

Identification			
	<b>Juridiction</b> Cour d'appel de commerce	<b>Pays/Ville</b> Maroc / Casablanca	<b>N° de décision</b> 4725
<b>Date de décision</b> 20221027	<b>N° de dossier</b> 2021/8232/4772	<b>Type de décision</b> Arrêt	<b>Chambre</b>
Abstract			
<b>Thème</b> Action paulienne, Civil		<b>Mots clés</b> Transaction fictive, Simulation, Preuve par présomptions, Lien conjugal, Garantie générale des créanciers, Fraude aux droits des créanciers, Débiteur incarcéré, Chèque, Annulation d'acte, Action paulienne	
<b>Base légale</b>		<b>Source</b> Non publiée	

## Résumé en français

Saisi d'une action en nullité pour simulation, la cour d'appel de commerce censure le jugement ayant déclaré la demande irrecevable. Le tribunal de commerce avait écarté l'action au motif que le créancier ne justifiait pas du caractère définitif de la condamnation pénale de son débiteur, condition jugée nécessaire pour établir son incapacité juridique. La cour retient que la simulation, en tant que fait juridique, peut être prouvée par tout moyen par le créancier tiers, indépendamment de la question de l'incapacité du débiteur. Elle relève l'existence de présomptions graves, précises et concordantes tenant à l'émission d'un chèque par le débiteur incarcéré au profit de son épouse, sur un compte dépourvu de provision, postérieurement à la naissance de la créance et à l'engagement des mesures d'exécution. La cour en déduit que l'opération avait pour unique but de créer un créancier fictif afin de faire échec au droit de gage général du créancier initial, en violation des dispositions de l'article 1241 du dahir des obligations et des contrats. Par conséquent, la cour infirme le jugement entrepris et, statuant à nouveau, prononce la nullité de la transaction litigieuse.

# Texte intégral

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدم بنك (ق. ع. س.) بواسطة محاميه بمقال استئنافي مؤدى عنه بتاريخ 24/09/2021 يستأنف بمقتضاه الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 5056 بتاريخ 18/05/2021 في الملف عدد 1495/8204/2021، القاضي بعدم قبول الطلب وتحميل رافعه الصائر .

في الشكل :

سبق البت بقبول الإستئناف بمقتضى القرار التمهيدي الصادر في النازلة بتاريخ 31/03/2022 .

في الموضوع :

حيث يستفاد من وثائق الملف والحكم المطعون فيه ان المستأنف بنك (ق. ع. س.) تقدم بواسطة محاميه بمقال افتتاحي لدى المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 08/02/2021, عرض من خلاله أن المدعى عليه الأول إسماعيل (أ.) كان يشتغل ضمن مستخدميه وأن أنه على إثر شكاية تقدم بها البنك في مواجهته صدر في حقه قرار استئنافي جنائي قضى بمؤاخذته من أجل جناية تبديد أموال عمومية والحكم عليه رفقة باقي المتهمين بأربع سنوات سجنا نافذا لكل واحد وغرامة نافذة قدرها 40.000 درهم ، وفي الدعوى المدنية التابعة الحكم على المتهمين بأدائهم تضامنا لفائدة الطرف المدني مبلغ 4.024.012,69 درهما قيمة المبلغ المبدد وبأدائهم تعويضا قدره 300.000 درهم تضامنا وتحميلهم المصاريف، وتم تأييده استئنافيا، وأنه بعد الحصول على نسخة تنفيذية في مواجهة المدعى عليه الأول ومن معه من أجل أداء مبلغ 4.324.012,69 درهما، أوقع حجزا على ما للسيد إسماعيل (أ.) بين يديه من مبالغ في حدود 4.324.012,69 درهما بموجب الأمر بالأداء الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية المدنية بتاريخ 31/01/2020 ملف عدد 1706/1104/2020، وأن السيد إسماعيل (أ.) باشر إجراءات التنفيذ الخاصة بقرار استئنافي في مجموع مبلغ 778.824,45 درهما في إطار دعوى اجتماعية من أجل الطرد التعسفي، وأن العارض وأمام هذا الوضع وبالنظر إلى الحجز المضروب بين يديه على ما للمدعى عليه الأول من مبالغ وجه كتابا للمفوضة القضائية السيدة زهرة (ب.) أشعرها بتعذر تنفيذ القرار المذكور لوجود حجز بين يديه لفائدته على مبلغ 4.324.012,69 درهما وذلك بموجب كتاب توصلت به بتاريخ 26/06/2020، وأن العارض تقدم بمقال رام إلى المصادقة على الحجز لدى الغير في مواجهة السيد إسماعيل (أ.) موضوع الملف عدد 903/1112/2020 أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء وأن المدعى عليها الثانية تقدمت بمقال رام إلى التدخل الإرادي في الدعوى أمام السيد رئيس المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء بالملف موضوع طلب المصادقة على الحجز لدى الغير، تعرض فيه أنها دائنة للمدعى عليه الثاني بمبلغ 750.000 درهم وأنها بتاريخ 04/11/2020 استصدرت أمر بالأداء عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء قضى بأداء مبلغ الدين 750.000 درهم بتاريخ 09/11/2020 استصدرت أمرا بإجراء حجز لدى الغير عن نفس المحكمة قضى بإجراء الحجز على المبلغ المذكور بين يدي بنك (ق. ع. س.) في مواجهة المحجوز عليه السيد إسماعيل (أ.) معتبرا أنه تم حجز نفس المبلغ الذي تم حجزه من البنك المطلوب المصادقة عليه، وأنها تلتمس أمر البنك المحجوز بين يديه بإيداع المبلغ المحجوز بكتابة الضبط وفق مقتضيات المادة 495 من ق م م، إلا أنه وبعد مراجعة مسطرة الأمر بالأداء المعتمد في الطلب، فقد تبين بأن سند الدين هو شيك تحت عدد 0610053 مسحوب على بنك (ق. ع. س.) باسم المدعى عليه، الأول بمبلغ 750.000 درهم مؤرخ في 31/12/2019 وأن هذا الأخير معتقل منذ 21/04/2018 إلى غايةه وبالنظر إلى أن تاريخ تسليم الذي يبقى إجراء خارج القانون بصريح الفصلين 37 و 38 من القانون الجنائي ، مما يجعل التصرف المنجز من طرف السيد إسماعيل (أ.) باطلا بقوة القانون ذلك أن حسابه البنكي ولمدة طويلة لم يكن يتوفر على المبلغ المعبأ بالشيك وأن الدين موضوع الشيك هو مبلغ وهمي صوري لخلق سند لمواجهة التوزيع الودي في إطار إجراءات الحجز لدى الغير للاستفادة بطريقة تدليسية على

طلب العارض في أداء ما على السيد إسماعيل (أ) في إطار المبلغ المحكوم له بالملف الاجتماعي للاستفادة من عملية التوزيع حسب الامتياز استنادا للفقرة الرابعة من المادة 494 من ق م م، ملتصقا بالتصريح ببطان المعاملة موضوع الشيك عدد 0610053 حساب عدد [رقم الحساب] الصادر عن السيد إسماعيل (أ) بتاريخ 31/12/2019 بمبلغ 750.000 درهم مع ما يترتب عليها قانونا من أوامر قضائية وتحميل المدعى عليه الصائر، وأرفق مقاله بنسخة من مقال التدخل الإرادي في الدعوى، نسخة من القرار الاستثنائي الجنائي، نسخة من الأمر بالأداء، صورة شيك، نسخة من كتاب موجه للسيد الوكيل العام للملك، كشوفات حسابية .

وحيث أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 18/05/2021 الحكم موضوع الطعن بالاستئناف.

أسباب الاستئناف:

حيث يعيب الطاعن الحكم نقصان التعليل الموازي لإنعدامه في الوقت الذي قضى فيه بعدم قبول الدعوى شكلا بعلّة عدم الإدلاء بما يفيد نهائية المقررات القضائية الجنائية الصادرة في حق الساحب ، لأن الثابت من الشيك عدد 0610053 المسحوب على بنك (ق. ع. س.) الخاص بالساحب إسماعيل (أ) لفائدة المستفيد نور (ش.) والذي صدر بشأنه أمر بالأداء نتج عن معاملة مالية باطلة ، لكون الساحب مدان بعقوبة جنائية حسب الثابت من قرار الغرفة الجنائية ومن ثمة فهو محجوز عليه من القيام بأي معاملة بما فيها إصدار الشيكات طوال فترة العقوبة الجنائية الممتدة لأربع سنوات، تبتدئ بتاريخ 21/04/2018 . والثابت ان الشيك تم تسليمه من قبل الساحب لفائدة المستفيدة بتاريخ 31/12/2019 وأن الساحب منذ 12/04/2018 أي قبل مرور سنة وهو بالسجن يقضي العقوبة السجنية ومحجوز عليه بالقيام بأي معاملة مالية ، وان الشيك الذي سحبه جاء إثر معاملة صورية باطلة بقوة القانون وان الحكم المستأنف في الوقت الذي اعتبر فيه انه لا وجود لما يفيد نهائية المقرر القضائي الجنائي الإستثنائي قد جانب الصواب لكون المقررات الإستثنائية نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي به ، وبخصوص مصلحة العارض في البطان، فإن البنك دائن للساحب بما مجموعه مبلغ 4.024.012,69 درهما كأصل الدين المختلس بالإضافة إلى تعويض يصل إلى 300.000,00 درهم وشرع في تنفيذ القرار الجنائي من خلال مسطرة التوزيع الودي بعدما استوفت مسطرة المصادقة على الحجز ما للسيد إسماعيل (أ) بين يدي العارض من مبالغ ، وان المستأنف عليه الثاني إبان الشروع في مسطرة المصادقة على الحجز لدى الغير تقدم بدعوى التدخل الإرادي في الدعوى سنده في ذلك الأمر بالأداء الذي استصدره عن طريق الإستفادة من الشيك الذي نتج عن المعاملة الصورية التي مآلها البطان ، وان الباطل لا يرتب أي أثر قانوني وان التدخل الإرادي في الدعوى أريد به حرمان العارض من الدين الذي سبق للمستفيد أن اختلسه والتمس إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به والحكم بعد التصدي وفق الطلب المسطر في المقال الإفتتاحي وتحميل المستأنف عليهما الصائر ، وأرفق المقال بنسخة حكم .

وبتاريخ 11/11/2021 تقدم دفاع المستأنف بمقال إصلاحى مؤدى عنه عرض فيه انه تسرب خطأ مادي في اسم المستأنف عليهما وعناوينهما وان المستأنف عليه الأول هو جواد (ر.) والمستأنف عليه الثاني هو عبد اللطيف (أ) وان البنك يتدارك الخطأ الغير المقصود وان القرار الجنائي الذي تم الطعن فيه بالنقض صدر بشأنه قرار عن محكمة النقض بتاريخ 24/03/2021 قضى برفض الطلب وأرفق المذكرة بنسخة قرار .

وبتاريخ 02/12/2021 تقدمت النيابة العامة بمستنتاجاتها الرامي إلى تطبيق القانون .

وبتاريخ 23/12/2021 تقدم دفاع المستأنف عليها نور (ش.) بمذكرة جوابية عرض فيها أن الدعوى غير مقبولة شكلا، لأن الشيك موضوع البطان صدر بشأنه أمر بالأداء وكون البنك أجنبي عن المعاملة وعدم وجود نص قانوني يستند إليه المستأنف، وكون المعاملة موضوع الشيك تمت بين شخصين لا صفة للبنك ولا مصلحة له في ممارسة الدعوى الماثلة ، وان الزعم بكون الدين وهمي وصوري يعوزه الإثبات ، وان البنك كمحجوز عليه يمارس التقاضي بسوء نية وصرح لفائدة نفسه تصريحاً إيجابياً ولإنعدام الإثبات وسبق للبنك ممارسة مسطرة رفع الحجز وقضت المحكمة الإجتماعية برفض طلبه والتمس الحكم بعدم قبول الطلب واحتياطياً رفضه وأرفق المذكرة بصورة من أمر بالأداء .

وبنفس التاريخ تقدم دفاع المستأنف عليه إسماعيل (أ) بمذكرة جوابية عرض فيها ان الدعوى غير مقبولة مادام ان القرار الجنحي

الإستئنافي غير نهائي ، وانه على فرض ان القرار أضحى نهائيا فإن الحجز لم يطال المعاملة والتي تمت بتاريخ سابق عن نهائية الحكم وبأن الطلب غير معزز بأي وسيلة إثبات والتمس الحكم برد الإستئناف وأرفق المذكرة بصورة من قرار ، كما تقدم بتاريخ 27/01/2021 بمذكرة رد على تعقيب عرض فيها ان القرار المحتج بأنه الصادر عن محكمة النقض جاء بتاريخ 24/03/2021 ، وبتاريخ لاحق لرفع دعوى البطلان وعن المعاملة، مما يجعل الدعوى سابقة لأوانها وان القرار القاضي بالإدانة قضى بعقوبة جنحية وليست عقوبة جنائية وان العبرة في تطبيق عقوبة الحجر القانوني لا يتحدد بنوع الجريمة المتابع من أجلها وإنما بطبيعة العقوبة المحكوم بها والتي يجب أن تكون عقوبة جنائية منصوص عليها في الفصل 16 من القانون الجنائي والتمس رد الإستئناف وأرفق المذكرة بصورة من قرار .

وبتاريخ 13/01/2022 تقدم دفاع المستأنف بمذكرة تعقيبية عرض فيها أن المناقشة تروم حول قرار جنائي وليس حكم جنحي وان صفة البنك تبقى ثابتة وان خلق دين صوري من اجل حرمانه من الدين هو مس بالمقررات القضائية والأمن القضائي ، وان الشيك ناتج عن معاملة باطلة وان الثابت أنه وقت ملئ الشيك لم يكن إسماعيل (ا.) يتوفر على رصيد والتمس رد دفع المستأنف عليهما والحكم وفق المقال الإستئنافي. وأرفق المذكرة بصورة من قرار لمحكمة النقض .

وبتاريخ 27/01/2022 تقدم دفاع المستأنف عليه نور (ش.) بمذكرة رد جاء فيها ان العقوبة المحكوم بها جنحية وليست جنائية لا تطبق بشأنها الحجر القانوني، وان القرار الإستئنافي نص على عقوبة أربع سنوات، كما ان القرار القاضي بالإدانة نص على أنها عقوبة جنحية وبأن الحجر القانوني كعقوبة تبعية لا يطبق إلا من تاريخ صيرورة الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به والتمس رد الإستئناف .

وبنفس التاريخ تقدم دفاع المستأنف عليه إسماعيل (ا.) بمذكرة رد على تعقيب أكد من خلالها الدفع الواردة بمذكرته السابقة .

وبتاريخ 17/02/2022 تقدم دفاع المستأنف بمذكرة تعقيبية عرض فيها ان العبرة بالوصف القانوني للجريمة وليس الوصف القضائي وان التمتع بظروف التخفيف لا تغير من طبيعة العقوبة، وان المادة 112 من القانون الجنائي تنص على انه لا يتغير نوع الجريمة إذا حكم بعقوبة متعلقة بنوع آخر من الجرائم بسبب تخفيف أو حالة العود وان المستأنف عليها الثانية نصبت نفسها مدانة والتمس الحكم وفق المقال الإستئنافي .

وبتاريخ 03/03/2022 تقدم دفاع المستأنف عليها نور (ش.) بمذكرة رد جاء فيها وان الفصل 112 من القانون الجنائي يخص الجريمة فقط ولا يسري على وصف العقوبة وان القرار الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الإستئناف قضى بعقوبة جنحية وان المعاملة تمت قبل اكتساب المقرر الجنائي لقوة الشيء المقضي به والتمس رد الإستئناف .

وبناء على إدراج القضية بجلسة 17/03/2022 تقدم خلالها دفاع الأطراف بمرافعة شفوية وبعد أن اعتبرت المحكمة القضية جاهزة ، تناول الكلمة دفاع المستأنفة جاء فيها بان المستأنف عليه الأول منذ سنة 2018 وهو يقبع في السجن بسبب عقوبة جنائية وانشأ الشيك سنة 2019 وي طرح التساؤل كيف انشأ شيكا وهو في السجن وان ذلك هو أساس دعوى البطلان، لأنه لا يمكن لشخص مدان بعقوبة جنائية إصدار شيك، مما يجعل المعاملة صورية من أجل إضعاف الضمان العام للدائن الذي يحميه المشرع من خلال الفصل 1241 من ق.ل.ع، ولان المشرع أعطى بقوة القانون أن يثبت الصورية بكافة وسائل الإثبات وهناك قرائن تثبت أن ما قام به المستأنف عليه هو معاملة صورية وهو أن المعاملة قام بها المستأنف عليه بمعية 3 أشخاص وهم المكلف بالحسابات ورئيس الصندوق ومدير الوكالة والذين قاموا بإنشاء شيكات مختلفة لأشخاص مختلفة وان المستأنف عليها الثانية تدافع عن المستأنف عليه الأول من خلال مذكراتها بالرغم من أنها تدعي مدينته لها والقرينة الثالثة فان غاية المستأنف عليه الأول هو إضعاف الذمة المالية للبنك، وتناول الكلمة دفاع المستأنف عليه الأول معتبرا بان العقوبة المحكوم بها على المستأنف عليه الأول هي عقوبة جنحية وليست جنائية ولا تطبق بشأنه عقوبة الحجر القانوني التي تمنعه من إصدار شيكات وان البك يعتبر طرف أجنبي عن المعاملة وتناول الكلمة الأستاذ نصر (د.) عن الأستاذ محي (د.) جاء فيها أن رفع الدعوى جاء سابقا لتاريخ القرار المكتسب لقوة الشيء المقضي به وان العقوبة المحكوم بها على المستأنف عليه الأول عقوبة جنحية وان عقوبة الحجر القانوني لا تطبق إلا بعد اكتساب المقرر لقوة الشيء المقضي به ،

وبناء على القرار التمهيدي الصادر في النازلة بتاريخ 16/06/2022 القاضي بإجراء بحث .

وبناء على جلسة البحث بتاريخ 16/06/2022 حضر لها ممثل البنك وتخلف المستأنف عليه إسماعيل (أ). رغم التوصل ورغم سابق التماس دفاعه مهلة من أجل تمكينه من الحضور كما تخلفت المستأنف عليها الثانية ودفاعها وسبق ان رجع استدعائها بملاحظة عدم بيان العنوان بالتحديد والتمس دفاعها مهلة من أجل إشعارها بالحضور وتم الإستماع لممثل البنك الذي صرح بأن إسماعيل (أ). كان يتوفر على حساب بنكي وانه وقت تعامله بالشيك لم يكن يتوفر على أي مبلغ يغطي مبلغ الشيك ، ولم يتم بإيداع أي مبالغ بعد تاريخ الشيك .

وبتاريخ 14/07/2022 أُلقي بالملف بمستنتجات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون وتقديم دفاع المستأنف بمذكرة تعقيبية بعد البحث جاء فيها أن سحب الشيك كان من أجل خلق دائن صوري يزاحم البنك الدائن بغير موجب حق، وان عدم حضور المستأنف عليهم وتخلفهم عن الحضور لجلسة البحث لتبرير سحب الشيك والإستفادة منه يجعل ما أثاره المستأنف عليهم من دون أساس وان الأمر المطعون فيه بني على معاملة صورية وانه لم تثبت المعاملة التجارية بين الساحب المسحوب عليه، مما يجعل المعاملة تبقى صورية وان الكشف البنكي للمستأنف عليه ومنذ فتحه لم يعرف حركية دائنة ولو برفع قيمة الشيك وان منطوق القرار الإستئنافي المدلى به لا يتعلق بأطراف الدعوى والتمس الحكم وفق جميع محرراته ومقاله الإستئنافي ، وأرفق المذكرة بنسخة من كشف حساب .

وبتاريخ 09/09/2022 تقدم دفاع المستأنف عليه إسماعيل (أ). بمذكرة بعد البحث جاء فيها أن الدعوى غير مقبولة طالما أن القرار الجنائي غير نهائي ، وانه صدر قرار مماثل عن محكمة الإستئناف التجارية حسم في عدم وجود الصورية والتمس رد الإستئناف وأرفق. المذكرة بصورة من قرار استئنافي .

وبنفس التاريخ تقدم دفاع المستأنف عليها نور (ش). بمذكرة تعقيبية بعد البحث جاء فيها أن العارضة لم تتوصل للحضور لجلسة البحث وانه يتمسك بخرق مقتضيات الفصلين 72 و 336 من ق.م.م ، وبأنه لا يمكن إبطال الأمر بالأداء باعتباره سند تنفيذي لا يمكن تعطيله سيما وانه مقرر نهائي لا يقبل أي طعن ، وبالنسبة لشروط الصورية فإنها تبقى منعدمة والتي تشترط وجود عقدين وهو ما ينتفي في النازلة وانه استنادا لمقتضيات الفصل 1241 من ق.ل.ع فإن المبدأ أن يكون التصرف الذي يطالب الدائن بإبطاله لاحق في وجوده للدين الذي يدعي الإضرار بضمانه والحال ان تاريخ تحرير الشيك يبين بأن المعاملة أنشأت قبل تحقق المديونية ، وبان المقررات الزجرية تكتسب قوة الشيء المقضي به. وأرفق المذكرة بصورة من قرار استئنافي .

وبناء على إدراج القضية بجلسة 06/10/2022 تقدم خلالها دفاع المستأنف بمذكرة تعقيبية عرض فيها أن ما أثاره المستأنف عليهم بمذكرتهم بعد البحث لم يسبق لهم إثارته وأنهم تحاشوا مناقشة السبب التعاقدية الذي أدى بالساحب إلى سحب شيك للمستفيدة ، علما ان تاريخ سحب الشيك كان الساحب يقبع في السجن كما أن الملف يبقى خالي من المعاملة موضوع الشيك ، والتمس الحكم وفق جميع محرراته السابقة وكذا مقاله الإستئنافي ، فتقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالقرار لجلسة 27/10/2022 .

#### محكمة الإستئناف

حيث انه من بين الدفوع التي يتمسك بها الطاعن بنك (ق. ع. س.) بمقتضى مقاله الإستئنافي هو بطلان المعاملة موضوع الشيك عدد 0610053 الذي سلمه إسماعيل (أ). ل نور (ش.) على أساس انه سند صوري أقامه المستأنف عليه الأول إثر معاملة صورية بينه وبين المستأنف عليها الثانية من أجل مواجهة التوزيع الودي والإستفادة منه بطريقة تدليسية والتهرب من أداء الدين الذي بذمة إسماعيل (أ). لفائدة البنك .

وحيث انه استنادا لنص الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود ، فإن "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرتثها، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن على علم بها ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل" ، ومؤدى الفصل المذكور أن ما يعتد به في العلاقة بين المتعاقدين وورثتهم هو العقد الحقيقي أي العقد المستتر ، كما أن المراد بالغير هو كل شخص غير طرفي العقد الصوري وخلفهما العام مثل دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص أو أي شخص أجنبي آخر ، وإذا كانت الصورية المطلقة تتطلب وجود عقدين العقد الظاهر الغير الحقيقي والعقد المستتر الذي يدحضه ، إلا انه ليس

من الضروري دائما أن يكون هناك عقدان لتحقيق الصورية النسبية إذ يمكن أن يكون هناك عقد واحد يخفي واقعة غير الواقعة المنصوص عليها في التصرف الصوري، أي شرط وجود تصرفين متحدين في الماهية مع اختلافهما في الأركان أو الشروط فقط، بمعنى أن الصورية النسبية هي التي تتحقق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي أو احد عناصره بغاية الإضرار بالغير وهو ما يسمى بالصورية التدليسية التي اعتبرها السنهوري من خلال مؤلفه الوسيط 2 ص 954 طبعة 2007 " أن الفقه والقضاء عرفها بأنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا فلا يغش أحدهما الآخر وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين"، وبذلك فإنه إذا كان مدعي الصورية ملزم بإقامة الحجة على ذلك، فإنه يتأتى له إثباتها بجميع الوسائل، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن وهو ما أكدته محكمة النقض من خلال قرارها عدد 315 بتاريخ 19/02/2003 ملف مدني عدد 781/99 منشور بمجلة الملف عدد 6 ص 278 والذي جاء فيه: " لكن حيث إن المدعى عليه متابع من أجل أداء سلعة رهن فيه لفائدة البائع عقارا مع حق الإنتفاع لكرائه يجوز له ان يثبت صورية السبب في الرسم المدلى به المتضمن للمعاملة المذكورة وذلك بجميع وسائل الإثبات ودون أن يكون ملزما بالإلتجاء إلى المساطر الخاصة بدعوى الذكر " ، ومادام ان المستأنف عزز طلبه لإثبات صورية المعاملة موضوع الشيك بين إسماعيل (أ.) و نور (ش.) بكشوف بنكية لحساب إسماعيل (أ.) يتبين منها انه خلال فترة تحرير الشيك لفائدة نور (ش.) وشهادة عدم صرفه المؤرخة في 23/10/2020 ، لم يكن يتوفر على رصيد المبلغ المضمن بالشيك، وهي الواقعة التي جاءت لاحقة لتاريخ صدور قرار جنائي عدد 478 صادر عن غرفة الجنايات الابتدائية بمحكمة الإستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 31/01/2019 ملف عدد 2158/2624/18 والذي قضى في الدعوى المدنية بأداء المتهمين تضامنا (من بينهم إسماعيل (أ.)) لفائدة البنك مبلغ قدره 4.024.012,69 درهما وتعويض قدره 300.000,00 درهم والذي تم تأييده استئنافيا حسب القرار الصادر عن غرفة الجنايات الإستئنافية عدد 2646 بتاريخ 13/01/2020 ملف عدد 171/2626/2019 ، واستصدار البنك لأمر بالحجز على المبالغ التي تخص إسماعيل (أ.) بين يديه بتاريخ 31/01/2020 حسب الملف عدد 1706/1104/2020 وهي الحجج والوقائع التي على أساسها قضت المحكمة بإجراء بحث في النازلة للوقوف على طبيعة المعاملة موضوع الشيك بين إسماعيل (أ.) و نور (ش.) وما إذا كانت معاملة صورية أم لا ، فتعذر إجرائه بسبب تخلف المستأنف عليه إسماعيل (أ.) رغم التوصل بواسطة زوجته نور (ش.) كما تخلفت نور (ش.) رغم استدعائها بعنوانها حي [العنوان] الدار البيضاء الذي يبقى هو نفس العنوان المضمن بطلبها الرامي إلى استصدار أمر بالداء المقدم لرئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء المؤدى عنه بتاريخ 04/11/2020 وكذا بمقال تدخلها الإرادي المقدم لرئيس المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء بتاريخ 04/01/2021 ، ورجع بملاحظة تعذر القيام بالمطلوب لوجود عدة أزقة وشوارع بالأسماء ، وبالتالي فإنه استنادا لمعطيات الملف ووقاعه ووثائقه، ومادام ان الصورية تعتبر واقعة قانونية يجوز إثباتها بجميع الوسائل ، فإن البين من معطيات النازلة أن المعاملة موضوع الإبطال التي تم على أساسها إصدار الشيك تمت بين نور (ش.) و إسماعيل (أ.) والذي رجعت شهادة استدعائه لجلسة البحث بأنها زوجته وتوصلت بالإستدعاء بصفتها تلك وبنفس المحل الذي يقطنه ، مما يفيد بأن المعاملة موضوع الشيك كانت بين زوجين ، وهي العلاقة الزوجية التي تقتضي معرفة الزوجة لأحوال زوجها بما في ذلك جميع مراحل الملف الجنائي الذي توبع فيه إسماعيل (أ.) في حالة اعتقال (من أجل المساهمة في اختلاس أموال عمومية وموضوعة تحت يده بمقتضى وظيفته باعتباره موظفا عموميا) ، منذ بداية البحث التمهيدي معه من طرف الضابطة القضائية بتاريخ 23/04/2018 إلى حين صدور القرار الجنائي الابتدائي في حقه بتاريخ 31/01/2019 وتأييده استئنافيا بتاريخ 13/01/2020 ، وهي كلها وقائع حصلت قبل تقديم الشيك للبنك بتاريخ 23/10/2020 حسب ما هو ثابت من شهادة إرجاع الشيك ، مما يجعل نية إسماعيل (أ.) من تقديم شيك لزوجته التي هي على علم كامل بمراحل محاكمته وسببها وبعد صدور القرار الجنائي القاضي في الشق المدني بائه بالتضامن إلى جانب باقي المتهمين (مبلغ قدره 4.024.012,69 درهما وتعويض قدره 300.000,00 درهم والذي يفوق بكثير المبلغ الذي قام البنك بحجزه بين يديه (الذي استصدره إسماعيل (أ.) بمقتضى القرار الإجتماعي الصادر بتاريخ 28/07/2020 ملف عدد 2046/1501/2020 القاضي بتأييد الحكم الابتدائي باداء البنك لفائدته مبلغ 778.824,45 درهما )، هو حرمان البنك من وضع يده على كافة المبلغ المحكوم به لفائدته وذلك بخلق دائن يزاخمه في التحاوص في المبلغ المحجوز عليه والتنصل من الضمان المخول للبنك كدائن استنادا للفصل 1241 من ق.ل.ع الذي ينص على ان أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه ، وهي المعطيات التي تشكل قرائن حاسمة من كون التصرف الذي قام به إسماعيل (أ.) هو تصرف صوري يتمثل في تسليمه شيك لزوجته بمبلغ 750.000,00 درهم في الوقت الذي كان فيه رهن الإعتقال رغم عدم توفره على رصيده حسب الثابت من شهادة عدم الأداء والكشوفات البنكية التي يتضح منها انه منذ شهر ابريل 2018 (تاريخ الشروع في البحث التمهيدي

معه ) لم يكن رصيده يتوفر على مبالغ مالية بالمبلغ المذكور وهي الوضعية التي لا يمكن أن تجهلها زوجته منذ التاريخ المذكور إلى غاية تقديمها للشيخ من أجل الوفاء بتاريخ 23/10/2020 ، وبعد مرور أزيد من سنتين على اعتقاله بسبب النزاع الجنائي الحاصل بينه وبين البنك والذي لا يمكن لها إلا تكون على اطلاع كامل به وكذا بالنزاع الإجتماعي مع البنك الذي استصدر على إثره إسماعيل (أ) قرارا قضى لفائدته بتعويض قدره 778.824,45 درهما في مواجهة البنك بتاريخ 26/11/2019 وبعد صدور القرار الجنائي الابتدائي بتاريخ 31/01/2019 القاضي في الدعوى المدنية للبنك بمبلغ يفوق المبلغ المذكور ويستغرقه ، مما يدل على ان الغاية من تسليم الشيخ هو التهرب من الحجز الذي قام به البنك بمقتضى الأمر القضائي الصادر بتاريخ 31/01/2020 قبل تقديم الشيخ للوفاء بتاريخ 23/10/2020 ، أي المساس بالضمان المخول للبنك في مواجهة اموال إسماعيل (أ) التي تم الحجز عليها وهي كلها قرائن يتعين أخذها بعين الاعتبار لإثبات فعل الصورية حسب ما أكدته محكمة النقض من خلال قرارها الصادر بغرفتين عدد 3269 بتاريخ 07/12/2007 ملف مدني عدد 489/1/2/2004 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف والذي جاء فيه : « والطاعة تمسكت ببطان عقود البيع التي بمقتضاها اشترى المرحوم عزوز (ب) لولديه القاصرين نصف عقار وفوت لاحقا بتاريخ 17/11/2000 نفس الحصة لزوجته المطلوبة في النقض بعلة ان الشراء صوري وتم لمنع دائني مكفوله من استخلاص ديونهم من أمواله التي نفى المطلوبون وجودها لكونه معسرا وفي الوقت الذي تمحور النقاش حول هذه النقطة المتعلقة بثبوت أو عدم ثبوت إعساره وقت إبرام العقود حتى تتمكن المحكمة من استخلاص القرائن المنتجة في النزاع أدلت الطاعة بعقد البيع المؤرخ في 20/03/1996 الذي يفيد انه باع ما يملكه في العقار ذي الرسم العقاري عدد 33935 ، غير ان القرار المطعون فيه لم يجب على ما أثارته الطاعة من دفع رغم تعلقه وتعلق الدفع بأحد العناصر الأساسية وهي القرائن الحاسمة في النزاع ، مما يشكل نقضا في التعليل الموازي لإنعدام المبرر للنقض » ، كما أنها تبقى قرائن كافية لإثبات الصورية التي تمس بالضمان حسب قرار محكمة النقض عدد 983 الصادر بتاريخ 03/10/2007 في الملف التجاري عدد 1345/2006 غير منشور والذي جاء فيه : « لكن ، حيث نص الفصل 22 من ق.ل.ع على أن "الاتفاقيات السرية ... "وهو مقتضى سنة المشرع لدرء خطر ظهور المدين بمظهر الذي يجري تصرفا ما في شكل موقف قانوني كاذب أو صوري يخفي وراءه موقفا آخر حقيقيا، وهذا التصرف الصوري الذي لم يشارك فيه الدائن يعد واقعة قانونية يسوغ له إثباتها بأي دليل دون اعتبار لقيمة التصرف. وإن لم ينص الفصل 1241 من ق.ل.ع صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لإقفار الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه ، فإنه لما اعتبر أن جميع أموال الأول تشكل ضمانا عاما لدائنيه ، فإنه بصفة غير مباشرة فسح الباب لهؤلاء الأخيرين للمطالبة بإبطال التصرفات الماسة بهذا الضمان إن أثبتوا صوريته ، والمحكمة التي أثبت لها الدائن صندوق الضمان المركزي من خلال ما أدلى به من مستندات، أن عقدي تفويت الحصص كانا بتاريخ 95/04/12 و97/12/12 ، أي بعد عقد الكفالة التضامنية للمدين مسعود (ف) التي كانت بتاريخ 97/11/12 لفائدة بنك (و. إ. أ) الذي حل محله صندوق الضمان المركزي، وأثبت كذلك أن التفويت كان من طرف الكفيل المدين لأقربائه الذين هم زوجه وأبنائه، استخلصت من ذلك وعن صواب صورية التصرفين المذكورين، معللة موقفها بما أوردته من "أن الباعث على إبرام عقدي تفويت حصص كفيل شركة (ك. م. ح. ف) لزوجته ظريفة (ع) وأولاده سميرة (س) و عادل (ع) و سليمان (س)، إن لم يكن مشتركا بين الطرفين و كان هو الدافع لكليهما على التعاقد، فإنه على الأقل كان أحدهما وهو البائع عالما بعدم مشروعية الباعث الذي حمله على إبرام العقد وهو إفراغ ذمته المالية و تهريب ممتلكاته للغير، وتفويت الفرصة على البنك المقرض ومن بعده صندوق الضمان المركزي الذي حل محله لاستخلاص دينه "مضيفة" بأنه لما كانت الصورية هي اتفاق إدارتين على إخفاء ما اتفق عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان حكمه، ولقد عرض لها المشرع في الفصل 22 من ق.ل.ع، كما ان للغير إمكانية إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة المتعاقدين بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود و القرائن التي هي دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة حسب الفصل 449 من ق.ل.ع، ولقد ثبت للمحكمة صورية عقدي بيع الحصص، إذ البائع لم يبرم العقدين إلا بعد أن أصبح مدينا بمبالغ مالية مهمة للبنك الذي حل محله الصندوق ،مما يؤكد ان تصرفه هذا بنية إفراغ ذمته المالية التي تشكل الضمان العام لدائنه المذكور، وفق الفصل 1241 من ق.ل.ع، علما بأن البائع تصرف بالبيع لفائدة زوجته وأولاده، وهو ما اعتبره الفقه و القضاء من القرائن على الصورية،ومن ثم فإن الغير الذي أضرت به الاتفاقيات التي يبرمها مدينه يقصد إقفار ذمته المالية، يبقى من حقه الطعن فيها قضائيا بالصورية " ، فلم يكن هناك ما يدعو لإثبات عدم مشروعية الباعث بالنسبة لطرفي عقدي التفويت معا، أو أنه للدفع بعدم صحتها يتعين ان ينازع أحدهما في سبب الالتزام، أو أن يكون هناك تحفظ أو إشارة تمنع تفويت حصص شركة (س)، ورغم ذلك أقدم الطرفان على المعاملة المطلوب بطلانها، وبذلك لم يسئ أو يخرق قرارها أي مقتضى ولم يتناقض فيما انتهى إليه وأتى معللا بما يكفي ومرتكزا على

أساس قانوني والسبب على غير أساس.».

وحيث الحكم المستأنف في الوقت الذي قضى فيه بعدم قبول الطلب بعلّة ان أن البنك المستأنف لم يدل بما يفيد نهائية القرار الإستئنافي القاضي بإدانة إسماعيل (أ). بالرغم من أن البنك لم يؤسس طلبه فقط على بطلان المعاملة موضوع الشيك على مقتضيات الفصلين 37 و 38 من القانون الجنائي، وإنما أيضا على صورية الدين قد جانب الصواب ، مما يتعين معه استنادا لما تمت مناقشته أعلاه اعتبار الإستئناف وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول الطلب والحكم من جديد بقبوله شكلا وفي الموضوع بإبطال المعاملة موضوع الشيك عدد 0610053 حساب عدد [رقم الحساب] الصادر عن إسماعيل (أ). بتاريخ 31/12/2019 بمبلغ 750.000,00 درهم في مواجهة بنك (ق. ع. س.) وتحميل المستأنف عليهما الصائر .

لهذه الأسباب

تصرح وهي تبت انتهائيا ،علنيا وحضوريا

- في الشكل :-

- في الموضوع : باعتباره وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول الطلب والحكم من جديد بقبوله شكلا وفي الموضوع بإبطال المعاملة موضوع الشيك عدد 0610053 حساب عدد [رقم الحساب] الصادر عن إسماعيل (أ). بتاريخ 31/12/2019 بمبلغ 750.000,00 درهم في مواجهة بنك (ق. ع. س.) وتحميل المستأنف عليهما الصائر .