانت تنص على أن الخاضعين لسلطة غيرهم يفيدون صاحب السلطة و لا يستطيعون الإضرار به.

<sup>1</sup> على محمد جعفر، المرجع السابق، ص.156.

<sup>2</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص.181.

<sup>3</sup> الموت المدني درجات حسب العنصر المفقود، ففي حال فقدان الحرية، يعتبر الموت من الدرجة القصوى، وفي حال فقدان الوطنية، يعتبر الموت من الدرجة الوسطي، وفي حال تغيير الصفة العائلية، يعتبر الموت من الدرجة الدنيا، وينتهي الموت المدني الشخصية القانونية وبعدمها نهائياً، لكن يمكن أن يبعث الشخص من جديد، إما طبقاً للقانون الطبيعي إذا فقد حرته، وإما طبقاً لقانون الشعوب إذا فقد هويته الرومانية ، وإما طبقاً للقانون المدني نفسه إذا تغيرت صفته العائلية. المرجع نفسه، 183.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وكان يترتب على هذه القاعدة نتائج بالغة القسوة تؤدي إلى الإضرار بدائي الولد بالتبني، والمرأة التي تزوجت بالسيادة، فالدائن لا يمكنه مطالبتها لأنها فقدت الشخصية القانونية، كما أنه لا يستطيع مطالبة صاحب السلطة عليها، لأن التزاماتها لم تنتقل إليه. لذلك لجأ البريتور إلى افتراض أنه من مات موتاً مدنياً يتمتع بالشخصية القانونية، بالنسبة لما كان عليه من ديون وتجاهل حالة الموت المدني، ومن ثم يجوز للدائنين التنفيذ على أموال من فقد شخصيته القانونية بالتبني أو الزواج<sup>1</sup>.

### 3-إساءة استعمال الحق

خص القانون الروماني الملكية بعدة ضمانات من بينها الاشتراطات البريتورية، حيث كان البريتور يلزم مالك المنزل الآيل للسقوط، والذي يمكن أن يحدث ضرراً، بالتعهد بتعويض جاره عما قد يصيبه من ضرر خلال مدة معينة، فإذا رفض المالك إجراء هذا التعهد، أباح البريتور للجار أن يدخل منزل المالك ويقوم بالإصلاحات اللازمة، على حساب هذا الأخير، فإذا رفض المالك السماح للجار بدخول المنزل وأصاب الجار أي ضرر، فإن البريتور كان يمنح الجار دعوى ضد المالك لمطالبته بتعويض الأضرار، كما لو أنه تعهد بهذا لو أن الاشتراط البريتوري قد تم، بالتالي يحكم القاضي على المالك بناء على اشتراط بريتوري، لم يكن له وجود في الواقع<sup>2</sup>.

### 4-تعديل قواعد الميراث

كان القانون الروماني القديم لا يقضي بالميراث للابن، إلا إذا خاضعاً لسلطة أبيه، حيث كان لرب الأسرة سلطة مطلقة على أولاده، يحق له بمقتضاها أن يضمهم إليه أو ينبذهم أو يبيعهم، فإذا ما خرج الابن من سلطة أبيه بأية وسيلة، يحرم من ميراث رب الأسرة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.159. محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص.181.

<sup>2</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص.302.

<sup>3</sup> عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.25.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ونفس الحكم نجده بالنسبة للزوجة التي تزوجت بغير سيادة، والتي لا تكون خاضعة لسيادة زوجها عند وفاته<sup>1</sup>، غير أن البريتور اتخذ حيلة لتوريث الابن والزوجة في هذه الحالة، وهي افتراض خضوع الابن لسلطة أبيه والزوجة لسيادة زوجها عند وفاته، ليتمكن كل منها من نصيبه فيما خلفه من أموال، وذلك بفضل الإجراء الخاص الذي أقره وهو التمكين من الحياة. وبذلك أنشأ البريتور نظام إرث بريتوري يقوم صلة الدم أي القرابة الطبيعية، إلى جانب نظام الإرث الشرعي الذي كان سائداً، والذي يقوم على أساس القرابة المدنية، المبنية على الخضوع لسلطة رب الأسرة.

### 5- حماية الأرض الإقليمية

كان الحق في رفع دعوى الملكية العقارية يقتصر على الأراضي الإيطالية فقط، دون غيرها من الأراضي الإقليمية الرومانية، وحتى ولو كان المالك رومانيا فإنه لا يستطيع رفع دعوى الاسترداد المدنية أو البريتورية لحماية ملكيته من غير الأراضي الإيطالية، ولكن البريتور تحايل على هذا الوضع ومنح المالك الحق في رفع دعوى استرداد، على غرار دعوى الاسترداد البريتورية، يفترض فيها أن الأرض الإقليمية أرض إيطالية، حتى تمتد إليها حماية القانون الروماني<sup>2</sup>.

### ثالثاً: الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية

لم يستعمل الرومان الحيلة لخلق النظم القانونية ولتخفيف وتلطيف آثارها فقط، بل استعملوها كذلك لتبرير بعض النظم القانونية التي يصعب فهمها وتفسيرها، إلا على أساس أنها مجرد تصور ذهني مخالف للواقع، كما هو الحال بالنسبة للشخصية القانونية، ونظام التبني، والمركز القانوني للأسرى الرومان، والتركة الشاغرة.

<sup>1</sup> الزواج عند الرومان كان يتم بإحدى الطريقتين : الزواج بسلطة أو بسيادة "cum manu" والزواج بدون سلطة " sine manu"، ولم يكن من حق المواطن الروماني أن يتزوج شرعاً بأكثر من امرأة واحدة "mono ganie".

<sup>2</sup> لم تكن تعتبر الملكية رومانية شرعية يحميها القانون ما لم تتدرج ضمن الحقوق الوطنية الرومانية التي تستوجب توفر مجموعة من الشروط أهمها، أن يكون المالك رومانيا وطنياً، وأن تكون الأرض رومانية أو إيطالية، فتستثنى بذلك أراضي روما في الولايات الملحقة وفي المناطق المحتلة. شفيق الجراح، المرجع السابق، ص.315.



### 1- الشخصية القانونية

القاعدة العامة في القانون الروماني أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان وتنتهي بوفاته، وقد أثار تطبيق هذه القاعدة بعض الصعوبات، من الناحية العملية، بالنسبة لحالة الجنين الذي يموت مورثه قبل ولادته، فتطبيقاً للمبدأ السابق، لا يرث الجنين لأنه لم يولد بعد، ولم تتكون شخصيته القانونية تبعاً لذلك، وقد وجد الرومان في ذلك اضراراً بحقوق الجنين، فاقتضت الحاجة ومن أجل المحافظة على حقوق الجنين، اعتبار أنه قد ولد قبل وفاة مورثه، وبذلك يتمتع بالشخصية القانونية ويحصل على نصيبه في التركة<sup>1</sup>.

### 2- التركة الشاغرة

كان يحكم الميراث عند الرومان قديماً القاعدة التالية: "للوارث الخيار بين قبول التركة أو رفضها"، وهذا ما أثار إشكالاً في الفترة الواقعة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها، حيث كانت التركة في هذه الفترة بدون مالك، أي تركة شاغرة.

ونتيجة لذلك لجأ الرومان إلى الحيلة، إما عن طريق اعتبار الوارث، الذي قبل التركة، مالكةا بأثر رجعي من تاريخ وفاة المورث، أو عن طريق افتراض أن المورث حي حتى تاريخ قبول الوارث لها، وقد استعمل الرومان هاتين الحيلتين حسبما تقتضيه الظروف ومصلحة الوارث<sup>2</sup>.

### 3- التبني

يقصد بالتبني عند الرومان قديماً، خلق السلطة الأبوية والسلطة العائلية، خلقاً اصطناعياً، عن طريق القياس على الرابطة الطبيعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص. 307. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص. 159.

نجد نفس الرأي في الشريعة الإسلامية الغراء، التي تحفظ حق الجنين في تركة أبيه، إلى غاية ولادته.

<sup>2</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. 179.

<sup>3</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص. 160.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وكان الرومان يلجئون إليه في حالة قصور نظام الزواج عند تحقيق الغرض الرئيسي منه، وهو التناسل، وبذلك كان يترتب على نظام التبني نفس الآثار التي تترتب على الميلاد من زواج شرعي، وهو قائم على افتراض أن المتبني ولد من المتبني، أي على أساس افتراض الصلة الدموية<sup>1</sup>. وبالنسبة لإجراءاته فكانت تبدأ بأن يرفع المتبني دعوى قضائية مدعيا أن الولد ابنه، ويعترف المدعى عليه بصحة ادعائه أمام الحاكم القضائي، فيحكم بإلحاق الولد بالمدعى باعتباره ابنا له، ويكتسب المتبني نفس الحقوق ويحمل نفس الالتزامات التي للابن الشرعي<sup>2</sup>.

### 4- وقوع الروماني في الأسر

كان الأسر في الحروب من أهم أسباب الرق في القانون الروماني وفي القوانين القديمة، ولكن القانون الروماني القديم لم يكن يعترف بالقوانين الأجنبية، حيث كان الرومان يعتبرون الأسير الأجنبي لديهم رقيقا، أما الأسير الروماني في يد الأعداء، فلم يكن يعتبر كذلك، ويظل مواطنا حرا ولا يفقد حرته، رغم اعتباره رقيقا في نظر القانون الأجنبي.

ولما اعترف الرومان بقانون الشعوب أصبح الأسر سببا من أسباب الرق المعترف بها، وقد أثار ذلك صعوبات بالنسبة لوفاء الأسير الروماني، إذ أنه يعتبر عديم الشخصية القانونية، بالتالي لا تنتقل تركته إلى الورثة. ولكن الرومان تغلبوا على هذه الصعوبة بالحيلة الآتية، يفترض أن الأسير الروماني قد توفي في نفس اليوم الذي أسر فيه، وهذا يعني أنه توفي وهو حر، ومن ثم تعتبر وصيته نافذة وتنتقل تركته إلى الورثة<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه للحيل الافتراضية في القانون الروماني تقسيمات أخرى، ينظر فيها إليها من زاوية أخرى غير الدور الذي تؤديه كما سبق التطرق إليها، فإذا ما نظرنا إليها من زاوية من يقوم بها أمكن تقسيمها إلى حيل قضائية يقوم بها الحكم القضائي "البريتور"، كاستحداثه لنظام الملكية

<sup>1</sup> يقرو خالدية، التبني الدولي للأطفال، دراسة من وجهة حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران-2، الجزائر، 2015، ص.21.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.82.

<sup>3</sup> أطلق على هذه الحيلة "نظرية ما وراء الحدود" وقد تضمنها قانون كورنيليا.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

البريتورية، وحيل تشريعية يقوم بها المشرع الروماني، كما هو الحال بالنسبة لنصه في قانون كورنيليا على اعتبار الأسير الروماني قد مات في نفس اليوم الذي اسر فيه، حتى تنفذ وصيته وتنتقل تركته إلى الورثة، وحيل فقهية يقوم بها الفقهاء والمفسرون مثل التركة الشاغرة، وحيل فردية يقوم بها الأفراد أنفسهم، كاستعمال الدعوى الصورية لتحقيق التبني وعق الرقيق<sup>1</sup>.

يتضح من خلال دراستنا للحيل القانونية في القانون الروماني الذي يعتبر مهدها الأول ، أنها حيل مشروعة ساعدت كثيرا على مواكبة التطور، عن طريق التغيير في أحكام القانون دون التغيير في نصوصه، التي كان لا يمكن المساس بها ولا تغييرها ولا تعديلها بالنظر إلى قداستها، فكانت الحيل القانونية إحدى أهم وسائل تطوير هذا القانون العتيق، وبالتالي اعتبرت مشروعة حتى تلك الحيل التي باشرها الأفراد، والتي أقرها فيما بعد القضاء ولم ينكرها.

## الفرع الثاني: الحيل في القانون الإنجليزي

لعبت الحيلة دورا هاما في تطور القانون الانجليزي، لا يقل عن دورها في القانون الروماني ، وقد اكتسبت هذه الأهمية بالنظر إلى طبيعة الشعب الانجليزي، فالإنجليز مثل الرومان من أكثر الشعوب محافظة على تقاليدها وتمسكا بنظمها القديمة، ولهذا أخذوا يتحايلون على النظم القائمة من أجل خلق نظم تساير الأوضاع الجديدة والتطورات المستمرة، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى نجد أن القانون الانجليزي، غير مكتوب ويعتمد أساسا على التقاليد العرفية المتمثلة في السوابق القضائية، وقد ظهر أثر الحيل القانونية عنده في النظام القضائي وفي النظم القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 225.

<sup>2</sup> ترتبط الحيل القانونية ارتباطا تاريخيا بالكومون . لو، فقد لعبت دورا أساسيا في تطوير قواعده، والكومون . لو هو ذلك المنهج القانوني الذي تكون في انجلترا بجهد قضاة المحاكم الملكية منذ الغزو النورماندي، وانتشرت قواعده انتشارا واسعا بفضل الغزو الاستعماري، وعن طريق النقل والاقتباس. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص.33.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أولاً: أثر الحيلة في تطور النظام القضائي

كانت ولاية القضاء، منذ الفتح النورماندي لإنجلترا سنة 1066 ميلادي، موزعة بين المحاكم الإقطاعية، التي كانت تفصل في المنازعات التي تثور بين التابعين للنبيل صاحب الإقطاعية، والمتعلقة بحياسة الأرض، والمحاكم الكنسية التي كانت تختص بالفصل في النزاعات التي يكون فيها أحد الخصوم من رجال الدين، وفي الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمحاكم الملكية التي كانت تنتظر في المنازعات التي تقوم بين النبلاء، وكل ما يخل بأمن الملك وسلامته، والاعتداء على أفراد عائلته أو حاشيته.

وبغية توسيع اختصاصات المحاكم الملكية على حساب المحاكم الإقطاعية والمحاكم الكنسية، لجأت المحاكم الملكية إلى وسيلة الحيلة، حتى انتهى بها الأمر إلى الاستيلاء على اختصاصاتهما، وتوحيد جهات التقاضي<sup>1</sup>.

مثلا عن طريق تفسير أمن الملك تفسيراً موسعاً، تمكنت محكمة منصة الملك من مد اختصاصها إلى كل الجرائم، كما وسعت اختصاصاتها المدنية، التي كانت تقتصر، وبصفة استثنائية، على المسائل المدنية المتعلقة بالمتهمين بارتكاب جرائم ماسة بأمن الملك، بأن افترضت خلافاً للواقع في الإعلان الموجه إلى المدين، أنه قد ارتكب جريمة ماسة بأمن الملك ضد المدعي "الدائن"، من ثم يجوز القبض على المدين للمثول أمام المحكمة الملكية، وتتم مطالبته بالدين أمامها<sup>2</sup>.

كما تمكنت أيضاً المحكمة المالية، وهي إحدى المحاكم الملكية، من بسط اختصاصاتها عن طريق افتراضها أن المدعى عليه، عندما امتنع عن سداد الدين الذي عليه للمدعى، قد تسبب في عدم سداد الضريبة المقررة على هذا الأخير، وبذلك أمكن إلزام المدعى عليه بالمثل أمام المحكمة الملكية، لأنه أصبح بمثابة المدين للملك.

كما وسعت المحاكم الملكية اختصاصاتها، لتشمل منازعات الأراضي التي كانت من اختصاص المحاكم الإقطاعية، واعتمدت في ذلك على الحيلة التالية، تفترض المحكمة الملكية في

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.88.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.161.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

الإعلان الصادر بشأن النزاع، أن الورد صاحب الإقطاعية قد تنازل عن حقه في نظر القضية، وبالتالي يؤول الاختصاص إلى المحاكم الملكية<sup>1</sup>.

وبالاعتماد على الحيل الافتراضية أصبحت المحاكم الملكية تقبل جميع أنواع الدعاوى، وتفصل في كل المنازعات التي ترفع أمامها، وبذلك تمكنت من بسط ولايتها على اختصاصات المحاكم الأخرى، مما أدى إلى توحيد السلطة القضائية، وتوحيد المبادئ القانونية.

### ثانيا: أثر الحيلة في تطور النظم القانونية

أدى تطور النظام القضائي في إنجلترا إلى تطور النظم القانونية، حيث أصبحت المحاكم الملكية ذات ولاية عامة على كل البلاد، وفي كل المنازعات بمقتضى قانون "أكسفورد" الذي صدر سنة 1258 ميلادي، و الذي حدد اختصاصات المحاكم، كما منح قانون "وستمنستر" الذي صدر سنة 1275 ميلادي للمحاكم الحق في استحداث مبادئ قانونية جديدة في حالة السوابق القضائية، ومن مجموع هذه السوابق القضائية، والمبادئ القانونية المستحدثة تكونت مبادئ الشريعة العامة " common law"، ومع زيادة عدد الأحكام الصادرة عن المحاكم الملكية وتراكمها، ألزمت المحاكم بالامتناع عن إصدار أحكام مخالفة لهذه السوابق، إذا ما عرض عليها نزاع مماثل، وبذلك أصبحت السوابق القضائية مصدرا أساسيا وهاما للقانون الانجليزي.

ومع تواتر العمل بمبادئ الشريعة العامة ساد الاعتقاد بقدسيته، وبعدم جواز المساس بها وتعديلها أو إلغائها، حتى ولو كان ذلك من عمل البرلمان نفسه، وحتى في الحالات التي كان يضطر فيها القضاة إلى استحداث مبادئ جديدة، كانت ترد زعما إلى السوابق القضائية.

ولكن هذا الوضع لم يبقى على حاله، حيث وجد هذا النظام القانوني التقليدي نفسه غير قادر على التصدي لمتطلبات المجتمع، مع ما عرفه من تغيرات وتطورات، وكان لابد من تطوير مبادئه، وأمام قدسية هذه الأخيرة، أصبح اللجوء إلى التحايل عن طريق الافتراض، هو الحل الوحيد لتطوير

<sup>1</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص. 311. مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 36.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

النظم القانونية القائمة أو تبريرها أو لإنشاء نظم جديدة، ومن أمثلة ذلك: الشركة والرضاعة ومصادرة أموال المجرم.

### 1- الشركة

كان القانون الانجليزي القديم يقوم على أساس افتراض رابطة القرابة بين الشركاء، على غرار بقية القوانين القديمة، فقد كانت التقاليد الايرلندية تطلق اسما واحدا على الورثة في الشركة، وعلى الشركاء في الشركة، على اعتبار أن رابطة القرابة هي أساس العلاقة بين الورثة وبين الشركاء<sup>1</sup>.

ولذلك لم يعرف القانون الانجليزي القديم أن الشركة تقوم على عقد، وكانت الصورة الوحيدة للشركة عندهم، هي حالة الورثة الذين يشتركون في أموال الشركة، ولهذا السبب لجأ الفقه الانجليزي إلى الحيلة، فافتراض وجود صلة قرابة بين الشركاء على غير الحقيقة من أجل تأسيس الشركات<sup>2</sup>، وترك هذا النظام أثر واضحا في الشركات الانجليزية الحالية ذات الأصل القديم، حيث يضاف بعد أسماء الشركاء عبارة "المتضامنون في الطعام والعبادة والمال"<sup>3</sup>.

### 2- الرضاعة

اعتبرت الرضاعة في القانون الايرلندي القديم مثل القرابة الحقيقية، ويترتب عليها نفس الآثار المترتبة على هذه القرابة من حقوق والتزامات، وقد عمل نص هذا القانون على منع الرجل من الزواج ممن أرضعته، على أساس القرابة المفترضة بالرضاعة بين الأم المرضعة والطفل الذي أرضعته، بحيث تأخذ هذه الصلة، حكم الصلة التي تنشأ عن البنوة الطبيعية بين الأم الحقيقية ومولودها، وقد أفرد القانون الايرلندي القديم فصل خاصا بالحقوق والالتزامات المترتبة على الرضاعة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص. 162.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 91.

<sup>3</sup> صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، المرجع السابق، ص. 309.

<sup>4</sup> صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص. 232.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

كما لجأ الانجليز إلى الحلية لاستحداث نظام الرضاع الأدبي "Literary Fosterage" المعروف عند قدماء الايرلنديين، ويقصد به تلك الصلة الروحية التي تربط بين المعلم وتلميذه، والتي شبهت بالقرابة الحقيقية التي تقوم بين الأب وأبنائه، فالمعلم يتولى حضانة الطلبة وتعليمهم الثقافة القانونية والأدبية العليا، وفي المقابل تكون له عليهم سلطة شبيهة بالسلطة الأبوية التي جعلت للأب على ابنه، وله حق الانتفاع بجزء من الأموال التي توول إلى تلاميذه مدى حياته، وهو بمثابة حق النفقة الواجب على الابن لأبيه. وعلى ذلك فإن الصلة بين المعلم وتلاميذه لم تكن صلة فكرية فحسب، وإنما كانت تعتبر كذلك صلة دموية، كالتى تربط أعضاء الأسرة الحقيقية.

### 3- مصادرة أموال المجرم

يقرر القانون الانجليزي مصادرة أموال المجرم في بعض الحالات، كحالة ارتكابه جريمة الخيانة العظمى<sup>1</sup>، فتؤول هذه الأموال إلى الدولة ولا تنتقل إلى الورثة بعد إعدامه، وقد برر الفقهاء هذه الآثار بالاعتماد على حيلة مقتضاها، أن من ارتكب هذه الجريمة لديه فساد في دمة العائلي، يتوقف عليه إيقاف سير الإرث الشرعي، ورتبوا على هذا التبرير الذي يقوم على مجرد تصوير خيالي للواقع، حرمان الابن البريء من ارث والده إن كان حيا، لأن السبيل الذي تعبره الأموال من الأصل إلى الفرع قد فسد بالجريمة، وانقطع مجراه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عند الحديث عن الخيانة العظمى يحضرنا مثال جيرمي بنتام عن الحيل القانونية في القانون الانجليزي، حيث كانت عقوبة السرقة الكبرى هي الإعدام بإنجلترا خلال القرن الثامن عشر، وكان تكيف السرقة التي يفوق مبلغها 40 شلن "schillings" أنها سرقة كبرى، ومن أجل تفادي الحكم بالإعدام كان القضاة الانجليز يقيمون المسروقات بـ 39 شلن دائما، وفي سنة 1808 تمت سرقة مبلغ 02 قوين "guinees" وقام القضاة بتقييمها بـ 39 شلن، في حين أن 01 قوين يساوي 21 شلن منذ 1717، تظهر حيلة القضاة في هذا المثال دون أي نقاش، فهم يعرفون حق المعرفة بأن 02 قوين تساوي أكثر من 42 شلن، ويحكمون كما لو كانت تساوي 39 شلن، من أجل عدم تطبيق القاعدة التي تحكم سرقة هذه المبالغ.

Mikhail Xifaras, Op.Cit.,p.90.

<sup>2</sup> مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص. 336.

## المطلب الثاني: الحيل في الفقه الإسلامي

من الطبيعي أن يكون الفقه الإسلامي بعيداً عن كل حيلة، فهو يستمد أحكامه من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذا ما كان بالفعل في العهود الأولى، التي سبقت نشأة المذاهب الفقهية الكبرى وتدوينها. وعندما اتسمت رفعة الدولة الإسلامية اتساعاً كبيراً وسريعاً، واتصل المسلمون بحضارات لم يكن لهم بها عهد من قبل، كالحضارة الفارسية في فارس والعراق، والحضارة الرومانية في مصر والشام، وواجه المسلمون مسائل كثيرة وجديدة في حياتهم تحتاج إلى تشريع، لم يكونوا يحتاجون إليه وهم في جزيرة العرب، لجأ المسلمون إلى استنباط الأحكام الشرعية الخاصة بكل حالة من الأدلة التفصيلية<sup>1</sup>.

غير أنه خلال العصر العباسي، وبعد أن تكونت المذاهب الفقهية، وتتنوعت البحوث العلمية في أصول الشريعة وأحكامها، بدأت الحيل أو الافتراضات كما يطلق عليها بعض الفقهاء، تظهر عند أصحاب مدرسة الرأي<sup>2</sup>، كوسيلة للتوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة، وكوسيلة للتيسير في الأحكام الشرعية، وبمرور الوقت أصبح البعض يلجأ إليها بعد ضعف الوازع الديني، للتخلص من واجباتهم أو إسقاط حقوق الغير لديهم<sup>3</sup>.

## الفرع الأول: مفهوم الحيل في الفقه الإسلامي

لجأ بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، كما هو الحال بالنسبة لفقهاء القانون، إلى التحايل من أجل استحداث بعض النظم أو تعديل البعض الآخر، لمواجهة التطورات الاقتصادية والاجتماعية، وما يطرأ من مسائل لا تحكمها النصوص الشرعية، واستخدموا الحيلة في ذلك.

<sup>1</sup> المقصود بالأدلة التفصيلية هو اجتهادات الفقهاء والقضاة في ذلك العصر. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.96.

<sup>2</sup> ظهرت مدرسة الرأي بالكوفة بالعراق، وسميت هكذا لإكثار فقهاء من استعمال الرأي والقياس في بيان الأحكام الشرعية، كما أنهم كانوا يفرعون المسائل ويفترضون الوقائع قبل حدوثها، وأن أشهر علماءها أبو حنيفة النعمان وإبراهيم النخعي. سعيد بويزري، المدارس الفقهية

http : www.bouizerie.net ، 12/10/2013.

<sup>3</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع نفسه، ص.97.



## أولاً: تعريف الحيل في الفقه الإسلامي

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

### 1- الحيلة عند الحنفية

تطلق الحيلة ويراد بها إتباع الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى الغرض المحمود<sup>1</sup>.

فالحيلة عند الحنفية تؤدي إلى أغراض مشروعة، ولا يراد بها إبطال حق أو إحقاق باطل، وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج، فإذا ما قصد بها غير ذلك كانت الحرمة حكمها، والعمل على إبطالها واجب ديني.

إذن ينظر فقهاء الحنفية إلى الحيل على أنها السبيل الذي يخلص المرء من الشدائد، والطريق الذي يصل به إلى شاطئ الأمان، كلما ضاقت به السبل وتكررت له أسباب الحياة، ما دام لا يخالف أصل من أصول الدين وقواعده الكلية، واعتبروها مخرجا شرعيا، حيث أفرد الحنفية أبوابا مستقلة في كتبهم تسمى "بالمخارج من المضايق بطريق شرعي"، لم يقصدوا بها إلا الحيلة، واشتهر بها الإمام أبو حنيفة، حتى نسب إليه أنه ألف كتابا في الحيل، وذلك على غير الحقيقة، من كثرة ما أفتى بها واعتبرها مخرج من المضايق، في كل حادثة دينية ليس لها نص صريح يحكمها، ولعل هذا من أهم أسباب مرونة هذا المذهب الفقهي واتساعه ونمو أفكاره<sup>2</sup>.

### 2- الحيلة عند المالكية

يعتبر المالكية والحنابلة من أشد خصوم الحيلة، ومن المنكرين لها و الناهين عن الأخذ بها، فهي في نظرهم وسيلة مذمومة يقصد بها خرق قواعد الشريعة الإسلامية و الافلات من أحكامها، من خلال تصرف يوافق ظاهره أحكام الشرع ولا يناقضه.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.95.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص.99.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

يعرف الأمام الشاطبي الحيلة بأنها: "تقديم عمل ظاهره الجواز، لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر أو إلى إسقاط الحكم الشرعي، وأن مآل العمل بها خرم قواعد الشريعة في الواقع"<sup>1</sup>.

نخلص إلى أن نظرة المالكية للحيل هي نظرة ضيقة مقصورة على النوع المذموم منها ، فقد قسم فقهاء الشريعة الحيل من حيث غايتها، إلى حيل مشروعة ترمي إلى غاية مشروعة، و حيل محظورة تكون الغاية منها غير مشروعة .

### 3-الحيلة عند الحنابلة

كما سبق القول أن الحنابلة ينظرون إلى الحيلة من نفس الزاوية التي ينظر منها المالكية، لهذا نجد أن تعريفهم لها جاء قريبا من تعريف المالكية، حيث يقول ابن قدامة في مؤلفه المغني أن: "الحيلة هي أن تظهر عقدا مباحا يراد به محرما، مخادعة وتوسلا، إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حق"<sup>2</sup>.

و يعرفها ابن تيمية كما يلي : " الحيلة أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له "<sup>3</sup>.

وهو نفس المعنى الذي ذكره الشاطبي وكشف به النقاب عن طبيعة عمل المحتال، وإن كان الفقه المالكي يرى أن الحيل أكثر ما تكون في المعاملات "العقود" ، ويندر وجودها في العبادات<sup>4</sup>.

تظهر الحيلة عند فقهاء هذا المذهب بالوجه المذموم، فكل ما أدى إلى سقوط الواجب أو حل الحرام أو إحقاق باطل أو إبطال حق أو نصره ظالم، فإنه يؤدي إلى الحرام ولو كان بفعل جائز شرعا.

---

<sup>1</sup>عدنان علي، تعديل الأحكام الشرعية عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2005، ص. 16،23 .

<sup>2</sup>موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، المغني، ج.4، دار الحديث، القاهرة ، 2004 ، ص.63.

<sup>3</sup> ابن تيمية، إقامة الدليل على إبطال التحليل، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.109.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.104.

#### 4-الحيلة عن الشافعية

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

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

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

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

#### 1-الحيلة والرخصة

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

إذن هي عبارة عن تشريع استثنائي جاء به الإسلام ودعا الناس إلى العمل به، لأن كل أمر شاق جعل الشارع فيه للمكلف مخرجا، متى توافرت أسبابه، فإذا خرج المكلف من هذا المخرج على الوجه الذي شرع به، كان ممثلا لأمر الشارع آخذا بالحزم في أمره، وإذا لم يفعل ذلك وأراد الخروج من

<sup>1</sup> محمد رافت سعيد، الرخصة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2002، ص.09.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

الضيق بغير المشروع، فإنه يقع في المحذور من ناحيتين، أولهما مخالفته لقصد الشارع، والثاني سد أبواب التيسير على نفسه<sup>1</sup>.

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

تعتبر الرخصة جزء من الشريعة الإسلامية، فهي عبارة عن تشريع استثنائي قام عليه الدليل، أما الحيلة فليست شريعة مستندة إلى دليل، وإنما هي محاولة ذهنية وعقلية، تهدف إلى الانتقال من حكم شرعي ثابت بالأدلة إلى حكم ثابت بالرأي، بناء على نبذة خفية لا يتقطن إليها عادة إلا الشخص الذكي، فالرخصة إذن جزء من الشريعة، جاءت وحيا وثبتت دليلا وقامت تخفيفا، أما الحيلة فليست كذلك<sup>2</sup>.

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

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

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.101.

## 2- الحيلة والتقية

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

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> صالح بن اسماعيل بوشيش، المرجع السابق، ص120.

### 3- الحيلة والذريعة

الذريعة هي ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة<sup>1</sup>.

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

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

الذرائع تؤدي إلى المفسدة ولذا وجب سدها، بخلاف الحيل التي وإن كانت تؤدي إلى خرق قواعد الشريعة الإسلامية غالباً، إلا أنها قد تؤدي إلى مصلحة مشروعة، ومن ثم لا يجوز إبطالها.

الذرائع يجب سدها ولو لم يقصد صاحبها الوصول إلى مفسدة، بخلاف الحيل، فإنها لا تبطل إلا إذا ظهرت نية صاحبها في هدم قواعد الشريعة، هنا تنور مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بالنسبة للحيل، والخلاف الذي أثارته المسألة بين الفقهاء حول أيهما أولى بالاعتبار، بيد أن هذه المسألة لا تنور بالنسبة للذائع، التي من الواجب سدها قصد صاحبها المفسدة أم لم يقصد<sup>2</sup>.

الحيل خاصة غير المشروعة أعم من الذرائع، لأن الاحتيال من أجل إسقاط حكم شرعي، ما هو إلا ذريعة لانتفاء الحكم من المحتال، فكل حيلة تؤدي إلى مفسدة تعتبر ذريعة يجب أن تسد، ومن هنا كانت كل حيلة ذريعة وليس العكس، فالذريعة لا تكون حيلة لعدم وجود القصد فيها غالباً<sup>3</sup>.

### 4- الحيلة والمخارج

المخارج في اللغة جمع مخرج من خرج، ومعناه موضع الخروج، وفي اصطلاح الفقهاء تعني

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج.2، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن)، ص.873.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.104.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.134.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

كل ما يتوصل به إلى التخلص من الحرج والخروج من المضايق، من غير مخالفة مقصود الشارع<sup>1</sup>.

فالحيلة بالمعنى العام أعم من المخرج لأنها تشمل الجائز والممنوع بخلاف المخرج، فإذا أطلق في عرف الفقهاء دل على كل ما يتوصل به إلى الخروج من الضيق والحرج بوجه شرعي سائغ، وأما الحيلة بمعناها الخاص فإنها تدل على مدلول المخرج دلالة تامة ومتطابقة.

ولهذا نجد أن الفقهاء الذين أفتوا بالحيل وقالوا بها لا يفرقون بين المصطلحين، فيستعملون أحيانا لفظ المخرج وأحيانا آخر لفظ الحيلة، وعليه يمكن القول بأنه لا فرق بين المخرج والحيلة بمعناها الخاص.

### ثالثا: أنواع الحيل في الفقه الإسلامي

للحيلة عدة تقسيمات عند علماء الإسلام، تختلف باختلاف الاعتبار الذي يبني عليه كل منهم تقسيمه، فهي تنتوع من حيث موقف العلماء منها ومن حيث الغاية والوسيلة، ومن حيث معنيها العام والخاص، ومن حيث ترددها بين الأحكام الخمسة، وأخيرا من حيث تفويتها المقصد الشرعي وعدم تفويتها له<sup>2</sup>.

وبما أن موضوع هذه الدراسة يهتم بالحيل التي ينحصر وجودها في المعاملات، فإنني ارتأيت الاعتماد على التصنيف الذي يقوم على أساس الوسيلة المستعملة والغرض الذي تؤدي إليه.

### 1- الحيل المشروعة

الحيل المشروعة هي التي تهدف إلى غاية مشروعة وهي ثلاثة أنواع.

<sup>1</sup> صالح بن اسماعيل بوشيش، المرجع السابق، ص.28.

<sup>2</sup> الأحكام التكاليفية الخمسة هي: الواجب، المندوب، المكروه، المحرم، المباح.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أ- الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى المشروع

يقصد بها استعمال الأسباب التي وضعها الشارع للوصول إلى مسبباتها<sup>1</sup>. وهي بهذا المعنى عبارة عن طريق جائز شرعا يتوصل به إلى جلب مصلحة أو درء مفسدة، أو هي عبارة عن سلوك أيسر السبل أو أسهلها للحفاظ على مصلحة مشروعة ودفع الضرر، إذ هي بطبيعتها تؤدي إلى النتائج المستهدفة منها، ومع ذلك فإن البعض قد عبر عنها بلفظ الحيلة، فقال إن مباشرة الأسباب الشرعية حيلة للحصول على مسبباتها<sup>2</sup>.

وبما أن سلوك المحتال عادة يتطلب الخفاء والذكاء والفتنة، وهذا لا بوجود له في مباشرة الأسباب الشرعية للوصول إلى مسبباتها، فإن هذا النوع ليس له من الحيل إلا الاسم فقط، كالبيع لنقل الملكية والإجارة لنقل المنفعة.

### ب - الوسيلة المحرمة التي تفضي إلى المشروع

في مثل هذه الحالة يكون الطريق محرما في نفسه وإن كان المقصود بها حقا، كاستعانة الدائن الذي لا بينة لديه، بشهود زور لكي يثبت حقه الذي ينكره المدين كذبا، وكأن يطلق الرجل زوجته ثلاثا، وينكره أنه طلقها، ولا بينة لها، فتقيم شاهدين يشهدان أنه طلقها ولم يسمعها الطلاق منه<sup>3</sup>. وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع من الحيل، فمنهم من يحرمه ومنهم من يرى أنه صحيح ولكن الإنسان يأثم على الوسيلة وحدها دون القصد.

### ج- الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى المشروع بطريق خفي

هنا يستعمل المحتال طريق مباح لم توضع من أجل تحقيق قصده، بل وضعت لغير ذلك، فيتخذها طريقا إلى هذا المقصود الصحيح والمشروع، بحيث يسلك المحتال كل الوسائل التي تكفل له

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.106.

<sup>2</sup> عبد الرحيم ديب، المرجع السابق، ص.320.

<sup>3</sup> صالح بن اسماعيل بوشيش، المرجع السابق، ص.58.



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

سرية قصده مع تحقيق غايته ، ويسعى في ذلك إلى استعمال الطرق الخفية<sup>1</sup> ، كالمراة التي تخاف أن يتزوج زوجها بأخرى فتشترط ، هي أو وليها، أنه متى تزوج بأخرى فإن أمرها سيكون بيدها، والرجل الذي يتزوج امرأة ليعتز بأهلها أو ليستعين بمالها فيما لا يغضب الله، وهذا النوع من الحيل صحيح وجائز شرعا<sup>2</sup>.

### 2- الحيل المحظورة

الحيل المحظورة هي التي تؤدي إلى إسقاط واجب أو تحريم حلال أو استخدام حرام أو إثبات باطل أو إبطال حق، وهي نوعين.

#### أ- الوسيلة المحرمة التي تفضي إلى الحرام

وتكون هذه الوسيلة غير مشروعة وتؤدي إلى غاية غير مشروعة، فكل ما كان حراما في الوسائل قصد به الحرام أو هو يؤدي إلى الحرام قطعا، فهو يندرج تحت هذا النوع من الحيل، كالغضب من أجل استباحته الأموال والأعراض، وكمن يريد إسقاط حد الزنا عنه فيسكر ثم يزني، وردة المرأة لفسخ نكاحها<sup>3</sup>.

هذا النوع من الحيل حرام من الجهتين، جهة الغاية وجهة الوسيلة، أما بالنسبة للغاية فتكون غير مشروعة، وأما الوسيلة فإن المحتال قد قصد بالسبب ما لم يشرع لأجله، بل قصد ضده، وهو بهذا قد خالف الشارع في الغاية والوسيلة والحكمة جميعا، فيصير الواجب غير واجب والمحرّم حلال<sup>4</sup>. ولهذا فإن هذا النوع من الحيل محرم باتفاق فقهاء المسلمين ، وحتى أولئك الذين اشتهروا بالحيل وأكثروا من الإفتاء بها، وقفوا عند هذا النوع موقف المتشدد منها، الداعي إلى إبطالها لحرمة الوسيلة والغاية معا.

<sup>1</sup> صالح بن اسماعيل بوبشيش، المرجع السابق، ص59.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص105.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم ديب، المرجع السابق، ص291.

<sup>4</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص62.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### ب-الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى الحرام

المفروض هنا أن الوسيلة التي يستعملها المحتال مشروعة، في حد ذاتها، ولكن المقصود محرم، فتعتبر الحيلة في هذه الحالة سلماً وطريقاً إلى الحرام، فكأنه يستعين ببراءة الوسيلة لكي يضمن سرية مقصده الخبيث وهدفه المنشود، وهو بذلك يسلك طريق مباح صالح للإفشاء إلى المباح وإلى المحرم، كما في حالة السفر لطلب العلم أو لأداء فريضة الحج، والسفر لقطع الطريق أو لارتكاب جريمة قتل، فهذه الوسائل وأمثالها صالحة للإفشاء إلى المقصود الصحيح، كما أنها صالحة أيضاً للإفشاء إلى المقصود الفاسد<sup>1</sup>.

ونفس الشيء بالنسبة للزواج الذي يتخذ وسيلة للسكينة ولبناء أسرة، كما قد يتخذ وسيلة لتحليل امرأة إلى زوجها الأول، والبيع والهبة قد يتخذان وسيلة للفرار من الزكاة أو من أداء الدين، كهبة المال قبل تمام الحول ثم استعادته ثانية للفرار من الزكاة، عوض الهبة للإحسان والتعاون على البر والتقوى.

وهذا النوع من الحيل محرم من جهة الغاية والمقصود إذا ما ظهر، لأن المحتال قد قصد إباحة ما حرم الله وإسقاط ما أوجبه.

### رابعاً : موقف المذاهب الفقهية من الحيل

من خلال تعريف الحيلة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، يتبين لنا بوضوح أنهم قد انقسموا إلى مذهبين في العمل بها، مذهب المساندين و مذهب الرافضيين .

#### 1- مذهب القائلين بمشروعيتها والمثبتين لجواز العمل بها

يرى أصحاب هذا المذهب إجازة الأخذ بالحيل، ويستندون في ذلك على أدلة من الكتاب والسنة والقياس وقواعد الفقه والمعقول، كقوله سبحانه وتعالى: "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 298.

<sup>2</sup> سورة النحل، الآية / 106.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

فالتظاهر بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، حيلة من المؤمن ليحفظ نفسه من أذى الكفار، فمن عمل بها فقد أخذ برخصة الله عز وجل، ومن تركها مات شهيدا على كلمة الحق<sup>1</sup>.

وقوله عز وجل " كذلك كدنا ليوסף ما كان لياخذ أخاه في دين الملك إلا أن يشاء الله نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم"<sup>2</sup>.

فالكيد هنا لفظ مستعار للحيلة والخديعة، والمعنى أن يوسف ما كان ليتمكن من تطبيق حكم يعقوب على أخيه، وهو استرقاق السارق، لولا سلوكه للطريق الذي علمه الله سبحانه وتعالى إياه، و هو دس السقاية في رحل أخيه بحيث لا يشعر أحد منهم بذلك، ثم النداء عليهم بالسرقة، فلما تبرؤوا منها استفتاهم في عقوبة السارق عندهم، إذا ظهر السارق منهم، فأفتوا باسترقاقه، وبعد تفتيشهم وجد السقاية في رحل أخيه فاحتجزه تطبيقا لحكم يعقوب، وتم له بذلك مقصده<sup>3</sup>.

كما استدلوا ببعض أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، حيث روي أنه عليه الصلاة والسلام أتاه رجل وأخبره أنه حلف بطلاق امرأته ثلاثا أنه لا يكلم أخاه، فقال له: "طلقها واحدة فإذا انقضت عدتها فكلم أخاك ثم تزوجها". فالرسول عليه الصلاة والسلام أرشد الرجل إلى مخرج شرعي مما وقع فيه، وهو أن يطلق امرأته طلاقة واحدة فإذا انتهت العدة، أي أصبحت أجنبية عنه كالمطلقة ثلاثا من حيث البيونة، يكلم أخاه ولا يصبر حائثا، ثم يتزوجها، وهذا صريح في تعليم الحيلة الشرعية والأخذ بها<sup>4</sup>.

هذا ويرى مجوزو الحيل بأن العقود ما هي إلا وسيلة لإسقاط الحدود، فإذا ما وطئ الرجل امرأة أجنبية من غير عقد ولا شبهة لزمه الحد، فإذا عقد عليها النكاح ثم وطئها لم يلزمه الحد، وكان العقد هنا حيلة لإسقاطه، ونفس الشيء بالنسبة لسائر العقود التي تعتبر حيلة للتوصل إلى ما لا يباح إلا بها.

<sup>1</sup> صالح بن إسماعيل بوشيش، المرجع السابق، ص.73.

<sup>2</sup> سورة يوسف، الآية / 76.

<sup>3</sup> صالح بن سماعيل بوشيش، المرجع نفسه، ص.75.

<sup>4</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.30، مطبعة السعادة، مصر، 1913، ص.209.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

كما يستندون إلى أن قبول الأمور والتصرفات على ظاهرها يؤدي إلى استقرار المعاملات بين الأفراد، بما أن الاحتيال أمر خفي يضمه المرء في قلبه ولا يمكن أن يدركه غيره، لهذا يجب الحكم بصحة المعاملة على ظاهرها، وترك ما أضمره الإنسان إلى الله عز وجل الذي يتولى السرائر. كان هذا مذهب القائلين بالحيل الذي ترأسه الأحناف وجمهور الشافعية، وتبعهم في ذلك الظاهرية والجعفرية.

### 2- مذهب القائلين بعدم مشروعيتها و النافين لجواز العمل بها

وإليه ذهب جمهور فقهاء المالكية والإباضية والزيدية والظاهر من المذهب الحنبلي، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويرى أصحاب هذا الرأي عدم إجازة الأخذ بالحيل، واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: "واسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر إذ يعتدون في السبت إذ تأتيهم حيتانهم يوم سبتهم شُرعا ويوم لا يسبتون لا تأتيهم كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون"<sup>1</sup>.

حسب العلماء والمفسرين فإن الله تعالى جعل لليهود عيدهم يوم السبت، بناء على طلبهم، وأمرهم أن يتفرغوا للعبادة وحرّم عليه صيد السمك فيه، فاحتالوا على ذلك بحيلة ظاهرها أنهم لم يصيدوا في السبت، حيث كانوا ينصبون الحبال والشباك يوم الجمعة ويخرجونها يوم الأحد.

أما أدلتهم من السنة فقد تعددت نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تتركبوا ما ارتكب اليهود والنصارى فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل"<sup>2</sup>.

حكم التحريم الذي يتضمنه هذا الحديث لأدنى الحيل يثبت للحيل عامة، فهو يعتبر تنبيه بالأدنى على الأعلى، فم أراد أن يعرض ألفا ويسترد ألفا وخمسمائة، فمن أدنى الحيل أن يقرض ألفا

<sup>1</sup>سورة الأعراف، الآية / 163.

<sup>2</sup> محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، جزء في الخلع وإبطال الحيل، ط.1، المكتب الإسلامي، 1979.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

إلا درهما ويبيع المقترض حرفة تساوي درهما بخمسائة، ولو أراد ذلك بالطريق الشرعي لتعذر عليه، وكذلك حيل اليهود بنصب الشباك يوم الجمعة وأخذ ما وقع فيها يوم الأحد<sup>1</sup>.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة"<sup>2</sup>. هذا النص صريح في تحريم الحيلة المفضية إلى إسقاط الزكاة أو انقاصها بسبب الجمع والتفريق، فإذا باع الرجل بعض نصابه قبل تمام الحول تحيل على إسقاط الزكاة، فقد فرق بين المجتمع، وإذا ساهم بنصابه مع آخر وشاركه وتحيل على إسقاط الزكاة، فقد جمع بين المتفرق، ولا تسقط عنه الزكاة في الحاليتين.

واستدلوا كذلك بأحاديثه صلى الله عليه وسلم التي تحرم زواج التحليل وبيع العينة والإهداء للمقترض، ويرى المنافون للحيل بأن المحتال يقوم بعمله بتغيير الأحكام الشرعية المقصودة للشارع، وهو بذلك يبطل ما فيها من حكمة.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالتعمق في دراسة المذاهب الإسلامية نجد أنها قد استعانت جميعها بالحيل المشروعة، على الرغم من أن الإمامين مالك وأحمد بن حنبل كانا من المعارضين لها بشدة، وأن الاستعانة بها كانت عاملاً أساسياً من عوامل تطور الفقه الإسلامي وتقدمه<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: دور الحيل في الفقه الإسلامي

كان للحيلة أثر محدود في الشريعة الإسلامية وذلك راجع لطبيعتها التي تختلف كثيراً عن القانون الروماني، فقد وردت أحكامها في صورة قواعد عامة كلية، بعيدة كل البعد عن الشكليات والإجراءات الرسمية.

و قد استعملت الحيلة في الشريعة الإسلامية إما لتبرير أو تخفيف آثار بعض النظم القانونية أو لاستحداث نظم جديدة.

<sup>1</sup> صالح بن إسماعيل بوشيش، المرجع السابق، ص.90.

<sup>2</sup> البخاري، كتاب الحيل، باب في الزكاة وأن لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة.

<sup>3</sup> أبو زيد مصطفى عبد الباقي، المرجع السابق، ص.77.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أولاً : الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم

اضطر فقهاء الشريعة إلى استعمال الحيلة في تصوير بعض النظم القانونية تصويراً خيالياً من أجل تبريرها، حتى يسهل على الناس فهما، وحتى يمكن ضبطها، كافتراض حياة المورث وتوريث الجنين و افتراض موت المفقود.

#### 1-افتراض حياة المورث

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنه "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون، وبذلك يمتنع على الورثة التصرف في أموال التركة لحين سداد ديونها، وفي نفس الوقت قد زالت ملكية المالك لأموال التركة بوفاته، فلمن تكون ملكية التركة في الفترة ما بين وفاة المورث وتسديد الديون؟.

إذا أخذنا بهذا المنطق على ظاهره، فإنه يترتب عليه بقاء التركة سائبة في هذه الفترة، ولتفادي تلك النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة التالية، الافتراض أن المورث حي لغاية تسديد ديونه، وبذلك تبقى الملكية للمورث، ولا يستطيع الورثة التصرف فيها قبل الوفاء بدينها لأنها لم تصبح مملوكة لهم بعد<sup>1</sup>.

#### 2-توريث الجنين

من المقرر أيضاً في الفقه الإسلامي أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حياً، وإعمال هذه القاعدة يؤدي إلى عدم توريث الجنين في حال وفاة مورثه، لأنه لم يولد بعد ، ولقد لجأ الفقهاء إلى حيلة لتوريث الجنين في بطن أمه، وذلك بافتراض أنه شخص قبل ولادته، ومن ثم يستحق نصيباً في التركة في حال وفاة المورث<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. ص. 174 ، 175.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص.164.

### 3- افتراض موت المفقود

من الشروط الأساسية في الميراث ثبوت وفاة المورث، أما المفقود فهو الشخص الذي لا يعرف موته أو حياته على وجه اليقين، ومع ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا مضت مدة معينة على غيابه يحكم بموته وتقسّم أمواله بين ورثته، وهذا الحكم قائم على افتراض أن المفقود الذي طال غيابه قد مات<sup>1</sup>.

### ثانياً: الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية

لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الحيل لتخفيف الآثار المترتبة على بعض النظم القانونية، ومن خلال بعض العقود التي لجأ إليها الناس ليتوصلوا بها إلى أغراض مشروعة يمنع تحقيقها تطبيق الأحكام التفصيلية والشروط التي وضعها الفقهاء لصحة التصرفات القانونية، ومن أمثلة ذلك عقد المضاربة وتصرفات المريض مرض الموت.

### 1- عقد المضاربة

عقد المضاربة عبارة عن عقد شركة بين طرفين، صاحب المال الذي لا يستطيع استثمار ماله، والعامل أو المضارب الذي يحسن العمل ولا يملك المال، حيث يقسم الربح بينهما حسب اتفاقهما<sup>2</sup>.

ولا يعتبر صاحب العمل في عقد المضاربة، أمين، ومن تم فإنه لا يضمن المال الذي سلمه له صاحب رأس المال، ولا يستطيع هذا الأخير اشتراط الضمان في هذا العقد، لأنه شرط غير صحيح في نظر الفقهاء، وبذلك يكون لصاحب المال خيارين، إما الامتناع عن المضاربة، ويحرم وشريكة بالتالي من الربح الذي قد يعود عليها، وإما دفع المال إلى شريكه، بدون أي ضمان، وفي هذه الحالة يكون ماله عرضة للضياع، وأمام هذين الخيارين الصعبين، اضطر الناس إلى اللجوء إلى الحيلة

<sup>1</sup> محمد اللافي، ميلاد يونس، المرجع نفسه، ص.175.

<sup>2</sup> زيد بن محمد الرماني، عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل، ط.1، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004، ص.06.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

التالية، يقدم صاحب المال إلى شريكه المال على سبيل القرض، وفي هذه الحالة يكون الشريك ملزماً برده، ثم يدفع صاحب المال إلى صاحب العمل مبلغاً زهيداً على سبيل المضاربة، ثم يستغلن المبلغين "مبلغ القرض ومبلغ المضاربة" في التجارة بينهما، ويتفقان على نصيب كل منهما في الربح، وبذلك يتمكن صاحب المال، عن طريق عقد القرض الصوري من استغلال ماله، مع ضمان عدم ضياعه<sup>1</sup>.

### 2- تصرفات المريض مرض الموت

من المقرر في الفقه الإسلامي أن تصرفات المريض مرض الموت، الصادرة منه إلى أحد ورثته، لا تنفذ في حق بقية الورثة، إلا بإجازتهم، كالإقرار بدين أو البيع الذي لا ينفذ في حق بقية الورثة إلا بإجازتهم، هذه القاعدة وضعت لحماية مصالح الورثة، حتى لا يؤثر المورث أحدهم بنصيب أكبر من نصيبه الشرعي.

ولكن قد يكون المريض مديناً حقيقياً لأحد ورثته، لذلك لجأ الفقهاء إلى التحايل لتحصيل حق الوارث مع عدم تعطيل الحكم السابق، وذلك بأن يقر المريض بذلك الدين لشخص أجنبي يثق به، على أن يدفعه هذا الأخير إلى الوارث صاحب الدين بعد ذلك.

### ثالثاً: الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم جديدة

أدت الظروف الاقتصادية والتغيرات الاجتماعية بفقهاء الإسلام إلى اللجوء إلى الحيل، من أجل خلق نظم قانونية جديدة تسير الأوضاع والتطورات.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص. 111. 112. محمد اللافى، منصور ميلاد يونس، المرجع السابق، ص. 175. 176.



## 1-الإقرار بالنسب

حرمت الشريعة الإسلامية التبني لقوله تعالى: " وما جعل أدياءكم أولادكم، أديعهم لأبائهم هو أقسط عند الله"<sup>1</sup>. وأقرت أن النسب يثبت بالفراش والإقرار والبينة، وما يهمننا هما هو الإثبات بالإقرار الذي يستلزم توافر شروط معينة، ويرتب آثار شرعية هي: القرابة والنفقة والتوارث، فإذا قام الشخص بالإقرار بثبوت نسب طفل لقيط إليه، فإن هذا الإقرار يترتب آثاره الشرعية متى توافرت شروطه، ويصل في النهاية إلى تبني هذا اللقيط، وبذلك يستعمل الإقرار لتحقيق أغراض شبيهة بما يحققه نظام التبني المحرم في الإسلام<sup>2</sup>.

## 2-بيع العينة

بيع العينة هو أن يشتري شخصاً شيئاً بثمن مؤجل، ثم يبيعه مرة ثانية إلى بائعه بثمن أقل من الثمن الذي اشتراه به<sup>3</sup>.

وهذا يعتبر تحايل على أحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم التعامل بالربا، لأن هذا البيع يخفي عقد قرض، ولذلك اختلف الفقهاء بشأنه فأجازوه الشافعية والأحناف، وأبطله المالكية والحنابلة<sup>4</sup>.

## 3-بيع الوفاء

بيع الوفاء البيع بشرط استرداد البائع للمبيع متى رد الثمن المشتري، وسمي بيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط، فهو بيع معلق على شرط فاسخ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية / 04،05.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.113.

<sup>3</sup> بيع العينة هو عبارة عن قرض في صورة بيع لاستحلال الفضل.

<sup>4</sup> بيع العينة حكمه ومعناه ، سبتمبر 2005 ، (2014/08/07)

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وهو في الحقيقة عبارة عن عقد بيع صوري يخفي قرصاً حقيقياً، بحيث يكون المقترض في مركز البائع والمقرض في مركز المشتري، وبهذه الحيلة يتمكن البائع من الحصول على ما يحتاجه من مال، والمشتري من الانتفاع بالشيء المبيع حتى يسترده البائع، وقد ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول صحة هذا البيع<sup>1</sup>.

### 4- الحوالة

يجيز الفقه الإسلامي انتقال الالتزام بين الأحياء من الناحية السلبية "حوالة الدين"، ولكنه لا يجيز انتقال الالتزام من الناحية الإيجابية "حوالة الحق"، هذه القاعدة أثارت صعوبات عديدة من الناحية العملية، مما اضطر الفقهاء إلى التحايل بغية الوصول إلى نفس النتائج التي تترتب على حوالة الحق، واستعملوا حوالة الدين في غير أغراضها كطريق لحوالة الحق، حيث يمنح الدائن، الشخص الذي يريد تحويل حقه إليه، توكيلاً بقبض الدين من المدين، ويهبه إليه في نفس الوقت.

أو قد يشير في بنود العقد في حالات أخرى، إلى وجوب الوفاء بالدين من قبل المدين لمن يطالبه بالوفاء، وبذلك يحصل الدائن على قبول المدين للحوالة مقدماً<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> يسمى المالكية بيع الوفاء ببيع الثنيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة، ويسمى أيضاً الطاعة وبيع الحائز، وفي بعض كتب الحنفية أشير إليه ببيع المعاملة.

<sup>2</sup> علي جعفر، المرجع السابق، ص.166.

## المبحث الثاني: الحيل القانونية في الفكر القانوني الحديث

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

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

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

## المطلب الأول: الشخصية الاعتبارية

إذا ما تمعنا في فحص قواعد القانون الخاص في التشريعات المعاصرة، نجد بعض الحيل القانونية التي استعان بها الفقه والقضاء والمشرع نفسه، لشرح وتبرير نظم قانونية معينة وتسهيل فهمها، ولتوسيع نطاق تطبيق البعض الآخر، أو من أجل خلق قواعد جديدة كلياً، كفكرة الشخصية

<sup>1</sup> عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية، مصر، 1952، ص.92.

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

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

الاعتبارية والعقار بالتخصيص والمنقول بحسب المآل والأثر الرجعي للقسمة والنيابة في التعاقد ، وقد تم التركيز على فكرتي الشخصية الاعتبارية و النيابة في التعاقد ودراستهما فيما يلي .

### الفرع الأول: مفهوم الشخصية الاعتبارية

نالت الشخصية الاعتبارية أهمية قصوى في العصر الحديث، نتيجة التطورات الكبرى التي عرفتها البشرية، والتقدم العلمي والتكنولوجي، وزيادة المعاملات التجارية وتوسعها، حيث أصبحت شركة الأموال والأشخاص ضرورة حتمية لتحقيق أغراض معينة<sup>1</sup>.

في ظل هذه الظروف، وأمام الحاجة الملحة لتأمين الحماية القانونية لهذه التكتلات، اعترف الفقه القانوني بالشخصية القانونية لمجموعات من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض معين، كالشركات والجمعيات، أو لمجموعات من الأموال كالمؤسسات والأوقاف، وهي شخصية مستقلة تماما عن شخصيات الأفراد المكونين لها، تمكنها من ابرام التصرفات القانونية و اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.

### أولاً: تعريف الشخص الاعتباري

الشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين، يعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض<sup>2</sup>.

كما يطلق عليها الأشخاص المعنوية "Les personnes morales" لأنها ليس لديها كيان مادي ملموس، وإنما قيامها هو مجرد تصور ذهني، وتسمى كذلك عند بعض الفقهاء بالأشخاص القانونية "Les personnes juridiques" لأنها توجد نتيجة اعتبار القانون لها.

<sup>1</sup> حمزة حمزة، الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني ، المجلد 17، 2011، ص111.

<sup>2</sup> إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.236. محمود نعمان، المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1975، ص.235.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

بالتالي فإن الشخصية القانونية المعنوية يمكن أن تكون عبارة عن جماعة من عدة أشخاص، إلا أنها تعتبر شخصا واحدا متميزا له كيانه الخاص، والمستقل عن الأشخاص الذين يدخلون في تكوينها، كما يمكن أن تكون مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين<sup>1</sup>.

### ثانيا: خصائص الشخصية الاعتبارية

يترتب على الاعتراف للشخص الاعتباري بالشخصية القانونية، مثله في ذلك مثل الشخص الطبيعي، أن يتمكن من ممارسة الحقوق وتحمل الالتزامات التي للشخص الطبيعي، إلا ما كان منها ملازما لصفه الإنسان.

### 1- حياة الشخص الاعتباري

للحديث عن حياة الشخص الاعتباري ينبغي التطرق أولا إلى بدء الشخصية المعنوية، وثانيا إلى انتهاءها.

### أ- بداية الشخصية المعنوية

لا تبدأ الشخصية المعنوية لجماعة أو هيئة معينة، إلا بموافقة القانون باعتراف السلطة المختصة في الدولة بها، و يكون هذا الاعتراف بالنسبة للدولة من مجموعة الدول الأخرى<sup>2</sup>، وبالنسبة لبقية الأشخاص من الدولة نفسها، عن طريق الاعتراف العام أو الخاص.

---

<sup>1</sup> الجمعية مثلا تعتبر شخصا مستقلا عن الأشخاص الذين يكونونها أو ينضمون إليها، والشركة شخصا مستقلا عن شخصية الشركاء.

<sup>2</sup> تبدأ الشخصية المعنوية للدولة من يوم توافر عناصرها الثلاثة من شعب وإقليم وحكومة ذات سيادة، واعتراف الدول بها كعضو في المجتمع الدولي وفرد من أفراد القانون الدولي العام.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أ-1: الاعتراف العام أو الموافقة العامة

تكون الموافقة عامة، عندما يضع المشرع شروطاً عامة، يجب توافرها في جماعات الأشخاص أو الأموال لكسب الشخصية المعنوية، حيث يؤدي تحقق هذه الشروط إلى قيام الشخصية الاعتبارية بحكم القانون، دون الحاجة إلى إذن خاص، ويتحقق ذلك عندما ينظم القانون نماذج معينة من الجماعات محدداً الشروط الواجب توافرها في كل نموذج، بحيث تثبت الشخصية المعنوية لكل جماعة تضمن هذه الشروط<sup>1</sup>.

### أ-2: الاعتراف الخاص أو الموافقة الخاصة

تكون الموافقة خاصة، عندما يصدر المشرع إذن خاص بمنح الشخصية الاعتبارية لكل جماعة أشخاص أو مجموعة أموال عند تكوينها على حدى، أي أن يكون الاعتراف خاص بجماعة معينة بالذات، كأن يصدر قانوناً بإنشاء مؤسسة أو هيئة معينة، ويقرر تمتعها بالشخصية المعنوية<sup>2</sup>.

### ب- نهاية الشخصية المعنوية

تختلف أسباب نهاية الشخصية المعنوية باختلاف ظروف إنشائها من جهة، ونوع الشخص الاعتباري من جهة أخرى.

قد يحدد للشخص المعنوي أجل معين لانقضائه في قانون إنشائه، ففي هذه الحالة تنتهي شخصيته بانقضاء هذا الأجل، كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة عشر سنوات، فبطول الأجل تنقضي الشخصية المعنوية للشركة أو الجمعية.

وكما سبق القول فإن الشخصية المعنوية تمنح للجماعات والهيئات من أجل تحقيق غرض أو هدف معين، فإذا تحقق هذا الغرض أو الهدف، لم يعد هناك سبب لبقائها متمتعة بالشخصية

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1972، ص.260.

<sup>2</sup> محمود نعمان، المرجع السابق، ص.237.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

المعنوية، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلاً<sup>1</sup>.

كما يمكن أن تنتهي الشخصية المعنوية بطريقة اختيارية، إذا كان الشخص الاعتباري يتكون من جماعة من الأشخاص، واتفق كل الشركاء على حله، أو بطريقة إجبارية عند صدور قانون بإلغائها من السلطة التي أصدرت قانون إنشائها، كما قد يكون الإنهاء من السلطة القضائية بمقتضى حكم بحل الشخص الاعتباري، بناء على سبب من الأسباب التي يقررها القانون<sup>2</sup>.

### 2- اسم الشخص الاعتباري

للشخص المعنوي كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي، اسم يميزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية، ويشترط القانون عادة ذكر اسم الشخص المعنوي في سند إنشائه، لأنه في نفس الوقت حق وواجب للشخص الاعتباري<sup>3</sup>.

والأشخاص الاعتبارية العامة تحدد لها الدولة أسماؤها، أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فيسميها أصحابها، ويتمتع هذا الاسم بالحماية القانونية، فإذا ما اعتدى عليه كان للشخص المعنوي أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عن الأضرار<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> تنقضي الشخصية المعنوية إذا أصبح الهدف من إنشائها مستحيلاً سواء كانت الاستحالة مادية أو قانونية، ومثال

ذلك تنشأ شركة تجارية برأس مال معين، فيهلك مالها أو يصدر قانون يمنع التعامل في المجال الذي تنشط فيه.

<sup>2</sup> محمود النعمان، المرجع السابق، ص. 236-239. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 260-262.

<sup>3</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 245.

<sup>4</sup> تنقسم الأشخاص المعنوية إلى أشخاص عامة هي: الدولة وفروعها كالولايات والبلديات والهيئات والمؤسسات العمومية التي منحها القانون الشخصية الاعتبارية، وأشخاص خاصة يقصد بها جماعات الأشخاص التي تتكون لتحقيق غرض معين وتشمل الشركات والجمعيات، ومجموعة الأموال التي ترصد لتحقيق غرض معين، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة. وقد نص المشرع الجزائري عليها في المادة 49 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في جوان 2010 المعدل والمتمم للقانون المدني.

### 3-موطن الشخص الاعتباري

للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن أعضائه، هو المكان الذي يوجد به مركز إدارته، وإذا كانت له فروع يكون محل كل فرع موطناً له فيما يتعلق بمجال نشاطه<sup>1</sup>.

### 4-حالة الشخص الاعتباري

يختلف الشخص الاعتباري عن الشخص الطبيعي، في كونه ليست لديه روابط عائلية ولا روابط دينية، إذن تقتصر حالته على جنسيته التي تتحدد في قانون إنشاءه، مما يسمح بالتمييز بين الأشخاص الوطنية والأجنبية<sup>2</sup>.

### 5- الذمة المالية للشخص الاعتباري

من أبرز مميزات الشخص الاعتباري ذمته المالية المستقلة عن ذمة الأشخاص الطبيعيين المكونين له، بالتالي لا يجوز لدائني الأعضاء التنفيذ على أموال الشخص الاعتباري، لأنها ليست أموال مدينهم، كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري، التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء أو المؤسسين<sup>3</sup>.

### 6-أهلية الشخص الاعتباري

يترتب على الشخصية القانونية للشخص الاعتباري صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولإبرام التصرفات القانونية، وبما أن الشخص المعنوي ليست له إرادة فإنه يقوم بنشاطه بواسطة شخص طبيعي يمثله ويعبر عن إرادته، ويعتبر نائباً قانونياً عنه، كالمدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العامة، فهؤلاء الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص المعنوي، هم الأداة التي يزول

<sup>1</sup> محمود نعمان، المرجع السابق، ص. 240.

<sup>2</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 245.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 263.



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

بها نشاطه، ولهم أن يبرموا التصرفات القانونية لحسابه في حدود صلاحياتهم، وحدود الغرض الذي أنشأ من أجله الشخص الاعتباري، مع انصراف آثاره هذه التصرفات إلى هذا الأخير<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية

أثارت فكرة الشخصية المعنوية خلافا كبيرا بين الفقهاء، فمنهم من اعتبرها مجرد افتراض من المشرع، ومنهم من نظر إليها على أنها حقيقة واقعية، لا مجاز فيها ولا افتراض، ولهذا تعددت النظريات التي حاولت تحديد طبيعة الشخص الاعتباري<sup>2</sup>.

### أولاً: نظرية الافتراض أو المجاز القانوني

قال بهذه النظرية أصحاب المذهب الفردي وعلى رأسهم سافيني "Savigny"، ومؤداها أن الحق هو سلطة إرادية لا يمكن أن يسند إلا لشخص له إرادة، والشخص الطبيعي، أي الإنسان وحده هو الذي له وجود قانوني وإرادة يعتد بها القانون، إذن هو الذي يصح أن يكون طرفاً في الحق، وهو وحده الذي يتمتع بالشخصية القانونية، أما الشخص الاعتباري فليس له وجود حقيقي، وليست له إرادة بطبيعته، بالتالي لا يمكن أن تستند إليه الحقوق<sup>3</sup>.

ولكن المشرع يستطيع إذا رأى فائدة عملية من إنشاء الشخص الاعتباري أن يخلقه خلقاً، ويفترض له الشخصية القانونية افتراضاً، حتى يستطيع الدخول للحياة القانونية في المجتمع كطرف موجب أو سالب في الحقوق والالتزامات<sup>4</sup>، كما يستطيع أن يفرض عليه بعض القيود، وأن يسحب

<sup>1</sup> محمود نعمان، المرجع السابق، ص.241.

<sup>2</sup> بالإضافة إلى النظريات التي عملت على تحديد ماهية الشخص الاعتباري وطبيعته القانونية، هناك نظرية الغلط التي نادت بعدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية، لأن الأشخاص المعنوية حسب وجهة نظر رواد هذه النظرية، مجرد تحف غير شرعية وبدون أية فائدة.

<sup>3</sup> Mikhaïl xifaras, Op.Cit., p.125.

<sup>4</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص.238.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

اعترافه به فيرده إلى العدم، لأنه لا يقوم على وجود حقيقي ملموس، بل على وجود افتراض أرادته المشرع<sup>1</sup>.

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

### 1- نقد نظرية الافتراض أو المجاز القانوني

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

كما أن الحيل لا يمكنها أن تخلق من العدم وجودا، ولا يمكنها تحديد مالك لأشياء، لا يملكها أشخاص طبيعيين، وبما أن لكل حق صاحب، فإن القول بأن صاحبه هو شخص افتراضي لا وجود له في الحقيقة، يعني أن هذا الحق أو المال سائب لا صاحب له<sup>2</sup>.

يضاف إلى ذلك أن هذه النظرية تعتبر الدولة شخصا اعتباريا افتراضيا، وبما أن الدولة هي التي تخلق بقية الأشخاص الاعتبارية فإن التساؤل ثار حول من خلق الدول؟. رد أنصار النظرية بالقول أن الدولة تعتبر استثناء، شخصا اعتباريا حقيقيا، لأن وجودها ضروري محتوم، وهذا الاستثناء وحدة يهدم النظرية، فإذا ما اعترف للدولة بالشخصية الحقيقية، ما الذي يمنع هذا الاعتراف بالنسبة لبقية المجموعات، كما أنه وبناء على منطق هذه النظرية التي تعتبر الدولة شخصا اعتباريا، فإن الدولة تكون بهذا شخصا وهميا، وبالتالي تكون سيادتها أيضا وهمية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحق عقلة، المبادئ الأساسية لدراسة القانون والعلم الإداريين، ج.1، دار العلم، (د.م.ن)، 2002، ص.145.

<sup>2</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.127.

<sup>3</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص، الأموال، الإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1985، ص.155.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ويضيف منتقدو هذه النظرية فكرة أخرى مفادها، أن النظرية تعتبر الحق سلطة إرادية، بينما يكاد يجمع الفقه على أن الإرادة أو القدرة الإرادية ليست هي جوهر قيام الحق، وإنما هي ضرورية لمباشرته فقط، فغالبا ما تنشأ الحقوق دون إرادة<sup>1</sup>.

### ثانيا: نظرية الشخصية الحقيقية

قال بهذه النظرية بعض الفقهاء الألمان، ومؤداها أن فكرة الشخصية المعنوية هي حقيقة قانونية واقعية مثل الشخصية القانونية الطبيعية المقررة للإنسان، فهي ليست افتراضات لا وجود لها إلا حيثما يريد المشرع وعندما ينص عليها القانون، ولكنها حقائق واقعية تفرض نفسها على المشرع، لأنها توجد من تلقاء نفسها بمجرد تكوينها، دون انتظار اعتراف المشرع أو القانون بوجودها<sup>2</sup>.

فمجموعات الأشخاص وتجمعات الأموال التي تهدف إلى تحقيق مصالح مشتركة ليست أشخاصا افتراضية، بل هي أشخاص حقيقية ملموسة<sup>3</sup>، وإذا اعترف لها المشرع بالشخصية فهو لا يخلق شيئا من العدم، وإنما يقرر هذا الوجود ويعترف به، فهو لا يستطيع أن يتجاهل هذه المجموعات التي تكونت من أجل تحقيق أغراض مشروعة، بما أن المكونين لها قرروا أن تكون المجموعة هي صاحبة المال المرصود، ويقتصر دور المشرع هنا في مراقبة مشروعيته نشاطها وتنظيمه كما يفعل مع الإنسان الطبيعي.

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

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

<sup>1</sup> بكر عبد الفتاح، السرحان، المدخل إلى علم القانون، ط.1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، (د.م.ن)، 2012، ص.252.

<sup>2</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 238.

<sup>3</sup> « Les personnes morales ont une existence réelle, celle de ces êtres sociaux que sont les groupements » . Mikhaïl Xifaras, Op.Cit., p.125.

## 1-نظرية الحقيقة العضوية

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

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

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

## 2-نظرية الإرادة

يرى أصحاب هذه النظرية أن الشخص المعنوي يشبه الشخص الطبيعي من حيث توافر الإرادة لدى كل منهما، فالشخص المعنوي إرادة خاصة مثله في ذلك مثل الشخص الطبيعي، وهي تتكون من مجموع إرادات الأشخاص الطبيعيين المكونين له، هذه الإرادة هي إرادة مشتركة مختلفة ومستقلة عن إرادة الأفراد المكونين له، وهي تجعل من الشخص الاعتباري مؤهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

<sup>1</sup> السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.129.

<sup>2</sup> بكر عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.253.

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

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ويعاب على هذه النظرية عدم وضوح المقصود بالإرادة المشتركة من جهة، ومن جهة أخرى يكاد يجمع الفقه على أن الإرادة وحدها ليست كافية لقيام الشخصية القانونية أو لوجودها، في حين تؤسس النظرية الشخصية القانونية للشخص الاعتباري على وجود الإرادة<sup>1</sup>.

### 3-نظرية الحقيقة الاجتماعية

يرى أنصار نظرية الحقيقة الاجتماعية أن الشخصية القانونية تمنح للشخص الاعتباري، ليس باعتباره شخصا طبيعيا ولكن لكونه شخصا اجتماعيا له مكانته في المجتمع وعلاقاته الاجتماعية، وله حقوق وواجبات ومصالح خاصة متميزة عن مصالح غيره من الأشخاص، مما يقتضي أن يتميز عنهم بشخصية قانونية خاصة به<sup>2</sup>.

ويؤسس هذا الرأي الشخصية الاعتبارية على وجود مصالح مشتركة جماعية مستقلة عن المصالح الفردية، ويرى بأن المصلحة هي محور الحق، وما دامت الأشخاص الاعتبارية تتكون من أجل تحقيق مصالح جماعية مشروعة، فهي جديرة بالحماية القانونية، ويجب الاعتراف لها بالشخصية القانونية التي ترتفع هنا إلى مرتبة الحق، فالمصلحة الظاهرة المحسوسة والقائمة تجعل الكيان المرتبط بها والحائز لها واقعا حقيقيا، يلزم القانون بالاعتراف به وبمنحة الشخصية القانونية<sup>3</sup>.

ويعاب على هذه النظرية أنها تربط بين المصلحة والشخصية، فهي ترى بأن الشخصية القانونية لا تثبت إلا لصاحب المصلحة، وهم الأفراد المكونين للأشخاص الاعتبارية، على اعتبار أنهم هم الذين ينتفعون من هذه الأشخاص، أما منح الشخصية القانونية للشخص الاعتباري استقلالا عن المكونين له، فهو افتراض لا أساس له في الواقع، مما يهدم النظرية ككل<sup>4</sup>.

كما أن استبعاد التشريع عند إنشاء الشخص الاعتباري، يشكل أحد جوانب المغالاة في هذه النظرية، فحتى لو كانت هنالك مصالح جماعية يهدف الشخص الاعتباري إلى تحقيقها، يبقى من

<sup>1</sup> بكر عبد الفتاح سرحان، المرجع السابق، ص. 253 .

<sup>2</sup> أحمد سي علي، المرجع السابق، ص. 99.

<sup>3</sup> بكر عبد الفتاح سرحان، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

<sup>4</sup> أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص. 100.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

واجب المشرع التحقق من الأساس، والهدف من تجميع الأموال أو الأشخاص، والتأكد من توفر الضمانات التي يراها ضرورية للاعتراف بالشخصية القانونية، ونتيجة لكل هذا يمكنه قبول أو رفض إنشاء الشخص الاعتباري.

ومن جانب آخر لا يمكن مقارنة الشخص الطبيعي، باعتباره كائنا اجتماعيا، بالشخص الاعتباري، والقول بأنه ينبغي على المشرع الاعتراف لكليهما بالشخصية القانونية، على اعتبار أن الشخص الاعتباري يسجل كما يسجل الشخص الطبيعي عند ميلاده، لأن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي مكرسة بموجب موثيق دولية نصت على حقوقه باعتباره إنساناً<sup>1</sup>، وهذا ما لم يحظى به الشخص الاعتباري، مهما ارتقت مكانته في المجتمع<sup>2</sup>.

يضاف إلى كل هذه الانتقادات التي وجهت للنظريات الثلاثة التي تفرعت عن نظرية الشخصية الحقيقية، الانتقادات التي وجهت للنظرية ككل بتصوراتها المختلفة، حيث أخذ عليها مبالغتها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي في وجوده، دون الأخذ بعين الاعتبار أن سلطات المشرع تتوسع بالنسبة للأشخاص المعنوية مقارنة بالأشخاص الطبيعية، حيث يضع المشرع كل ما يراه ضروريا من شروط للاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري، كما له أن يرفض الاعتراف وأن يقيد أهليته وحرية بالنسبة لبعض الحقوق المدنية، في حين لا يمكنه فعل كل ذلك مع الأشخاص الطبيعية.

### ثالثا: نظرية النظام القانوني (النظرية الاجتماعية)

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

<sup>1</sup> المواد 01 و22 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد و الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

<sup>2</sup> أحمد سي علي، المرجع السابق، ص.99.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

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

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

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

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

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

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

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

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

### المطلب الثاني: النيابة في التعاقد

للنيابة في القانون المدني كما هو الحال بالنسبة لبقية فروع القانون العام منها والخاص، تطبيقات كثيرة ومتنوعة تتسع لتشمل عدة مجالات، فالقانون الدستوري مثلا يعرف النيابة كأساس للنظام الديموقراطي الذي يتمثل في الحكومية النيابية، وقانون الاجراءات المدنية والإدارية يعرفها في النيابة عن الخصوم في الدعاوى، والقانون التجاري في أحكام الشركات .

والأصل أن تباشر عملية التعاقد مبدئيا بواسطة ذوي الشأن، وأن يعبر كل متعاقد عن إرادته بنفسه، غير أنه قد تحيط بالفرد بعض الظروف التي قد تحول دون تمكنه من ذلك، كأن يكون ناقص الأهلية أو فاقدها لصغر سنه أو لجنونه أو لسفه، أو أن يتغيب المتعاقد بسبب مرضه أو انشغاله، ولذلك أجاز المشرع تسهيلا للتعامل، أن يقوم شخص آخر يمثل المتعاقد يسمى " النائب " بالتعاقد، حيث يتم التعاقد بإرادة النائب، بينما تتصرف آثار العقد إلى المنوب عنه الذي يسمى "الأصيل " .

### الفرع الأول: مفهوم النيابة في التعاقد

تعرض القانون المدني الجزائري لأحكام النيابة في المواد من 73 إلى غاية 77، وسوف نتناول ما ورد في هذه النصوص بالشرح والتحليل، من خلال تبين المقصود بالنيابة في التعاقد وتحديد أنواعها وشروطها، ثم الأساس القانوني لها والآثار المترتبة عنها .



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أولاً: تعريف النيابة في التعاقد

النيابة في التعاقد هي حلول إرادة شخص هو النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل، في إبرام تصرف قانوني تتصرف آثاره مباشرة إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب<sup>1</sup>.

وهكذا فإن النيابة هي وضعية قانونية تستلزم وجود شخصين ينوب أحدهما، ويسمى النائب، عن شخص آخر، ويسمى الأصيل، في إبرام تصرف قانوني، بحيث ينشأ هذا التصرف بإرادة النائب وتتصرف آثاره إلى الأصيل. وبذلك يكون النائب طرفاً في التصرف، ولكنه لا يكون طرفاً في العلاقة التي تنشأ عن هذا التصرف، لأن آثار التصرف تتصرف إلى الأصيل كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه، فهناك إرادتان، إرادة تلتزم فتتولى إنشاء التصرف، هي إرادة النائب، وإرادة تتصرف إليها آثار العقد فنكتسب ما ينشأ عنه من حقوق وتحمل ما يترتب عنه من واجبات، هي إرادة الأصيل<sup>2</sup>.

والأصل أن النيابة تجوز في كل التصرفات القانونية، ويستثنى من ذلك التصرفات التي يعتبرها القانون أعمالاً شخصية، بمعنى أنها يجب أن تصدر من صاحب الشأن شخصياً، فهذه لا تجوز النيابة فيها، كحلف اليمين والتوقيع وأداء الشهادة<sup>3</sup>.

### ثانياً : أنواع النيابة في التعاقد

تنقسم النيابة بحسب مصدرها إلى نوعين نيابة اتفاقية ونيابة قانونية .

#### 1-النيابة الاتفاقية

تكون النيابة اتفاقية عندما تستند في وجودها إلى عقد بين الأصيل والنائب، بمقتضاه ينوب الأول الثاني عنه في إبرام عقد أو تصرف قانوني معين، وهذا ما يتحقق عادة في عقد الوكالة،

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.235. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.184.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص.125.

<sup>3</sup> جلال محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.59.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

فالوكيل يعد نائبا عن الموكل بمقتضى عقد الوكالة، بيد أن العقد المنشئ للنيابة الاتفاقية قد يكون عقداً آخر غير عقد الوكالة، كعقد العمل الذي يخول للعامل في المحل التجاري سلطة التعامل مع العملاء باسم رب العمل.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 571 مدني على أن: " الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخصا شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه ".

غير أنه لا بد من التمييز بين الوكالة والإنابة، ففي الوكالة يتعامل الوكيل مع الغير باسم ولحساب الموكل، أما في النيابة فيتعامل النائب باسمه الشخصي ولحساب الأصيل.

وقد تكون الإنابة مصحوبة بوكالة، حيث يتعامل الوكيل باسم و لحساب الموكل، وهذه هي النيابة الاتفاقية، وإذا لم تكن كذلك فإن النائب، أي الوكيل، يتعامل باسمه الشخصي ولكن لحساب الموكل<sup>1</sup>.

ومتى كانت النيابة اتفاقية، فإن الاتفاق هو الذي يحدد نطاق سلطات النائب في تمثيل الأصيل، ونطاق نيابته بوجه عام، وبذلك تكون النيابة اتفاقية من حيث مصدرها ومن حيث نطاقها ومداها<sup>2</sup>.

## 2- النيابة القانونية

تكون النيابة قانونية إذا كان مصدرها القانون، أي عندما يخول القانون شخصا معيناً سلطة النيابة عن غيره، ويتولى تحديد نطاق هذه السلطة، ومثال ذلك نيابة الولي الشرعي، الأب أو الجد الصحيح عن أولاده القصر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.128.

<sup>2</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم النيه ، المرجع السابق ، ص.232.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.230.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وقد يفوض القانون مهمة تحديد الشخص النائب إلى القاضي المختص، كما هو الحال بالنسبة إلى الوصي والقيم والحارس القضائي، وتسمى في هذه الحالة بالنيابة القضائية بما أن القضاء هو الذي يعين النائب.

هذا ولا تخلو النيابة القضائية من تدخل المشرع لتنظيمها، ففي نيابة الوصي مثلا يتولى القانون تحديد الشروط التي يتعين توافرها في الوصي، أي النائب كما يتولى تحديد سلطات، في حين يترك للقاضي مهمة تعيينه .

وهناك من يري أن النيابة القانونية تمتد كي تشمل، بالإضافة إلى الولي الشرعي، كل من القيم والوصي والوكيل عن الغائب والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه ، غير أن البعض الآخر يقف عند المصدر المباشر للنيابة، ويقصر النيابة القانونية على الولي الشرعي وعلى الدائن الذي يستعمل حق مدينه في الدعوى غير المباشرة ، لتكون نيابة كل من الوصي والقيم والوكيل عن الغائب نيابة قضائية .

### ثالثا: شروط النيابة في التعاقد

بالإضافة إلى ضرورة توافر صفة النائب التي يستمدها الشخص من القانون أو من الاتفاق، حسب مصدر النيابة، يجب توافر ثلاثة شروط جوهرية لتتحقق النيابة في التعاقد، هي أن تحل إرادة النائب محل إرادة الاصيل، وأن يكون التعاقد باسم الأصيل، وأن يلتزم النائب حدود النيابة، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الشروط من خلال المادتين 73 و 74 مدني .

#### 1-حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

يفترض التعاقد عن طريق النيابة أن يقوم النائب بالتعبير عن إرادته هو، وليس عن إرادة الأصيل، فدور النائب لا يقتصر على نقل إرادة الأصيل، و إنما تحل إرادته محل إرادة هذا الأخير وينعقد العقد بناء عليها<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> جلال محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص.61.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وهذا ما يميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره في التعاقد على مجرد نقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الثاني، ويكون التعاقد في هذه الحالة بين غائبين حتى ولو جمع المتعاقد والرسول مجلس واحد، أما التعاقد بالنيابة فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين إذا ما اجتمع المتعاقد والنائب في مجلس العقد ، لأن النائب يغبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل .

ويترتب على كون النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل نتائج أهمها، أنه يشترط في النيابة الاتفاقية أن يكون النائب مميزا على الأقل، حتى تكون له إرادة يعتد بها القانون، فالأهلية الناقصة تكفي في النيابة الاتفاقية، لأن آثار التصرف تتصرف إلى ذمة الأصيل الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للتصرف الذي يبرمه عنه النائب .

والعبرة بتوافر الأهلية في النائب أو في الأصيل هو وقت إبرام التصرف موضوع النيابة لا وقت إبرام النيابة، فإذا لم يكن الأصيل أهلا لإبرام هذا التصرف وقت صدور النيابة، ثم أصبح أهلا وقت إجراء النائب له، كان التصرف صحيحا، وإذا كان النائب مميزا وقت إنابته ثم فقد أهلية التمييز وقت إبرام التصرف موضوع النيابة، فإن التصرف لا ينعقد<sup>1</sup>.

### أ - عيوب الإرادة و أثر العلم بعض الظروف الخاصة

نص القانون المدني الجزائري في المادة 1/73 على أنه: " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما "

فإذا ما وقع النائب ضحية غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كان الرضاء فاسدا وبالتالي العقد قابلا للإبطال، حتى ولو كانت إرادة الأصيل سليمة خالية من أي عيب .

أما إذا ما وقع الأصيل ضحية لأحد عيوب الرضاء، فإن الإرادة تعتبر سليمة ويكون العقد صحيحا، ونفس الشيء فيما يتعلق بحسن النية وسوئها، والعلم أو الجهل ببعض ظروف التعاقد التي يعتد بها القانون .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.141.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### ب - مساهمة إرادة الأصيل في تحديد إرادة النائب

نصت المادة 2/73 مدني: " غير أنه إذا كان النائب وكيلًا يتصرف وفقًا لتعليمات صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها".

يستفاد من هذا النص أنه في الحالة التي ينعقد فيها العقد بإرادة النائب، ولكن بناءً على تعليمات صادرة من الأصيل، يجب الاعتداد بإرادة الأصيل في نطاق الحدود التي رسمها القانون، فيما يخص عيوب الإرادة وظروف التعاقد.

أما إذا كانت النيابة قانونية، كنيابة الولي الشرعي فلا يشترط توافر الأهلية لدى الأصيل، لأنه من المفروض أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها، وإلا لما احتاج إلى نائب قانوني يمثله في إبرام التصرفات القانونية، وفيما يخص النائب فيجب أن يكون كامل الأهلية، بما أن الغرض من نيابته هو تعويض انعدام الأهلية أو نقصانها لدى الأصيل<sup>1</sup>.

### 2- إبرام التصرف باسم الأصيل لا باسم النائب

تقتضي النيابة أن يباشر النائب عملية التعاقد باسم الأصيل حتى تتصرف إليه آثار التصرف، بحيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إضافة آثار العقد، من حقوق والتزامات إلى الأصيل، فالمراد بهذا الشرط أن تتوافر " نية النيابة " عند النائب وعند من تعاقد معه.

وإما أن يفصح النائب عن هذه النية صراحة، بأن يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب عن شخص آخر، سواء عين شخص هذا الأصيل أو احتفظ لنفسه بالحق في تعيينه مستقبلاً، ويقدم ما يثبت نيابته، وإما أن تستفاد ضمناً من الظروف، كالخادم الذي يشتري يومياً السلع لمستخدمه، والعامل الذي يتعاقد نيابة عن صاحب المحل التجاري الذي يعمل به<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.63.

<sup>2</sup> محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص.242.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ويجب أيضا أن نتجه نية المتعاقد مع النائب إلى التعاقد معه بصفته نائبا عن الأصيل لا بصفته الشخصية، فإذا كان النائب يتعاقد بصفته نائبا ولكن الطرف الآخر يتعامل معه بصفته الشخصية، لا تقوم النيابة ولا يتم العقد، بسبب عدم توافق إرادتي المتعاقدين بالنسبة إلى شخص المتعاقد الذي تنصرف إليه اثار العقد، فلا يكون هو الأصيل، لأن من تعاقد مع النائب لم يقصد التعاقد مع الأصيل، لا يكون هو النائب، لأن هذا الأخير لم يقصد أن يتعاقد لنفسه .

و بالتالي فإن النائب إذا ما تعاقد باسمه الشخصي، فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل وإنما تنصرف إليه دائنا كان أو مدينا، إلا أنه لهذه القاعدة استثنائيين ، حيث تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، بالرغم من أن النائب لم يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا في حالتين<sup>1</sup> :

أ- إذا كان من المفروض حتما أن يعلم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة ، فمن يدخل محلا تجاريا ويشترى سلعا منه، يفترض أنه يعلم أن البائع يبيع نيابة عن صاحب المحل، كذلك من يتعامل مع وصي بخصوص مال مملوك لقاصر، و هو يعلم بذلك ، يفترض أنه يعلم أن الوصي يتعامل نيابة عن الصغير الخاضع للوصاية .

ب- إذا كان يستوي لدى المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، ومثال ذلك إذا ما اشترى النائب سلعة من محل تجاري وقام بدفع ثمنها، فإن صاحب المحل لا يهمله أن يتعامل مع النائب أو الأصيل مادام قد قبض الثمن، ففي هذه الحالة تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، ومن تم إذا تبين بالمبيع عيبا خفيا، جاز للأصيل أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب، ولا يمكن للبائع أن يدفع بأنه لم يتعاقد مع هذا الأصيل .

ولكن ما الحكم إذا لم يعلن النائب عن صفته ولم تتوافر إحدى الحالتين السابقتين ؟

في هذه الحالة يعتبر التعاقد قائما بين المتعاقد والنائب شخصا، وليس للنائب أن يدفع بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل، و يكون للمتعاقد الخيار بين أن يقبل اعتبار عقده قد تم مع شخص الأصيل، أو أن يتمسك بقيام العقد بينه وبين النائب شخصا .

<sup>1</sup> تنص المادة 75 من الأمر رقم 58-75 : " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وأحيانا قد لا يرغب الأصل في الظهور كطرف في العقد، لذا فإن النائب يتعاقد باسمه دون أن يظهر صفته كنائب ودون أن يفصح عن اسم الأصل، في هذه الحالة لا تقوم النيابة، ويرتب العقد آثاره في ذمة النائب لا الأصل، وهذا ما يطلق عليه التعاقد بواسطة الاسم المستعار، كما سيأتي بيانه لاحقا<sup>1</sup>.

### 3-التزام النائب حدود النيابة

تحل إرادة النائب محل إرادة الأصل في إطار الحدود المرسومة له كنائب، فللنيابة سواء كانت قانونية أو اتفاقية حدود يتعين على النائب الالتزام بها، حتى ينتج التصرف محلها أثره في ذمة الأصل.

وتتحدد سلطة النائب بمقتضى سند النيابة أي العقد أو القانون، ففي النيابة القانونية يحدد القانون سلطة النائب بمقتضى نصوص القانون، كما هو الحال بالنسبة لسلطة الولي الشرعي وسلطة الوصي، وفي النيابة الاتفاقية يحدد الاتفاق حدود النيابة، فعقد الوكالة مثلا هو الذي يبين حدود الوكالة من حيث كونها عامة أو خاصة، شاملة لأعمال الإدارة والتصرف أم مقصورة على الإدارة فقط، كما قد يحدد القاضي المهام المسندة للنائب القضائي في الحكم بتعيينه، كما هو الحال بالنسبة إلى الحارس القضائي<sup>2</sup>.

هذا ولا تنثير النيابة القانونية مشاكل كبيرة، بالنظر إلى كون القانون هو الذي يتولى تحديد نطاقها، ولذلك لا يجوز لمن يتعامل مع النائب القانوني أن يدفع بجهله لحدود النيابة، فهذا الدفع غير جائز عملا بالقاعدة التي تنص على أنه " لا يعذر أحد بجهل القانون "، وتطبيقا لذلك فإن العقد الذي يبرمه الوصي ويتجاوز فيه سلطاته القانونية يكون عديم القيمة، وبالعكس فإننا نلاحظ بأن المشاكل غالبا ما تثور حول النيابة الاتفاقية بما أنها تتحدد بناء على اتفاق الأطراف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>أنظر ص. 157 من هذه الأطروحة .

<sup>2</sup> جلال محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.65.

<sup>3</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص.129.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أ. حكم تجاوز النائب حدود نيابته

إذا ما حدد سند النيابة سلطة النائب وجب عليه التزام هذه الحدود، ولكن ما الحكم إذا ما تجاوز النائب حدود سلطته؟

تجب الإشارة بداية إلى أنه يعتبر من قبيل تجاوز حدود النيابة أن يستمر النائب في التصرف باسم الأصيل بعد انتهاء مدة نيابته، أو أن يجري تصرفات قانونية خارجة عن مجال النيابة، وإذا كان نص المادة 74 مدني قد بين حكم التزام النائب حدود نيابته، وقرر بأنه ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل، فإنه وبمفهوم المخالفة وعندما يتجاوز النائب حدود نيابته، فإن العقد الذي يبرمه لا ينف في حق الأصيل.

ويرجع ذلك لعدم وجود النيابة في هذه الحالة، ويستوي في ذلك أن يعلم المتعاقد بهذا التجاوز أو لا يعلم به، كما أن هذا العقد لا يسري في حق النائب، لأنه من المفروض أنه يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو، وأنه لم يقصد أن يلزم نفسه بالعقد، ولا يكون للمتعاقد مع النائب إلا أن يرجع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، نتيجة عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل<sup>1</sup>.

و يرد على هذه القاعدة استثناءات هي عبارة عن بعض الحالات التي ينفذ فيها تصرف النائب في حق الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة أو انتهاءها، هي كما يل :

### أ-1: حالة التصرف النافع للأصيل

إذا ما كان تصرف النائب نافع للأصيل وتتوافر فيه شروط الفضالة، حيث يكون في تجاوز النائب حدود سلطته نفعاً للأصيل، ويكون ذلك إذا ما وجد فرصة سانحة ولم يستطع الرجوع إلى الأصيل، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، وعلى النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل بخروجه عن حدود نيابته<sup>2</sup>، وهذا ما يستفاد من نص المادة 575 من القانون المدني التي ورد فيها " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.145.

<sup>2</sup> جلال محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص.66.



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه اخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالاً بتجاوز حدود الوكالة".

### أ-2: حالة النيابة الظاهرة

نصت المادة 76 من القانون المدني على ما يلي: " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

فالحكم الاستثنائي هنا يتمثل في أنه بالرغم من انتهاء النيابة، إلا أن العقد الذي يبرمه النائب يلزم الأصيل أو خلفه، ويكون ذلك إذا ما كان النائب والمتعاقد معه يجهلان انتهاء النيابة، كما إذا مات الأصيل ولم يصل إلى علم النائب موته، أو أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلمه بالعزل .

ويشترط لإعمال هذا الحكم حسن النية كل من النائب والمتعاقد معه ، وقد حدد المقصود بحسن النية هنا، بأن يجهل كلاهما وقت التعاقد انقضاء النيابة، وذلك بأن كانا لا يعلمان فعلا بانتهاء النيابة ، ولم يكن باستطاعتهما أن يعلما بذلك، ولو أنهما بدلا من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الرجل العادي<sup>1</sup>.

هذا ولا يمكن اعمال فكرة النيابة الظاهرة إلا بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية، أما النيابة القانونية فلا مجال فيها لذلك ، إذ أن القانون هو الذي يحدد سلطة النائب ، ويفترض أن يعلم الجميع بحكم القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.239.

<sup>2</sup> محمد سعدي الصبري ، المرجع السابق ، ص.146.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### أ-3: حالة إقرار الأصيل لتصرف النائب الذي تجاوز حدود نيابته

إذا ما أقر الأصيل عقدا أبرمه النائب متجاوزا حدود نيابته أو أبرمه بعد انتهاءها، سرى هذا العقد في حق الأصيل، إذ أن الإقرار اللاحق كالإذن السابق .

ويسري العقد في حق الأصيل بأثر رجعي من وقت ابرامه لا من وقت الإقرار ، على أن هذا الأثر الرجعي للإقرار يقتصر على علاقة الأصيل المقرر بمن تعامل معه النائب ، ولا يتعداها إلى من يكون قد تلقى من الأصيل، قبل الإقرار، حقوقا على العين التي تصرف فيها النائب باسم الاصيل، متجاوزا حدود نيابته .

هذا و يمكن أن يكون هذا الإقرار إما صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف الحال ، كما إذا نفذ الأصيل التصرف الذي أبرمه النائب متجاوزا حدود نيابته مع علمه بذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد

أثار موضوع النيابة في التصرفات القانونية جدالا كبيرا بين فقهاء القانون، واستحوذت مسألة تحديد طبيعتها القانونية على المجال الأكبر من هذا الجدل، فكانت ولا زالت ميدانا واسعا لتضارب الآراء و لاختلاف وجهات النظر ، بحيث لا يمكن إيجاد نظرية واحدة متفق عليها تفسر هذه الطبيعة.

### أولا : النظريات المفسرة لطبيعة النيابة في التعاقد

يمكن إجمال أهم النظريات التي حاولت تفسير الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد في نظرية الافتراض ونظريات الإرادة ونظرية القانون، وسنتعرض لها تباعا فيما يلي .

<sup>1</sup> جلال محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص.66.

## 1- نظرية الافتراض

تأسست هذه النظرية على يد الفقيه " بوتيه"، وقد سادت في الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، وتبناها الشراح أمدا طويلا بالشرح والتحليل، ومقتضاها أن انصراف آثار التصرف الذي يقوم به النائب إلى الأصيل، يكون بناء على افتراض أن الأصيل هو الذي أبرم التصرف القانوني<sup>1</sup>.

وظلت نظرية الافتراض هي النظرية التقليدية في تفسير طبيعة النيابة إلى أن انتبه لها بعض المهتمين بدراسة موضوع النيابة في التعاقد، وبدأوا في مهاجمتها وإظهار قصورها، ووجهوا لها جملة من الانتقادات أهمها، أنها ظهرت نتيجة لتأثر الفقهاء الفرنسيين بقواعد القانون الروماني القديم، وأن فكرة الافتراض، أساس للنيابة في التعاقد، لا تفسر شيئا ولا تدل على أي شيء، إذ هي لا تعدوا أن تكون تعبيراً عن واقع الأمر في النيابة، لا تفسيراً لطبيعة ذلك النظام وتهرباً من مواجهة المشكلة دون أن تكون حلاً لها.

ثم أن فكرة الافتراض بالإضافة إلى ذلك تقصر عن الاحاطة بكل أنواع النيابة، فهي لا يمكن أن تنطبق على النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية. فكيف يفترض أن القاصر أو المحجور عليه هو الذي يتعاقد، بينما إرادته معيبة أصلاً ولا يستقيم بها أي تصرف قانوني؟. وكيف يمكن أن يقال أن رب العمل هو الذي يتعاقد، بينما عقد الفضولي يكون من تلقاء نفسه و في غيبة رب العمل؟. و كيف يفترض أن الأصيل هو الذي يتصرف، بينما يكون تصرف نائبه القانوني على غير إرادته في غالب الأحيان؟.

إن القول بنظرية الافتراض يؤدي في هذه الحالات، إما إلى القول بأن التصرف القانوني يستند إلى إرادة معدومة أو عاجزة، وإما إلى إنكار الوقائع المادية ونسب إرادة إلى الأصيل لم تكن له وقد تكون مخالفة لإرادته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص.132. و في هذا الصدد يرى الفقيه " لابييه" بأنه لا مجال عن اللجوء إلى الافتراض للقول بأن الشخص الذي قام بالعمل القانوني لا يلتزم بمقتضاه، وإنما يلتزم به شخص آخر لم يشترك في ذلك التصرف.

<sup>2</sup> جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص.59.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

بالتالي لا يمكن الاستناد إلى الافتراض من أجل تفسير طبيعة النيابة، لأنه لا يمدنا بتفسير علمي يتقبله العقل، فمهمة العلم هي الكشف عن الحقائق ومعرفة الأسباب ، والقول بالافتراض ليس إلا اعترافا بالعجز عن كشف الحقائق ومعرفة الاسباب، ومن المعلوم بأن الفقه لا يلجأ إلى الافتراض إلا عندما يعجز عن الوصول إلى الحقيقة<sup>1</sup> .

### 2-نظريات الإرادة

بعد الانتقادات الجوهرية التي وجهت لنظرية الافتراض ، والتي بينت بأنها غير قادرة على تفسير طبيعة النيابة ، هجرها الفقه الحديث وأخذ يبحث عن أساس آخر مقبول لفكرة النيابة ، يشرحها ويفسر النتائج التي تؤدي إليها تفسيراً قانونياً .

وبما أن التصرفات القانونية تبنى أساساً على الإرادة، فإنه من المنطقي أن يبحث الفقه عن طبيعة النيابة على ضوءها، ولذلك قامت عدة نظريات تفسر طبيعة النيابة على أساس الإرادة .

غير أن تأسيس النيابة على الإرادة قد أثار بعض التساؤلات، بما أن النيابة تتضمن أكثر من إرادة، فإذا ما استبعدنا إرادة الغير الذي يتعاقد مع النائب بقي لدينا إرادتان، هما إرادة الأصيل وإرادة النائب، فأى إرادة نأخذ بها لتفسير طبيعة النيابة ، ولتبرير رجوع آثار التصرف القانوني إلى الأصيل دون النائب .

### أ- النظرية القائمة على إرادة الأصيل

ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم " سافيني" إلى القول أن الإرادة التي تقوم عليها النيابة هي إرادة الأصيل، ولا يعدو النائب أن يكون مجرد رسول ينقل تلك الإرادة ، وبالتالي يكون الأصيل

<sup>1</sup>محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.263.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

هو الذي يقوم بالتصرف القانوني وما النائب إلا مجرد أداة لنقل إرادته ، ومن الطبيعي أن تتصرف إليه آثاره<sup>1</sup>.

وبأخذ على هذه النظرية أنها تنزل النائب منزلة الرسول، في حين هما يختلفان اختلافا جوهريا، وبالتالي لا يمكن إغفال هذه التفرقة ، فهي قائمة ولا غنى عنها على أية حال في القانون الحديث.

كما أنها تعجز عن شمول كافة أنواع النيابة ، فهي لا يمكن أن تنطبق إلا في حالة النيابة الاتفاقية ، بالتالي لا تستقيم والنيابة القانونية ، أين يكون الأصيل معدوم الإرادة أو ناقصها ، فكيف يمكن إسناد الإرادة التعاقدية للأصيل بينما يكون غير ذي إرادة ، أو يكون جاهلا أصلا بالتصرف الذي يجريه النائب<sup>2</sup>.

هذا فضلا عن كون مقتضى مبدأ هذه النظرية، القائل بأن الإرادة التعاقدية في حالة النيابة هي إرادة الأصيل و أنه هو المتعاقد الحقيقي ، أن يتم الاعتراف في عيوب الرضاء وفي كل ما يتعلق بالإرادة بشخص الأصيل، مع أنه من المقرر في سائر القوانين الحديثة أن شخص النائب هو الذي يكون محل الاعتبار في تقدير سلامة الإرادة<sup>3</sup>.

كما أن هذه النظرية تؤدي بنا إلى الافتراض، ومن تم يرد عليها ما يرد على نظرية الافتراض من انتقادات<sup>4</sup>.

بعد فشل وعجز نظرية إرادة الأصيل في إيجاد أساس قانوني لطبيعة النيابة، اتجه البحث نحو الإرادة المقابلة لها وهي إرادة النائب .

---

1 يقول سافيني:

" Si le représentant conclut alors le contrat pour moi , il doit néanmoins être regarde et jugé comme le simple messenger dans les cas précédents ...car ma volonté dirigée différentes résolutions entre lesquelles le représentant doit avoir le choix, est encore toujours ma volonté, et le représentant lui-même apparait dans tous des cas , vis-à-vis de l'autre partie , comme simple porteur de ma volonté".

<sup>2</sup> جمال مرسي بدر ، المرجع السابق ، ص.64 .

<sup>3</sup> المادة 73 من القانون المدني الجزائري .

<sup>4</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.265.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### ب- النظرية القائمة على إرادة النائب

يعتبر " إهرنج " من رواد نظرية إرادة النائب ، فهو الذي نادى بهذا الاتجاه و قال بأن الإرادة التي تقوم عليها التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة إنما هي إرادة النائب، و أن النائب هو المتعاقد الحقيقي و إن رجعت آثار عقده إلى الأصيل، و أنه في حالة النيابة يكون هناك انقسام بين السبب والآخر ، فبينما السبب، أي التصرف القانوني هو من فعل النائب، نجد آثاره تلحق الأصيل.

" Au fond le principe de le représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet, la cause , l'action concerne la personne du représentant ;l'effet, le droit concerne le représenté.il y a donc une séparation artificielle de ce qui , dans l'état naturel du rapport ....."<sup>1</sup>.

هذا الاتجاه يتماشى مع حقيقة الأشياء عندما اعتبر النائب هو القائم بالتصرف، و له فضل التفرقة بين النائب والرسول، كما أنه يتماشى مع الأحكام التشريعية القاضية بالاعتداد بإرادة النائب، عند البحث في عيوب الرضاء وحسن النية وغيرها.

ولقد أراد أنصار هذه النظرية سد النقص ومحاولة تفسير كيف أن عقد النائب ينتج أثره في حق الأصيل، وعلى رأسهم الفقيه "بيلون" الذي قال بأن النيابة في جوهرها هي الحلول الحقيقي لشخصية النائب محل شخصية الأصيل، و " ليفي أولمان" الذي يري بأن النيابة في جوهرها وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب، مثله مثل الشرط والأجل، فهي الوصف الذي بمقتضاه ترجع آثار التصرف القانوني الذي يقوم به شخص يدعى النائب لحساب شخص يدعى الأصيل، إلى هذا الأخير مباشرة .

و يأخذ على تصور "بيلون" نظريته إلى الالتزام نظرة مادية موضوعية بدلا من النظرة الشخصية، بحيث تلتزم إرادة الأصيل بمقتضى إرادة النائب، ويكون الالتزام بين ذمتين أكثر من كونه علاقة بين شخصين، وأنه ارتكز أساسا على فكرة الذمة المالية ، وهذه الأخيرة محل انتقادات لاذعة من الفقه المعاصر، كما أن أفكاره قد عجزت عن تفسير لماذا تلتزم ذمة الأصيل بمقتضى إرادة النائب وكيف يتم ذلك ؟

<sup>1</sup>Ihering, Op.Cit,T.03,p.172.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

بالتالي فهي تقصر عن شرح طبيعة النيابة شرحا كافيا يبين كيفية احداثه للآثار التي قررها القانون الوضعي.

أما بالنسبة لتصور " ليفي أولمان" فيأخذ عليه أنه اعتبر النيابة وصفا كالأجل و الشرط ، في حين لا يمكن تصور ذلك لأن النيابة تتناول عنصرا جوهريا في التصرف القانوني ، إذ يبنى عليها تحديد أشخاص الأطراف في التصرف القانوني، وهذا عنصر جوهري لا يكتمل التصرف بدونه ، ومن المفروض أن تكتمل في التصرف القانوني كل عناصره الجوهرية حتى يمكن أن يلحقه وصف، أي عنصر عرضي يعدل آثاره .

### ج- النظرية القائمة على اشتراك الإرادتين

حاول أنصار هذه النظرية التوفيق بين النظريتين السابقتين، وأول من قال بها هو الفقيه الألماني "ميتيس" ثم "تارتوفاري" الإيطالي ، ومؤداها أن التصرف القانوني الذي يتم ابرامه بطريق النيابة ليس وليد إرادة الأصيل وحدها ولا إرادة النائب وحدها ، وإنما هو ثمرة تعاون هاتين الإرادتين اللتين تشتركان في التصرف القانوني ، وعليه يجب النظر إلى إرادة الأصيل و إرادة النائب ، لمعرفة نصيب كل منهما في التصرف القانوني ، فيعتد بإرادة النائب في حدود ما باشره بنفسه، و بإرادة الأصيل في حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه ، وبالإرادة المشتركة لهما في نطاق التي تكون كل منهما مؤثرة فيه<sup>1</sup>.

هذه النظرية ، بتوسطها بين نظريتي إرادة النائب و إرادة الأصيل ، ينالها من النقد ما ينال النظريتين ، بالإضافة إلى كونها تعفي الأصيل من نتائج سوء نية نائبه، إذا ما كانت الوكالة محددة، إذ مقتضاها عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب بالعيوب الخفية ، و هذا مالا يتفق مع مقتضيات العدالة و حسن النية .

<sup>1</sup> قسم "ميتيس" حالات النيابة إلى ثلاثة أقسام هي : حالات يعطي فيها الأصيل للنائب وكالة محددة و مقيدة بشروط ، و ما على النائب إلا اتباعها ، و هي تدخل في باب الرسالة ، و هنا يعتد بإرادة الأصيل وحده ، و حالات يعهد فيها الأصيل إلى النائب بإجراء تصرف قانوني ، و يترك له تحديد مضمونه بلا تقييد و لا تحديد ، و هنا يعتد بإرادة النائب وحده ، و حالات يحدد فيها الأصيل للنائب بعض عناصر التصرف القانوني و يترك له تحديد بعضها ، فتكون لكل منهما إرادة جزئية، و هنا يعتد بالإرادتين معا . جمال مرسي بدر ، المرجع السابق ، ص73.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

كما أنه لا يمكن في جميع حالات النيابة أن يقع إعلان إرادة الأصيل و إرادة النائب في وقت واحد، و إنما يكون إما سابقا له كما في الوكالة أو لاحقا له كما في الفضالة، و عليه فعند انعقاد العقد لا يكون لدينا إلا إرادة النائب وحدها .

والقول باشتراك الإرادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو نصيب إرادة الأصيل في التصرف<sup>1</sup>، بالتالي يكون نائبا في حدود ما كانت إرادته مؤثرة فيه ، و مجرد رسول خارج هذه الحدود من ذات التصرف .

وأخيرا فالإرادة المشتركة هي عبارة عن إرادة اصطناعية مركبة من أجزاء من إرادتين مختلفتين، هما إرادة النائب وإرادة الأصيل .

### 3-نظرية القانون

ظهرت هذه النظرية نتيجة فشل المذهب القائم على مبدأ سلطان الإرادة في تفسير طبيعة النيابة و تحديد أساسها القانوني، و حاولت تفسير النيابة بالاستناد إلى القانون الوضعي، غير معترفة للإرادة إلا بدور ثانوي عرضي .

وتأسست على يد الفقيه " ديجي " الذي كان يرى بأنه لا فائدة من فكرة النيابة وأنه يجب استبعادها والاستغناء عنها<sup>2</sup>، وأن الأثر القانوني المترتب على التصرفات القانونية ليس وليد الإرادة الفردية، و إنما هو نتيجة لترتيب القانون لنتائج معينة على هذا التصرف، بالتالي لا حاجة إلى اللجوء إلى فكرة النيابة لتفسير رجوع آثار التصرف القانوني إلى الأصيل ، بل يكفي في تفسيره القول بأن القانون يرتب على ذلك التصرف آثار تلحق ذمة الأصيل ، فالقاصر الذي يلتزم بتصرف وصيه ، إنما

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1 ، ص.191.

<sup>2</sup> توصل "ديجي" بعد دراسته المعمقة لنظرية النيابة إلى ما يلي:

"Après de long efforts je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle – la notion de la représentation– est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement" .



## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

يلتزم بمقتضى القانون الذي يرتب على تصرف الوصي آثار في ذمة القاصر، و رعاية منه لمصلحة هذا الأخير ، و ليس بناء على إرادة هذا الوصي<sup>1</sup> .

و قد تأثر الفقيه "مادراي" بأفكار "ديجي" ، وقال بأن آثار التصرف القانوني لا توجد بالإرادة و إنما هي تنشأ عند الإرادة ، و فسر رجوع آثار التصرف القانوني إلى الأصيل في النيابة، بفكرة توافق إرادتي النائب والغير المتعاقد معه، على إعمال القاعدة القانونية التي تقضي بانصراف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل .

وقد لاقت هذه النظرية نقدا لاذعا، لأن اللجوء إلى القانون الوضعي من أجل تفسير الظواهر و الأوضاع القانونية يعد تبسيطا لعلم القانون ، ومجرد القول بأن القانون الوضعي هو الذي يقرر ذلك لا يقنع الروح العلمية .

كما أن أفكار هذه النظرية، و إن كانت تصدق على النيابة القانونية، فإنها لا تصدق على النيابة الاتفاقية ، مثلا في عقد الوكالة عندما يصرف القانون آثار تصرف النائب إلى الأصيل ، إنما يفعل ذلك بناء على إرادة طرفي الوكالة، و لم يفعل القانون أكثر من السعي إلى تحقيق هذه الإرادة و ليس المشرع هو الذي خلق هذا الوضع إنما طرفا عقد الوكالة<sup>2</sup> .

و حتى بالنسبة إلى النيابة القانونية فإنه يعيب هذه الفكرة إهمالها لإرادة لئائب، وما لها من دور جوهري لا يقتصر على مجرد إعمال قاعدة قانونية<sup>3</sup> .

### 4-نظرية الاختصاص (الوظيفة)

حاول جانب اخر من الفقه تبرير النيابة بناء على أساس واحد يصدق على جميع أنواعها، وذهب إلى القول بأن أساس انصراف أثر التصرف الذي أبرمه النائب إلى الأصيل هو فكرة الاختصاص أو الوظيفة ، فهذه الوظيفة أو ذلك الاختصاص يمنح للنائب بناء على اتفاق أو نص

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.268.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.296.

<sup>3</sup> جمال مرسي بدر ، المرجع السابق ، ص.97.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

قانوني أو حكم قضائي ، بمقتضاه يجوز للنائب أن يبرم تصرفات تنصرف آثارها إلى الأصيل ، ولكن هذه الآثار لا تترتب إلا بمقدار ما منح الأصيل أو القانون أو القاضي من اختصاص للنائب<sup>1</sup> .

وتصدق فكرة الاختصاص هذه على النيابة القانونية كالولي والوصي ، فالولاية أو الوصاية وظيفة أو اختصاص يراد بها حماية مصالح القصر، و نفس الشيء بالنسبة إلى الحارس القضائي الذي يمارس وظيفة أو اختصاص منحه إياه القاضي .

كما تصدق على النيابة الاتفاقية ، إذ يخول عقد الوكالة للوكيل وظيفة أو اختصاص يؤهله لإبرام تصرفات تترتب آثارها في ذمة الموكل . و حسب هذه النظرية، فإنه يعتد عند تفسير الإرادة و عند النظر في عيوبها بإرادة النائب لا الأصيل.

بعد عرض مختلف النظريات التي حاولت تفسير طبيعة النيابة القانونية وتحديد أساسها القانوني، تبين لنا أنها لم تسلم جميعها من الانتقادات البناءة التي بنيت على أسس نظرية و عملية متينة، وأن نظرية الافتراض بالرغم من ذلك تبقى الأكثر ملائمة لتفسير هذه الطبيعة الخاصة للنيابة القانونية.

وحتى و إن كان هناك من يرى في هذه النظرية انكار للوقائع المادية و نسب إرادة للأصيل لم تكن له ، فإن الافتراض القانوني في حد ذاته يعرف بأنه مخالفة للحقيقة و إنكار للواقع ، ومن المتعارف عليه بأنه وسيلة يلجأ إليها المشرع عندما يعجز عن حل مسألة معينة ، و لذلك فإن اللجوء إلى الافتراض لتفسير طبيعة النيابة القانونية ، التي عجز الفقه عن ايجاد تفسير منطقي لها ، يعتبر توظيفاً للافتراض فيما أعد له .

### ثانيا : آثار النيابة في التعاقد

يترتب على التعاقد بالنيابة آثارا بالنسبة إلى الأصيل والنائب والغير الذي تعاقد معه تختلف في علاقة كل منهم بالآخر .

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.270.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### 1- الآثار في علاقة الأصيل بالغير

تنص المادة 74 مدني على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل ."

ومعنى ذلك بأنه التصرفات القانونية التي تبرم عن طريق النيابة و في حدودها ، تنشأ عنها علاقة مباشرة بين الأصيل و بين الغير الذي تعاقد معه النائب ، و بالتالي فإن الأصيل يكتسب حقوق و يتحمل التزامات، يقابلها ما ينشأ في ذمة الغير المتعاقد معه من حقوق و التزامات ناشئة عن العقد، و من تم يجوز لكل منهما أي الأصيل والغير ، أن يطالب الآخر مباشرة بحقوقه التي رتبها العقد دون الحاجة إلى وساطة النائب في ذلك <sup>1</sup> .

وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد، بأنه من المقرر قانونا أن النائب إذا أبرم في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل، و من تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، حيث جاء في منطوق قرارها ما يلي:

" ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونيا، عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في سير الاجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

### 2- الآثار في علاقة النائب بالغير

رغم أن النائب يبرم العقد بإرادته هو ، إلا أنه لا ينشأ بموجب هذا العقد أية رابطة عقدية بينه و بين الغير المتعاقد معه ، فدور النائب ينتهي بمجرد ابرام العقد و لا تتصرف إليه آثاره .

<sup>1</sup> جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص.68.

<sup>2</sup> المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، طعن رقم 59293، 1990/06/27 .

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ولذلك لا يحق للنائب مطالبة المتعاقد معه بتنفيذ العقد ، إلا إذا كان نائباً عن الأصيل في تنفيذ العقد إضافة إلى إبرامه ، و في هذه الحالة على النائب أن يقدم طلب التنفيذ باسم الأصيل ، ومن جهة أخرى لا يجوز للمتعاقد الآخر مطالبة النائب بتنفيذ العقد ، إلا إذا كان كافلاً للأصيل في التنفيذ ، وعندئذ يكون رجوعه عليه بصفته كافلاً لا بصفته نائباً .

### 3- الآثار في علاقة الأصيل بالنائب

يحكم العلاقة بين الأصيل والنائب سند النيابة، أي المصدر الذي أنشأها، فإن كانت النيابة اتفاقية كما في نيابة الوكيل، فإن عقد الوكالة المبرم بينهما هو الذي يحدد حقوق والتزامات كل منهما قبل الآخر، وإذا كانت النيابة قانونية عين القانون أو القاضي حدود ولاية النائب و حقوقه، كما في نيابة الولي والوصي<sup>1</sup> .

### ثالثاً : تعاقد الشخص مع نفسه

يترتب على الاعتراف بنظام النيابة في التعاقد تصور تعاقد الشخص مع نفسه ، أي أن يقوم شخص واحد بدور طرفي العقد ، ويتخذ ذلك صورتين، الأولى أن يتعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه و نائباً عن غيره ، كأن يوكل شخص شخصاً آخر بالبيع فيقوم الوكيل بالشراء لنفسه، وكأن يهب الأب مالا لابنه القاصر، و يقوم الأب بقبول الهبة باعتباره ولياً للموهوب له ، و هذا ما يطلق عليه بالنيابة البسيطة "Représentation simple".

والثانية أن يتعاقد الشخص مع نفسه بصفته نائباً عن طرفي العقد، و مثال ذلك أن يقوم الأب بصفته ولياً عن ولديه القاصرين ببيع مال أحدهما للثاني، أو أن يقوم شخص بتوكيل آخر ببيع مال معين، و في نفس الوقت يوكله شخص آخر بشراء نفس المال ، فيعقد الوكيل البيع بصفته نائباً عن كل من البائع و المشتري ، و هذه هي النيابة المزدوجة "Représentation double".

<sup>1</sup> جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص.69.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

### 1-موفق الفقه من فكرة تعاقد الشخص مع نفسه

رفض بعض فقهاء القانون بداية فكرة تعاقد الشخص مع نفسه في صورتها، و بنوا موقفهم على أسباب نظرية قانونية و أخرى عملية .

فمن الناحية القانونية ، يستلزم العقد توافر إرادتين صادرتين عن شخصين يعبر كل منهما عن إرادة صاحبه ، إحداهما بالإيجاب و الأخرى بالقبول ، و هذا ما لا يتحقق في حالة التعاقد مع النفس ، إذ لا يوجد إلا شخص واحد و إرادة واحدة<sup>1</sup>.

ومن الناحية العملية فإن العقد يفترض وجود مصلحة متعارضتين ، ولا يمكن للشخص الواحد أن يتولى في نفس الوقت الدفاع عن مصلحة متناقضتين<sup>2</sup>.

فإذا ما تعاقد الشخص مع نفسه وكانت نيابته بسيطة، فإنه سيفضل بلا شك مصلحة على مصلحة من ينوب عنه، وإذا كانت نيابته مزدوجة فلن يستطيع التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين، وقد يميل إلى أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر<sup>3</sup>.

ومن جهة أخرى أيد جانب آخر من الفقه فكرة تعاقد الشخص مع نفسه و دافع عنها ، ورد على الرأي المناهض لها قائلاً بأنه من الناحية القانونية ، فإن كل ما يتطلبه القانون من أجل انعقاد العقد هو توافر التعبير عن إرادتين ، و في حالة تعاقد الشخص مع نفسه يصدر التعبير عن النائب، فهو يعبر عن نفسه باسمه الخاص و عن الأصيل باسم هذا الأخير ، فثمة تعبيران يمكن أن يتكون بهما العقد، وإن كانا يصدران عن شخص واحد ، فليس هناك أية استحالة تحول دون امكانية التعاقد مع النفس .

أما فيما يخص تعارض المصالح ، فإن خطر التعارض لا يجب أن يترتب عليه تحريم التصرف، إذ من الممكن أن يكون هذا التصرف مفيد من الناحية العملية .

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص.256.

<sup>2</sup> على فيلاي ، المرجع السابق ، ص.133.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص.258.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

ولهذا اختلفت التشريعات في موقفها من التعاقد مع النفس ، فمنها من حرّمته كالقانون الألماني، ومنها من أباحتها كالقانون الفرنسي و القانون السويسري ، و مهما يكن موقف القوانين فإنه يلاحظ أن الشرائع التي حرّمته أصلا، أباحتها استثناء، والشرائع التي أباحتها أصلا، حرّمته استثناء، خضوعا منها لمقتضيات المصلحة العامة<sup>1</sup>.

### 2-حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجزائري

نصت المادة 77 مدني جزائري على أنه : " لا يجوز لأي شخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة " .

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حرم التعاقد مع النفس في صورتيه، أي سواء كان النائب نائبا عن الطرفين، أو كان أصيلا عن نفسه و نائبا عن غيره .

ولا ترجع العلة من هذا الحظر إلى استحالة فنية أو قانونية ، وإنما إلى مجرد التعارض بين مصلحتي النائب والأصيل ، و لهذا فإنه هناك من يرى بأن المشرع أراد من خلال هذا الحظر أن يحدد سلطة النائب تحديدا سلبيا ، وأن يبين له أنه لا يمكنه التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، فإن فعل ذلك اعتبر خروجا عن حدود النيابة<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك لا يكون الجزاء هو قابلية التصرف مع النفس للبطلان، بل هو عدم نفاذه في مواجهة الأصيل، مثله مثل أي تصرف يبزم خروجا عن حدود النيابة .

و قد تضمن القانون المدني الجزائري عدة تطبيقات لمبدأ عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه سواء تعلق الأمر بنيابة قانونية أو اتفاقية ، حيث نصت المادة 410 مدني على أنه : " لا يجوز لمن ينوب عن غيره ، بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة ، أن يشتري باسمه

<sup>1</sup> جلال محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص.69-70.

<sup>2</sup> جمال مرسي بدر ، المرجع السابق ، ص.126.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

مباشرة أو بواسطة اسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى ."

والمادة 411 على أنه: " لا يجوز للسماسة و لا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها ، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار ."

### 3- الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجزائري

إذا كان المشرع الجزائري قد جعل القاعدة العامة هي تحريم التعاقد مع النفس في صورتيه فإنه قد استثنى حالات ثلاث<sup>1</sup>:

. إذا وجد نص في القانون يجيز التعاقد مع النفس ، كما في حالة الولاية على المال ، فالأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء كان لحسابه هو أم لحساب شخص اخر .

. إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، فالمنع هنا يراد به رعاية مصلحة الأصيل ، و لهذا كان له أن يقر العقد بعد تمامه و له أيضا أن يأذن به مسبقا.

. إذا قضت قواعد التجارة بجواز التعاقد مع النفس، ومثاله جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا، وفقا لأحكام القانون التجاري .

إذن تكون الحيل كوسيلة لتطوير القانون وللتعاقد في القانون المدني، حيلة قانونية وهي عبارة عن افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه، وقد عبر عنها بعض فقهاء القانون بمصطلح "الافتراض"، لأنها مجرد افتراضات قانونية لا أساس لها في الواقع.

وهي تقوم أساسا على مخالفة حقائق مختلف الفقهاء حول تحديد طبيعتها، البعض يرى أنها حقائق طبيعية والبعض الآخر يقول أنها حقائق قانونية، أما الرأي الثالث فيجمع بين الحقائق الطبيعية والحقائق القانونية.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.151.

## الباب الأول/الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية

وقد تربعت الحيل القانونية على قمة هرم وسائل تطوير القانون في ظل الأنظمة القانونية القديمة، وخاصة عند الرومان، فقد عرفت الحلية عندهم كوسيلة أساسية لتخفيف آثار بعض النصوص القانونية القاسية والجامدة ، ولتبرير البعض الآخر ولخلق قواعد جديدة عند الحاجة ، ونفس الشيء بالنسبة إلى القانون الانجليزي القديم الذي يعتبر من أكثر القوانين تمسكا بأعرافه وتقاليده ، فقد لعبت الحيلة دورا فعالا في تطوير النظام القضائي الإنجليزي و النظم القانونية القائمة آنذاك، والتي لم يكن من الممكن تعديلها أو المساس بها بالنظر إلى قدسيته .

كما عرفت الشريعة الاسلامية الحيل واهتم فقهاءها بدراستها، وخصصوا لها أبوابا وفصولا في مؤلفاتهم، كل حسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فقد اختلفت المذاهب الفقهية حول مفهومها وشرعيتها وأنواعها، وانقسم الفقهاء بخصوصها إلى فئتين، أعتدت الفئة الأولى بالحيلة عند الحاجة وما لم تناقض أصلا شرعيا ، في حين نبذتها الفئة الثانية في جميع الأحوال والظروف .

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



## الباب الثاني: الحيل كوسيلة خداع

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

فالصورية تنطوي دائماً وأبداً على حيلة، فهي ومهما كان نوعها عبارة عن مخالفة للحقيقة تقوم على وجود اتفاقين ظاهر غير حقيقي ومستتر حقيقي، وبما أنها تكون في العلاقات بين الأفراد وباتفاق طرفي التصرف معاً، فهي تصنف من ضمن وسائل الخداع والغش في التعاقد .

ونفس الشيء بالنسبة إلى التدليس الذي اعتبرته كل الأنظمة القانونية عيباً يشوب الرضاء عند التعاقد، فهو عبارة عن وسيلة للاحتيال والخداع ، يلجأ إليها أحد طرفي العقد من أجل حمل الطرف الثاني على التعاقد .

وبالتالي تتفق الصورية مع التدليس في أن كلا منهما يعبر عن حيلة تستخدم عمداً بقصد الوصول إلى هدف معين، فالصورية ما هي إلا حيلة لإظهار أمر وإخفاء آخر، والحيل التدليسية هي الأخرى عبارة عن وسيلة للخداع والإيهام بغير الحقيقة.

وقد خصصنا الفصل الأول من هذا الباب لدراسة الحيل الصورية من كل جوانبها والفصل الثاني لدراسة الحيل التدليسية .

## الفصل الأول : الحيل الصورية

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

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

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

ونفس الأوضاع كانت سائدة في ظل القانون الفرنسي القديم، مما أدى إلى ظهور الصورية القانونية على نفس المنوال، إلا أن الفقهاء الفرنسيين لم يهتموا بدراسة أحكام الصورية إلا في العصر

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

المتوسط بعد تأثرهم بالقانون الروماني، حيث شرعوا في وضع قواعد وأحكام للصورية في جميع التصرفات القانونية، وخاصة في نطاق العقود<sup>1</sup>.

ومهما كان شكل التصرف القانوني الذي تتخذه الصورية فهي تتطوي على حيلة، لأنها في جميع الحالات تقوم بناء على اتفاقين، أحدهما خفي والثاني ظاهر، حيث يعدم أو يغير أو ينقل التصرف الظاهر آثار التصرف الخفي، فهي بذلك حيلة.

وقد تناول المشرع الجزائري الصورية في الباب الثاني من القانون المدني المتضمن آثار الالتزام، وبالتحديد في المادتين 198 و199.

ولدراسة هذا النوع من الحيل التي قد يلجأ إليها الأفراد من أجل التعاقد، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى الصورية بمعناها التقليدي والحديث، وسنميزها عما يشتهر به من مصطلحات قانونية، كما سنتطرق إلى أنواعها والباعث عليها ونطاقها وأخيرا إلى شروطها.

أما المبحث الثاني فسنخصصه لأثر الحيل الصورية، حيث سنبين أحكامها بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ثم نعرض في الأخير لدراسة دعوى الصورية.

## المبحث الأول: مفهوم الحيل الصورية

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

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

---

<sup>1</sup>أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1951، مصر، ص.39، 15.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

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

### المطلب الأول: تعريف الصورية

يمكن أن تكون التصرفات القانونية إما جدية تعبر عن إرادة أطرافها سرا وعلانية، وإما صورية ينتف أطرافها على أمر ظاهره الجد وباطنه الهزل، فيضمرون في أنفسهم غير ما يظهرون ، ليكون هناك موقفان موقف ظاهر وموقف مستتر.

### الفرع الأول: الصورية لغة واصطلاحاً

سنتناول في هذا الفرع المفهوم اللغوي والاصطلاحي للصورية.

#### أولاً: الصورية لغة

صوري "مصدر صناعي من صورة": خيالي، غير واقعي، شكلي، أعمال صورية. والعقد الصوري هو العقد الذي ليس له وجود قانوني على الرغم من مظهره وشكله<sup>2</sup>.

#### ثانياً: الصورية اصطلاحاً

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

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.60.

<sup>2</sup> معجم المعاني الجامع، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.95.

## 1-الصورية بمعناها التقليدي " الضيق "

عرف الفقه الصورية بمعناها التقليدي كما يلي:

"الصورية هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونين متعارضين، أحدهما خفي ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر " l'acte apparent" وهو التصرف الصوري، والتصرف الحقيقي "l'acte réel"<sup>1</sup>.

كما عرفها البعض في نفس الإطار، بأنها مخالفة الحقيقة وتتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر<sup>2</sup>.

وعلى ذلك فإن الصورية تتضمن مهما كان شكلها اتفاقين أي عقدين، أولهما هو العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية، وقبلت بالآثار التي تترتب عليه ، ولكنهما لا يريدان إظهاره لسبب ما، فيظل سرا بينهما ولذلك سمي بالعقد المستتر، ولكونه يوضح حقيقة إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى إلغاء أو تعديل العقد الظاهر، فيسمى بالعقد الحقيقي، و ثانيهما هو الذي يجهر به المتعاقدان أمام الغير، فيسمى بالعقد الظاهر، ولكونه لا يدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية وإنما يدل على إرادتهما غير الحقيقية، فيسمى بالعقد الصوري<sup>3</sup>.

وتبعاً لهذا المفهوم الضيق للصورية الذي يحصر مجالها في العقود، ويستلزم توافر شروط محددة لقيامها، و يفترض وجود عقد ضد "la contre lettre" في كل حالات الصورية، وجد تيار

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، دعوى الصورية ودعوى عدم تفاد التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعيين، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.17. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص.34. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص.83.

<sup>2</sup> أحمد ابراهيم عطية ، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، ط.1، دار الراضي للنشر والتوزيع ، طنطا، مصر، 2012، ص.402. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1073. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط.2، بيروت، لبنان، 2004 ، ص.73.

<sup>3</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.05.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

فقهي حاول تعريف الصورية من خلال أثارها التي هي نفس آثار عقد الضد، ونتيجة لذلك نجد أن أغلب الفقهاء قد درسوا الصورية عند دراستهم لآثار العقد ومدى سريانها على الغير الأجنبي عن العقد.

نجد في الصورية بهذا المعنى عقدان، العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي الذي يطلق عليه ورقة الضد.

### أ- تعريف ورقة الضد

ورقة الضد هي عبارة عن عقد مستوفي لكافة الشروط القانونية التي يتطلبها القانون بالنسبة للعقود ، يحكم هذا العقد العلاقة فيما بين المتعاقدين أو بين أحدهما و الخلف العام للمتعاقد الآخر، وكأن العقد الصوري لم يوجد على الاطلاق، ويخضع من حيث الاثبات إلى القواعد العامة المقررة في الاثبات<sup>1</sup>.

وهو العقد الحقيقي الذي ارتضاه المتعاقدان ليحكم علاقتهما، و من تم تطبق أحكامه وحدها حتى و لو كان العقد الظاهر الصوري رسمياً، و لم يتطلب القانون بالنسبة له أي شكل خاص<sup>2</sup>.

ويلاحظ بأن هذا المفهوم التقليدي للصورية الذي قصرها على العقود قد ضيق نطاقها كثيراً<sup>3</sup>.

### 2-الصورية بمعناها الحديث " الواسع "

الصورية بمعناها الواسع ينظر فيها لمدى توافر عنصر الكذب، إذ يرى الفقهاء في الصورية ظهوراً للكذب على الصعيد القانوني، ويعتبرونها من أهم المجالات التي يدخل فيها الكذب، وما يمكن

<sup>1</sup>المرجع نفسه، ص.120 .

<sup>2</sup> أنور العمروسي ، الصورية و ورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر،1997، ص. 120-121.

<sup>3</sup> أخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالمفهوم الضيق للصورية في القرار رقم 1150، الصادر بتاريخ 1928/05/01، الذي جاء فيه: " أن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد في شكل عقد آخر، أو بإخفاء اسم المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار، كما تكون بإظهار وجود عقد لا حقيقة له في الوجود".

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

أن ينتج عن ذلك من نتائج خطيرة، لأن أطراف الصورية لا يكتفون بمجرد الكذب الشفهي أو المكتوب، بل يعمدون إلى خلق ظاهر مغاير للحقيقة من شأنه إخفاءها، وهذا ما يفرقها عن الكتمان الذي يكفي لتحقيقه اتخاذ موقف سلبي، في حين تستلزم الصورية مناورة إيجابية لخلق ظاهر خادع مختلف عن التصرف الحقيقي<sup>1</sup>.

وتعرف الصورية في ظل هذا المفهوم الواسع بأنها: " اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني"<sup>2</sup>. وهي بهذا عمل إرادي من نتيجته خلف مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية.

ومن أنصار هذا المفهوم نجد الأستاذ سليمان مرقس الذي يعرفها كما يلي: "الصورية هي التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل، فهي توجد موقفا ظاهرا غير حقيقي يستتر موقفا خفيا حقيقيا، فإن كان ذلك الموقف تعاقديا كان العقد الظاهر صوريا، والعقد الخفي هو العقد الحقيقي، وكما تكون الصورية في العقود تكون أيضا في الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد"<sup>3</sup>.

والدكتور إبراهيم النجار الذي يقول: "الصورية تعني قانونا إعطاء صورة أو شكل لواقعة ما أو لعمل قانوني معين، فينتج عنها عمل ظاهري مختلف عن العمل الحقيقي السري أو المضاد، وقد يكون العمل الظاهري عقدا أو اتفاقا كما يحصل في غالب الأحيان، إلا أنه يمكن أن يكون أيضا صادرا عن طرف واحد"<sup>4</sup>.

والدكتور جميل الشرقاوي بقوله: "الصورية هي انعدام الجدية في التعبير عن الالتزام بأثر قانوني"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup> معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.310. عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص.253.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مكتبة النهضة، مصر، 1957، ص. 252-253.

<sup>4</sup> إبراهيم النجار، الصورية المطلقة والصورية النسبية في التشريع اللبناني، مجلة العمل، 1971، ص.71.

<sup>5</sup> جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص.26.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وتبعاً لما تقدم فإن الصورية بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود، بل تمتد لتشمل تصرفات ووقائع أخرى، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

والصورية سواء بمعناها الضيق أو الواسع تنطوي على حيلة، لأنها مهما كان الشكل الذي تتخذه تنطوي على وجود اتفاق خفي يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره ، لذلك فهي حيلة، ولكنها تتم باتفاق الطرفين .

### 3- موقف المشرع الجزائري

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

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

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

يظهر جلياً من خلال النصين أن المشرع الجزائري عندما تطرق لأحكام الصورية، قد اكتفى بالحديث عن صورية العقود، و بذلك يكون قد أخذ بالمفهوم الضيق للصورية.

### ثالثاً: الصورية في الفقه الإسلامي

عرف الفقه الإسلامي نظرية الصورية في مواقع متناثرة تتمحور حول مسائل التلجئة والهزل والحيل الشرعية.



## 1- التلجئة

تتضمن التلجئة معنى اللجوء إلى الغير، أي الالتجاء إليه والاحتفاء به . وبيع التلجئة هو أن يخاف شخص أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطئ رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا، بالتالي فإن التلجئة تستلزم وجود اتفاق لحصولها<sup>1</sup>.

## 2- الهزل

يكون الهزل عند فقهاء الشريعة الاسلامية إما في الانشاءات، التي تكون إما في الاسباب التي يمكن نقضها أو في الاسباب التي لا يمكن نقضها، وإما في الإقرارات والاعتقادات.

### أ- الهزل في الانشاءات

يكون الهزل في الانشاءات في الأسباب التي يمكن نقضها، وهي التصرفات التي تحتل الفسخ، أي تلك التي يجوز فيها النقص والإقالة<sup>2</sup>، كالبيع والمقايضة والإجارة، ولكي يتحقق الهزل فيها يجب أن يتواطأ المتعاقدان على أن العقد الذي سيعقدانه في الظاهر، لا وجود له في الحقيقة، أو أن العقد الظاهر يختلف عن العقد أو التصرف الحقيقي في بند أو أكثر من بنوده.

كما قد يكون الهزل في الأسباب التي لا يمكن نقضها، وهي التصرفات غير القابلة للفسخ ولا للإقالة، وهي ثلاثة أنواع:

. أسباب لا مال فيها، كالطلاق والعتاق والعتق عن القصاص واليمين.

. أسباب يكون فيها المال تبعا، بمعنى أنها تثبت بدون ذكره كالزواج.

<sup>1</sup> موفق الدين ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.3، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص.214.

<sup>2</sup> الإقالة هي اتفاق يترتب عليه انحلال العقد و انقضاء الالتزامات التي انشأها.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

. أسباب يكون فيها المال مقصودا، بمعنى أنها لا تثبت بدون ذكره، كالخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد، ومثال الخلع هزلا قول الزوجين نخالغ، وليس بينهما خلع<sup>1</sup>.

### ب - الهزل في الاقرارات والاعتقادات

الهزل في الاقرارات أي الاخبارات، يبطلها لأن الاقرار يعتمد على صحة المخبر عنه ، أي صحة الاقرار في ذاته، والهزل ينافي ذلك ويدل على عدمه، مثال ذلك أن يقر مدين بدين هزلا من أجل حرمان الدائنين الحقيقيين من حقوقهم، والهزل في الاعتقادات كالهزل في الاقرارات يبطلها<sup>2</sup> .  
وفيما يخص الحيل الشرعية فقد سبق التطرق إليها<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز الصورية عما يشته بهها

هناك عدة مفاهيم مفعمة بالغش وبالخدعة مشابهة للصورية تقترب منها وتكاد تختلط بها، كالتدليس والتحفظ الذهني والاتفاق الإضافي والتزوير والغش، سنحاول فيما يلي تمييزها عن الصورية بتحديد أوجه التشابه وأوجه الاختلاف فيما بينهم .

### أولا: الصورية والتدليس

تنفق الصورية مع التدليس في أن كلا منهما يعبر عن حيلة تستخدم عمدا بقصد الوصول إلى هدف معين، فكما أن الصورية ما هي إلا حيلة لإظهار أمر وإخفاء آخر، فإن الحيل التدليسية هي الأخرى عبارة عن وسائل للخداع والإيهام بغير الحقيقة، ومن هنا تنفق الصورية مع التدليس في أن كلا

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.34،41.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص.55-56.

<sup>3</sup> أنظر ص 82-87 من هذه الأطروحة.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

منهما يخفي أمرا تحت ستار مظهر كاذب<sup>1</sup>. ومع هذا التشابه يظل الفرق بين الصورية والتدليس المدني من عدة نواحي.

### 1- من حيث الأطراف

تتم الحيل التدليسية بواسطة أحد طرفي التصرف القانوني لتضليل المتصرف معه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، في حين أن الصورية تفترض قيام تدبير واتفاق بين الطرفين ، فيكون طرفي التصرف القانوني متواطئين معا بحيث لا يغش أحدهما الآخر، ويكون كلاهما على بينه بالحقيقة ويقصدان معا غش الغير أو إخفاء حقيقة ما<sup>2</sup>.

### 2 - من حيث الغرض

الحيل التدليسية دائما عمل غير مشروع ، يقصد بها غش الغير و إيهامه خلاف الحقيقة لإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد ، بخلاف الصورية التي و إن كانت جل أغراضها غير مشروعة ، إلا أنها قد تستخدم لغرض مشروع لا يقصد بها الاضرار بالآخرين ، كمن يريد أن يؤثر أحد أبنائه بحصة زائد من ماله، لما يراه فيه من تعب و اجتهاد في تكوين ثروته، فيبرم له عقد هبة في صورة عقد بيع حتى لا يثير الفتنة بين أولاده<sup>3</sup>.

### 3- من حيث النطاق

لا يرد التدليس إلا على التصرفات القانونية الصادرة من جانبين أي العقود ، حيث يكون من أحد طرفي العقد ضد الآخر أو من الغير ضد أحد طرفي العقد ، بالتالي فإن مجال التدليس ينحصر في العقود ، بخلاف الصورية التي وإن كان مجالها الغالب هو التصرفات القانونية الصادرة من جانبين، إلا أنها قد ترد على التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، بشرط أن تكون موجهة إلى

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.49.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص.1077.

<sup>3</sup> عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.84.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

شخص معين، كما هو الحال عند التنازل عن حق عيني والإبراء من دين ، بل إن الاحكام والدعاوى أيضا قد تكون مجالاً للصورية ، ومن أبرز أمثلة الأحكام الصورية الحكم برسو المزداد، التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الاجراءات الشكلية<sup>1</sup>.

### 4 - من حيث الباعث

ينصب التدليس على بواعث التعاقد، فالمدلس يسعى بمناوراته إلى إقناع الطرف الثاني المدلس عليه بإبرام عقد، ما كان ليرضي به لولا الطرق الاحتمالية التي لجأ إليها المدلس، والتي أثرت على دوافعه للتعاقد، في حيث تنصب الصورية على آثار التصرف، فمنشئ الصورية يسعى لإقناع الغير أن إرادته متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين، يختلف عن الأثر الذي يقصده حقيقة<sup>2</sup>.

### 5- من حيث الإثبات

يعتبر التدليس وقائع مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الاثبات كما هو متفق عليه ، أما الصورية فباعتبارها تصرف قانوني فإنها تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية<sup>3</sup> ، بالتالي لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة فيها تجاوز مائة ألف " 100.000 " دينار جزائري، طبقاً لنص المادة 333 من القانون رقم 05-10<sup>4</sup>.

هذا وقد يجتمع التدليس والصورية في عقد واحد، كما لو اتفق الطرفان على إبرام عقد بيع صوري يستر عقداً حقيقياً، ويقوم المشتري بإعطاء البائع ورقة ضد بتوقيع مزور تدليسا منه على البائع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>المرجع نفسه، ص.85.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.172.

<sup>3</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.49.

<sup>4</sup>تنص المادة 333 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

<sup>5</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 85 .

## ثانيا: الصورية والتحفظ الذهني

التحفظ الذهني هو استقلال أحد الطرفين، في علاقة ما، دون أن يتفق في ذلك مع الطرف الآخر، بإظهار إرادة وإبطان أخرى تختلف عن الأولى، فتكون إرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنيا بإرادة باطنة تختلف عنها<sup>1</sup>.

يتضح من خلال هذا التعريف بأن التحفظ الذهني شبيه بالصورية، حيث يتفق معها في أن كلا منهما ينطوي على تغيير مقصود للحقيقة غير ناجم عن غلط عارض، كما أن كلا منهما يؤسس على وجود إرادتين، إرادة مستترة وإرادة ظاهرة، ومع هذا يظل الاختلاف بينهما قائما من الجوانب التالية:

### 1- من حيث الطابع الاتفاقي للصورية

تكون الصورية نتيجة تدبير واتفاق بين الطرفين من أجل تصوير مظهر كاذب، أما التحفظ الذهني فيستقل فيه أحد الطرفين، دون أن يتفق في ذلك مع الآخر، بإظهار إرادة وإبطان أخرى مغايرة لها<sup>2</sup>.

يفترض التحفظ الذهني أن أحد المتعاقدين أظهر غير ما يضمن، فكانت النتيجة أن إرادته الظاهرة جاءت مخالفة لإرادته الباطنة الحقيقية، وهذا عن قصد وتعمد منه، ولكن الطرف الثاني للعقد لم يعلم بذلك. وبالرغم من أن الإرادة الظاهرة لأحد المتعاقدين تكون غير حقيقية في مثل هذه الحالة، إلا أنه لا يمكن القول بأننا بصدد صورية، لأن المتعاقد الثاني لم يعلم بالأمر، ولم يتفق مع المتعاقد الأول على ذلك.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن التحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين<sup>3</sup>، ويمكن وصفه، أي التحفظ الذهني، بأنه صورية من طرف

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص. 10.

<sup>2</sup> أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص. 403.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص. 1078.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

واحد " Simulation unilatérale "، ووصف الصورية بأنها تحفظ ذهني مضاعف " Reserve Mentale " bilatérale"<sup>1</sup>.

### 2- من حيث الغرض

لا تنطوي الصورية على غش أحد المتعاقدين للآخر، فالمظهر الخارجي الكاذب الذي يصطنعه العقد يكون الغرض منه إيهام الغير بغير الحقيقة، وبالتالي الإضرار به، أما في التحفظ الذهني فيغش أحد المتعاقدين الآخر، بما أنه يقع في إرادة أحدهما دون الآخر<sup>2</sup>.

### 3 - من حيث الإثبات

بما أن التحفظ الذهني نوع من أنواع الغش والخداع فهو يعتبر واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات، كما أنه يستحيل على الطرف الثاني للعقد أن يحصل على دليل كتابي في حالة التحفظ الذهني، أما بالنسبة لإثبات الصورية فإنه يفترض مبدئياً تقديم دليل كتابي.

### 4- من حيث الآثار

ميز أنصار المفهوم الواسع الصورية بينها وبين التحفظ الذهني بناء على الآثار المترتبة على كل منهما، فيرى أنصار هذا الاتجاه أن التحفظ الذهني لا يؤدي إلى خلق ظاهر مغاير للحقيقة على النحو الحاصل في الصورية، ولا يترتب عنه نفس الآثار المترتبة عليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.167.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.168.

<sup>3</sup> هناك نظريتين حول آثار التحفظ الذهني، النظرية الألمانية التي ترى أنه في حالة اختلاف الإرادة الظاهرة لأحد طرفي التصرف القانوني عن الإرادة الباطنية، كلياً أو جزئياً، فإن العبرة تكون بالإرادة الظاهرة، وأن العقد يكون صحيحاً في هذه الحالة، إذا لم يعلم المتعاقد الآخر بالتحفظ الذهني، أما إذا كان يعلم به كان إعلان الإرادة باطلاً، وهذا بالنظر إلى كون التعبير عن الإرادة ذو قيمة ذاتية، فهو الظاهرة الاجتماعية التي تصل إلى علم الغير وينشأ عنها الأثر القانوني، لهذا يلزم التحفظ الذهني الطرف المتحفظ بإرادته المعلنة، مما يكفل تحقيق استقرار المعاملات القانونية.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

ويترتب على التحفظ الذهني حسب أنصار النظرية الألمانية إعمال الإرادة الظاهرة، وعند أنصار النظرية الفرنسية إعمال الإرادة الباطنة، في حين يترتب عن الصورية في حال ثبوتها إعمال الإرادة الباطنة أي الإرادة الحقيقية، وإذ كان يجوز للغير استثناء التمسك بالتصرف الظاهر، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

### ثالثاً: الصورية والاتفاق الإضافي

الاتفاق الإضافي هو عقد جدّي بإرادتين جديتين يعدل اتفاق جدّي سابق كلياً أو جزئياً<sup>1</sup>.

فإذا ما أبرم شخصان عقد إيجار مثلاً، ثم بدالهما بعد ذلك أن يعدلانه بخفض الأجرة، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي، بل هناك عقدان حقيقيان يعدل التالي منهما السابق، وهنا تطبق القواعد العامة على العقد الجديد، من حيث سريانه على المتعاقدين وعلى الغير، ويمكن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرف إذا توافرت شروطها.

يتبين مما قيل أن الاتفاق الإضافي يتكون من عقدين يعدل أحدهما الآخر أو ينقل آثاره، وهو بذلك يقترب من الصورية، لكن وبالرغم من هذا التشابه بينهما إلا أنهما يختلفان من عدة أوجه :

### 1- من حيث نية الخداع والاحتيال

يهدف المتعاقدان في الصورية باصطناعهم المذهب الكاذب لتصرفهم إلى خداع الغير، في حين يستبعد هذا الاحتمال في الاتفاق الإضافي، لأن الأطراف تتصرف بشكل علني مستبعدة بذلك نية الغش والخداع<sup>2</sup>.

---

"...والنظرية الفرنسية التي تذهب إلى القول بوجود الاعتداء بالإرادة الباطنة، لأن الإرادة الظاهرة ما هي إلا وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة، وبالتالي لا يمكن الأخذ بها إذا لم تكن مطابقة للإرادة الحقيقية الباطنة. سامي عبد الله، المرجع السابق، 169-170.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع نفسه، ص.88.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.187.

## 2- من حيث جدية العقود

يكون العقدان في الاتفاق الإضافي جديان بخلاف الصورية، حيث يكون العقد المستتر جدياً والعقد الظاهر غير جدي فهو مجرد ستار للعقد الحقيقي المستتر، هذا الأخير الذي يأتي مثبتاً لعدم جدية العقد الظاهر، وهذه الرابطة بين العقدين في حالة الصورية تجعل منهما عقداً واحداً لا يتجزأ<sup>1</sup>.

## 3- من حيث توقيت العقود

يجب أن يكون العقدان متعاصران في الصورية عكس الاتفاق الإضافي أين يكون أحدهما لاحقاً للآخر، وإن كان في الحالتين يعدل أحد العقود الآخر أو يغيره أو ينقل آثاره<sup>2</sup>.

## رابعاً: الصورية والتزوير

التزوير هو مغايرة مضمون المحرر للحقيقة، سواء كانت هذه المغايرة مادية أو معنوية، ويقصد بالتزوير المادي اتخاذ إجراءات مادية لتغيير مضمون المحرر، كتقليد الإمضاء أو المحو أو التحشير، أما التزوير المعنوي فيكون بصياغة واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة، كما لو تسمى شخص باسم آخر في عقد رسمي أو عرفي<sup>3</sup>.

ونص المشرع الجزائري على التزوير في المحررات في المواد من 214 إلى غاية 218 من قانون العقوبات.

والتزوير بهذا المعنى يتفق مع الصورية في أن كلا منهما ينطوي على تشويه مقصود للحقيقة أو على إخفاءها، وأنها يردان على السندات والمحررات العرفية والرسمية على السواء. ولم يمنع هذا التقارب بين الصورية والتزوير فقهاء القانون من التمييز بينهما من عدة زوايا.

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.51.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1078.

<sup>3</sup> عبد الحكيم فوده، الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007، ص.07-08.



### 1- من حيث الأطراف

تختلف الصورية عن التزوير من حيث أنها تحصل بعلم كل أطراف التصرف القانوني وبالتواطؤ فيما بينهم، في حين يكون التزوير من فعل أحد أطراف التصرف فقط دون البقية، ولهذا لا يجوز الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته<sup>1</sup>.

### 2- من حيث الغرض

يقترن التزوير دائما بسوء النية ويقصد به الإضرار بالآخر، ويعتبر على الدوام عمل غير مشروع، في حين أن الصورية قد يقصد بها أحيانا الوصول إلى غرض مشروع، دون نية الإضرار بأحد<sup>2</sup>.

### 3- من حيث الإثبات

يعتبر التزوير واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات، أما الصورية وبما أنه أكثر حصولها في العقود، فإنه لا يمكن إثباتها فيما يبين الطرفين إلا بدليل كتابي مبدئيا<sup>3</sup>.

### 4- من حيث الجزاء

التزوير جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، الذي يحدد الجزاء المخصص لكل الجرائم، إذن يترتب على التزوير تسليط عقاب جزائي، في حين أن الصورية ليست كذلك وبالتالي لا يترتب عليها إلا جزاء مدني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص.404.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.171.

<sup>3</sup> أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص.158.

<sup>4</sup> سامي عبد الله، المرجع نفسه، ص.174.

### خامسا: الصورية و الغش

المقصود بالغش هنا هو غش المدين للإضرار بالدائن، والذي يجب للاعتداد به أن يكون أثناء إبرام التصرف المطعون فيه، ويكفي لإثباته إثبات علم المدين بإعساره أثناء التعاقد ، فذلك يشكل قرينة على نية الإضرار بالدائن، ولكنها قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها ، كأن يثبت بأنه إنما قصد بتصرفه الحصول على حاجاته الضرورية، أو أنه كان يتوقع أن يكون التصرف سببا في ترويج أعماله عودته إلى اليسار<sup>1</sup> .

تتفق الصورية مع الغش في الغرض منهما، وهو غالبا الغش نحو القانون أو الغير، والخروج عن مبدأ حسن النية في التعامل عمدا بقصد الإضرار بالدائن، و انقاص الضمان العام ، كما تشتركان كذلك في الأساس فأساسهما هو الخديعة، لأن كلاهما يخفي أمرا تحت ستار ظاهر غير حقيقي<sup>2</sup>، أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما فتتمثل فيما يلي :

#### 1- من حيث طبيعة العقد

يرد الغش على عقد جدي وتكون العبرة بوجوده عند إبرام التصرف، في حين تفترض الصورية أن العقد المطعون فيه هو عقد صوري<sup>3</sup> .

#### 2- من حيث الأطراف

يقع الغش أثناء التعاقد من أحد المتعاقدين على الآخر أو من طرف ثالث على أحد المتعاقدين، بينما تقع الصورية باتفاق الطرفين معا على الغير الذي لا يكون طرفا في العقد.

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.83 .

<sup>2</sup> ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.66 .

<sup>3</sup> أحمد مرزوق ، المرجع السابق، ص.97.

### 3- من حيث الغرض

الهدف من الغش هو الحصول على قبول أحد المتعاقدين بخديعته، أما في الصورية فيتعاقد الطرفان وهما على علم تام بما يضمrane للغير، دون أن يخدع أي منهما الآخر<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: أنواع الصورية

قد تكون الصورية مطلقة أو نسبية، الصورية المطلقة تتناول وجود العقد أو التصرف ذاته، والنسبية هي التي تنصب على أحد جوانب العقد أو التصرف<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>المرجع نفسه،الموضع نفسه.

<sup>2</sup> عمد أغلب الفقه إلى تقسيم الصورية إلى مطلقة ونسبية، إلا هناك من قسمها بالإضافة إلى ذلك إلى صورية مشروعة وغير مشروعة انطلاقاً من الباعث عليها، فإذا كان الدافع إلى اللجوء إليها مشروعاً كانت مشروعة وإذا كان الدافع إليها غير مشروع كانت غير مشروعة..."

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

إن الصورية المشروعة ما هي إلا وسيلة لستر التعاقد، وليس في ستر التعاقد أي حسب مهما كان الباعث عليه، فهو لا يؤثر على القوة الإلزامية للعقد ولا يجعله قابلاً للإبطال، إلا إذا كان مشوباً بعيب يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال طبقاً للقواعد العامة، بالإضافة إلى أن القانون لم يجعل الصورية سبباً من أسباب بطلان العقود، إذن ما لم يحرمه القانون فهو مباح.

الصورية غير المشروعة: الصورية غير المشروعة هي التي يكون الغرض منها هو الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه أو الإضرار بحقوق الغير، كأن يتفق البائع والمشتري على أن يذكر في عقد بيع العقار ثمناً سوريا يقل عن الثمن الحقيقي، تهرباً من دفع الرسوم المستحقة للخزينة العمومية كاملة. ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص. 24-25.

أولاً : الصورية المطلقة

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

إذن تنصب الصورية المطلقة على العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر غير موجود أصلاً، ويقتصر عقد الضد على تقرير أن العقد الظاهر هو مجرد عقد صوري لا وجود له، دون أن يتضمن عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بالتالي يكون وضع الطرفين الحقيقي، بعد العقد الظاهر، هو ما كان عليه قبل التعاقد<sup>1</sup>.

بمعنى أن الصورية تكون مطلقة عندما تنصرف إرادة المتعاقدين إلى عدم إحداث أي أثر قانوني إطلاقاً، أي لا تكون مصحوبة بإرادة الالتزام، فيعتبر التصرف في مثل هذه الحالات كتصرف الهازل الذي لا يقصد الالتزام بالآثار القانونية لتصرفه الظاهر، لا هو شخصياً ولا المتعاقد معه<sup>2</sup>.

كاتفق المدين مع شخص آخر على أن يبيعه أمواله بيعة صورياً حتى لا يتمكن دائنيه من التنفيذ عليها، ويحرران بالبيع عقداً ظاهراً، ويكتبان في نفس الوقت سنداً مستتراً، هو عقد الضد، يذكر فيه أن البيع لا حقيقة له، هذا البيع يعتبر صورياً صورية مطلقة لأن ملكية الأموال لم تنتقل حقيقة إلى المتصرف إليه، وإنما بقيت للمتصرف، وهنا تكون للدائن مصلحة في إثبات صورية البيع.

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

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

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص. 1074. أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص.407.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.09.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

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

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

### ثانيا : الصورية النسبية

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

### 1- الصورية النسبية بطريق التستر

تتحقق الصورية النسبية بطريق التستر في حالة وجود علاقة قانونية بين المتعاقدين، يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب من هذه العلاقة يتعلق بطبيعتها، أي تتناول طبيعة العقد وتكيفه دون

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

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

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وجوده، ويقصد بها إخفاء حقيقة التصرف المعقود بين الطرفين<sup>1</sup>، وهي لا تعدم التصرف الظاهر ولا يحتفظ بشأنها بورقة ضد، بل هو تصرف واحد ظاهر صوري في طبيعته القانونية فقط<sup>2</sup>.

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

وقد يكون الغرض منها ستر السبب الحقيقي للتصرف، كأن يكتب شخصا صكا على نفسه لآخر على أنه ثمن لشيء اشتراه، وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية<sup>3</sup>.

### 2- الصورية النسبية بطريق المضادة

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

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

<sup>1</sup> عاطف الشواربي، عبد الحميد الشواربي، عمرو الشواربي، المرجع السابق، ص.435.

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

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

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وقد ترد الصورية المطلقة بطريق المضادة على ركن في العقد، كأن يذكر في عقد الهبة أن سببها مشروع، كنية التبرع مثلا في حين أن سببها الحقيقي هو دين ناتج عن لعب القمار، تناولت الصورية في هذه الحالة ركن من أركان العقد هو السبب، حيث ذكر في العقد أن سبب الهبة مشروع ولكن سببها الحقيقي ليس كذلك فهو غير مشروع، إذن ليس التصرف ككل صوريا بل سببه فقط.

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

### 3- الصورية النسبية بطريق التسخير

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

يقول ميشال داغو:

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

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

كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور ليس هو المقصود بالهبة، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

الحقيقي شخصا مسخرا تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له<sup>1</sup>. وهكذا فإذا وجد مانع يحول دون إبرام العقد بين شخصين، توسط بينهما شخص ثالث يجري العقد مع أحدهما، ثم ينقل ملكية ما تلقاه إلى الشخص الذي قام المانع بجانبه، وهذه هي الصورية النسبية بطريق التسخير أو التوسط.

وقد أورد القانون المدني الجزائري صورا مختلفة للصورية بطريق التسخير، كعدم جواز شراء القضاة وأعاونهم للحقوق المتنازع عليها كلها أو بعضها، إذا كان الفصل في النزاع يدخل ضمن اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا طبقا للمواد 402 و403<sup>2</sup>.

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

يختلف التعاقد بطريق التسخير عن الصورية بطريقة التسخير، ففي هذه الأخيرة يكون الشخص المتعاقد عالما بصفة المسخر، ومتواطئا معه من أجل تسخيره لمصلحة شخص ثالث يعلم هو أيضا بهذا التسخير، أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر "prête-nom" يتعاقد مع شخص لا يعلم بالتسخير.

إذن التعاقد بطريق التسخير هو حالة من حالات النيابة الخفية غير المعلنة، مع أنه من المفروض أن تكون النيابة علنية، وأن يتم الكشف عنها للمتعاقد الثاني، وأن تتصرف آثار العقد إلى الأصيل لا إلى النائب، وأن تنشأ عنها علاقة مباشرة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد معه.

فالشخص المستعار يعتبر نائبا أو وكيفا عن الشخص الذي سخره، ولكنه لا يفصح عن ذلك للشخص الذي يتعاقد معه، حيث يبرم المسخر في هذه الحالة ثلاثة تصرفات جدية غير صورية،

<sup>1</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.22.

<sup>2</sup> المادة 402: " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشترخوا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا".

المادة 403: " لا يجوز للمحامين ولا للموكلين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة".



## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

الأول هو عقد التسخير الذي يكون بموجبه نائباً أو وكيل عن شخص آخر، والثاني هو عقد مع الغير يعقده المسخر لحساب من سخره ولكن باسمه هو فتتصرف إليه آثار العقد، والثالث يعقده مع من سخره لينقل إليه آثار عقده الثاني مع الغير<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

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

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

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

### الفرع الرابع : الباعث على الصورية

الباعث على إبرام العقد الصوري هو السبب الدافع لسلوك طريق الصورية، وليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد والآثار التي يترتبها، وبما أنه لا يعتبر ركنا من أركان الدعوى بالصورية ، فإن عدم صحة الباعث الذي يورده مدعي الصورية لا يؤدي وحده لرفض دعواه، والحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية طرفيه.

ويرى أغلب الفقه والاجتهاد القضائي أن الدافع للصورية قد يكون مشروع أو غير مشروع.

### أولا: البواعث المشروعة

ذكر فقهاء القانون بعض الحالات الخاصة التي يكون فيها الباعث على الصورية مشروعا، ولا يكون الغرض منها هو الأضرار بالغير، كمن يريد أن يبيع منزله إلى شخص آخر ولكنه لا يريد أن يعلم الغير أن المشتري هو ذلك الشخص بالتحديد، فيبيع البيت بيعا صوريا لشخص آخر يكون

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وسيطا، ويأخذ عليه ورقة ضد تفيد بأن البيع صوري، وكأن يجري شخص ثري ومعروف هبة إلى مؤسسة خيرية بواسطة اسم مستعار، دون أن يعرف أي أحد هويته الحقيقية<sup>1</sup>.

### ثانيا: البواعث غير المشروعة

يتفق معظم الفقه والاجتهاد على أن الباعث على الصورية يكون غير مشروع غالبا، فهي تعتبر الوسيلة المفضلة لستر الكذب والتحايل على القانون.

وفي هذا الصدد تعتبر الصورية من وسائل الإخلال بالضمان العام للدائنين، فكثير ما يلجأ المدين المعسر إلى التصرف في أمواله تصرفا صوريا غير حقيقي، وخاصة إذا كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات لا يسهل إخفاءها، كما لو اتفق المدين مع شخص آخر على أن يظهر أي المدين بمظهر البائع ويظهر الشخص الآخر بمظهر المشتري، ويتفقا على بيع لا وجود له في الحقيقة، وبهذا تخرج العين المباعة من الضمان العام للدائنين<sup>2</sup>.

كما يلجأ إلى الصورية بكثرة لحرمان الشفيع من حق اكتساب العقار بالشفعة، فيبرم الطرفان عقد بيع خفي فيما بينهما ويظهران للغير أنهما أبرما عقد هبة، أو يبرمان عقد بيع حقيقي ولكنهما يصرحان فيه بثمن مرتفع جدا، ليس هو الثمن الحقيقي لتعجيز الشفيع<sup>3</sup>.

كذلك نجد الصورية غالبا في تصرفات المورث المالك، الذي يبرم هبة أو وصية مستورة بستر البيع لصالح أحد الورثة، من أجل حرمان الزوجة أو إحدى الزوجات أو أحد الفروع أو الأصول من الميراث .

### الفرع الخامس : نطاق الصورية

غالبا ما تكون العقود محلا للصورية، ولكن ليس هناك ما يمنع أن تكون التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد صورية، ولا أن تكون الأحكام و الدعاوى القضائية صورية .

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.200.

<sup>2</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.11.

<sup>3</sup> سامي عبد الله، المرجع نفسه، ص.207.

أولاً: العقود

أكثر ما تكون الصورية في العقود سواء كانت عرفية أو رسمية، وبالنسبة للعقود الرسمية لا يجوز الطعن إلا في الجزء المتعلق بإقرارات المتعاقدين أمام الموظف المختص قانوناً، أما البيانات التي يثبتها الموظف في العقد والتي حصلت أمامه فلا يجوز الطعن بصورتها، ويمكن الطعن فيها بالتزوير<sup>1</sup>.

فبيانات العقود الرسمية تتكون من واقعة الاقرار، أي أن أصحاب الشأن أقروا أمام الموثق بكذا وكذا، وهذه لها حجية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير، وصحة الاقرار في حد ذاته، وهذه يجوز انكارها وإثبات صورية الاقرار ، لأن ذلك لا يمس بأمانة الموظف.

مثال ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين صرح أنه باع للمتعاقد الثاني داراً، وصرح المتعاقد الثاني أنه اشترى هذه الدار ، فواقعة الاقرار من بيع و شراء لها حجية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير.

ولكن هذا لا يمنع من له مصلحة من أن يتمسك بأن هذا البيع صوري، بالرغم من أن المتعاقدين أقروا أمام الموثق غير ذلك، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانوناً دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير، ولو أثبت الموثق أن المشتري دفع أمامه الثمن وحدد مقداره ، فواقعة دفع الثمن لها حجية إلى غاية الطعن فيها بالتزوير، ولكن هذا لا يمنع من له مصلحة من إثبات أن الدفع ، بالرغم من صحة واقعته في حد ذاتها كان دفعا صورياً، بأن كانت النقود هي نقود البائع وأعطاها للمشتري ليسلمها له أمام الموثق، وأن النقود التي دفعها المشتري أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير، لأنه لا يمس في ادعاءاته أمانة الموثق، إذ أن الأصل أن كل طعن في بيان وارد بورقة رسمية، يتضمن مساساً بأمانة الموظف وصدقه، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير، و فيما عدا ذلك يكفي الطعن بالصورية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، المرجع السابق، ص.436.

<sup>2</sup> أحمد مرزوق، المرجع السابق ، ص.307.309.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

### ثانيا: التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد

ليس هناك ما يمنع من أن تكون الصورية في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها إلى شخص معين، لأن الصورية تكون نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا<sup>1</sup>، كالتنازل عن حق عيني أو الإبراء من دين أو إنهاء علاقة قانونية قائمة، كإقرار الزوج بملكية زوجته لأموال منقولة معينة، كي تتمكن من الدفع بملكيته في حال تم حجزها من قبل دائني زوجها، أو إقرار دائن ببراءة ذمة مدنية تفاديا لحجز يتوقعه الدائن على أمواله التي في يد مدينه، ففي مثل هذه الحالات يكون التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن الإقرار أو الإبراء غير حقيقي، وأن الملكية تبقى للزوج والدين يبقى قائما حقا للدائن، رغم صدور التصرف.

أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين، كما في حالة الوعد بالجائزة الموجهة إلى الجمهور، فإن الصورية لا تتحقق في مثل هذه الحالة حتى ولو كان الواعد غير جاد في وعده، وكان هذا مجرد اختلاف بين الإدارة الظاهرة والإرادة الباطنة قريبا من التحفظ الذهني<sup>2</sup>.

### ثالثا : الأحكام القضائية

تكون الصورية أيضا في الأحكام ، خاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية، و إيقاع البيع لمن يرسو عليه المزاد<sup>3</sup> ، والأحكام الصادرة في الدعاوى التي يراد بها التعاقد الرسمي أو الإقرار بحق صوري، كما إذا اتفق شخصان على اللجوء إلى القضاء ليطالب أحدهما الثاني بالدين الذي يزعم أنه له في ذمته، ويقوم الثاني بالإقرار بهذا الدين أمام المحكمة كذبا، فيصدر حكم بالزام الأول بالدفع، دون أن تتمكن المحكمة من الوقوف على حقيقة الإقرار، ويكون الحكم الصادر في هذه الحالة مجرد حكم صوري.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1080.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، الموضوع نفسه .

<sup>3</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.06.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وتسمى هذه الأحكام الصورية التي تصدر بناء على اتفاق سابق بين الاطراف، بالأحكام الاتفاقية "jugements convenus" تميزها لها عن الأحكام العادية التي تصدر في منازعة جدية تقوم بين طرفي الخصومة ، وتعرض على القضاء للفصل فيها لمصلحة أحد الأطراف<sup>1</sup> .

### رابعا : الدعاوى القضائية

كذلك الدعاوى يمكن أن تكون مجالا للصورية وإن كان يصعب تخيل الأمر، فقد يتفق شخص مع أحد أصدقائه أو أقاربه أن يقيم ضده دعوى موضوعها عقار يملكه المدعى عليه المزعم، من أجل التأشير على العقار بالمحافظة العقارية أنه موضوع نزاع قضائي، مما يؤدي إلى عرقلة وتأخير عملية بيعه بالمزاد العلني من قبل دائني صاحبه، فتكون الدعوى في هذه الحالة مجرد دعوى صورية، لأنه ليس هناك أي نزاع حقيقي بخصوص العقار<sup>2</sup>.

كذلك قد تتفق سيدة مع زوجها الثاني على إقامة دعوى طلاق ضده أمام المحكمة المختصة، دون أن تكون لديهما نية الطلاق، و هذا المنع الحكم لصاح زوجها الأول في دعوى اسقاط الحضانة التي رفعها ضدها بعد زواجها مرة ثانية، فدعوى الطلاق هنا هي مجرد دعوى صورية، لأن السيدة لم تقصد أبدا الطلاق من زوجها الثاني.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة هذه الأحكام فاعتبرها البعض عقودا بالنظر إلى الاتفاق الحاصل حولها وإلى انتفاء الخصومة القضائية، ولأن مهمة القاضي تقتصر على إثبات ما حصل أمامه دون الفصل في الخصومة. ويترتب على ذلك أن الحكم الاتفاقي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام العادية ، وإنما يطعن فيه بالبطلان لأحد اسباب بطلان العقود، وأنه لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه.

وذهب رأي آخر إلى القول بأنها تعتبر أحكاما بالمعنى الصحيح، لأن القانون لا يعرف الأحكام الاتفاقية ، فإذا كان الخصوم معترفين منذ البداية بأنه ليست هناك خصومة حقيقية ، وأنهم يلجؤون للقضاء ليكسبوا اتفاقاتهم شكل الأحكام، وجب على القاضي أن يرفض اصدار حكم في مثل

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

هذه الحالة، لأنه خارج عن نطاق اختصاصاته فهو قاضي و ليس موثق، إذن يجب على المحكمة اتخاذ كل الاجراءات الوقائية قبل صدور هذه الاحكام ، ولكن إذا ما صدر أي حكم مماثل وجب أن يكتسب حجية الأحكام القضائية وآثارها<sup>1</sup>.

ونحن نرى أن الأحكام الاتفاقية هي أحكام عادية، لأن القاضي لا يمكنه الاطلاع على اتفاقات الأطراف التي وقعت خارج المحكمة ولا على نواياهم وأهدافهم، فهو يحكم في الدعوى المعروضة أمامه على شكل خصومة جدية، بغض النظر عن كونها خصومة حقيقية أو وهمية من صنع الأطراف واتفاقهم، وأن الحكم الصادر في هذه الدعوى هو حكم قضائي يكتسب قوة وحجية الأحكام القضائية .

### المطلب الثاني: شروط الصورية

يجب لتحقيق الصورية أن يوجد موقفان أو عقدان متعاضدان يتحد فيهما الموضوع والأطراف وتختلف الماهية والأركان والشروط، وأن يكون أحدهما ظاهراً والآخر مستتراً.

### الفرع الأول: أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع

من شروط تحقق الصورية أن يوجد عقدان متعارضان ، أحدهما ظاهراً سوريا والآخر مستتراً حقيقياً، يتحد فيهما الطرفان والموضوع، أي أن يكون لهما نفس الأطراف ونفس الموضوع<sup>2</sup>، وهذا ما تقتضيه طبيعة عقد الضد لكونه عقد يلغي أو يعدل العقد الظاهر كلياً أو جزئياً، كما أنه وطبقاً لمبدأ نسبية آثار العقد فإن الحق في إلغاء أو تعديل العقود يرجع مبدئياً إلى أطرافها.

<sup>1</sup>أحمد مرزوق، المرجع السابق ، ص.410- 413.

<sup>2</sup> طالبا كان محل التصرف انفراديا كالإبراء من دين أو التنازل عن حق عيني فلا بد من وجود موقفين للمتصرف، أحدهما ظاهر يخفي تصرفاً آخر حقيقي، كما لو تنازل المدين عن حق عيني تنازلاً سوريا حتى يتفادى التنفيذ عليه من قبل الدائنين.

### أولاً: اتحاد الطرفان

لتتحقق الصورية يجب أن يتحد الطرفان في العقدين، أي أن يكون هناك شخصان فلا تتوافر الصورية بوجود شخص واحد، فإن اختلفا أو اختلف أحدهما لا تتحقق الصورية، لأنه لا يوجد عقدان يستر أحدهما الآخر، وإنما عقدان يستقل كل منهما عن الآخر<sup>1</sup>.

ولكن لا يشترط اتحاد المتعاقدين في العقدين شخصياً بل يكفي اتحادهما اتحاداً قانونياً، فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد المستتر وكيل كل من المتعاقدين في العقد الظاهر أو ورثته، كما يمكن أن يحرر العقد الظاهر وكيل أو ورثة كل من المتعاقدين في العقد المستتر، لأن ذاتية المتعاقدين لا تعتبر من جوهر الصورية، ففي للصورية بطريق التسخير مثلاً، لا يكون أطراف العقد الظاهر هم أنفسهم أطراف العقد المستتر<sup>2</sup>.

### ثانياً: اتحاد الموضوع

بالإضافة إلى ضرورة اتحاد الطرفين يجب كذلك اتحاد الموضوع لتحقيق الصورية، فلو كان مثلاً موضوع العقد الظاهر هو نقل ملكية فلا بد أن يكون كذلك في العقد المستتر، إما بإلغائه كلية أو التعديل فيه، أي يجب أن لا يتضمن العقد المستتر موضوعاً جديداً، لأن الصورية تقوم أساساً على تعارض العقدين إما كلياً أو جزئياً، ولا وجود للتعارض إذا تضمن كل عقد منهما موضوعاً يختلف عن موضوع الآخر، إذ لا يمكن تصور عقد زواج مثلاً يعدل أو يلغي عقد بيع أو عقد إيجار.

وبناء عليه لا تتحقق الصورية إذا ما بيع عقار مملوك لشخص ناقص الأهلية بغبن يزيد عن الخمس، واتفق الطرفان في نفس الوقت على زيادة الثمن إلى أربعة أخماس في عقد ثاني مستتر، حتى يتجنب المشتري رفع دعوى تملكه الثمن بسبب الغبن الفاحش، فإن هذا الأخير لا يعتبر ورقة ضد، بالنظر إلى اختلاف موضوع الالتزام في العقدين وعدم التعارض بينهما، لأن موضوع الالتزام في

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.174.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.116.



## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

العقد الظاهر هو نقل الملكية من قبل البائع ودفع الثمن من قبل المشتري، وموضوع الالتزام في العقد المستتر هو عدم رفع دعوى تملكه الثمن، وهو التزام بالامتناع عن عمل<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أن يختلف العقدان من حيث الماهية والأركان والشروط

تنطوي الصورية على اتفاقين مختلفين و متعارضين، وقد يتناول هذا الاختلاف إما وجود العقد الظاهر كله، وإما ماهيته، وإما ركنا من أركانه أو شرطاً من شروطه الجوهرية، لأنه وكما هو معلوم فإن إرادة الطرفين لم تنصرف إلى التصرف الظاهر وإنما المراد هو التصرف المستتر، لذلك لا بد من وجود اختلاف كلي أو جزئي بينهما، فهما ضدان لا يجتمعان يستحيل تنفيذهما معاً، فإذا ما أمكن تنفيذ العقدين معاً، فإن التصرف الحقيقي في هذه الحالة لا يعتبر ورقة ضد ولا التصرف الظاهر تصرفاً صورياً، وإنما يعتبران تصرفات جديان<sup>2</sup>.

ويكون الاختلاف في وجود العقد الظاهر إذا ما تم إبرام عقد بيع مثلاً، ونصت ورقة الضد، أي العقد الحقيقي المستتر، على أن ملكية المبيع تبقى للبائع ولا تنتقل للمشتري، وعلى أن العقد الظاهر هو مجرد عقد صوري دون إضافة أي مضمون آخر.

أما الاختلاف في الماهية فيتمثل في الحالات التي يكون فيها موضوع العقد الظاهر يختلف كلياً عن موضوع العقد الحقيقي، كأن يذكر في العقد الظاهر أنه عقد بيع وفي ورقة الضد أنه عقد هبة.

ومن أمثلة الاختلاف في أحد الأركان الأساسية للعقد أن يذكر في العقد الظاهر أن سبب الدين هو القرض، بينما هو في الحقيقة القمار أو علاقة غير شرعية.

وأخيراً يكون الاختلاف في شرط من الشروط الجوهرية بأن يعقد الطرفان عقد بيع ويستترانه بعقد هبة تحت تأثير تدليس من المشتري الذي يستعمل أساليب احتيالية تؤثر على البائع وتجعله يقبل

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.175.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.119.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

بذلك، بحيث تعاب إرادة البائع في العقد الظاهر<sup>1</sup>.

وبما أن الباعث على الصورية لا يعتبر ركنًا من أركانها أو شرطًا من شروطها، كما سبق القول، فإن اختلاف العقدين الظاهر الصوري والحقيقي المستتر في الباعث الدافع إلى التعاقد، لا يعتبر من أسباب الصورية.

إذن يشترط ليكون العقد الظاهر صوريًا أن يتعارض العقد الظاهر مع العقد المستتر، ولا تعارض إذا كان العقد السري يفسر العبارات الغامضة أو يوقف بينهما أو يفصل ما أجمل في العقد الظاهر، أي أن التعارض يجب أن يتحقق في شروط مضمون العقد، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أن يكون العقدان متعاصرين

المقصود بالمعاصرة هنا أن يتم الاتفاق على العقدين في وقت واحد، أي أن الاتفاق على صورية العقد الظاهر وقت صدوره، على اعتبار أن العقدان الظاهر والمستتر لا يتجزآن في نية المتعاقدين، ولهذا يجب أن يكون متعاصرين قد صدرا في آن واحد.

هذا ولا تشترط المعاصرة المادية التي تقتضي أن ينظم العقد المستتر في ذات الوقت الذي ينظم فيه العقد الظاهر بل تكفي المعاصرة الذهنية، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتها وقت صدور التصرف الظاهر<sup>3</sup>، وإن صدر التصرف المستتر قبل أو بعد ذلك، إذ ليس هناك ما يمنع تحرير العقد المستتر قبل أو بعد كتابة العقد الظاهر بمدة قد تطول أو تقصر، طالما أن العبرة تكون بالإرادة الحقيقية المشتركة.

بمعنى أنه قد يكون التصرف الحقيقي مبرم في يوم نال للتصرف الظاهر، ولكن كانت هناك معاصرة ذهنية بين التصرفين، فقد اتفق الطرفان على الأمرين معًا، لكن نفذ التصرف الظاهر في يوم

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.176.

<sup>2</sup> إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.45.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1077.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

والتصرف المستتر في يوم آخر، وفي غياب المعاصرة الذهنية نكون بصدد عقدين مستقلين أحدهما لاحق للثاني جاء ليعدله، ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع<sup>1</sup>.

وإن جرت العادة على أن يكون بين تحرير العقدين الظاهر والمستتر معاصرة مادية، واعتبر التاريخ دليل على المعاصرة الذهنية وعلى صورية العقد الظاهر، لكن هذا لا يعني أن اختلاف التاريخ دليل قاطع على جدية العقد الظاهر، خاصة وأنه يمكن أن يوجد عقد ضد غير مثبت بسند خطي.

### الفرع الرابع: أن يكون أحد العقدين ظاهر علني وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستترا وهو العقد الحقيقي

من شروط الصورية أن يكون العقد الظاهر وهمياً، الغرض الوحيد منه هو اتخاذ ستار للعقد الحقيقي، يخفي به المتعاقدان عن الغير حقيقة ما تعاقدوا عليه، ومن هنا تظهر العلاقة التي تربط العقد الصوري بالعقد الحقيقي وتجعل منهما عقداً واحداً لا يتجزأ، أي أننا نكون في الواقع إزاء عقد واحد يثبتته عقد الضد ويخفيه العقد الظاهر<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك لو أشار العقد الظاهر إلى العقد المستتر لما كنا أمام صورية، بل أمام عقدان يكمل كل منهما الآخر، لأن العقد الظاهر لم يستتر عقداً آخر وإنما أشار إليه، ونفس الشيء إذا كان العقد المستتر الحقيقي ظاهراً، لأنه من شروط الصورية إخفاء العقد الحقيقي وبقائه سرا بين المتعاقدين.

### الفرع الخامس: إثبات الصورية

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى عبء إثبات الصورية، وإلى القرائن القانونية التي نص عليها المشرع إثباتاً للصورية أو نفيها لوجودها، ثم إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير أدلة الصورية.

<sup>1</sup> عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص.245.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.120.

## أولاً: عبء إثبات الصورية

من المقرر أن يتقيد الطرفان في العقد الصوري بالقواعد العامة في الإثبات، فعل مدعي الصورية إثبات صحة ادعاءاته، ولا يلزم المدعي عليه بإثبات صحة العقد الذي أجراه.

وفي حالة الطعن بالصورية المطلقة يجب إثبات عدم وجود العقد الظاهر، أي أن موضوع الإثبات لا يتعلق بالعقد المستتر بل بالعقد الظاهر، أما في حالة الادعاء بالصورية النسبية، فإن موضوع الإثبات يتعلق بالعقد المستتر، أي أن مدعى الصورية في هذه الحالة يحتج بالعقد المستتر على أساس أنه العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف<sup>1</sup>.

### 1- طرق إثبات الصورية

تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد المتعاقدين طرفي التصرف القانوني ضد الآخر، أو من أحد المتعاقدين على الغير، أو كانت مرفوعة على غير أحد المتعاقدين.

#### أ- إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين

اجتمع الفقه والقضاء على أنه يتم إثبات صورية العقد أو التصرف فيما بين المتعاقدين بمستند خطي، أي بعقد الضد، إذ لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز العقد الظاهر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار صادر من الطرف الثاني المدعى عليه، فلا يعتد بإقرار غيره، أو بيمين أو شهادة الشهود، إلا أنه يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا ما فقد هذا الدليل<sup>2</sup>.

فإذا كان العقد الظاهر مكتوباً يجب اثبات صوريته من طرف أحد المتعاقدين بالكتابة، لأن الثابت بالكتابة لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص.396.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.53.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

أما إذا كان العقد الظاهر غير مكتوب وكانت قيمة الالتزام تقل عن مائة ألف دينار جزائري، فإنه يجوز إثبات صورية العقد الظاهر من قبل أحد طرفي التصرف بكافة الطرق<sup>1</sup>.

### ب - إثبات الخلف العام للصورية

الخلف العام للمتعاقدين هم الورثة والموصى لهم بحصة شائعة من التركة، ويخضع هذا الخلف العام في إثباته الصورية لما كان يخضع له سلفه، فلا يجوز له إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها كما سبق بيانه.

وفي حالة التحايل على القانون من أجل الأضرار بمصلحة الخلف العام، بأن كان تصرف المورث موجها للإضرار بهم، كأن يكون البيع قد انعقد صوريا من أجل حرمان الورثة من حصصهم، فإنهم يصحبون بمتاباة الغير بالنسبة للعقد، وبالتالي يجوز لهم إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، لأن التصرف في هذه الحالة يعتبر بمتاباة واقعة مادية بالنسبة لهم<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد المستتر قد يكون شفهيًا، وحتى في هذه الحالة يجب إثباته بالكتابة مبدئيًا، وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، إلا أن البعض منه يرى بأن المستند الخطي يشترط لإثبات وجود الاتفاق الشخصي فقد لا لإثبات مضمونه، بالنظر إلى صعوبة إثبات مضمون اتفاق شفهي بالكتابة خاصة إذا كان في الأمر صورية<sup>3</sup>.

### ج- إثبات الغير للصورية

الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة وإن لم يكن طرفًا في العقد المطعون فيه بالصورية<sup>4</sup>، ويخرج الخلف العام من نطاق طائفة الغير لأنه يعتبر امتداد للمتعاقد ويأخذ حكمه، ويخرج كذلك موقع المحرر، وإذا كان الموقع نائبًا عن غيره يخرج الأصيل أيضًا، ويخرج الموكل إذا

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.399.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، المرجع السابق، ص.436.

<sup>3</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.102.

<sup>4</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.64.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

كان الموقع هو الوكيل، والقاصر إذا كان الموقع هو الوصي، والمحجور عليه إذا كان الموقع هو القيم، ومالك المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان الموقع هو الحارس، والدائن الذي يستعمل حق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة، وكل شخص ليست له مصلحة متعلقة بمال أحد الملتزمين بالعقد<sup>1</sup>.

إذن يقتصر الغير في الصورية على الخلف الخاص المتعاقدين الذي تلقى منه حقا يتعلق بموضوع العقد، سواء كان عقده سابقا للعقد المطعون بصوريته أو لاحقا له، وعلى الدائنون العاديون لأطراف العقد الذين يتأثرون بتصرفات مدينهم المضرة بالضمان العام، سواء كانت حقوقهم سابقة أو لاحقة على تلك التصرفات.

وعلى اعتبار الخلف الخاص والدائنون العاديون هم الغير في الصورية، فإن الصورية تعتبر بالنسبة إليهم واقعة مادية لا تصرفا قانونيا، ولهذا يمكنهم إثباتها بجميع طرق الإثبات مهما كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر، ومهما كان الدافع إلى الصورية.

وقد تعددت الآراء بشأن تبرير حرية الإثبات المقررة للغير، فهناك من يرى أنها ترجع لكون الغير لم يكن طرفا في العقد ولم يشترك في خلف الظاهر الخادع، لهذا ليس بإمكانه الحصول على سند كتابي لإثبات الصورية، وهناك من يرى أنه من مقتضيات العدالة لأن العقد الصوري مشوب بالتحايل والتواطؤ على حقوق الغير، في حين يرى فريق آخر أن سبب هذه الحرية يرجع إلى كون التصرف الصوري الذي يعقد بين شخصين أو أكثر، يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى الغير الأجنبي عن العقد<sup>2</sup>.

ونحن نرى بأن تمكين الغير في الصورية من إثباتها بكافة الطرق، هو نتيجة منطقية لوجود المانع من الحصول على دليل كتابي لمن كان أجنبيا عن العقد.

بالتالي إذا أبرم عقد صوري فإنه يتم إثبات صورته:

**فيما بين المتعاقدين:** تثبت صورية العقد الظاهر بالكتابة أو بما يقوم مقامها .

<sup>1</sup> إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص. 224- 225. أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 65.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص. 431.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

**الخلف العام** : يخضع الخلف العام في إثبات صورية العقد لنفس القواعد التي يخضع لها المتعاقدان، وفي حالة التحايل على القانون للإضرار بمصلحة الخلف العام، يجوز إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات.

**بالنسبة للغير**: يتم إثبات صورية العقد من قبل الغير بكافة طرق الإثبات.

### 2- نفي الصورية من جانب المدعى عليه

في حالة إثبات المدعى للصورية، يلقي عبء نفيها أو إثبات العكس على عائق المدعى عليه، ويمكن للمدعى عليه نفي الصورية بالأدلة الكتابية وشهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين والخبرة أو بطلب التحقيق، بشرط أن يكون الدليل المقدم لنفي الصورية مقبول قانوناً، إذ لا يجوز نقص ما ثبت بورقة الضد إلا بدليل كتابي<sup>1</sup>.

فإذا ما أبرم عقد بيع صوري وقام طرفاه بكتابة ورقة ضد في نفس التاريخ، وقام المشتري بالمطالبة بتنفيذ العقد المستتر وقدم ورقة الضد، فلا يجوز للمدعى عليه البائع أن ينقض ما جاء بورقة الضد إلا بدليل كتابي باعتباره أحد طرفيها، وبالتالي لا يجوز إثبات ما يخالفها بشهادة الشهود أو قرائن الأحوال.

### 3- إثبات الصورية في السندات الرسمية

سبق القول أن العقد المكتوب لا يجوز إثبات صوريته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، وتطبق نفس القاعدة في الحالة التي يكون فيها العقد الظاهر مثبتاً بسند رسمي، لأن السند الرسمي يثبت فقط الأفعال المادية التي تحقق منها الموظف أو الضابط العمومي بنفسه والتي تدخل في إطار صلاحياته

<sup>1</sup> إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.230.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

واختصاصاته، كمثل العقد وتاريخه وصحة توقيع الأطراف وتصريحات الأطراف أمامه، وليس من واجب الموظف الرسمي التحقق من صدق وصحة تصريحات أطراف العلاقة لأنه ليس بوسعه ذلك<sup>1</sup>.

وبما أن ادعاء الصورية لا يتناول الوقائع التي تثبتتها الموظف الرسمي بنفسه، بل صحة تصريحات المتعاقدين، فإن رسمية العقد هنا لا تحول دون إمكانية الطعن فيه بالصورية، ولا يستلزم أبدا الادعاء بتزويره<sup>2</sup>، إذ يكفي توافر سند مكتوب أو دليل خطي معزز بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات صوريته، وفي حالة عدم توافر ذلك ليس هناك ما يمنع توجيه اليمين الحاسمة المدعى عليه.

و قد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن الاجتهاد القضائي كان يجيز إثبات صورية السندات الرسمية، من قبل أحد أطراف التصرف الصوري أو من قبل الغير، بكل طرق الإثبات، ولكن هذا الرأي حسب "داغو" كان ينسب للاجتهاد مبادئ لم يقرها أبدا في ذلك الوقت، لأن قرارات القضاء الفرنسي التي نصت على جواز إثبات صورية السندات الرسمية بكل الطرق، كانت تتعلق إما بحالة الصورية المقترنة بالتحايل على القانون، أو حالة بداية وجود دليل خطي على الصورية، أو كانت خاصة بالمواد التجارية، أو أن الدعوى كانت مقامه من الغير، ولم تشر هذه القرارات إلى هذه الظروف التي أحاطت بالدعوى والتي تجعل الإثبات ممكنا بكل الطرق، بل إنها كانت تعطل الأمر بأن الصورية في العقود الرسمية تنزل منزلة الغش الذي يمكن إثباته بكل الطرق<sup>3</sup>.

واستمر الأمر كذلك إلى أن صدر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1961/10/30 الذي نص على جواز إثبات صورية السند الرسمي، من قبل أحد أطرافه في مواجهة الطرف الثاني، بكل طرق الإثبات، دون أن تشترط لجواز ذلك وجود بداية بينة خطية، تصلح مرتكزا لتعزيز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، أو وجود استحالة الحصول على دليل خطي أو تحايل على القانون.

<sup>1</sup> تنص المادة 324 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03/05/1988 المعدل و المتمم للقانون المدني على ما يلي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.414.

<sup>3</sup>M.Dagot, Op.Cit., p.315.



ثانيا : القرائن القانونية على الصورية

بعد أن تطرقنا إلى طرق إثبات الصورية من قبل أحد طرفي التصرف أو من قبل الغير، وإلى عبء نفيها من قبل المدعى عليه، سنتكلم فيما يلي عن بعض القرائن القانونية على الصورية التي نص عليها المشرع الجزائري، وعن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في مثل هذه الحالات.

1- قرائن الصورية الواردة بالقانون المدني الجزائري

أخذ المشرع الجزائري المبادرة ونص على قرائن قانونية تغني المدعى عن عبء الإثبات وتلزم المحكمة إذا كانت قرائن قاطعة، من خلال بعض نصوص القانون المدني كالمواد 98 و328 على سبيل المثال .

أ- القرينة القانونية الواردة بالمادة 98 من القانون المدني الجزائري "مشروعية السبب"

تنص المادة 98/ف1 مدني على ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يتم 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 سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

يتضح من خلال نص المادة أن هناك احتمالين: الأول أن يكون السبب غير مذكور في العقد والثاني أن يذكر السبب في العقد.

أ-1: حالة عدم ذكر السبب في العقد

حسب نص الفقرة الأولى من المادة 98 مدني فإنه إذا لم يذكر سبب الالتزام في العقد ، افترض القانون أن للالتزام في هذه الحالة سببا وأن هذا السبب مشروع إلى أن يثبت العكس، فعدم ذكر

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

السبب في العقد لا يبطله، لأن القانون يشترط وجود سبب مشروع للالتزام ولا يشترط ذكره فيه، إذن عندما يخلو العقد من ذكر السبب تقوم قرينة على أن للالتزام سببا، وأن هذا السبب مشروع<sup>1</sup>.

أي أنه على المدين الذي يدعي خلاف ما نصت عليه القرينة القانونية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 98 أن يقيم الدليل على أن الالتزام لا سبب له، وفقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات.

### أ-2: حالة ذكر السبب في العقد

تنص الفقرة الثانية من المادة 98 مدني على افتراض ثاني أين ذكر السبب في العقد، فإذا ما ذكر سبب الالتزام في العقد افترض القانون أن هذا السبب هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على العكس.

بذلك يكون المشرع قد وضع قرينة قانونية مقتضاها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بإقامة الدليل على صورية السبب المذكور في العقد. نخلص في الأخير إلى أن المشرع قد وضع بمقتضى نص المادة 98 مدني قرينة قانونية، يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعاً في حالة عدم ذكر السبب في العقد، فإن ما ذكر السبب في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي للالتزام، وإن ادعى المدين صورية هذا السبب يجب عليه إثبات ذلك، بالتالي ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر على عاتق المتمسك به.

### ب- القرينة القانونية الواردة بالمادة 328 من القانون المدني الجزائري " صورية التاريخ العرفي "

تنص المادة 328 مدني على أنه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداء:

- من يوم تسجيله،

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.235.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ،
  - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص ،
  - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.
- غير أنه للقاضي تبعاً للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

نص المشرع الجزائري بموجب هذه المادة على قرينة قانونية قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، مقتضاها صورية تاريخ المحررات العرفية، إذ لا تعتبر هذه المحررات حجة على الغير" الخلف الخاص" إلا منذ ثبوت تاريخها رسمياً بإحدى الطرق التي نصت عليها المادة.

القاعدة العامة أن تنتج التصرفات القانونية أثرها بمجرد توفر أركانها وشروطها بقطع النظر عن تاريخ حصولها، فيلتزم بها الأطراف وتنتقل أثارها إلى الخلف العام والخلف الخاص، حتى ولو لم يكن لها تاريخ ثابت، والاستثناء أن هناك مجموعة من الأشخاص يتوقف انصراف اثر التصرف القانوني إليهم على تاريخ هذا التصرف، هم الخلف الخاص بالنسبة إلى شخص معين تلقوا منه مال معين، حيث لا تكون تصرفات هذا الأخير بخصوص هذا المال نافذة في حق الخلف الخاص، إلا إذا كان التصرف سابقاً على انتقال المال إليهم<sup>1</sup>.

وبهذا تظهر أهمية تاريخ التصرفات الصادرة من السلف بالنسبة للخلف الخاص، بشأن موضوع الحق الذي تلقوه منه ومصالحتهم في تحديد هذا التاريخ بدقة، خاصة وأنهم أي الخلف الخاص معرضين باستمرار لإمكانية الغش من قبل سلفهم بتقديم تاريخ التصرفات وجعلها سابقة لتاريخ انتقال الحق إليهم حتى يحتج بها في مواجهتهم، وما يترتب عن ذلك من ضرر خاصة مع صعوبة إثبات تاريخ التصرف طبقاً للقواعد العامة.

ومن أجل حماية الخلف الخاص من غش دائنيهم، قام المشرع بتوفير حماية خاصة لهم بموجب نص المادة 328 مدني، عندما اشترط للاحتجاج بتاريخ الورقة العرفية على غير أطرافها أن يكون لها تاريخ ثابت، فإذا لم تكن كذلك، فإنه يجوز لكل شخص من الغير أن يعتبر صدرها تالياً لتاريخ انتقال الحق إليه من السلف، دون أن يحتاج إلى إقامة أي دليل على ذلك.

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.257.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي لم يكتفي بالنص على قرائن قانونية على وجود الصورية ، بل قام كذلك بإيراد بعض القرائن القانونية على عدم وجودها، قطعاً لدابر المنازعات التي يمكن أن تثور في مثل هذه الحالات ، فقد جاء في المادة 854 المعدلة بموجب القانون رقم 728/2006 المؤرخ في 23 جوان 2006 المعدل و المتمم للقانون المدني الفرنسي ما يلي :

"في حال وجود شراكة بين المورث وأحد ورثته قامت بدون أي غش، لا يلزم هذا الوريث بأن يعيد للتركة شيئاً من الفوائد التي حصل عليها من الشركة، بشرط أن يكون عقد الشركة منظماً في شكل سند رسمي".

Article 854 modifié par la loi n° 2006/728 du 23 juin : « pareillement, il n'est pas du de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ».

تضمن هذا النص قرينة قانونية قاطعة على عدم وجود الصورية، مقتضاها عدم وجود هبة مستترة بين المورث وأحد ورثته في حالة وجود شراكة بينهما منظمة في شكل عقد رسمي، لكن هذا لا يعني أن عقد الشركة غير الرسمي بين المورث وأحد ورثته، يؤدي بالضرورة إلى افتراض وجود هبة مستترة لمصلحة الوريث ، وعلى من يدعي ذلك عبء إثباته<sup>1</sup> .

نستنتج أن المشرع الفرنسي قد افترض أن الصيغة الرسمية لعقد الشركة بين الورثة، قرينة قانونية قاطعة على حقيقة العقد، وعلى صحة الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين بموجب العقد، تنتفي معها نية التبرع الخفي.

## المبحث الثاني : أثر الحيل الصورية

إن جوهر التصرفات القانونية هو إحداث الآثار القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين الحقيقية والجديّة، حيث يعتد بهذه الإرادة حتى ولو ستر الطرفين تصرفهما الحقيقي بمظهر صوري كاذب.

<sup>1</sup>سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.458.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

فإذا ما كانت الصورية مطلقة فإن التصرف الظاهر يكون معدوماً و كأنه لم يكن أصلاً، لانعدام الإرادة الجدية، أما إذا كانت الصورية نسبية، فإنه يعتد بالعقد الحقيقي في حالة ما إذا انعقد صحيحاً مستوفياً لشروطه.

وليست الصورية بذاتها سبباً من أسباب بطلان التصرف القانوني، فالتصرف الظاهر لا يبطل لمجرد صورته، لأنه يمكن للأفراد أن يخفوا تصرفاتهم كما يشاءون، ولا يكون لهذا الإخفاء أي أثر على قيام التصرف أو على صحته، ولكن هذا لا يعني أنه يحق للأفراد إبرام تصرفات قانونية مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب العامة أو مضرّة بمصلحة الغير وسترها بمظاهر كاذبة، لأن الصورية لا تصحح التصرفات الباطلة لمثل هذه الأسباب.

### المطلب الأول : أحكام الصورية

ليست الصورية بذاتها سبباً للبطلان، فيمكن للأفراد أن يخفوا تصرفاتهم كما يشاءون دون لهذا الإخفاء أثر على قيام التصرف وعلى صحته.

ولكن ما لا يجوز للأفراد عمله ظاهراً لا يجوز خفية، ولهذا فإنه لا يمكن الاعتماد على الصورية من أجل إخفاء تصرف غير جائز أصلاً، لأنها لا تصحح التصرفات الباطلة لمخالفتها للقانون أو لتعارضها مع النظام العام والآداب العامة .

هذا وتختلف آثار الصورية في العلاقة بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير.

### الفرع الأول : أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين و خلفهم العام

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

### أولا : العبرة بالعقد الحقيقي

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص.380 .

<sup>2</sup> ابراهيم المنجي ، المرجع السابق ، ص.83 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ج.2 ، ص.1087 .

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

### ثانيا : العقد الظاهر لا وجود له

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

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

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

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

<sup>1</sup> أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص. 431 - 432 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1084 .

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص. 308.

الفرع الثاني : أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

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

أولاً : تحديد الغير في أثر الصورية

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

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

1- دائني المتعاقدين طرفي الصورية

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

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

<sup>1</sup>ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup> أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص.437.



## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وتجدر الإشارة إلى أن الدائنين الشخصيين يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية معينة، كما هو الحال بالنسبة إلى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف ، حيث يطمئنوا إلى المركز الظاهر ويتعاملوا بمقتضاه فتجب حمايتهم من غش المدين، ولا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية، كنسبية أثر العقد و حجية الأمر المقضي فيه و التاريخ غير الثابت و العقد غير المسجل<sup>1</sup>.

### 2-الخلف الخاص للمتعاقدين طرفي الصورية

يقصد بالخلف الخاص للمتعاقدين طرفي الصورية، كل من تلقى حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري، سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف أو تاليا له<sup>2</sup>.

ومثال ذلك إذا باع شخص منزل يملكه بيعا صوريا، فكل من كسب حقا عينيا على هذا المنزل، قبل التصرف الصوري أو بعده من البائع أو من المشتري، يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع الصوري.

والملاحظ بالنسبة إلى الخلف الخاص هنا، هو أنه يكسب حقه من أحد طرفي التصرف بسبب آخر غير التصرف الصوري ، فبالرجوع إلى المثال السابق نجد أن الدائن المرتهن للبائع يكسب حقه بعقد الرهن، وهو غير عقد البيع الصوري، و المشتري الجدي من البائع يكسب حقه بعقد جدي، وهو غير البيع الصوري، ونفس الشيء بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري، والدائن الذي ارتهن من مشتري الدار، ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيرا من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري نفسه .

ويرى الدكتور السنهوري أن الشفيع في عقد بيع دار ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع، و لا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب عليه دفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أحد طرفي العقد، وهذا لأن الشفيع كسب حقه بالشفعة، و الشفعة ليست بسبب آخر يختلف عن البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري ، فالشفيع هنا قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ذاته، فهو قد حل محل المشتري

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص. 1094- 1095 .

<sup>2</sup> عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 104 .

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

في البيع إذن هو ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلقى منه الملكية، وهو في نفس الوقت قد أصبح طرفاً مع البائع في البيع الصوري بعد أن حل محل المشتري ، إذن هو ليس خلفاً خاصاً للبائع<sup>1</sup>.

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

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

### ثانياً : أثر الصورية بالنسبة إلى الغير

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

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

للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية وكانت له مصلحة في ذلك ، ويقصد بحسن النية هنا جهل الحقيقة، أي الجهل بصورية العقد الظاهر، فالمفروض أن حسن النية لا يعلم

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

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

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1088- 1094 . محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في

القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، 1974، ص.82-83.

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

بالعقد المستتر، و على من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه ، ذلك أن حسن النية مفترض ، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله ، انتفت الحكمة من حمايته ولزمه العقد الحقيقي المستتر شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، وبما أن العلم بالعقد المستتر واقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق .

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

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

فإذا كان الغير دائنا شخصا للمشتري و كان التصرف الصوري الظاهر سابقا على حقه ، يجب أن يكون قد اعتقد، عند تعامله مع المشتري، أن التصرف الصوري الذي سبق حقه هو تصرف جدي، ونفس الشيء إذا ما انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري الظاهر، فيجب أن يكون وقت انتقال الحق العيني إليه معتقدا جدية التصرف الصوري .

أما إذا كان الغير سيء النية، بأن كان على علم وقت نشوء حقه بصورية العقد ، فلا يمكنه التمسك بالعقد الصوري، لأنه يعلم بأنه مجرد مظهر كاذب غير حقيقي فلا يكون في أعمال العقد الحقيقي أية مفاجأة ، و بالتالي لا يمس هذا الأعمال باستقرار المعاملات .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد أعطى لهذا الغير الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر بموجب المادة 244 التي تنص : " إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد " . و مناط هذا الخيار هو المصلحة بمعنى أن للغير أن يتمسك إما بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر الحقيقي حسب مقتضيات مصلحته، ولذلك فإن لدائني

<sup>2</sup> عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.106 .

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

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

البائع في البيع الصوري أن يتمسكوا بالتصرف الحقيقي، حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للبائع المدين، كما أن لدائني المشتري أن يتمسكوا بالعقد الظاهر، لأن من مصلحتهم أن يدخل المبيع في الضمان العام للمشتري المدين<sup>1</sup>.

فإذا ما تمسك الغير بالعقد الظاهر، فإنه لا يطالب بإثباته باعتبار أن العقد الظاهر لا حاجة إلى إثباته، أما إذا ما تمسك بالعقد الحقيقي المستتر فإن عليه اثبات صورية العقد الظاهر، وله في ذلك الاستعانة بكافة طرق الاثبات، دون أن يلزم بإقامة الدليل الكتابي، حتى وإن كان العقد الصوري الظاهر مكتوباً، ذلك لأن الصورية بالنسبة إلى الغير تعتبر واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات.

ونحن نرى بأن المشرع المصري في اقراره لهذا الخيار إنما يشجع على توسيع نطاق التصرفات الصورية، وأنه كان المفروض الاعتداد في جميع الأحوال بالعقد الظاهر، سواء بالنسبة لأطراف التصرف الصوري أو بالنسبة للغير.

### أ - حكم التعارض بين مصالح الغير

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

وبناء على ذلك فإن دائن المشتري في البيع الصوري يفضل على دائن البائع، فيحق له دون دائن البائع التنفيذ على العين المبيعة صورياً، متمسكاً في ذلك بالعقد الظاهر الذي يخدم مصلحته، في حين يمنع دائن البائع من التنفيذ هذه العين و من التمسك بالعقد المستتر، و يترتب على

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.383.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

ذلك كذلك أن من كسب حقا عينيا من المشتري الظاهر يفضل على من كسب حقا عينيا من البائع الظاهر<sup>1</sup>، وهذا ما تضمنته المادة 2/244 من القانون المدني المصري<sup>2</sup>.

فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعا جديا لمشتري آخر، وسجل هذا الأخير عقده، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار بيعا جديا لمشتري ثاني، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع، بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير في التسجيل حتى يفضل السابق إليه، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد، وإنما الأمر يتعلق في هذه الحالة بتنازع الغير بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل، فنأخذ بالعقد الظاهر وفضل المشتري من المشتري على المشتري من البائع، ولا عبرة بالأسبقية في التسجيل التي لا يعتد بها إلا إذا كان البائع واحد، على أن المشتري من المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده، وإن كان يفضل على المشتري من البائع ولو تأخر عنه في التسجيل<sup>3</sup>.

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

نخلص في الأخير إلى أن أثر الصورية يختلف بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة التي لها الحق في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر، عنه بالنسبة إلى الغير الذي له الحق في التمسك بالعقد الظاهر الصوري، ونحن نرى بأنه كلما تعلق الأمر بالصورية يجب الاعتداد بالعقد الظاهر مراعاة منا للغير حسن النية الذي اطمأن للمظهر الكاذب وبنى تعامله عليه من جهة، وعقبا للمتعاقدين اللذان لم يريدوا بتصرفهما الظاهر سوى خداع الغير من جهة أخرى، كما أن أعمال العقد الحقيقي بالنسبة إلى المتعاقدين يخدم مصلحتهما ويحقق الغرض الذي أراداه بلجوئهما إلى الصورية، وهو إخفاء تصرفهما الحقيقي الجدي وأعماله فيما بينهما وإيهام الغير بالتصرف الظاهر الصوري، بالتالي لا

<sup>1</sup> أحمد ابراهيم عطية، المرجع السابق، ص.452.

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

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1104.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

يمكنهما الاستفادة من غشهما للغير وتحايلهما على القانون، وأن خير عقاب لهما يكون بمنع تحقيق الغرض الذي قصدها .

### المطلب الثاني: دعوى الصورية

تعتبر دعوى الصورية من الدعاوى الخاصة المتميزة ، فهي دعوى يخولها القانون للدائن الذي يستعملها باسمه وبناء على حق خاص به، لا باسم المدين ونيابة عنه، ومن الدعاوى المسماة التي سماها المشرع ونظم أحكامها، فأصبحت بذلك متميزة عن بقية دعاوى القانون الخاص.

### الفرع الأول: مفهوم دعوى الصورية

تخضع دعوى إعلان الصورية إلى القواعد العامة التي تحكم الدعاوى عامة ، فهي تقريبا لا تثير أية مسائل خاصة مغايرة لها، و لذلك ارتأينا الاكتفاء بدراسة بعض جوانبها التي تستلزم البيان.

### أولا : تعريف دعوى الصورية

دعوى الصورية هي الدعوى التي ترفع من أجل الكشف عن صورية تصرف ما، أي هي الدعوى التي يرفعها الدائن ليثبت أن مال المدين الذي تظاهر بالتصرف فيه، فأنقص من الضمان العام في الظاهر، لا يزال في الواقع في ذمة المدين وفي الضمان العام<sup>1</sup> .

وبالنسبة للعقود ترمي دعوى الصورية إلى تقرير صورية العقد المطعون فيه باعتباره يخالف حقيقة ما قصده المتعاقدان<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> ابراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.201.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.104.

### ثانيا : أساس دعوى الصورية

تقوم دعوى الصورية على مبدئين هما: احترام الإدارة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، وحماية الضمان العام للدائنين، بالنسبة لاحترام إرادة المتعاقدين الحقيقية تهدف هذه الدعوى إلى هدم الظاهر الكاذب الذي خلقته الصورية، وإلى التخلص من كل آثاره القانونية التي لم تتصرف إليها أصلا إرادة المتعاقدين، وفيما يخص حماية الضمان العام، فإنه من المتعارف عليه أن الصورية تعتبر الوسيلة الأولى التي يلجأ إليها المدين للإخلال بالضمان العام للدائنين، والتي يمكن مواجهتها بدعوى صورية تصرفات المدين من أجل حماية الضمان العام، وهي بذلك تعتبر دعوى تمهيدية لدعوى أخرى يرفعها الدائن من أجل استيفاء حقه والتنفيذ على أموال المدين.

وتجد دعوى الصورية مصدرها في المادة 188 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

إذن أساس هذه الدعوى هو حماية الضمان العام للدائن من الضرر الذي قد يصيبه جراء تصرف المدين الذي يقصد به إخراج أمواله من الضمان العام ظاهريا<sup>1</sup>.

### ثالثا : الخصوم في دعوى الصورية

يحق لكل من كانت له مصلحة و توافرت فيه الشروط العامة مباشرة دعوى الصورية، وبالرجوع إلى نص المواد 198 و 199 من القانون المدني الجزائري نجد أنه يمكن رفعها إما من قبل أحد طرفي العقد الصوري وإما من قبل الغير.

#### 1- أطراف العقد الصوري

قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر، فيرفعها البائع الصوري ليتخلص من التزاماته اتجاه المشتري الصوري، أو المشتري الصوري ليتخلص من التزاماته

<sup>1</sup> أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص.391.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

كمشتري أو كمالك، كما يمكن رفعها من أحد الطرفين لكشف حقيقة العقد المستتر، وترتيب الآثار القانونية الناتجة عنه فللمتعاقدين الحق في طلب تقرير صورية العقد، لأن العبرة هنا بالعقد الحقيقي المستتر الذي اتجهت إليه إرادتهما الحقيقية، والذي يبقى دائما شريعتهما.

ونشير هنا إلى أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد تردد كثيرا بخصوص السماح لأحد أطراف العقد الصوري بمباشرة الدعوى، باعتبار أن الصورية هي من فعله، لكنه أعاد النظر في موقفه بما أن المادة 1321 مدني فرنسي قد أقرت صحة عقد الضد بين الأطراف، كما أنه من مصلحة العدالة كشف الحقيقة وهدم الظاهر الكاذب، الأمر الذي دفع المحاكم إلى قبول دعوى الصورية من الأطراف أنفسهم.

وينزل منزلة أطراف العقد الصوري خلفهم العام كالورثة والموصى لهم بجزء من التركة، إذ يجوز لهم مباشرة دعوى الصورية لنفس الغرض الذي يسعى إليه الأطراف.

## 2- الغير

يمكن للغير أن يباشر دعوى الصورية وأن يقيمها ضد أحد أطراف العقد الصوري أو ضد الطرفين معا، عندما تقتضي مصلحته التمسك بالعقد المستتر، فنتقام مثلا من دائني المتعاقدين الذين لهم الحق في الطعن بصورية تصرف مديهم، كدائن البائع الصوري لكي يتمكن من التنفيذ على المال المباع صوريا، أو من تلقى من البائع الصوري حقا متعلقا بالمال كمشتري ثاني أو دائن مرتهن أو مستأجر.

وإذا كان المال قد انتقل من المشتري الصوري إلى مشتري ثاني، و كان هذا الأخير يعلم بصورية عقد سلفه، أي سيء النية، فإن لدائني البائع و كل من تلقى منه حقا متعلقا بذلك المال، أن يقيموا دعوى الصورية في مواجهة المشتري الثاني، و هنا يجب ادخال العقد الصوري في الدعوى، أما إذا كان المشتري الثاني حسن النية، فإنه لا يمكن إقامة دعوى الصورية في مواجهته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.352.



## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

إذن ترفع دعوى الصورية من أحد المتعاقدين أو من أي شخص له مصلحة في التمسك بالعقد المستتر، و في تقرير صورية العقد الظاهر، ولو لم تكن بينه و بين المتعاقدين رابطة عقدية .

وتخضع دعوى الصورية للأحكام العامة التي تخضع لها كل الدعاوى ، لذلك فإنه يشترط لقبولها أن يكون من شأنها تحقيق فائدة عملية للمدعي أو لمن يتمسك بها، فإذا انتفت هذه المصلحة وجب القضاء بعدم قبول الدعوى أو الدفع .

### رابعا : المصلحة في دعوى الصورية

تقبل دعوى الصورية من كل من له مصلحة شخصية ومباشرة في التمسك بالعقد المستتر، والمصلحة هي الفائدة المادية أو المعنوية التي يرمي صاحب الدعوى الحصول عليها من وراء ممارسته للدعوى<sup>1</sup>.

وأصحاب المصلحة هم: أطراف العقد السوري وخلفهم العام والخاص، وكل من تضرر من العقد السوري ولو لم يكن طرفا فيه .

وإذا لم يكن للشخص مصلحة مباشرة في رفع الدعوى لن تقبل دعواه، وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها، ولذلك لا يجوز للناخب الطعن بصورية عقد، يملك المرشح بمقتضاه النصاب المالي للترشيح وإن جاز ذلك لمرشح آخر ينافس المترشح الأول، لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة للناخب ولتحققها بالنسبة للمرشح الآخر<sup>2</sup>.

والدائن السوري ليست له مصلحة في الطعن بصورية تصرف صادر عن مدينه ، لأنه لو قضي بصورية هذا التصرف، فإن الدائن السوري لن يستطيع التنفيذ على محل هذا التصرف، لأنه ليس دائنا حقيقيا .

<sup>1</sup> محمد وليد هاشم المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط.1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص.160.

<sup>2</sup> سامي عبد الله ، المرجع السابق ، ص.353.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

والدائن المرتهن أو صاحب حق التخصيص أو الامتياز ليست لهم مصلحة في الطعن في تصرفات مدينهم بالصورية، لأن لهم حق تتبع العقار في أي يد يكون، طالما استنفذوا الاجراءات التي تجعل هذا التأمين نافذا في حق الغير<sup>1</sup>.

وتكفي المصلحة المحتملة عندما يراد بالدعوى الاحتياط لدفع ضرر محقق أو لحفظ دليل، فالدائن الذي لم يحل أجل دينه بعد، و يقوم برفع دعوى قضائية من أجل إثبات صورية تصرف مدينه، تكون مصلحته في رفع الدعوى هي دفع ضرر محقق، يتمثل في انتقاص الذمة المالية للمدين وبالتالي الضمان العام للدائنين.

### الفرع الثاني : التمييز بين دعوى الصورية و الدعوى المشابهة لها

تلتقي دعوى الصورية الرامية إلى الحفاظ على حقوق الدائن، والتي تطعن في تصرف المدين الصوري الذي يهدف من خلاله إلى الإضرار بحقوق الدائن، مع دعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة في الغرض، وهو الحفاظ على الضمان العام للدائنين.

من المعلوم أن الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرف يدفع عن نفسه نتائج غش المدين، إذا عمد هذا الأخير إلى التصرف في ماله إضراراً بحقوق الدائن، فيطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه، ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه، وفي الدعوى غير المباشرة يدفع عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه، إذا أغفل المطالبة بحقوقه لدى الغير، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه، وبذلك يحافظ على ضمانه العام.

أما في دعوى الصورية فيدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً، إذ عمد إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام، فيطعن الدائن بصورية هذا التصرف حتى يكشف عن حقيقته، ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه.

<sup>1</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.108.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

بالتالي فإن الدائن في هذه الدعاوى الثلاث يهدف إما إلى بيبقي في ضمانه العام ما كاد أن يخرج منه بالدعوى غير المباشرة، وإما إلى أن يعيد ما خرج بدعوى عدم نفاذ التصرف، وإما إلى أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية<sup>1</sup>.

### أولاً: دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البولصية

كفل المشرع للدائنين الحماية من تصرفات مدينهم الضارة بهم، بما قرره لهم من حق الطعن فيها، وطلب عدم نفاذها في مواجهتهم عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف، وقد اصطلح الفقه على تسمية هذه الدعوى بالدعوى البولصية نسبة إلى الحاكم الروماني "بولي" "Paulu"، وهناك من يقول نسبة إلى البريتور الروماني "بول" "Paul"، وهو أحد القضاة الرومان وأول من ابتدعها، ثم عرفت في القوانين المدنية لمختلف الأنظمة القانونية بدعوى عدم نفذ التصرف.

### 1- تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف

دعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البولصية هي الدعوى التي أقرها المشرع لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، فمنحه الحق في المطالبة بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته، إذا كان قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إفسار المدين أو الزيادة في إفساره<sup>2</sup>.

بمعنى أنها الدعوى التي منح القانون بموجبها للدائن الحق في الطعن في تصرفات مدينه الضارة به، وفي طلب عدم نفاذها في مواجهته، وهي دعوى شخصية يختصم فيها الدائن المدين والمتصرف إليه وخلفه إن وجد.

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.474.

<sup>2</sup> إبراهيم المنجي، دعوى الصورية، التنظيم القانوني والعلمي لدعوى كشف الصورية على ضوء المادتين 244، 245 من القانون المدني، ط.2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009، ص.143 .

## 2- شروط دعوى عدم نفاذ التصرف

تستلزم دعوى عدم نفاذ التصرف توافر بعض الشروط، منها ما يتعلق بالدائن، ومنها ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه.

### أ - الشروط المتعلقة بالدائن

لا يمكن للدائن مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرف إلا إذا كان حقه مستحق الأداء، وقام المدين بتصرف ضار بحقوقه.

### أ -1: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء

يمكن لأي دائن بحق غير متنازع عليه أن يلجأ إلى دعوى عدم نفاذ التصرف، ولا فرق في ذلك بين دائن عادي ودائن ممتاز، أو بين دائن بحق مقدر ودائن بحق غير معلوم المقدار، وأيا كان نوع حقه نقداً أو عيناً مادام محقق الوجود<sup>1</sup>.

ويجب أن يكون الحق حقيقياً، فإن كان سورياً كان الدائن بدوره سورياً ولا يحق له أن يطلب الحكم بعدم نفاذ التصرف لانعدام مصلحته، كما يجب أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف<sup>2</sup>.

هذا ولا يشترط في الحق أن يكون ثابتاً في سند تنفيذي، حيث يكفي أن يكون السند عرفياً أو غير ثابت بالكتابة، إذا كان سبب نشوء الحق هو العمل غير المشروع.

<sup>1</sup> يمكن للمضروب من عمل غير مشروع أن يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف قبل أن يقدر التعويض المستحق له، ويطعن في تصرفات مدينه الذي يتوقع صدور الحكم بإلزامه بالتعويض، فيتصرف في أمواله لإخراجها من الضمان العام، لأن التعويض في هذه الحالة يعتبر حق محقق الوجود.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.140.

أ - 2: أن يكون التصرف ضارا بالدائن

لا يمكن للدائن مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرف إلا إذا كان تصرف المدين ضارا به، فإذا لم يكن كذلك انتفت مصلحته في رفع الدعوى، ولا يكون التصرف كذلك إلا إذا كان من شأنه إنقاص حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته، كأن يهب عينا مملوكة له أو يبرئ مدينا له أو يشتري عينا بثمن باهض أو يدفع مبلغ من المال كحصة له في شركة ، مما يؤدي إلى إفساره وإنقاص الضمان العام على نحو تصبح معه أمواله غير كافية للوفاء بالدين<sup>1</sup> .

ب -الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

حتى يمكن الطعن في تصرف المدين بدعوى عدم نفاذ التصرف، يجب أن يكون هذا الأخير تصرفا قانونيا، وأن يكون تاليا لنشوء الحق المراد اقتضاءه.

ب -1: أن يكون عمل المدين تصرفا قانونيا

ترد دعوى عدم نفاذ التصرف على التصرفات القانونية التي من شأنها إنقاص حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته، فلا يجوز الطعن في الأعمال المادية، فإذا ما ارتكب المدين خطأ نتيجة قيامه بعمل غير مشروع، نشأ عنه التزام بالتعويض أدى إلى إفساره، في هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يطعن في هذا التصرف لأنه عمل مادي وليس تصرفا قانونيا<sup>2</sup> .

ويستوي أن يكون التصرف تبادلا كالبيع والمقايضة والشركة والهيئة، أو أن يصادر من جانب واحد كالإبراء وإجازة عقد قابل للإبطال والتنازل عن حق انتفاع أو ارتفاق.

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص.130.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.142.

ب-2: أن يكون التصرف تاليا لنشوء حق الدائن

يجب أن يكون التصرف الصادر عن المدين تاليا لوجود حق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف، فإذا لم يكن حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه، فقد حقه في رفع الدعوى، لأن الحق الذي تصرف فيه المدين لم يكن جزءا من ضمانه<sup>1</sup>.

ويتحمل الدائن عبء إثبات أن حقه سابقا للتصرف وفقا للقواعد العامة، ولا يشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون له تاريخ ثابت، فإذا ما كان التصرف خاليا من التاريخ وقام المدين بتقديم التاريخ غشا، يجوز للدائن إثبات ذلك بكافة الطرق<sup>2</sup>.

ج-الشروط المتعلقة بالمدين

تقوم دعوى عدم نفاذ التصرف على فكرة غش المدين الذي يجري التصرف المفقر ويريد به الأضرار بدائنه، إذ لا يكفي أن يؤدي التصرف المطعون فيه إلى إفسار المدين أو إلى الزيادة في إفساره، بل يجب أن يكون مشوبا بالغش من جانب المدين، فيقصد الإضرار بدائنه ليحول دونه ودون التنفيذ على العين محل التصرف، ويتوفر الغش عندما يتصرف المدين في أمواله وهو يعلم أنه معسر أو أن هذا التصرف سيؤدي إلى إفساره.

ويقع على الدائن عبء إثبات غش المدين، وله ذلك بكافة الطرق القانونية، ويكفي في إثبات الغش أن يقيم الدائن الدليل على أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر، وحينئذ تقوم قرينة قانونية على الغش، ولكنها تبقى قرينة بسيطة يمكن للمدين دحضها، بإثبات أنه رغم علمه بإفساره إلا أنه لم يقصد بتصرفه الأضرار بدائنه، كأن يقصد مثلا تحقيق أرباح<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري قد فرق في هذا الصدد بين أعمال المعاوضات، فاشتراط فيها توافر غش المدين ليحكم له بعدم نفاذ التصرف، وأعمال التبرعات التي لم يشترط فيها ذلك، حيث نص في المادة 238 على أن شرط غش المدين قاصر على المعاوضات، أما

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.130.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.141.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص.164.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

إذا كان تصرف المدين تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.

بالإضافة إلى هذه الشروط، يجب أن يكون الحق محل التصرف، الذي يسعى الدائن إلى إعادته للضمان العام لمدينه، جائزا له التنفيذ عليه، فإذا كانت العين محل التصرف مرهونة لدائن آخر متقدم على الطاعن في المرتبة أو كان الدائن عاديا، بينما يوجد دائن آخر له حق عيني على العين، انعدمت مصلحته في الدعوى.

### 3- التمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف

يمكن للدائن أن يرفع دعوى قضائية مستقلة للمطالبة بعدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة به، كما يمكنه التمسك بها كدفع في الدعوى التي يرفعها المتصرف إليه على المدين، للمطالبة بنفاذ التصرف .

ويتمسك الدائن بالدعوى البولصية عن طريق الدفع عندما يتدخل أو يدخل في الدعوى القائمة بين المدين و المتصرف إليه ، حيث يبحث القاضي هنا في مدى توافر شروط دعوى عدم نفاذ التصرف، فإذا ما توافرت حكم بقبول الدفع وبالتالي بعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، وفي الدعوى الأصلية بصحة ونفاذ التصرف فيما بين المتعاقدين، ولا يتعارض ذلك مع اعتبار التصرف غير نافذ في حق الدائن، إذ لكل نفاذ نطاقه<sup>1</sup>.

### 4- آثار دعوى عدم نفاذ التصرف

إذا ما توافرت شروط دعوى عدم نفاذ التصرف رتبت آثارها بالنسبة إلى الدائن وبالنسبة إلى المتعاقدين .

<sup>1</sup> أنور طلبية، المرجع السابق ، ص.143.

أ - بالنسبة إلى الدائن

بما أن دعوى عدم نفاذ التصرف دعوى شخصية، الغرض منها عدم نفاذ التصرف لتمكين الدائن من استيفاء حقه ، فإنه يترتب عليها بالنسبة إلى الدائن عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، لأن المدين قصد التواطؤ للإضرار به، و حرمانه من إمكانية التنفيذ بدينه على الحق المتصرف فيه الذي كان يعتمد عليه لضمان اقتضاء ديونه، لهذا فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام، ويستطيع الدائن التنفيذ عليه.

ويترتب على عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، أن المال المتصرف فيه يخرج من الضمان العام لدائني المتصرف إليه .

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد منه كل الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم ، فإذا ما تعدد الدائنون وأقام أحدهم دعوى يطلب فيها عدم نفاذ التصرف في حقه، وصدر له الحكم بذلك يستفيد باقي الدائنين من هذا الحكم، سواء تدخلوا في الدعوى أم لم يتدخلوا طالما استوفوا شروط الدعوى، ولا مجال هنا للاحتجاج بقاعدة نسبية الأحكام<sup>1</sup>.

وفي حالة ما إذا قام الدائن الذي باشر الدعوى و صدر الحكم لصالحه باتخاذ إجراءات التنفيذ لوحده، وتمكن من استرداد حقه ، فليس للدائنين الآخرين الحق في مطالبته بتقسيم ما استرده فيها بينهم قسمة الغرماء، و يكون لهم الحق في ذلك إذا ما تدخلوا في إجراءات التنفيذ، هنا تقسم حصيلة التنفيذ فيما بينهم بقسمة الغرماء، فلا يتقدم عليهم الدائن الذي استصدر الحكم ، أما المتصرف إليه فليس له حق مشاركة الدائنين في التنفيذ<sup>2</sup>.

بالتالي يستفيد الدائن الذي استوفى شروط دعوى عدم نفاذ التصرف من الحكم الصادر فيها، سواء كان هو الذي باشر الدعوى أو تدخل فيها أو تدخل في إجراءات التنفيذ .

كما يجوز للدائن، بالإضافة إلى طلب عدم نفاذ التصرف في حقه، أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر من المدين أو المتصرف إليه أو خلفه، وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية .

<sup>1</sup> أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص.397.

<sup>2</sup> أنور طلبية، المرجع السابق، ص.178.



ب - بالنسبة إلى المتعاقدين

يقتصر أثر الدعوى البولصية على عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن الذي أقامها، وفي حق غيره من الدائنين المستوفين لشروطها، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد القائم بين الدائن والمتصرف إليه ، بل يظل قائماً ومرتباً لكافة آثاره القانونية في العلاقة بين المتعاقدين<sup>1</sup>.

ومتى قضي بعدم نفاذ التصرف وأصبح الحكم نهائياً، فإن هذا لا يعفي الدائن ولا المتصرف إليه من التزاماتهم التعاقدية، فإذا كان التصرف بيعاً مثلاً، فإنه يلزم المدين بالتزامات البائع والمتصرف إليه بالتزامات المشتري، ولهذا الأخير في هذه الحالة أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق أو بطلب الفسخ مع التعويض، لعدم قيامه بتنفيذ التزاماته أو بدعوى الإثراء بلا سبب<sup>2</sup>.

5- تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف

طبقاً لنص المادة 197 مدني جزائري تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بأقصر المدتين :

. انقضاء ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، لا من تاريخ صدور التصرف، لأن الدائن قد لا يعلم بالتصرف ولا بما يسببه من إفسار للمدين، أو بما ينطوي عليه من غش، إذا كان من المعاوزات .

وإذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين، امتنع عليه مشاركة الباقيين في التنفيذ على المال محل التصرف، إذا تمسكوا بذلك في مواجهته.

. بمضي خمسة عشرة سنة من اليوم الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه، و هذا بالنسبة

إلى جميع الدائنين، ولو جهلوا صدور التصرف أو سبب عدم نفاذه في حقهم.

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص.133.

<sup>2</sup>أنور طلبية، الصورية و أوراق الضد، المرجع السابق، ص.143.

## 6- التمييز بين دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف

تقترب دعوى عدم نفاذ التصرف من دعوى الصورية كثيرا فالشبه بينهما كبير، ولكن هذا لم يمنع من إيجاد بعض أوجه الاختلاف بين الدعويين .

### أ- أوجه التشابه

تتفق دعوى عدم نفاذ التصرف مع دعوى الصورية فيما يلي :

. وحدة الغرض و هو المحافظة على الضمان العام بالطعن في تصرف صادر عن المدين يريد به اخراج بعض ماله من الضمان العام لدائنيه ، فإذا ما كانت الصورية تهدف إلى التهرب من حقوق الدائنين بالتصرف الصوري في مال المدين، حتى لا يستوفي دائنوه حقوقهم من هذا المال ، انفتقت الصورية في هذا الغرض مع كل التصرفات الضارة بحقوق الدائنين، و لو كانت جدية .

. في كلتا الدعويين يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله، فيتصرف في هذا المال تصرفا جديا أو تصرفا صوريا، وفي الحالتين لا يكون تصرف المدين نافذا في حق الدائن، لأنه يكون مشوبا إما بالغش وإما صوريا<sup>1</sup>.

. تعتبر الدعويين من وسائل الضمان العام للدائنين، وسلاحا لمحاربة غش المدين الذي يحاول الإضرار بحقوقهم .

### ب- أوجه الاختلاف

تختلف دعوى الصورية عن دعوى عدم نفاذ التصرف من حيث الجوانب التالية :

. في دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفا جديا، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي، ولا ينتج العقد الصوري أثرا إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية، استقرارا للتعامل. أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فإن المدين يتصرف في ماله

<sup>1</sup> عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2010، ص.54.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

تصرفا جديا، وإن كان مشوبا بالغش و التحايل على حقوق الدائن، ومن تم ينتج التصرف أثره ككل تصرف جدي، وإن كان يعتبر غير نافذ بالنسبة إلى الدائن<sup>1</sup>.

. يريد الدائن بدعوى الصورية استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه أصلا إلا في الظاهر، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فيرمي الدائن إلى استرجاع شيء خرج من ملك المدين، أنقص من الضمان العام<sup>2</sup>.

. لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري، ولا ضرورة للبحث فيما إذا كان الدين مستحقا قبل نشوء العقد المطلوب إعلان صورته أم بعده ، لأن الدائن لا يطلب سوى تقرير عدم وجود العقد الظاهر، وهذا الطلب لا يتأثر بتاريخ نشوء الحق، فمن المعلوم أن أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه أيا كان تاريخ وجود حق الدائنين. أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا لنشوء التصرف المطعون فيه ، ويقع على هذا الأخير عبء اثبات ذلك وفقا للقواعد العامة في الإثبات.

. يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع في دعوى الصورية كي تتحقق المصلحة ، و إذا لم يكن كذلك فليس له أن يرفع الدعوى أو أن يستمر في إجراءاتها، حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف لا يستطيع رفع هذه الدعوى، لأن دعوى الصورية هي دعوى تحفظية الهدف منها إثبات صورية العقد الظاهر و أن العين التي وقع التصرف عليها لن تخرج من ملك المدين.

أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فلا يكفي خلو حق الدائن من النزاع، بل يجب أيضا أن يكون حقه مستحق الأداء، لأنها أقرب إلى إجراءات التنفيذ منها إلى إجراءات التحفظ و لأنها تعتبر قيد على حرية المدين في التصرف، إذ يقصد بها تقرير عدم نفاذ تصرفه الذي انصرفت إليه إرادته الحقيقية ، في حين يراد بدعوى الصورية إثبات إرادة الأطراف الحقيقية في إنشاء العقد المستتر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم المنجي، دعوى الصورية، المرجع السابق، ص. 147 .

<sup>2</sup> سامي عبد الله ، المرجع نفسه ، ص. 478.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص. 480-481.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

. لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون التصرف قد قصد به الإضرار بحقوق الدائن، أي أن تكون الصورية غير مشروعة، بل قد تكون الصورية مشروعة، ورغم ذلك يجوز للدائن رفع الدعوى. أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فيشترط قصد الإضرار بالدائن، وأكثر من ذلك حيث يشترط إثبات غش المدين و تواطؤه مع المتصرف إليه في عقود المعاوضات<sup>1</sup> .

. في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى ولو كان التصرف المطعون فيه لا يسبب إفسار المدين أو لا يزيد من إفساره، بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقاً، لأن الدائن يطلب تقرير عدم وجود التصرف الظاهر، وهذه حقيقة لا تتأثر بكون المدين معسرا أو غير معسر . أما في دعوى عدم نفاذ التصرف، فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إفسار المدين أو زاد في إفساره<sup>2</sup> .

. في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فلا يستطيع المدين ذلك، لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي.

. في دعوى الصورية إذا تنازع في بيع صوري دائن البائع مع دائن المشتري، كانت الأفضلية لدائن المشتري إيثارا للعقد الظاهر، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف فإنه إذا باع المدين عينا إضرارا بدائنه اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup>أبراهيم المنجي، دعوى الصورية، المرجع السابق، ص.148.

<sup>2</sup> كما لا يشترط إفسار المدين في الصورية، لا يشترط كذلك في حالة ما إذا كان المدين معسرا أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصوري والإفسار، فيستطيع الدائن أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية حتى ولو كان موسرا، كما يستطيع الطعن بالصورية إذا كان المدين معسرا، ولو لم يكن التصرف المطعون فيه قد سبب الإفسار أو زاد فيه، وإن كان من الملاحظ عادة أن الدائن لا يكلف نفسه أتعاب رفع الدعوى، إذا وجد لدى المدين مالا كافيا لاستيفاء دينه. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.136.

<sup>3</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.137.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

. دعوى الصورية يرفعها الدائن و الخلف الخاص، وكل من له مصلحة مشروعة ، أما دعوى عدم نفاذ التصرف فلا يرفعها إلا الدائن الذي يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، ولذلك لا يمكن للمدين رفعها لأنه لا يمكنه المطالبة بعدم نفاذ التصرف في حقه<sup>1</sup>.

. دعوى الصورية محل خلاف عند فقهاء القانون والاجتهاد القضائي الحديث، حيث هناك من يميل إلى القول أنها تسقط بمضي عشرة سنوات ، وهناك من يرى أنها لا تسقط بالتقادم لأنه يراد بها تقرير أمر واقع لا يتغير بمرور الزمن<sup>2</sup>.

أما دعوى عدم نفاذ التصرف فتسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وفي جميع الأحوال بمضي خمسة عشرة سنة من يوم صدور التصرف المطعون فيه<sup>3</sup>.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للدائن في الدعوى الواحدة، أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا، فيباشر إحداها بعد الأخرى، ويرفع أولا دعوى الصورية ثم دعوى عدم نفاذ التصرف ، كما يمكنه رفع الدعويين معا فيحاول أولا إثبات صورية العقد الذي أبرمه المدين، ثم ينتقل إذا ما أخفق في ذلك إلى الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف، و لا يجوز له أن يطعن أولا بعدم نفاذ التصرف، لأن هذا الدفع يتضمن إقراره بحقيقة العقد، في حين أن الطعن بالصورية يقوم على انكار وجود العقد، والاعتراف والانكار موقفان متناقضان لا يمكن الجمع بينهما.

### ثانيا : دعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة

إذا ما لم يستعمل المدين حقوقه وانطوت تصرفاته على إهمال أو غش من جانبه، مما أدى إلى إفساره أو إلى الزيادة في إفساره، جاز للدائن أن يستعمل هذه الحقوق باعتباره نائبا قانونيا له، من أجل تدعيم الضمان العام للدائنين ، ويكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة .

<sup>1</sup> يمكن أن يرفع دعوى الصورية أحد المتعاقدين أو المدين ليسترد العين التي باعها بيعا صوريا للمشتري، كما يمكن لضامن المدين رفعها حتى ولو لم تكن بينه وبين المتعاقدين أي رابطة، لأن العقد الصوري يعتبر واقعة مادية و ليس له وجود قانوني .

<sup>2</sup> سامي عبد الله ، المرجع السابق ، ص.485.

<sup>3</sup> المادة 197 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

## 1- تعريف الدعوى غير المباشرة

الدعوى غير المباشرة هي الدعوى التي بموجبها يستعمل الدائن حقوق مدينه نيابة عنه، بأن يدفع عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه، إذا أغفل هذا الأخير المطالبة بحقوقه لدى الغير، مما يؤدي إلى اعساره أو الزيادة في اعساره ، وبذلك يحافظ الدائن على ضمانه العام تمهيدا لتنفيذ عليه بحقه بعد ذلك<sup>1</sup> .

وهي وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التي يتهاون في استعمالها أو المطالبة بها للمحافظة على الضمان العام ، إذن هي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه نيابة عنه ، وهي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن و مدين مدينه ، و نيابة الدائن عن المدين هنا هي نيابة قانونية، تبررها المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه<sup>2</sup> .

وقد نص عليها المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 190 مدني : " يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين ، و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضمانا لجميع دائنيه " .

## 2- شروط الدعوى غير المباشرة<sup>3</sup>

1. أن يكون للدائن حق ثابت في مواجهة المدين، ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الاداء .
2. أن يكون للمدين حق من أي نوع كان، كدين في ذمة شخص آخر أو حق عيني على شيء من الأشياء.
3. أن يهمل المدين المحافظة على الحق، بأن يقصر في المطالبة به مما يؤدي إلى سقوطه بالتقادم .
4. أن يؤدي إهمال المدين لحقوقه إلى إعساره أو الزيادة في إعساره .

<sup>1</sup> ابراهيم المنجي، دعوى الصورية، المرجع السابق، ص. 149 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج. 2 ، ص. 969.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، الموضع نفسه .

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

. أن يدخل الدائن المدين في الدعوى حتى يصدر الحكم فيها في مواجهته ، فإذا لم يفعل ذلك كانت دعواه غير مقبولة ، هذا و لا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقوقه .

### 3- آثار الدعوى غير المباشرة

بما أن الدائن ينوب نيابة قانونية عن المدين في الدعوى غير المباشرة، فإنه بذلك لا يعمل لحسابه الشخصي و إنما لحساب مدينه ، و هذا يعني أن كل فائدة يجنيها الدائن عند استعمال حقوق مدينه لا تعود عليه شخصيا، ولكنها تعود إلى المدين نفسه، مما يؤدي إلى تدعيم ذمته المالية وزيادة الضمان العام لجميع الدائنين، بالتالي يشترك الدائن الذي باشر إجراءات الدعوى غير المباشرة مع سائر الدائنين الآخرين فيما يحصل عليه، دون أن يترتب له أي امتياز على الآخرين<sup>1</sup> .

### 4- التمييز بين دعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة

بالرغم من الشبه الكبير بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة، إلا أنه يمكن إيجاد فروق جوهرية تميز إحداها عن الأخرى .

#### أ- أوجه التشابه

هناك شبه كبير و واضح بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام.

. لا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ، بل يكفي أن يكون موجودا و خاليا من النزاع ، ولا أن يكون الحق سابقا لتصرف المدين .

. في كلتا الدعويين لا ينفرد الدائن بالتنفيذ على حق المدين الذي حافظ عليه، بل يشاركه فيه

بقية الدائنين على حد سواء .

---

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.144.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

وفي هذا الصدد يقول السنهوري : " و حتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا سوريا ، فدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، و إذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين، و يستطيع الدائن أيضا بدلا من الطعن بالصورية أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، و في ذلك أيضا لا يشترط أن يكون حقه مستحق الأداء، و لا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين " <sup>1</sup> .

### ب -أوجه الاختلاف

بعد أن تعرضنا إلى تعريف دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة وإلى أوجه التشابه بينهما،

تبين لنا أوجه الاختلاف التالية:

. إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين، و لكن حفاظا على حق خاص به ، و يترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى، أي الصورية، يستطيع الدائن إثباتها بجميع الطرق لأنه من الغير، أما في الحالة الثانية، أي في الدعوى غير المباشرة، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيع المدين اللجوء إليها لإثبات حقه، أي بالدليل الخطي مبدئيا <sup>2</sup> .

. في دعوى الصورية إذا طعن الدائن في العقد الظاهر فهو ليس بحاجة إلى اثبات إعسار المدين ، أما في الدعوى غير المباشرة إذا تمسك الدائن بالعقد المستتر نيابة عن مدينه، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد في إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد ، أما إذا كان المدين موسرا فلا تقبل الدعوى غير المباشرة <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1122.

<sup>2</sup> سامي عبد الله ، المرجع السابق ، ص.476 .

<sup>3</sup> ابراهيم المنجي، دعوى الصورية، المرجع السابق، ص.152.



## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

. إذا اختار الدائن سلوك دعوى الصورية، لا يستطع مدين مدينه أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر، لأن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة لأثر الصورية، أما في الدعوى غير المباشرة إذا تمسك الدائن بالعقد المستتر نيابة عن مدينه، جاز لمدين المدين أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى دائنه ، كما لو كان هذا الأخير هو الذي يتمسك بالعقد المستتر، لأن المدعي هنا يكون نائبا عن مدينه، و بالتالي يكون شأنه شأن مدينه فيما يتمسك به من دفع<sup>1</sup> .

يتضح من خلال كل ما قيل أنه من الأفضل للدائن أن يطعن بصورية العقد الظاهر باسمه، على أن يتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة .

### الفرع الثالث : مباشرة دعوى الصورية

غالبا ما تتخذ دعوى الصورية شكل دعوى أصلية يباشرها كل من له مصلحة في الطعن بصورية العقد الظاهر، كالدائن الذي يطعن في تصرف وهمي أقدم عليه مدينه، ويطلب تقرير صوريته، فتهدف دعوى إعلان الصورية هنا إلى كشف الحقيقة، وإثبات أن المال محل التصرف لم يخرج من ذمة المدين، تمهيدا لتنفيذ عليه .

كما يمكن أن تتخذ الصورية صورة دفع لمواجهة الدعوى الأصلية، فكثيرا ما يطلب المدعي عليه إعلان الصورية بادعاء مقابل ، مثلا عندما تقام دعوى المطالبة بدين معين فيدفع المدعي عليه بصورية الدين .

هذا ويعتبر الدفع بالصورية من الدفع الموضوعية التي يمكن إبداءها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولا يحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها .

وأخيرا يمكن الادعاء بالصورية عن طريق دعوى مقابلة، ويجب أن تكون هذه الدعوى مرتبطة بالدعوى الأصلية من حيث موضوعها وأطرافها ، وهنا يجب على المحكمة التحقيق في

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.145.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

الدعويين معاً الأصلية والمقابلة والحكم فيهما كل واحدة على حدى، حيث لا يترتب على رفض الدعوى الأصلية انقضاء الخصومة في الدعوى المقابلة، أي دعوى الصورية .

وسواء تم ادعاء الصورية بدعوى أصلية وبدعوى مقابلة فإنه يقع على من يدعيها عبء اثباتها وفقاً للقواعد العامة .

ويقتضي تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الصورية الوقوف على حقيقة التصرف الحاصل، واستبعاد التصرف الظاهر الذي أعلنه الأطراف، و يكون ذلك بالرجوع إلى عقود الضد إن وجدت<sup>1</sup>.

حيث يتم تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى المرفوعة من قبل أطراف العقد الصوري أو خلفهم العام، بناء على العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية للأطراف، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، وفي الدعوى المرفوعة من قبل الخلف الخاص للمتعاقدين أو الغير بناء على العقد الظاهر، باعتباره العقد النافذ فيما بينهم، وحرصاً على استقرار المعاملات<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع : الحكم في دعوى الصورية

يختلف الأثر المترتب على الصورية في حالة الصورية المطلقة عنه في الصورية النسبية ، فإذا كانت الصورية مطلقة فإن العقد الصوري الظاهر لا وجود له، لأن الصورية هنا تتناول وجود العقد ذاته وتعدمه، و تعدم بالتالي العلاقة التعاقدية كما لو أن العقد الظاهر لم يبرم على الإطلاق ، أما إذا كانت الصورية نسبية ، وهي التي ترد على نوع العقد أو على ركن أو شرط فيه أو على أحد طرفيه ، فإن العقد في هذه الحالة يكون موجوداً وحقيقياً وملزماً للمتعاقدين، بكل ما تضمنه من التزامات ما عدا تلك التي تناولتها الصورية، أي يتم أعمال الأحكام القانونية على التصرف بعد استبعاد ما تناولته الصورية .

إذن في حالة ما إذا صدر حكم بصورية عقد صورية مطلقة أو نسبية أو بعد صوريته ، فهل يقتصر أثر هذا الحكم على أطراف النزاع وخلفهم العام أم أنه يتعداهم إلى الغير؟.

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.375.

<sup>2</sup> عرفات نواف فهمي مرداوي، المرجع السابق، ص.72.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل السورية

انقسم الفقه حول هذه المسألة، فهناك من يرى أن الحكم الذي يعلن سورية عقد البيع إنما يقرر عدم وجوده، ومن ثم يستفيد منه الدائن المدعي و سائر دائني البائع السوري ، باعتبار أن المال الذي خرج ظاهراً من ملك المدين لم يخرج فعلاً ، بالتالي يمكن لكل الدائنين الاستفادة من الحكم و التنفيذ على المال موضوع التصرف السوري، لأنه لا يزال جزء من ضمانهم العام، ويساند السنهاوري هذا الرأي بقوله: " الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً، و هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين، و بذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ولا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى السورية بالتنفيذ عليها لوحده " <sup>1</sup>.

إلا أن أغلبية الفقه الفرنسي و بعض الفقه العربي لديه رأي مخالف، فهو يرى بأن الدائن الذي يرفع الدعوى ويحصل على الحكم بصورية العقد المطعون فيه إنما يعمل لحسابه الشخصي ولصالحه وحده، وأن نسبية حجية الحكم تجعله وحده المستفيد منه دون سائر الدائنين، ودون أن تتأثر بهذا الحكم العلاقة بين المدين والمتصرف إليه ، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة بالنسبة إلى حجية الأحكام <sup>2</sup>.

وأضـم صوتي إلى الفريق الثاني القائل بنسبية حجية الحكم الصادر في دعوى السورية، فالدائن الذي يرفع دعوى السورية و يسعى إلى استرداد العين محل التصرف السوري و إرجاعها إلى الضمان العام، إنما يقوم بذلك بناء على مصلحته الشخصية، فهو يسعى إلى استيفاء دينه ، ومن الطبيعي أن ينفرد بالتنفيذ على العين و أن تكون له الأولوية، و لباقي الدائنين استيفاء حقوقهم مما زاد عن دين الدائن الذي باشر الدعوى .

### الفرع الخامس : تقادم دعوى السورية

اختلف الفقه حول مسألة سقوط دعوى السورية بالتقادم ، فانقسم إلى فريقين يرى الأول بأن دعوى السورية لا تتقادم سواء رفعت من أحد طرفي العقد السوري أو من الغير، لأن المطلوب هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له، وهذه حقيقة قائمة مستمرة لا تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة

<sup>1</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.463. أحمد ابراهيم عطية ، المرجع السابق، ص.464-465. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1079.

<sup>2</sup> M.Dagot, Op. Cit., p.285.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

إليها، فلا يمكن أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن، ومتى كان كذلك فإنه يصبح بمنزلة العدم، والزمن لا يصحح عقدا لا وجود له، كما أنه لا يمر على العدم<sup>1</sup>.

والعقد الصوري عند أصحاب هذا الرأي باطلا بطلانا مطلقا، ولا يمكن أن ينشأ عنه أي حق، وبما أن التقادم يعني عدم إمكانية المطالبة بحق موجود، فإن ذلك يتناقض مع الطعن بالصورية الذي يرمي إلى تقرير عدم نشوء أي حق عن العقد المطلوب إعلان صورته، وهذا التناقض يؤدي حتما إلى القول بأن دعوى الصورية سواء كانت مطلقة أو نسبية لا تسقط بالتقادم<sup>2</sup>.

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 إحداها متعلقة بصورية عقد البيع، وهذه لا تسقط بالتقادم، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة بالبطلان، وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان<sup>3</sup>.

إن دعوى الصورية وإن كانت لا تسقط بالتقادم إلا أنها تصبح عديمة الفائدة بمضي مدة معينة، ففي المثال السابق مثلا إذا ما انقضت المدة التي حددها القانون لسقوط دعوى بطلان عقد الهبة، و رفع الورثة دعوى صورية عقد البيع، كان للمدعى عليه أن يدفع بتقادم دعوى البطلان، أي أن إعلان صورية التصرف لا يفيد شيئا طالما أن الطعن ببطلان الهبة يكون قد سقط بالتقادم. وهذا ما أدى ببعض الفقه والاجتهاد القضائي إلى القول بأن دعوى الصورية تسقط بالتقادم، وهي وجهة نظر الفريق الثاني الذي ذهب إلى القول أن القانون لم ينص على مدة لسقوط دعوى الصورية، ومن ثم وجب تطبيق القواعد العامة، ورتبوا على ذلك أنها تسقط بمضي خمسة عشرة سنة استقرارا للتعامل، سواء رفعت من أحد طرفي التصرف الصوري أو من الغير، وسواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية<sup>4</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية أن هذه المدة الطويلة وإن لم يكن من شأنها أن تصبغ على العقد الصوري الذي لا وجود له وجودا قانونيا، إلا أنه من شأنها أن تمنع إقامة أي دعوى بعد مضيها.

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص.465.

<sup>2</sup> سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.384.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1107.

<sup>4</sup> أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص.406.

## الباب الثاني/الفصل الأول: الحيل الصورية

لكن بعض الفقه الفرنسي يرى أن تقادم دعوى الصورية لا يشمل حق المدعى عليه في الدفع بالصورية، بمعنى أنه حتى ولو سقط الحق في إقامة دعوى إعلان الصورية يبقى من حق المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعي بأن العقد الذي يحتج به هذا الأخير هو صوري، وأن عقد الضد هو العقد الحقيقي، فهذا الدفع لا يسقط بمرور الزمن تطبيقاً للمبدأ اللاتيني القائل بأبدية الدفع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عرفات نواف فهمي مرداوي، المرجع السابق، ص.83.

## الفصل الثاني : الحيل التدليسية

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

وهذا راجع إلى الظروف التي كانت سائدة آنذاك، فمبدأ سلطان الإرادة لم يعرف في بداية عهد القانون الروماني، كما أن هذا القانون لم يعرف فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا الموجودة في القوانين الحديثة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الرومان كانوا يرون أن استعمال الطرق الاحتيالية لم يكن يضر ولا يأذي ضمير الجماعة ، حيث كانوا يعتبرونها ضريبا من ضروب المهارة و لم يشعروا بخطورتها إلا بعد أن تهذبت نفوسهم فيما بعد، وأن الشخص الذي وقع ضحية للتدليس كان من المفروض عليه أن يتحرى الدقة ويستعين بالغير، لا سيما وأن المعاملات كانت آنذاك قليلة وتخضع للشكلية.

ولذلك تدخل البريتور "أكوليوس جالوس" من أجل حماية المدلس عليه عن طريق اعتبار التدليس جريمة بريتورية مثلها في ذلك مثل الإكراه<sup>1</sup>، سواء كان التصرف عقدا كعقد البيع، أو تصرفا ناقلا للملكية مثل الاشهاد أو اتفاقيا كالإبراء، ولم يعاقب القانون الروماني آنذاك على استعمال الطرق الاحتيالية أثناء التعاقد، إلا إذا كانت مستخدمة ضد من هو دون الخامسة و العشرين بقصد استغلال عدم خبرته.

وفي أواخر العصر الجمهوري، وبعد أن تطورت الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية وارتقى شعور الجماعة، أقر البريتور عدة وسائل لمحاربة التدليس و القضاء عليه، كما أنه حدد شروطه ، وكانت

<sup>1</sup>-M. Jérôme Betoulle, L'aspect délictuel du dol dans la formation des contrats, p.01.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

أول وسيلة ظهرت هي دعوى التدليس سنة 66 قبل الميلاد ، وقد انشأها البريتور " أكويلوسجالوس " وكانت عبارة عن دعوى شخصية، جنائية واحتياطية، تستعمل إذا كان المدلس عليه قد نفذ التزاماته بالعقد<sup>1</sup>.

ثم الدفع بالتدليس أو الغش، إذا لم يكن المدلس عليه قد نفذ التزاماته العقدية بعد ، فإنه يدفع بالتدليس أو الغش عند ما يطالبه الطرف الثاني للعقد بذلك.

وأخيرا الأمر بإعادة الشيء إلى أصله، مجال هذ الدعوى أضيق من مجال استعمال دعوى التدليس والدفع بالتدليس، فدعوى إعادة الشيء إلى أصله كانت تستعمل بصفة احتياطية، في التصرفات المنشئة للالتزامات أو الناقلة للملكية و في التدليس الذي يحدث أثناء التقاضي<sup>2</sup>.

وفي عهد " جستينيان " اندمجت هذه الدعوى مع دعوى التدليس، ولم تعد تستعمل إلا بالنسبة للتدليس الحاصل أثناء التعاقد .

وقد تناول المشرع الجزائري على غرار باقي التنظيمات القانونية الحيلة في صورتها الظاهرة عندما تحدث عن عيوب الإرادة ، حيث اعتبر التدليس عيبا من عيوب الرضاء، مثله في ذلك مثل بقية العيوب الغلط والإكراه والاستغلال ، ولكن أساس التدليس هو الذي يختلف عن باقي العيوب الأخرى، فهو يقوم على الحيلة التي اعتبرها فقهاء القانون جوهره .

فالتدليس ينطوي على حيل يلجأ إليها أحد طرفي التصرف القانوني لخداع الطرف الثاني ، قد تكون حيلة قولية أو فعلية أو مجرد كتمان .

ولدراسة هذا النوع من الحيل التي قد يلجأ إليها الأفراد من أجل التعاقد، وحسبما تناولها المشرع الجزائري خاصة وبقية التشريعات عامة وحسب آراء فقهاء القانون، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التدليس اللغوي والاصطلاحي، وسنبين علاقته ببعض المفاهيم والمصطلحات القانونية التي تترادف معه في الظاهر، وتتداخل معه من حيث الأحكام ، كما سنتطرق إلى العناصر التي يقوم عليها وسنقوم بتفصيلها .

<sup>1</sup> محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الارادة ، الغلط ، الغش، الاكراه ، التدليس ، نقص الأهلية ، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر، 1988، ص. 60-61.

<sup>2</sup> كمااستعملت دعوى إعادة الشيء إلى أصله لإبطال بعض الأحكام التي صدرت بناء على شهادات زور. المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

أما المبحث الثاني فسنتناول من خلاله كيفية اعمال التدليس كعيب في الإرادة، حيث سنبين الشروط الواجب توافرها لقيام التدليس المفسد للرضاء، وأخيرا نبين أثره على التصرفات القانونية .

### المبحث الأول : مفهوم التدليس

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

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

### المطلب الأول : تعريف التدليس

تعددت تعريفات التدليس واختلفت إلا أنها بقيت تصب في نفس الاتجاه ، فقد يراد به الخداع والتضليل أو التغطيل أو الغش أو إخفاء العيب، و الهدف في جميع هذه الحالات واحد هو إظهار الشيء على غير حقيقته، ووصفه بعكس ما هو عليه في الواقع.



### الفرع الأول : التدليس لغة و اصطلاحا

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

#### أولا : التدليس لغة

التدليس لغة هو الخيانة والخديعة والاختفاء .

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

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

كما يقال دلس الرجل بمعنى تكتم وأخفى.

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

#### ثانيا : التدليس اصطلاحا

اجتهد فقهاء القرن الأول قبل الميلاد من أجل وضع تعريف محدد للتدليس لكنهم فشلوا في ذلك، فلم يتحدد التدليس بتعريف واضح إلا مع بداية العصر الامبراطوري، حيث استقر تعريفه على يد الفقيه الروماني لابيوس "Labio" الذي عرفه بقوله :

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

<sup>2</sup> محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.128.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

"التدليس هو كل خداع أو تمويه أو احتيال بقصد التعمية على إنسان، لتضليله والعبث بحرية اختياره"<sup>1</sup>.

تم توالت تعريفات الفقهاء للتدليس فعرفه لبنان "Laben" كما يلي :

" التدليس هو كل حيلة أو غش أو مناورات كلامية يقصد منها فاعلها التأثير على شخص آخر، وإيهامه بأن ما يعرضه عليه من مال أو بضاعة هو في غاية الجودة والإتقان " <sup>2</sup> .

وعرفه دوما " Domat " بأنه :

" وسيلة سيئة يلجأ إليها الشخص لتضليل الغير " <sup>3</sup> .

وقد اتفق أغلب الفقه الحديث على تعريفه كما يلي :

" التدليس هو استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد " <sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> محمود محمد الشارود ، المرجع السابق ، ص.56. محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص.366.

<sup>2</sup> إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، المبحث الأول: أحكام العقد، المطلب الأول: تعريف العقد،(د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.159.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، الموضوع نفسه .

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.391. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص.343. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ثانيا: في الالتزامات، المجلد الأول : نظرية العقد والإرادة المنفردة، مكتبة صادر، لبنان، 1987، ص.378. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.60. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص.109. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص.40-41. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص.124. توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د.ت.ن)، ص.102.

Ph. Malaurie ,I. Aynes ,droit civil, les obligation,7<sup>e</sup> édition, édition Cujas, , Paris, p.240. Remy Cabrillac, cours droit des obligation ,4<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, p.45.Francois Terre ,Philippe Simler ,Yves Lequette ,droit privé, droit civil, les obligation,7<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, p.213.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

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

### ثالثا : التدليس في الفقه الإسلامي

التعريف في الشريعة الاسلامية نظام مقابل للتدليس في القانون المدني، وهو كعيب من عيوب الإرادة معروف في الفقه المالكي والشافعي والحنبلي، أما الفقه الحنفي فهو أقل المذاهب اعتداد به.

ومعناه لغة هو الخداع والتضليل والاطماع بالباطل، أو هو إيقاع الشخص في الغرر أي في الخطر<sup>2</sup>.

أما التعريف في اصطلاح فقهاء الشريعة فهو إغراء المتعاقد وخبثته ليقدم على التعاقد ظانا أنه في مصلحته، والحقيقة عكس ذلك<sup>3</sup> .

وعند الحنابلة هو إخفاء العيب وإظهار المعقود عليه بصورة غير ما هو عليه في الواقع.

---

<sup>1</sup> عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية،(د.م.ن)، 1975 ، ص.191.محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام، (د.ت.ن)، ص.46.

"...Le dol consiste dans des manœuvres frauduleuses intentionnellement d'un contractant et ayant détermine son partenaire à conclure le contrat ".Remy Cabrillac, Op.Cit.,p.45.

<sup>2</sup> بدران أو العينين، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.530.

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج.2، مطابع ألف . باء. الأديب ، دمشق، سوريا، 1968، ص.379.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

والتغريب في الشريعة الإسلامية كالتدليس في القانون المدني يشترط لقيامه نفس الشروط التي استلزمها المشرع لقيام التدليس المعيب للرضاء، إلا أنه لا يعتد به عند فقهاء الشريعة إلا إذا نتج عنه غبن فاحش يؤدي إلى جواز تمسك من غرر به بخيار الفسخ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : تمييز التدليس عما يشته به

هناك بعض المصطلحات القانونية تقترب في مفهومها من التدليس، كما هو الحال بالنسبة إلى الغش والغلط والتدليس الجنائي، سوف نحاول فيما يلي تبين علاقته بها وتمييزه عنها بتحديد أوجه التشابه وأوجه الاختلاف فيما بينهم.

### أولاً : التدليس والغش

الغش هو المناورة والخداع التي يقصد بها الإضرار بالغير بناء على أساليب ملتوية ووسائل خادعة، و قد يتم في مواجهة الأفراد أو القانون<sup>2</sup>.

يقترب الغش بهذا المعنى من الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين في مواجهة الآخر لإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالمدين الذي يبيع أمواله بقصد إخراجها من الضمان العام للدائنين يكون قد ارتكب غشا في مواجهتهم، وهو بفعله هذا إنما استعمل أساليب المكر والخداع، بالتالي فإن كل من التدليس والغش ينطويان على خبث نية فاعلهما وسوء مقاصده ، وهذا هو وجه الشبه بينهما، أما بالنسبة لأوجه الاختلاف فنتمثل فيما يلي :

### 1- من حيث الفاعل

يقع التدليس من أحد الطرفين المتعاقدين على الآخر بقصد إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، أما الغش فإنه يقع من الطرفين معا بقصد الإضرار بالغير ، كما يمكن أن يقع من أي شخص

<sup>1</sup> عبد الإله فتحي، شرح النظرية العامة للالتزامات وفقا لقانون المعاملات، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، (د.م.ن)، (د.ت.ن) ، ص.158-159 .

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص.79.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

آخر غير المتعاقدين إما غشا بالأفراد أو غشا بالقانون، و أكثر ما يكون الغش في الأعمال التي تكون محلا لدعوى عدم نفاذ التصرف .

### 2- من حيث الهدف

المدلس لا يهدف بعمله سوى إلى دفع المتعاقد إلى التعاقد معه رغبة منه في تحقيق مكسب مادي في الغالب، بخلاف الغش الذي يهدف فاعله إلى الإضرار بحقوق الغير أو إلى خرق القانون، ولو لم يتحصل من ورائه على أية مكاسب شخصية، إذن فالهدف من التدليس مادي شخصي بخلاف الغش<sup>1</sup>.

### 3- من حيث المحل

لا يكون التدليس إلا في علاقة تعاقدية بل أثناء تكوين العقد و التمهيد له، أما الغش فقد يكون في العقد كما هو الحال في التعاقد إضراراً بالدائنين، وقد يكون خارج نطاق العقد كالغش الحاصل من شخص نحو القانون ، كمن يستعير اسم شخص آخر ليتعاقد معه<sup>2</sup>.

### 4- من حيث الأثر

يجوز التدليس للمدلس عليه طلب ابطال العقد والمطالبة بالتعويض باعتباره عملا غير مشروعاً، أما الغش فإنه يرتب للطرف الذي وقع ضده، أي الطرف المغشوش، حق المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذاً سليماً أو فسخ العقد مع التعويض إذا وقع الغش في علاقة تعاقدية ، أما إذا كان خارجاً

---

<sup>1</sup> أنور العمروسي، ، عيوب الرضاء في القانون المدني، الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص.183.

<sup>2</sup> عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية وفي التشريعات العربية، (د.م.ن)، 1975، ص.161.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

عن هذا الاطار كغش المدين إضرارا بدائنه، فإنه يترتب عليه عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين على نحو ما هو مقرر في دعوى عدم نفاذ التصرف، وإما بطلان العقد المشوب بالغش<sup>1</sup>.

### 5- من حيث التوقيت

يكون التدليس وقت إبرام العقد فهدف المدلس هو دفع المتعاقد الثاني إلى الوقوع في غلط يؤدي به إلى التعاقد، في حين يكون الغش في الإطار التعاقدى بعد انعقاد العقد<sup>2</sup>.

وحتى يتضح الفرق جليا بين التدليس والغش نضرب المثال التالي : لو أخفى البائع عن المشتري عيبا جوهريا في الشيء المبيع ، فإنه يكون قد ارتكب في حقه تدليسا باعتبار أن الكتمان وقت الحاجة إلى البيان تدليس، وإذا باع البائع نفس المبيع إلى شخص آخر فإنه يكون قد ارتكب غشا بالنسبة إلى المشتري الأول<sup>3</sup>.

### ثانيا : التدليس والغلط

يعتبر التدليس عيبا من عيوب الإرادة مثل الغلط والاكراه والاستغلال، لكن علاقة التدليس بالغلط تختلف عن علاقته ببقية العيوب فهي علاقة وثيقة جدا نشأت منذ ظهور نظرية عيوب الإرادة ، لأن التدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد.

لهذا أقام الفقه الروماني حكم نظرية التدليس على أساس فكرة الغلط في العقد ، لم تغب علاقة التدليس بالغلط عن النظريات الفقهية الحديثة ، بل راودت خاطر رجال القانون الذين اعتبروا أن

---

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، النظرية العامة للتزامات، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ج.1، ط.2، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، 2005، ص.348.

<sup>2</sup> أنور العمروسي، عيوب الرضاء في القانون المدني، المرجع السابق، ص.183.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.83.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في غلط ، لذا فإذا كان رضائه فاسدا فبسبب الغلط الذي أوقعه فيه التدليس<sup>1</sup> .

والغلط هو عبارة عن وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد<sup>2</sup>، وهو بذلك يختلف الغلط الذي يثيره التدليس من حيث الجوانب التالية:

### 1- من حيث الأساس

يقوم التدليس بناء على الطرق الاحتمالية التي يعتمدها الطرف المدلس قصد ايقاع المتعاقد المدلس عليه في الغلط وجره بذلك إلى التعاقد ، أي أنه عبارة عن وهم مستثار، بينما الغلط هو وهم تلقائي يقوم في نفس المتعاقد دون أن يدفع إليه<sup>3</sup>.

### 2- من حيث الإثبات

إثبات التدليس أيسر من إثبات الغلط ، ذلك أن الغلط داخلي محض لا يمكن الاطلاع عليه أما التدليس فيقوم على حيل تدليسية، وهي أمور خارجية ظاهرة يسهل إثباتها ، وعليه فإن إثبات التدليس أسهل من إثبات الغلط<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1983، ص.15.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص.349. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.100.  
Rémy Cabrillac ,Op.Cit.,p.40.

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قدارة، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.55. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.160. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.388.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة ، ج.1، دار الهدى، الجزائر، 2004 ، ص.43. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.349.

3- من حيث الأثر

يولي القانون المتعاقد الذي يقع في الغلط تحت تأثير حيل تدليسية عناية أكبر ممن وقع في الغلط من تلقاء نفسه، إذ ليس لهذا الأخير أن يلوم إلا نفسه ، أما في حالة التدليس فتقوم مسؤولية المدلس الذي صدرت منه الحيل التدليسية، والذي يمكن الرجوع عليه بطلب التعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، باعتبار التدليس عمل غير مشروع<sup>1</sup>.

وفيما يخص الغلط التلقائي فإنه لا يترتب حق في التعويض، إلا إذا ثبت خطأ أو تقصير المتعاقد الذي لم يقع في الغلط، والذي علم بالغلط أو كان في استطاعته العلم به<sup>2</sup>.

وفي حالة اشتراك طرفي العقد في التدليس، أي إذا لجأ كلا المتعاقدين إلى التدليس على الآخر وجره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد ، أما إذا وقع كل من المتعاقدين في ذات الغلط ، أي كان الغلط مشتركا جاز لأي منهما طلب الإبطال .

هذا ويبقى للمدلس عليه دائما الحق في طلب إبطال العقد، بينما حق المتعاقد الذي وقع في الغلط من تلقاء نفسه في الإبطال استنادا إلى الغلط ليس مطلقا، فلا يقبل منه التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية، أي لا يقبل منه الإصرار على إبطال العقد و الخلاص كلية من أي تعامل مع الطرف الثاني في كل الحالات ، كما إذا عرض عليه المتعاقد الآخر تنفيذ العقد بما يتفق مع حقيقة ما اعتقده<sup>3</sup>.

أخيرا يرجع الاختلاف بين التدليس والغلط إلى طبيعة التدليس، وكونه في حد ذاته عمل غير مشروع، يجب أن يترتب عليه عقاب للمدلس بحرمانه من العقد.

<sup>1</sup> تنص المادة 124 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري على ما يلي: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كام سببا في حدوثه بالتعويض".

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.417.

<sup>3</sup> تنص المادة 85 من الأمر رقم 75-58 على أنه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ هذا العقد".



### 3-العلاقة بين نظرية الغلط ونظرية للتدليس

أدت العلاقة الوثيقة التي بين الغلط والتدليس وكون التدليس في الحقيقة الأمر مجرد غلط مستثار، إلى القول بأن نظرية التدليس لا قيمة لها وأن نظرية الغلط تغني عنها، وإلى اختلاف وجهات النظر حول الموضوع، فهناك من الفقهاء و التشريعات من أشاد بأهمية نظرية التدليس و تمسك بها، وارتأى أنه يجب تقرير نظرية للتدليس مستقلة عن نظرية الغلط، وهناك من ارتأى أنه لا أهمية لها خاصة في ظل تطور نظرية الغلط. فهل تغني نظرية الغلط عن نظرية مستقلة للتدليس؟

#### أ- في ظل النظرية التقليدية للغلط

تأسست النظرية التقليدية للغلط عي يد فقهاء القانون الفرنسي، ثم تعهدتها بعدهم الفقه الحديث بالصقل والتهديب إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم.

#### أ-1: أنواع الغلط

ينقسم الغلط حسب النظرية التقليدية له إلى ثلاثة أنواع هي الغلط المانع و الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر<sup>1</sup>.

#### أ-1-1: الغلط المانع

وهو الغلط الذي يعدم الرضاء ويحول دون توافق الإرادتين و يؤدي إلى عدم قيام العقد و بطلانه، ويكون في حالة الغلط في طبيعة العقد أو الغلط في ذاتية محل الالتزام أو الغلط في سبب العقد<sup>2</sup>.

#### أ-1-2: الغلط المؤثر

وهو الغلط الذي يؤثر في الرضاء فيعيبه دون أن يعدمه و يجعل العقد قابلا للإبطال، ويكون في حالة الغلط في مادة الشيء أو الغلط في شخص المتعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الإله فتحي، المرجع السابق، ص.141.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.101.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.353.

أ-1-3: الغلط غير المؤثر

وهو غلط يقع فيه المتعاقد لكن لا يؤثر في رضائه و يبقى العقد صحيحا، و يكون في أربع حالات : الغلط في صفة غير جوهرية، لغلط في شخص المتعاقد إذا لم يكن اعتبار الشخص هو الدافع إلى التعاقد، الغلط في قيمة الشيء محل الالتزام، الغلط في الباعث<sup>1</sup>.

هذه هي أنواع الغلط وآثاره حسب النظرية التقليدية، ومن المعلوم أن التدليس هو ايقاع المتعاقد في الغلط ، فإذا كان رضاه معيبا، فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقعه فيه التدليس ، ومع ذلك فإن نظرية التدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط، فهناك حالات يمكن فيها إبطال العقد للتدليس حيث لا يمكن إبطاله للغلط .

أ-2: البطلان للغلط دون التدليس

أن يكون العقد باطلا للغلط دون التدليس فذلك لا يقتصر على فرض وقع فيه المتعاقد في غلط دون أن يتأثر بطرق احتيالية، بل يتحقق أيضا إذا وجدت هذه الطرق الاحتيالية و لكنها صدرت من الغير، ففي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للتدليس لأنه صدر من الغير، و لكن قد يكون باطلا للغلط إذا ثبت أن المتعاقد المخدوع قد وقع تحت تأثير هذه الطرق الاحتيالية ، وكان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، أي أن البطلان للغلط دون التدليس يكون في حالة صدور التدليس من غير المتعاقدين، ودون علم أي واحد منهما<sup>2</sup>.

أ-3: البطلان للتدليس دون الغلط

يكون العقد باطلا للتدليس دون الغلط إذا صدرت الطرق الاحتيالية من أحد المتعاقدين وأوقعت المتعاقد الآخر في غلط في الباعث أو في القيمة، ففي هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للغلط

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.166.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.414-415.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

طبقا للنظرية التقليدية التي تعتبر الغلط في الحالتين غير مؤثر على صحة العقد ، إنما يكون باطلا للتدليس<sup>1</sup> .

بهذا استطاع انصار النظريتين إثبات أن الغلط والتدليس عيبان مستقلان أحدهما عن الآخر، وأنه لا استغناء عن احدي النظريتين بالأخرى، وهذا ما أخذ به التشريعين الجزائري والفرنسي وأغلب التشريعات<sup>2</sup>.

### ب- في ظل النظرية الحديثة للغلط

قامت النظرية الحديثة للغلط على أساس الانتقادات التي وجهت إلى النظرية التقليدية ، حيث أقامت معيارا مرنا واحدا يؤخذ به في جميع الحالات، سواء وقع الغلط في مادة الشيء أو في شخصية المتعاقد أو في القيمة أو في الباعث ، فجعلت أساس النظر إلى الغلط فيما هو جوهري في تقدير المتعاقدين، أي كان موضوع الغلط واعتدت بذلك بالغلط في صفة جوهرية في المحل أو في شخصية المتعاقد، ما دامت هذه الصفة كانت محل اعتبار و دفعت إلى التعاقد ، أي أخذت بمعيار شخصي أو ذاتي يطبق على جميع الحالات<sup>3</sup> .

أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد بالمعنى المتقدم فلا أثر له في العقد أي كان ، حتى ولو انصب على مادة الشيء مثلا ، و قد أخذ بهذه النظرية أغلب الفقه الحديث والتقنيات المدنية العربية، و في ظل هذه النظرية الغلط يعني عن التدليس ولا يمكن أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلا لأن يبطل للغلط في نفس الوقت ، فحقيقة الأمر أن الغلط و التدليس كل منهما وهم يسيطر على الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته، و يدفعه إلى إجراء التصرف تحت تأثير الغلط<sup>4</sup>.

إذن فالغلط نوعان، غلط تلقائي وغلط ناشئ عن استعمال الحيل أي التدليس ، والرأي هو التخلي عما لسنا في حاجة إليه ، مادامت شروطهما متقاربة تقاربا كبيرا و مادام الأثر المترتب عليهما واحد والهدف من كلا الدعويين واحد، فالغلط سواء كان تلقائيا أو ناشئا عن استعمال حيل هو وهم

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.62.

<sup>2</sup> تنص المادة 84 من الأمر رقم 75-58: " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".

<sup>3</sup> عبد الاله فتحي، المرجع السابق، ص.145.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص.169.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

يسيطر على إرادة المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، وقد استند أنصار هذا الاتجاه على الحالات التالية لتدعيم رأيهم .

### ب-1: حالة امتزاج الغلط بالتدليس

ليس بصحيح دائما أنه إذا صدرت الطرق الاحتمالية من الغير، فالعقد لا يبطل للتدليس ويجوز أن يبطل للغلط ، ذلك أنه إذا أمكن ابطال مثل هذا العقد للغلط معنى هذا أن الغلط كان مشتركا، وأن المتعاقد الآخر كان يعلم بالغلط أو كان باستطاعته أن يعلم به ، فإذا صح في حالة الغلط المشترك أن يكون العقد باطلا للغلط لا للتدليس ، فإنه في حالة علم المتعاقد بالغلط أو استطاعته العلم به، وكنتم الأمر بالرغم من ذلك يكون العقد باطلا لا للغلط فحسب، وإنما للتدليس أيضا لأن الكتمان هنا يعد تدليسا .

وليس بصحيح كذلك أن العقد قد يكون باطلا للغلط إذا أوقع التدليس المتعاقد في غلط في الباعث أو في القيمة حسب النظرية التقليدية ، ذلك لأنه متى كان العقد باطلا للتدليس لا بد أن يكون هذا التدليس قد دفع إلى التعاقد ، و بعبارة أخرى لا بد أن يكون الغلط الذي أوجده التدليس في نفس المتعاقد المخدوع غلطا دافعا أي جوهريا ، و نحن نعلم أن النظرية الحديثة للغلط تجعل الغلط مبطلا للعقد حتى و لو كان في الباعث أو في القيمة، متى كان غلطا دافعا إلى التعاقد .  
ومن ذلك يرى مؤيدي هذا الاتجاه أن التدليس في الباعث أو في القيمة إذا أبطل العقد فمن الممكن أيضا إبطال العقد للغلط<sup>1</sup>.

### ب-2: البطلان للتدليس يكون بطلانا للغلط

لا يمكن أن يوجد عقد باطل للتدليس دون أن يكون باطلا للغلط في نفس الوقت، و دليل ذلك أن التدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعا، و هو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من غلط ، فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطا دافعا يبطل العقد .

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.415-416.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

لهذا يرى بعض الفقهاء الذين أخذوا بالنظرية الحديثة للغلط أنه لا ضرورة لاستبقاء نظرية التدليس بجانب نظرية الغلط ، بعد أن تحررت هذه الأخيرة وأصبح كل غلط يدفع إلى التعاقد يكون سببا في بطلان العقد ، ومادام التدليس لا يبطل العقد إلا على أساس أنه يولد في نفس المتعاقد غلطا يدفعه إلى التعاقد ، فقد أصبح كل عقد يبطل للتدليس إنما هو يبطل في الحقيقة للغلط ، ولا حاجة إلى استثناء التدليس كسبب للبطلان، وقد ذهبت بعض التشريعات إلى عدم اعتبار التدليس عيبا في الرضاء مستقلا عن الغلط كالقانون النمساوي والقانون البرتغالي<sup>1</sup> .

بالتالي فإن التدليس والغلط عيبان مستقلان أحدهما عن الآخر في ظل النظرية التقليدية للغلط، وعيبان تابعان لبعضهما البعض في ظل النظرية الحديثة، ولكل نظام قانوني حججه وأسانيده التي يبني عليها اختياره لأحد الاتجاهين.

### ثالثا : التدليس المدني والتدليس الجنائي

تبدو التفرقة بين التدليس المدني والتدليس الجنائي أمرا عسيرا لما بينهما من تشابه كبير، ولكن بنظرة معمقة إلى الأساس الذي يبني عليه كل منهما نجد الأمر أصبح يسيرا ، ذلك أن كلا من التدليس المدني والتدليس الجنائي يقومان على وسائل احتيالية تعد ركنا أساسيا في تكوينهما ، فإذا ما لمسنا الفرق بين الحيل المكونة للتدليس المدني و الحيل المكونة لجريمة النصب الجنائي يتضح الفرق بينهما .

وقد نشأ الاختلاط بينهما قديما بموجب أول نص فرنسي يجرم التدليس قانون 22 جويلية 1791 الذي شرع بأن التدليس جريمة قائمة بذاتها ، وسمح للمحاكم الناظرة في الدعاوى المدنية الخاصة ببطلان العقود الحاصلة تحت تأثير تدليس بأن تنطق بحكم جزائي لعقاب الفاعل، فكان القاضي المدني هو القاضي الجنائي بخصوص واقعة التدليس، إلا أن القضاء حاول فيما بعد التمييز

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص.416.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

بين التدليس والنصب وذلك بوضع تعريف يحد من اتساع النصب على ما هو معروف الآن، ليعده عن نطاق التدليس المدني<sup>1</sup>.

ثم أخذ المشرع الفرنسي بمذهب القضاء فحرص في المادة 45 من قانون سنة 1810 على تحديد نطاق جريمة النصب، ومن هنا برزت إلى الأذهان فكرة التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي<sup>2</sup>.

### 1- من حيث القانون المنظم لكل منهما

قرر غالبية الفقه الحديث أن التدليس المدني يبعد عن التدليس الجنائي بعد القانون المدني عن قانون العقوبات، فالأول يندرج كعيب من عيوب الرضاء عند إبرام العقود في نظرية الالتزامات في القانون المدني، ومن ثم يخضع في تنظيمه و في أحكامه إلى هذا القانون، وهو يعني استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و يعطي المدلس عليه الحق في طلب ابطال العقد ، كما يعتبر عملا غير مشروع يستوجب التعويض .

أما التدليس الجنائي " النصب " فهو أحد جرائم الأموال المعاقب عليها في قانون العقوبات، وهو عبارة عن استعمال وسيلة من وسائل الاحتيال التي نص عليها القانون، لحمل المجني عليه على تسليم أمواله إلى الجاني، و استيلاء هذا الأخير عليها بقصد تملكها<sup>3</sup> .

### 2- من حيث الغرض

يمكن القول بأن الاحتيال في التدليس الجنائي يتخذ وسيلة لسلب مال الغير كله أو بعضه في جميع الأحوال ، أما في التدليس المدني فإن الغرض منه هو مجرد دفع المدلس عليه إلى التعاقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد توفيق اسكندر، وضع العقود المدنية والقانون الجنائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005، ص.64.

<sup>2</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.73.

<sup>3</sup> محمد توفيق اسكندر، المرجع نفسه، ص.65.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق، ص.75.

### 3- من حيث الجوهر

التدليس الجنائي أو النصب أقوى وأشد جسامة من التدليس المدني، لأن القانون يشترط توافر نوع من الطرق الاحتمالية لتكوين جريمة النصب، إذن الفارق بينهما يكمن في درجة هذا التدليس لا في أثره . فبينما يكفي الكذب لقيام التدليس المدني كما سنوضحه لاحقا، فإنه لا يكون كافيا لقيام التدليس الجنائي، ذلك أن دور قانون العقوبات يختلف عن دور القانون المدني ، فبينما يتدخل القانون المدني لحماية المعاملات بين الأفراد و لتنظيمها ، نجد قانون العقوبات يعاقب على كل خطأ ينطوي على تهديد لمصلحة اجتماعية أو يتسم بالخطورة على المجتمع، رغم وقوعه على أحد الأفراد<sup>1</sup>.  
فلقيام جريمة النصب لا بد أن يتوافر في الطرق الاحتمالية معنى الخطورة على المجتمع ، وهو ما يقتضي تحديدها بصورة تفوق مجرد الكذب العادي و على نحو إيجابي مقترن بأعمال مادية ، لهذا قضت محكمة النقض المصرية بعدم توافر جريمة النصب إذا صادف المتهم المجني عليها في الطريق العام ، وعرض عليهما شراء تذكرتين من تذاكر الملاهي، باعتبار أنهما صالحتان للاستعمال مع أنهما سبق استعمالهما ، دون أن يدعم كذبه بأي مظهر خارجي يؤيده<sup>2</sup>.  
على ذلك لا يشترط في التدليس المدني أن تبلغ الطرق الاحتمالية الجسامة المطلوبة في التدليس الجنائي ، بل يكفي أن تتجاوز حدود النزاهة المألوفة في التعامل<sup>3</sup>.  
بناء على ما تقدم فإن دائرة الحيل في التدليس المدني أوسع منها في التدليس الجنائي ، فكل جريمة نصب تكون كافية لتوافر التدليس المدني من باب أولى وليس العكس، فما يعد حيلة مكونة للتدليس المدني قد لا يتوافر معها التدليس الجنائي، وبهذا يتضح الفارق بينهما نتيجة لوضوح الفارق بين الحيل المطلوبة لجريمة النصب والحيل الدالة على التدليس المدني .

<sup>1</sup> أنظر المادة 372 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية ، الغرفة الجزائرية، 1945/07/11.

<sup>3</sup> Planiol, Dol civil et dol criminel ,revue critique de législation et jurisprudence, <http://books.google.dz>, consulté le :05/09/2014.

#### 4- تكامل التدليس المدني والتدليس الجنائي

إن القانونين المدني والجنائي بعيدا عن أي تعارض يتحدان سعيا وراء التكامل والحفاظ على أخلاقيات التعامل، وهذا التكامل من جانبيهما يسعى لهدف مزدوج، حيث جاءت العقوبات الجنائية للتعويض عن ضعف العقوبات المدنية، لأن القوانين المدنية غالبا ما تقرر بطلان العقد للتدليس إضافة إلى حق المدلس عليه في طلب التعويض عما لحقه من ضرر، لكن هذا التعويض يبقى غير كافي في غالب الأحيان ولا يغطي كامل الضرر، لهذا فإن القانون الجنائي بفضل عقوباته الزاجرة يستطيع وحده التعويض عن ضعف العقوبات المدنية، وبالتالي توفير مناخ تعاقدية أحسن ، لذلك تجتهد قوانين العقوبات لعقاب أكبر عدد من المتعاقدين أصحاب النوايا السيئة<sup>1</sup> .

#### المطلب الثاني : عناصر التدليس

لقيام التدليس لا بد من الالتجاء إلى الاحتيال لتضليل المتعاقد الآخر وإخفاء الحقيقة عنه، ويتحلل هذا الاحتيال إلى شقين، شق مادي هو الطرق المادية التي لجأ إليها المدلس للتأثير في إرادة المتعاقد، وشق معنوي هو توافر نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع لدى المدلس .

#### الفرع الأول : العنصر المادي ( استعمال الطرق الاحتيالية)

العنصر المادي للتدليس هو الوسائل الاحتيالية التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وايهامه خلاف الحقيقة ، للتأثير على إرادته وحمله على إبرام العقد، وقد عبر المشرعان الجزائري والمصري عن هذه الوسائل بمصطلح " الحيل " في المواد 86 مدني جزائري و1/125 مدني مصري على التوالي ، أما المشرع الفرنسي فعبر عنها بمصطلح " Manceuvres " في المادة 1116 مدني فرنسي وهي تعني " المناورات" ، و هذه الوسائل لا تقع تحت حصر في القانون فكل ما يستعمله المدلس لإلباس الباطل مظهر الحقيقة، من أجل الوصول إلى غرض في نفسه، يعد من الحيل المكونة للتدليس، كاستظهار المدلس لمستندات ووثائق مزورة أو إحضار شهود زور تدعيما لأقواله أو انتحال شخصية أو وظيفة أو كتمان الحقيقة<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> محمد توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص.65.

<sup>2</sup> العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص.111.



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

كما قد يعتمد المدلس على مظاهر خارجية كأن ينزل في فندق راقى من الدرجة الأولى، أو أن ينتقل في سيارة فخمة يستأجرها حتى يظهر بمظهر اليسار ويوهم الناس بثرائه، أو أن يقدم بائع المحل التجاري أوراقا مزورة تبين أرباحا يحققها المحل مبالغا فيها<sup>1</sup>.

فالوسائل الاحتمالية بناء على ذلك هي النشاط التدليسي ذاته، وفقا للرأي الراجح الذي يعتبر الحيل التدليسية هي جوهر التدليس يتوافر بتوافرها، وهي كثيرة ومتنوعة وما ذكر منها كان على سبيل المثال لا الحصر، فكل ما يصدر من أحد المتعاقدين ويكون دافعا للمتعاقد الثاني إلى التعاقد، يعد حيلة من الحيل المكونة للتدليس المفسد للرضاء، وهي تتوقف على شخصية كل من المدلس والمدلس عليه، الأول من حيث درجة دهائه ومكره، والثاني من حيث غبائه وسذاجته.

في كل الحالات يجب أن تكون الوسائل المستعملة أيا كانت كافية لتضليل المدلس عليه، ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس المعيار الشخصي الذاتي، فالمهم هو تأثر الشخص بالحيلة حتى ولو كانت لا تؤثر على غيره من الناس .

وقد اكدت المادة 1/86 من القانون المدني الجزائري بالإشارة إلى الحيل باعتبارها قوام التدليس وأساسه، دون أن تنص على أية طريقة أو أسلوب معين يجب توافره لقيام التدليس، فلا يشترط بالتالي سوى أن تكون الطرق المستعملة كافية لتضليل المتعاقد الآخر، سواء كانت في صورة إيجابية كالأقوال والأفعال أو في صورة سلبية كالكسوت في موضع البيان، وهو ما يسمى بالكتمان<sup>2</sup>.

وتجب الإشارة إلى أن هذه الحيل لا يستلزم فيها أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائي، نظرا لاختلاف التدليس المدني عن التدليس الجنائي كما سبق بيانه .

وتتخذ الحيلة المستعملة في التدليس صورا كثيرة تختلف باختلاف المتعاقد المدلس عليه، فقد تكون باتخاذ موقف إيجابي كالكذب المؤيد بطرق احتمالية أخرى أو موقف سلبي أي الكتمان، وفي الحالتين يجب أن تكون الواقعة المراد إخفاءها ذات أهمية في التعاقد.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.47.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ، ج.1، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005 ، ص.56.

أولا : الحيل القولية (الكذب)

يعد الكذب الصورة الحقيقية الصائغة للتعبير عن الحيل التدليسية القولية وتجسيدها في الواقع، وهو يأتي في مقدمة الوسائل التي يمكن للمدلس اتخاذها ستارا لإخفاء الحقيقة والفوز بأماله.

والأصل أن مجرد الكذب ولو كان في صيغة التأكيد لا يكفي لتكوين الطرق الاحتمالية، بل يجب أن يدعم بمظاهر خارجية، خاصة إذا كان مما هو مألوف في التعامل، فإذا بالغ التاجر في وصف مزايا بضاعته والترويج لها، وبالغ المشتري في الانقاص منها والحط من قيمتها ، مثل هذا العمل لا يعد تدليسا فقد جرت به العادة وأصبح ليس من شأنه التضليل حتى ولو قصد به ذلك<sup>1</sup>.

غير أن الكذب يعتبر من الطرق الاحتمالية إذا انصب على بيانات خاصة بأمر معينة يعلم أن الطرف الثاني يعلق عليها أهمية خاصة في التعاقد، كما إذا اشترى شخص خوذة قال بائعها أنها من الحديد الصلب في حين أنها من الحديد العادي، مع علم البائع أن المشتري يريد أن يشتري خوذة من الحديد الصلب لا من الحديد العادي<sup>2</sup>.

هذا دون إغفال الحالة التي يمكن أن يكون فيها الكذب وحده دافعا إلى الوقوع في الغلط وبالتالي إلى التعاقد، فإذا لم يجز هنا إبطال العقد للتدليس، جاز ذلك للغلط، إذا ما توافرت شروطه، وهذه هي الحالة التي يقترب فيها التدليس من الغلط كما سبق بيانه.

ولا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن الكذب قائمة بذاتها كما يشترط ذلك في النصب الجنائي، فالمهم في الطرق الاحتمالية ليس استقلالها عن الكذب، بل العبرة هي بأن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد الآخر وجه الحق فحمله على التعاقد، واختار في ذلك الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة لهذا المتعاقد، فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حبال معقدة، ومنهم من يسهل خداعه فيكفي للتدليس عليه مجرد الكذب وابهامه بتأكيدات غير صحيحة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يقول محمد صبري السعدي في هذا الصدد : " ..... فلا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لا يقصد التضليل بل الترويج لبضاعته و استهواء الناس .....". المرجع السابق ، ص.184.

<sup>2</sup> سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.381.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1 ، ص.395.

## 1-التدليس الحسن والتدليس القبيح

يرجع التمييز بين حالتي الكذب إلى القانون الروماني الذي كان يصنف التدليس إلى تدليس حسن "Dolus bonus" وتدليس قبيح "Dolus malus" ، فأما التدليس الحسن فهو مجرد أكاذيب بسيطة لا يعاقب عليها القانون<sup>1</sup>، بينما التدليس القبيح هو أكاذيب أكثر خطورة على الناس وعلى المعاملات، لهذا فإنه يعتبر تدليسا مبطلا للعقد، و قد أخذ القانون الفرنسي القديم بهذا التصنيف، ويرى الإخوة مازو أن هذا التمييز لا زال مبررا الآن، لأن السماح بإبطال العقد كلما قام المتعاقد بحيل بسيطة يعتبر خطرا اجتماعيا، كما أن استقرار المعاملات يقتضي وجود حدود لمفهوم التدليس، والاعتداد بالتدليس يقوم على الخطأ المقصود، والتاجر لا يرتكب أي خطأ عندما يتصرف وفق عادات مهنته<sup>2</sup>.

وإذا كان القانون لا يعتد بالواجب الاخلاقي ولا يلزمنا بقول الصدق، ولا يحمي المغفلين والسذج، فلا شك في أن الكذب لا يعد حيلة يترتب عليها تدليس ما لم يبلغ درجة معينة من الخطورة، فإذا لم يتمكن المدلس عليه من اكتشاف الحقيقة بنفسه، رغم ما اتخذه من احتياطات ما بذله من جهد، فإن الكذب في هذه الحالة يعتبر تدليسا مبطلا للعقد ، وبعبارة أخرى لا تعد الأكاذيب تدليسا إذا لم تتعدى ما هو مألوف بين الناس .

هذا ويتولى القاضي تقدير خطورة الكذب غير المباح، حيث يراعي في ذلك الظروف التي تم فيها العقد، والعلاقة بين المتعاقدين قرابة، صداقة، مهنية، وحالة المتعاقد لمعرفة ما إذا كان من وقع عليه التأثير من السهل إيهامه، والحصول على رضاه غير صحيح منه<sup>3</sup>.

## 2- مدى كفاية الكذب المجرد لتكوين الحيل التدليسية .

أثار الكذب كطريق تدليسي جدالا فقهما وقضائيا حول امكانية الاعتداد به كعنصر مادي للتدليس، فهل يكفي الكذب وحده لتكوين الحيل التدليسية أم لا بد أن تصاحبه حيلة أخرى ؟ .

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.166.

<sup>3</sup> علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص.128.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.369.

أ-موقف الفقه والقضاء الفرنسيين

ذهب الفقيه الفرنسي بلانيول إلى القول بأن الكذب وحده يكفي لتكوين التدليس متى أفلح في إيقاع المتعاقد في الغلط ، فقال بأنه بالرغم من أن نص المادة 1116 مدني فرنسي لا تحصر الطرق التدليسية، فإنه يجب قياس الكذب المجرد على الطرق الاحتيالية ، لأن المقصود بنص المادة هو كل طريق غير مشروع ، و قد اتفق أغلب الفقه الفرنسي مع هذا الرأي<sup>1</sup>.

في حين كان موقف القضاء الفرنسي مترددا فتارة كان يقر بأن الكذب لا يكفي للتدليس ، كالشخص الذي يعرض شيئا للبيع و يعطي عنه بيانات غير صحيحة، مع إمكان المشتري أن يتأكد بنفسه من صحة هذه البيانات ، حكم محكمة أميان الاستئنافية بتاريخ 14 فيفيري 1876 ، كما قضت محكمة رونية بأن إلقاء أحد المتعاقدين لآخر بيانات كاذبة لا يعيب الإرادة ما لم يقترن هذا الكذب بوسائل احتيالية تعززه ، وهو الحكم الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جوان 1881، وتارة أخرى أن الكذب وحده يكفي للتدليس كالشخص الذي يحصل على أجر للإعلان عن تاجر بعد أن يعده بأن يجد له عملاء، حكم محكمة السين التجارية بتاريخ 26 أكتوبر 1900.

وإذا كان المدلس عليه لا يجوز له طلب إبطال العقد للتدليس إلا للغلط الذي وقع فيه فإنه، فلا تعارض بين الفقه والقضاء بفرنسا ، الذي يرى بأن الكذب لا يمكن أن يكون طريقا احتياليا إلا إذا تبين أن المتعاقد المخدوع بالكذب، ما كان يستطيع أن يتبين الحقيقة بسبب هذا الكذب، أي أن الكذب قد وصل إلى درجة وقوع المتعاقد في الغلط، وأصبح على درجة كبيرة كما لو صاحبه وسائل احتيالية تؤكد وتقويه، مما يسمح له بطلب بطلان العقد للغلط لا للتدليس، أما إذا كان المتعاقد يستطيع تبين الكذب فلا يجوز له التمسك بالتدليس<sup>2</sup>.

خلاصة القول أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين هو ضرورة تدعيم الكذب بأساليب احتيالية أخرى لتكون أمام تدليس يجيز إبطال العقد ، أما الكذب المجرد فإنه لا يكفي وحده لقيام التدليس.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.250.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.154.

ب-موقف الفقه والقضاء المصريين

ذهب غالبية الفقه المصري إلى أن الكذب وحده، سواء كان شفويا أو مكتوبا، لا يكفي لتكوين التدليس، باعتباره مجردا لا يرقى إلى مرتبة الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس، والتي غالبا ما تكون طرقا ملتوية وأساليب معقدة، بل يجب أن يدعم بمظاهر خارجية، فتكون الأعمال المصاحبة له كافية لتضليل المتعاقد حسب كل حالة على حدى<sup>1</sup>.

وقد سلك القضاء المصري نفس المسار، فلم يعتد بالكذب المجرد كأسلوب احتيالي للتدليس واشترط أن ترافقه مظاهر مادية تؤكدته .

هذا وقد فرق القضاء المصري في هذا الصدد بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، فاستلزم في عقود المعاوضة أن يدعم الكذب بوسائل احتيالية ليقوم التدليس، في حين اعتبر الكذب المجرد أسلوبا احتياليا يصح معه طلب بطلان العقد للتدليس في التصرفات التي تتم على سبيل التبرع ، حيث يعد تدليسا تمثيل الحمل من أجل الحصول على الصدقة ، بالمقابل نجد أن القضاء الفرنسي لا يقيم فارقا بين التصرفات التي على سبيل العوض أو التبرع .

كما اتفق الفقه المصري على أن الكذب ولو لم يكن مدعما بمظاهر خارجية مادية يعتبر تدليسا إذا انصب على واقعة محل اعتبار في التعاقد ، كأن يدلي الشخص ببيات كاذبة لشركة التأمين عن حالة الأشياء المؤمن عليها أو عن حاته الصحية وسنه .

ويري السنهوري بهذا الخصوص أن الكذب من أجل الحصول على عمل، بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاءة الطالب وخبرته، من شأنه أن يؤثر على رضاء رب العمل، لاستناده إلى غلط مفسد للرضاء، مما يجعل العقد قابلا للإبطال<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص.424.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص.394-395.

ج-موقف المشرع الجزائري

لم يشر المشرع الجزائري من خلال المادتين 86 و 87 مدني إلى حكم الكذب المجرد كما فعل مع السكوت العمدي، غير أنه أكد في نصوص متفرقة على ضرورة الصدق في بعض حالات التعاقد، عندما تكون البيانات المدلى بها من طرف أحد المتعاقدين ذات أهمية بالغة في العقد ، كالبيانات المدلى بها إلى شركات التأمين والمنصوص عليها في المادة 636 مدني، وجعل الكذب المجرد ولو لم يكن مدعما بأي مظهر خارجي في مثل هذه الحالة تدليسا، و يبقى في غير هذه الحالات ، خاصة إذا كان مما هو مألوف ، بعيدا عن التدليس الذي يؤدي إلى إبطال العقد.

إذن لم يعتد القانون المدني الجزائري بالكذب المجرد، كطريق احتيالي يكون العنصر المادي للتدليس، ويؤدي إلى إفساد الرضاء، إلا في بعض الحالات الخاصة التي تستلزم صدق الطرفين المتعاقدين .

من خلال كل ما سبق عرضه يتضح لنا جليا بأن الكذب المجرد، كأسلوب احتيالي لخداع المتعاقد والتدليس عليه، قد أثار جدلا كبيرا واختلفت الآراء حوله، ممن يشترط أن تصاحبه مظاهر مادية أخرى ومن يكتفي به مجردا كطريق احتيالي يقوم به التدليس ، و يرجع سبب هذا الاختلاف إما إلى اختلاف طبيعة العقود، فمثلا الكذب الذي يكفي لقيام التدليس في عقد التأمين قد لا يكون كذلك في عقد البيع، وإما إلى اختلاف حالة المتعاقد المدلس عليه ، فهناك من يندفع بأبسط الوسائل، و هناك من يحتاج إلى تفكير و تدبير لخداعه<sup>1</sup> .

ونحن نرى أن الكذب المجرد الذي لا ترافقه وسائل احتيالية يبقى عمل غير مشروع ، فحتى وإن كان لا يخالف أي قاعدة قانونية، فإنه يخالف واجبا أخلاقيا بالصدق والنزاهة في التعامل ويخرق قواعد العدالة، كما أنه يؤثر في استقرار المعاملات و يزعزع ثقة الأفراد في بعضهم البعض، لذلك يجب الاعتداد به كأسلوب احتيالي يقوم به التدليس، بشرط أن لا يكون مما هو مألوف في التعامل بين الناس.

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.256.

## ثانيا : الحيل الفعلية

الحيل الفعلية هي كل الأعمال والأساليب المختلفة التي قوامها الأفعال لا الأقوال، والتي يستعين بها المدلس للإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وإيقاعه في غلط يحمله على إبرام العقد .

وتختلف الأفعال عن الأقوال فيما يتعلق بالتدليس، لأنها واضحة الدلالة في المقصود منها، فكل فعل من شأنه تضليل المتعاقد وإيهامه بغير الحقيقة بغرض دفعه إلى التعاقد، هو تدليس مفسد للرضاء، وهي تشمل كل المظاهر الكاذبة التي لا تطابق الحقيقة، كالتظاهر بالوجاهة واليسار ليعتقد الغير بقدرة المدلس على الوفاء بالأموال التي استلمها من أجل استثمارها، وتقديم بائع المحل التجاري أوراقا مزورة تبين أرباحا يحققها المحل مبالغ فيها، وانتحال صفة القاضي أو ضابط الشرطة، وإخفاء بعض المستندات أو اصطناعها أو التزوير فيها حتى يحمل الغير على التعاقد معه، حيث يتجسد هذا النوع من الحيل في مظاهر مادية خارجية عبارة عن أفعال<sup>1</sup>.

ويلاحظ بأن هذه الأفعال الاحتيالية قد تدعم الكذب الواجب تدعيمه بمظاهر مادية من أجل اكتمال العنصر المادي للتدليس، وهنا نكون أمام حيلة مزدوجة من الأقوال والأفعال، كما أن هذه الأفعال قد ترتكب دون أي كذب، ومع ذلك تكفي لقيام التدليس ولجواز طلب بطلان العقد لما تؤدي إليه من توهم غير الحقيقة .

### 1-مدى كفاية الفعل المجرد لتكوين الحيل التدليسية

بما أن الأفعال واضحة الدلالة في الحصول على المقصود منها، فإنها تختلف بذلك عن الأقوال ، فإذا كان الكذب المجرد لا يعد تدليسا إلا في بعض الحالات ، فإن الأفعال الاحتيالية المجردة هي بذاتها أفعال غير مشروعة، ولذلك فإنها تكفي لقيام التدليس في جميع الحالات ودون ضرورة توافر وسائل أخرى تدعمها ، كما لو تظاهر المشتري بالثراء ليحمل البائع على الثقة فيه وتأجيل ثمن المبيع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص. 393.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.380.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

ولا يشترط في الأفعال المكونة للتدليس أن تصل إلى درجة النصب الجنائي ، بل إن كل فعل يقوم به المدلس من شأنه أن يوهم الغير بغير الحقيقة، ويكون له تأثير على إرادة المتعاقد هو حيلة فعلية يجوز معها طلب بطلان العقد للتدليس، ولو لم يصل في درجته إلى النصب الجنائي ، فالتدليس المدني أوسع من التدليس الجنائي كما سبق بيانه.

### ثالثا : الحيل السلبية (الكتمان)

قد يكون التدليس عملا سلبيا محضا، فلا يتضمن طرقا احتيالية قائمة بذاتها ولا تأكيدات غير صحيحة وهذه أعمال إيجابية ، ولذلك يكفي مجرد الكتمان كأسلوب للاحتيال .

### 1- مفهوم الكتمان

المقصود بالكتمان كطريق للتدليس هو السكوت عمدا وامتناع المتعاقد عن الإفشاء ببيان أو ظرف معين يهيم المتعاقد الآخر معرفته<sup>1</sup>.

والأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا، وليس المتعاقد ملزما بأن يخبر المتعاقد الثاني بكل ما يعرفه عن شؤون التعاقد، فعلى المتعاقد الحيطة والحذر حتى يكشف بنفسه ما تهمه معرفته من هذه الشؤون<sup>2</sup>، إلا أن هناك حالات يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، لأنه يؤثر في إرادة المتعاقد ولأن العلم به كان ليؤدي إلى العدول عن العقد، في مثل هذه الحالات يلتزم المتعاقد الذي يعلم الأمر بالإفشاء به ويعد تدليسا منه أن يكتمه، وهذا ما ينشئ التزاما بالإفشاء على عاتق المتعاقد يكون مصدره :

. القانون فينص عليه صراحة كما ورد في نص المادة 79 من القانون التجاري الجزائري و348 من القانون التجاري الفرنسي.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص.104.

Cour de cassation française, troisième chambre civile, 21/02/2001.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.49.



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

. الاتفاق فقد يتفق الأطراف صراحة على ذلك، كما هو الحال في عقود التأمين حيث تضع الشركات عادة أسئلة معينة وتطلب من المؤمن أن يجيب عليها، فإذا ما كتم أمراً ما، كان هذا تدليسا منه.

. في الكثير من الأحيان يكون مصدر الالتزام هو القاعدة القانونية التي تقضي بعدم الغش، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاما يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة، ويدرك أحد المتعاقدين خطره و يعرف أن المتعاقد الآخر يجهله، مع ذلك يكتمه عنه فيحمله على التعاقد، في مثل هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي يعرف هذا الأمر بكشفه، فإذا أخل بهذا الالتزام و حرص على الكتمان، كان هذا تدليسا<sup>1</sup>.

ويختلف الكتمان كأسلوب احتيالي عن الحيل القولية والحيل الفعلية التي يكون فيهما نشاط المدلس ايجابيا، بينها يكون سلبيا في الكتمان، ويتحد معهما في المضمون والغاية، حيث ينطوي كل منهم على حيلة الهدف منها هو إيقاع المتعاقد الثاني في الغلط ودفعه إلى إبرام العقد .

وبما أنه لا يوجد التزام قانوني يوجب الافصاح عن كل ما يتعلق بالعقد، اللهم إلا واجب أخلاقي يفرضه حسن النية، فإن التساؤل يثور حول الكتمان المجرد .

## 2- مدى كفاية الكتمان المجرد لتكوين الحيل التدليسية

أثار الكتمان كأسلوب احتيالي يقوم به التدليس الخلاف بين الاتجاهات الفقهية والأنظمة القانونية، لأنه الاعتداد به في جميع الحالات يؤدي إلى التوسع في نظرية عيوب الإرادة، وعدم الاعتداد به يؤدي إلى إخلال بمبدأ حسن النية الذي يجب تبنى عليه المعاملات، لذلك عمل فقهاء القانون على دراسته وعلى تحديد الحالات التي يمكن أن يعتبر فيها تدليسا.

<sup>1</sup> عبد الاله فتحي، المرجع السابق، ص.154.

أ - موقف الفقه والقضاء الفرنسيين

اتفق أغلب الفقه الفرنسي على أن الكتمان لا يعتبر تدليسا إلا إذا تجاوز الحدود المسموح بها قانونا، فقد يفرض القانون على أحد أطراف العقد واجب الإفشاء ببعض البيانات، كما هو الحال في عقد التأمين البري أو البحري وفي حالة الانقاذ والمساعدة البحرية، ولاحظ المشرع الثقة المتبادلة بين المتعاقدين في هذه الحالات، والتي تقتضي استبعاد كتمان أي بيان محيط بالتعاقد، ولذلك اعتبر الكتمان في هذه الحالات وفي أية حالة مماثلة تدليسا، حتى ولو كان مجردا .

وهذا ما اعتمده القضاء الفرنسي، واعتبره معيارا صالحا لبيان متى يكون الكتمان المجرد تدليسا، واستقر على اعتباره كذلك ولو لم تصحبه حيل أو يقترب بكذب، متى قام واجب بالإفشاء والبيان بين طرفي العقد، وتوسع في تطبيق هذا المبدأ على حالة اقتسام التركة بين الورثة وحالة الشركات وحتى في عقود البيع<sup>1</sup> .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع، التي اعتبرت بأن ما وقع من ممثل الشركة البائعة لا يعتبر كتمانا يقوم به التدليس، وأنه كان على المشتري أن يتحريا بنفسها عن الظروف وبيانات التعاقد وأن يحتاطا قبل إبرام العقد<sup>2</sup>.

ب -موقف المشرعين الجزائري والمصري

تنص المادة 86/2ف من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ". وهو نفس مضمون المادة 125/2ف من القانون المدني المصري.

وضع المشرعان الجزائري والمصري بموجب هذه المواد حدا لأي تردد، فكل كتمان يصلح لأن يعتبر تدليسا بغض النظر عن الأساليب الاحتمالية المصاحبة له، مادام كان سببا دافعا إلى

<sup>1</sup> محمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ، ص.163. . M. Jérôme Betoulle, Op.Cit.,p.07.

<sup>2</sup> Cour de cassation françaises, Troisième chambre civile, pourvoi n° 15-13064, 07 avril 2016.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

التعاقد، فقد كان من الصعب اعتبار السكوت العمدي تدليسا، خاصة وأن المتعاقد غير ملزم بالإفشاء عامة، فالمذهب الفردي الذي تمخض عنه مبدأ سلطان الإرادة يرى أن الفرد لا يلتزم إلا بإرادته، وهو كفيل بالدفاع عن نفسه وحماية مصالحه، ومن ثم لا يمكن اعتبار السكوت العمدي تدليسا، وعلى المتعاقد أن يحتاط لنفسه عند اقدامه على ابرام العقد، وأن يتحمل نتائج تهاونه<sup>1</sup>.

وتجاوزا لهذه العقبة، أي عدم التزام المتعاقد بالبيان، أقر المشرع الجزائري في بعض الحالات التزاما بالإفشاء على عاتق المتعاقد، بحيث يصبح الإخلال به، أي الكتمان، تدليسا كما هو الحال في المادة 79 تجاري والمادة 15 من الأمر رقم 95-07<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة يكون مصدر الالتزام بالبيان هو القانون، وهناك من يري بأن مصدره يمكن أن يكون مقتضيات مبدأ حسن النية أو العرف المألوف في التعامل أو طبيعة العقد ذاته التي تستلزم قدرا كبيرا من الثقة والأمانة بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

بالتالي فإن المتعاقد الذي يتحمل الالتزام بالبيان، أي كان مصدره، إذا ما كتم بيانا أو ظرفا مهما بالنسبة للمتعاقد الثاني، فإن كتمانها هذا يعد تدليسا معيبا للرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال. ويعتبر مصدر هذا الالتزام من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، دون رقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مصدره هو القانون<sup>4</sup>.

أخيرا استطاع الفقهاء أن يضعوا مجموعة من الشروط لاعتبار الكتمان تدليسا هي كما يلي:

1- أن يكون الأمر المكتوم خطيرا يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيرا جوهريا .

2- أن يكون المتعاقد المدلس على علم بالأمر و بخطرته.

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية، طعن رقم 101365 ، 1993/06/23 ، غير منشور .  
<sup>2</sup> تشترط المادة 79 من القانون التجاري الجزائري أن يتضمن عقد التنازل عن المحل التجاري بعض البيانات منها، اسم البائع السابق، تاريخ سنده الخاص بالشراء و نوعه، قيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية .....والأرباح الي حصل عليها خلال نفس المدة .

أما المادة 15 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات فقد ورد فيها : " يلتزم المؤمن بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات و الظروف المعروفة لديه ضمن اسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها ..... " .

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج الصدة، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.144.

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص.167.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

3- أن يتعمد المتعاقد المدلس كتمان الأمر، فإن كتمه بحسن نية فلا تدليس .

3-ألا يعرف المتعاقد المدلس عليه الأمر المكتوم من شخص آخر.

فإذا ما توافرت هذه الشروط في الكتمان، وأحدث هذا الأخير أثره على إرادة المتعاقد كان تدليسا مفسدا للرضاء<sup>1</sup>.

ومهما كانت الحيلة التي لجأ إليها المتعاقد المدلس إيجابية أو سلبية، فإنه لا يشترط أن يكون هذا الأخير متأكدا من بلوغها وتحقيقها للغاية التي يرمي إليها، فيكفي أن يتوقع وينتظر تحقق مآربه، ليعتبر مدلسا.

يستخلص من كل ما قيل أنه يلزم لقيام التدليس أن تستعمل في مواجهة المتعاقد طرقا احتيالية بقصد تضليله، سعيًا وراء غرض غير مشروع، هذه الطرق الاحتيالية على اختلافها من حيل فعلية وكذب وكتمان تشكل العنصر المادي للتدليس، الذي لا يقوم إلا بتوافرها .

لكن يبقى هذا العنصر المادي غير كافي لوحده لتحقيق التدليس، مما يستلزم ضرورة توافر عنصر ثاني هو العنصر المعنوي المتمثل في نية التضليل والخداع لدى المدلس، فالتضليل خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وانصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة، تتمثل في إخفاء الحقيقة عن المدلس عليه مما يؤدي إلى انتزاع رضاه .

### الفرع الثاني : العنصر المعنوي (نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع )

كل ما سبق عرضه من وسائل احتيالية ليست سوى المظهر الخارجي المادي الملموس أو الصدى الذي يعبر عما يدور في نفس المتعاقد المدلس، فهو قد فكر ودبر ونصب شبابه حول ضحيته، لتحقيق أغراض غير مشروعة تدور في نفسه ويريد الوصول إليها، ولو على حساب المتعاقد المخدوع .

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.397. علي فيلاي، المرجع السابق، ص.130.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

بهذا تكون نية الخداع والتضليل هي العنصر النفسي أو المعنوي الذي يكتمل التدليس بتوافره، ويقوم هذا العنصر إلى جانب العنصر المادي بإبراز ماهية التدليس و جوهره، أي أن التدليس لا يقوم إذا انعدمت نية التضليل لدى المدلس<sup>1</sup>.

فالتاجر الذي يبرز بضاعته في أحسن صورة وهو لا يقصد التضليل، بل يريد فقط استهواء الناس لا يعتبر مدلسا ، وكذلك المبالغة في قيمة الشيء المؤمن عليه إذا كان عن سوء تقدير، لا عن تعمد الاضرار بالشركة والحصول منها على فائدة غير مشروعة لا يعتبر تدليسا ، أيضا من يخفي عن شركة التأمين وقائع تؤثر في مقدار التبعة إذا كان جاهلا بهذه الوقائع<sup>2</sup>، ففي هذه الأمثلة و نحوها لا يتوافر العنصر المعنوي للتدليس ، بالتالي فإن التدليس لا يقوم بمجرد استعمال وسائل احتيالية مادية ، بل لا بد من توافر نية التضليل والخداع.

مفاد ما سبق أن العنصر المعنوي شرط لقيام التدليس المعيب للرضاء في جانب المدلس، بيد أن نية التضليل لا تكفي وحدها لقيام العنصر المعنوي، بل يجب أن يكون قصد من ضلل هو الوصول إلى غرض غير مشروع .

### أولا : نية التضليل للوصول إلى غرض مشروع و نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع

ذهب أغلب الفقهاء إلى التفريق بين نية التضليل للوصول إلى غرض مشروع، ونية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع ، كما إذا أقر شخص لآخر بدين له في نمته، و كان ذلك بعد أن أوهمه الدائن أن موته قريب و أنه من الأولى الاعتراف بالدين إرضاء لضميره ، فلا يستطيع المقر بعد ذلك أن يطعن في إقراره بالتدليس، إلا إذا كان الإقرار ذاته غير صحيح ، و كما إذا استعمل المودع طرقا احتيالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين، فالغاية هنا تبرر الوسيلة ولا يكون من

<sup>1</sup> La conception française du dol, dans la formation du contrat, implique l'intention de tromper, même s'il n'est pas nécessaire que l'auteur du dol ait eu la volonté de causer un préjudice à l'autre partie". M.Jérôme Betoulle,Op.Cit.,p.03.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص.399.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

استعمل الطرق الاحتيالية مسؤولاً، إلا إذا كانت هذه الطرق مما يعاقب عليها القانون الجنائي ، و يعد هذا تطبيقاً للمبدأ الروماني القائل أن : " من أخذ بحقه لا ينسب له تدليس " <sup>1</sup>.

وغني عن البيان أن استعمال المدلس للوسائل الاحتيالية بقصد خداع الآخرين، ومن أجل الوصول إلى أغراض غير مشروعة يكفي لتوافر التدليس، حتى ولو لم يصل بذلك إلى أهدافه ومراميه، إذ لا يلزم أن يكون المدلس متأكد من بلوغ الحيل المستعملة الغاية التي يرمي إليها، بل يكفي أن يتوقع ذلك و يعمل جاهداً من أجل بلوغه . و في هذا الصدد أخذ بعض الفقهاء بتصور واسع لنية التضليل بحيث تتحقق بمجرد علم المدلس أن كتمانها أو استعماله لبعض الحيل قد يفسد رضاء الطرف الثاني ، أو بمجرد إدراك المدلس للضرر الذي قد يلحق الغير جراء سلوكه <sup>2</sup>.

على أن انتقاء قصد التضليل للوصول إلى أغراض غير مشروعة لدى المدلس لا يعني أن العقد غير قابل للإبطال ، إذ يجوز للمتعاقد المخدوع طلب بطلان العقد إذا وقع في غلط نتيجة للحيل التدليسية المستعملة من قبل المتعاقد الثاني ، و يكون ذلك للغلط لا للتدليس إذا ما توافرت شروطه <sup>3</sup>.

إذن يجب لكي تتحقق نية التدليس لدى أحد المتعاقدين أن يكون المتعاقد المدلس قد قصد خداع الآخر ، بأن اتجهت نيته إلى تحقيق غرض غير مشروع ، فإذا كان قصده مشروع لا يتحقق التدليس ، كلجوء الدائن إلى طرق احتيالية لتحصيل حقوقه .

وبالتالي نصل إلى أن التدليس لا يقوم، ولكن يمكن الاستناد إلى قواعد الغلط في الحالات

التالية:

. إذا صدر المسلك التدليسي من المتعاقد إهمالاً و ليس عمداً .

. إذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن تكون لدى الطرف الثاني أية نية لتضليله .

بهذا يتضح أن الحيل التدليسية بعنصريها المادي والمعنوي هي جوهر التدليس لا يتحقق إلا بتوافرها معاً، ولا تعاب الإرادة إلا بشروطهما، هذا و يبقى قيام التدليس بعنصريه المادي والمعنوي

<sup>1</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.384.

<sup>2</sup> عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، مكتبة النهضة، مصر، (د.ت.ن)، ص.190.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص.399.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

مسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع، دون معقب عليه من طرف المحكمة العليا، ما دام حكمه قد قام على أسباب صائغة مبررة<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني : إعمال الحيل التدليسية كعيب في الإرادة

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

### المطلب الأول : شروط التدليس المفسد للرضاء

لكي يقوم التدليس كعيب في الرضاء يجب توافر عدة شروط تتعلق إما بالعمل التدليسي ذاته وإما بمن صدرت منه الأعمال الاحتيالية ، و لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الشروط في المواد 86 و 87 من القانون المدني ، وهي مقابلة للمواد 125 و 126 مدني مصري و المادة 1116 مدني فرنسي .

المادة 86/1: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد " .

المادة 87 : " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس " .

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق ، ص.52.

" Le dol vice de consentement quand les manœuvres pratiquées contre la partie sont telles que sans ces manœuvres elle n'aurait pas consentie".

### الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالعمل التدليسي

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

### أولا : استعمال طرق احتيالية

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

يقوم العنصر المادي على الحيل والخداع بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد أو ايهامه خلاف الواقع للتأثير على إرادته<sup>1</sup>، ويعتبر مجرد السكوت أو الكذب من الوسائل المادية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة حسب الفقرة الثانية من المادة 86 ، كما أن اصطناع المستندات أو التزوير فيها أو إخفاءها أو انتحال صفة كاذبة أو كتمان الحقيقة أو الكذب التي يتجاوز حدود المألوف في التعامل أو الاستعانة بشهود زور كلها تعتبر طرقا احتيالية للتأثير في إرادة المتعاقد<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للعنصر المعنوي فإنه يجب لقيام التدليس أن يقترن استعمال الحيل أو الكذب أو الكتمان بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع<sup>3</sup>، فإذا انتفت نية التضليل انعدم التدليس، كما

<sup>1</sup>Fierre guiho, les obligations ,T.2 ,édition l'hermès, Paris, (s.d), p.44.

<sup>2</sup> العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص.111.

<sup>3</sup> المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية ، طعن رقم 33920، 1985/05/27 .



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

هو الحال فيما يصدر من التجار من انتقاء أحسن الأوصاف و المبالغة في شأن سلعهم بغرض الترويج لها ، إذ يعتبر هذا من قبيل الكذب المباح الذي تسمح به العادات التجارية، والذي لا يؤثر على صحة العقد .

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

استلزم المشرع الجزائري من خلال نص نفس المادة أن تكون الحيلة مؤثرة تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا إلى التعاقد ، و بعبارة أخرى أن تكون لها القدرة على التأثير في إرادة المتعاقد بقصد توجيهها إلى ما يريده المدلس، أي الدفع بالمدلس عليه لقبول التعاقد على شيء ما كان ليرضى به لولا الحيل المستعملة التي أدت إلى تضليله<sup>1</sup>.

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

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

### 1-معيار التدليس الدافع

إن معيار التدليس الدافع إلى هو معيار ذاتي شخصي لا مادي، فلا ينظر إلى الحيل من حيث هي، بل ينظر إلى تأثيرها على المتعاقد ذاته كل حسب شخصيته، و يسترشد القاضي في ذلك بما تواضع عليه الناس في معاملاتهم من حيث التسامح أو التشدد في وضع معيار خلقي للتعامل

<sup>1</sup> يقول الأستاذ إلياس ناصيف: " لا بد أن يتصف الخداع بالطابع الذي يجعله عاملا فاصلا في توجيه الإرادة و حمل صاحبها على القبول بالتعاقد " . المرجع السابق، ص.169.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وجنس وخبرة ودرجة الثقافة وصلة أو علاقة تبعث على الثقة وغير ذلك مما يستأنس به للكشف عن حالة المتعاقد النفسية<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

فهل كانت هي الدافعة إلى التعاقد؟ فيبطل العقد لتدليس حتى و لو كانت هذه الطرق بسيطة في ذاتها، أو اقتصر على أن تجعله يقبل شروطا أبهظ؟ فلا يبطل العقد حتى و لو كانت الطرق الاحتمالية جسيمة، بل يقتصر الأمر على حق الضحية في التعويض و في استرداد ما غرمه

---

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.169. مصطفى محمد الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1991، ص.167. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.280. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.401. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.53. العربي بلجاج، المرجع السابق، ص.112.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

بسبب هذا التدليس، وتكون المسؤولية عن التعويض هنا تقصيرية مبنية على أساس الخطأ الذي هو التدليس.

### أ- التدليس الدافع إلى التعاقد

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

### ب- التدليس غير الدافع أو العارض

يكون التدليس غير دافع أو عارض عندما لا يكون هو العامل الدافع إلى إنشاء العقد ، بل يؤدي فقط إلى تعديل بعض بنوده أو تغيير بعض شروطه، وفي هذه الحالة لا يؤدي التدليس إلى إبطال العقد إنما يكون سببا للمطالبة بالتعويض فقط وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، وهذا هو الرأي الغالب، غير أن هناك قلة من الفقهاء من يبني المسؤولية في مثل هذه الحالة على أساس نظرية " الخطأ عند تكوين العقد " فيجعلها مسؤولية تعاقدية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.163.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.403.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

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

كانت هذه التفرقة بين التدليس الدافع و التدليس العارض سائدة في الفقه التقليدي ، لكنها اليوم محل انتقاد من طرف الفقه الحديث الذي يرى أن التدليس الذي يؤدي إلى التعاقد بشروط باهظة هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، و من تم يعيب الإرادة و يكون سببا في إبطال العقد<sup>1</sup> ، لأن التدليس يرمي دائما إلى التأثير على إرادة المتعاقد، سواء كان هذا التأثير ينتهي إلى إقناع المتعاقد بضرورة التعاقد أو إلى إقناعه بضرورة القبول بشروط في العقد ما كان ليقبلها لولا التدليس.

فالتدليس هو تضليل سواء دفع إلى التعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أبهظ ، وهو يعيب الرضاء في الحالتين، ويعطي المدلس عليه الخيار بين طلب إبطال العقد أو الاكتفاء بطلب التعويض فقط، تأسيسا على قواعد المسؤولية التقصيرية .

كما أن التفرقة بين التدليس في الحالتين دقيقة ، إذ يصعب أحيانا معرفة ما إذا كانت الحيل التدليسية قد دفعت إلى التعاقد، أو أن المدلس عليه كان ليتعاقد لكن الحيل المستعملة جعلته يفعل ذلك بشروط أشد من الشروط التي كان سيقبلها في الأوضاع العادية ، أي دون أي تأثير على حرية اختياره.

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

أما المشرع الجزائري ونظيره المصري فقد نبذا هذه التفرقة بين نوعي التدليس واكتفيا بشرط أن يكون التدليس من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم المدلس عليه العقد ، فالعبرة ليست بكون التدليس رئيسيا أو عرضيا، و إنما بكونه الأصل الذي دفع بالمتعاقد إلى إبرام العقد<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.112.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.61.

د- التدليس التالي للعقد و التدليس أثناء التعاقد

يبنى على أن التدليس يجب أن يكون هو الدافع إلى التعاقد أن التدليس الذي يأتي تاليا للعقد لا يكون سببا في بطلانه ، فإذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على الحياة و بعد تمام العقد و قبل دفع القسط الأول مرض المؤمن مرضا خطيرا أخفاه عن الشركة و قام بدفع القسط ، فلا يكون كتمان المرض سببا في بطلان العقد للتدليس، لأن هذا الكتمان لم يدفع إلى التعاقد إذ جاء تاليا له، إذن نستنتج أن التدليس التالي للتعاقد لا يؤثر على صحة العقد .

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

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمدلس

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

ولم يغفل المشرع الجزائري عن هذه الاحتمالات وتناولها من خلال المادتين 86 و87 مدني،

وبدورنا سنتطرق لها فيما يلي :

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.104.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

أولا : صدور الحيل التدليسية من المتعاقد أو علمه بها

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

### 1- الحيل التدليسية الصادرة من أحد المتعاقدين

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

وقد تضمنت المواد 1116 و125 من القانونين المدنيين الفرنسي والمصري على التوالي نفس الشرط، ذلك أن التدليس عمل غير مشروع يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أحدثه، فإذا كان هذا الأخير أحد المتعاقدين، يكون تعويض المتعاقد الآخر بتخليصه من العقد الذي اندفع إليه تحت تأثير التدليس ، أما إذا كان شخص غيره فلا يكون أمام المدلس عليه سوى الرجوع عليه بالتعويض، لأنه ليس من العدل مجازاة المتعاقد بالإبطال عن ذنب اقترفه غيره .

ويجب أن تأخذ عبارة النائب الواردة بهذه المواد بمفهومها الواسع، بحيث تشمل كل أنواع النيابة القانونية والاتفاقية والقضائية، بل يجب أن تتجاوز ذلك لتشمل كل من ينوب عن المتعاقد في الواقع، ولو لم يكن نائبا عنه بالمعنى الفني الضيق. أي كل شخص تكون له صلة بالمتعاقد تجعله يعمل لحسابه ويسعى لخدمته كالابن أو الزوج الذي يحتال على شخص ليدفعه إلى التعاقد مع أبيه أو

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

مع زوجته، الوسيط في إبرام العقد كالمسار أو الصديق، فهذه الحالات كلها تجتمع في العلة التي أدت بالمشرع إلى المساواة بين حكم النائب والأصيل فيما يخلص التحايل من التعاقد<sup>1</sup>.

### أ- الحيل التدليسية الصادرة من المتعاقد ناقص الأهلية

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

غير أن الاشكال يطرح في الحالة التي يقوم فيها ناقص الأهلية بإيهام المتعاقد معه بأنه كامل الأهلية، و يستعمل في ذلك طرقا احتيالية أو يعتمد على الكذب المجرد ، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل حول حكم التدليس الصادر من المتعاقد ناقص الأهلية<sup>2</sup>.

وللإجابة على هذا الاشكال سوف نفق أولا على رأي الفقه والقضاء الفرنسيين، ثم موقف القانون المدني المصري وأخيرا نخرج على قانوننا المدني لنبحث فيه عن حكم هذه الحالة .

### أ-1: موقف الفقه و القضاء الفرنسيين

من خلال تفحص بعض أحكام القضاء الفرنسي نجد أنه يميز بين حالتين :

حالة استعمال طرق احتيالية كأن يقدم ناقص الأهلية مثلا شهادة ميلاد له مزورة تثبت كمال أهليته، أو أن يقدم وثائق عليها اسمه مقترنا برقم لسجل تجاري باعتباره عضوا في شركة معينة، و غيرها من الأمثلة، قرر القضاء الفرنسي في هذه الحالة أن مسؤولية ناقص الأهلية هي مسؤولية تقصيرية، ودعامته في ذلك ما يلي :

. فكرة حرمان ناقص الأهلية من استغلال الحماية المقررة له قانونا للإضرار بالغير .

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.357-358.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.56-57.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

. ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة 1307 مدني فرنسي التي تقضي بأن : " مجرد تصريح القاصر بأنه راشد لا يمنع حقه في طلب إبطال العقد " . أي أن الكذب المجرد الصادر من ناقص الأهلية لا يحرمه من حقه في إبطال العقد، ولا يمكن حرمانه من ذلك إلا في حالة اقتران كذبه هذا بوسائل احتيالية تعززه .

ويرى القضاء الفرنسي أن الإبقاء على العقد يعد الوسيلة المثلى لتعويض الطرف الثاني عما يكون قد أصابه من ضرر، نتيجة التدليس الصادر من ناقص الأهلية ، هذا و يبقى للمتعاقد مع هذا الأخير في هذه الحالة أن يطلب الإبطال بسبب التدليس، إن رغب في ذلك <sup>1</sup>.

وحالة الكذب المجرد، كأن يدعي ناقص الأهلية بأنه كاملها دون أن يدعم ادعاءه هذا بأية وسيلة أخرى، في هذه الحالة نجد المحاكم الفرنسية تسمح لناقص الأهلية بأن يطلب إبطال العقد ، فمجرد تصريح القاصر بأنه راشد لا يمنع حقه في طلب الإبطال <sup>2</sup>.

### أ-2: موقف القانون المصري

نصت المادة 119 من القانون المدني المصري على ما يلي :

" يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد وهذا مع عدم الإخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته " .

قرر الفقه المصري استنادا إلى هذا النص أن لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته عن المتعاقد الآخر يثير احتمالين :

الاحتمال الأول يكون إذا ما طالب ناقص الأهلية بإبطال العقد في حين أجاز المتعاقد معه المدلس عليه ، فإن الطرق الاحتياطية التي لجأ إليها لإخفاء نقص أهليته لا تحرمه من حقه في طلب الإبطال، وفقا لما تقضي به أحكام الأهلية ، و لكن يقع على عاتقه التزاما بتعويض المدلس عليه عن

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.58.

<sup>2</sup> تنص المادة 1307 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

" La simple déclaration de majorité faite par le mineure ne fait point obstacle à la restitution"



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

الضرر الذي سببه له الإبطال، هذا و يبقى خير سبيل للتعويض هو الإبقاء على التصرف المطلوب إبطاله .

أما الاحتمال الثاني فيكون إذا ما أجاز ناقص الأهلية العقد بعد بلوغه سن الرشد، بينما طالب المدلس عليه بإبطاله بعد اكتشاف التدليس ، هنا تراعى مصلحة المدلس عليه فيقضي بإبطال العقد ، ويعتبر الحكم بالإبطال الصادر بناء على طلب المدلس عليه، جزاء يوقع على ناقص الأهلية الذي يتحمل تبعه احتياله بعد رشده، و قد أراد هو الإبقاء على العقد .

يبقى تطبيق حكم المادة 119 مرهونا بشرط أن يستعين ناقص الأهلية ليؤكد كمال أهليته بطرق احتيالية كشهادة ميلاد مزورة مثلا ، فلا يكفي أن يدعى أنه كامل الأهلية ، و هذا ما أيدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر سنة 1970 الذي جاء فيه : " إن نفاذ نص المادة 119 من القانون المدني ، بأنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسؤولا عن التعويض للغش الذي صدر منه عملا بقواعد المسؤولية التقصيرية، و لا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته " <sup>1</sup>.

بهذا الحكم حسمت محكمة النقض المصرية موقفها لصالح المدلس عليه رغبة منها في عقاب ناقص الأهلية المدلس عن طيشه، إذا كان طيشا منه ، و من أجل التصدي لأصحاب النوايا السيئة الذين يخططون من أجل استغلال مرحلة نقص الأهلية، للاستفادة من الحماية القانونية التي خصهم بها المشرع في هذه الفترة لتحقيق مآربهم الخاصة ، حيث يتم التدليس بإخفاء العمر الحقيقي، فإذا كان العقد في صالح المدلس كان هذا هو المطلوب، أما إذا لم يكن كذلك فله أن يطلب إبطال العقد، بالتالي فإن المدلس ناقص الأهلية ليس لديه ما يخسره في الحالتين .

### أ-3:موقف القانون الجزائري

لقد جاء قانونا المدني خاليا من أي نص يشير إلى حالة لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، لكن يمكننا استخلاص حكم هذه الحالة من خلال نص المادة 101 من

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص.61.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

القانون رقم 05-10 التي تخول لناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد ، حق المطالبة بإبطال العقد الذي كان قد أبرمه في مرحلة نقص الأهلية، بالتالي لا يحرم ناقص الأهلية الذي أخفى نقص أهليته من التمسك بالإبطال.

وما قضت به المادة 124 من نفس القانون من إلزام الشخص بالتعويض عما يسببه من ضرر لغيره ، فمادام ناقص الأهلية مميزا يجب مساءلته عن الضرر الذي أحدثه لغيره، طبقا لنص المادة 125 من نفس القانون، وعليه يمكن للمتعاقد الآخر، وقد ضلله ناقص الأهلية، أن يطالب إما بإبطال العقد بسبب التدليس الذي وقع فيه وإما بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

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

### ثانيا : الحيل التدليسية الصادرة من الغير

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

### 1-موقف القانون الفرنسي

الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بالتدليس الذي يصدر من غير المتعاقدين خلافا للمشرع الجزائري ، فالفقرة الأولى من المادة 1116 مدني فرنسي تشترط صراحة أن يكون التدليس

<sup>1</sup> تضمن القانونين المدني الكويتي والأردني حكما صريحا لهذه الحالة :

المادة 97 مدني كويتي : " لا يمنع ناقص الأهلية من أن يتمسك بنقص أهليته على نحو ما يقضي به القانون ، أن يكون قد ادعى توافر الأهلية لديه .

على أنه إذا لجأ القاصر في سبيل إخفاء نقص أهليته إلى طرق تدليسية من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه ، كان ملزما بتعويض من تعاقد معه عما يربته له الإبطال من ضرر " .

المادة 14 مدني أردني : " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض " .

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

صادرا من أحد المتعاقدين حتى يكون العقد قابلا للإبطال ، فإذا صدر من الغير لا يؤثر في صحة العقد .

L'article 1116 du code civil français prévoit:" le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une ou l'autre des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et il doit être prouvé"

وقد أجمع على هذا الرأي الفقه والقضاء في فرنسا، و يعلل الفقهاء الفرنسيون ذلك بأنه إذا صدر التدليس من الغير فلا ذنب للمتعاقد الآخر، وليس من العدل أن يجزى ببطان العقد عن ذنب اقترفه الغير ، وللمتعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بالتعويض عما أصابه من ضرر، طبقا للقواعد العامة .

الواقع أن لهذا التمييز بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين و التدليس الصادر من الغير أسباب خاصة ترجع إلى القانون الروماني ، حيث كان البريتور يعطى الحق في رفع الدعوى الخاصة بالتدليس ضد الشخص الذي صدر منه التدليس، وإذا صدر التدليس من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع فيه إلا الرجوع على هذا الغير بالتعويض ، وليس له الرجوع على المتعاقد الآخر، فيبقى العقد صحيحا لا سبيل إلى إبطاله<sup>1</sup>.

وقد تلقى القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة و انتقلت منه إلى القانون الفرنسي الحديث ، وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية، و المقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير، حسب المادة 1111 مدني فرنسي لأنه يفسد الرضاء في الحالتين، فما معنى التعميم في الإكراه والتخصيص في التدليس .

إلا أن الفقه الحديث انتقد بشدة النظرية الرومانية والقوانين التي تأثرت بها، مما أدى بالمحاكم الفرنسية إلى التضييق في تفسير المادة 1116 فرنسي ، فقصرت تطبيقها على العقود دون الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد ، كالوصية والاقرار استنادا إلى أن النص لم يذكر سوى

<sup>1</sup> كان القانون الروماني يعاقب على التدليس باعتباره جريمة ، لذا استلزم أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر .

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

العقود فالوصية مثلا تبطل للتدليس ولو صدر من غير الموصى له<sup>1</sup>، ثم استبعدت تطبيق هذا النص على الهبات ، أي أنها قضت بأن التدليس يبطل الهبات سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من غيره، وبررت ذلك بأن السبب في عقد الهبة هو نية التبرع الخالصة ، فإذا داخلها تدليس و لو كان صادرا من الغير أفسد ذلك الرضا و جعل الهبة قابلة للإبطال.

هذا وتبطل عقود المعاوضات هي الأخرى إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد كالوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم ، والتدليس هنا لا يعتبر صادرا من الغير بل يحاسب عليه الأصيل كأنه صادر عنه، ولا يكون مسؤولا إلا عن بطلان العقد دون التعويض الذي يلزم به النائب الذي صدر منه التدليس ، كما قررت أخيرا أنه لو صدر التدليس من الغير و لكنه تواطأ في ذلك مع المتعاقد الآخر، فإن اشتراك المتعاقد الآخر مع الغير يعد تدليسا منه كافيا لإبطال العقد .

بهذا عمل الفقه والقضاء في فرنسا على الإنقاص من التمييز بين التدليس الصادر من أحد المتعاقدين والتدليس الصادر من الغير، و سعى إلى هدمه والإكثار من الاستثناء فيه .

## 2- موقف القانون الجزائري

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

فالمفروض هنا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه لإبرام العقد ، فلكي يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد للتدليس ، عليه إثبات أن المتعاقد معه

<sup>1</sup> ذكر المشرع الفرنسي في نص المادة 1116 مصطلحات لا تتفق إلا مع افتراض وجود عقد " الاتفاق " ، " أحد الطرفين " و " الطرف الآخر " .

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس، إذ في هذه الحالة يكون متواطئاً مع من استعمل الوسائل الاحتيالية أو على الأقل سيئ النية<sup>1</sup>.

فإذا لم يستطع المدلس عليه إثبات ذلك لا يحق له طلب إبطال العقد، وله فقط الرجوع بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس، ذلك أن المتعاقد الآخر إذا كان أجنبياً عن التدليس الصادر من الغير، بأن لم يكن صادراً منه ولم يكن يعلمه وما كان في إمكانه معرفته، فإنه يكون جديراً بالرعاية وعدم التضحية بمصلحته في سبيل مصلحة المدلس عليه<sup>2</sup>.

كما يمكن في هذه الحالة إبطال العقد للغلط إذا أثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه جراء التدليس، أو كان عالماً أو بإمكانه العلم بهذا الغلط، فإذا لم يثبت ذلك، فإن العقد لا يكون قابلاً للإبطال لا للغلط ولا للتدليس، وإذا ما أبطل فللمتعاقد حسن النية أن يطلب التعويض، وأحسن تعويض له هو بقاء العقد صحيحاً قائماً، وهذا تطبيق لمبدأ قيام العقد على سبيل التعويض، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد<sup>3</sup>.

نستنتج بأن التدليس لا يكون سبباً لإبطال العقد في كل الأحوال، فعلاوة على ضرورة توافر عنصره الوسائل الاحتيالية ونية التضليل يلزم أيضاً توافر الشرطين التاليين :

. أن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد

. اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر .

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

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

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.64.

<sup>2</sup> يرى علي علي سليمان أنه للمدلس عليه في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد للغلط، مادام التدليس الذي قام به الغير من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم العقد .

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.272.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

وفي حالة صدور التدليس من النائب أو من الغير الذي لم يكن طرفا في العقد، ترفع دعوى الإبطال على الأصيل باعتباره طرفا في العقد، ودعوى التعويض على النائب أو الغير باعتباره المسؤول عن العمل غير المشروع<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.360.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

كما يتدعم هذا الرأي إذا ما نظرنا إلى المتبرع الذي يقع ضحية تدليس، فالمتبرع يعطي ولا يأخذ مقابل ما يعطى، وهو بتبرعه متفضل ولهذا ينبغي أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة، بغض النظر عن دور المتعاقد الآخر فيما يمكن أن يؤدي إلى إفساده<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: حالات عدم الاعتداد بالتدليس

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

#### أولاً: حالة التدليس الحسن

عرف الرومان قديماً التفرقة التقليدية بين التدليس الحسن والتدليس القبيح، ولم يكن يعتد إلا بهذا الأخير كعيب في الإرادة، وقد سار أغلب فقهاء القانون على نفس الدرب، وعلى رأسهم "دوما" و"بوتيه" اللذين استبعدا عن إطار التدليس الأكاذيب والمبالغات التي تصدر عن أحد طرفي العقد، وعمامة عن البائع من أجل إبراز بضاعته تصويرها في أحسن صورة<sup>2</sup>.

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

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

<sup>1</sup> محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج.3، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006، ص. 87-88.

<sup>2</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.166.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

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

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق تطبيق هذا المبدأ وعدم الاعتداد بهذا النوع من التدليس المتسامح فيه، قد انحصر بشكل ملحوظ في التشريعات المعاصرة التي تعمل جاهدة على حماية المستهلك، والتي تمجد مبدأ الشفافية وواجب الإعلام عند التعاقد، وتجعل الادعاء البسيط في الاعلان الاشهاري، الذي من الممكن أن ينتج عنه غلط المستهلك، مصدرا للمسؤولية الجزائية<sup>1</sup> .

### ثانيا: حالة العيب الظاهر

يمكن أن يرجع سبب رفض الطعن ببطلان العقد للتدليس إلى مواصفات الغلط المستتار، الذي يجب أن يكون غلط لا يرجح الوقوع فيه، وهذا ما يثار في حالة العيب الظاهر في الشيء المبيع، فوضعية العيب الظاهر في هذه الحالة تنفي فكرة الحيل التدليسية من أجل إخفاء حالة المبيع، وتنفي كون الغلط لا يرجع الوقوع فيه .

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

بالإضافة إلى أهمية مواصفات الغلط المستتار، فإن خطأ الطرف الذي يطلب البطلان للتدليس يمكن أن يكون كذلك مؤشر ذو أهمية، خاصة بسبب سلبية مرتكبه والذي لم يبذل أي مجهود أو عناية ليتجنب الوقوع في الغلط، خاصة وأن العيب ظاهر وجلي، ولأن جهله بالعيب لم يكن في

---

<sup>1</sup> محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الإرادة، الغلط، الغش، الإكراه، التدليس، نقص الأهلية، دار الاتحاد العربي للطباعة، (د.م.ن)، 1988، ص. 64-65.



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

الحقيقة عاملا محددًا لإرادته عند التعاقد<sup>1</sup>. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض طلب بطلان للتدليس بسبب مواصفات الغلط الذي لم يرجح الوقوع فيه لم يكن عاملا محددًا للإرادة<sup>2</sup>.

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

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

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

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

### الفرع الرابع : عبء إثبات التدليس

نص القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1116 صراحة على أن التدليس لا يفترض بل يجب إثباته، ولا يوجد نص في القانون المدن الجزائري يقابله، لكن المحاكم الجزائرية تعمل به وفقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن يقع عبء إثبات التدليس كعيب من عيوب الإرادة على من يدعيه<sup>5</sup>، إذ أن البيئة على من يدعي وجود هذا العيب، لأن الأصل هو عدمه، و يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات

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

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

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

<sup>4</sup> أنظر المادة 101 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup> المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، طعن رقم 233625، 2001/01/17، غير منشور .

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

منها البينة والقرائن حتى، ولو كان العقد المطعون فيه مكتوبا لأننا بصدد واقعة مادية وليس عملا قانونيا<sup>1</sup>.

ولا يكفي لإثبات التدليس إقامة الدليل على توافر عنصره المادي والمعنوي، الطرق الاحتمالية ونية التضليل، بل لابد من إثبات توافر شروطه بأن يثبت من يتمسك به أن التدليس كان دافعا إلى التعاقد، وأنه صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير، وكان ذلك الطرف على علم به أو من المفروض حتما أن يعلم به<sup>2</sup>.

وغالبا ما لا يكون وجود العقد المشوب بالتدليس محل نزاع، وإنما ينصب النزاع حول التدليس الذي أعاب الإرادة، وبما أنه عبارة عن واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

ويؤخذ بالمعيار الذاتي الشخصي عند إثبات أثر التدليس في إرادة المدلس عليه، أي يجري تقدير هذا الأثر بالنظر إلى شخص المدلس عليه و ظروفه ، لأن وسائل التدليس يختلف أثرها من شخص لآخر، فما يؤثر في ريفي ساذج قد لا يؤثر في حضري متعلم مثلا .

وبما أن وقوع التدليس مسألة موضوعية، فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير عناصر التدليس، وخاصة تقدير ما إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد المدلس جسيمة، وما إذا كانت هي الدافعة إلى التعاقد من عدمه .

لكن الوصف القانوني لوقائع التدليس، وعلى وجه الخصوص تقدير ما إذا كانت الوسائل المستعملة تعتبر أو لا تعتبر حيلة غير مشروعة ، فهو مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا ،

---

<sup>1</sup> محمد منجى، موسوعة الدعاوى العلمية ، دعوى بطلان العقود بسبب الإخلال بركن من أركان العقد ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1998 ، ص.353. العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص.114.محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص.188. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الاسلامي وقانون الإثبات طبقا لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر،(د.م.ن)، 2000، ص.313.

<sup>2</sup> عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص.347. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، مصر، 1986، ص.204.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

ومثال ذلك البث فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي لقيام التدليس، وفيما إذا كان التدليس الصادر عن الغير يؤثر في صحة العقد<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : أثر الحيل التدليسية

إذا توافرت في التدليس الشروط التي سبق ذكرها أنتج أثره من ناحيتين :

**أولاً:** من ناحية أثر الحيلة المستعملة على إرادة الطرف المدلس عليه ، هذه الحيلة تجعل إرادة المتعاقد الآخر غير سليمة مشوبة بعيب التدليس، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المدلس عليه، ويجوز لهذا الأخير الذي له الحق في التمسك بالإبطال أن يجيز العقد سواء صراحة أو ضمناً.

**ثانياً:** من ناحية استعمال حيلة غير مشروعة، يشكل هذا خطأ عمدي في جانب المتعاقد المدلس، لأنه قصد بتلك الحيلة التدليس وتضليل الطرف الثاني، مما يوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، التي تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض<sup>2</sup>.

نخلص إلى أنه للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، وله كذلك أن يطلب التعويض إلى جانب البطلان، إذا لم يكن البطلان كافياً لجبر ما لحق به من ضرر.

### الفرع الأول: حق المدلس عليه في طلب إبطال العقد

البطلان هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، حيث يكون العقد في الحالة الأولى باطلاً بطلاناً مطلقاً، و في الثانية باطلاً بطلاناً نسبياً على التوالي.

والبطلان نوعان، النوع الأول يقضي على التصرف كلية فيكون بسببه باطلاً بطلاناً مطلقاً أما النوع الثاني فيكون التصرف بمقتضاه قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً، وقد كان الفقه التقليدي

<sup>1</sup> محمد منجي ، المرجع السابق ، ص.303.

<sup>2</sup> محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، مصر، 2002، ص.281.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

يضيف إلى هذين النوعين نوعا ثالثا هو الانعدام ، غير أن غالبية الفقه الحديث ترى أن فكرة الانعدام تندرج ضمن البطلان المطلق<sup>1</sup>.

البطلان المطلق هو جزاء تخلف أحد أركان العقد كالمحل أو السبب، أو إذا اختل ركن من هذه الأركان لعدم مشروعية محله أو سببه أو الإخلال بركن الشكلية في عقود الشكلية، و يشمل هذا النوع من البطلان بالنسبة للتقسيم الثلاثي ، الانعدام و البطلان المطلق .

والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه إجازة ولا يتقادم بطلانه لأنه غير موجود من الناحية القانونية<sup>2</sup>.

أما البطلان النسبي فهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة العقد، و يتقرر إذا كان رضاء المتعاقد مشوبا بعييب من العيوب، الغلط و التدليس و الإكراه والاستغلال أو كان ناقص الأهلية.

فالعقد الباطل بطلانا نسبيا، أي القابل للإبطال، هو عقد قائم موجود منتج لآثاره قبل القضاء ببطلانه ، إلا أن مصيره مهتدا بالزوال إذا طلب إبطاله من له الحق في التمسك بذلك ، و هذا النوع من البطلان تلحقه الإجازة و يسقط بالتقادم<sup>3</sup>.

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

### أولا : تقرير البطلان النسبي للعقد المشوب بالتدليس

يتقرر بطلان العقد بسبب عدم صحة رضاء أحد المتعاقدين لما شابه من تدليس بطريقتين، إما عن طريق الدعوى الرئيسية التي يرفعها المدلس عليه أمام المحكمة المختصة وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية و يطعن بموجبها في صحة العقد، لاختلال شرط من شروط الصحة ،

<sup>1</sup> جلال محمد إبراهيم ، مصادر الالتزام ، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص.144.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.247.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002، ص.173.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

وهو عدم سلامة رضائه من العيوب، وإما عن طريق دفع لمواجهة الدعوى الأصلية التي يرفعها المدلس لمطالبة المدلس عليه بتنفيذ العقد، هنا يكتفي هذا الأخير بالدفع ببطلان العقد لعيب التدليس<sup>1</sup>.

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

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

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

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

فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو عيب التدليس ، فالمتعاقد الذي عيبت إرادته هو وحده صاحب الحق في طلب الإبطال أي أنه يقتصر على المتعاقد المدلس عليه دون المتعاقد المدلس، وتمنع خصوصية هذا الحق المحكمة من أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما لا يجوز للغير أن يحتج بذلك .

هذا لا يمنع النائب القانوني للمتعاقد المدلس عليه الذي يقوم مقامه و يمارس كل حقوقه ، ولا الخلف العام الذي يعتبر طرفا في العقد مثل سلفه تماما، من أن يتمسك بحق الإبطال للتدليس نيابة عن المتعاقد الذي عيبت إرادته، وهذا دون الإخلال بقواعد الميراث<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.247.

<sup>2</sup> أحمد رياحي، مقارنة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية بالعقد الباطل بطلانا نسبيا في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران، الجزائر، 1999، ص. 48.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

أما فيما يخص الخلف الخاص، فقد اتفق الفقهاء حول حقه في إبطال العقد إذا كان سلفه قد تعاقد نتيجة تدليس، ولكنهم اختلفوا حول أساس هذا الحق، فهناك من يرى أن للخلف الخاص أن يستعمل الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها في المادة 189 من القانون المدني الجزائري، فترفع الدعوى باسم السلف، وهناك من يرى أنه يحق للخلف الخاص رفع دعوى مباشرة، على أساس أن المتعاقد الذي عيبت إرادته نقل حقه في طلب الإبطال إلى خلفه الخاص .

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

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

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

## 2- سقوط الحق في التمسك بالبطلان النسبي للعقد

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

### أ - إجازة العقد المشوب بالتدليس

نصت المادة 100 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.163.

<sup>2</sup> محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص.451.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

" يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير ".

### أ-1: تعريف الإجازة

الإجازة هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة، يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد، إذن هي عبارة عن تصرف قانوني من جانب واحد و ليست عقداً، لذلك لا يشترط فيها قبول الطرف الثاني<sup>1</sup>.

وهي بهذا المعنى لا ترد على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، فهو عقد غير موجود، والإجازة لا ترد إلا لتصحيح عقد قائم، والعقد المشوب بالتدليس هو عقد قائم إلى غاية الحكم بإبطاله، لذلك يكون من حق من تقرر البطلان لمصلحته أن يتنازل عن هذا الحق و يقرر إجازة العقد<sup>2</sup>.

والإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية، تكون صريحة إذا تمت بعبارة تفيد ذلك أو اتخذت مواقف لا تدع مجالاً للشك في أن المقصود منها هو التنازل عن الحق في الإبطال، و تكون ضمنية إذا كانت مستفادة من ظروف الحال، وبصفة خاصة من أي عمل يقوم به من تقرر البطلان لمصلحته، يدل على انصراف نيته إلى التنازل عن التمسك بالبطلان، كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال أو أن يتصرف في محل العقد مع علمه بالعيب، وفي جميع الحالات يترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع<sup>3</sup>.

### أ-2: شروط الإجازة

بما أن الإجازة تصرفاً قانونياً فإنه يجب أن تتوافر فيها كل الشروط اللازمة لصحة التصرفات القانونية، ولهذا يجب بداية أن تصدر إجازة العقد الذي أبرم تحت تأثير طرق احتيالية، مارسها أحد

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.249. علي فيلالي، المرجع السابق، ص.401.

<sup>2</sup> عبد الإله فتحي، المرجع السابق، ص.248.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.198.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

المتعاقدين للتأثير على الطرف الثاني للعقد وحمله على التعاقد ممن يملكها، إضافة إلى ضرورة توافر بعض الشروط هي كما يلي :

### أ-2-1: قابلية العقد للإبطال

يجب أن تنصب الإجازة على عقد قابل للإبطال، لأنها لا تلحق إلا العقد الباطل بطلانا نسبيا، بالتالي تستبعد عن مجالها العقود الباطلة بطلانا مطلقا<sup>1</sup>.

### أ-2-2: علم المتعاقد بقابلية العقد للإبطال

يجب أن يكون المتعاقد المجيز عالما بقابلية العقد للإبطال بسبب التدليس، بحيث يتنازل عن حقه وهو على بينة من أمره، وأن يقصد تأييد العقد وتثبيتته<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك إذا تم تنفيذ العقد القابل للإبطال، دون علم من تقرر لمصلحته الإبطال بالعيب الذي شابهه، فلا يعني ذلك أن تنفيذ العقد كان إجازة ضمنية له مهما طالت المدة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الشرط الوارد في العقد الذي يتنازل بمقتضاه المتعاقد مسبقا عن حقه في إبطال العقد، يعتبر باطلا، ولا يعتد بمثل هذه الإجازة المسبقة، وإلا شاع اشتراط التنازل عن هذا الحق عند إبرام العقود، فضلا عن أنه لا يجوز التنازل عن الحقوق قبل ثبوتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.452.

<sup>2</sup> عبد الإله فتحي، المرجع السابق، ص.249.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص. 272.



أ-2-3: زوال العيب المبطل للعقد

لا يمكن إجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للإبطال، فإذا كان العقد قابلاً للإبطال بسبب التدليس فإن إجازته تتطلب زوال التدليس، وإلا استمر نفس العيب في الإجازة نفسها<sup>1</sup>.

أ-3: أثر إجازة العقد المشوب بالتدليس

إذا توافرت الشروط السابقة الذكر تمت الإجازة، التي يترتب عليها زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد للتدليس، والتي تجعل العقد يستقر صحيحاً غير مهتداً بالزوال مرتباً لكل آثاره، ليس من وقت صدورهما وإنما من وقت تمام العقد، حيث تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري على أنه: ".....و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد....".

و يرى جانب من الفقه أن للإجازة أثراً رجعياً<sup>2</sup>، غير أن البعض الآخر يرى أنه ليس لها هذا الأثر، لأن العقد القابل للإبطال بسبب التدليس ينعقد صحيحاً و يظل كذلك ما لم يتقرر بطلانه، بالتالي يترتب عليها استمرار العقد في إنتاج أثره كعقد صحيح.

غير أن إجازة العقد القابل للإبطال لسبب معين، لا تمنع نفس المتعاقد من المطالبة بالإبطال استناداً إلى سبب آخر لم يكن يعلمه عند الإجازة، فإذا كان قد أجاز العقد القابل للإبطال للتدليس، ثم اكتشف وجود سبب آخر للإبطال هو للاستغلال مثلاً، كان له المطالبة بالإبطال للاستغلال، فأثر الإجازة يقتصر على تصحيح العقد بالنسبة إلى للسبب الأول الذي قصد المتعاقد التنازل عن التمسك به دون السبب الثاني<sup>3</sup>.

هذا و يراعى أنه يجب أن لا تضر الإجازة بالغير، أي أنها لا تسري في حق الغير حسن النية، والمقصود بالغير هنا كل من اكتسب حقاً على العين محل العقد في الفترة ما بين إبرام العقد وحصول الإجازة، و يكون من شأن الإجازة المساس بهذا الحق<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.199.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.1، ص.689.

<sup>3</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.404.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص.455.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

و يقع عبء إثبات الإجازة على من يدعيها، لهذا غالبا ما يتحمل المتعاقد المدلس هذا العبء، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن<sup>1</sup>.

### ب- تقادم العقد المشوب بالتدليس

تنص المادة 101 من القانون رقم 1005 على أنه: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمسة سنوات.

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

### ب-1: مفهوم التقادم

التقادم هو سقوط الحق بمضي مدة معينة ، وبالتالي لا يمكن المطالبة به<sup>2</sup>.

ويستند التقادم إلى عدة اعتبارات كالمصلحة العامة مثلا ، فالتقادم هو جزاء تهاون الشخص الذي امتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه ، كما أن استقرار المعاملات يقتضي إبقاء الأوضاع القانونية المكتسبة منذ مدة، و التي لم يبادر أصحاب الحق إلى إنهاءها، كما قد يراد من التقادم وضع حد لأوضاع قانونية غامضة و غير مستقرة .

هذا ويميز في التقادم بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، لأنهما يختلفان من حيث إمكانية سقوطهما بالتقادم.

فبالنسبة للبطلان المطلق وطبقا لنص المادة 102/ف2 مدني جزائري تسقط دعوى البطلان إذا مضى على إبرام العقد خمس عشرة سنة، غير أن الدفع ببطلان العقد لا يسقط .

<sup>1</sup> عبد الإله فتحي، المرجع السابق، ص.251.

<sup>2</sup> علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.267.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

والتقادم هنا لا يصح العقد الباطل بطلانا مطلقا بالرغم من عدم سماع الدعوى ، فيظل باطلا و معدوما ، ولكن الحق في رفع دعوى البطلان هو الذي يسقط بالتقادم .

أما إذا كان العقد لم ينفذ و طالب أحد المتعاقدين بالتنفيذ ، وكان قد مضى على إبرام العقد خمس عشرة سنة أو أكثر، فللمدعى عليه التمسك بالبطلان لدفع هذه الدعوى، لأن الدفع لا تسقط بمرور الزمن تطبيقا لمبدأ أبدية الدفع<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للعقد الباطل بطلانا نسبيا فقد حدد المشرع الجزائري مدة التقادم في المادة 101 من الأمر رقم 05-10 بخمس سنوات من يوم:

. اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو المدلس عليه .

. انقطاع الإكراه بالنسبة للمتعاقد المكره .

. زوال نقص الأهلية بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية.

وقيد المشرع الجزائري هذا الأجل بشرط عدم تجاوز مدة عشر سنوات من يوم إبرام العقد، أي أن الحق في إبطال العقد للتدليس يسقط بالتقادم بأقصر الأجلين، عشر سنوات من يوم إبرام العقد أو خمس سنوات من يوم اكتشاف التدليس.

### ب-2: أثر تقادم العقد المشوب بالتدليس

بعد انقضاء مدة عشر سنوات من يوم تمام العقد، لا يمكن الطعن فيه بالإبطال ويبقى صحيحا ملزما للمتعاقد المدلس عليه ، وليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى الإبطال ولا الدفع بالتدليس لأن الحق في طلب إبطال العقد للتدليس ليس أبديا، إنما هو حق موقوت بمدة معينة يسقط بعدها هذا الحق في الإبطال بالتقادم، ويستقر العقد بعد أن كان مهددا بالزوال، ومادام العقد قد أصبح صحيحا بمضي المدة المنصوص عليها في القانون، فإنه لا يجوز بعد ذلك المطالبة بإبطاله، لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع بالتقادم .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.255.

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

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

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

#### الفرع الثاني: حق المدلس عليه في طلب التعويض

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

#### أولاً: الاقتصار على طلب التعويض

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

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

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد ابراهيم البيه، المرجع السابق، ص.460.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص.107.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

والأصل أن يقدر التعويض نقداً، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأمر بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع الذي يتمثل في التدليس على سبيل التعويض<sup>1</sup>.

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

### ثانيا : الجمع بين طلب الإبطال و طلب التعويض

يمكن للمدلس عليه أن يجمع بين طلب بطلان العقد وطلب التعويض عن الضرر اللاحق به، إذا كان الضرر الناتج لا يكفي لجبره البطلان، و ترفع دعوى التعويض في هذه الحالة ضد المتعاقد الذي صدر منه التدليس إلى جانب دعوى بطلان العقد<sup>2</sup> .

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

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

<sup>1</sup> صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الموسوعة النموذجية في شرح قضايا التعويضات والمسؤولية المدنية، ج.2، دار مصر للموسوعات القانونية، مصر، (د.ت.ن)، ص.257،251.

<sup>2</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.175-176.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ،  
ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد "

والغالب أن هذا الإغفال مقصود من جانب المشرع، لأنه ليس من العدل إلزام المدلس عليه بالاستمرار في علاقة عقدية مع شخص تحايل عليه وخدعه ، ولأن الثقة هي أساس المعاملات والمدلس بفعلته هذه يكون قد فقد ثقة المدلس عليه، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال استرجاعها .

### الفرع الثالث : أثر الحيل التدليسية في بعض الحالات الخاصة

كانت هذه آثار التدليس عامة أي في حالة قيام أحد طرفي العقد باستعمال طرق احتيالية من أجل دفع الطرف الثاني للعقد إلى التعاقد، وهذه هي أكثر الحالات شيوعا في الواقع ، إلا أنه هناك بعض الحالات الخاصة والأقل وقوعا، والتي تختلف آثار التدليس فيها عنها في الحالات العامة ، سوف نتطرق لها فيما يلي :

### أولا: التدليس الصادر من الوكيل القانوني للمتعاقد أو من الغير

يحتمل شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر ثلاث حالات ، أولا أن يكون المتعاقد هو شخصا مرتكب التدليس، وثانيا أن يكون مرتكب التدليس هو من ينوب عن المتعاقد والذي غالبا ما يكون وكيله القانوني، ثالثا أن يكون المتعاقد عالما أو بإمكانه العلم بهذا التدليس ، فأما بالنسبة للاحتمال الأول فهو يجسد الأصل في التدليس الذي عادة ما يصدر من أحد المتعاقدين شخصا، والذي سبق بيان أثره بالتفصيل، أما بالنسبة للاحتمالين المتبقيين فيكون أثر التدليس كما يلي :

#### 1- التدليس الصادر من الوكيل القانوني للمتعاقد

تأخذ هذه الحالة نفس حكم التدليس الصادر من أحد المتعاقدين، باعتبار الوكيل القانوني ممثلا للمتعاقد ينوب عنه في التعبير عن إرادته، ولأنه يفترض بداية موافقة الموكل على كل تصرفات وكيله في الإطار المحدد لها طبعا، فيعتبر التدليس كأنما صدر من المتعاقد أي الأصيل نفسه.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

فإذا ما ارتكب الوكيل القانوني تدليسا جر به الغير إلى التعاقد معه، فإن العقد يكون في هذه الحالة قابلا للإبطال بسبب التدليس، كما يجوز للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب التعويض عن الضرر اللاحق به إضافة إلى طلب البطلان من الجانب المدلس أي الوكيل القانوني، فيرفع دعوى البطلان ضد الوكيل لأنه مسؤولا عن بطلان العقد باعتباره المتعاقد الأصلي، ودعوى التعويض ضد الوكيل القانوني له<sup>1</sup>.

### 2- التدليس الصادر من شخص آخر غير المتعاقدين

اشتراط المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1116 مدني أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين حتى يجعل العقد قابلا للإبطال، فإذا صدر من الغير لا يؤثر في صحة العقد.

وقد انقسم الفقه حول هذا الموقف إلى مؤيد ومعارض، فبرره البعض بأنه لا يجوز أن يكون التدليس الصادر من الغير سببا في إبطال العقد، لأن المتعاقد الذي صدر التدليس لصالحه لم يصدر عنه ما يأخذ عليه، وأنه ما على المتعاقد المدلس عليه سوى الرجوع على الغير بطلب تعويض الضرر الناجم عن عمله غير المشروع، طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

في حين اعترض البعض الآخر على موقف المشرع الفرنسي، لأن التدليس يعيب الإرادة سواء صدر عن أحد المتعاقدين أو عن الغير، ولأن المشرع قد سوى بين الاكراه الصادر من المتعاقد والذي يصدر عن الغير، فلماذا التعميم في الاكراه والتخصيص في التدليس<sup>2</sup>.

وقد أدى هذا الرأي بالمحاكم الفرنسية إلى التضييق في تفسير نص المادة 1116 ، فقصرت حكمه على العقود دون التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد كالوصية والاقرار ، بحجة أن النص ورد في شأن العقود فقط ، وأخرجت الهبات من نطاق تطبيقه ، فجعلت التدليس يبطل الهبة حت ولو صدر من الغير، بحجة أن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من كل عيب.

وقد تأثر المشرعان الجزائري والمصري بالانتقادات التي وجهت للمشرع الفرنسي، ونصا في المواد 187 مدني جزائري و126 مدني مصري على التدليس الصادر من غير المتعاقدين

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.412.

<sup>2</sup> محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.80.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

لا يعيب الإرادة ولا يجعل العقد قابلا للإبطال، إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وإذا لم يستطع ضحية التدليس إقامة الدليل على علم المتعاقد بالتدليس أو على الأقل إمكانية علمه بذلك سقط حقه في طلب الإبطال.

وهذا العلم أو افتراض العلم يجب أن يتوفر وقت إبرام العقد، و مثال ذلك أن يشتري سائح شيء عادي بمبلغ باهض بناء على تدليس من المترجم الذي يرافقه، في هذه الحالة لا يبطل العقد للتدليس إلا إذا كان البائع عالما بهذا التدليس أو من المفروض أن يعلم به .

### ثانيا : حالة اشتراك طرفي العقد في التدليس

لم يتضمن القانون المدني الجزائري حكم هذه الحالة النادرة الوقوع، كما لم تنص عليها أغلب القوانين المدنية، لأن حسن النية يفترض دائما عند التعاقد، و حتى في حالة العكس فإنه يرجح أن تتوافر سوء النية عند أحد المتعاقدين دون الآخر.

لكن القانون المدني الكويتي تفتن لهذه الحالة الخاصة ونص عليها في المادة 155 التي تقضي بما يلي :

" إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر و جره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد "

أي أن العقد الصادر عن متعاقدين مدلسين احتال كل منهما على الآخر وجره إلى التعاقد بفعله هذا، يبقى صحيحا ملزما للطرفين كجزاء لهما عن التدليس المرتكب ، وهذا الحكم هو الأرجح والأعدل لمثل هذه الحالة ، لأن طلب إبطال العقد للتدليس إنما قرر أصلا لحماية المتعاقد حسن النية الذي وقع ضحية وسائل احتيالية، و ليس للطرف المدلس استعمال هذا الحق في الإبطال ، بالتالي لا يمكن السماح للمتعاقد المدلس والمدلس عليه في نفس الوقت بطلب إبطال العقد .



ثالثا : حالة تعدد المتعاقدين ووقوع التدليس من أحدهم

قد يتم العقد بين أكثر من شخصين ويكون موضوعه غير قابل للانقسام، في هذه الحالة يمتنع على المتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد، إذا كان التدليس صادرا من أحد المتعاقدين فقط ولم يكن للباقيين أي دخل فيه، ويقتصر حقه على طلب التعويض ممن صدر عنه التدليس، أي المتعاقد المدلس أو المتعاقد الذي كان عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به <sup>1</sup>.

فإذا ما أبرم شخص عقد شركة بناء على تدليس وقع من أحد الشركاء وبغير علم الباقيين، فلا يجوز له أن يطلب إبطال العقد، ويحق له فقط طلب التعويض ممن صدر عنه التدليس. ولكن هناك من الفقهاء من يرى بأنه يمكن إبطال العقد للتدليس ولو بالنسبة للمتعاقد الذي لم يشترك فيه، لأن المدلس عليه باختياره الاشتراك في العقد مع غيره، يكون قد تعهد بتحمل النتائج المترتبة على تصرفات الأشخاص الذين اشترك معهم <sup>2</sup>.

نصل من خلال كل ما تم التطرق إليه في هذا الباب إلى أن الحيلة كوسيلة للخداع وللتعاقد في القانون المدني يمكن أن تتخذ صورتين، فتكون عبارة عن حيل صورية تنجلى في اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصوري، والتصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي .

وقد تكون الصورية مطلقة أو نسبية ، تتناول المطلقة وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما النسبية فتتناول أحد جوانب العقد ،و تكون عن طريق التستر و هي التي ترد على نوع العقد أي تكييفه القانوني دون وجوده، وعن طريق التسخير وهي التي ترد على شخص أحد المتعاقدين، وعن طريق المضادة و هي التي ترد على شرط من شروط العقد أو ركن من أركانه .

ويشترط لتحقيق الصورية اتحاد المتعاقدين والموضوع في العقد، واتحاد وقت صدورهما، واختلاف العقدان من حيث الماهية والأركان والشروط، وأن يكون أحدهما ظاهرا علنيا والآخر مستترا.

والقاعدة العامة في الصورية هي أنه متى ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بينهما و بالنسبة إلى خلفهم العام هو العقد الحقيقي ، لأنه العقد الذي اتجهت إليه الإرادة

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.172.

<sup>2</sup> محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص.79.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

الحقيقية للأطراف، وهذا إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ويخضع المتعاقدان وخلفهما العام في إثبات الصورية إلى القواعد العامة في الإثبات، أما الغير و هم دائنو المتعاقدين و خلفهم الخاص فيجوز لهم التمسك بالعقد الصوري، وأن يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد .

وليست الصورية في ذاتها سبباً لبطلان العقد لأنها قد تخفي عملاً قانونياً مشروعاً، وإنما يرجع بطلان العقد إلى الأسباب غير المشروعة التي سترها المتعاقدان بالصورية، فالصورية من أعمال التدليس التي من شأنها إخفاء عيوب العقد، و لكنها ليست السبب المباشر لبطلانه.

أو عبارة عن حيلة تدليسية توقع أحد طرفي العقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و يجب لقيام التدليس هنا توافر عنصرين مادي يتمثل في الوسائل الاحتمالية التي يستعملها المدلس، من أجل إيهام الطرف الثاني بغير الحقيقة و دفعه إلى إبرام العقد ، على اختلاف هذه الوسائل، فقد تكون عبارة عن حيل قولية تتجسد في الكذب، أو فعلية تتمثل في كل الأفعال التي يلجأ إليها المتعاقد المدلس و يقصد بها خداع الطرف الثاني، كما يمكن أن يقوم التدليس على حيل سلبية محضة، فيكفي الكتمان المجرد كأسلوب احتيالي ، وعنصر معنوي يتمثل في نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

هذا ويشترط للاعتداد بالتدليس كعيب في الرضاء، بالإضافة إلى ضرورة توافر عنصريه المادي والمعنوي توفر شروطه، حيث يجب بداية استعمال طرقاً احتيالية من جانب المدلس، أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ، كما يجب أن يصدر التدليس من أحد المتعاقدين أو أن يكون عالماً به أو من المفروض حتماً أن يعلم به .

وطبقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن البيئة على من ادعى، فإنه يقع عبء اثبات التدليس على من يدعيه، لذلك غالباً ما يتحمل المتعاقد المدلس عليه هذا العبء. وإذا ما قام عنصري التدليس وتوافرت شروطه انتج أثره على إرادته الطرف المدلس عليه وأعابها، وجاز لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد و له كذلك طلب التعويض إلى جانب البطلان، إذا لم يكن البطلان وحده كافياً لجبر الضرر الذي لحقه .

## خاتمة

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

هذا وتختلف الآثار في الحيل القانونية عنها في الحيل الصورية والحيل التدليسية، بل وتختلف كذلك في الحيل الصورية عنها في الحيل التدليسية، كما يختلف الغرض منها، ففي حين نجد أن الهدف الأساسي للحيل القانونية هو التغلب على شدة القانون وقساوته والعمل على تطويره ومد سلطانه على كافة التصرفات، نجد أن الحيل التدليسية تهدف إلى خداع الطرف الثاني للعقد وإيهامه بغير الحقيقة، والحيل الصورية إلى الخداع أيضاً، ولكن خداع الغير وليس الطرف الثاني للعقد كما هو الحال في التدليس.

كما تم التوصل إلى الملاحظات والنتائج التالية :

### أولاً: فيما يخص الحيل القانونية

. ليست كل الحيل القانونية وسائل للتعاقد.

. بالرغم من المكانة العالية التي احتلتها الحيل القانونية في الشرائع القديمة، وخاصة في ظل القانون الروماني، ومن الدور الأساسي الذي لعبته في تطوير القانون، إلا أنها أصبحت اليوم من الوسائل المنبوذة وغير المستحبة، وقل اللجوء إليها بسبب إنكارها للواقع.

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

. لا ينكر الفقه الحيل القانونية كفكرة قائمة بذاتها، ولكنهم يختلفون حول مدى الحاجة إليها وإمكانية الاستغناء عنها في ظل الأنظمة التشريعية الحديثة، فهناك من يرى أنها عبارة عن مخالفة للواقع وتشويه للحقيقة ولذلك يجب نبذها والابتعاد عنها، وأنه على المشرع أن يعمل جاهداً من أجل بناء الأحكام القانونية المسايمة للواقع و لطبيعة الأشياء، عوض اللجوء إلى الحيل القانونية، وأن هذه الأخيرة قد ظهرت وتبلورت في ظل ظروف خاصة لم يعد لها أي أثر حالياً، وأن الشرائع الحديثة قد قطعت صلتها بها، لأنه لا حاجة لها إلى مثل هذا الأسلوب الفطري.

وهناك من يرى فيضم مؤيدي الحيل القانونية الذين ينادون بضرورة الإبقاء عليها كوسيلة ضرورية لازمة لتطوير القانون، ويرون أن أسباب الحاجة إليها لم ولن تزول أبداً، بالنظر إلى الحاجات العلمية المستمرة والمتجددة، والتي تزيد الحاجة إلى الحيل القانونية بقدر تجدها.

وأنها تلعب دوراً مهماً في التشريعات الحديثة، و إن لم يكن على نفس الدرجة التي كانت عليها في القوانين القديمة، وأنها تؤدي برجال القانون إلى الاقتصاد في الجهد والأفكار، وتقدم الحلول الملائمة للمشكلات القانونية.

أما الاتجاه الثالث فيتوسط الاتجاهين السابقين، ويرى أنه من جهة لا يمكن إنكار دور الحيل القانونية في تطوير القانون، ومن جهة أخرى لا يمكن تجاهل مخالفتها للحقيقة وما يمكن أن ينتج عن ذلك من آثار وخيمة، ولذلك يجب التسليم بها كوسيلة مؤقتة دعت إليها الضرورات العلمية، مصيرها الزوال . وسندهم في ذلك أن دور الحيل القانية في التشريعات الحديثة قد تضائل كثيراً، مقارنة مع دورها في القوانين القديمة، فكلما تقدّر الفكر القانوني، كلما تضائل حظ الحيل لقانونية، وسيأتي اليوم الذي تختفي فيه نهائياً، ولكن بصورة تدريجية، فلا يزال الفقه والقضاء وحتى المشرع نفسه يلجأ إليها في حالات معينة.

ويلاحظ أن دورها في القانون الحديث يكاد يقتصر على تبرير بعض النظم القانونية وتصويرها في صورة افتراضات نظرية حتى يسهل فهم القانون، وحتى يمكن حصر الحالات التي تطبق فيها قاعدة من القواعد، ونكاد لا نعثر على أثر لها كوسيلة للإنشاء أو تعديل النظم القانونية .

وحسب رأينا فإنه لا يمكن الاستغناء عن الحيل القانونية كوسيلة للصياغة القانونية ولتطوير القانون بصفة مطلقة، لأننا لازلنا بحاجة إليها في حالة العجز القانوني عن اللجوء إلى طريقة أخرى

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

من طرق الصياغة، وإن كانت بعض تطبيقاتها قد اختلفت، إلا أن هذا لا يمنع القول بإمكانية وجود تطبيقات جديدة لها كلما دعت الحاجة والضرورات العلمية إلى ذلك، كل ما في الأمر أنه يجب الوقوف بها عند الغرض منها، وما يخرج عن هذا الغرض يجب الرجوع بخصوصه إلى الحقيقة.

بالتالي ينبغي أن تظل الحيل القانونية من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ إليها إلا في حالة العجز القانوني، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة، فكما يقول جني: "إن البحث عن الأفكار الحقيقية يجب أن يظل الهدف الأسمى لرجل القانون".

### ثانيا : فيما يخص الحيل الصورية

. الصورية عبارة عن جسر يتخذه المحتال طريقا للعبور من نطاق اللاشريعة إلى نطاق الشرعية، فهي إحدى الصور البارزة للحيل التي يلجأ إليها الأفراد عند التعاقد، وقد تناولتها القوانين المدنية بالتنظيم وخصتها بنصوص قانونية التي تحكمها، وبالرغم من ذلك فإنه يمكن القول بأن قصور التشريع بالنسبة لموضوع الصورية عام، فهي لم تحظي بالتنظيم الشامل لأحكامها في أغلب الأنظمة القانونية، بما أن أغلب التشريعات الحالية لم تفرد لها سوى بعض المواد من نصوصها، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه لم يخصها إلا بمادتين قانونيتين هي المواد 198 و199، وترك بذلك المجال مفتوحا أمام الأفراد للجوء إليها .

. أطراف الصورية لا يخشون جزاء رادعا لسوكتهم، من شأنه الحد من اندفاعهم وراءها، بالرغم من درجة خطورتها، التي بلغت إلى الحد الذي أدى ببعض فقهاء القانون، إلى القول بضرورة تجريم الصورية التدليسية، لأنها تتفق مع التزوير والنصب وخيانة الأمانة في تغييرها للحقيقة، وفي حصول الضرر أو احتمال حصوله، إذن يمكن القول بأن الصورية والتزوير من فصيلة واحدة ، فمادام الشبه كبير بينهم ، لماذا لا يكون الحكم فيهما واحد .

. فصلت أغلب التشريعات عند تحديدها لآثار الصورية بين المتعاقدين والغير، فحرصت على احترام مبدأ سلطان الإرادة في آثارها بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام، وعلى استقرار المعاملات في آثارها بالنسبة للغير. ولهذا فإنها كانت مجافية للصواب وفتحت بذلك الباب على مصرعيه أمام الأفراد للجوء إليها ضد محظورات القانون ونواهيها، وكان ذلك واضحا في إقرارها لها واعتدادها مرة

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

بالعقد الظاهر ومرة بالعقد الحقيقي، أي أنها بذلك تشجع على اللجوء إليها وعلى توسيع نطاق التصرفات الصورية .

في حين كان الأجدر به حسم موقفه قبلها والاعتداد بالعقد الظاهر في جميع الأحوال، سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة إلى الغير، وعدم الاعتداد بالعقد المستتر، فالإلزام أطراف التصرف الصوري بالعقد الظاهر الذي لم يريد به سوى خداع الغير، كان سيعتبر بمثابة العقاب الأشد الذي يمكن أن يسلط عليهما ، وكان سيجعل المتصرف صوريا يفكر ويتردد ألف مرة قبل إقباله على إبرام مثل هذا التصرف، كما أن هذا سيدعم مبدأ استقرار المعاملات، و يقوي ثقة الأفراد في المعاملات وفي الحماية التي توفرها لهم منظومتهم القانونية، وسيعزز مبدأ حسن النية الذي يفترض أن يكون أساس المعاملات.

. بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري نجد أنه ينص على جريمة الإفلاس بالتدليس، وكما يكون الإفلاس بالتدليس تكون الصورية بالتدليس أيضا، وبما أن التقارب كبير بين الحالتين، فالمفلس بالتدليس هو الذي يخفي أمواله إضرارا بدائنيه، والمتعاقد الذي يبرم عقدا صوريا بالتدليس يخفي أمواله هو الآخر إضرارا بدائنيه، فلماذا يعاقب المفلس بالتدليس ولا يعاقب المتعاقد الذي يبرم عقدا صوريا بالتدليس، ولذلك نحن نناشد المشرع للتدخل من أجل الحد من اللجوء إلى الصورية، والعمل على تجريمها وعقاب طرفيها، بالنظر إلى آثارها الوخيمة على الأخلاق وعلى استقرار المعاملات، وعلى الغير حسن النية، و ما تؤدي إليه من اضطرابات في العلاقات الفردية والاجتماعية .

. إذا كانت التشريعات الحالية لم تفرد للصورية سوى بعض المواد من نصوصها ، إلا أننا لا نغالي إذا قلنا أنها بحاجة إلى نظرية قانونية عامة لها، في ظل انتشارها الواسع والعدد الكبير من التصرفات القانونية المشوبة بها والدعاوى التي حولها والمتعلقة خاصة بصورية عقود البيع والهبات والشفعة وحتى عقود الزواج أصبحت مؤخرا مجالاً للصورية، فقد اقتضت أغلب التشريعات على الإشارة إلى أن العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين و خلفهم العام، ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير حسن النية، مما جعل الغموض يخيم عليها .

. إذا ما استطاع مدعي الصورية الحصول على حكم بصورية العنصر أو العقد الظاهر، بعد أن تحمل عناء رفع الدعوى ومتابعة إجراءاتها واثبات ادعاءاته، فإن المتصرف الصوري لن يخسر

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

شيئاً جراً هذا الحكم ، طالما أنه سيتم الاعتراف بالتصرف المستتر الذي أراده، فهو بذلك قد حقق هدفه وستر تصرفه ، وفي نفس الوقت تفادى نتائج تمسك الغير حسن النية بالعقد الظاهر .

. رداً على الاتجاه القائل بمشروعية الصورية وبالحق فيها وبأنها مجرد قناع يستتر الأعمال القانونية، والذي حاول تبريرها بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، فإن الحرية حدودها الأخلاق والقانون والنظام العام، و مبدأ سلطان الإرادة حدوده حقوق الغير واستقرار التعامل ونزاهته .

### ثالثاً: فيما يخص الحيل التدليسية

. تعتبر الحيل التدليسية جوهر التدليس الذي يفسد الرضاء، بل هي في الحقيقة النشاط التدليسي ذاته والركن المادي للتدليس وهي قريبة جداً من الغش في المعاملات المدنية، حيث يقصد بها عموماً الغش مع الاحتفاظ بالترفة التقليدية بين التدليس والغش، على نحو ما سبق بيانه .

. لا تقع الحيل التدليسية تحت حصر فكل مسلك يخالف الواقع بهدف إنشاء مظهر كاذب يولد في ذهن المتعاقد صورة تخالف الحقيقة، هي حيل تدليسية، وكل وسائل الاحتيال على اختلاف مسمياتها هي وسائل غير مشروعة، مادامت تؤثر تأثيراً حاسماً في إرادة من وجهت إليه، و يقع بها في غلط يدفعه إلى التعاقد و لولاها لما أبرم العقد ، فالأصل فيها عدم المشروعية، لأن المشروعية تعني عدم مخالفة النصوص القائمة .

. يعد الكذب المجرد عملاً غير مشروع، يقوم به التدليس المدني متى توافرت شروطه، فالعبرة هنا إنما بسلوك المدلس الذي ينافي الأخلاق الجارية و يخرج به عن حدود المألوف في التعامل، أما إذا لم يتعدى هذه الحدود فلا بأس .

. يعتبر الكتمان المجرد أو ما يطلق عليه "السكوت التدليسي"، حيلة تدليسية عندما يقع على عاتق أحد طرفين العقد التزاماً بالإفصاح ، فإذا لم يوجد التزام كهذا فإن الكتمان لا يعد تدليساً ، حيث لا يوجد واجب قانوني بالإفصاح عن كل ما يتعلق بمحل العقد ، ومن المفروض أن يعتمد كل متعاقد على مهاراته و خبراته أو أن يستعين بغيره وأن يتحرى بنفسه قبل الإقدام على التعاقد .

## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

بالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات نجده يعاقب على التدليس الجنائي الذي يراد به النصب والاحتيال، فلماذا لا يكون نفس الحكم بالنسبة للتدليس المدني الذي يراد به الكذب والخديعة ، فالتدليس المدني ظاهرة خطيرة جدا تؤثر تأثيرا حاسما في إرادة المتعاقد ، وحسب "بلانيول" فإنه عبارة عن جريمة مدنية.

"Le dol atteint le consentement dans son élément d'intelligence, car il agit sur lui au moyen de l'erreur qu'il engendre. Appréhende ainsi dans son résultat, un vice du consentement, justifie l'annulation du contrat par le juge. Mais intrinsèquement, le dol est extérieur au vice du consentement. Il est une atteinte délibérée à la perfection de la volonté et ,en cela, il constitue ce que l'on a coutume d'appeler un délit civil"<sup>1</sup>.

. حرصت التشريعات المدنية على حماية إرادة الطرف المدلس عليه عند تحديدها لآثار التدليس، فشرعت لهذا الأخير الحق في طلب إبطال العقد للعيب الذي شاب إرادته ونصت على مدة طويلة نوعا ما لتقادم هذا الحق، وهذا ما يمكن أن يكون عاملا رادعا للطرف المدلس يجعله يفكر مليا قبل الإقدام على الحيل التدليسية، حرصا منه على بقاء عقده و استقراره .

. للحيلة في القانون المدني وظيفتان، إما أن تكون وسيلة خداع وهو المعنى الغالب والمتعارف للفظ وتتجسد في الحيل الصورية والحيل التدليسية، وإما أن تكون وسيلة للتغلب على الصعوبات القانونية ولتطوير القانون وتتجسد في الحيل القانونية، وفي الحالتين تستعمل كوسيلة للتعاقد، كوسيلة دافعة للتعاقد في الحيل التدليسية، ووسيلة لإخفاء حقيقة التصرف في الحيل الصورية، ووسيلة لتسهيل التعاقد في الحيل القانونية.

بالتالي فإن كل أنواع الحيل، سواء تلك التي يباشرها الأفراد لتحقيق مصالحهم دون الخروج عن الشرعية القانونية، أو تلك المراد بها إلحاق الضرر بالغير وخرق نصوص القانون ومخالفتها، هي

<sup>1</sup> M. Jérôme Betoulle, Op.Cit., p.01.



## الباب الثاني/الفصل الثاني: الحيل التدليسية

حيل يعمل القانون على إبطالها تكريسا لمبدأ حسن النية في المعاملات، ولأن اللجوء إلى التحايل من أجل التعاقد ينافي الأخلاق والعدالة ومبادئ القانون.

## الاقتراحات

- ضرورة تكافل جهود الجميع رجال القانون والمشرعين والفقهاء والقضاة لمحاربة ظاهرة اللجوء إلى الحيل من أجل التعاقد والقضاء عليها من خلال :
- . اعتبار الحيل القانونية وسيلة استثنائية للصياغة القانونية، لا يلجأ إليها إلا في حالة الضرورة الملحة.
  - . النص على عقوبة جزائية رادعة للصورية، ولا سيما معاقبة المدين الذي يتصرف في أمواله تصرفاً صوريا لإخراجها من الضمان العام لدائنيه .
  - . اعتبار الزوج والزوجة والأصول وإن علوا والفروع وإن دنوا أشخاص مستعارين لأطراف التصرف، تقوم بهم الصورية النسبية بطريق التسخير.
  - . اعتماد مبدأ إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بكافة طرق الإثبات.
  - . النص على أن الحكم الصادر في دعوى الصورية يجعل التصرف غير نافذ من أساسه، في حق أطرافه وفي حق الغير.
  - . النص على تقادم دعوى الصورية وتحديد مدة لذلك، من أجل العمل على استقرار الأوضاع القانونية.
  - . اعتبار التدليس المدني جريمة يعاقب عليها القانون مثله في ذلك مثل التدليس الجنائي .
  - . اعتبار الكتمان المجرد عند التعاقد طريق احتيالي يقوم معه التدليس في جميع الحالات، لأن المتعاقد ما كان ليكتفم أي بيان، إلا لغاية ما يخفيها في نفسه .

## الملاحق

1. قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية ، المؤرخ في 23 جوان 1993 ، ملف رقم 101365 ، غير منشور .
2. قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية ، المؤرخ في 17 جانفي 2001 ، ملف رقم 233625 ، منشور.
3. قرار محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الثالثة ، المؤرخ في 15 سبتمبر 2010 ، طعن رقم 1061 .
4. قرار محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأولى ، المؤرخ في 19 سبتمبر 2007 ، طعن رقم 06 . 14550 .
5. قرار محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الثالثة ، المؤرخ في 07 أبريل 2016 ، طعن رقم 15 . 13064 .
6. نموذج عن عريضة لدعوى الصورية .
7. نموذج عن عقد الضد .

ملحق 01

قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية ، المؤرخ في 23 جوان 1993، ملف رقم  
101365، غير منشور

المبدأ: الحق في البطلان للتدليس ، يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها  
المدلس عليه .

نص القرار

الحرفي لا يمكنه الادعاء بالتدليس إذا تمكن من معاينة الشيء المباع قبل الشراء و رفض.

حيث يشير الطاعن إلى أن العنب المباع كان مصابا بأمراض الكرم ، و أن البائع كتم هذا  
المرض قصد بيع العنب وبذلك فإنه غش المشتري، وكان على قضاة المجلس أن يبطلوا العقد المتنازع  
عليه طبقا لنص المادة 86 من القانون المدني .

لكن حيث أنه من خلال دراسة القرار المطعون فيه، تبين أن إبرام عقد البيع تم بعد المزاد  
العلني و بعد معاينة الأشياء المبيعة .

وحيث أنه كحرفي لا يمكنه الادعاء بالغش والتدليس مادام أن البيع تم عن طريق المزاد  
العلني ، وأنه بإمكان المشتري أن يعاين الشيء المباع قبل المشاركة في المزاد العلني .

حيث أن الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه .

## ملحق 02

قرار المحكمة العليا الجزائرية ، الغرفة المدنية ، المؤرخ في 17 جانفي 2001 ، ملف رقم  
233625، منشور

لصالح :د.م.و ومن معه

ضد :ش.ح.ذ.

الموضوع : تدليس . تحايل . إثباته . إلغاء البيع تطبيق صحيح للمادة 86 من القانون المدني .

المبدأ : يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من  
الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد .

موضوع القرار : إن قضاة الموضوع بإلغائهم سند البيع المبرم بتاريخ 1997/11/13 مع  
إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، و منح تعويض للمطعون ضدها لكون الطاعنان  
قد ارتكبا تدليسا باستعمال الحيلة لإبرام العقد قد أحسنوا تطبيق القانون .

نص القرار

في الشكل : قبول الطعن شكلا

في الموضوع : تأييد الحكم المعاد ، وهو الحكم المؤرخ في 27 جوان 1995 ، والتي قضت بموجبه  
محكمة سيدي محمد القسم المدني حضوريا في حق ش . ح . ذ و المدعى عليهما ، و في حق الطرف  
المدخل في الخصام أ . ع بقبول دعوى المدعية في الشكل ، و في الموضوع بإبطال عقد البيع المبرم  
في 1997/11/23 ، وإلغائه مع كافة آثاره القانونية بسبب عيب التدليس، واستنادا لما قرره المادة  
86 من القانون المدني .

و بناء على ذلك بإلزام المدعى عليهما وبالتضامن أن :

1. يرجع للمدعية قيمة البيع المحددة في عقد البيع الباطل المحدد أعلاه والمساوية لمبلغ مليون  
وخمسمائة ألف 1.500.000دينار جزائري.

## الملاحق

2. يسدد للمدعية مبلغ خمسون ألف 50.000 دينار جزائري للتعويض عن مجمل الأضرار التي أصابتها جراء تعسفهما في حقهما .

وبتحميل المدعى عليهما المصاريف القضائية .

حيث أن الطاعنين استندا في طلبهما النقض إلى وجهين اثنين هما على التوالي :

### الوجه الأول: مأخوذ من سوء تطبيق القانون

وهذا كون قضاة الموضوع اعتبروا أن الطاعنين لم يخبروا المطعون ضدها بوجود أنبوب غاز يمر على القطعة الأرضية محل البيع، مما يشكل تدليسا بمفهوم المادة 86 من القانون المدني في نظرهم.

وخلاف لذلك فإن مسير المطعون ضدها عاين و شاهد القطعة الأرضية قبل التوقيع على العقد دون إبداء أي تحفظ، وأن مفهوم التدليس يتوقف على أربعة شروط استقر عليها الاجتهاد القضائي هي :

أ . استعمال حيل من طرف أحد المتعاقدين لحمل الطرف الآخر على إبرام عقد معين.

ب . إن هذه الحيل يجب أن تحمل في ذاتها عنصر الغش الذي يؤدي إلى تغليب المتعاقدين .

ج . إن الطرف المتحايل ينبغي أن يكون قد تصرف بقصد تغليب الطرف الآخر .

د . إن التدليس لا يفترض بل يجب إثباته كواقعة قانونية من طرف الذي يتمسك به .

وأضاف الطاعنان أن هذه الشروط لا تتوافر في قضية الحال للأسباب التالية :

1. أنه يستخلص من بنود العقد المؤرخ في 13/11/1997 أن مسير المشتريّة المسمّر. ل . عاين القطعة الأرضية قبل التوقيع على العقد، و لم يبدي أي تحفظ بخصوص أنبوب الغاز .

2. أن وجود الأنبوب فوق الأرض و ليس تحتها و مشاهدته من طرف مسير المشتريّة، ينفي بصورة مطلقة استعمال أية حيلة أو غش من طرف البائعين .

## الملاحق

3. أن البائعين لم يكونا على علم قبل الإمضاء على وثيقة البيع بأن أنبوب الغاز يشكل ارتفاعا يمنع البناء بجواره إلا بشروط معينة.

4. أن المطعون ضدها لم تتمكن من إثبات عنصر القصد لتغليطها حول وجود ارتفاع على الأرض .

وأن قضاة الموضوع لم يناقشوا العناصر المكونة للتدليس وقد أساؤوا تطبيق نص المادة 86 من القانون المدني.

### الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في الأسباب

و في بيان ذلك يقول المسميان د . م و غ . ع أنهما قدما للمناقشة عدة مستندات تفيد أن المطعون ضدها كانت تعلم قبل إبرام العقد بوجود أنبوب الغاز فوق الأرض وليس تحتها ، وأنها لم تبدي أي تحفظات بهذا الشأن، غير أن المجلس لم يناقش وسائل دفاع العارضين، وقد اعتمد على مجرد تصريح صادر عن الشخص الذي كان وسيطا في عملية البيع، والذي ذكر أن السيد د . م أخبره بأن شركة سونلغاز سمحت بالبناء .

وأضاف الطاعن أنه كان بإمكان المطعون ضدها التقرب من هذه المؤسسة للتأكد من هذا الأمر قبل إبرام العقد و ليس بعده .

حيث أن المطعون ضدها الشركة ذات المسؤولية المحدودة الحبوب الذهبية أكدت في مذكرتها الجوابية دفاعها :

### في الشكل :

إن اسم ايمنداسن عبد الله الذي قام بتحرير وثيقة البيع لم يرد في عريضة الطعن بالنقض ، في حين أن هذا الشخص كان مدخلا في الخصومة في كلتا درجتي التقاضي .

و من تم فإن الطعن بالنقض جاء مخالفا لأحكام قانون الاجراءات المدنية ، وبالتالي فهو غير مقبول شكلا .

## الملاحق

واحتياطيا في الموضوع إن الوسيطتين المثاريتين من قبل خصميهما غير سديتين، مما يستوجب رفض الطعن من الناحية الموضوعية .

حيث أن ممثل النيابة العامة التمسالتصريح برفض الطعن موضوعا و عليه في الشكل .

### عن الدفع المثار من قبل المطعون ضدها:

حيث أن الاغفال عن ذكر اسم الاستاذ ايمنداسن عبد الله في عريضة الطعن بالنقض والذي كان طرفا مدخلا في الخصومة أمام محكمة سيدي محمد و مجلس الجزائر من طرف المطعون ضدها ، لا يمكن أن يؤثر على هذه العريضة، مادام النزاع المعروض أمام القضاء يدور بين الطاعنين الاثنين من جهة و المطعون ضدها من جهة أخرى، هذا فضلا عن كون الاستاذ ايمنداسن كان قد تخلف عن الحضور أمام الجهتين المذكورتين ولم ينب عنه أي شخص، و من ثم فإن الدفع الذي تمسكت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة الحبوب الذهبية، غير منتج و يجب استبعاده.

### عن قبول الطعن بالنقض أو عدم قبوله :

حيث أن الطعن بالنقض وقع في الآجال القانونية و استوفى الاشكال القانونية لذا فهو مقبول

شكلا.

### في الموضوع : عن الوجهين الاثنيين نظرا لتكاملهما و ترابطهما

حيث أنه بمراجعة أوراق الملف، لا سيما منها الحكم المستأنف فيه و القرار المطعون فيه ، تبين أن قضاة الموضوع سببوا قضاءهم تسببيا كافيا و لم يقصروا في ذلك ، كما أنهم التزموا صحيح القانون، إذ ثبت أمامهم أن المطعون ضدها باعتبارها مستثمرة قد استفادت من امتيازات في هذا الشأن لتقوم بتشييد وحدة صناعية لإنتاج الدقيق، وذلك تنفيذا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 12.93 المؤرخ في



## الملاحق

1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمارات، فإنها اشترت القطعة الأرضية المتنازع عليها من الطاعنين بموجب وثيقة رسمية حررها الأستاذ ايمن داسن عبد الله بتاريخ 1997/11/23.

و قد ظهر فيما بعد إبرام هذا التصرف أن الشركة الوطنية للكهرباء والغاز أخبرت بموجب إرسالية مشتركة الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، أنه لأسباب وقائية فإنه لا يجوز لها القيام بأي بناء على الأرض المذكورة إلا بمراعاة بعض الشروط الأمنية، وعلى مسافة 75 متر من أنبوب الغاز الموجود على هذه الأرض .

و قد ثبت أيضا أمام هؤلاء القضاة أن الوكالة العقارية، وكالة الأمير 09 ، كانت قد توسطت بين المتعاقدين في عملية البيع ، أكدت على لسان ممثلها أن الطاعن الأول د . م كان قد أخبر مسير المشتري قبل إبرام العقد أن الشركة الوطنية للكهرباء و الغاز سونلغاز سبق لها وأن سمحت للبائعين بالبناء على الأرض .

حيث أن قضاة الموضوع استنتجوا أن البائعين وهما الطاعنان ارتكبا تدليسا بمفهوم المادة 86 من القانون المدني في حق المشتري ، لأنهما استعملا حيلة تتمثل في التصريح لممثل الشركة أن هذه الأخيرة تستطيع القيام بتشبيد بناء على الأرض محل التعامل، و أن شركة سونلغاز سوف لن تتعرض لهذا المشروع ، إذ لو علمت المطعون ضدها بهذه الحيلة لما أبرمت العقد .

و من ثم فإم هؤلاء القضاة كانوا على حق عندما استجابوا لطلبات صاحبة الدعوى المطعون ضدها، بإلغاء سند البيع و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، هذا فضلا عن منح تعويض لصالح المشتري المتضررة من فعل خصمها .

و بالتالي فإن الوجهين المثارين غير وجيهين مما يستوجب رفض الطعن.

لهذه الأسباب تقرر المحكمة العليا :

تحميل الطاعنين المصاريف القضائية.

## الملاحق

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر  
جانفي سنة ألفين وواحد من قبل المحكمة العليا ، الغرفة المدنية المشكلة من السادة :

بطاهر تواتي                      الرئيس

طالب أحمد                      المستشار المقرر

بودماغ رابح                      المستشار

بلعيز الطيب                      المستشار

رامول محمد                      المستشار

و بحضور السيد: لعروسي محمد                      المحامي العام

و بمساعدة السيد: بارة كمال                      أمين الضبط

ملحق 03

**LA cour de cassation française, Troisième chambre civile , pourvoi n° 1061 du 15  
septembre 2010**

**Demandeur(s)** : M. P... X...

**Défendeur(s)** : Mme A-M... Y..., veuve Z...

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

**Sur le premier moyen :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 7 mai 2009) rendu sur renvoi après cassation (3e Civ., 9 janvier 2008, pourvoi n° B 07-12.081), que Mme X..., propriétaire d'un fonds sur lequel elle a entrepris la construction de deux villas, a consenti, le 4 juin 1992, un bail emphytéotique à Mme Z... portant sur l'une des deux villas "en cours d'édification" ; que M. X..., venant aux droits de sa mère, Mme X..., décédée en cours d'instance, a formé une action en déclaration de simulation aux fins d'obtenir l'annulation du bail emphytéotique ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de cette action, alors, selon le moyen :

1°/ que l'action en déclaration de simulation peut être exercée par une partie au contrat sans qu'elle ait à justifier d'une fraude ; qu'en retenant que Mme X... "ne peut se plaindre d'une fraude par simulation alors qu'elle est une partie au contrat et non un tiers", la cour d'appel a violé l'article 1321 du code civil ;

2°/ que dans ses conclusions d'appel, M. X... a exercé une action en déclaration de simulation sans invoquer l'existence d'une fraude ; qu'en affirmant qu'il se plaignait d'une fraude par simulation, la cour d'appel a dénaturé les conclusions d'appel de M. X... en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

## الملاحق

3°/ qu'en ne recherchant pas, ainsi qu'elle y était invitée par M. X..., si la simulation n'était pas établie par les propres déclarations de Mme Z... qui, alors qu'elle s'était vu consentir un bail emphytéotique, avait déclaré que Mme X... était seule "bénéficiaire" des travaux et qu'elle –même n'était "propriétaire" de rien, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1321 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que le fait que, pendant le cours du bail, compte tenu des relations entre Mme X... et Mme Z..., Mme X... ait fait preuve de faiblesse vis à vis de Mme Z... en n'exigeant pas l'application stricte des termes du bail emphytéotique ne signifiait pas que les parties étaient convenues à l'origine d'une simulation de bail emphytéotique pour cacher une autre opération, la cour d'appel, qui, en l'absence d'invocation d'un écrit, n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu en déduire, abstraction faite d'un motif surabondant et sans dénaturation, que l'absence de rigueur au cours de l'exécution du bail ne permettait pas de dire que les parties avaient passé une convention simulée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Président : M. Lacabarats

Rapporteur : Mme Monge, conseiller référendaire

Avocat général : M. Cuinat

Avocat(s) : SCP Waquet, Farge et Hazan ; Me Blanc

ملحق 04

**LA cour de cassation française, Première chambre civile , pourvoi n° 06-14550 du  
19 septembre 2007**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant:

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que par acte notarié en date du 6 mars 1984, et avec l'autorisation du juge des tutelles, les enfants X..., alors âgés de 7,6 et 2 ans, représentés par M. Georges-Alain X..., leur père, débiteur depuis 1979 d'un important passif fiscal, ont acquis un immeuble de vacances dans les Alpes-Maritimes ; que le trésorier principal du 8<sup>e</sup> arrondissement de Paris, après renonciation du fisc à la voie paulienne dans une instance administrative les ayant opposés, a agi en déclaration de simulation ; qu'il a ainsi obtenu que la vente lui soit dite inopposable, et le bien réintégré dans le patrimoine paternel ;

Attendu que M. Georges-Alain X... fait grief à l'arrêt attaqué (Paris,22 juin 2005) d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que, sauf à violer les articles 1108,1124 et 1321 du code civil, la simulation suppose rapportée la preuve d'une contre-lettre, laquelle ne peut résulter de simples présomptions, et exige que des parties incapables soient autorisées par le juge des tutelles ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que M. Georges-Alain X..., mu par une volonté délibérée et persistante de ne pas s'acquitter de ses impôts et d'échapper aux poursuites dont il faisait l'objet à ce titre, avait usé du prête-nom de ses enfants, démunis de toutes ressources personnelles, et avait payé la totalité du prix, puis avoir relevé que l'autorisation initiale du juge des tutelles n'empêchait pas d'établir les manœuvres de dissimulation de l'intéressé pour acquérir à la montagne un appartement de vacances dont il conservait la maîtrise et l'usage du fait du bas âge de ses enfants avec lesquels il était lié par une communauté d'intérêts, la cour d'appel a jugé la simulation établie ; que, par application du principe selon lequel la fraude fait échec à toutes les règles, moyen de pur droit relevé d'office après avertissement donné aux parties, l'arrêt se trouve ainsi légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS:

## الملاحق

REJETTE le pourvoi

Condamne M. Georges-Alain X... aux dépens ;

M. Bargue, président

M. Gridel, conseiller rapporteur

M. Sarcelet, avocat général

SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, avocat(s)

ملحق 05

**LA cour de cassation française, Troisième chambre civile , pourvoi n° 15-  
13064 du 07 avril 2016**

**Défiscalisation et réticence dolosive**

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 12 novembre 2014), que M. et Mme X... ont acquis de la société civile immobilière Clos des Pascaliennes (la SCI) un appartement et un emplacement de stationnement en l'état futur d'achèvement, au titre d'un projet d'investissement locatif ouvrant droit à défiscalisation, après avoir été démarchés à leur domicile par M. Y..., agent commercial de la société Amadeus conseil, partenaire chargée de la commercialisation de l'immeuble ; que M. et Mme X..., invoquant des manœuvres dolosives de la part du vendeur, ont assigné la SCI, la société Amadeus conseil, M. Y... et la société Crédit foncier, organisme prêteur, en nullité de la vente et paiement de dommages-intérêts ;

**Sur le premier moyen :**

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de rejeter l'intégralité de leurs demandes fondées sur la réticence dolosive et la violation délibérée de l'obligation précontractuelle pesant sur la société Amadeus conseil et son représentant, alors, selon le moyen :

1°/ que tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ; qu'ayant retenu que « le document produit par les appelants ... ne fait pas la preuve de ce que le mandataire du vendeur ait communiqué des informations incomplètes ou tendancieuses », et décidé que « les appelants ne démontrant pas une violation délibérée de l'obligation précontractuelle d'information qui pesait sur la société Amadeus et son représentant, les déterminant à contracter, la

## الملاحق

réticence dolosive alléguée n'est pas caractérisée », la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, violant l'article 1315 du code civil ;

2°/ que l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable ; qu'en retenant, pour écarter l'existence d'un dol, que « les époux X... n'ont jamais pris le soin de s'informer par eux-mêmes de la pertinence de cet investissement au regard de leur situation propre, ni même de se rendre sur place à Clermont-Ferrand n'hésitant pas à alléguer la distance, alors qu'il s'agissait seulement de faire un aller-retour, Paris Clermont-Ferrand, ce qui traduit de leur part une légèreté certaine », la cour d'appel, qui s'est prononcée sur le caractère excusable de l'erreur des exposants, a violé l'article 1116 du code civil ;

3°/ que les juges doivent motiver leur décision, le défaut de réponse à conclusion constituant un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, les époux X... faisaient valoir que, hormis le premier le contrat de location ayant couru entre le 6 novembre 2009 et le 14 janvier 2011, soit 1 an et 2 mois , et pour lequel une revalorisation du loyer de 2 % par an aurait d'ailleurs dû avoir lieu, le bien litigieux n'a jamais été loué, entre le 5 mars 2008 et le 29 novembre 2012 , soit durant 4 ans et 8 mois, au prix de 360 euros pourtant promis ; qu'en retenant de manière générale que « le revenu locatif mensuel estimé de 360 euros est bien celui auquel le bien a pu être loué », sans répondre au moyen péremptoire dont elle était saisi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'un plan d'épargne fiscal présentant l'ensemble des données économiques et fiscales du projet avait été remis à M. et Mme X... par M. Y..., que le bien avait été loué au revenu locatif estimé, que les acquéreurs avaient bénéficié de l'assurance couvrant la vacance locative, qu'ils ne produisaient aucun élément démontrant la dépréciation de la valeur du bien acquis, livré conforme, et ne faisaient pas état de la non-réalisation de l'objectif de défiscalisation et ayant retenu souverainement que la preuve n'était pas rapportée d'une violation intentionnelle du manquement de la société Amadeus conseil à son obligation précontractuelle d'information, ayant déterminé M. et Mme X... à contracter, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire que la réticence dolosive invoquée par les acquéreurs n'était pas caractérisée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;



## الملاحق

**Sur le deuxième moyen**, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de dire que la nullité du contrat de réservation n'est pas encourue et que l'acte authentique en date du 8 août 2006 n'est pas entaché de nullité, alors selon le moyen :

1°/ que la notification prévue par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation doit être adressée personnellement à chacun des époux acquéreurs ou qu'à défaut l'avis de réception de la lettre unique doit être signé par les deux époux ; qu'en décidant que le non-respect du formalisme visé à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation « n'a causé aucun grief aux époux X... qui ont bien été informés de la faculté de rétractation qui leur était ouverte et n'ont pas entendu en faire usage », la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne contient pas, a violé le texte susvisé ;

2°/ que lorsque la notification prévue par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation a été effectuée non par lettres distinctes, adressées à chacun des époux acquéreurs, mais par une lettre unique libellée au nom des deux, elle ne peut produire effet à l'égard des deux que si l'avis de réception a été signé par chacun des époux ou si l'époux signataire était muni d'un pouvoir à l'effet de représenter son conjoint ; qu'ainsi, le délai de rétractation de sept jours ne peut commencer à courir à l'encontre des deux époux ; qu'en retenant que le non-respect du formalisme visé à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation « qui n'a pour but que de protéger le consommateur, n'a causé aucun grief aux époux X... qui ont bien été informés de la faculté de rétractation qui leur était ouverte et n'ont pas entendu en faire usage » et que « le délai de rétractation a couru à compter de la notification du courrier reçu le 24 avril 2006 », la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Mais attendu que la signature par les acquéreurs de l'acte authentique de vente sans réserve vaut renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la notification du droit de rétractation prévue à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation ; que la cour d'appel a relevé que M. et Mme X... avaient tous deux signé l'acte authentique de vente, sans émettre de réserve quant à l'absence de notification du contrat préliminaire de réservation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception séparée à chacun d'entre eux ; qu'il en résulte que l'acte authentique de vente n'est pas

## الملاحق

entaché de nullité ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, la décision déferée se trouve légalement justifiée ;

### **Sur le troisième moyen, ci-après annexé :**

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de les condamner à payer à M. Y... la somme de 1 000 euros à titre de dommages et intérêts ;

Mais attendu, d'une part, que, le premier moyen étant rejeté, le troisième moyen, pris d'une cassation par voie de conséquence en sa première branche, est devenu sans objet ;

Attendu, d'autre part, que, la cour d'appel n'ayant pas condamné M. et Mme X... pour abus du droit d'agir en justice, le moyen manque en fait ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme X... aux dépenses ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. et Mme X... à payer la somme de 3 000 euros à la société civile immobilière Clos des Pascalines et rejette les autres demandes ;

M. Chauvin président

Me Le Prado, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Odent et Poulet, avocat(s)

ملحق 06

نموذج عن عريضة لدعوى الصورية

مكتب الاستاذ..

محامي ....

مجلس قضاء...

محكمة ...

القسم المدني

قضية رقم ...

جلسة يوم ...

عريضة افتتاحية للدعوى موجهة إلى السيد رئيس القسم المدني

المدعي: السيد(ة).....، جزائري الحنيسية ، عامل..... ، ساكن ب.....

المدعى عليه :

1. السيد(ة).....، جزائري الحنيسية ، عامل..... ، ساكن ب.....

2. السيد(ة).....، جزائري الحنيسية ، تاجر..... ، ساكن ب.....

ليطيب للمحكمة الموقرة

. بموجب عقد هبة مؤرخ في ..../..../2016 مشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ .... تحت رقم ...وهب  
المدعى عليه الأول السيد... للمدعى عليه الثاني السيد ... العقار الواقع ب... الذي تبلغ مساحته ....  
و المتكون من ...و المحدود ....

. حيث أن المدعى عليه الثاني قد دفع مبلغا قدره... كئمن للعقار بنفس اليوم، وهذا ما هو ثابت من  
خلال ...، مما يجعل العقد يخرج عن نطاق عقود التبرعات التي تكون عادة دون مقابل، بالتالي فإن  
هذا العقد هو عقد بيع خفي و ليس عقد هبة ، و قد أراد الطرفان من تصرفها هذا حرمان المدعي من  
حق اكتساب العقار بالشفعة.

## الملاحق

. و لهذا فإن المدعي يطعن بصورية عقد الهبة الظاهر صورية نسبية ترد على نوع العقد ، فالطرفان في الحقيقة قد أبرما عقد بيع و ستراه بعقد الهبة الظاهر .

و لهذا يلتزم المدعي من المحكمة الموقرة الحكم بصورية عقد الهبة لمبرم بتاريخ.....المشهر بالمحافظة العقارية ..... بتاريخ تحت رقم ..... و عدم نفاذه في حقه و شطب تسجيله بالسجل العقاري .

تحميل المدعى عليهما المصاريف القضائية

عن العارض/ وكيله

ملحق 07

نموذج عن عقد الضد

في 2016/././.

بتاريخ 2016/././. حضر السادة :

1. السيد(ة): ..... جزائري الجنسية ، عامل ، ساكن بـ ...

2. السيد(ة): ..... جزائري الجنسية ، عامل ، ساكن بـ ...

. و بعد أن أقرأ بأهليتهما للتعاقد و التصرف حرر الطرفان عقد بيع بتاريخ 2016/././. يتضمن أن الطرف الأول السيد... قد باع للطرف الثاني السيد ...حصة عقارية قدرها...في الشياح من قطعة أرض تقع بـ... تبلغ مساحتها ...محدودة....، مقابل ثمن إجمالي قدره .....

. و الحقيقة أن هذا البيع لم يحدث و أن الثمن المسمى لم يدفع ، و لما كان يهم الطرفان إظهار الحقيقة حررا ، بإرادتهما الحرة وبرضائهما الصحيح ، هذا الاتفاق ، ليكون ورقة ضد لعقد البيع الصوري ، و اتفقا على ما يلي :

أولا : أن عقد البيع المؤرخ في 2016/././. بين .....و بين ...هو عقد صوري لا وجود له في الحقيقة، و لا يحتج به على خلفهما العام أو الخاص، فلم يحصل أي تصرف بالبيع ولم يدفع أي ثمن .

ثانيا : تم الاتفاق على شهر أو عدم شهر هذا الاتفاق (ورقة الضد ).

ثالثا : اتفق الطرفان على اعتبار ما تم شهره من الإجراءات باطلاو كأن لم تكن ، و للطرف الأول حق طلب إبطالها وإزالة آثارها .

رابعا : يتحمل مصاريف العقد الطرف ..... .

خامسا : يحزر هذا العقد في نسختان يتسلم كل طرف نسخة للعمل بها في حدود القانون .

الطرف الثاني

الطرف الأول

## قائمة المراجع

### أولا - المراجع باللغة العربية

#### 1- المصادر

##### أ- القرآن الكريم

##### ب - كتب الحديث

. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، (د.م.ن)، 1979.

. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحيل، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

#### 2- المراجع

##### أ- المراجع العامة

. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المطبعة العالمية، مصر، 1956.

. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1966.

. أحمد سلامة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1968.

. الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الثانية، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1972.

. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

. السيد عبد الحميد فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، (د.م.ن)، 1999.

## الفهرس

. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الحق، إساءة استعمال الحق، القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001.

. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الجزائر، 2012 .

. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د.ت.ن).

. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، (د.م.ن)، 2012 .

. توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د.ت.ن) .

. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، في مصادر الالتزام مع مقارنة مع القوانين العربية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، لبنان، (د.ت.ن).

. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.

. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، المطبعة العربية الحديثة، (د.م.ن)، 1976.

. جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

- . سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مكتبة النهضة، مصر، 1957.
- . سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1976.
- . سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول : نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، منشورات مكتبة صادر، لبنان، 1999 .
- . سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- . سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د.ت.ن).
- . سليمان مرقس، فلسفة القانون، دراسة مقارنة، مكتبة صادر ناشرون، لبنان، (د.ت.ن) .
- . صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، (د.م.ن)، 1967.
- . صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، (د.م.ن)، 1992.
- . صبري محمود الراعي، رضا السيد عبد العاطي، الموسوعة النموذجية في شرح قضايا التعويضات والمسؤولية المدنية، الجزء الثاني، دار مصر للموسوعات القانونية، مصر، (د.ت.ن).
- . عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية، مصر، 1952.
- . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 1953.
- . عبد الناصر العطار، الوجيز في تاريخ القانون، الجزء الأول، (د.م.ن)، 1970.
- . عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية وفي التشريعات العربية، (د.م.ن)، 1975.
- . عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة، مصر، 1984 .



## الفهرس

- . عبد المنعم درويش ، مقدمة في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الطبعة الأولى، (د.م.ن)، 1997.
- . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، الجزء الأول، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- . علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- . علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مدخل إلى دراسة القوانين، القانون الروماني، الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان، 2002.
- . عبد الحق عقلة، المبادئ الأساسية لدراسة القانون والعلم الإداريين، الجزء الأول، دار القلم، (د.م.ن)، 2002 .
- . عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- . عبد الحكم فوده، الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية، دراسة تحليلية على ضوء أحكام القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007.
- . عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010.
- . علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- . عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- . غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- . عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، (د.م.ن)، 1975.

## الفهرس

- عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، دراسة تحليلية وتأصيلية لفكرة الغلط مع تحليل شامل للنصوص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د.ت.ن).
- عبد الإله فتحي، شرح النظرية العامة للالتزامات وفقا لقانون المعاملات المدنية، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية، مصر، (د.ت.ن).
- عبد العزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم والشرائع، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، (د.م.ن)، 1974.
- محمود نعمان، موجز المدخل للقانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، لبنان، 1975.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص، الأموال، الإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1985.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
- مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1995.
- محمد منجي، موسوعة الدعاوى العلمية، دعوى بطلان العقود بسبب الإخلال بركن من أركان العقد، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- معوض عبد التواب، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع على البيع، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، (د.م.ن)، 1999.

## الفهرس

- . محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (د.م.ن)، 1999.
- . محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.
- . محمد وليد هاشم المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- . محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- . محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2005.
- . محمد توفيق اسكندر، وضع العقود المدنية والقانون التجاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م.ن)، 2005.
- . محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المدخل للقانون ومصادر الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- . محمد الشافعي، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2015.
- . محمد اللافي، منصور ميلاد يونس، مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، مطبعة الانتصار، ليبيا، (د.ت.ن) .
- . زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- . فايز محمد حسين، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

ب . المراجع المتخصصة

. أبو زيد مصطفى عبد الباقي، الافتراض و دوره في تطور القانون، دراسة نظرية تطبيقية لفكرة الافتراض القانوني، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1980 .

. أنور العمروسي، الصورة وورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.

. ابراهيم المنجي، دعوى الصورة ودعوى عدم نفاذ التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعويين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998 .

. السيد عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.

. أنور العمروسي، عيوب الرضاء في القانون المدني، الغلط ، التدليس، الإكراه، الاستغلال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

. ابراهيم المنجي، دعوى الصورة، التنظيم القانوني والعملي لدعوى كشف الصورة علي ضوء المادتين 244 و 245 من القانون المدني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.

. أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه القضاء، الطبعة الأولى، دار الراضي للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، 2012.

. أنور طلبة، الصورة وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، (د.ت.ن) .

. السيد عبد الوهاب عرفة، الدفع بالصورية، المكتبة العالمية، (د.م.ن)، (د.ت.ن) .

. سامي عبد الله ، نظرية الصورة في القانون المدني، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2004 .

. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ القانون الروماني، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر، 1965.

## الفهرس

- . صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- . علي البدرابي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، (د.م.ن)، 1936 .
- . عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1995.
- . محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الإرادة، الغلط، الغش، الإكراه، التدليس، نقص الأهلية، دار الاتحاد العربي للطباعة، (د.م.ن)، 1988.
- . محمد شتا أبو سعد، الشفعة والصورية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- . محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.
- . محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدليسية، الحيل الصورية، المشروع منها والمحظور معلقا عليها بأحكام الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
- . معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، الطبعة الثامنة، (د.م.ن)، 2004.
- . مصطفى عبد الحميد عدوي، شفافية الافتراض القانوني، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013 .
- . شفيق الجراح، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1978.
- . هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2012.
- . وليد محمد حسن، الصورية في ضوء الفقه أحدث أحكام النقض، حيدر جروب للنشر والتوزيع، (د.م.ن)، 2014.

3-الرسائل القانونية

أ-المذكرات

- . أحمد رياحي، مقارنة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية بالعقد الباطل بطلانا نسبيا في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 1999.
- . عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2010.
- . محمد بن قادة خويرة، التدليس كعيب في الرضاء في القانون المدني مقارنا بالشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2010.

ب - الأطروحات

- . أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1951.
- . جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1956 .
- . حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1983.
- . منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1956.
- . يقرؤ خالدية، التبنى الدولي للأطفال، دراسة من وجهة حقوق الانسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران-2، 2015 .

4- المقالات

- . إبراهيم النجار، الصورية المطلقة والصورية النسبية في التشريع اللبناني، مجلة العدل، 1971.
- . بشرى جندي، مصير نظرية عيوب الرضاء في القانون المدني الاشتراكي، مجلة قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1968.
- . حمزة حمزة، الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، المجلد رقم 17، 2001.
- . مركز المحامي المحترف للأبحاث والاستشارات القانونية، الجوانب العلمية في الصورية النسبية والمطلقة تطبيقاً على عقد البيع كأهم العقود التي تشكو الصورية، جدار القانون للإصدارات القانونية، 2010.
- . ياسر باسم ذنون، جوتيان عبد الله، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 45، المجلد رقم 12، 2010.

5- المجلات القضائية

- . مجموعة القواعد، قرارات محكمة النقض المصرية، الجزء السادس، 1946.
- . مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 01، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والاشهار، رويبة، الجزائر، 1992.
- . مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 02، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والاشهار، رويبة، الجزائر، 2001.

6- مراجع الشريعة الإسلامية

أ- الكتب

- . بدران أو العينين، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- . زيد بن محمد الرماني، عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل، الطبعة الأولى، دار الصميمي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2000 .
- . شمس الدين السرخسي، المبسوط ، الجزء الثلاثون، مطبعة السعادة، مصر، 1913.
- . صالح بن إسماعيل بويشيش، الحيل الفقهية، ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، 2005.
- . مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، مطابع ألف . باء الأديب ، دمشق، سوريا، 1968.
- . محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، (د.م.ن)، 2000 .
- . محمد رأفت سعيد، الرخصة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2002.
- . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004 .
- . محمد أمين بارودي، بيع الوفاء وتطبيقاته المعاصرة، دار النوادر، (د.م.ن)، 2011 .
- . محمد وفا ، بيوع الغبن والضرر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- . محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م.ن)، (د.ت.ن).
- . وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الفكر، دمشق، سوريا، (د.ت.ن).



ب - المذكرات

. عدنان علي، تعديل الأحكام الشرعية عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2005 .

7- المراجع اللغوية

. المنجد الإعدادي، دار المشرق ش.م.م، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، (د.ت.ن).

. المعجم الوجيز، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2000.

. بسام عبد الله، قاموس نويل، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2011.

. شمس الدين محمد ابن أبي بكر ابن قيم الجوزية، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1993.

. معجم المعاني الجامع، (د.م.ن)، (د.ت.ن) .

. محمد بن مكروم جمال الدين ابن منظور، لسان العرب ، مطبعة دار المعارف ، (د.م.ن) (د.ت.ن).

8- القوانين و الأوامر

. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.لسنة 1966 ، العدد 49.

. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.لسنة 1975 ، العدد 78.

. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.لسنة 1975، العدد 79.

## الفهرس

. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 15 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم ، ج.ر.ج.ج  
لسنة 1995 ، العدد 13.

. القانون رقم 131 المؤرخ في 29 جوان 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري، المعدل والمتمم.

. القانون المدني الأردني لسنة 1976 المعدل والمتمم .

. القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للقانون المدني .

. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني .

. القانون المدني الكويتي المعدل والمتمم .

## 8- المراجع الالكترونية

. سعيد بويزري، المدارس الفقهية (د.ت.)، (12/10/2013)،

[http : www.bouizerie.net](http://www.bouizerie.net)

. مجهول، التعبير في عقد الزواج، جوان 2004، (2015/06/28)،

[http :www :islamonline.net](http://www.islamonline.net)

. مجهول، بيع العينة حكمه ومعناه، سبتمبر 2005، (2014/08/07)،

[http :www.Islamweb.net](http://www.Islamweb.net)

. المجموعة الدولية للمحاماة، فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، أوت 2007، (2012/08/02)،

[http :www.arlawfirm.com](http://www.arlawfirm.com)

## تاسعا : المواثيق الدولية

. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد والصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ

في 14 ديسمبر 1948.

**1- les ouvrages généraux**

- Anber et Reau, Cour de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5<sup>e</sup> édition, librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris, 1902.
- Ambrase Collin, Henri Capitant, Traité de Droit civil, les obligations, tome 2,Dalloz, paris,1954.
- Ambrase Collin, Henri Capitant, Cour élémentaire de Droit civil français, tome 1, Dalloz, Paris ,1974.
- Ben Cheneb Ali ,Théorie générale du contrat ,OPU, Alger,1982.
- Christian Larronet ,Droit civil, 3<sup>e</sup> édition , Paris, 1996.
- A.Batteur, annales Droit civil des obligations , méthodologie & sujets corrigés, Dalloz Paris,2004.
- DAbin ,La technique de l'élaboration du Droit positif spécialement en Droit civil,1935.
- Francois Terre ,Philippe Simler ,Yves Lequette ,droit privé, droit civil, les obligation, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz,(s.d).
- Fierre guiho, Les obligations ,volume 02, édition l'hermès, ,(s.d).
- G. Goubeaux, P.Voirin, Droit civil ,les personnes, famille, personnes protégées, bien, obligations, suretés, tome 1, 30<sup>e</sup> édition, L.G.D.J\_Manuels, 2007.
- Gerard legier, Droit civil, Les obligations, 14<sup>e</sup> édition , Dalloz, Paris,(s.d).
- Henri et léon Mazeau, Jeu Mazeau, Leçons de Droit civil, tome 3, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1983.
- Jaque Flour et Jeu Luc Aubert , Droit civil, les obligations ,tome 10, librairie Armand collin , Paris, 1984.
- Jean Carbonnier, Droit civil, les obligations, tome 4,13<sup>e</sup>édition, Paris , 1988.

## الفهرس

- J. Ghestin, Répertoire de droit civil , contrats et conventions , Encyclopédie juridique, Tome 9, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 1997.
- J .L.Aubert, J.Flour ,E.Savaux, Droit civil, les obligations, le rapport d'obligation, tome 3,6<sup>e</sup> édition , Sirey université ,2009.
- Marcel Planiol, Traité élémentaire de Droit civil, tome 1, 3<sup>e</sup> édition librairie générale de droit civil et de jurisprudence, 1908.
- Léon Julliot, De la morandiere ,Droit civil, tome 2, 4<sup>e</sup> édition , Dalloz, Paris,1966.
- Planiol et Ripert, Traite pratique de Droit civil français, tome 4, 2<sup>e</sup> édition, Esmein Paris,1952.
- Pierre Guiho, Droit civil, les obligations, 2<sup>e</sup>édition, paris, 1998.
- P.Canin, Droit civil, Les obligations,4<sup>e</sup> édition, Hachette Supérieur, les fondamentaux, Paris,2003.
- PH .Maalaurie et L.aynes, Les obligations, 7<sup>e</sup> édition , édition Cujas, Paris,2009.
- Ph. Malaurie, L.Aynes ,Droit civil, les obligation ,7<sup>e</sup> édition, édition Cujas, Paris,2003.
- Remy Cabrillac, Droit des obligation, 4e édition, Dalloz,Paris,2005.
- Remy Cabrillac, Cours droit des obligation, 4e édition, Dalloz, Paris,2010.
- Stéphanie Porchy-Sinon, Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris,2001.
- Obellinanne, Les sources des obligations, préface Dominique fenouillet, presse Universitaires d'Aix-marseille-P.U.A.M-Institut de droit des affaires , France, 2009.

## 2-Les ouvrages spéciaux

- Dekkers, La fiction juridique ,étude de Droit Romain et Droit comparé ,Librairie du Recueil Sirey, Paris , 1935.
- Ihering, L'esprit du Droit Roman dans les diverses phases de son développement, traduit par O.de Meulenaere , tome 3, 4 , 2<sup>e</sup> édition, Marescq Ainé éditeur, Paris,(s.d).

–M.Dagot, La simulation en droit privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

– Muriel Fabre– Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2014.

### **3– Les articles**

– Ransen Gérard, Le dol dans la conclusion des actes juridiques, évolution des doctrines et système du code canonique, Revue de philologie et d'histoire , Volume 25, numéro 03 1946.

– Frédéric Rouvière, L'analyse économique des vices du consentement , une nouvelle vision d'une théorie classique, Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix–Marseille, 2008.

–MikhailXifaras, Fictions juridiques, remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, revue ZINBUN , numéro 43,2011 .

– J. Mouly, Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable, Dalloz, numéro 30, Paris,2003.

### **4–Les ouvrages électroniques**

–Christine Montalbetti, La fiction, flammarion editeur,2001,

[http: ww.amazon.fr](http://ww.amazon.fr),(03/12/2011).

–Doirit Cohn, propre de la fiction, traduit par Claude Hary Chaeffer, septembre2001,

[http :www.fabula.org](http://www.fabula.org),(05/10/2013).

–Planiol, Dol civil et dol criminel, revue critique de législation et jurisprudence,1893 ,  
[http : books.google.dz](http://books.google.dz), (05/09/2014).

## الفهرس

- J.m.Schaeffer ,De l'imagination à la fiction, VOX poetica, 2002,[http :www.vox.poetica.org](http://www.vox.poetica.org), (07/03/2012).
- Jean Mouly, La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat,(s.d), [http :actu.dalloz-etudiant.fr](http://actu.dalloz-etudiant.fr) ( 27/08/2014).
- M. Jérôme Betoulle, L'aspect délictuel du dol dans la formation des contrats,(s.d), [http: www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), (10/02/2015).

### **5-Les lois**

- Code civile français ,109<sup>e</sup> édition, Dalloz ,Paris ,2009.
- Code de commerce français ,112<sup>e</sup> édition, Dalloz ,Paris ,2016.

### **6-Les ouvrages linguistiques**

- Dictionnaire de français la Rousse.

### **7- Les sites internet**

- <https://halshs.archives-ouvertes.fr>
- <http://www.persee.fr>
- <http://www.memoireonline.com>

1	مقدمة .....
9	الباب الأول: الحيل كوسيلة لتطوير القانون .....
10	الفصل الأول: الحيل القانونية .....
11	المبحث الأول: مفهوم الحيل القانونية .....
11	المطلب الأول: نشأة الحيل القانونية .....
12	الفرع الأول: أسباب ظهور الحيل القانونية .....
12	أولاً: الأسباب العامة .....
12	1- الأصل الديني للقاعدة القانونية .....
14	2- التطور البطيء للمجتمعات البدائية .....
14	ثانياً: الأسباب الخاصة .....
15	1- الطبيعة المحافظة للشعب الروماني .....
15	2- الطبيعة الخاصة للقانون الروماني .....
17	الفرع الثاني: تعريف الحيل القانونية .....
17	أولاً: الحيلة لغة واصطلاحاً .....
17	1- الحيلة لغة .....
19	2- الحيلة اصطلاحاً .....
19	3- الحيلة القانونية .....

- أ- تعريف إهرنج "Ihring" ..... 20
- ب -تعريف جيرمي بنتام "Jeremy Bentham" ..... 20
- ج -تعريف فولر "lonel Fuller" ..... 21
- د -تعريف فريدريك شاور "Frederick Shauer" ..... 22
- المطلب الثاني: تمييز الحيل القانونية عما يشتهه بها ..... 23
- الفرع الأول: الحيل القانونية والصورية ..... 24
- أولاً: من حيث المصدر ..... 24
- ثانياً: من حيث الغرض ..... 24
- ثالثاً: من حيث الأثر ..... 24
- الفرع الثاني: الحيل القانونية والتدليس ..... 25
- أولاً: من حيث المصدر ..... 25
- ثانياً: من حيث الأثر ..... 25
- الفرع الثالث: الحيل القانونية والقرائن القانونية ..... 26
- أولاً: من حيث الأساس ..... 27
- ثانياً: من حيث الحجية ..... 27
- ثالثاً: من حيث الهدف ..... 27
- الفرع الرابع: الحيل القانونية والغش نحو القانون ..... 28
- المبحث الثاني: أساس الحيل القانونية ..... 29
- المطلب الأول: بناء الحيل القانونية ..... 29



الفرع الأول: الحقيقة التي تخالفها الحيل القانونية .....	30
أولاً: مخالفة الحقائق الطبيعية .....	30
1- الحقائق التاريخية .....	30
2- الحقائق العلمية .....	31
3- الحقائق الفلسفية .....	32
ثانياً: مخالفة الحقائق القانونية .....	33
ثالثاً: الاتجاه المختلط .....	34
الفرع الثاني: تحديد طبيعة الحيل القانونية .....	35
أولاً: الحيلة القانونية من أهم تطبيقات الاقتصاد القانوني .....	35
ثانياً: الحيلة القانونية تخالف دائماً الحقيقة والقانون معا .....	35
ثالثاً: نسبية فكرة الحيلة القانونية .....	36
الفرع الثالث: أنواع الحيل القانونية .....	37
أولاً: الحيل الفردية .....	38
ثانياً: الحيل الفقهية .....	38
ثالثاً: الحيل التشريعية .....	39
الفرع الرابع: وظائف الحيل القانونية .....	39
أولاً: تعديل النصوص القانونية القائمة .....	40
ثانياً: استحداث نظم قانونية جديدة .....	40
ثالثاً: تبرير النظم والمبادئ القانونية وتسهيل تطبيقها .....	40

- 41 ..... رابعا: تحقيق أهداف القانون
- 41 ..... خامسا: توجيه اتجاهات المجتمع
- 41 ..... المطلب الثاني: الحيل القانونية في ظل النظريات الفقهية
- 42 ..... الفرع الأول: نظرية إهرنج "Ihering"
- 42 ..... أولا: تقسيم الحيل القانونية عند "إهرنج"
- 42 ..... 1- الحيل التاريخية
- 43 ..... 1- الحيل العلمية
- 44 ..... ثانيا: نقد نظرية "إهرنج"
- 45 ..... الفرع الثاني: نظرية ليكوك "lecoq Lucien"
- 45 ..... أولا: تقسيم الحيل القانونية عند "ليكوك"
- 46 ..... ثانيا: نقد نظرية ليكوك
- 47 ..... الفرع الثالث: نظرية جني "Gény"
- 47 ..... أولا: تقسيم الحيل القانونية عند "جني"
- 47 ..... 1- الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة
- 48 ..... أ- الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في تطبيق شروط القواعد القانونية
- ب- الحيل التي تؤدي إلى التوسيع في الآثار المترتبة على تطبيق القواعد  
القانونية ..... 48
- 48 ..... 2- الحيل التي تؤدي إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة
- 48 ..... 3- الحيل التي تهدف إلى شرح وتبرير القواعد القانونية القائمة
- 49 ..... ثانيا : نقد نظرية "جني"

- الفرع الرابع: نظرية دابان "Dabin" ..... 49
- أولاً: تقسيم الحيل القانونية عند "دابان" ..... 49
- 1- الحيل التي تنشأ قواعد قانونية جديدة ..... 49
- 2- الحيل التي تؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة ..... 50
- أ- الحيلة التي تعدل شروط تطبيق القواعد القانونية ..... 50
- ب - الحيلة المبررة للقواعد القانونية القائمة ..... 51
- 3- الحيل التي تستخدم كعنوان للقاعدة ..... 52
- ثانياً: نقد نظرية "دابان" ..... 52
- الفصل الثاني: تطبيقات الحيل القانونية ..... 54
- المبحث الأول: الحيل القانونية في الشرائع المقارنة ..... 55
- المطلب الأول: الحيل القانونية في الأنظمة القديمة ..... 55
- الفرع الأول: الحيل في القانون الروماني ..... 55
- أولاً: الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة ..... 56
- 1- الملكية البريتورية ..... 56
- أ - الدفع ..... 57
- ب - دعوى الاسترداد البريتورية ..... 58
- 2- التوسع في استعمال الإشهاد ..... 58
- 3- التوسع في استعمال الدعوى الصورية ..... 59
- 4- حوالة الحق وحوالة الدين ..... 60

- 5-النيابة في التعاقد ..... 61
- ثانيا: الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية..... 63
- 1- تطبيق القانون الروماني على الأجانب..... 63
- 2-الموت المدني ..... 64
- 3-إساءة استعمال الحق ..... 65
- 4-تعديل قواعد الميراث ..... 65
- 5-حماية الأرض الاقليمية ..... 66
- ثالثا: الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية ..... 66
- 1-الشخصية القانونية..... 67
- 2-التركة الشاغرة..... 67
- 3-التبني ..... 67
- 4- وقوع الروماني في الأسر..... 68
- الفرع الثاني: الحيل في القانون الإنجليزي ..... 69
- أولا: أثر الحيلة في تطور النظام القضائي ..... 70
- ثانيا: أثر الحيلة في تطور النظم القانونية..... 71
- 1-الشركة ..... 72
- 2-الرضاعة ..... 72
- 3-مصادرة أموال المجرم..... 73
- المطلب الثاني: الحيل في الفقه الاسلامي ..... 74

74	الفرع الأول: مفهوم الحيل في الفقه الإسلامي
75	أولاً: تعريف الحيل في الفقه الإسلامي
75	1-الحيلة عند الحنفية
75	2-الحيلة عند المالكية
76	3-الحيلة عند الحنابلة
77	4-الحيلة عن الشافعية
77	ثانياً: تمييز الحيل عما يشتهر بها في الفقه الإسلامي
77	1-الحيلة والرخصة
79	2-الحيلة والتقية
80	3-الحيلة والذريعة
80	4-الحيلة والمخارج
81	ثالثاً: أنواع الحيل في الفقه الإسلامي
81	1-الحيل المشروعة
82	أ-الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى المشروع
82	ب-الوسيلة المحرمة التي تفضي إلى المشروع
82	ج-الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى المشروع بطريق خفي
83	2-الحيل المحظورة
83	أ-الوسيلة المحرمة التي تفضي إلى الحرام
84	ب-الوسيلة المشروعة التي تفضي إلى الحرام

- 84 ..... رابعا : موقف المذاهب الفقهية من الحيل
- 85 ..... 1- مذهب القائلين بمشروعيتها والمثبتين لجواز العمل بها
- 86 ..... 2-مذهب القائلين بعدم مشروعيتها و النافين لجواز العمل بها
- 87 ..... الفرع الثاني: دور الحيل في الفقه الإسلامي
- 88 ..... أولا : الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم
- 88 ..... 1-افتراض حياة المورث
- 88 ..... 2-توريث الجنين
- 89 ..... ثانيا :الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية
- 89 ..... 1-عقد المضاربة
- 90 ..... 2- تصرفات المريض مرض الموت
- 91 ..... ثالثا :الحيلة كوسيلة لاستحداث نظم جديدة
- 91 ..... 1-الإقرار بالنسب
- 91 ..... 2-بيع العينة
- 92 ..... 3-بيع الوفاء
- 92 ..... 4- الحوالة
- 93 ..... المبحث الثاني: الحيل القانونية في الفكر القانوني الحديث
- 93 ..... المطالب الأول: الشخصية الاعتبارية
- 94 ..... الفرع الأول: مفهوم الشخصية الاعتبارية
- 94 ..... أولا: تعريف الشخص الاعتباري

95	ثانيا: خصائص الشخصية الاعتبارية .....
95	1- حياة الشخص الاعتباري .....
95	أ-بداية الشخصية المعنوية .....
96	أ-1: الاعتراف العام أو الموافقة العامة .....
96	أ-2: الاعتراف الخاص أو الموافقة الخاصة .....
96	ب- نهاية الشخصية المعنوية .....
97	2- اسم الشخص الاعتباري .....
98	3- موطن الشخص الاعتباري .....
98	4- حالة الشخص الاعتباري .....
98	5- الذمة المالية للشخص الاعتباري .....
98	6- أهلية الشخص الاعتباري .....
99	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية.....
99	أولا: نظرية الافتراض أو المجاز القانوني .....
100	1-نقد نظرية الافتراض أو المجاز القانوني .....
101	ثانيا: نظرية الشخصية الحقيقية.....
102	1-نظرية الحقيقة العضوية .....
102	2-نظرية الإرادة .....
103	3-نظرية الحقيقة الاجتماعية .....
104	ثالثا: نظرية النظام القانوني (النظرية الاجتماعية) .....

المطلب الثاني: النيابة في التعاقد	106
الفرع الأول: مفهوم النيابة في التعاقد	106
أولاً: تعريف النيابة في التعاقد	107
ثانياً : أنواع النيابة في التعاقد	107
1-النيابة الاتفاقية	107
2- النيابة القانونية	108
ثالثاً: شروط النيابة في التعاقد	109
1-حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل	109
أ -عيوب الإرادة و أثر العلم بعض الظروف الخاصة	110
ب - مساهمة إرادة الأصيل في تحديد إرادة النائب	111
2-إبرام التصرف باسم الأصيل لا باسم النائب	111
3-التزام النائب حدود النيابة	113
أ. حكم تجاوز النائب حدود نيابته	114
أ-2: حالة النيابة الظاهرة	115
أ-3: حالة إقرار الأصيل لتصرف النائب الذي تجاوز حدود نيابته	116
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد	116
أولاً : النظريات المفسرة لطبيعة النيابة في التعاقد	116
1- نظرية الافتراض	117
2-نظريات الإرادة	118



أ- النظرية القائمة على إرادة الأصيل .....	118
ب- النظرية القائمة على إرادة النائب .....	120
ج- النظرية القائمة على اشتراك الإرادتين .....	121
3- نظرية القانون .....	122
4- نظرية الاختصاص (الوظيفة) .....	123
ثانيا : آثار النيابة في التعاقد .....	124
1- الآثار في علاقة الأصيل بالغير .....	125
2- الآثار في علاقة النائب بالغير .....	125
3- الآثار في علاقة الأصيل بالنائب .....	126
ثالثا : تعاقد الشخص مع نفسه .....	126
1- موقف الفقه من فكرة تعاقد الشخص مع نفسه .....	127
2- حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجزائري .....	128
3- الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجزائري .....	129
الباب الثاني: الحيل كوسيلة خداع .....	131
الفصل الأول : الحيل الصورية .....	132
المبحث الأول: مفهوم الحيل الصورية .....	133
المطلب الأول: تعريف الصورية .....	134
الفرع الأول: الصورية لغة واصطلاحا .....	134
أولا: الصورية لغة .....	134

- ثانيا: الصورية اصطلاحا ..... 134
- 1-الصورية بمعناها التقليدي " الضيق " ..... 135
- أ- تعريف ورقة الضد ..... 136
- 2-الصورية بمعناها الحديث " الواسع " ..... 137
- 3- موقف المشرع الجزائري ..... 138
- ثالثا: الصورية في الفقه الاسلامي ..... 139
- 1- الثلجئة ..... 139
- 2- الهزل ..... 139
- أ- الهزل في الانتشاءات ..... 139
- ب - الهزل في الاقرارات والاعتقادات ..... 140
- الفرع الثاني: تمييز الصورية عما يشتهب بها ..... 140
- أولا: الصورية والتدليس ..... 140
- 1- من حيث الأطراف ..... 141
- 2 - من حيث الغرض ..... 141
- 3- من حيث النطاق ..... 141
- 4 - من حيث الباعث ..... 142
- 5- من حيث الإثبات ..... 142
- ثانيا: الصورية والتحفظ الذهني ..... 143
- 1- من حيث الطابع الاتفاقي للصورية ..... 143

144	2- من حيث الغرض .....
144	3 - من حيث الإثبات .....
144	4- من حيث الآثار .....
145	ثالثا: الصورية والاتفاق الإضافي .....
145	1- من حيث نية الخداع والاحتيال .....
146	2- من حيث جدية العقود .....
146	3- من حيث توقيت العقود .....
146	رابعا: الصورية والتزوير .....
147	1- من حيث الأطراف .....
147	2- من حيث الغرض .....
147	3- من حيث الإثبات .....
148	4- من حيث الجزاء .....
148	خامسا: الصورية و الغش .....
148	1- من حيث طبيعة العقد .....
149	2- من حيث الأطراف .....
149	3- من حيث الغرض .....
149	الفرع الثالث :أنواع الصورية .....
150	أولا : الصورية المطلقة .....
151	ثانيا : الصورية النسبية .....

- 1- الصورية النسبية بطريق التستر ..... 152
- 2- الصورية النسبية بطريق المضادة ..... 152
- 3- الصورية النسبية بطريق التسخير ..... 153
- أ- الصورية بطريق التسخير والتعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار .. 154
- 4- الصورية النسبية بطريق التدليس أو الصورية التدليسية ..... 155
- الفرع الرابع : الباعث على الصورية ..... 156
- أولاً: البواعث المشروعة ..... 157
- ثانياً: البواعث غير المشروعة ..... 157
- الفرع الخامس : نطاق الصورية..... 158
- أولاً: العقود ..... 158
- ثانياً: التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ..... 159
- ثالثاً : الأحكام القضائية ..... 159
- رابعاً : الدعاوى القضائية..... 160
- المطلب الثاني: شروط الصورية ..... 161
- الفرع الأول: أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع ..... 161
- أولاً: اتحاد الطرفان..... 162
- ثانياً: اتحاد الموضوع ..... 162
- الفرع الثاني: أن يختلف العقدان من حيث الماهية والأركان والشروط ..... 163
- الفرع الثالث: أن يكون العقدان متعاصرين ..... 164

## الفهرس

- الفرع الرابع: أن يكون أحد العقدين ظاهر علني وهو العقد الصوري ويكون الآخر مستترا وهو العقد الحقيقي ..... 165
- الفرع الخامس: إثبات الصورية..... 165
- أولاً: عبء إثبات الصورية ..... 166
- 1- طرق إثبات الصورية..... 166
- أ- إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ..... 166
- ب - إثبات الخلف العام للصورية ..... 167
- ج- إثبات الغير للصورية ..... 167
- 2- نفي الصورية من جانب المدعى عليه ..... 169
- 3- إثبات الصورية في السندات الرسمية..... 169
- ثانياً : القرائن القانونية على الصورية ..... 171
- 1- قرائن الصورية الواردة بالقانون المدني الجزائري ..... 171
- أ- القرينة القانونية الواردة بالمادة 98 من القانون المدني الجزائري "مشروعية السبب" ..... 171
- أ-1: حالة عدم ذكر السبب في العقد ..... 171
- أ-2: حالة ذكر السبب في العقد ..... 172
- ب - القرينة القانونية الواردة بالمادة 328 من القانون المدني الجزائري "صورية التاريخ العرفي" ..... 172
- المبحث الثاني : أثر الحيل الصورية ..... 174
- المطلب الأول : أحكام الصورية ..... 175

## الفهرس

- 175 ..... الفرع الأول : أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين و خلفهم العام .....
- 176 ..... أولا : العبرة بالعقد الحقيقي .....
- 177 ..... ثانيا : العقد الظاهر لا وجود له .....
- 178 ..... الفرع الثاني : أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير .....
- 178 ..... أولا : تحديد الغير في أثر الصورية .....
- 178 ..... 1- دائني المتعاقدين طرفي الصورية .....
- 179 ..... 2-الخلف الخاص للمتعاقدن طرفي الصورية .....
- 180 ..... ثانيا : أثر الصورية بالنسبة إلى الغير .....
- 181 ..... 1-للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر .....
- 182 ..... أ -حكم التعارض بين مصالح الغير .....
- 184 ..... المطلب الثاني: دعوى الصورية .....
- 184 ..... الفرع الأول: مفهوم دعوى الصورية .....
- 184 ..... أولا : تعريف دعوى الصورية .....
- 185 ..... ثانيا : أساس دعوى الصورية .....
- 185 ..... ثالثا : الخصوم في دعوى الصورية .....
- 186 ..... 1- أطراف العقد الصوري .....
- 186 ..... 2- الغير .....
- 187 ..... رابعا : المصلحة في دعوى الصورية .....
- 188 ..... الفرع الثاني : التمييز بين دعوى الصورية و الدعاوى المشابهة لها .....

- أولاً: دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البولصية ... 189
- 1- تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف ..... 189
- 2- شروط دعوى عدم نفاذ التصرف ..... 190
- أ - الشروط المتعلقة بالدائن ..... 190
- أ - 1: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ..... 190
- أ - 2: أن يكون التصرف ضارا بالدائن ..... 191
- ب - الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه ..... 191
- ب - 1: أن يكون عمل المدين تصرفا قانونيا ..... 191
- ب - 2: أن يكون التصرف تاليا لنشوء حق الدائن ..... 192
- ج - الشروط المتعلقة بالمدين ..... 192
- 3- التمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف ..... 193
- 4- آثار دعوى عدم نفاذ التصرف ..... 193
- أ - بالنسبة إلى الدائن ..... 194
- ب - بالنسبة إلى المتعاقدين ..... 195
- 5- تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف ..... 195
- 6- التمييز بين دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف ..... 196
- أ - أوجه التشابه ..... 196
- ب - أوجه الاختلاف ..... 196
- ثانيا : دعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة ..... 199

200	1- تعريف الدعوى غير المباشرة .....
200	2- شروط الدعوى غير المباشرة .....
201	3- آثار الدعوى غير المباشرة .....
201	4- التمييز بين دعوى الصورية و الدعوى غير المباشرة.....
201	أ -أوجه التشابه.....
202	ب -أوجه الاختلاف .....
203	الفرع الثالث : مباشرة دعوى الصورية.....
204	الفرع الرابع : الحكم في دعوى الصورية.....
205	الفرع الخامس : تقادم دعوى الصورية.....
209	الفصل الثاني : الحيل التدليسية .....
211	المبحث الأول : مفهوم التدليس .....
211	المطلب الأول : تعريف التدليس .....
212	الفرع الأول : التدليس لغة و اصطلاحا .....
212	أولا : التدليس لغة.....
212	ثانيا : التدليس اصطلاحا .....
215	الفرع الثاني : تمييز التدليس عما يشتبه به.....
215	أولا : التدليس والغش.....
215	1-من حيث الفاعل.....
216	2- من حيث الهدف.....



- 3-من حيث المحل ..... 216
- 4-من حيث الأثر ..... 216
- ثانيا : التديس والغلط ..... 217
- 2-من حيث الإثبات ..... 218
- 3- من حيث الأثر ..... 219
- 3-العلاقة بين نظرية الغلط ونظرية للتديس ..... 220
- أ- في ظل النظرية التقليدية للغلط ..... 220
- أ -1: أنواع الغلط ..... 220
- أ-1-1: الغلط المانع ..... 220
- أ-1-2: الغلط المؤثر ..... 220
- أ-1-3: الغلط غير المؤثر ..... 221
- أ-2: البطلان للغلط دون التديس ..... 221
- أ-3: البطلان للتديس دون الغلط ..... 221
- ب-في ظل النظرية الحديثة للغلط ..... 222
- ب-1: حالة امتزاج الغلط بالتديس ..... 223
- ب-2: البطلان للتديس يكون بطلانا للغلط ..... 223
- ثالثا : التديس المدني والتديس الجنائي ..... 224
- 1-من حيث القانون المنظم لكل منهما ..... 225
- 2-من حيث الغرض ..... 225

- 3- من حيث الجوهر ..... 226
- 4- تكامل التدليس المدني والتدليس الجنائي ..... 227
- المطلب الثاني : عناصر التدليس ..... 227
- أولاً : الحيل القولية (الكذب) ..... 229
- 1- التدليس الحسن والتدليس القبيح ..... 230
- أ- موقف الفقه والقضاء الفرنسيين ..... 231
- ب- موقف الفقه والقضاء المصريين ..... 232
- ج- موقف المشرع الجزائري ..... 233
- ثانياً : الحيل الفعلية ..... 234
- 1- مدى كفاية الفعل المجرد لتكوين الحيل التدليسية ..... 234
- ثالثاً : الحيل السلبية (الكتمان) ..... 235
- 1- مفهوم الكتمان ..... 235
- 2- مدى كفاية الكتمان المجرد لتكوين الحيل التدليسية ..... 236
- أ - موقف الفقه والقضاء الفرنسيين ..... 237
- ب - موقف المشرعين الجزائري والمصري ..... 237
- الفرع الثاني : العنصر المعنوي (نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع  
( ..... 239
- أولاً : نية التضليل للوصول إلى غرض مشروع و نية التضليل للوصول إلى  
غرض غير مشروع ..... 240
- المبحث الثاني : إعمال الحيل التدليسية كعيب في الإرادة ..... 242

- المطلب الأول : شروط التدليس المفسد للرضاء ..... 242
- الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالعمل التدليسي ..... 243
- أولا : استعمال طرق احتيالية ..... 243
- ثانيا : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ..... 244
- 1- معيار التدليس الدافع ..... 244
- 2- التمييز بين التدليس الدافع و التدليس غير الدافع ..... 245
- أ- التدليس الدافع إلى التعاقد ..... 246
- ب - التدليس غير الدافع أو العارض ..... 246
- ج- نقد التفرقة بين التدليس الدافع و التدليس العارض ..... 247
- د- التدليس التالي للعقد و التدليس أثناء التعاقد ..... 248
- الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمدلس ..... 248
- أولا : صدور الحيل التدليسية من المتعاقد أو علمه بها ..... 249
- 1- الحيل التدليسية الصادرة من أحد المتعاقدين ..... 249
- أ- الحيل التدليسية الصادرة من المتعاقد ناقص الأهلية ..... 250
- أ-1: موقف الفقه و القضاء الفرنسيين ..... 250
- أ-2: موقف القانون المصري ..... 251
- أ-3: موقف القانون الجزائري ..... 252
- ثانيا : الحيل التدليسية الصادرة من الغير ..... 253
- 1- موقف القانون الفرنسي ..... 253

- 2- موقف القانون الجزائري ..... 255
- ثالثا: استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد ..... 257
- الفرع الثالث: حالات عدم الاعتراف بالتدليس ..... 258
- أولا: حالة التدليس الحسن ..... 258
- ثانيا: حالة العيب الظاهر ..... 259
- الفرع الرابع : عبء إثبات التدليس ..... 260
- المطلب الثاني : أثر الحيل التدليسية ..... 262
- الفرع الأول: حق المدلس عليه في طلب إبطال العقد ..... 262
- أولا : تقرير البطلان النسبي للعقد المشوب بالتدليس ..... 263
- 1- صاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي للعقد ..... 264
- 2- سقوط الحق في التمسك بالبطلان النسبي للعقد ..... 265
- أ - إجازة العقد المشوب بالتدليس ..... 265
- أ-1:تعريف الإجازة ..... 266
- أ-2: شروط الإجازة ..... 266
- أ-2-2: علم المتعاقد بقابلية العقد للإبطال ..... 267
- أ-2-3: زوال العيب المبطل للعقد ..... 268
- أ-3: أثر إجازة العقب المشوب بالتدليس ..... 268
- ب- تقادم العقد المشوب بالتدليس ..... 269
- ب-1: مفهوم التقادم ..... 269

## الفهرس

270	ب-2: أثر تقادم العقد المشوب بالتدليس.....
271	3- نتائج تقرير البطلان النسبي للعقد المشوب بالتدليس.....
271	الفرع الثاني : حق المدلس عليه في طلب التعويض .....
271	أولا : الاقتصار على طلب التعويض .....
272	ثانيا : الجمع بين طلب الإبطال و طلب التعويض .....
273	الفرع الثالث : أثر الحيل التدليسية في بعض الحالات الخاصة .....
273	أولا: التدليس الصادر من الوكيل القانوني للمتعاقد أو من الغير .....
273	1-التدليس الصادر من الوكيل القانوني للمتعاقد .....
274	2- التدليس الصادر من شخص آخر غير المتعاقدين.....
275	ثانيا : حالة اشتراك طرفي العقد في التدليس .....
278	خاتمة.....
285	الاقتراحات .....
286	الملاحق .....
305	قائمة المراجع .....
322	الفهرس .....

## الحيل كوسيلة للتعاقد في القانون المدني

**ملخص:** وجدت الحيل اليوم في التعاقد بين الأفراد مجالاً خصباً، فغالبا ما يلجأ المتعاقدان إلى التحايل من أجل إبرام العقد، وبالرغم من الانتشار الواسع لها ومن آثارها الوخيمة على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يخصصها بنظرية عامة، فنجدها في نصوص متفرقة ومواضع مختلفة في القانون المدني، بحث يختلف مدلولها بحسب مصدرها والغاية منها، فإما أن تكون من المشرع الوضعي يهدف من استعمالها إلى صياغة القانون صياغة خاصة والعمل على تطويره وهذه هي الحيل القانونية "Fiction de droit"، وإما أن تكون من الأفراد وهي نوعين، من أحد طرفي العقد على الطرف الآخر بهدف إيهامه بغير الحقيقة وهي الحيل التدليسية "Le dol"، أو باتفاق طرفين العقد معا على إخفاء الحقيقة عن الغير وهي الحيل الصورية "La simulation".

**الكلمات للمفتاحية:** الحيلة، العقد، الحيلة القانونية، التدليس، الصورية، المتعاقد، البطلان

### Les fictions comme un moyen de se contracter en droit civil

**Résumé :** les fictions ont trouvées aujourd'hui un terrain fertile dans l'élaboration des contrats, où les contractants recourent souvent au contournement, et malgré la propagation généralisée, sa large diffusion et ses effets néfastes sur la stabilité des transactions, le législateur n'a pas accordé une théorie générale concernant ses derniers, nous les trouvons dans différents textes en droit civil, alors que sa signification est différente en termes de sa source et son but. Soit du législateur qui l'utilise pour la rédaction et le développement de la loi et c'est les fictions de droit. Soit des individus et qu'un des deux types, d'un des contractants pour tromper le deuxième et c'est le dol, où d'un commun accord des deux parties pour dissimulé la vérité, et c'est la simulation.

**Mots clés :** fiction , contrat ,fiction de droit , dol , simulation , contractant , nullité

### Fiction as a way to contract in civil law

**Abstract :** The contractor often going today green fictions to contract, despite the deployment of fiction and serious effect on the stability of the transaction, the legislature has not given a general theory concerning the latter, and have found in various articles in the civil law.

Its meaning differs according to its source and purpose, first the legislators used in drafting the law, and that is the law of fiction, where many people come, and there are two types of a contractor for, the second mistake and it's fraud, which by the agreement of both contracting lice concealed the truth, and it's simulation.

**Key words :** fiction , contract , fraud , simulation , contractor , nullity.