

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)

المواد 191 الى 197 من القانون المدني

أولاً: تعريف دعوى عدم نفاذ التصرف والهدف منها

هي إحدى الوسائل التي وضعها المشرع تحت تصرف الدائنين بقصد حمايتهم من التصرفات التي يرمها المدين بسوء نية إضراراً بهم. وهذه الدعوى لا تهدف في الحقيقة إلى إبطال تصرفات المدين. ولكن الهدف منها عدم الاحتجاج بالتصرف الصادر من المدين على الدائن رافع الدعوى مع بقاء تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر إليه التصرف.

فهي اذن الدعوى التي يرفعها الدائن ضد التصرفات القانونية للمدين الصادرة عنه إضراراً به والتي من شأنها أن تؤدي الى إفساره او الزيادة في ذلك، بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.

سميت هذه الدعوى البولصية نسبة الى القاضي الروماني بولص الذي ابتدعها.

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة، فهي تهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. كما تهدف الى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سرعان أثر تصرفاته في مواجهتهم كي لا يضاروا به. لأن المدين قد يعتمد الى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه، فقد يبيع امواله الظاهرة ويخفي ثمنها، او يحابي اقربائه واصدقائه فيبيعهم امواله بثمان بخس او يهبهم إياها.

ثانياً: شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين

يمكن رد وإجمال شروط الدعوى البولصية الى ما يلي:

- يجب ان يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً مادياً.
- يجب أن يكون تصرف المدين المطعون فيه منطوياً على غش أو تواطؤ مع المتصرف اليه.
- يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين.
- يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود (موجود) وخالياً من النزاع.
- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه.
- يجب أن يكون تصرف المدين المطعون فيه مؤدياً إلى إفساره أو الزيادة فيه.

هذه الشروط منها ما يرجع لحق الدائن ومنها ما يعود للتصرف المطعون فيه ومنا ما يتعلق

بالمدين:

1-الشروط التي ترجع إلى الدائن: المادة 191 ق م

يجب أن يكون حق الدائن **محقق الوجود (موجود) وخالياً من النزاع**: فالدائن صاحب المصلحة الحقيقية في رفع هذه الدعوى هو الذي تأكد حقه. أما الدائن صاحب الحق الاحتمالي (المعلق على شرط واقف مثلاً) فلا يحق له رفع هذه الدعوى.

يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الغير من قبيل المعاوضات (أي تصرف بمقابل كالبيع مثلاً) فإن المشرع تتطلب في هذه الحالة أن يكون حق الدائن الذي يجوز له رفع هذه الدعوى مستحق الأداء وقت قيام المدين بإبرام التصرف.

أما إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الغير من قبيل التبرعات (كالهبة مثلاً). فإن المشرع أعطى الحق لجميع الدائنين أصحاب الحقوق الموجودة وقت إبرام التصرف بالطعن على هذا التصرف بعدم النفاذ في مواجعتهم.

كذلك يجب أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه. فإذا نشأ حق الدائن بعد إبرام المدين للتصرف سواء كان معاوضةً أو تبرعاً. فلا يحق للدائن أن يطعن على هذا التصرف السابق على نشوء حقه بالدعوى البولصية لأن حقه وقت إبرام التصرف لم يكن له وجود.

والعلة من اشتراط **أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف المطعون فيه** تكمن في أنه من المتعذر تصور غش المدين إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على تصرفه، فلا يجوز لشخص أن يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء التصرف، لتعذر الادعاء بأن المدين قصد من تصرفه الاضرار به. والعبرة في احتساب اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه، وعبء اثبات الاسبقية هذه يقع على عاتق الدائن لأنه المدعي.

2-الشروط التي ترجع إلى المدين

شرط الإعسار: يشترط المشرع لممارسة دعوى عدم نفاذ التصرف **أن يكون تصرف المدين مؤدياً إلى إعساره أو الزيادة في اعساره**، أي أن يؤدي إلى زيادة ديونه على أمواله. وأن يبقى الإعسار قائماً حتى وقت رفع الدعوى طبقاً للمادة 191 ق م.

والمقصود بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي. حيث يؤدي التصرف الذي أبرمه المدين إلى زيادة ديونه الحال منها والأجل. على حقوقه أو أمواله. وهو ذات الإعسار المتطلب في الدعوى غير المباشرة.

والإعسار متصور حتى في الفرض الذي يتصرف فيه المدين معاوضةً. ذلك أنه قد يبيع أمواله بثمن بخس. أو قد يشتري المدين شيئاً بثمن مغالى فيه أو في وقت تتسم فيه الأثمان بالاتجاه إلى الارتفاع.

ويقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن رافع الدعوى. طبقاً للمادة 193 ق م ويكون ذلك بإثبات ما في ذمة المدين من ديون. عندها ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن له من الأموال ما يكفي لسداد ديونه أو ما يزيد عليها.

شرط الغش وقصد الاضرار: طبقاً للمادة 192 ق م يجب أن يكون تصرف المدين منطويماً على غش أو تواطؤ. وأن يتصل هذا الغش بعلم المتصرف إليه حتى يمكن الطعن على التصرف بعدم النفاذ، **ولكن يجب أن نفرق هنا بين حالتين:**

الحالة الأولى: إذا كان تصرف المدين بعوض كالبيع مثلاً. فيشترط لإمكان الطعن على هذا التصرف أن يكون منطويماً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم به.

ويقصد بالغش أن يكون المدين قاصداً من وراء التصرف الإضرار بالدائن. ونظراً لأن إثبات الغش أمر صعب على الدائن رافع الدعوى. فإن المشرع قد يسر له هذا الإثبات فقرر أن الدائن عليه فقط لإثبات الغش أن يثبت أن المدين قد تصرف وهو معسر. ويعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا أثبت الدائن أن المتصرف إليه كان يعلم بإعسار المدين وقت التصرف. وعلى ذلك فإن المتصرف إليه يمكن له التخلص من الطعن على التصرف بعدم النفاذ إذا أثبت أنه كان حسن النية ولا يعلم بإعسار المدين وقت التصرف.

ومع ذلك يستطيع المتصرف إليه أن يثبت حسن نيته حتى ولو قام الدائن بإثبات علمه بإعسار المدين. وذلك حين يثبت أنه بالرغم من علمه بإعسار المدين. فإنه كان يجهل أن التصرف قد تم إضراراً بالدائن.

الحالة الثانية: إذا كان تصرف المدين تبرعاً كالهبة مثلاً، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو كان المتصرف إليه حسن النية. وحتى ولو لم يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً. وعلة ذلك هو كما سبق وأن ذكرنا أن درء المفسد مقدم على جلب المنافع. فالمتصرف إليه تبرعاً ينتظر الحصول على منفعة بحته دون مقابل. أما الدائن فإن التصرف قد أصابه ضرر لأنه بدون مقابل. فمصلحة الأخير تقدم على مصلحة المتبرع إليه لدرء المفسدة عنه.

3- الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

يجب صدور تصرف قانوني من المدين: يجب ان يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً، وهو كل اتجاه للإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين سواء بالعقد أو الإرادة المنفردة. وعليه ينبغي ان يكون العمل المطعون فيه والصادر من المدين عن غش، تصرفاً قانونياً سواء صدر من جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل والوقف أو صدر من الجانبين كالعقد، وسواء كان ملزماً لجانب واحد كالهبة أو ملزماً للجانبين كالبيع، أو كان العقد معاوضة كالقسمة أو تبرعاً كالقرض والهبة دون عوض، أما إذا وقع البيع أو الهبة في مرض الموت كان حكمهما حكم الوصية ويعتبران غير نافذين دون حاجة للطعن بهما بهذه الدعوى.

وعليه فإن كل ما يصدر من المدين من أعمال مادية ولو كانت أعمال ضارة به. كالعمل غير المشروع والتزام المدين بدفع تعويض عنه فلا يمكن الطعن فيها والاحتجاج بعدم نفاذها في مواجهة الدائنين وإن ترتب عليها تحميل المدين بالتزامات. وذلك لأن القول بعدم الاحتجاج بهذه الأعمال في مواجهة الدائنين معناه عدم حصول المضرور على التعويض عما أصابه من حوادث وهو ما لا يجوز.

يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين: ويعد التصرف القانوني الصادر من المدين ضاراً بالدائنين إذا كان تصرفاً مفقراً للمدين. وهو لا يكون كذلك إلا إذا أدى إلى الانتقاص من حقوق المدين كإخراج مال من ذمته تبرعاً أو بمقابل بثمن بخس. أو أدى إلى زيادة التزاماته كأن اقترض المدين بعقد قرض بفوائد.

أما إذا كان التصرف لا ينقص من حقوق المدين أو يزيد من التزاماته (كعدم قبول المدين الهبة مثلاً) فلا يجوز للدائنين الاحتجاج على هذا التصرف بعدم النفاذ. لأن قبول الهبة من عدمه يقوم على اعتبارات شخصية وأدبية لا يستطيع تقديرها إلا المدين.

تبعاً لما تقدم يكون التصرف مفقراً للمدين إذا:

- ✓ إذا ترتب عليه الإنقاص من الحقوق المدين، كتصرفه بعين يملكها بالبيع بأقل من قيمتها أو بالهبة.
- ✓ إذا ترتب عليه الزيادة في التزاماته، كأن يقترض مالاً أو يشتري عيناً بأكثر من قيمتها.

ولا يكون التصرف مفقراً للمدين إذا:

- ✓ امتناعه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع بالزيادة من حقوقه، كرفضه هبة عرضت عليه.
- ✓ امتناعه تقوية ذمته المالية بالامتناع عن الإنقاص من التزاماته كرفضه الإبراء من دين في ذمته.

يجب أن يكون تصرف المدين تالياً في النشوء على حق الدائن: فلا يتصور بالطبع أن يصيب الدائن ضرراً من جراء تصرف المدين إذا كان تصرف المدين قد تم قبل نشوء حق الدائن. ومع ذلك فإنه إذا أبرم المدين تصرفاً يريد به الإضرار بدائن مستقبل. فإن أي دائن يستطيع أن يحتج على هذا التصرف بالدعوى البولصية. ومن أمثلة هذه الحالة أن يبيع المدين عقاراته كلها قبل أن يبرم عقد القرض. ففي هذه الحالة فإن الغش يؤدي إلى استبعاد هذا الشرط.

ويقع على الدائن عبء إثبات أن تاريخ التصرف المطعون عليه لاحقاً على حقه.

ثالثاً: آثار دعوى عدم نفاذ التصرف

يجب أن نلاحظ أولاً أن هذه الدعوى لا تهدف إلى إبطال تصرفات المدين. ذلك أن البطلان هو وصف يلحق التصرفات القانونية التي لم تستكمل الأركان والشروط التي يتطلبها القانون فيها عند نشوئها. لكن هذه الدعوى تهدف إلى حماية الدائنين من التصرفات الصحيحة التي يبرمها المدين ويترتب عليها إضراراً بهم.

1- آثار الدعوى بالنسبة للدائنين

طبقاً للمادة 194 ق م متى تقرر عدم نفاذ التصرف يستفيد منه جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم. وعلى ذلك فإن الدائن رافع الدعوى وغيره من الدائنين لا يمكن الاحتجاج بالتصرف في مواجهتهم. فيستطيع أي دائن منهم اتخاذ كافة إجراءات التنفيذ على المال محل التصرف كما لو كان باقياً في ذمة المدين. فالفائدة من عدم النفاذ تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه إضراراً بهم.

وتطبيقاً لما تقدم إذا كان التصرف ينقص من أموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه تصرف المدين يعتبر أنه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف إسقاط حق عيني، كالتنازل عن حق ارتفاق، رجع الحق بالنسبة للدائن، وإذا كان التصرف إبراءً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين. أما إذا كان التصرف يزيد في التزامات المدين، كاقتراضه مالاً أو سدد القرض أو شراء عين معينة ودفع الثمن، وجب على المتصرف اليه وهو المقرض أو البائع أن يرد إلى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن.

ويتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى أو تنفيذ الحكم الصادر عنها ولو لم يفقد صفة الدائن في ثلاث حالات:

- ✓ إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه، لانتفاء شرط إعسار المدين.
- ✓ إذا اثبت من صدر اليه التصرف إن المدين يملك كالأ كافيًا للوفاء بحق الدائن.
- ✓ إذا لم يكن الخلف قد دفع الثمن بعد، وكان قريباً من ثمن المثل بإيداعه في صندوق المحكمة

2- آثار الدعوى على العلاقة بين المتصرف والمتصرف إليه

إن دعوى عدم نفاذ التصرف لا تمس وجود التصرف المبرم بين المدين (المتصرف) والمتصرف إليه. فإن هذا التصرف يبقى صحيحاً منتجاً لجميع آثاره. وينصرف أثره إلى خلفهما العام أو الخاص، ويبقى التصرف نافذاً في حق الدائنين الذين لم يطعنوا به أو لم يشاركوا في الإجراءات اهمالاً أو لعدم توفر شرط الدعوى. ويقتصر أثر الحكم على الدائن الطاعن ومن استفاد منه من الدائنين.

كما أن للمتصرف إليه أن يرجع على المدين المتصرف بكل الدفع التي تنشأ من التصرف. فله أن يطالبه بضمان الاستحقاق أو التنفيذ بمقابل. أو بالفسخ والتعويض.

ويترتب على بقاء التصرف نافذاً بين طرفيه (المتصرف والمتصرف إليه) ومن يخلفهما، إن كان التصرف بيعاً مثلاً النتائج التالية:

- ✓ يرتب التصرف جميع آثاره إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذه بحق الدائنين، فيلتزم المشتري بدفع الثمن ويلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه.

- ✓ يعتبر الشيء المبيع ملكاً للمشتري، فإن نفذ عليه الدائن واستوفى حقه وبقي شيء من ثمنه فإنه يعد ملكاً للمشتري وتسلم له وإن كان سيء النية متواطئاً.
- ✓ تنصرف آثار التصرف الى الورثة والخلف الخاص كالمشتري الثاني، فان بقي شيء من الثمن بعد التنفيذ ورثها ورثة المشتري لا ورثة البائع.
- ✓ يكون التصرف نافذاً بحق دائي المشتري وتنتقل إليهم حقوقه، ولهم ان ينفذوا على العين المباعة بعد ان يستوفي دائي المدين حقوقهم منها.

تقادم الدعوى البولصية: تسقط الدعوى البولصية بالتقادم طبقاً للمادة 197 من القانون المدني بمرور 03 ثلاث سنوات من تاريخ علم الدائن بالسبب الموجب لرفعها وتسقط في جميع الأحوال بمرور 15 سنة من تاريخ ابرام التصرف المراد الطعن فيه.

مقارنة بين دعوى عدم نفاذ تصرف المدين والدعوى غير المباشرة

أوجه التشابه: وتتمثل فيما يلي

- ✓ كل منهما يهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.
- ✓ كل منهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه تصرف يلحق ضرراً بدائنيه.

أوجه الاختلاف وتتمثل فيما يلي:

- ✓ دعوى عدم النفاذ ترمي الى حماية الدائن من غش المدين وتهريب أمواله من متناول دائنيه، بينما ترمي الدعوى غير المباشرة الى وقاية الدائن من اهمال مدينه في المحافظة على حقوقه.
- ✓ الدائن يرفع دعوى عدم النفاذ باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين، بينما في الدعوى غير المباشرة يقيم الدائن الدعوى باسم مدينه ويستعمل فيها حقوقه نيابة عنه ليخاصم فيها غيره.
- ✓ أثر دعوى عدم النفاذ ينصرف الى الدائنين. بينما ينصرف أثر الدعوى غير المباشرة الى المدين وتؤول نتيجتها إليه مباشرة وإن أفاد منها دائنوه بصورة غير مباشرة.

المبحث الثالث

دعوى الصورية

المادتان 198 و199 من القانون المدني

الصورية هي تعبير عن تصرف غير مقصود كلياً أو جزئياً، لتحقيق غرض شخصي قد يكون مشروعاً أو غير مشروع. والصورية غير ممنوعة شرعاً أو قانوناً، ما لم تتخذ وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، أو للتحايل على أحكام القانون.

أولاً: مفهوم الصورية

الصورية هي اصطلاح مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه في الوقت نفسه تعبير مخفي ومخالف للحقيقة المقصودة، سواء أكانت هذه الحقيقة، هي عدم وجود تصرف، أو وجود تصرف بشروط أو طبيعة مختلفة عن الشروط أو الطبيعة المعلنة..

أو هي وضع ظاهر غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً، يقوم على اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه، فإذا وقعت هبة في صورة بيع أو قرض، كان عقد البيع أو القرض هو العقد الصوري، أما الهبة فهي العقد الحقيقي ويسمى بورقة الضد.

ويلجأ الشخص للصورية كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما، إما للتحايل والتهرب من تطبيق القانون أو بقصد الاضرار بشخص معين.

والغرض من اللجوء إلى الصورية يختلف من متعاقد إلى آخر، فقد يقصد بها الإضرار بدائن المتعاقد البائع لحرمان هذا الدائن من التنفيذ على العين المبيعة وقد يكون الغرض إظهار المشتري بمظهر الثراء تمكيناً له من الحصول على امتيازات ما اقتصادية أو اجتماعية.

وفي كل الأحوال تهدف الصورية إلى الاحتيال على أحكام القانون، ولكن قد تحدد هذا الاحتيال بواعث مشروعه، كشخص يريد أن يكتسب إحسانه، وقد تحدد بواعث غير مشروعة. كالتهرب من الرسوم المالية المفروضة على عقد ما.

فالغرض من اللجوء إلى الصورية هو التحايل دائماً، ولكن يختلف أثر هذا التحايل باختلاف الأحوال. فإذا كان الغرض منه هو تصحيح عقد باطل لعدم مشروعية الباعث عليه ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته.

أما إذا لم يكن الغرض من الصورية إخفاء تصرف غير مشروع، فإن الكشف عنها لا يترتب عليه بطلان التصرف الحقيقي مادام مشروعاً، وإنما يقتصر الجزاء على حرمان المتعاقدين من تحقيق الغرض

الذي قصدا إليه بالصورية كأن يتقاضى مكتب الشهر العقاري رسوم التسجيل كاملة على أساس الثمن الحقيقي لا الصوري المعلن.

ثانياً: أنواع الصورية

تبعاً لما تقدم الصورية نوعان مطلقة ونسبية كما يلي:

الصورية المطلقة: هي التي تنصب على وجود التصرف في حد ذاته لأن المتعاقدين لم يقصدا بالتصرف الظاهر أن تترتب عليه آثار قانونية، بحيث يوجد مظهر لتصرف قانوني لا وجود له في الحقيقة. كأن يبيع المدين جزءاً من ماله لزوجته لكي يمنع تطبيق إجراءات التنفيذ على هذا المال، دون أن يقصد بيعه فعلاً. ولكي يتحقق له ذلك فإنه يحتفظ بورقة يبين فيها علاقته الحقيقية مع المتصرف إليها زوجته. وهي أن الملكية ما زالت للبائع الزوج. فنكون هنا بصدد عقدين، الأول العقد الظاهر أي الصوري، والثاني هو العقد الذي يبين فيه أنه لم يقصد بالعقد الأول نقل الملكية فعلاً، هذا العقد الثاني هو ما جرى الفقه على تسميته بورقة الضد.

الصورية النسبية: ففيها يكون العقد الظاهر سائرًا لتصرف حقيقي يختلف عنه من حيث الطبيعة، أو من حيث الشروط والأركان، أو من حيث شخصية أطرافه.

وعليه فالصورية النسبية تنقسم بدورها الى ثلاث أنواع هي

الصورية بطريق التستر أو من حيث الطبيعة، كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستارًا لإخفاء الهبة تجنبًا لطعن الورثة في الهبة.

الصورية بطريق المضادة أو من حيث الشروط والأركان، كما لو ذكر في بيع العقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهربًا من دفع رسوم التسجيل كاملة، إذ إن رسم التسجيل يمثل نسبة من الثمن.

الصورية بطريق التسخير أو التوسط أو من حيث شخصية أحد المتعاقدين، وهي التي تقوم على إخفاء شخصية أحد المتعاقدين، وكثيرا ما يقع ذلك تحايلا على القانون كما هو الحال بالنسبة للحقوق المتنازع عليها حيث طبقا للمادة 402 من ق م لا يجوز للقضاة ولا للمحامين و ... ان يشتروا بأنفسهم ولا باسم مستعار الحقوق التي يكون نظرها من اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. فيعمد المتعاقدان تحايلا على هذا النص، إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية آخر. فالإخفاء هنا ينصب على شخص الملتزم أو المستفيد من التصرف القانوني، فيبرم التصرف شخص يعير باسمه للمتعامل الحقيقي، ولذا تعرف هذه الصورية بحالة الاسم المستعار أو النيابة الخفية

ثالثاً: شروط دعوى الصورية

تتحقق الصورية بتوافر الشروط الآتية:

1- يجب أن يوجد عقدان أو تصرفان ظاهر وخفي اتحداً فيهما الطرفان والموضوع.

2- يجب أن يختلف العقدان أو التصرفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.

3- يجب أن يكون التصرفان أو العقدان متعاصرين يصدران معاً في وقت واحد: والعبارة بالمعاصرة الذهنية لا المادية، فهي تعدّ متحققة إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الظاهر، حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق، أما إذا اتفق الطرفان على عقد جدي ثم طرأ بعد ذلك ما جعلهما يعدلان عنه أو يعدلان فيه، كان هذا اتفاقاً جديداً لا ينفي عن الاتفاق الأول جديته، ومن ثم لا تتحقق الصورية في هذه الحالة.

4- يجب أن يكون أحدها ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري، ويكون الآخر خفياً وهو العقد الحقيقي.

ولا تتحقق الصورية إذا كان العقد جدياً، ولو لم يتفق على إبرامه إلا لغرض معين كالإضرار بدائنه. إذ تكون وسيلة الدائنين للمحافظة على الضمان العام في هذه الحالة هي الدعوى البوليصية ولكن في جميع الأحوال يشترط في الإرادة الظاهرة أن يكون قد سبقها أو صحبها إرادة أخرى تم التعبير عنها تبقى طي الخفاء غالباً وتبين حقيقة الأولى .

والصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً وليس يغش أحدهما الآخر، وإنما يريدان. معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين، ومن ثم لا يشترط لتحقق الصورية إثبات سوء نية الطرفين غير أنه يشترط أن يطعن أحد الخصوم بصورية التصرف القانوني، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بصورية عقد من تلقاء نفسها.

رابعاً: احكام دعوى الصورية

ترفع دعوى الصورية من قبل أحد المتعاقدين على الآخر للطعن في العقد الظاهر بالصورية، ويجوز ان ترفع من كل ذي مصلحة في التمسك بالعقد المستتر لتقرير صورية العقد الظاهر.

إذا أثبت الدائن صورية تصرف المدين، فإن لبقية الدائنين دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم، الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف، فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف، إذ هي في الحقيقة لم تخرج من ملك المدين أي ما زالت في ضمانهم العام.

وعليه فالصورية ليس بذاتها سبباً للبطلان، فالتصرف الصوري ليس تصرفاً باطلاً لمجرد كونه صورياً ولكن من ناحية أخرى فإن نفي بطلانه لا يعني أنه تصرف ينتج آثاره القانونية ما دامت هذه الآثار

غير مقصودة في الحقيقة فالقواعد العامة تقتضي أن تكون العبرة بالعقد الحقيقي سواء من حيث الشروط الموضوعية أو من حيث الآثار.

فإذا كانت الصورية مطلقة لم يوجد تصرف أصلاً لانعدام الإرادة الجدية وجوهر التصرف القانوني هو اتجاه إرادة جديّة إلى إحداث أثر قانوني، وإذا كانت الصورية نسبية فالعبرة من الناحية الموضوعية بالعقد الحقيقي هل استكمل شروط الانعقاد والصحة أم لا. فإذا كان قد انعقد صحيحاً وجب تطبيق أحكامه لا أحكام العقد الظاهر.

وعلى ذلك إذا أخفى المتعاقدان الهبة تحت ستار عقد بيع وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية سواء من حيث الرضاء أو المحل أو السبب. فيجب أن يكون البائع الصوري أهلاً للتبرع وأن يكون الباعث مشروعاً وإلا كانت الهبة باطلة، أما من حيث الشكل فالعبرة بالعقد الصوري.

1- آثار الصورية بين المتعاقدين

لا شك أنه فيما بين المتعاقدين العبرة بما انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية، أي العبرة بالعقد الحقيقي طبقاً للمادة 199 ق م وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان التصرف الصوري بيعاً مثلاً فإنه لا ينقل الملكية إلى المتصرف إليه، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفي وصية ويظل البائع في مواجهة المشتري مالكاً وحق له أن يبيع ما يملكه بيعاً حقيقياً تنتقل به الملكية إلى المشتري الحقيقي.

وهذه الأحكام هي التي تسري بالنسبة للخلف العام لكل من طرفي المعاملة الصورية، أي بالنسبة. لورثة كل من البائع والمشتري كما في المثال السابق.

2- آثار الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في الصورية، كل شخص اعتقد بحسن نية وقت تعامله أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن إليه وتعامل على هذا الأساس. وتقتضي قواعد العدالة ومبدأ استقرار المعاملات حمايته من الضرر الناشئ عن اعتماده على مظهر كاذب اتخذته المتعاقدان وكان سبباً في تضليله.

وعليه يعتبر من الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. ويشمل هذا طائفتين ذكرتهما المادة 198 ق م، وهما الدائنون والخلف الخاص لكل من المتعاقدين.

الخلف الخاص هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين أو حق عيني آخر، مثل المشتري والموهوب له والدائن المرتهن. ولكن طائفة الغير لا تقتصر عليهما، فالمدين وهو ليس خلفاً خاصاً لدائنه يعدّ من الغير إذا حول الدائن حقه حوالة صورية. كما لا يشترط أن تكون هناك رابطة عقدية بين أحد طرفي التصرف الصوري وبين الغير. على اعتبار أن الخلف الخاص هو من يتلقى حقه من سلفه بسبب يغير التصرف الصوري الصادر من السلف، وللغير حسن النية طبقاً للمادة 198 أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستور إذا كانت له مصلحة في ذلك.

ودائن البائع السوري يستطيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي ويطعن بصورية عقد البيع لكي يثبت أن المبيع ما زال في ملك مدينه، ومن ثم يستطيع أن ينفذ عليه. وإذا كان التصرف هبة في صورة بيع، استطاع أن يثبت أن التصرف في حقيقته هبة ليمكنه الطعن فيه بالدعوى البوليصرية، دون حاجة إلى إثبات التواطؤ والغش. على أنه ينبغي أن تتوافر مصلحة للدائن في الطعن بالصورية، فمن اللازم أن يكون التصرف السوري مؤدياً إلى التأثير في الضمان العام للدائن أو في حقه من تصرف آخر لیتاح له الطعن بصوريته.

حكم تعارض مصالح دائني المتعاقدين: لم يعالج المشرع الجزائري بموجب المادة 198 ق م حالة ما إذا تمسك دائني المتعاقدين الأول بالعقد السوري لأنه في مصلحتهم وتمسك دائني المتعاقدين الآخر بالعقد الحقيقي لأنه في مصلحتهم، لكن بالرجوع للقواعد العامة وجب ترجيح مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر حماية للغير حسن النية وها هو موقف المشرع المصري حيث قرر "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك البعض بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين". ويترتب على هذا إذا تمسك البائع السوري بالعقد المستتر، وتمسك دائن المشتري السوري بالعقد الظاهر، فضل دائن المشتري.

غير أنه بالرجوع إلى قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح وجب ترجيح مصلحة من يريد المحافظة على الضمان العام (درء المفسدة) على من يريد الزيادة فيه (جلب المصلحة).

والملاحظ أخيراً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم أبداً، والذي يسقط بالتقادم هي الدعاوى المتعلقة بالتصرف الحقيقي بعد إثبات الصورية.

والأصل في العقود والالتزامات أنها حقيقية فالصورية لا تفترض البتة، ومن يدعيها يدعي خلاف الظاهر والأصل وعليه أن يثبتها. ولا يجوز للمتعاقدین وخلفهما العام اثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. وللغير خلفاً خاصاً أو دائناً اثبات الصورية بكافة طرق الإثبات 333 ق م.