الإرادة الصورية
و أثرها في التصرف القانوني
"دراسة تحليلية مقارنة"

د. هادي محمد عبدالله/ كلية القانون/ جامعة السليمانية

الرموز	دلالاتها
م ق م :	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في مدى خمسة و عشرين عاما, والتي صدرت عن الجمعية العمومية و الدائرة المدنية, والتي أصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض. التأريخ يشير إلى تأريخ الجلسة التي صدر فيها الحكم. والرقم التالي للرمز يشير إلى رقم البند في المجلد. والرقم التالي له يشير إلى رقم الصحيفة.
م نقض م:	مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية , أو الهيئة العامة للمواد المدنية , ومن الدائرة المدنية , و من دائرة الأحوال الشخصية – التي تصدر عن المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية. التأريخ يشير إلى تأريخ الجلسة التي صدرها بها الحكم , و الرقم التالي للرمز يشير إلى رقم البند, و الرقم التالي له يشير إلى رقم الصحيفة.
م ق ج :	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في مدى خمسة وعشرين عاما, والصادرة من الدائرة الجنائية. التأريخ يشير إلى تأريخ الجلسة التي صدر بها الحكم. والرقم التالي للرمز يشير إلى رقم البند , والرقم التالي له يشير إلى رقم الصحيفة.
م نقض ج:	مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجزائية و من الدائرة الجزائية ، التي تصدرعن المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية. التأريخ يشير إلى تاريخ الجلسة التي صدر بها الحكم, والرقم التالي للرمز يشير إلى رقم السنة من سني صدور المجموعة. والرقم التالي للرمز يشير إلى رقم الصحيفة.

تق.م.ع	: التقنين المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
تق.م.ك	: التقنين المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
تق.م.م	: التقنين المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
تق.م.اردني	: التقنين المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
تق.م.ل	: التقنين المدني الليبي لعام ١٩٥٤.
ح.م.ت.ع	: حكم محكمة التمييز العراقي .
ق.أث.ع	: قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
ق.أث.م	: قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

المقدمة

أولاً– التعريف بالموضوع

الضمان العام:

١– من المبادىء المستقرة في التقنينات المدنية الوضعية أن أموال المدين تعتبر ضمان عام لدائنيه جميعا, والذي قننه المشرع العراقي في المادة (٢٦٠) من التقنين المدني ضمن الوسائل إلى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين , والتي تنص على أن:

((١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.
٢- و جميع الدائنون متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون)).

لقد ضمن القانون للدائنين إجراءات تحفظيه , و إجراءات تنفيذية, حماية لضمانهم العام, لإستيفاء حقوقهم, والتي مكان دراستها ضمن مفردات منهج قانون المرافعات المدنية و قانون التنفيذ.

أما صلة الضمان العام بموضوع دراستنا , فتكمن في أن الضمان له دلالات قانونية تؤخذ من منطوق النص المذكور و مفهومه فتكون مشكلة موضوعنا ضمن الموضوعات التي تمس الضمان العام , مما حث المشرع أن يوفر له الحماية اللازمة لعدم المساس به, وهذه الدلالات هي:

أ- الضمان العام يفيد أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه , و أي نص يحد منه يعدّ نصا إستثنائيا لا ينصرف حكمه إلا لمن تقرر لصالحه وهو المدين, ويتعين تفسيره تفسيراً ضيقا .

ب- الضمان العام ينحصر بذمة المدين المالية , والتي تشمل ماله من حقوق و ما عليه من إلتزامات مالية, آنية و مستقبلية , حتى تأريخ الوفاء أو التنفيذ عليها.

ج- كل جزء من ذلك الضمان يضمن كل الدين , و كل جزء من الدين مضمون بكل الضمان العام .

د- الدائنون متساوون في الضمان العام دون أفضلية, أو تقدم, لأحدهم عل آخر أو إقتضاء حقه قبل غيره, إلا من كان له منهم ضمان خاص, كالرهن أو حق إمتياز يكفل له حق الأفضلية و التقدم بمقتضى نص قانوني.

هـ- الدائنون لا يتفاضلون فيما بينم بسبب نشوء الحق, أو تأريخ إستحقاق الوفاء به, و بصرف النظر عن مصدر حقه, فإن ذلك لا يجعل له ميزة على غيره من الدائنين إلا إذا كان له في ذلك نص من القانون أو إتفاق.

الذمة المالية:

إذا كانت الذمة المالية تقوم على ما للشخص من حقوق و ما عليه من إلتزامات , حالة و مستقبلية, فإنها بذلك تتكون من عنصرين:

أولهما – العنصر الإيجابي : يضم الحقوق المالية التي له في ذمته.

وثانيهما- العنصر السلبي : و يضم الحقوق المالية التي للغير في ذمته.

والذمة المالية لا تفيد أنها تمثل الحقوق و الإلتزامات المالية ذاتها, بل هي تصوير قانوني, وذهني, للوعاء الذي يحتوي تلك الحقوق والإلتزامات المالية, و من ثم لا يدخل في الذمة المالية الحقوق غير المالية, كالحقوق السياسة, والحقوق العامة, والحقوق اللصيقة بالشخص و غيرها.

و مادامت الذمة المالية, هي الضمان العام للدائنين العاديين , فإن بقاءها مليئة بالحقوق , أو بعدم السماح لصاحبها بالتصرف فيها, أو التصرف بما يزيد من الإلتزامات الثابتة في ذمته , تكون من مصلحة دائنييه, أصحاب الحقوق الثابتة, وعلى ذلك, قررت التقنينات المدنية الحديثة وسائلاً تهدف إلى ضمان الحفاظ على الضمان العام, و هي أربعة, كما سيجئ.

وسائل حماية الضمان العام:

٢- أ- الدعوى غير المباشرة: بمقتضاها يواجه بها الدائن موقفا سلبيا من مدينه الذي أهمل حقوقه والذي يؤدي إلى أعساره أو يزيد منه, فيتخذ الدائن إجراءات نيابة عن مدينه بقصد المطالبة بحقوقه للحفاظ على ضمانه العام.[١].

ب- دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن : وفيها يتصدى الدائن لموقف إيجابي من مدينه سيء النية، الذي يقصد من تصرفه الإضرار بدائنيه.[٢]

ج- الحق في الحبس : الذي يخول الدائن حبس مال المدين الذي يكون لديه , لحمله على الوفاء بإلتزامه المرتبط به.[٣]

---

(١) راجع المواد (٢٦١-٢٦٢) تق.م.ع . و المواد (٢٣٥-٢٣٦) من تق.م.م. و المواد (٢٣٨-٢٣٩) من تق.م.ل. و يلاحظ أن المشرع الليبي سمى الدعوى غير المباشرة بدعوى الحلول لأن الدائن يحل محل مدينه في المطالبة بحقوقه.

(٢) راجع المواد (٢٦٣-٢٦٩) تق.م.ع. و المواد (٢٣٧-٢٤٣) تق.م.م. و المواد (٢٤٠-٢٤١) تق.م.ل. و تسمى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن , فقها و تشريعا, و لا سيما في القانون المدني الفرنسي بالدعوى البولصية,ويسميها المشرع الليبي بدعوى الأبطال

(٣) راجع المواد (٢٨٠-٢٨٤) تق.م.ع. والمواد (٢٤٩-٢٥١) تق.م.ل. و المواد (٢٤٦-٢٤٨) تق.م.م.

د – شهر إعسار المدين : ويسميه المشرع العراقي بـ(الحجز على المدين المفلس) بمقتضاها يأمن الدائن شر ما يصدر من مدينه من تصرفات ضارة بحقه فيغل يده عن التصرف في ماله على نحو يضعف ضمان العام.[٤]

ثانيا– دعوى الصورية:

٤– لكن هذه الوسائل غير كافية لدرء كل الأخطار التي قد يتعرض لها الدائنون في ضمانهم العام, إذ يبقى ثمة خطر يخرج من نطاقها , و هو ظهور المدين بمظهر من يجري تصرفا قانونيا في بعض من أمواله في حين أنه لا يجريه في الواقع و الحقيقة, و أن ذلك المال محل التصرف لا يزال في ملكه , و أن تصرفه إن هو إلا إصطناع تصرف كاذب , أو غير جدي, ساترا خلفه تصرفا حقيقيا, فيصور للناس أمرا ليستر به أمرا آخر, قاصدا من وراء ذلك، في الغالب، تهريب أمواله من الضمان العام للدائنين[٥] , فلازم ذلك أن يمكنّ القانون من لهم ضمانه العام من أن يرد عليه سوء قصده حتى يتمكنوا من التنفيذ على أمواله التي قيل كذبا أنها خرجت من ذمته إلى ذمة الغير, و الوسيلة التي وفرتها التقنينات المدنية الحديثة , بما فيها التقنين المدني العراقي , هي دعوى الصورية التي بمقتضاها يثبت من له المصلحة في الطعن بصورية تصرف المدين , أو صورية أرادته , التي كانت أساسا في التصوير الكاذب المذكور, و أن المال المتصرف فيه لم يخرج من ذمته و أنه مازال في ضمانه العام , و من ثم , من حق الدائنين التنفيذ عليه, و مع ذلك, قد لا يقصد المدين من التصرف الصوري في بعض أمواله الاضرار بدائنييه, و أنما يقصد أمرا مشروعا , كما لو أراد أن يهب مالا إلى أحد أقربائه ردا لجميل , أو خدمة له ,و لكي لا يثير حفيظة أقربائه الآخرين يبرم عقد بيع صوري ليستر به الهبة.

كما أن الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان التصرف , كا سيجيء , مادام التصرف الجدي قد إحتوى شروط صحته, و لم يكن مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

وعلى, ذلك من يلجأ إلى الطعن بإرادة مدينه الصورية إنما يقصد بذلك الكشف عن حقيقة ذلك التصرف الذي أجراه مدينه لتغيير الواقع حماية لمصالحه و سعيا إلى تهريب آثاره القانونية.

ثالثا– موضع الصورية في التقنين المدني العراقي:

٥– المشرع العراقي , لم يعالج دعوى الصورية ضمن الوسائل المفضية إلى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين , بخلاف المشرع المصري و الليبي , اللذان عالجاها ضمن وسائل ضمان الذمة المالية, بينما عالجها المشرع العراقي ضمن آثار العقد في المواد المواد (١٤٧–١٤٩)[١]. وهذا الأمر يثير الملاحظات التالية:

الأولى : أن المشرع الليبي, أوالمصري , قد عالجها ضمن الوسائل التي يحافظ بها على الضمان العام للدائنين لأنها من ضمن تلك الوسائل, و كان المفترض بمشرعنا أن يعالجها ضمن تلك الوسائل وفاقاً للتشريعات المدنية العربية منها المصري, الذي يعد مصدرا تأريخيا موضوعيا إلى حد ما , لقانوننا المدني.

الثانية : أن الصورية من الإنتشار بمكان لا يقتصر أثرها في نطاق العقد بل يمتد إلى التصرفات القانونية كافة, عقدا كانت أم إرادة منفردة , و هذه الملاحظة, تؤيد موقف مشرعنا في دراسته للصورية ضمن آثار العقد , كما سيجئ تفصيل ذلك[٢] .

رابعا– تأريخ الصورية:

أ – الصورية عند الرومان :

٦– لم تكن دعوى الصورية لها المعنى الفني نفسه عند الرومان الذي هو مسماها في وقتنا الحالي, وإنما كانت تعد طريقة شكلية لنقل الملكية رسميا , و توسيع دائرة التصرفات القانونية رضاءا.

---

(٤) راجع المواد (٢٧٠–٢٧٩) تق.م.ع و المواد (٢٤٩–٢٦٤) تق.م.م. و المواد (٢٤٢–٢٤٦) تق.م.ل.

(٥) قد يشعر المدين بقرب حجز الدائنين على أمواله للتنفيذ عليها لإقتضاء حقوقهم من ثمنها مما يدفعه ذلك إلى التصرف في بعض أمواله تصرفا غير جديّ لتهريبها من متناول دائنيه واضفاء تصوير كاذب على حقيقة تصرفه وستره بعقد بيع، وحينئذ، إذا قام الدائن بالحجز على ذلك المال جاز للمدين الإعتراض على الحجز لوقوعه على ملك الغير ، وهنا يتصدى الدائن لإثبات صورية التصرف وأن المال لم يخرج من ذمة مدينه ، وأن إجراءات الحجز صحيحة، وعلى ذلك, تتضح صلة دعوى الصورية بطرق المحافظة على الضمان العام، وقد تكون للصورية مآرب أخرى،منها التهرب من دفع الضريبة أو من دفع الرسوم القانونية،إذا ذكر المتعاقدان ثمنا صورياً،كما سيجيء(انظر ص٢٧ وما بعدها) .

(١) و كذلك فعل المشرع الأردني و الكويتي إذ عالج كل منها أحكام الصورية في جملة (آثار الحق) أي (آثار الإلتزام) ,(أنظر : المواد (١٩٩–٢٠٠) تق.م.ك رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.و المواد (٣٨٦ – ٣٨٩) تق.م.أردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٢) أنظر : ص١٤–١٥

دعوى الصورية كانت ترفع أمام القضاء من دون أن يكون ثمة خصومة حقيقية بين طرفيها ، ناقل الملكية و مكتسبها[٣] وبالتالي هي وسيلة للبيع الرسمي و نقل ملكية المبيع ليس إلا.

ب – الصورية في القانون الفرنسي :

٧- كانت القوانين الفرنسية القدية تمنع الإرادة الصورية , و لا ترتب عليها أثراً لما ينطوي عليها من عدم جدية , و يلتف بها الغش , و لما تنطوي عليها من خديعة الغير أو الإحتيال على القانون .

و كان القضاء الفرنسي , و حتى منتصف القرن التاسع عشر , لم يكن يميّز بين الغش و الصورية فكان يقضي , عند ثبوت الصورية , ببطلان كلا التصرفين , الظاهر و المستتر .

ولكن لما عرضت عليه حالات كثيرة كانت تنطوي على صورية ألا أن العاقدين لم يقصدا بها تحقيق أغراض غير مشروعة أو تحأيلاً على القانون , مما دفع ذلك به إلى أجازة الصورية في الحالتين المذكورتين, و أعمل فيهما إرادتيهما الحقيقة و اقتصر أثر البطلان في الحالات التي يكون فيها الغرض من الصورية إخفاء أمور غير مشروعة . فصار من المسلم به أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان و انما البطلان يترتب متى إنعقدت الإرادة الحقيقة على أمر غير مشروع , أو قصد منها تحقيق غرض غير مشروع . وبالتالي إذا لم تنطو الصورية على تلك الأمور تعلن أعمال الإرداة الحقيقية المستورة و اهدار الإرادة الصورية فيما بين العاقدين , وبالنسبة للغير أيضا.

ولكن الغير في واقع الأمر قد إطمأن إلى التصرف الصوري وبنى على أساسه تعامله , و كان حسن النية يجهل حقيقة التصرف , فكانت مصلحته أولى بالرعاية و الحماية. مما يقتض ذلك تجنيبه الضرر الذي قد يلحق به من إهدار التصرف الصوري الظاهر وأعمال التصرف الحقيقي , فكان ذلك باعثا إلى أعمال التصرف الصوري بالنسبة إليه في القضاء الفرنسي.

وقد نادى جانب من الفقه و القضاء الفرنسيين بأخذ المتعاقدين بما وقع بينهما ظاهرا بحجة أنه لا يليق بالإنسان أن يستند إلى مساوئه ليفر مما تعهد به عملا بالقاعدة الرومانية القديمة.

((Nemo Auditur propriam turpitudinem Allegans))

إلا أن هذا الرأي لم يَسد لسببين:

الأول – هناك غلط في فهم القاعدة الرومانية المذكورة من المنادين بها.

والثاني – ليس من الصورية الغش المتبادل بين ذوي الشأن, و بالتالي فلا تكون سببا للبطلان لإنتقاء الغش المتبادل فيها[١]

وقد قام المشرع الفرنسي في التقنين المدني الحالي لعام ١٨٠٤ و بالذات في المادة ١٣٢١ بتقنين ما جرى عليه القضاء الفرنسي.

ج- الصورية في القانون المدني المصري:

٨- أما القضاء المصري قبل تشريع القانون المدني الحالي رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ فإنه كان يحكم ببطلان التصرف الصوري , بل ببطلان كل دعوى تظهر له أنها صورية ولو وافق المدعي عليها ،متى تبين له أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة .

ومع ذلك , فقد إنبرى الفقه المصري للقضاء المصري بالإنتقاد, واصفا قضاءه بأنه إفراط في المغالات , لأن عملية الصورية ليست من النظام العام أصلا , و من ثم لا تملك محكمة الموضوع الحكم برفض الدعوى لثبوت الصورية فيها .

ثم تغير إتجاه القضاء المصري من الصورية إلى إعتبارها أنها ليست بذاتها سبباً للبطلان لإمكان وقوعها جدية, و بدافع غرض كريم , كمن يبيع في الظاهر ليهب بدافع الصدقة.

كما أنها ليست بدعوى فسخ لأن الفسخ لا يتناول إلا العمل القانوني الصحيح و ترتب له آثاره, و ليس في الصورية شيء من هذا.

---

(٣) فكانت تتم بأن يقوم المشتري بدور المدعي , البائع بدور المدعي عليه و يحضران أمام القاضي (القنصل أو البريتور) حيث يقر الأول أن المال مملوك له فلا ينازعه الطرف الآخر , و يصدق القاضي على أقراره (و إذا أردت التفصيل فارجع إلى مؤلف: أستاذينا محمد طه البشر و د.هاشم الحافظ. القانون الروماني –الاموال والإلتزام – طبع على نفقة جامعة بغداد ١٩٨٠ ص ٨٠ و مابعدها . و د,أحمد أبوالوفا. تأريخ النظم القانونية و تطورها الناشر الدار الجامعية للطباعة و النشر. بيروت لبنان ١٩٨٤ ص ١٢٩.

(١) أنظر : محمد نصرالدين زغلول . الإرادة في العمل القانوني و عيوبها.ظ١. ص ٢٢٠ ف ٥٠٦

أما التقنين المدني المصري القديم , فلم يأخذبها و لم يوجد فيه نص عام لمعالجتها, و أنما عرض لأحد تطبيقاتها عندما أشار إلى الهبة الموصوفة بعقد آخر[٢].

أما المشرع المصري في التقنين المدني الحالي , فقد قنن ما وصل إليه القضاء الفرنسي أخيرا في المادتين (٢٤٤, ٢٤٥) [٣] والتي تطابق المادتين (٢٤٧, ٢٤٨) من التقنين المدني الليبي لعام ١٩٥٤.

د- الصورية في التقنين المدني العراقي:

رأى المشرع العراقي كذلك , أن يقنن هذا القضاء , و يقتفي أثر من سبقه, فنص على الصورية في قواعد عامة في المواد (١٤٧ , ١٤٨, ١٤٩) من التقنين المدني الحالي.

فنصت المادة ١٤٧ على ان :

((١- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري , كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضربهم و أن يتمسكوا بالعقد المستتر.

٢- و إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأوليين.))

و تنص المادة ١٤٨ على أن :

((١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام , و لا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم.

٢- و إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر, فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد إستوفى شرائط صحته.))

أما المادة ١٤٩ فقد نصت على أن :

((لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة طابو))[١] .

هـ- الصورية في التقنينات المدنية الحديثة الأخرى:

١٠- أما الصورية في التقنينات المدنية الحديثة , فإنها لم تستقى من الغش و التدليس كما كان الحكم في القضاء والقانون المدني الفرنسيين, و إنما وضعت لها قواعد عامة كاملة, كما في التقنين المدني الألماني, والسويسري, و بعضها الآخر عالجتها في نصوص مبعثرة غير كاملة, كما في القانون المدني الإسباني, كما سيجي.

و في إيطاليا , فإن الفقه قد أفاض في بحثها و دراساتها , وأن القواعد القانونية الفرنسية كلها كانت مقبولة في إيطاليا و جرى العمل بها.

الصورية في التقنين المدني الإسباني:

١١- الفقه في إسبانيا لم يستخلص بحوثه في الصورية من الغش (fraud) و التدليس (deceit)[٢] إلا أنه , ومع ذلك فإن القانون المدني الإسباني لم يستوعب أمرها في مواده وهو وإن عالجها , إلا أن المعالجة قد جاءت مقلة و مضطربة إذ يقول بإيجاز[٣], ((أن التعديل الذي يقع معاصرا للعقد لا يسري قبل الغير)). كما لم يضع المشرع الإسباني قواعد عامة لبيان حكم ورقة الضد.

---

[٢] راجع المادتين (٤٨, ٧٠) من التقنين المدني المصري الملغي.

[٣] تنص المادة (٢٤٤) في التقنين المدني الحالي على أن:

((١- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص , من كانوا حسني النية , أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر و يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر و تمسك الآخرون بالعقد المستتر , كانت الأفضلية للأولين)).

أن المادة (٢٤٥) فقد جاء فيها (إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلق العام هو العقد الحقيقي)) .

[١] في دائرة التسجيل العقاري.

[٢] و يصطلح على الغش بالفرنسية fraud , و على التدليس dol.

[٣] للتفصيل أنظر: محمد نصر الدين زغلول .الإرادة.مصدر سابق. ص٢٢٨ وما بعدها بند ٥١٥ ومابعده .

الصورية في التقنين المدني البرتغالي:

١٢- لم يعالج التقنين المدني البرتغالي الصورية و إنما تطرق إليها عند معالجته نظرية بطلان العقود فنصت المادة (١٢٣١) منه على ان ((الصورية تجعل العقد باطلا إذا إنصرف الغرض منها إلى غش الغير)) يفهم من هذا النص ان الصورية ليست سبباً للبطلان مالم تنطوِ على غش الغير و الإضرار بهم.

الصورية في التقنين المدني الألماني:

١٣- وفي التقنين المدني الألماني فإن المادة (١١٧) تنص على أن : ((إذا وقع التعبير عن الإرداة صوريا وعلى غير حقيقته يكون باطلا, و إذا ستر الطرفان العمل القانوني بعمل آخر فتطبق القواعد القانونية المتعلقة بالعمل الحقيقي.))

وتنص المادة (٤٠٥) منه على أن ((إذا حرّر المدين سندا عليه فلا يمكنه إذا تحول هذا السند إلى الغير, أن يدعي بصورية الإقرار بالدين)).

وبذلك فإنها قضت بسريان العقد الحقيقي , دون العقد الظاهر بين المتعاقدين و بالسنبة للغير .

كما عالجت المادتان (٨٩١ , ٩٣٢) حماية الغير من الصورية و إن كانت بطريقة غير مباشرة.

وجملة القول في التقنين الألماني أ ن النصوص التي وردت فيه بشأن الصورية تبين أن الصورية في ذاتها إجراء مباح إلا في الأعمال التي تمس الأسرة.

الصورية في التقنين المدني النمساوي:

١٤- عالج التقنين المدني النمساوي القواعد المتعلقة بالصورية إلا أن معالجته لها لم تكن في قواعد عامة كاملة و إنما بصورة جزئية و مبعثرة.

الصورية في التقنين المدني السويسري:

١٥- المشرع السويسري عالج في باب التعهدات , و لا سيما في المادة (٨١) , الصورية و اشترط لتقدير شكل العقد و شروطه , البحث عن نية الطرفين الحقيقية المشتركة من غير تقييد بالعبارات و الألفاظ التي إستخدمها الطرفان فيه يستر طبيعة الإتفاق الحقيقية , و قضت بسريان العقد الظاهر في حق الطرفين و الغير.

الصورية في القانون المدني الإنجليزي :

١٦- في القانون الإنجليزي فإن القواعد العامة للصورية مطبقة عندهم ومستقرة في سوابقهم القضائية [١] .

الصورية في مشروع التقنين المدني الفرنسي الإيطالي:

١٧- أما مشروع التقنين المدني الفرنسي الإيطالي فقد جاء أكثر منطقية و شمولا , من التقنينات الأخرى, وأكثر إستيعابا لموضوعاتها , من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٩ منه على سريان العقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين ولا ينتج العقد الظاهر أثرا بينهما.

وإذا قصد المتعاقدان بإتخاذهما شكل عقد معين , أن يبرما عقدا آخر , فهذا العقد الآخير يكون صحيحا متى توافرت فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحته.

ولدائني المتعاقدين و للغير, أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية. كما يجوز للغيرأن يثبتوا الصورية التي وقعت إضراراً بهم , و لهم و للمتعاقدين إثبات ذلك بكل طرق الإثبات , بما فيها البينة والقرائن.

أما العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها , فإنها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين و خلفهما العام , ولا يجوز الإحتجاج بها على من لم يكن طرفا فيها, و لكن لهؤلاء أن يحتجوا بها[٢] .

ويلاحظ أن مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي قد خرج عن القواعد العامة للصورية في مسألة واحدة فأجاز للمتعاقدين الإثبات الصورية بطرق الإثبات كافة, مع أن هذا الإستثناء خاص بالغير الذي

---

[١] محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة ، المصدر السابق ، ص ٢٣١،بند٥٢٢.

[٢] راجع : نص المادة (٥٠) من مشروع التقنين المدني الفرنسي الإيطالي.

وكذلك: د.عبدالرازق أحمد السنهوري.شرح القانون المدني. النظرية العامة للإلتزامات. نظرية العقد. ج٢ ط٢ الجديدة. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت- لبنان . ١٩٩٨م. ص٨٢٧ بند٧٥٢ هـ١

[٣] للتفصيل راجع : محمد نصرالدين زغلول . الإرادة . مصدر سابق. ص٢٢٨-٢٣١ بند ٥١٥-٥٢٢.

لم يكن طرفا في التصرف الصوري, كما سنرى.
وجملة القول في كل ما تقدم , أن القواعد العامة في الصورية تكاد تكون قواعد دولية في كل التقنينات المدنية المقارنة [٣].

خامسا- أسباب إختيار الصورية موضوعاً للدراسة :

١٨- الذي حملني على دراسة الصورية و الإرادة المتصفة بها , و أثرها في التصرفات القانونية , والدعوى التي يتشبث بها المدعي لإثارة الطعن بها قضاءا , جملة أسباب خلاصتها كالآتي :

أ- الإرداة الصورية هي الأساس الذي تقوم عليه دعوى الصورية, فلولاها لما وجدت الدعوى الصورية.

ب- أن الصورية متشعبة و متغلغلة في جسد التصرف القانوني , و لاتنحصر في نطاق العقود فحسب,بل نرى لها تطبيقات في التصرفات القانونية التي مصدرها الإرداة المنفردة.

ج- أن المشرع العراقي على الرغم من التنصيص عليها في التقنين المدني , إلا أنه عالجها ضمن آثار العقد , لا ضمن وسائل ضمان الضمان العام مما يقتض ذلك التنويه إليه ضمن مفردات هذه الدراسة والبحث عن أسباب إنتهاج مشرعنا هذه السياسة التشريعية.

د- لم نجد على حد علمنا من جمع أحكام الصورية الموضوعية و الإجرائية ضمن دراسة واحدة, بل لم تركز الدراسات إلا على أن الصورية هي دعوى, مع أن دعوى الصورية هي أثر لإرادة صورية.
كما أن دعوى الصورية تقوم على مصلحة. وهذه المصلحة تخضع لأحكام موضوعية, لولاها لما إقتض الأمر إثارة دعوى الصورية, و الركون إلى الأحكام الإجرائية . بل أن الأحكام الإجرائية التي جاءت بشأن الصورية , إن هي إلا أحكاما موضوعية كما سنرى.

هـ- لم نجد على حد علمنا دراسة أو بحثا عن الصورية في التصرف القانوني في بلدنا.

ز- لم نجد القضاء العراقي ثريا في أحكامه القضائية عن الصورية , و بقدر ما وجدت من أحكام القضاء العراقي فقد أشرت إليها في الدراسة , مما أضطرني ذلك إلى الإستعانة بالقضاء المصري و الليبي, اللذين وجدتهما ثريان في القضاء فيها, ولا سيما القضاء المصري, و لم أجد حرجا من الإشارة إليها عند دراسة نصوص القانون المدني العراقي لما وجدت من وحدة جوهر النصوص القانون المدني العراقي و اختها النصوص المصرية و الليبية, التي تكاد تكون متطابقة, دون أن يؤثر في ذلك موضع دراسة الصورية في التقنين المدني العراقي.
لكل ذلك وقع إختيارنا على الصورية و أثرها في التصرف القانوني موضوعا لمشكلة الدراسة.

سادسا- منهجية الدراسة:

١٩- غايتنا من هذه الدراسة هي إستجلاء أحكام الصورية في التقنين المدني العراقي التي لم تنال حقها من البحث و التقصي,كما هي الشأن في التشريعات المدنية المقارنة. لأجل ذلك فقد أخذنا التقنين المدني المصري و التقنين المدني الليبي نموذجين للمقارنة مع النصوص العراقية, فجاءت الدراسة مقارنة .
وثبتنا مبضع البحث و التحقيق في منطوق النصوص و مفهومها , من خلال المقارنة اللازمة بينها و بين شقيقتها النصوص الليبية والمصرية محللين تلك النصوص وصولا إلى إستنباط دلالاتها من منطوقها ومفهومها و بذلك جاءت الدراسة كذلك تحليله.

سابعا- خطة الدراسة:

٢٠- و حتى تستوعب الدراسة التحليلية المقارنة أحكام الصورية وصولا إلى وضع نظرية عامة, تنطوي على الأحكام الموضوعية و الإجرائية لها, فقد أثرنا تقسيم الدراسة إلى مبحثين و خاتمة كالآتي :

المبحث الأول
ماهية الإرادة الصورية في التصرف القانوني

وفيه فرعان:

- الفرع الأول - مفهوم الصورية.
- الفرع الثاني - نطاق الصورية .

الفرع الأول
مفهوم الصورية

حدّ الصورية:

٢١- **الصورية** (simulation) : **إتفاق على إيجاد مظهر كاذب ثمرة لإرادة صورية غير جدية لإخفاء حقيقة معينة , أو لإخفاء ثمرة إرادة حقيقية جدية لسبب يمتنع معه إظهارها.**
إذن هي إتفاق على إيجاد مظهر كاذب يخالف حقيقة الواقع ، كلياً أو جزئياً , عند إجراء تصرف قانوني حقيقي , سواء أكانت هذه الحقيقة عدم وجود تصرف أصلا أم وجود تصرف يخالف التصرف الحقيقي في ركن من أركانه أو شرط من شروطه أو في طبيعته[١].
وعلى ذلك توجد الصورية متى ما وجدت إرادة صورية ظاهرة معلنة لتخفي بها إرادة جدية حقيقية لسبب معين , و يكون هدف المتعاقدين من الإرادة المستورة هو هدم آثار الإرادة الصورية أو أن تعدل منها.
فالمظهر الكاذب الذي يختلقه العاقدان هي ثمرة إرادة صورية في صورة تصرف ظاهر (act apparent)**وهو التصرف الصوري** (act simule) **تخفي خلفها تصرفا مستورا بها** (act secret)
وهو التصرف الحقيقي (act réel) **وتسمية المحاكم المصرية عادة بورقة الضد** (contre-Lettre)

وهو مقصود المتعاقدين دون الصوري, وبه يقصد المتعاقدان محو آثار الإرادة الصورية أو التعديل فيها,على أن تنطوي ورقة الضد على تصرف صحيح . و من ثم , فالصورية لا تضفي عليه الصحة التي ليست له متى ما كان التصرف الحقيقي باطلا .
وعليه , فالصورية إنشاء إرادي لظاهر خادع, أو هي إنشاء تواطؤي لإتفاق ظاهري للإرادات. **معاني ورقة الضد:**

٢٢- **يلاحظ أن لفظ ورقة الضد** (contre- Lettre) **في فرنسا له معنيان:**
الأول – قد يطلق على العقد الحقيقي (act réel) **ذاته.**
الثاني – وقد يطلق على الورقة المثبته له.
ونفضل قصره على المعنى الثاني في قانوننا منعا للّبس و وفاقا مع التقنين المدني المصري[٢], و تجنب إستعماله بمعنى التصرف المستتر.
وعلى ذلك فإن ورقة الضد أو عقد الضد: إن هو إلا العقد المستتر الحقيقي الذي ينطوي على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين يكتب سرا بينهما ليمحوا به أثر التصرف الصوري, الذي جوهره إرادة صورية كلياً أو جزءا و أو أن يعدلا في أحكامه.
وقد ينطوي التصرف على غش أو تغيير للحقيقة بما يفضى إلى الغش [٣] ، أو التحايل على نصوص قانونية آمرة (fraude á la loi) **و لأجل ذلك ينظر إليه بإرتياب[٤].**

أنواع الصورية:

٢٣- **إذا كانت الصورية هي إخفاء تصرف قانوني جدي** (act réel) **بتصرف ينطوي على إرادة صورية ظاهرة** (act simule , fictif) **غير جدية لسبب معين , فقد يكون التصرف الذي جوهره إرادة صورية ظاهرة غير موجود أصلا دون أن يستر خلفه إرادة حقيقية جدية للمتصرفين. ففي الحالة الأولى تكون الصورية نسبية , التي توجد حيث يوجد تصرف قانوني ظاهر ينتج آثاراً قانونية معينة , وتصرف آخر خفي مستر يمحو آثار التصرف الصوري أو يعدل منه.**
وفي الحالة الثانية تكون الصورية مطلقة.

---

[١] قارب: د. جميل الشرقاوي نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري , رسالة دكتوراه ١٩٥٧ ص ٣٢٥, بند ١١٤.

[٢] أنظر : د.إسماعيل غانم . النظرية العامة للإلتزام, أحكام الإلتزام , ط١٩٥٦ ص ٢٢٩ بند ١١٠

[٣] أنظر : أحمد نشأت رسالة الإثبات , جـ١ ط٧ , الناشر دار الفكر العربي. القاهرة ١٩٧٢.ص٣٦٨.بند٢٤١

[٤] (J.CARBONNIER . Droit Civil) جـ٥، ط١٦, س١٩٩٢ , بند٨٦ ص ١٧٢, نقلا عن : جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيو, المطول في القانون المدني , مفاعيل العقد أو آثاره ط١ ترجمه من الفرنسية الأستاذ منصور القاض. راجعه د.فيصل كلثوم . الناشر المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع في بيروت لبنان ٢٠٠٠م ١٤٢٠ هـ , ص ٦٣١ بند ٥٠٤

وعلى ذلك فالصورية إما أن ترد على التصرف القانوني كله أو على ركن أو أكثر من أركانه ، وبذلك تكون نوعان : مطلقة(absolue) ونسبية (Relative) .

أولا: الصورية المطلقة : (simulation absolue)

٢٤- تتناول وجود التصرف ذاته ، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة [١]، وتسمى بـ (الصورية الكاملة) ،ولا تخفي تصرفا آخرا حقيقيا ، فتصور وجود تصرف قانوني معين في حين أنه لا وجود له على الإطلاق[٢].فيكون القصد منها عدم ترتيب أي أثر على الإرادة الصورية ، وبمقتضاها، يكون قد بلغ كذب المتعاقدين أقصى مداه فيرتبان على ورقة الضد محو آثار التصرف كليا [٣] .

كما لو تعذر على دائن مطالبة مدينه بنفسه بالوفاء بما عليه من دين لمانع أدبي يمنعه من ذلك فيحيل حقه صوريا إلى شخص آخر ويتفق معه سراً على أن الحق المحال به لازال للمحيل ولا ينتقل إلى المحال له، وبالتالي ،يكون على المحال له أن يسلم إلى المحيل ما قد يؤديه المحال عليه من دين.

ومن ذلك أيضا ، تحرير سند مجاملة ، الذي هو عبارة عن سند أو صك بمديونية لا وجود لها ، يعطيه شخص لآخر ليتمكن الأخير من الظهور بمظهر الثراء أو الملاءة المالية لغرض ما ، كالتقدم لمشروع يتطلب رأس مال كبير ،أو لخديعة فتاة يوقعها في حبائله المسحوب له بثرائه الكاذب [٤] .

ويلاحظ أن الصورية المطلقة تستخدم , في الغالب , لغرض تهريب المدين المعسر أمواله عن متناول يد دائنيه أملا أن لا يتوصل الآخيرين إلى كشف الحقيقة بإثبات صورية تصرفه.

ثانيا- الصورية النسبية (Simulation Relative):

٢٥- في الصورية النسبية تكون ثمة تصرفين:

أولهما - ظاهر لا وجود له في الحقيقة بين المتعاقدين لأنه ثمرة إرادة صورية.

وثانيهما - مستتر حقيقي يلتزم به العاقدان , يختلف عن التصرف الصوري إما من حيث الطبيعة أو من حيث موضوعه , أي , أركانه أو شروطه, أو من حيث شخصية المتعاقدين .

وتفريعا على ذلك فإن الصورية النسبية تنقسم إلى أقسام ثلاثة:

أ- الصورية بطريق التستر: Simulation par voie de deguisement

٢٦- وهذه تتعلق بنوع العقد و طبيعته و تكييفه لا بوجوده , بإخفاء حقيقة التصرف في صورة تصرف آخر, كستر الهبة , و هو التصرف الحقيقي المستتر بعقد بيع ظاهر صوري بقصد التهرب من الرسمية في العقد[٥].

ب- الصورية بطريق المضادة: Simulation par voie de contre letter

٢٧- الصورية فيها لا تتعلق بوجود التصرف القانوني أو طبيعته و تكييفه و إنما تتناول موضوعه , أي , ركنا فيه, أو شرطا من شروطه كالبيع الذي يذكر فيه ثمن أقل أو أكبر أو تغيير تاريخ العقد , أو أن يتفقا على تقديم تأريخ البيع الذي أبرم مع السفيه المحجور عليه , ليكون سابقا على تأريخ صدور قرار الحجر عليه[٦].

---

[١] إنظر: نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥.مجموعة أحكام النقض س٢٩ ص١٣٣٧.
ونقض مدني مصري في ١٩٧٠/٤/١٤.مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٦١٨.
ونقض مدني مصري في ١٩٧٠/٥/٢١.مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٨٨٦.

[٢] انظر : د.محمود عبد الرحمن محمد. النظرية العامة للإلتزامات .ج٢ في أحكام الإلتزام ط١ .١٩٩٩ ص ٢٧٤.

[٣] د.عبد الرزاق حسن فرج.النظرية العامة للإلتزام. ط١. ١٩٨٨ ص٦٧.

[٤] راجع: د.محمد علي البدوي الأزهري.النظرية العامة للإلتزام.ج٢ في أحكام الإلتزام.ط١. ٢٠٠٥م. ص٨٧-٨٨.

[٥] الهبة في القانون المدني المصري والليبي ،لا تقوم إلا إذا حررت في ورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، أو كان الموهوب منقولاً فيشترط لإنعقادها ، القبض دون حاجة إلى ورقة رسمية .
(راجع المادة ٤٨٨ في القانون المدني المصري،والمادة ٤٧٧ في القانون المدني الليبي).
أما في القانون العراقي فان الموهوب اذا كان عقارا وجب لانعقادها التسجيل في دائرة التسجيل العقاري. واذا كان منقولا فلا تنعقد الا بالقبض مع اذن الواهب بالقبض صراحة او دلالة(راجع المادة ٦٠٢ في القانون المدني العراقي .

[٦] أنظر: سعيد جبير - أحكام الإلتزام . ط ١٩٩٧ ص١٦٨

أو كما لو كان أحد المتعاقدين في مرض موته فيتصرف في أمواله فيقدم تاريخ تصرفه و يجعله سابقا على إصابته بمرض الموت[1] .
أو أن يقوم المدين ببيع بعض أمواله , بعد إستحقاق الدين عليه, بيعا صوريا [2].
ومن ذلك أيضا , إخفاء سبب التصرف تحت ستار سبب آخر, كما لو وهب شخص لأمرأة مالا معينا وذكر في عقد الهبة أنه يجازيها على ما قدمته من خدمة مشروعة له ساترا بذلك السبب الحقيقي في إقامة علاقة غير مشروعة معها.

ج- ألصورية بطريق التسخير: Simulation par voie dinter position de personne

٢٨- هذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بقصد إخفاء أحد طرفي التصرف تحت إسم شخص آخر يظهر في العقد و يكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر تهرباً من مانع يمنعه من إبرام التصرف مع المتعاقد الحقيقي , ويُسمى الشخص المعار إسمه (prétetnom) , فيتم التصرف لحساب شخص آخر غير الشخص الذي ظهر فيه.
والجدير بالذكر, أن الصورية بطريق التسخير لا تقتصر على التصرفات القانونية وحدها , بل يجوز أن تكون في الخصومة , والإجراءات القضائية أيضا, إلا إذا قصد بها التحايل على القانون فتكون حينئذ غير مشروعة [3] .
مثال ذلك: ما تنص عليه المادة (٥٩٥) من (ق.م.ع) التي منعت القضاة و المحامين من شراء الأموال المتنازع فيها إذا كان الأمر مطروحا على القاضي, أو كان المحامي وكيلا لأحد طرفي الخصومة , فيعمد المحامي مثلا, إلى إبرام تصرف يتفق مع المتصرف معه على تسخير طرف ثالث يظهر إسمه في العقد , دون إسمه, تهربا من ذلك المانع القانوني وهذه هي صورية التعامل تحت إسم المستعار, وردا على سوء نية المتصرف في التحايل على القانون منعت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٥ المذكورة الوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين ببيعها لأنفسهم بإسم مستعار, و لو بطريق المزاد العلني[4].
أو إشترى الوكيل ملك موكله بإسم زوجته, فإن ذلك شراء لنفسه بصورة غير مباشرة و بإسم مستعار, فهو شراء باطل لمخالفته نص المادة المذكورة[5].
يلاحظ ان التعامل بإسم المستعار , إن هو , إلا صورة من صور الوكالة التي يعير فيها الوكيل إسمه الى الموكل لإبرام التصرف لصالح الأخير , فيكون التصرف جديا نافذا بين الوكيل و المتصرف معه, ولكن , مآل آثاره تعود إلى الموكل[6].
وعلى ذلك , إذا كان من وقائع الدعوى التي أثبتها الحكم من أن المدعى عليه قد أقر بصدد البيع فعلا من البائع و انحصر النزاع في شخص المشتري دافع الثمن فإن الصورية تكون نسبية بطريق التسخير, وفي هذه الحالة , لا يستقيم معه القول بأن العقد منعدم لصوريته صورية مطلقة [1].

---

[1] راجع : نقض مدني مصري في ١٩٦٤/٤/٩ . مجموع أحكام النقض س١٥ ص٥٢٦.
وقضت محكمة النقض المصرية على أن صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه الى العقد ذاته. فاذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تأريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تأريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تأريخ عقد المدعى فان صورية تأريخ هذا العقد لا أثر لها في الدعوى

[2] في هذه الحالة لا عبرة ببيعه بعد إستحقاق الدين عليه لأن الغاية من ذلك كانت تهريب أمواله (أنظر : حكم محكمة التمييز العراق برقم ٧٩٢/حقوقية/٩٦٤ في ١٩٦٤/٨/١٥. قضاء محكمة التمييز م٢ ص٣٠)

[3] انظر : نقض مدني مصري في ١٩٨٧/١/٢١ . طعن رقم ٢٢٠٩ لسنة ٥٢ ق.
و نقض مدني مصري في ١٩٧٢/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٣٨١

[4] راجع: حكم محكمة التمييز العراق برقم ٤٤٨/استئنافية/٨٥-٨٦ في ١٩٨٧/٥/٢٦ . اشار اليه الأستاذ إبراهيم المشاهدي. المبائ القانونية في قضاء محكمة التمييز . القسم المدني. ط١. مطبعة العمال المركزية ببغداد ١٩٨٨ ص١٩٧ بند١٩.

[5] راجع: حكم محكمة التمييز العراق برقم ١٥٩/هيئة موسعة أولى/٨١. في ١٩٨٢/٢/٢٧. مجموعة الأحكام العدلية ع١ س١٣ لسنة ١٩٨٢ ص٢٠.

[6] راجع: السنهوري , الوسيط , مصدر سابق.ص١٠٧٦, بند٦١٣
محمود جمال الدين زكي , الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات , ط١٩٧٨ بند٤١٦
إسماعيل غانم , أحكام الإلتزام , ص٢٣٠ بند١١١.

الصورية بطريق التسخير , والتعاقد بطريق التسخير:

٢٩- الصورية بطريق التسخير ليست هي التعاقد بطريق التسخير (Personne inter posée) , ففي الأولى يتعاقد شخص مع مسخر , فيتواطأ معه على إبرام تصرف معين لمصلحة شخص ثالث يعلم بحقيقة التسخير.

أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر Prete-nom يتعاقد مع شخص قد لا يعلم بالتسخير فيبرم المسخر بذلك تصرفات جدية ثلاثة هي:

الأول - عقد وكالة , يوكل فيه المسخر ، عن الموكل , في تصرف معلوم بمقتضى عقد الوكالة.

والثاني- عقد يبرمه المسخر مع الغير بإسمه ولكن لحساب الموكل فينصرف آثار العقد إليه لا إلى موكله.

والثالث - عقد يبرمه مع موكله ينقل بمقتضاه آثار العقد المبرم لحسابه مع الغير.[٢]

٣٠- و قد تكون ثمة أنواع من الصورية تصلح أن يطلق عليها بالصورية (ألبريئة), متى ما كان المتصرف لا يقصد من ورائها الإضرار بالآخرين, و إنما غايتها إخفاء تصرف حقيقي بها دون الإضرار بالناس، أو التحايل على القانون, كأن يريد المتصرف أن يتصدق على الفقراء دون أن يرغب في إعلام الآخرين بحقيقة تصرفه فيعطي الصدقة إلى شخص آخر فيتولى توزيعها على مستحقيها.

أو أن يرغب شخص في شراء عقار مجاور لسكناه و يظن أنه لو تقدم مباشرة لمالكه فإنه سيطلب منه ثمنا مرتفعا لعلمه بأهميته له , فيطلب من شخص آخر شراءه له.

٣١- يلاحظ أن الصورية النسبية , في الغالب , تستخدم وسيلة للتهرب من دفع الضرائب متى ما كان التصرف الحقيقي يخضع لضريبة أقل أو أكثر عندما يخفى تحت تصرف آخر أقل إستحقاقا للضريبة , أو تكون الغاية منها التهرب من أحكام الميراث التي تقضي بأن كل هبة تقع في مرض الموت تاخذ حكم الوصية فلا تسري في حق الورثة إلا في حدود الثلث , على عكس البيع الذي ينفذ في حقهم و لو تم في مرض الموت و جاوز ثلث التركة مادام البيع قد تم بثمن المثل.

وقد يكون القصد منه دفع الحرج كأن يهب الأب مالا إلى احد أبنائه أو أحدى زوجاته, و كي لا يغضب الآخرين يظهر هذا التصرف في صورة بيع لاهبة فتكون الهبة حقيقة التصرف ,و البيع تصوير كاذب للحقيقة و الواقع[٣].

الصورية في التصرفات القانونية كافة لا في العقد فحسب:

٣٢- إذا كنا قد إستعملنا لفظ (ألتصرف القانوني) في تعريف الصورية فإن لنا في ذلك غرضان:

الأول - أن الصورية , وإن كانت كثيرة الوقوع في نطاق العقود , إلا أن ليس ثم ما يمنع أن تقع في التصرفات القانونية التي تكون مصدرها إرادة منفردة شريطة أن تكون موجهة إلى شخص معين[٤]، ولاسيما التصرف الظاهر, كالإبراء من دين , أو التنازل عن حق عيني, أو إنهاء علاقة قانونية قائمة بإرادة منفردة[٥].

ويلاحظ على هذه الصور أنها من تطبيقات الإرداة المنفردة , وعلى الرغم من ذلك , فإنه يجوز الإتفاق بين المتعاقدين على صورية الإبراء أو التنازل أو انهاء العلاقة القانونية , مع أن حقيقة الواقع أن تلك الحقوق مازالت قائمة بذمته[٦].بمعنى أن التصرف الظاهر الكاذب هو إرادة منفردة بينما التصرف الحقيقي الخفي ليس إلا عقدا , أو قد لا تخفي خلفها أي تصرف, كما في الصورية المطلقة , بل أن الإرادة المنفردة , مصدر الإبراء أو التنازل أو الانهاء , إن هي في حقيقتها , بالنسبة للصورية , إلا إتفاق بين طرفي التصرف على أن يأخذ في ظاهره إرادة منفردة صورية لستر إتفاق حقيقي مستور، متواطئ عليه بينهما .

---

[١] نقض مدني مصري في ١٩٦١/٣/٢٣. م.ن.م, ١٢-٢٦٠.

[٢] السنهوري , الوسيط, جـ٢,ط١, ص١٠٧٦ هـ١

[٣] أنظر :د.محمد على البدوي , مصدر سابق , ص٨٨.

[٤] إما إذا لم تكن موجهة إلى شخص معين , بل إلى الجمهور , كالوعد بجائزة كما لو كان الواعد غير جاد في وعده فلا تتصور الصورية فيه, و إنما ينطوي على إختلاف بين الإرادة الظاهرة و الإرداة الحقيقية , و بذلك تقترب من التحفظ الذهني.
(انظر: د.عبد الرزاق السنهوري.الوسيط.ج٢ ط٢٠٠٤ تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي.منشأة المعارف بالأسكندرية.ص١٠٠٠ بند ٦١٦ هـ١).

[٥] و قد يستر هذا التصرف إتفاق آخر يقضي ببقاء الدين أو بقاء الحق في ذمة مالكه أو بقاء العلاقة القانونية.

[٦] أنظر: د.محمود عبدالرحمن محمد , أحكام الإلتزام , ص٢٨٢ . السنهوري . الوسيط . ج٢ ص١٠٠٠ بند٦١٦

والثاني– إن كانت الصورية منطقتها تكمن في التصرفات القانونية و مع ذلك , فإنها قد تكون في الأحكام أيضا, و لا سيما في رسو المزايدة التي لا تتعدى مهمة القاضي , أو منفذ العدل فيها مجرد مراقبة إستيفاء الإجراءات الشكلية, ثم إرساء المزايدة على من يظهر أن المزايدة قد رست عليه بالتواطؤ بينه و بين القاض أن منفذ العدل[1].

وعلى ذلك نرى أن الوضع الطبيعي لدراسة النظرية العامة للصورية يكون عند دراسة آثار التصرف القانوني (آثار العقد) و هذا ما سار عليه المشرع العراقي عند معالجته إياها, و لاسيما أن القواعد العامة لنظرية العقد تطبق على التصرفات التي مصدرها إرادة منفردة أيضاً إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام [2]عند عدم وجود نص خاص يحكمها.

التصرفات القانونية التي هي بمنأى عن الصورية :

٣٣– الصورية , مجالها واسع النطاق , كما رأينا , إلاأن ثمة تصرفات قانونية تنعدم فيها دور الإرادة الصورية , وتوصف الإرادة فيها, بل يجب أن تكون الإرادة فيها ،حاسمة و جدية, منها :

٣٤– أ– ألزواج , والطلاق والرجعة و العتاق:

بدليل ما رواه أبوهريرة (رض) عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : ((ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌ و هَزْلَهُنَّ جِدٌ, ألنكاح , و الطَّلاقُ , و الرَّجعة))[3]. وفي رواية أخرى جاء اللفظ هكذا ((الزواج والطلاق والعتاق)).

الجدِ[4]ما يراد به ما وضع له و لو مجازا.

الهزل : ما يراد به غير ما وضع له بغير مناسبة بينهما.

والرِجعة[5]عود المطلق إلى مطلقته. فمتى ما وقعت صيغة الزواج بحضور شهود أو تلفظ بالطلاق , أو بالرجعة, أو بعتق المولى أو الأَمَة, لزمه ذلك و لا يقبل القول منه بأنه هازل, أو غير جدي, لقوله تعالى ((ولا تتخذوا آيات الله هزوا...الآية)), و ذلك لتأكد أمر الفروج و الحيطة فيها فلا تلوكها الألسن[6].

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي ذهب في إحدى أحكامه إلى وجوب الجدية في الزواج و عدم قبول الصورية فيه, إذ قضت محكمة إستئناف باريس في ١١ حزيران ١٩٧٤ ((بأن الزواج باطل لعدم وجود رضا عندما لم يرتض الزوجان الإحتفال به إلا من أجل سبب ثانوي بالنسبة إلى أهداف مؤسسة الزواج مع إرادة يقصد منها التملص من نتائجه القانونية جميعا))[7].

٣٥– ب– ألصورية في الشركات :

في دور الإرادة الصورية عند تكوين الشركات خلاف يمكن حصره في قولين[8].

الأول – ليست للإرادة الصورية دور في تكوينها مادامت قد إستوفت شروطها الشكلية.

والثاني– أنه يجوز أن تظهر للصورية دور في شركة تكون في الحقيقة فرعاً من فروع شركة أخرى تشترك معها في حساباتها , و في إدارتها , و في رأسمالها , و بهذا القول أخذت محكمة النقض الفرنسية[1].

---

[1] راجع : حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٤١/١٢/١١ – م.ق.م–٤٨– ٧٦٣, و حكمها في ١٩٧٨/١/١٧. مجموعة أحكام النقض س٢٩ ص٢١٨. كذلك أحمد نشأت , رسالة الإثبات , جـ١ ط٧ ص٣٧٩ بند٢٥١.

[2] بدلالة الفقرة الثانية من المادة ١٨٤ من قانوننا المدني الحالي.

[3] رواه أبو داود , والترمذي , و الحاكم و صححه . انظر: الشيخ منصور علي ناصف , التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول (ص), جـ٢ ط٤ . دار التربية للطباعة و النشر والتوزيع. ١٣٩٥\٥هـ–١٩٧٥م. ص٢٤٢ و ص٢٧٧.

[4] بالكسر

[5] بالكسرة و الفتح.

[6] انظر: الشيخ منصور علي ناصف, غاية المأمول شرح التاج الجامع الأصول على هامش المصدر السابق. جـ٢ ط٤ ص٢٤٢ و ص ٢٧٧.

[7] جاك غستان و زملاؤه . المطوَل في القانون المدني, المصدر السابق, ص٦٥٨ بند ٥٣٢

[8] السنـهوري . الوسيط , جـ٢ ص١٠٠٠ بند ٦١٦ , جاك غستان و زملاؤه , المصدر السابق , ص٦٣٢ بند٥٠٦.
خالد الشاوي . شرح قانون الشركات التجارية العراقي, مطبعة الشعب ببغداد , ١٩٦٨ ص٧٨–٨٠.

[1] راجع : حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ مايو سنة ١٩٢٩ , سيرية ١٩٢٩–١– ٢٨٩. مشار إليه عند : د. السنهوري . نظرية العقد , مصدر سابق . جـ٢ ص٨٢٨ بند ٧٥٣ هـ١

الراجح من القولين:

٣٦- الأفقه من القولين , كما يبدو لنا و لا سيما وفاقا لأحكام القانون العراقي , هو القول الأول , إذ ليس للصورية شأن في قانون الشركات النافذ, و ذلك لأن جميع الشركات المسماة في القانون المذكور تخضع إلى نظام النشر في نشرة الشركات و الإعلان عنها في إحدى الصحف المحلية , و من ثم تصدر شهادة تأسيسها خلال خمسة عشر يوما من تأريخ آخر نشر[٢].و تكتسب الشخصية المعنوية من تأريخ صدور شهادة تأسيسها.

أضف إلى ذلك , أن القانون إشترط ورود بيانات الزامية معينة في عقد الشركة و أكسب الشركاء الصفة التجارية و لا سيما في شركات الأشخاص.

كما ألزم الشركاء بأن أي تعديل لعقد التأسيس يجب أن يوافق عليه الشركاء بالإجماع , و أن يشهر بالطريقة التي نص عليها القانون.

وفي الشركات البسيطة فإن المشرع قد أخضعها إلى إجراءات شكلية أخرى فجعل عقد تأسيسها عقداً شكليا في أكثر من وجه :

أ- إشترط في تكوينه أن يكون مكتوبا و مصدقا من كاتب العدل وأن تودع نسخة منه لدى المسجل وإلا كان العقد باطلا[٣]، وتكتسب الشخصية المعنوية من تأريخ إيداع نسخة من عقدها لدى المسجل[٤].

ب- على الشركات أن يُظمّنوا عقد الشركة طريقة إدارتها و يعين فيه الشريك المفوض بها أو كيفية إختياره , كما يحدد فيه صلاحياته, و إلا كان العقد باطلا[٥].

وعلى ذلك , لو إفترضنا وجود عقد شركة ظاهر و صوري و آخر مستتر و أخضعنا العقد الصوري المنشيء للشركة إلى الإجراءات الشكلية من شهر و إعلان و موافقة الجهات ذات العلاقة وغيرها ،لانتفت الصورية لاستحالتها وكذلك قياساً على تسجيل التصرفات العقارية لدى دائرة التسجيل العقاري تطبيقا للمادة (١٤٩) ق.م.ع.

كما أن القول بخلاف ذلك يقضي إلى إمكان إلزام الشركة , و التي لها ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء, بإحكام لم ترد في عقدها حتى لو أرادها الشركاء و لم يعترض عليها الأغيار , فإن كل ذلك ممتنع قانونا, و بالتالي , لا يتصور قبول ورقة ضد تتضمن ما يعارض أحكام قانون الشركات.

٣٧-ج- الصورية في التصرفات العقارية:

إذا وردت الصورية في التصرفات الواقعة على العقار , أو الحقوق العينية العقارية و التي سجلت في سجلات دائرة التسجيل العقاري , فإنه يمتنع الطعن فيها بالصورية و على هذا نصت المادة ١٤٩ من القانون المدني على أن ((لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو)).

والحكمة في ذلك , لأن الصورية تستلزم السرية, واشهار التصرف بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري تناقض تلك السرية.

شروط الصورية:

٣٨- الصورية لكي تنشأ لا بد أن تتوافر شروطها و هي :

أ- وجود عملين قانونيين إتحد فيهما الطرفان :

أولهما – ظاهر علني (acte apparent) و هو التصرف الصوري act simule , fictif .

وثانيهما – خفي مستور acte secret وهو التصرف الحقيقي acte rèel .

ب- أن يدور هذان العملان حول موضوع و سبب و احد الذي يشتغل به طرفاه.

ج- إتجاه إرادة طرفا التصرف القانوني إلى إخفاء تصرف حقيقي جدي في صورة تصرف ظاهر يخالفه , أو تحت ستار تصرف آخر يخالفه , و يكون ذلك بإرادة واحدة, أو بتوافق إرادتين حسب مقتضى الحال , و حسب ما إذا كان العمل القانوني تصرفا قانونيا بإرادة منفردة أو بإرادتين أو أكثر, فينعدم أثر الأول أو أن يعدل في آثاره.

---

[٢] راجع : المادة ٢١ في قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

[٣] راجع : المادة ١٨٢ من قانون الشركات العراقي.

[٤] راجع : المادة ١٨٣ من قانون الشركات العراقي.

[٥] راجع : المادة ١٨٧ من قانون الشركات العراقي.

د- إتجاه إرادة الطرفين إلى إبقاء العمل الحقيقي مستورا بعمل قانوني آخر يغايره من جميع نواحيه أو في بعضها.

هـ- أن لا يتضمن التصرف الصوري ما يفيد وجود تصرف حقيقي مخالف له. لأن الصورية تقتضي وجود تصرف ظاهر يصور للغير أنه الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين و لا يوجد تصرف آخر بينهما يخالفه فيترتب عليه إيهام الغير بهذا المظهر الكاذب. و من ثم ، لا صورية في تصرف يكشف بنفسه عن حقيقة صوريته بأنه ليس إلا ستارا يختفي وراءه تصرف حقيقي أبرم بين الطرفين و على محل العقد نفسه[1] , فليس في الشراء لحساب آخر يفصح عنه المشتري بعد أجل معين صورية تصرفه مادام قد أفصح عن نية الشراء لحساب شخص آخر.[2]

وكذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان التصرف الحقيقي لا ينفذ في حق الغير, أو لا ينعقد إلا بطريقة الشهر أو التسجيل في دائرة معينة, ففى هذه الحالة , يفقد التصرف سريته من ثم تنتفي فيه شروط الصورية[3].

و- إختلاف العملين القانونيين من حيث التكييف القانوني و الماهية ,أو الأركان أو الشروط أو الأشخاص , ويترتب على ذلك , إذا إتفق الطرفان على أن العمل القانوني الثاني , يكون مؤكداً للأول و مؤيداً له فليس في هذا شيء من الصورية[4].

ز- تعاصر التصرف الحقيقي و التصرف الصوري:

الصورية تفترض وجود تصرف ظاهري صوري لإخفاء تصرف جدي حقيقي , و الإتفاق المستتر إما أن يكون الغرض منه محو أثر التصرف الصوري كليا, أو أن يعدل من أحكامه , و لاتوجد الصورية إلا إذا كانت إرادة طرفى التصرف لم تنصرف في أي وقت من الأوقات إنصرافا جديا إلى التصرف الأول بل تتجه إرادتيهما إلى التصرف االمستتر تحقيقا لإحدى غايتيه, وهذا يفيد أن كل من التصرفين , الجدي والصوري, يجب أن يكونا متعاصرين , و لو لم يحرر سند التصرف الحقيقي إلا في وقت لاحق .

والمعاصرة يراد بها, أن يصدر التصرفان معاً , وفي وقت واحد , بحيث إذا تأخر أحدهما عن الآخر لانتفت الصورية ومن ثم , لو أبرم الطرفان عقداً جدياً , ثم تراءى لهما أن يجريان تعديلاً في أحد شروطه, فلا تتحق الصورية في ذلك, لانتقاء المعاصرة بين العمليتين , ونكون في هذه الحالة بصدد تعديل تصرف ولا تشترط المعاصرة المادية, بأن يبرم التصرفان في وقتٍ واحد , و إن كان ذلك هو المعتاد, بل تكفي المعاصرة الذهنية بما أنعقد في ذهن المتعاقدين, وعقداً العزم عليهما وقت صدور التصرف الصوري, وإن صدر التصرف الصوري أولا ثم أعقبه التصرف الحقيقي , أو كان التصرف الحقيقي (ورقة الضد) لاحقا في التحرير[1] .

و لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة, في إستخلاص التعاصر الذهني , لأنها مسألة موضوعية لها ان تقف على حقيقة إرادة المتعاقدين , و ما إذا كانت جدية أم صورية.

كما عليها أن تقف على حقيقة الإرداة التي قننت في ورقة الضد و ما إذا كنت جدية من عدمها , ونية المتعاقدين وقت التعاقد الأصلي , و المسألة لا تعدو أن تكون موضوعية بحته تدخل في سلطتها و لا رقابة عليها من محكمة التمييز إلا إذا إضطربت في حكمها و قررت عدم وجود صورية, أو ورقة الضد في الدعوى و بنت حكمها على سبب يتجلى منه معنى يفيد عكس حكمها, حينئذ , تكون قد أخطأت في

---

[1] أنظر: د.محمود عبدالرحمن محمد . أحكام الإلتزام , ص ٢٨٠.

[2] انظر: د.سليمان مرقس. الوافي في شرح القانوني المدني , جـ٣ م١ في عقد البيع . ط سنة ١٩٩٠ , ص ١١٩ بند ٤٧.

[3] بالمعنى نفسه أنظر نقض مدني مصري في ١٩٥٠/٣/٩ مجموعة أحكام النقض س١ ص ٣١٢.

[4] راجع : السنهوري , الوسيط جـ٢ ص٩٩٧ بند ٦١٤ , محمد نصرالدين زغلول , الإرادة , مصدر سابق ص ٢١٢ بند ٤٩٦, المستشار أنور العمروس , الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء , دار الفكر الجامعي بالأسكندرية , ٢٠٠٢ ص ٧٣٤.

[1] السنهوري , الوسيط جـ ٢ ص٩٩٧ بند ٦١٤.

(٢) بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري في ١٩٧٤/٤/٩. مجموعة أحكام النقض س٢٥ ص٦٥٨.
كذلك : أحمد نشأت رسالة الإثبات , مصدر سابق ص٣٧١.

(٣) بالمعنى نفسه أنظر: نقض مدني مصري في أول ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض س١ جـ١ رقم ١٣ ص ٤٨.
وأيضاً: نقض مدني مصري في ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ , المصدر السابق, رقم ٣٠ ص ١٠٢.

تطبيق القانون مع إضطراب في تسبيب الحكم مما يتعين نقضه[٢] .
و تفريعا على ما لمحكمة الموضوع من سلطة في تفسير العقود و تقدير الوقائع , لها أن تقرر أن العقد محل الدعوى و أن صدر في يوم تال لعقد آخر بينه و بين العقد الآخر معاصرة ذهنية , و أن العقد الأخير في حقيقته و حسب ما إنعقدت عليه نية طرفا العقد , هي ورقة ضد تفيد صورية العقد الظاهر وأن إختلف تأريخيهما. [٣]

الفرع الثاني

نطاق الصورية

٣٩- تحديد نطاق الصورية تستلزم تمييزها عن ما يشابهها من نظم قانونية أو نظريات قانونية, بعد ان حددنا مفهومها وعناصر نشوئها.

تمييز الصورية عن ما يشابهها:

٤٠- اولاً الصورية والتدليس Deceit [١] .

الصورية اتفاق بين المتعاقدين على إخفاء التصرف الحقيقي ، الذي اتجهت اليه ارادتيهما تحت ستار تصرف آخر ظاهر لاوجود له في حقيقة الواقع .
أما التدليس (Deceit او dol) أوالغش (fraud) [٢] ، فهو إتخاذ طرق احتيالية من أحد المتعاقدين لايهام الطرف الاخر بغير الحقيقة بما يحمله على التعاقد [٣] ، فالتدليس عيب في رضا المدلَّس عليه ، ويعتبر سبباً لابطال العقد في القانون الفرنسي , والمصري , والليبي ، ويجعل العقد موقوفاً في القانون العراقي اذا نشأ عنه غبن فاحش [٤] .
قد توصف الصورية بانها تدليسية متى ما كان الغرض منها الاحتيال على القانون .
وعليه, فإن الإرادة الصورية تختلف عن التدليس المعيب للرضا ، الأولى تنطوي على تواطؤ الطرفين دون أن يدلس أحدهم على الآخر وإنما يتواطئان على غش الغير أو إخاء أمرٍ معين .
كما أن الصورية تفترض تدبيراً واتفاقا بين طرفيها وإن كل منهما على بينة من الحقيقة في حين إن التدليس إن هو الاّ استعمال طرق احتيالية لا يقاع المدلَّس عليه في الغلط بما يدفعه الى ابرام التصرف القانوني .
وكذلك تختلف الصورية عن التدليس في الغاية منها اذ قد تقع الأولى في سبيل تحقيق غرض شريف (الصورية البريئة) يراد منها ستر الدافع الحقيقى عن الغير دفعاً للحرج عنه . بينما التدليس ينطوي على غرض غير مشروع .
كما لايلزم المدعي في دعوى الصورية أن يثبت التدليس بل حسبه أن يثبت أمرين :-
أ - عدم جدية التصرف .
ب- وأن التصرف الحق ضرراً به .
للمدعي عليه أن يدفع دعوى المدعي بعدم القبول لإنعدام مصلحة المدعي فيها ، ولكل ذي مصلحة أن يتدخل في هذه الدعوى ، ولكن قبل صدور قرار المحكمة بعدم قبول الدعوى و إلا تعين ردها [٥] .

٤١- ثانياً - الصورية والتزوير :

الصورية تتميز عن التزوير لأن طرفا الصورية كل منهما يعرف حقيقة التصرفين الظاهر الصوري والمستتر الحقيقي ، ويتواطئان على إخفاء الإرادة الحقيقية بالإرادة الصورية, أما التزوير فهو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر ، آخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي بيّنها القانون تغييرا من شأنه أحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص معين[٦]

---

[١] وبالفرنسية يصطلح عليه بـ (Dol) .

[٢] بالفرنيسة (fraude) .

[٣] أنظر: السنهوري ، نظرية العقد ص٨٢٩ بند ٧٥٤ ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج٢ في الالتزامات م٤ في أحكام الالتزام ط٢ . القاهرة ١٩٩٢ ص٣٥٧ هـ ١٥٣ .

[٤] راجع المادة (١٢١-١٢٤) من قانوننا المدني، والمواد ١٢٥-١٢٦من ق.م الليبي ، والمواد (١٢٥-١٢٦) ف ق.م.م .

[٥] أنظر : محمد نصرالدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني ، مصدر سابق ص٢١٤ بند ٤٩٩ .

[٦] راجع : المادة (٢٨٦) من قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة ١٩٦٩.

ومن ثم ، لايجوز الطعن في السند الرسمي أو العرفي المنظم بينهما بالتزوير بسبب صوريته [1] .
لكن يجوز اثبات صورية عقد رسمي دون الطعن فيه بالتزوير مادام الخصم لم يدع تزويره ، وإنما اقتصر إدعاءه على أنه عقد غير جدي[2] .

٤٢- ثالثاً – الصورية والتحفظ الذهني :
في التحفظ الذهني يظهر احد العاقدين إرادة ويبطن أخرى .
فالإرادة الظاهرة غير جدية، وتحفظ المتعاقد ذهنيا بإرادة باطنة تخالفها ، وبالتالي اذا كان الإختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الجدية إختلافاً قاصراً على أحد المتعاقدين دون الآخرين سمي ذلك بالتحفظ الذهني (Rèserve Mental) وفيه يظهر المتعاقد خلاف ما يبطن .
وبناء على ذلك , فإن الصورية تختلف عن التحفظ الذهني , فالأولى ثمرة تدبير و إتفاق بين طرفي التصرف القانوني . أما الثاني فيستقل به أحد طرفي التصرف القانوني دون أن يتفق مع الآخر بإظهار إرادة و أبطان أخرى, فإن إرادة المتعاقد الظاهرة غير جدية فهي حيث تحفظ ذهنيا بما أبطنه من إرادة باطنة تختلف عنها.
فالتحفظ الذهن نوع من الصورية في الإرداة الظاهرة إلا أنها صورية غير متفق عليها بين طرفي التصرف القانوني بخلاف الصورية [3] .
كما لو كان أحد المتعاقدين هازلا و الآخر جادا فيكون الأخير ضحية تضليل الطرف الأول , أما في الصورية فيشترك الطرفان في إيجاد مظهر كاذب لإخفاء مظهر حقيقي .

٤٣- رابعا – الصورية و الإتفاق الجبري الموصل إلى غرض معين:
لا صورية في إتفاق جبري , الذي لم يبرم إلا ليكن وسيلة للوصول إلى غاية معينة غير مباشرة تختلف عن الغاية المباشرة للعقد , و لو كان هذا الغرض هو الإضرار بالدائنين كما لو باع المدين بعض أمواله بعقود جدية ليفوّت على دائنييه فرصة الحجزعليه , فإن تصرفه جدي و حقيقي و ليس صوريا , و إن كان دائنييه لهم الطعن في تصرفه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن متى توافرت شروطها .
ويلاحظ أن الغاية المباشرة للعقد الذي أبرمه المدين هي بيع و شراء بينما الغاية غير المباشرة هي أن يضيّع على دائنييه فرصة الحصول على حقوقهم عن طريق التنفيذ عليه و من ثم لا صورية في تصرفه , و إنما كانت إرادته جدية , و إن كانت تنطوي على أمر في نفس المتصرف[4] .

٤٤- خامسا – الصورية و الإتفاق اللاحق :
غالبا ما يحدث في الواقع أن يتفق المتعاقدان على عقد جدي بينهما ثم يعقب ذلك إتفاق لاحق , لتعديل بعض بنود ذلك الإتفاق كما لو إتفقا على عقد بيع سيارة , ثم عدلا العقد بإتفاق لاحق, فيما يتعلق ببدل المبيع , زيادة له أو نقصانا , أو إتفقا على إضافة شرط على العقد أو إلغاء شرط منه, أو أقالة العقد, ففي هذه الأحوال ليس هناك عقدان أحدهما ظاهر والآخر خفي , بل عقد واحد أصلي, و آخر لاحق له وتابع.
وعلى ذلك يختلف هذا العقد عن الصورية من وجهين:
أ – العقدان , الأصلي و اللاحق له, إنما هما عقدان ظاهران و جديان.
أما في الصورية فإنها تتطلب وجود عملين قانونيين, أحدهما ظاهر صوري , والآخر خفي حقيقي .
ب- الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين ذهنيا. في حين تعديل العقد أو إقالته بإتفاق لاحق ليس فيهما تعاصر ذهني و إنما التتابع .

٤٥- سادساً – الصورية والتنويه عن العقد المستتر في التصرف الصوري :
قد ينوه المتعاقد في العقد الظاهر الصوري بالعقد الحقيقي المستتر , في هذه الحالة , لا صورية , لأن

---

[1] راجع: نقض مدني مصري في ١٩٩٧/١/٣٠ ، ط ر ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق .
ونقض مدني مصري في ١٩٧٨/٥/٢٥ ، ط ر ٣٧٧ لسنة ٤٦ ق س٢٩ ص١٣٣٧

[2] أنظر : نقض فرنسي في٤ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤ – ١- ٢٨٦ أشار اليه العلامة السنهوري ، الوسيط ج٢ ص٩٩٨ بند ٦١٥ هـ٤ .

[3] أنظر : السنهوري – نظرية العقد – ص٨٣٠ بند ٧٥٤, و له أيضا : الوسيط جـ٢ ص٩٩٨ بند ٦١٥، و د.جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرفات القانونية في القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه ١٩٥٧. ص ٣٢٥ بند١١٤.

[4] أنظر : السنهوري – نظرية العقد – ج٢ ص٨٣٠ بند ٧٥٤.
و د.إسماعيل غانم – أحكام الإلتزام – مصدر سابق ص ٢٢٥ .

لازمها أن يكون ثَمّ عقد مستتر لا ينوه عنه في العقد الصوري , بل, يبقى خفياً و سراً لا يعلمه إلا طرفا التصرف القانوني.

أما في الحالة الأولى فإن الأمر معلن عنه , و مشار إليه , في العقد الظاهر , وليس خفياً على أحد , أو سرا لا يعلمه سوى طرفيه[1].

٤٦- سابعا – الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن[2] :

تتفق الدعويان في أمرين:

أ – أن كلا منهما يراد منها رد سعي المدين الذي يبغي تهريب أمواله ليحول دون التنفيذ عليه .

ب- أساس إبطال التصرف فيهما أو عدم سريان التصرف في حق الدائن, هو الإضرار بالغير .

وتختلفان من أوجه كثيرة:

أ – دعوى عدم نفاذ التصرف تعالج حالة المدين الذي يتصرف في ماله تصرفاً جدياً منتجا لآثاره بين العاقدين , و خلفهما العام, و الدائنيين , فيخرج المال المتصرف فيه من ذمة المدين إلى ذمة أخرى, وبالتالي تهدف دعوى عدم نفاذ التصرف إلى إعادته إلى الضمان العام للدائنين ثانية .

أما دعوى الصورية , فتعالج حالة المدين الذي يتصرف تصرفا غير جدي , ظاهر لا ينتج أي أثر بين طرفيه, و لايترتب عليه إنتقال المتصرف فيه من ذمة المتصرف إلى ذمة الطرق الآخر .

كما ليس له أثر بالنسبة للغير إلا بقدر ما يكون ذلك ضروريا لإستقرار المعاملات و مراعاة لحسن نيته.

الفارق بين الدعويين , إذن , ان المدعي في دعوى عدم نفاذ التصرف يطلب إرجاع ما تصرف به مدينه للغير إلى ذمته على إعتبار أن المال المتصرف فيه قد غادر ذمته.

أما في دعوى الصورية , فإنه يطلب أن المال الذي غادر ذمة المدعي عليه لازال باقيا فيها .

ب- دعوى عدم نفاذ التصرف وضعها المشرع في يد كل دائن أصبح حقه مستحق الأداء[3]. في حين أن دعوى الصورية يكفي مَن يطعن فيها أن يكون حقه مؤكدا خاليا مَن النزاع و لو كان مؤجلا .

ج – في دعوى عدم نفاذ التصرف يشترط في حق الطاعن أن يكون سابقا على التصرف المطعون فيه , بينما في دعوى الصورية لا يشترط فيها ذلك .

د – في دعوى عدم نفاذ التصرف على الدائن أن يثبت أن التصرف المطعون فيه قد أنقص من حقوق المدين , أو زاد في إلتزاماته, و ترتب عليه أعساره أو الزيادة فيه [4] .

أما في دعوى الصورية فيكفي الدائن أن يطلب تقرير حقيقة واقعة لاتتغير بتغير اليسار والإعسار, و حسبه أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى و تقرير الصورية.

هـ- في دعوى عدم النفاذ إذا كان التصرف المطعون فيه بعوض فيشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين , و أن يكون مَنْ صدر له التصرف على علم بهذا الغش .

وأن مجرد علم المدين أنه معسر كاف لإفتراض وقوع الغش منه.

كما يفترض علم منْ صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر , أو كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك .

أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن , حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية, أو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا.

أما دعوى الصورية فلا شيء من ذلك يشترط لإقامتها, وإنما حسب الدائن أن يكون حقه خاليا من النزاع .

---

[1] أنظر: د.السنهوري , نظرية العقد , ص٨٣١ بند ٧٥٤.

د.إسماعيل غانم, أحكام الإلتزام , بند ٨٦.

[2] تسمى دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن بالدعوى البولصية أيضا في فرنسا و مصر.

وإذا أردت التفصيل فارجع إلى : د.محمدين عبدالقادر . الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين . رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة. غير مطبوعة.١٩٩٥ ص ٢ و ما بعدها.

[3] راجع : المادة ٢٦٣ . ق.م.ع.

[4] راجع : المادة ٢٦٤ . ق.م.ع.

و – من حيث توجيه الطعن والغرض منه :

في دعوى عدم نفاذ التصرف, يكون الطعن على التصرف , و إن كان تصرفاً جدياً , يطلب فيها الطاعن عدم نفاذه في حقه. و يكون غرضه من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه , وإستيفاء حقه لأنها من وسائل حماية الضمان العام.

اما دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف محوا للتصرف الصوري الظاهر وإزالة كل أثر له و تقرير ان محل التصرف لم يخرج من ذمة المدين, وإن كان قد صور بأنه قد تلقاه عنه آخر أو نفذ عليه الدعوى التي يتحقق بها غرضه .

ويلاحظ أن الطاعن إذا كان قد اختار دعوى الصورية ثم رأت المحكمة صحة دعواه فحسبها أن تقض له بطلباته دون حاجة إلى التعرض في تلك الدعوى إلى دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن. و إذا أشارت إليها فإنه يكون تزيدا منها لكن لايستوجب ذلك نقض حكمها.[1]

ولكن إذا أثبت مدعي الصورية دعواه فهل يستفيد من الحكم الصادر في الدعوى الدائنون الآخرون الذين لم يشتركوا في رفع الدعوى ؟ فيه رأيان :

الأول – يذهب كثيرمن الفقه الفرنسي إلى أن دعوى الصورية لا يستفيد من الحكم الصادر فيها سوى من كان طرفا في الدعوى. قال به بلانيول و ريبير ورادوان[2] .

والثاني– يذهب إلى أنه إذا أثبت مدعي الصورية دعواه وهو يستطيع ذلك بطرق الإثبات كافة , فان لبقية الدائنين الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف بصرف النظر عن تواريخ ديونهم . وللدائنين جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف المطعون فيه لانها مازالت , في الحقيقة , في ضمانهم العام , وهذا هو الرأي الراجح فقهاً وقضاءً .

جواز الجمع بين دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ التصرف:

٤٧– الطعن في تصرفات المدين بدعوى عدم نفاذ التصرف، ينطوي على الاقرار بجدية التصرف المطعون فيه ، في حين أن الطعن فيه بالصورية يتضمن إنكار التصرف المطعون فيه .

ولاجل ذلك. فالأولى بالطاعن أن يطعن بالدعوى الصورية أولاً ، فإذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا تتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك .

ويلاحظ أنه ليس ثم ما يمنع من إبداء الطعينين معاً إذا كان قصد الطاعن منهما عدم نفاذ التصرف في حقه[3] ، والعلة في ذلك ، هي جواز الجمع بين حقين شخصيين أو أكثر في دعوى واحدة ، وجوهر الدعويين هو عدم نفاذ تصرف المدين في حق الطاعن .

كما أن للدائن ان يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معها على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولاً ثم ينتقل بعد ذلك ، إن هو أخفق فيها الى دعوى عدم نفاذ التصرف [1] .

ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية كاملة في تقدير الدليل من أوراق الدعوى كافة بما يتراءى لها في ضوئها أن تقضي في موضعها بما تراه حقاً وعدلاً ، ولاتثريب عليها إن هي إستعانت في شأن التدليل الذي أجرته بالنسبة للتصرف المطعون فيه ، من أقوال الشهود ، وتعد ما حصله الحكم من أقوالهم قرينة تساند الادلة الاخرى التي ساقتها ، ولايجوز للخصوم الطعن على الحكم في هذا الصدد لان الطعن فيه يكون مجادلة في تقدير الدليل الذي تستقل به محكمة الموضوع [2] .

وللغير أن يطلب رد دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن ، وعلى محكمة الموضوع ، في هذه الحالة ، أن تبحث ، بادئ ذي بدء ، في الطعن في الصورية لانها أساسية في هدم التصرف لكون التصرف الصوري لايمثل شيئاً واقعاً في حالة ثبوتها ، فإذا لم تثبت الصورية عندها فعليها أن تبحث في دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن [3] .

٤٨– دعوى الصورية ودعوى غير المباشرة :

---

[1] بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري في ١٩٧٩/٢/٢٨ ، طر ٣٦٨ لسنة ٤٥ ق .
ونقض مدني مصري في ١٩٥٤/٦/١٠ , م.ق.م . ٦–٧٥٧ .
ونقض مدني مصري في ١٩٤٠/١٢/١٢ ,م.ق.م . ٣–٧٥٧ .

[2] انظر : د. إسماعيل غانم . أحكام الالتزام . مصدر سابق . ص٢٢١

[3] انظر : نقض مدني مصري في ٢٩ ابريل ١٩٧٤ . مجموعة احكام النقض . ٢٥–٧٥٣–١٢٧ .

اذا تصرف المدين صوريا في بعض أمواله فللدائن أما ان يطعن فيه مباشرة بالصورية ، أو أن يستعمل حق مدينه في التمسك بالعقد المستتر عن طريق دعوى غير المباشرة .

تتفق الدعويان في أمور :

أ –لايشترط في أي منهما أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، أو أن يكون سابقاً على التصرف الصوري .

ب–الحكم الذي يصدر فيهما يفيد جميع الدائنين سواء أكان منهم من إشترك في رفع الدعوى ،أم تدخل فيها أم لم يشترك أم يتدخل فيها .

ومع ذلك فان بينهما ثمة فروق جوهرية هي :

أ –الدائن في دعوى الصورية انما يعمل بإسمه ، ويرفع الدعوى بإسمه خاصة ، وفي دعوى غير المباشرة فان الدائن يرفعها باسم مدينه ، وبالنيابة عنه ، يترتب على ذلك : انه في الاولى يعد من الغير ، فيما يتعلق باثبات الصورية ، ومن ثم ، له اثباتها بطرق الاثبات كافة .

كما يعد من الغير فيما يتعلق بالعقد المستتر وبالتالي لايجوز الاحتجاج ضده بالدفوع التي ترد على العقد الحقيقي المستتر.

اما في دعوى غير المباشرة فيعد الدائن نائبا عن مدينه فلا يقبل منه الاثبات الا بما يلتزم به المدين من أدلة الاثبات ، ويجوز الاحتجاج قبله بالدفوع كافة المستمدة من العقد المستتر ، فيكون حكمه في ذلك حكم المدين نفسه .

ب–اذا سلك الدائن طريق دعوى غير المباشرة فلا تقبل منه دعواه الا اذا اثبت اهمال مدينه في إستعمال حقوقه ، ومن شأن ذلك ، أن يسبب في اعساره أو يزيد منه [٤] .

أما إذا سلك طريق دعوى الصورية في الطعن في التصرف الظاهر فلا يشترط شئ من ذلك وإنما يكفيه أن تكون له مصلحة في تقرير صورية التصرف المطعون فيه .

المبحث الثاني

آثار الإرادة الصورية في التصرف القانوني

٤٩– تترتب على الإرادة الصورية آثار بعضها تمس طرفيها , و بعضها الآخر تمس الغير.

و تحكمها مبدءان :

الأول – الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان .

والثاني – وجوب مراعاة حسن نية الغـــير .

ولأجل ذلك , نقسم هذا المبحث إلى فرعين:

الأول : آثار الإرادة الصورية بالنسبة لطرفيها .

والثاني : آثار الإرادة الصورية بالنسبة للغـــير .

---

[١] بالمعنى نفسه: حكم نقض مدني مصري في ١٩٧٩/٢/٢٨ .ط ر٣٦٨ لسنة٤٥ ق .

ونقـــض مدني مصري في ١٩٧٧/٥/٤ .ط ر ٥ لسنة ٤٣ ق .

ونقـــض مدني مصري في ١٩٥٤/٦/١٠ – م ق م– ٦– ٧٥٧.

ونقـــض مدني مصري في ١٩٤٠/١٢/١٢ – م ق م– ٣– ٧٥٧.

[٢] انظر : نقض مدني مصري في ٢٩ ابريل ١٩٧٤ . مجموعة أحكام النقض– ٢٥– ٧٥٣– ١٢٧.

ونقض مدني مصري في ٦ ديسمبر ١٩٦٦ . المصدر نفسه – ١٧ – ١٧٧٠ – ٢٥٥ .

[٣] أنظر : محمد نصرالدين زغلول . الإرادة – مصدر سابق. ص٢١٤ بند ٤٩٩ .

[٤] راجع المادة (٢٦١) ق.م.ع .

الفرع الأول
آثار الإرادة الصورية بالنسبة لطرفي التصرف القانوني

٥٠- تحكم آثار الصورية بالنسبة لطرفيها قواعد هي :
أ - العبرة بالتصرف الحقيقي المستتر فيما بين المتعاقدين .
ب-اعمال شروط صحة التصرف الحقيقي .
ج- اعمال آثار التصرف الحقيقي المستتر .
د - إثبات التصرف المستتر في العلاقة ما بين عاقديه .

الصورية ليست سببا للبطلان:

٥١- لما كانت الصورية , غالبا, تستعمل لخديعة الغير, أو التحايل على القانون , فكانت تختلط بالغش, مما حمل القضاء, والفقه, في الدول المختلفة, إلى الحكم بإبطال التصرف القانوني الذي يخالطه الصورية . بل ولم يميز القضاء الفرنسي بين الغش و الصورية إلا في منتصف القرن التاسع عشر فحصر أثر الصورية في منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التي يراد منها الوصول إليها, و اكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال التصرف الحقيقي, فاقتفى القضاء المصري أثره في ذلك حتى صدور القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ و صاغ نظرية الصورية في قواعد عامة, و على الرغم من ذلك, بقي القضاء المصري يستعمل مصطلح بطلان التصرف الصوري أو صحة التصرف الحقيقي , مع أن الأعمال التحضيرية للقانون المذكور تنص على أن الصورية ليست سببا من أسباب البطلان[١]
الصورية ليست بذاتها من أسباب بطلان التصرف الصوري , وإن لم تنصرف الإرادة إليه كلياً أو إلى إحداث بعض آثاره، إذ أن المشرع لا يمنع إخفاء حقيقة التصرفات القانونية التي تبرم بين الأفراد , و كما يشاؤون ,ولا يؤثر هذا الإخفاء على ماهية التصرف أو صحتة. على أن لا تكون الصورية وسيلة لمخالفة نصوص القانون الآمرة, أو التحايل عليها, و ذلك بستر إرداة مخالفة لها.
وتفريعا على ذلك , ما لايجوز للإفراد عمله ظاهرا ليس لهم عمله خفية, كما لاتصحح الصورية عملاً قانونياً , مخالفاً للقانون , و النظام العام , و الآداب العامة [٢] .
فالصورية لا تجعل باطلا ما كان صحيحاً , كما لا تجعل ما كان باطلا صحيحا.

٥٢-العبرة بالتصرف الحقيقي المستتر فيما بين المتعاقدين :
تقرير عدم بطلان التصرف المستتر بالتصرف الصوري يفضي إلى نتيجة حتمية هي, أن التصرف الحقيقي ينتج آثاره بين طرفيه , الذي هو مقصودهما دون التصرف الصوري , عملا بمبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من قاعدة أن (العقد شريعة المتعاقدين) الذي أخذ بهما قانوننا المدني[٣] .
وعلى ذلك الأصل, نفاذ التصرف الحقيقي بين طرفيه , و الخلف العام لهما , لا التصرف الظاهر لأن إرادة الطرفين الجدية قد إتجهت إليه, و ترتيب الآثار القانونية عليه, و الإلتزام به دون التصرف الصوري الظاهر الذي لا وجود له بينهما, و لم تتجه إرادتيهما إلى إنشائه أو الإلتزام به , و من ثم , لا أثر له بينهما مادام التصرف الحقيقي كان مستوفيا لشرائط صحته.
فالعبرة بحقيقة ما إتفق عليه الطرفان لا بالمظهر الكاذب الذي أخفيا تحت ستاره حقيقة الواقع .
وعلى ذلك تنص المادة (١٤٨)[١] ق.م.ع على أن :
((١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام, و لا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم.
٢- و إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر, فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد إستوفى شرائط صحته.))
ومتى إنتهت محكمة الموضوع إلى إعتبار عقد البيع , عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقي , أي ورقة الضد, تكون قد طبقت المادة (١٤٨) م.ع, تطبيقاً صحيحاً , و لا يمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقي في حق المشتري أن يكون قد وضع يده على المبيع إذ أن وضع يده في هذه الحالة لا يعدو ان يكون مظهرا من

---

[١] راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٣ . ص٦٣٦-٦٣٩-٦٤٦-٦٤٧.

[٢] أنظر: د.محمود جمال الدين زكي . الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات . ط١٩٧٨ ص٨١١. د.أنور سلطان. النظرية العامة للإلتزام ج٢ قي أحكام الإلتزام ط١٩٥٥ ص١٦٣.
د.سمير كامل . الأحكام العامة للإلتزام ط١ ١٩٨٨ ص١٤٤.

[٣] راجع الفقرة الاولى من المادة ١٤٦ , و الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ منه.

[١] التي تطابق نص المادة (٢٤٨) ق.م.م . و المادة (٢٤٨) ق.م.ليبي.

مظاهر ستر الصورية[٢]

كما لا تناقض بين حكم المحكمة بصحة الورقة المتضمنة عقد البيع و بين قضائها بإعتبار الإقرار المحرر في تأريخ العقد نفسه المذكور في ورقة ضد له. إذأن قضاءها الأول كان يتضمن أن طرفا العقد قصدا أن يحرراه في صيغة بيع إلا أن ذلك لا ينفي أنه عقد ظاهر صوري يستر عقداً آخر حقيقياً محرراً بين الطرفين هو ورقة الضد[٣]

ويلاحظ أن صورية التصرف , المطعون فيه , إذا كانت مطلقة فإنه يعد باطلا لعدم إتجاه إرادة الطرفين إليه حقيقة[٤] ،بل أنه لم ينعقد أصلا.

إما إذا كانت الصورية نسبية فإن الحكم بصوريته لا يؤدي إلى بطلانه و إنما إلى عدم نفاذه في حق من يتمسك بالتصرف الحقيقي حماية له,و مراعة لحسن نيته.

٥٣- اعمال شروط صحة التصرف الحقيقي و آثاره:

ولأجل ذلك , فالصورية بذاتها ليست سببا لبطلان التصرف , بل , تقتضي القواعد العامة في نظرية العقد اعمال التصرف الذي إنطوى على الإرادة الحقيقية لطرفيها, سواء أكانت من حيث الشروط الموضوعية, أم من حيث الآثار.

قد لا نحتاج إلى اعمال أحكام البطلان مطلقا إذا كانت الصورية لا تخفي تصرف قانونياً ما , متى ما كانت الصورية مطلقة.

أما إذا كانت الصورية النسبية وأياً ماكان نوعها , فإنه لا يقتضي اعمال أحكام البطلان لأن القاعدة أن (العقد شريعة المتعاقدين) , فإن التصرف الذي يحتوى الإرادة الحقيقية للعاقدين هو الذي يسري بينهما , و يكون القانون الذي يحكم علاقتيهما. على خلاف التصرف الصوري الذي لا يسري بحقيهما لأن إرادتيهما الجدية الحقيقية إستبعدت تطبيق اثاره , وإنها كانت ستارا تغطي الإرادة الحقيقية وأن كان للغير أن يتمسك به.

وعليه , لو كان للبطلان دور في احكام الصورية لما إستطاع الغير الإحتجاج بالتصرف الصوري أو التصرف الحقيقي حسب ما تقتضيه مصلحته, بل لما كان القانون يقر الصورية عند تعارض مصلحة من يتمسك بها و بين مصلحة من يتمسك بالتصرف الحقيقي, فأقر الأفضلية للأولين و بهذا قضت المادة (١٤٨) ق.م.ع. على أن :

((٢- و إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد إستوفى شرائط صحته.))

على أن يلاحظ أن التصرف المستتر لا يمكن أن يكون أقوى من التصرف الظاهر , فالصورية و إن لم تكن سببا من أسباب البطلان بذاتها إلا أنها لا يمكن أن تكون وسيلة للحصول على المغانم[٥] .

أما بالنسبة للغيرفالتصرف الحقيقي المستتر لا ينفذ بحقهم حماية لمن كان منهم حسن النية وقت التعامل[٦].

الواقع العملي و التشريعي يلزمنا الإقرار بأن الصورية لا تبطل التصرف الصوري و إنما يقتصر أثرها على عدم نفاذ التصرف الصوري في حق دائني طرفيها و خلفهما الخاص , و لازم ذلك , وجوب أستيفاء التصرف الحقيقي أركانه و شروط صحته.

ففي الصورية المطلقة يقتصر أثرها على أن تصرفاً لم يبرم بين المدين وبين من تصرف إليه , وكانت إرادتيهما صورية مطلقة كما لو وضع الخصم يده على أرض بعقد صوري , صورية مطلقة, فإن الأرض يحكم ببقائها على ملك صاحبها المدين , لأن وضع اليد , في هذه الحالة , ليس مظهراً من مظاهر ستر الصورية , لا يؤدي إلى كسب الملكية مهما طال مدته و لا ينفذ أثره في حق الدائن[١] .

التصرف الصوري المطلق ليس له وجود , إن هو إلا تصرف ظاهر بحت , لا يخفي تصرفاً حقيقياً حتى يمكن الإعتداد به, كما لو كان تصرف المدين بأمواله كلها , أو ببعضها , تصرف صوريا قاصدا ,

---

[٢] بالمعنى نفسه أنظر : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ . م ق م – ١٨-٨٥٠.

[٣] أنظر : نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٨/٥/٣٠ – م ن م – ١٩ – ١٠٤٥.

[٤] تقض مدني مصري جلسة ١٩٧٣/٤/١٣. مجموعة أحكام النقض . س٢٤ ص٦١٨.

[٥] أنظر : د.صلاح الدين الناهي . الوجيز الوافي – مصادر الحقوق الشخصية – مصادر الإلتزام /المصادر الإرادية / مطبعة البيت العربي – عمان – الأردن – ١٩٨٤ ص١٥٤.

[٦] أنظر : أساتذتنا (رحمة الله عليهم) : د.عبدالمجيد الحكيم و الأستاذ عبدالباقي البكري و الأستاذ زهير البشر. شرح قانون المدني . ج٢ في أحكام الإلتزام. ط١٩٨٠ ص١٢٦ بند ١٢٨.

[١] بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ – م ن م -٢٧ -٧٢٨.

من ذلك تهريبها بعيدا عن متناول أيدي دائنيه , حينئذ لا يتم بين طرفيه أي تصرف حقيقي من بيع أو غيره , ولا يترتب عليه أي أثر من إلتزامات و حقوق , التي يرتبها التصرف القانوني عادة على عاتق طرفيه كإنتقال ملكية محل التصرف من ذمة المتصرف إلى ذمة المتصرف إليه.

أما في الصورية النسبية فيعتد بالتصرف الحقيقي بين المدين و المتصرف إليه من حيث أركان الإنعقاد و شروط الصحة والنفاد و البطلان , دون العقد الظاهر , فإذا أخفى المتعاقدان عقد هبة وراء عقد بيع فإن الصورية لا تستلزم بطلان التصرف , و إنما يجري على التصرف الحقيقي أحكامه دون العقد الصوري الذي يعد كأن لم يكن بين عاقديه.

فالبطلان لا ينال العقد الحقيقي , مادام مشروعا , و إلا كان باطلا لعدم المشروعية [٢] .

فإذا أخفى العاقدان عقدا مخالفا للقانون بقصد مشروع , فإن العقد الحقيقي يعد باطلا لمخالفته القانون وإن كان العقد الظاهر مشروعا , فالعبرة بما إتجهت إليه إرادتيهما , و هو العقد الحقيقي المستتر فينزل عليه حكم القانون و يكون سببا للتصرف الصوري . و هذا الحكم , نجده في الصورية النسبية أيا كان نوعها إذ المفاضلة لا تكون إلا بين عقدين صحيحين , إما إذا كان أحدهما , وهو الحقيقي باطلاً , فإن أثر الصورية لا يسري بحق الدائن ويعد العقد الحقيقي باطلا , و يبقى المال على ملك صاحبه [٣] .

وعلى محكمة الموضوع تحديد ماهية الصورية , و ما إذا كانت مطلقة أم نسبية , و بعد ذلك ترتب الحكم عليها ومن ثم , فالقضاء بالصورية المطلقة لثبوت صورية تأريخ التصرف القانوني , و الثمن , الذي ورد فيه يعد خطأً في الحكم لأنها صورية نسبية لا مطلقة [٤] .

أثر الصورية من حيث الإثبات في حق المتعاقدين:

٥٤- الأصل , أن إعمال إرادة المتعاقدين وما يسري بحقهما من تصرف وآثار قانونية تفضي إلى سريان ما انصرفت إليه إرادتيهما بحقهما و خلفهما العام, وهو التصرف الحقيقي .

و الأصل أن التصرف صحيح ,وجدي ومن يدعي خلاف ذلك فعليه إثبات إدعائه .

وكذلك , الأصل , أنه لا يجوز للمتعاقدين و لخلفهما العام الاثبات بالبينة في ما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابي[٥], ولو لم تزد قيمة التصرف القانوني على النصاب القانوني [٦] , بمعنى , أن القواعد العامة في الإثبات تسري بحق المتعاقدين و خلفهما العام, فيلتزمان بإثبات صورية التصرف الظاهر والتصرف الحقيقي وفقا للقواعد العامة في الإثبات , وعليه , فإذا كان التصرف الظاهر محررا في سند فعلى أي منهما إذا أراد إثبات الصورية أن يثبت إدعاءه كتابة, فالمتعاقدان ليس لهما أن يثبتوا بطرق الإثبات كافة صورية العقد الذي أضرّ بهم إلا كتابة, و الطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية لم يدفع فيه أي ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر , و متى كان العقد الظاهر المطعون فيه , بهذه الصورة مكتوبا فإنه لا يجوز لأي من طرفيه إثبات ما يدعي إلا كتابة عملا بنص القانون[١].

يسري على الخلف العام ما يسري على سلفه , و يلتزم كذلك بقواعد الإثبات التي تلزم سلفه.

على أن يلاحظ , أنه لا يصح قياس , هذه الحالة , على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه أخفى وصية بطرق الإثبات كافة , لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن، في هذه الحالة , من المورث و إنما يستمده من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر اضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون[٢]. (Fraude á la loi)

---

[٢] أنظر : د.إسماعيل غانم . أحكام الإلتزام , مصدر سابق ص٢٢٦ بند١٠٨.
السنهوري . الوسيط , بند ٦١٨ و ٦١٩. و له أيضا نظرية العقد . ص٨٣١ و ما بعدها البند ٧٥٥.
محمود جمال الدين زكي . الوجيز بند ٤١٧ . سلمان مرقس . الوافي. مصدر سابق بند ٦٩٧.

[٣] بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧١/٣/١٨ . م ن م . ٢٢ – ٣٤٧ .
و كذلك , حكمها في جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ . م ن م ٢١-٦١٨.

[٤] نقض مدني مصري في جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ط ر ١٠٢٧ س ٤٥ ق.

[٥] يراجع: المادة (٧٩) المعدلة من ق.أث.ع.الحالي, و كذلك حكم محكمة تمييز العراق برقم ١٤٦٩/صلحية/٩٦٦ في ١٩٦٦/١١/٢. قضاء محكمة التمييز م٤ ص٥٦.

[٦] راجع المادة (٧٧) المعدلة بقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ . كذلك: حكم محكمة التمييز برقم ٤١٣/م٣/٩٧٧ في ٩٧٧/٥/٩ نقلا عن إبراهيم المشاهدي , المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – القسم المدني ط١ ١٩٨٨ ص١٨ بند ٣٠٠, و لها أيضا حكم برقم ٨٠٤/ مدنية ثالثة / ٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/٨ . النشرة القضائية ع١ س٥ ص٣٣٣.

[١] الفقرة الثانية من المادة ١٨ ق أث .ع. و الفقرة الأولى من المادة ٦١ ق.أث.مصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

[٢] بالمعنى نفسه نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ – م ن م – ٢٧-١٨٠١.

و تفريعا على ذلك , يسري على الخلف العام ما يسري في حق سلفه, و من ثم , لا أثر للعقد الظاهر في حقه ما لم يستند إلى مصدر مستقل عن الميراث , أو يطعن في التصرف بأنه قد قصد به التحايل على قواعد الارث , و في هذه الحالة , يستمد حقه من القانون مباشرة فيصبح من الغير , و يكون له إثبات صورية العقد الظاهر بطرق الإثبات كافة.

كما أن الوارث لا يعد من الغير فيما يتعلق بالصورية إلا إذا قد تحقق بالنسبة له مانعاً من الحصول على دليل كتابي , إذ الغالب في هذه الحالة أن لا يترك المتعاقدان للورثة دليلا كتابيا لإثبات تلك الصورية التي قصدا بها الإضرار بهم , إذ كل تحايل بقدر ما يمنع من الحصول على الدليل الكتابي يجوز إثبات ما يخالفه , او يزيد من محتواه , بكل طرق الإثبات[٣].

و إذا تعذر الحصول على دليل كتابي فيجوز الإثبات بما يقوم مقامه من إقرار أو يمين [٤].إذ لا يمكن إثبات صورية عقد مكتوب إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامه[٥].

كذلك لا يجوز الإثبات إلا بالدليل الكتابي إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسة آلاف دينارا[٦] لكن ليس لمحكمه الموضوع أن ترفض سماع البينة الشخصية ضد السند , أو لإثبات ماكان يجب إثباته كتابة من تلقاء نفسها دون أن يعترض الخصم على سماعها لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام , فيجوز لطرفي الخصومة أن يتفقا على خلافها صراحة أو دلالة , و عدم الإعتراض يعد إتفاقا ضمنيا على تنازل الخصم عن حقه في إجبار خصمه على الإثبات بالكتابة[٧]

ويلاحظ أن العقد يظاهر المكتوب فلا يمكن إثبات صوريته إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها[٨].لذا فإذا كان الإقرار الصادر من الشركة قبل فترة الشك بالبيع ملزم لها , و لا يحكم بصوريته أستنادا إلى القرائن[٩].

من ذلك أيضا , لا يجوز إثبات صورية عقد البيع الموثق من كاتب العدل إستنادا إلى القرائن القضائية التي تصلح لإثبات ما يمكن إثباته بالبينة, والتي لا تدحض عقد البيع التحريري[١٠], أو كان الدين ثابتا في سند , عرفياكان أم رسميا , فلا يجوز إثبات تسديده بالبنية الشخصية[١١].

و على الشخص الحاذق الفطن , متى ما كان التصرف القانوني مكتوبا أن يحصل من الطرف الآخر على ورقة ضد (contre - letter) بما يفيد صورية التصرف .

والغالب أن يحتاط العاقد , الذي يتضرر من الصورية , فيستكتب الآخر وقت توقيعه التصرف الصوري ورقة أخرى , هي ورقة الضد, تجلي حقيقية التصرف الصوري و الحقيقي , حتى و إن كان إعدادها لاحقا لإعداد سند التصرف الصوري , و يكفي في ذلك , تحقق تعاصر ذهني عند التعاقد . كما يكفيه أي مسند , و لو كان ينطوي على إقرار لاحق , أو كان يتضمن خطابا موقعا بشرط الا يكون الخطاب اللاحق ذاته صوريا قصد به جعل صورية التصرف السابق ثابته خلافا للحقيقة, أو إخفاء العدول عنه, أو إلغاءه , أو التفاسخ فيه, أو التقايل منه[١].

و على ذلك يخضع طرفا التصرف , و من في حكمهما إلى القواعد العامة للإثبات , و بالتالي ليس لهما الإثبات بالبينة, بل بالدليل الكتابي, متى ما كانت قيمة العمل القانوني تزيد على خمسة آلاف دينارا أو في حالة إثبات ما يخالف الدليل الكتابي أو يجاوز ما إشتمل عليه, أو كان التصرف المطلوب جزءا من حق لا يجوز إثباته بالشهادة حتى لو كان هذا الجزء هو الباقي من الحق أو فيما إذا طلب الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على خمسة آلاف دينارا , ثم عدل عن طلبه إلى ما يقل عن هذه القيمة[٢].

---

[٣] الفقرة الثانية من المادة ١٨ . ق. أث. ع.

[٤] راجع : الفقرة الثالثة من المادة ٦١ من ق. أث. م.

[٥] راجع : حكم محكمة تمييز العراق برقم ٥٨٥ /حقوقية / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٣١. النشرة القضائية ع٢ س١ ص٨٧.

[٦] بمقتضى الفقرة (ثانيا) من المادة (٧٧) المعدلة من ق.أث.ع. بقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

[٧] أنظر حكم محكمة التمييز العراق برقم ٢٧٦/ص /٦٤ في ١٩٦٤/٣/٥. قضاء محمكمة التمييز م٢ ص٧٦.

[٨] يراجع حكم محكمة تمييز السابق ذكرهُ برقم ٥٨٥/حقوقية / ١٩٧٠ في ٣١ /١٩٧٠/٥.

[٩] راجع : حكم محكمة تمييز العراق برقم ١٤٣٦/حقوقية/٩٦٧ في ١٩٦٧/٨/١٢ , قضاء محمكة التمييز م٥ ص٢٠٣.

[١٠] أنظر : حكم محكمة التمييز برقم ٨٩٦ /مدنية ثالثة/٧٤ في ٩٧٥/٧/٩ . مجموعة الأحكام العدلية / ع٣ س٦ ١٩٧٥ ص ٤٨.

(١١) راجع حكم محكمة تمييز العراق برقم ٨١٣ /م٤ /١٩٧٣ في ١٩٧٣/٩/١٧. النشرة القضائية ع٣ س ٤ ص١٥.

[١] أنظر : نقض مدني مصري جلسة ١٤ مايو ١٩٨١ ط ر٤٥ سنة ٤٨ ق. مجموعة أحكام النقض في ٥٠ عاما ج١ م١ ص١٧٣ رقم ١٠٦.

وكذلك سليمان مرقس . الوافي.مصدر سابق. ج٢ في أحكام الالتزام ص٣٧٧ بند١٨٨ .

[٢] راجع المادة ٧٧ و ٧٩ المعدلين من ق.أث.ع .

إذا كانت الصورية تثبت كتابة , متى ما كان ذلك وجوبيا فإنها كذلك, تثبت بما يقوم مقامها , لكن ليس لأي منهما الإثبات بالبينة إلا في إحدى الحالات التي أجاز القانون فيها الصيرورة إلى الإثبات بها و هي :

١- إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة[٣].

٢- وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي, كالعلاقة الزوجية أو العلاقة الأبوية و البنوة و الأخوة , كما لو كانت ظروف الحادثة القضائية قد دفعت ان يوقع الأخ لأخيه سندات كمبيالة ادعى بعدئذ بصوريتها[٤].ومتى كان الطاعن لم يثير دفاعه بشأن جواز الإثبات بالبينة لوجود مانع أدبي أمام محكمة الموضوع أو الإستئناف مما لا يجوز معه إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز لما يتطلبه الفصل في قيام المانع أو عدمه من تحقيق موضوعي ينأى عنها وظيفتها كمحكمة قانون .[٥]

٣- فقدان السند لأسباب لا دخل لإرداة المدين فيه[٦] .

٤- وجود نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك[٧], إذ يجوز الإثبات بالبينة الشخصية متى ما تنازل الخصم صراحة أو ضمناً عن حقه في الإثبات بالدليل التحريري[٨], و من ثم , ليس ما يمنع من إستماع البينة الشخصية التي إستند إليها المدعى عليه لإثبات إدعائه و إن كان المدعي قد إستند على بينة تحريرية مادام خصمه قد وافق على سماع البينة الشخصية[٩], و علة ذلك إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز لطرفي الخصومة أن يتفقا على اللجوء إلى البينة الشخصية بدلا من الدليل الكتابي في الحالات الواجب فيها الإثبات بالكتابة , و ليس للمحكمة أن ترفض الإستماع إلى البينة الشخصية من تلقاء نفسها مادام الخصم قد عرض الإستماع إليها و لم يعترض الخصم الآخر على سماعها[١٠].

٥- إذا قام الطعن على وجود غش , أو تحأيل على القانون , فيجوز لمن حصل التحايل ضده إثبات الصورية بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة و القرائن[١], لأن القانون ينظر بإرتياب إلى التصرف متى ما إنطوى على التحايل أو الغش , أو الصورية التدليسية .

٥٥- وعلى ذلك الأصل أن من يتمسك بالتصرف الحقيقي , الخفي المستور , في مواجهة التصرف الصوري الظاهر أن يثبت وجود العقد الحقيقي الذي يحتج به وفقا لقواعد الإثبات العامة والا عدّ العقد الظاهر هو الجدي الحقيقي و ليس عقدا صوريا يتعين العمل به .

و إذا أفلح في إثباته تعين فيه أن يكون مستوفيا لعناصره الموضوعية و الشكلية التي يتطلبها القانون في التصرف الحقيقي , كأن يكون مشروعا و مباحا و إلا كان باطلا و إن ستره العاقدان بعقد مباح[٢] .

أما الشكلية التي يتطلبها القانون , كالإشهار, و التسجيل , لإبرام التصرف الحقيقي فلا يشترط فيه لسببين:

الأول - قد يكون الباعث إلى الصورية هو التهرب من الشكلية بستره بعقد ظاهر لا يتطلب القانون فيه شكلية ما.

والثاني - إن اضفاء الشكلية على التصرف الحقيقي يخرجها من الخفاء إلى العلن فتنتفي الصورية كما في تسجيل العقد الصوري الذي يرد على الحقوق العينية العقارية في دائرة التسجيل العقاري

---

[٣] راجع المادة ٧٨ / ١ ق.أث.ع. و كذلك حكم محكمة إستئناف بغداد برقم ٣٠٣٨ /حقوقية /٩٨٠ في ١٩٨٠/٣/١٦. مجموعة الأحكام العدلية ع١ س ١٩٨١ ص١١٥. و كذلك راجع: المادة ٣٨٩ ق.م.ليبي. و حكم المحكمة الليبية العليا. طغى مدني رقم ٢٦/١٠٥ ق جلسة ٣ ربيع الآخر ١٣٩٢/ و/ ١٧ يناير ٩٨٣, مجلة المحكمة العليا س٢٠ ع٤ ص٥٩-٦٠.

[٤] راجع حكم محكمة التمييز برقم ٣١٩٩/حقوقية/٦٢ في ١٩٦٣/١/٢١. قضاء محكمة التمييز م١ ص٦٦.

[٥] بالمعنى نفسه راجع : طعن مدني ليبي رقم ٣٧/٤٤ ق جلسة الإثنين ١٩٩٢/٣/٢٣. مجلة المحكمة العليا .المكتب الفني ع١-٢ س٢٩ ١٩٩٢-١٩٩٣ ص١٤٧.

[٦] المادة ٧٨ /٢ ق أث ع.

[٧] المادة ٧٧/ ثانياً ق.أث.ع.

[٨] راجع : حكم محكمة التمييز برقم ٨٥٤/م٣/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٩/٥. مجموعة الأحكام العدلية. ع٣ س٧ ص٧.

[٩] حكم محكمة التمييز برقم ٢٢٣/صلحية /٦٣ في ١٩٦٣/١٢/٥. قضاء محكمة التمييز م١ ص٦٤.

[١٠] المادة ٧٧/ ثانياً ق.أث.ع .وكذلك: حكم محكمة التمييز برقم ٢٧٦/صلحية/٦٤ في١٩٦٤/٣/٥.قضاء محكمة التمييز م٢ ص٧٦

[١] المادة ١٠٣ ق.أث.ع.

[٢] السنهوري . الوسيط جـ٢ ص١٠٠٦ بند٦٢٠.

ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بالصورية[٣] .

الإحتيال على القانون واقعة مادية:

٥٦- تقدم أن الأصل في الإثبات , وجوب إثبات التصرف القانوني أو إنقضائه كتابة إذا جاوزت قيمته خمسة آلاف ديناراً[٤] , أو كان غيرمحدد القيمة أو فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابي[٥] , لكن إذا كان المراد إثباته وقائع مادية أجاز القانون إثباتها بالبينة الشخصية[٦], و لما كان الإحتيال على القانون او التصرف بقصد الإضرار بالغير عملا غير مشروع و بالتالي يعد واقعة مادية يجوز إثباته بالبينة[٧] , كما لو إتفق على ما يخالف القانون في ما يعد متعلقا بالنظام العام .

كذلك الحكم إذا رافق إنشاء الدليل الكتابي غش و تدليس , فيجوز للخصم أن يثبت خلاف هذا الدليل بوسائل الإثبات كافة[٨], فكل ذلك تعد من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بالبينة ضد الخصم عملا بمنطوق نص المادة السادسة و السبعين من ق.أث.ع[٩].

كما يجوز الإثبات بالقرائن القضائية بكل تصرف مطعون فيه إذا قام الطعن على وجود غش او إحتيال في ذلك التصرف , و للمحكمة أن تستفيد من وسائل التقدم العلمي في إستنباط القرائن القضائية [١٠] .

مفهوم الإحتيال على القانون:

٥٧-الإحتيال على القانون يراد به تواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام , و إخفاء هذه المخالفة بتصرف آخر مشروع , فيكون التصرف الحقيقي المستتر تصرفا غير مشروع مخالفاً لنص آمر متعلق بالنظام العام مستور بتصرف آخر مشروع ظاهر صوري , و إن نية المتعاقدين أنصرفت إلى الإلتزام بالتصرف الحقيقي غير المشروع الخفي و ليس التصرف الصوري الظاهر المشروع .

لأجل ذلك , لأي من العاقدين , إذا كان متضررا من الصورية , أن يطعن بصورية التصرف الظاهر, و له أن يثبت ذلك بطرق الإثبات كافة على شرط أن يكون التحايل قد حصل لمصلحة أحد المتعاقدين ضد الآخر, فيكون لهذا الأخير إثبات الصورية دون أن يتقيد بالقواعد العامة في الإثبات و علة ذلك هي :

١- قد يتعذر عليه الحصول على دليل كتابي يثبت صورية التصرف الظاهر , و حقيقة التصرف المستتر, والغالب أن المتعاقد الذي حصل الإحتيال لمصلحته لا يعط ضد نفسه دليلا .

٢- ان الإحتيال , و الغش , و التدليس , أعمال غير مشروعة , ووقائع مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن و إن كان التصرف أصلا, مما يجب إثباته بالكتابة .

وبالتالي يجوز إثبات عدم مشروعية المحل أو السبب بالبينة خلافا للأصل[١], تسهيلا للكشف عن مخالفة القانون , و تحقيقا لرغبة المشرع في إبطال كل تصرف غير مشروع [٢] .

يذهب رأي من الفقه[٣] , إلى أن التحايل بذاته لا يكفي لإباحة الإثبات بالبينة إلا بالقدر الذي يتحقق بسببه مانع من الحصول على الدليل الكتابي فيصار إلى البينة لإثبات التحايل ليس لأن التحايل من الوقائع المادية بل , لأن ثم مانع مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي إذ يمتنع , في الغالب , من يحصل التحايل لمصلحته من تحرير سند ضد نفسه.

لكن هذا الرأي , يحمل النصوص القانونية بأكثر مما تحتمل إذ المدعي حسبه أن يثبت وجود غش أو تحايل على القانون حتى يمكنه الإحتجاج بجميع طرق الإثبات لإثبات طعنه عملا بنص المادة السادسة و السبعين و ١٠٣ و ١٠٤ التي لم تشترط سوى وجود غش أو إحتيال في التصرف المطعون فيه حتى

---

[٣] راجع المادة ١٤٩ في قانوننا المدني.

[٤] المادة ٧٧/ أولا ق.أث.ع.

[٥] المادة ٧٩/ أولا ق.أث.ع.

[٦] المادة ٧٦ ق.أث.ع.

[٧] حكم محكمة التمييز برقم ١٢٩٤/حقوقية/١٩٦٨ في ١٩٦٩/٢/٢٤ . قضاء محكمة التمييز م٦ ص١٨٤.

[٨] راجع: حكم محكمة التمييز برقم ١٩٦/م/١٩٧٢/٢. النشرة القضائية ع٢ س٣ ص١٢ . نقلا عن الأستاذ إبراهيم المشاهدي . المبائ القانونية /القسم المدني / مرجع سابق ص١٦ بند١٧.

[٩] حكم محكمة التمييز برقم ٩٦٣/٢/٤٧ في ١٩٦٣/٧/٨ . قضاء محكمة التمييز م١ ص٦٦.

[١٠] راجع : المادتين ١٠٣ و ١٠٤ من ق.أث.ع.

[١] راجع : نقض مدني مصري جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٦٧ , مجموعة أحكام النقض -١٨-١٧٣٦-٢٦١.

[٢] أنظر : د.سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني . أصول الإثبات والإجراءات. الأدلة المقيدة جـ١٣ ط٤ . دار الكتب القانونية في مصر. والمنشورات الحقوقية - صادر- بيروت - لبنان ١٩٩٨ ص٥٩٤ بند ٤٢٢.

[٣] أنظر : السنهوري . الوسيط. جـ٢ ص١١٠٩ هـ١. د. إسماعيل غانم . مرجع سابق. ص٢٣١.

يمكنه الإثبات بالبينة و القرائن القضائية و هذا ما ينسجم مع موقف القضاء العراقي[٤] .
وأيا كان الأمر , إذا عجز المدعي عن الإثبات , أو النهوض بهذا العبء فلا يعتد حينئذٍ , بدعواه و يبقى العمل القانوني المطعون معتبراً و منتجاً لآثاره في ما بين طرفيه .

التحايل لمصلحة طرفي التصرف القانوني:

٥٨- أما إذا حصل التحايل لمصلحة المتعاقدين معاً , قصداً به الإضرار بالغير , الذي لم يكن طرفاً في التصرف و لم يكن خلفاً عاما لأي منهما , في هذه الحالة , يمتنع عليهما أو لخلفهما العام أن يثبتا الصورية إلا بالدليل الكتابي إذ ليس ثم ما يحول دون الحصول على دليل كتابي الذي يثبت التصرف الحقيقي المستتر كما لو اثبت في عقد البيع ثمنا أقل مما هو متفق عليه بين المتعاقدين فلا يجوز إثبات عكس ذلك إلا بالكتابة[٥]. فينتفي , في هذه الحالة , الجواز القانوني و يعمل بالأصل العام و الإلتزام بالقواعد العامة في الإثبات[٦].
وعلى ذلك , لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة ما لم تتوافر القرائن على وجود تدليس واحتيال عند صدور العقد , وهذا العمل غير المشروع يسمى بـ (الصورية التدليسية), فيمكن إثباتها بالبينة و القرائن لكل من مسَّه التدليس و إن كان طرفا في العقد[٧] .

٥٩- أما التحايل إذا حصل إضرارا بالغير دونَ أن تمس مصلحة أي من طرفي التصرف فليس لأي منهما إثبات العقد الحقيقي إلا وفقا للقواعد العامة في الإثبات إذ لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من تحرير ورقة الضد[٨].

٦٠- وعلى الرغم من ذلك , فإن اللجوء إلى البينة إستثناء , فعند تحقق التحايل أو الغش فإن ذلك لا يعني أن المدعى به قد ثبت يقيناً , وعلى ذلك , إذا كانت الدعوى مما يمكن سماع البينة فيها فإن قاض الموضوع هو الذي يرجح بينة على اخرى إذا كان لهذا الترجيح ما يؤيده من الوقائع المعروضة في الدعوى[٩], لأن تقدير قيمة الشهادة و ترجيحها , منوطان بمحكمة الموضوع[١] .

٦١- كما أن عدم وجود الدليل الكتابي أو ما يقوم مقامه لا يفيد ذلك إستحالة إثبات الصورية فللمدعي , في هذه الحالة اللجوء إلى اليمين الحاسمة و توجيهها إلى المدعى عليه , و في أية حالة كانت عليها الدعوى ما لم يكن توجيهها على واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب[٢] , و له أن يطلب إستجواب المدعي عليه للوصول إلى إقراره.
و للمحكمة , من تلقاء نفسها , أو بناء على طلب الخصم , أن تستجوب من ترى موجباً لإستجوابه بغية الوصول إلى كشف الحقيقة في الدعوى المنظورة أمامها[٣], متى ما كان المدعى به قريب الإحتمال للحصول على إقرار المستجوب إثباتا للحق.
و المحكمة تتمتع بسلطة واسعة في توجيه الدعوى و ما يتعلق بها من أدلة , بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون, للفصل العادل و العاجل في الدعوى , و عليها أن تتحرى الوقائع لإستكمال قناعتها في القضية المنظورة[٤], و قد ضمن لها القانون تبسيط الشكلية في العمل القضائي إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة و لا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه [٥] .

---

[٤] أنظر : حكم محكمة التمييز برقم ١٢٩٤ /حقوقية /٩٦٨ في ١٩٦٩/٢/٢٤ . قضاء محكمة التمييز م٦ ص١٨٤.

[٥] راجع : السنهوري . الوسيط جـ ٢ بند ٦٢٩ . إسماعيل غانم . أحكام الإلتزام . بند ٨٩.

[٦] أنظر : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٦/١٢/١٣ . م ن م-٢٧-٨-١٧٣.

[٧] نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٧/٦/١٢ – م ن ج -١٨-٨١٨.

[٨] السنهوري . الوسيط جـ٢ ص١٤٤٠ و ما بعدها . سليمان مرقس . الوافي . جـ٢ في أحكام الإلتزام . ص٣٧٩ بند١٨٨.

[٩] حكم محكمة التمييز برقم ١٠٤/م١/٩٧١ في ١٩٧١/٩/١٦. النشرة القضائية ع٣ س٢ ص٤٧.

[١] حكم محكمة التمييز برقم ٣٣/م٢/٩٧٣ في ١٩٧٣/٢/١٥ . النشرة القضائية ع١ س٤ ص٦٩.

[٢] راجع المادة ١١٦/أولا ق.أث.ع.

[٣] راجع المادة ١٧/ق.أث.ع.

[٤] راجع المادتين ١ و ٢ . ق.أث.ع.

[٥] راجع المادة الرابعة من .ق.أث.ع. كذلك :حكم محكمة التمييز برقم ١٥٥١/م٣ منقول /١٩٨٩ في ١٩٩٠/٤/١٥ مشار إليه عند الأستاذ إبراهيم المشاهدي . المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز /قسم الإثبات. ط١ مطبعة الجاحظ ببغداد ١٩٩٤ ص٢٠.

الفرع الثاني
أثر الارادة الصورية بالنسبة للغير:

٦٢- يتضمن :
أ - مفهوم الغير .
ب- حق الغيرفي التمسك بالتصرف المستتر .
ج- حقه في التمسك بالتصرف الصوري .
د - الحكم عند تعارض مصالح الأغيار .
هـ- إثبات الغير للصورية .

أ- مفهوم الغير:

٦٣- ليس هو الأجنبي (penitus extraner) الذي لا تربطه بالمتعاقدين أية رابطة, و الذي لا يعنيه تصرف أي منهما , صورياً كان أم حقيقياً فلا يكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار منه[١], ولا يتأثر به سلبا أو إيجابيا , و لا ينتج أثراً ما بالنسبة له .
كما لا يقصد به خلف العام للمتعاقدين لأنهم محكومون بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فيسري بحقهم ما يسري بحق سلفهم.
و إنما الغير في الصورية هو: مَن يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري[٢] , لأحد طرفيه , و لم يكن طرفا في التصرف أو خلفا عاما لأحد منهما , و لا يلزم أن تربطه بأحدهما رابطة عقدية[٣] , و له مصلحة في تطبيق القاعدة العامة في التمسك بإرادة العاقدين الحقيقية[٤] .

الخلاف في من يشملهم مفهوم الغير:

٦٤- لو رجعنا إلى نص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) ق.م.ع المطابقة لنص المادة (٢٤٤) ق.م.م. لوجدنا أن الغير في الصورية يتحدد بفريقين هما :
(دائنوا المتعاقدين و الخلف الخاص) .
وهذا الأمر دفع ببعض الافاضل[٥] , إلى القول بأن الغير في الصورية يقتصر على هاتين الطائفتين فحسب, و بالتالي , لا يعد في رأيهم الشفيع أو المدين المحال عليه من الغير, كما يخرج من طبقة الأغيار من أكتسب حقه من العقد الصوري , أو المنتفع من الإشتراط لمصلحة الغير وان كان حسن النية.
وعلى الرغم من هذا الرأي , و دلالة صياغة النص المذكور عند تحديده للغير في الصورية و إقتصاره على هاتين الطائفتين إلا أن غالبية الفقه[١], و القضاء[٢], قد سعى إلى توسيع مفهوم الغير ليشمل طوائف

---

[١] أنظر : د.عبدالودود يحيى. الموجز في النظرية العامة للإلتزامات. ألقسم الثاني في أحكام الإلتزام ط١٩٩٤ ص٤٨٠.
د.عاطف محمد كامل. الغير في القانون المدني المصري.رسالة دوكتوراه مقدمة إلى جامعة الأسكندرية سنة ١٩٧٦ ص٦٠٦ وص٦٥٠.

[٢] أنظر : حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٧٨/١/١٧ ط ر ٧٧٩ السنة ٤٣ ق س٢٩ ص٢١٨.

[٣] نقض مدني مصري جلسة ١٩٩٠/٧/١٨ ط ر ٣٦١٨ لسنة ٥٩ ق. و نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ . ط ر ١٩١ لسنة ٤٦ ق س٣١ ص٩٠٤.

[٤] راجع : سليمان مرقس . الوافي جـ٢ م٤ ص٣٦٥ وما بعدها.

[٥] منهم العلامة السنهوري عند تفسيره لنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني المصري. الوسيط جـ١ ط٢١ بند ٣٨١ هـ١ و جـ٢ ص ١٠٠٨ بند ٦٢١.سليمان مرقس.الوافي.مصدر سابق ج٢ بند ٦٩٨. جمال الدين زكي. الوجيز. مرجع سابق.بند٤١٩.

[١] أنظر : د.حسام الدين كامل. نظرية العامة للإلتزام . جـ٢ في أحكام الإلتزام ط ١٩٩٦ ص١٤٨ . أحمد نشأت رسالة الإثبات جـ١ ط٧ ص٣٧٥ بند ٢٤٧. سعيد جبير, أحكام الإلتزام ط١٩٩٧ ص١٧٩.

[٢] راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ – م ن م – ٢٦ –١٥١٥. و نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠

أخرى تتأثر حقوقهم بالتصرف الصوري .
أما الفقه والقضاء الفرنسيين فالغير عندهما , هو من لا يحتج عليه بورقة الضد, او الذي يستقى حقوقه من العقد الظاهر بشرط أن يكون قد إستوفى أركانه و شرائط صحته[٣].
وتفريعاً على ذلك يكون من الغير , كل ذي مصلحة و لو لم تكن بينه و بين العاقدين رابطة عقدية و بذلك يشمل:

أ ـ الخلف الخاص :

٦٥- وهو من أكتسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري سواء أكان إكتسابه للحق سابقا لهذا التصرف أم لاحقا له[٤], كالمشتري . بالنسبة للتصرف الصادر من البائع نفسه إلى مشتر آخر , فله أن يثبت التصرف الذي أضرَّ به بطرق الإثبات كافة كما سيجيء.

ب ـ الدائنون :

٦٦- الدائن الشخصي لأي من طرفي التصرف يعد من الأغيار فى الصورية كما لو أحال المدين حقه حوالة صورية ، فلدائنه إثبات ، الصورية بجميع طرق الأثبات , ولايشترط لقبول الطعن بالصورية منه أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تالياً له إذ أن التصرف الصوري الصادرمن المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين إستجدوا بعد هذا التصرف , ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام لهم جميعا.ويستوي في ذلك من كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أولاحقا له,وسواء أكان هذا الحق مستحق الأداء أم غير مستحق , بل حسبه أن يكون حقه خاليا من النزاع.ومن ثم متى كان التصرف صوريا فأنه لا يكون له وجود قانوني , ولايشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائنين أن يكون قد قصدا الاضرار به في التصرف الصوري , فمن مصلحة أي دائن للمتصرف أن يثبت صورية التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام لهم لكي يستطيع أن ينفذ عليه بدينه [٥].

ج ـ الشفيع:

٦٧- يحكم بكونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة , فهو من الغير, بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة , ولايحتج عليه إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية,ولم يعلم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة.فإذا إنتفى عنه حسن النية جاز للمتعاقدين الإحتجاج قبله بهذا العقد .[٦]
ويلاحظ ان تحديد توافر حسن النية لدى الشفيع من عدمه ، وعدم علمه بصورية الثمن المسمى ، مثلا ، في عقد البيع المشفوع فيه هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع الحق في تقديرها ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها متى ماكان إستخلاصها سائغاً .[٧]
كما للاجنبي عن العاقدين الطعن بصورية التصرف ، متى ما كانت له مصلحة في ذلك إذ له التمسك بها ولو لم تكن بينه وبين أحدهما رابطة عقدية .
وقد يعد الخلف العام من الغير للمدين في التصرفات الصورية التي تصدر من هذا الأخير متى ما صدرت منه بطريق التواطؤ مع دائن آخر اضرارا بحقه .

حق الغير في التمسك بالتصرف المستقر:-

٦٨- للغير أن يحتج بالتصرف المستتر ، اذا كانت مصلحته في ذلك ، لان هذا العقد هو الذي انصرفت اليه ارادة العاقدين فيتعين سريانه ليس في حق طرفيه فحسب بل في حق الغير ايضا ، اعمالاً لمبدأ سلطان الاراده و قاعده العقد شريعة المتعاقدين ، لكن عليه أن يثبت صورية العقد الظاهر الذى يضرّبه وله ذلك بطرق الاثبات كافة منها البينة والقرائن .[١]
يرى البعض [٢] ، ان للغير ان يثبت الصورية بطرق الإثبات كافة ولو كان العقد الصورى الذى قد حرر

مجموعة أحكام النقض س١٦ ص١٣٨٤. و لها أيضا في جلسة ١٩٦٢/١٢/١٥. المصدرنفسه س١٣ ص١٠١٢و أيضا لها في جلسة ١٩٥٩/٤/٢. المصدر نفسه س١٠ ص٣٠٣.

[٣] أنظر : محمد نصرالدين زغلول . الإرادة في العمل القانوني و عيوبها. ص٢١٦ و ما بعدها بند ٥٠٣.

[٤] أنظر : السنهوري . الوسيط جـ٢ بند٦٢١ . جمال الدين زكي. الوجيز بند ٤١٩.

[٥] بالمعنى نفسه: نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ ط ر ٩١٥ ، س٤٤ ق .وكذلك لها في جلسة ١٩٦٥/١٢/٩- م ن م- ١٦ -١٢٢٣ .

[٦] راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ . م ن م -١٦-١٣٨٤ .

[٧] د.السنهوري . الوسيط ج٢ ص٢٠٤-٢١٢ بند ١١٩ . اسماعيل غانم احكام الالتزام بند ١١٢-١١٤ ، د.سليمان مرقس . الوافي. ج٢ ص٢٣٣ بند٦٩٨ . د.عبدالمنعم فرج الصدة . الاثبات في المواد المدنية ط١٩٥٤ ص١٣٩-١٤٣ بند ١٣٠ .

فيه كان سندا رسميا ، لان الطعن بالصورية لا يمس حقيقة المحرر وسلامته من الناحية المادية ، وإنما يتناول مدى مطابقة ما ورد فيه للحقيقة .
والرأى عندنا ، ان السند الرسمى لا يمكن الطعن فيه الاّ بالتزوير لانه حجة على الناس كافة بما دون فيه من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود إختصاصه ، أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره، اللهم الاّ اذا كان ما دون فيه قد ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو اقرارات فيجوز اثبات عدم صحتها طبقا للقواعد العامة في الاثبات .[٣]
وتفريعاً على ذلك ، إذا صادق موقع السند على ادعاء مدعي الصورية ، وإعترف بأنه كاذب في اقراره ، مثلا ، في السند الذى أقر ببصمة إبهامه عليه وعجز عن اثبات دفعه فيمنح حق تحليف خصمه اليمين[٤] .

حق الغير في التمسك بالتصرف الصورى :-

٦٩- للغير ان يتمسك بالتصرف الظاهر الصورى اذا كان حسن النية .
ويراد بحسن النية ، أن يكون الغير جاهلاً وقت التعاقد بحقيقة الواقع ولم يكن يعلم بصورية التصرف الظاهر أو بوجود العقد المستتر .[٥]
والعبرة في تحديد حسن النية وسوؤها وقت ثبوت التعامل ونشوء الإلتزام وهو الوقت الذى إنخدع فيه المتعاقد الطاعن بالتصرف الصورى وبنى عليه تعامله . فان كان شفيعا ، مثلا ، فيشترط أن يكون حسن النية وقت اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة .وفى المشتري الثاني ان يكون حسن النية وقت البيع ، أو كان الحق بين المحيل والمحال عليه صوريا فان المناط في عدِّ المحال له من الغير وحرمان المحال عليه من التمسك قبله بانعدام الحق لصوريته هو أن يكون المحال له حسن النية وقت الحوالة ، معتقداً أن السبب الظاهر حقيقي ، وبالتالي ، يجوز أن يواجه الغير بورقة الضد المتضمنة إقراراً بصورية العقد ولو كانت غير مسجلة متى ما ثبت علمه بها .[٦]
وعلى ذلك ، فإن الإرادة الحقيقية لاتسري على الغير لأن المعتبر بالنسبة له هو التصرف الظاهر الصوري الذي كان يجهل حقيقته ، وصور له مظهراً كاذباً فإطمأن إليه وبنى علاقته بأحد طرفيه على أساسه دون التصرف الحقيقي الذي كان خفياً عليه وحرر سراً بينهما دونه إلا إذا أراد التمسك بالتصرف الحقيقي حسب ما تقتضيه مصلحته سواء اكانت ورقة الضد ثابتة التأريخ أم غير ثابته مادام لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري ، متى ما كان محل التصرف حقوقا عينية عقارية ، والا لايجوزالطعن بالصورية في عقد سجل في دائرة التسجيل العقاري ، كما سيجئ .
ومن اجل ذلك ، اعطاه القانون حق التمسك بالتصرف الظاهر حماية لحسن نيته الذى لازم التصرف ، وهو الامر الذ ى يقتضيه استقرار المعاملات[١] .
فالأصل في الغير أنه يعد حسن النية ولا يكلف بإثبات جهله بالعقد الحقيقي المستتر[٢] ، لكن هذه القرينة بسيطة ويقع على عاتق من يدعي عكس ذلك أن يثبت إدعاءه ، وعليه أن يقيم الدليل على سوء نيته بأدلة سائغة والا كان الحكم قاصرا متعينا نقضه ، وان هذا العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بطرق الاثبات كافة[٣] .
فإذا انتفت حسن نية الغير ، بأن ثبت علمه بالتصرف الحقيقى المستتر ، أو بصورية التصرف الظاهر وقت تعامله ، انتفت الحكمة من حمايته ، ومن ثم التزم بالعقد المستتر ، ولايكون له ان يتمسك بالتصرف الظاهر , كما يجوز للمتعاقدين الإحتجاج عليه بالعقد الحقيقي، فيسري بحقه شأنه في ذلك شأن عاقديه.
واذا كان يشترط في الغير حسن النية ، وجهله بحقيقة ارادة الطرفين فان صفة حسن النية يشترط توافرها وقت تعامله مع احد طرفيه وانه كان يجهل ان التصرف الظاهر انما هو تصرف صوري ، بل ، إعتقد انه تصرف جدي فاطمأن اليه وبنى عليه تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك ، فلا يؤثر ذلك في حمايته .

---

(١) بالمعنى نفسه : نقض مدنى مصري جلسة ١٩٩٠/٧/١٨ . ط ر ٢٦١٨ لسنة ٥٩ ق .
ولها ايضا في جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ مجموع احكام النقض س٣١ ص٩٠٤ .
(٢) أنظر : شكري سرور . موجز الاحكام العامة للالتزام . ط ١٩٩٥ ص١٢٥ .
(٣) المادة ٢٢ ق. أث. ع .
(٤) راجع : حكم محكمة التمييز برقم ٨٠٢/مدنية رابعة / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/١١/٣ . مجموعة الأحكام العدلية ع٤ ١٩٨٠ص٥٥ .
(٥) انظر : د.جميل الشرقاوي . النظرية العامة الالتزام . احكام الالتزام . ط١٩٨٣ ص١٠٤ .
(٦) راجع : نقض مدني مصري . جلسة ١٩٤٧/٣/٢٠ – م ق م –١٠– ٧٥٨ .

والاصل ، ان الغير لاعلم له بالتصرف المستتر ، و على من يدعى خلاف ذلك عبء إثبات إدعائه .
ولما كان العلم بالتصرف الحقيقي ، واقعة مادية فأنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .
ويلاحظ أن تقدير أدلة اثبات الصورية أو إستخلاصها أمر تستقل به محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز مادام استخلاصها كان سائغا لا يخالف الثابت في أوراق الدعوى [٤] .
واذا حكمت المحكمة بصورية ارادة المدين وما نتج عنها من أثر فان التصرف الصوري يزول اثره ، ولا يكون له وجود قانوني متى ما كانت مصلحة المدعي تقتضِ ذلك .

٧٠- وعلى ذلك ، فان اساس تمسك الغير بالتصرف الحقيقي المستتر هو الاصل العام المتمثل بالاعتداد بحقيقة الارادة الجدية دون الصورية عملا بمبدأ سلطان الارادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .
وان اساس تمسكه بالتصرف الصوري الظاهر هو ما يقتضيه مبدأ إستقرار المعاملات من وجوب الاطمئنان الى الارادة الظاهرة وان كانت صورية ، ومراعاةً لمبدأ حسن النية في التعامل ، الذي اطمأن اليه الغير وبنى تعامله عليه ، اعتقاداً منه أنه يمثل الحقيقة [٥] .
ويلاحظ أن المبدأ الثاني الذي يحكم الصورية هو وجوب مراعاة الغير حسن النية ، وهو ما يكمل المبدأ الأول الذي يلزم الاعتداد باثار التصرف المستتر في ما بين المتعاقدين ، لأنه ثمرة سلطان ارادة الطرفين وما نشأ عنه من عقد هو شريعتهما وقانونهما ، دون الظاهر الصوري ،الإ أن التصرف الظاهر يتعلق به مصالح اشخاص آخرين يعدون اغيارا ، والذين لم يعلموا بصورية التصرف فبنوا علاقاتهم على أساس انه تصرف حقيقي فركنوا اليه وأطمأنوا له وعولوا عليه في تعاملاتهم ، لهذا ، فالعدالة واستقرار التعامل ، وتثبيت المراكز القانونية تقتصي حمايتهم ، ولازم ذلك وجوب مراعاة مصالحهم ما داموا حسني النية والسماح لهم بالتمسك باثار التصرف الصوري كما لو كان حقيقيا منتجا لاثاره وله الاحتجاج به إذا كانت مصلحته في ذلك ، وان هذا الحكم انما هومن تفريعات نظرية معروفة في علم القانون وهي [٦] :
أن (نظرية الخطأ الشائع يولد الحق) أو (نظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع) .

٧١- وعلى ذلك ،متى ما ثبتت حسن نية الغير جاز له التمسك بالتصرف الصوري ، ولايحتج عليه بصوريته ، وبصرف النظر عن الباعث عليها سواء أكان مشروعا أم غير مشروع .
وإن تمسك الغير بالصورية انما هو مزيّة إستثنائية قرره المشرع له إستثناءً على الأصل العام الذي يقتض نفاذ التصرف الحقيقي المستتر .
وإذا كانت مصلحته تتحقق بالتمسك بالأصل كان له ذلك ، ولا يجوز إلزامه بالتمسك بالاستثناء لان حمايته الاستثنائية لايصح أن تنقلب عليه لتضره فله التشبث بالتصرف الحقيقي اذا اقتضت مصلحته ذلك[١].

شكلية التصرف الظاهر:

٧٣- قد يكون التصرف الظاهر الصوري من التصرفات الشكلية بمقتضى نص في القانون أو الإتفاق[٢] ،

---

(١) راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ - م ن م - ٢٦- ٢٥٣ .
(٢) راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٨/٥/١١ ، ط ر ٢٨٦ لسنة ٤٥ ق .
(٣) بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري جلسة ٢٢ يونيه ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض -١٨-١٣٢٤-٢٠١ .
(٤) بالمعنى نفسه : حكم محكمة تمييز العراق برقم ٢٦٢/ استئنافية /١٩٦٩ في ١٩٧٠/٣/٢٦.النشرية القضائية ع١ س١ ص٣٧.
و نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٨/٥/١١ ، مجموعة أحكام النقض ، س٢٩ رقم ٣٤٠ ص١٢٢٣ .
(٥) أنظر : د.محمود عبدالرحمن محمد ،أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص٢٩٩ .
(٦) أنظر : د.محمود عبدالرحمن محمد ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص٢٨٦ و ص٢٩٢ .

(١) أنظر : د.سليمان مرقس ، الوافي ، ج٢ في الالتزامات م٤ في أحكام الالتزام ط٢ القاهرة ١٩٩٢ بند ١٨٥ ص٣٧٢ .
(٢) الشكلية التي تفرض اتفاقا ، في مثل هذه الحالة ، نادرة جداً ان لم تكن مستحيلا ، لان الشكلية تكشف عن الارادة الصورية أو تقيدها من التحلل من آثار التصرف الصوري وهذا ليس من مصلحة المتعاقدين .
(٣) راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٤٦/٦/٦ - م.ق.م-٥٦-٧٦٤ .
ولها في جلسة ١٩٤٣/١٢/٣٠ - م.ق.م- ٢١٨-٣٨١ .
وجلسة ١٩٤٣/١١/٢٥ - م.ق.م- ١٦-٧٥٩ .
وجلسة ١٤/ ١ /١٩٣٢ - م.ق.م- ٢١٩-٢٨٢ .

وحيث ان استيفاء الارادة الصورية لها بعد توافر العناصر الموضوعية واجبة كما في التصرفات العقارية في التقنينات المدنية المقارنة الا أن أثر تلك الشكلية تختلف باختلاف القوانين :
ففي القانون العراقي ، الشكلية مفروضة للانعقاد وبإنتفائها لايكون للعمل القانوني وجود .
أما في القانون المصري والليبي ، فانها مفروضة للإحتجاج بها قبل الغير ، ولايعد التصرف باطلاً ، وبامكان الدائن اقامة دعوى (صحة ونفاذ العقد) الذي محله حقاً عينياً عقارياً فتصدر المحكمة حكمها فيها فيقوم الحكم مقام العقد ومن ثم ، له أن يسجله لدى دائرة التسجيل العقاري الاشتراكي في ليبيا ، أو في دائرة الشهر العقاري في مصر ، وبذلك يكون التصرف الصوري لاوجود له في القانونين المصري والليبي وان اشهر، ومن ثم إذا اطلب مشتري، بعقد غير مسجل، الحكم على البائع بصحة التعاقد وطلب إبطال البيع الآخر الذي سجل وعدّه كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لديها من صورية العقد المسجل فانها لاتكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفي غير ثابت التأريخ ، وكان تأريخه الحقيقي لاحقا لتأريخ العقد المسجل [٣] .

الخلاف في أثر التسجيل بالنسبة للصورية :

٧٤- لقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان شهر العقد الحقيقي أو الصوري أو تسجيله يبقى حقاً بعد ذلك لأحد أن يدعى الجهل بالصورية أو الإحتجاج بها ؟ ففي ذلك ارآء هي :

الرأي الأول :

٧٥- يذهب الى أن الغير يستطيع ان يدعى الجهل بحقيقة العقد المستتر على الرغم من الشهر أوالتسجيل ، لأن العبرة بالعلم الحقيقي به ، وان شهره لايغني عن هذا العلم ، اذ يتعين على من يتضرر من ذلك أن يقوم بأخطار الغير بالعقد الحقيقي [٤] . وأن تسجيل التصرف لايحرم الغير من الطعن بالصورية لأن ورقة الضد تبقى مستورة بتصرف صوري حتى وان سجل في الدائرة المختصة ، فإنها لاتعدو ان تكون ورقة مشوبة بالغش ، وتسجليها أو شهرها لايمحو أثر الغش [٥] . وإن تسجيل ورقة الضد لايعطى وجوداً للتصرف الصوري ، ولكل دائن أن يتجاهله حتى وان سجل التصرف الصوري ، أوكان دينه لاحقا له[٦]. وانه ليس من شأن التسجيل ان يجعل العقد الصوري صورية مطلقة عقدا جدياً [٧] ، أو أن يصحح عقداً باطلاً [١] ، لاوجود قانوني له [٢] ، وإن ثبوت تأريخ العقد المستتر لايعد قرينة على العلم به لان ثبوته ليس نظاما للشهر يمكن من خلاله الاطلاع على ما يوجد في السجلات ، وإن إثبات التأريخ ليس فيه اشهار لورقة الضد حتى يحتج به على الغير بل تعدّ كما كانت قبل الشهر باقية في طي الكتمان والخفاء [٣] .

المآخذ على هذا الرأي :
٧٦- يؤخذ عليه :

---

(٤) أنظر : د.محمد شكري سرور.موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري،أحكام الالتزام ، ط١٩٩٥ ص١٢٦.
(٥) أنظر : أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١ ص٤٠١ .
(٦) نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٩٠/٥/٩ ، ط رقم ٢٥٤١ لسنة ٥٨ ق .
(٧) نقض مدني مصري ,جلسة ١٩٩١/٣/٦ طعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥٥ ق .
(١) نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ ، مجموعة أحكام النقص س١٥ ص٦٥٦ .
(٢) نقض مدني مصري جلسة ١٩٩٠/٥/٩ ، ط ر ٢٥٤١ المشار اليه سابقا ، مجموعة احكام النقص س٥٨ق .
(٣) نقض مدني مصري جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض س١٢ ص٣٧٦ .
(٤) أنظر: الدكتور محمد عبدالقادر محمد ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ في أحكام الالتزام ، ط١ ، نشر المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية – طرابلس – ليبيا ٢٠٠٠ .
(٥) أنظر: د.اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، ص٢٤٠ هـ١ ، أنور سلطان ، مرجع سابق ص١٧٤ .
احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١ بند ٢١٥ ، ادوارد عيد قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية ، ج١ ط١٩٦١ بيروت ص٢٧٦ ، د.حسام الدين الاهواني ، مرجع سابق ص١٥١ ، د.جبير ، مرجع سابق ص١٨٣ .
(٦) د.محمود عبدالرحمن محمد ، مرجع سابق ، ص٣٠٠-٣٠١ ، د.حسام الدين الاهواني ، مرجع السابق ، ص١٥١ .
(٧) نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ ، مجموعة احكام النقص س٢٣ ص١٢٨٥ ، ولها كذلك في جلسة ١٩٧١/٤/٢٢، مجموعة احكام النقص ، س٢٢ ص٥٣ ، وايضا في جلسة ١٩٥٢/٥/١٥ ، مجموعة أحكام النقص س٣ ص١٠٦٣ .

أ – إنه يهدر أهمية التسجيل أو الشهر ، ولاسيما اذا كان قد تم قبل تعامل الغير على اساس العقد الظاهر فكان الاولى به أن يراجع دائرة التسجيل العقاري أو الشهر العقاري حتى يكشف عن الحقوق العينية التي تثقل محل التصرف [٤] .

ب–أن الغش لم يقع في التصرف الحقيقي المسجل أو الذي أشهر وإنما وقع في التصرف الصوري الذي لم يكن جدياً ، وان تسجيل التصرف الحقيقي متى ورد على حقوق عينية عقارية فإنه يمحو أثر التستر والاخفاء فيجعل التصرف الحقيقي ملحوظاً ، ولمن أراد معرفة محل التصرف فعليه مراجعة دائرة التسجيل العقاري حتى يتجلى له وضع العقار وما إذا كان لايزال في ملك المتصرف من عدمه .

الرأي الثاني :

٧٧– يذهب الى أن العقد الحقيقي المستتر إذا ما اشهر أو سجل فلا يقبل من الغير أن يدعي الجهل به ، فباشهاره أو تسجيله لايعد مستتراً [٥] ، والقول بهذا الرأي يتفق مع الغرض من نظام الشهر وهو إعلام الناس كافة بما جرى من تصرف على العقار الذي انصب عليه التعامل ، وحسب الغير أن يطلع على السجلات للاحاطة بالوضع القانوني للعقار قبل إجراء أي تصرف عليه ، ويعدّ عدم قيامه بذلك خطأ من شأنه ان ينفي عنه حسن النية [٦] .

أيدت محكمة النقض المصرية هذا الرأي في قضائها أيضاً واعتبرت تسجيل العقد المستتر قرينة قاطعة على العلم به ، والعلم به ينفي حسن النية [٧] .

الرأي الثالث :

٧٨– يذهب إلى أن شهر العقد المستتر قرينة على العلم به ، ولكنها ليست بالقرينة القاطعة لذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها باثبات جهله به وقت تعامله على الرغم من شهره أو تسجيله [٨] .

الراجح من الآراء الثلاثة :

٧٩– والأفقه في رأينا ، هو الرأي الثاني ووجه ذلك ، أنه اذا كان شهر التصرفات العقارية في دائرة الشهر العقاري في مصر ، أو دائرة التسجيل العقاري الإشتراكي في ليبيا لا ينقل الملكية بذاته اذ هو إجراء شكلي تقتضيه رسمية التصرفات التي ترد على العقارات حتى يمكن الإحتجاج بها قبل الغير أما التصرف الناقل للملك فهو العقد المبرم بين طرفي العقد ، واذا لم يقم البائع باشهار العقد جاز للمشتري ان يستحصل على حكم من المحكمة بصحة ونفاذ العقد فيقوم هذا الحكم مقام العقد ويجوز له أن يسجله في الدائرة المختصة .

أما حكم ذلك في قانوننا ، فان التصرفات التي ترد على العقارات أو الحقوق العينية العقارية فانها تعد من

---

(٨) انظر : السنهوري ، الوسيط ج٢ ص١٠٢٢ هـ٢ ، د.اسماعيل غانم ، احكام الالتزام ، بند ١٣٠ ص١٧٨ هـ٤ ، ادوارد عيد ، مرجع سابق ص٢٧٦ .
د.أحمد مرزوق ، نظرية الصورية في التشريع المصري ، ط القاهرة ١٩٥٧ ص٣١٥ .
أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١ بند ٢١٥ .
وكذلك ، نقض مدني مصري جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س١٢ ، مدني ، ص٣٧٦ .

(١) راجع: حكم محكمة التمييز برقم ٥٩/هيئة عامة /٩٧١ في ٩٧٢/١/٢٤ ، النشرة القضائية . ع١ س٥ ص٢٩ .

(٢) راجع: حكم محكمة التميز برقم ٨٠٥/ م٩٧١/١ في ١٩٧١/١٠/٢١, النشرة القضائية . ع٤ س٢ ص٣٤ .وحكمها برقم ٢٠١٧/حقوقية /٩٤٦ في ١٩٦٥/٥/٨ . قضاء محكمة التمييز م٣ ص٤٢ .

(٣) حكم محكمةالتمييز برقم ١٤٧ /حقوقية غير منقول / ٩٦٨ في ١٩٦٨/٣/٢ . قضاء محكمة التمييز م٥ ص٢٢٩ . وحكمها برقم ٣٠/ م٣/ ٩٧٢ في ٩٧٢/٥/٢٤ . النشرة القضائية ع٢ س٣ ص٣٠ ، وحكمها برقم ٩٦/م٣ /٩٧٢ في ٩٧٢/٥/٢٤ . النشرة القضائية ع٢ س٣ ص٣١ .

(٤) حكم محكمة التمييز برقم ٢١٥ / هيئة عامة أولى /٩٧٢ في ٩٧٣/٧/١٥ . النشرة القضائية ع٣ س٤ ص ٤٧. وحكمها برقم ١٦٦/هيئة عامة / ٩٧١ في ٩٧١/١٠/٩ . النشرة القضائية ع٢ س٢ ص٣٣.وحكمها برقم ٦٠٩/م٤ /٩٧١ في ٩٧١/١٠/٩ . النشرة القضائية ع٢ س٢ ص١٠٧ .

(٥) حكم محكمة التمييز برقم (٩٣٠/م٩٧٧/١) في ٩٧٨/١٠/٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ع٤ س٩ ص١٣ .

(٦) حكم محكمة التمييز برقم ١١١٥ / صلحية / ١٩٦٤ في ١٩٦٤/٧/٣٠ . قضاء محكمة التمييز م٢ ص٥٤ .

(٧) راجع أيضا حكم محكمة التمييز برقم ٤١/ م٢ عقار / ٩٧٢ في ٩٧٢/٢/٢١ . النشرة القضائية ع١ س٣ ص٧٦ .

(٨) حكم محكمة التمييز برقم ١٢٥١/م٣ / ١٩٧٣ في ٩٧٤/٢/٧ .النشرة القضائية ع١ س٥ ص١٠٥ .

التصرفات الشكلية المفروضة للانعقاد بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والمادة (٥٠٨) من ق.م.ع .

وتفريعاً على ذلك ، فإن التصرف لا ينعقد إلاّ إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري[١] ، عملاً بمنطوق النصين المذكورين ، وإذا عقد بيع عقار أو أي حق عيني عقاري خارج دائرة التسجيل العقاري فإنه لا ينعقد[٢]، ولا يفيد حكما[٣] ، لعدم استيفائه الشكل الذي عينه القانون [٤] ، ولا يستلزم ابطاله اقامة الدعوى لانه باطل بذاته [٥] . ولا يلزم طرفيه أو الغير [٦] ، وعلى ذلك ، فإذا سجل التصرف العقاري في دائرة التسجيل العقاري وأصدرت الدائرة المذكورة سند الملكية لذلك التصرف ، فيعد ذلك السند ورقة رسمية حجة على الناس كافة بما دوّن فيها مالم يطعن فيها بالتزوير وفق أحكام المادة ٢/٢٢ من(ق أ ث ع) [٧]، ولا تسقط حجيتها بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى[٨] .

وعلى هذا الأساس قرر المشرع العراقي في المادة (١٤٩) من ق . م . ع على أنه لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، فالتسجيل يعد قرينه قانونية قاطعة لايجوز دحض حجيتها إلا بالطعن في التسجيل بالتزوير ، وان القول بخلاف ذلك يفرغ الحكمة من التسجيل من محتواه ، ولاسيما اذا علمنا ان التسجيل حكمته لاتكمن في أنه ركن انعقاد التصرف العقاري وانما يفيد ايضا انه شرط نفاذه في مواجهة الغير ، فالنص العراقي إنفرد ببيان هذا الخطر حسماً لذلك الخلاف ، ولامقابل له في القانون المصري والليبي والأردني والكويتي .

تعارض مصالح ذوي الشأن ، ولمن الافضلية ؟

٨٠- لما كان للغير أن يتمسك بالتصرف الصوري ، أو بالتصرف الحقيقي حسب ماتقتضيه مصلحته في ذلك ، فإنه قد يتفق كثيراً ، أن يحصل تنازع في ما بين الغير من طرفي العمل القانوني الواحد لتعارض مصلحتيها ، كما لو كان للبائع الصوري دائن ، وللمشتري الصوري دائن أيضاً ، فمن مصلحة دائن البائع بقاء المبيع عنصراً إيجابياً في ذمة مالكه فتكون من مصلحته التمسك بالتصرف الحقيقي ، لا الصوري .

ومن مصلحة دائن المشتري دخول المبيع عنصراً إيجابياً في ذمة مدينه ، ومن ثم ، فمن مصلحته التمسك بالتصرف الصوري ، فما الحكم في هذه الحالة ؟

الحكم في رأينا ، في هذه المسألة لايخرج عن إفتراضين :

الأول – إحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، عملاً بمدأ سلطان الإرادة ، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وصرف النظر عن الإرادة الصورية لهما وبالتالي ، تغلّب مصلحة دائن البائع، أو من كسب حقاً عينياً من البائع .

والثاني – أو الأخذ بالإرادة الظاهرة الصورية ، لأنها إرادة إجتماعية أطمأن إليها الغير وبنى تعامله على أساسها لما صورته له من تصوير كاذب بأنها إرادة حقيقية ، فالواجب حمايته ، ومن ثم ، تغليب الإرادة الصورية وثمرتها إستقراراً للمعاملات ، وتثبيتاً للمراكز القانونية، وإحتراماً لمبدأ حسن النية في التعامل ، وعلى ذلك ، تغليب مصلحة دائن المشتري ، أو من كسب حقا عينيا على محل التصرف .

الفقه الغربي والعربي ، ولا سيما الفقه المصري ، إختلف في ذلك إلى رأيين ، البعض منهم فضل الفرضية الأولى ، والغالبية منهم ترى وجوب ترجيح الفرضية الثانية وبهذا الرأي قال جمهور الفقه الفرنسي والمصري ، منهم السنهوري[١] ، وأخذت به محكمة النقض الفرنسية ، ويلاحظ أن مبدأ سلطان الإرادة قاد في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى تغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الصورية ، وإعتبار دعوى إعلان الصورية بمثابة إبطال لما يتمخض عن الإرادة الصورية, وتقويض جميع الحقوق المكتسبة على أساس التصرف الظاهر ، ثم مالت النزعة السائدة اليوم الى التمسك بالظاهر عند التعارض مصلحة ذوي الشأن[٢].

أما مشرعنا فقد حسم هذا الخلاف أخذاً باعتبار مبدأ حسن نية دائني المتصرف إليه وسوئها . فإذا كان هؤلاء حسني النية لا يعلمون بصورية التصرف غلبت مصلحتهم وجاز لهم التنفيذ على المال محل التصرف إستناداً إلى الصورية ، وليس ذلك الإ تفريعاً من تفريعات نظرية الظاهر أو نظرية ((الغلط

---

[١] السنهوري : نظرية العقد . مرجع السابق . ج٢ ص٨٤١ بند ٧٥٥ .

[٢] أنظر : جاك غستان وآخرون . مرجع سابق . ص٦٧٢ بند ٥٤٤ .

(٣) راجع : مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري ، ج٣ ص٦٤٦ .

وأيضا : د.محمود عبد الرحمن محمد . مرجع سابق . ص٣٠٤ .

الشائع يولد الحق)) ، والتي تلزم بتغليب الوضع الظاهر على الوضع الحقيقي عند التعارض فيلزم بمقتضاها الطرفان نتائج التصرف الظاهر على الرغم من أن ارادتيهما الحقيقية لم تتجه اليه ، بل الى التصرف المستتر حماية لثبوت التعامل واستقراره ، لان إستقرار المعاملات وزرع الثقة ، وحماية حسن النية وتشجيع المبادلات تتطلب الاعتداد بالظاهر [٣] .

وإذا كانوا سيئي النية غلبة مصلحة دائني المتصرف وحكم لهم بالتصرف الحقيقي وإعتبار التصرف الصوري كأن لم يكن اعمالا لمقتض الصورية [٤] .

وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن وكانوا جميعا حسني النية ، فتمسك البعض بالتصرف الظاهر الصوري ، وتمسك الآخرون بالتصرف المستتر الحقيقي فإن المشرع قد أعطى الافضلية للأولين ، وهم الذين تمسكوا بالتصرف الصوري ، وبذلك يكون قد ضحى بالإرادة الحقيقية ، وغلب الارادة الصورية، وعدّها الإرادة التي يمكن التعرف عليها ، كل ذلك من أجل إستقرار التعامل ، ومراعاة حسن النية في التعامل .

ويلاحظ أن موقف المشرع العراقي يفضي الى استقرار العلاقات الاجتماعية ، وثبات المعاملات المالية التي تقتضيها حماية المراكز الظاهرة ، وحماية من تعاقدوا على أساس هذه المراكز[٥] .

وعلى ذلك تنص المادة (١٤٧) من ق . م . ع [٦] التي تنص على ان ((٢- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر , وتمسك الآخرون بالعقد المستر كانت الافضلية للاولىين)) .

المبحث الثالث – مقومات دعوى الصورية .

الفرع الاول – اقامة دعوى الصورية .

وظيفة الدعوى الصورية :

٨١- اهمية دعوى الصورية تظهر في المحافظة على الضمان العام للدائنين في ما يتصرف المدين تصرفاً صورياً في امواله , أو بعضها , فيخرج في الظاهر هذا المال من ذمته , والحقيقة أنه لازال في ملكه .

وبالتالي , إذا إتخذ دائنه إجراءات الحجز عليه , كان للمتصرف إليه أن يعترض على الحجز طالباً رفعها لوقوعها على مال لم يعد مملوكاً لمدين الحاجز فيكون للدائن مصلحة في اثبات صورية إرادة مدينه في اخراج هذا المال من ذمته , وأنه باقي على ملكه ، وان اجراءات الحجر والتنفيذ عليه صحيحة .

وقد ينزع طرفا الصورية الى التحايل على القانون للاضرار بالغير . فإذا كانت الغاية منها ستر عقد مخالف للقانون بعقد آخر مشروع ترتب على كشفه بطلانه لعدم مشروعية السبب , أوالمحل , حسب مقتض الحال . كما لو ستر الطرفان الباعث غير المشروع لابرام العمل القانوني تحت ستار باعث شريف , أو اجراء تصرف قانوني تحت ستار شخصية متعاقد آخر .

اما اذا كانت الغاية منها تحايلاً على القانون من غير أن يقصد من ورائها إخفاء تصرف غير مشروع فان اللكشف عنها لايترتب عليه بطلان التصرف مادام قد احتوى على أركانه وشروط صحته , وإنما ينصرف الجزاء الى منع تحقيق الغرض الذي قصده العاقدان [١] وعلى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ ق.م.ع على أن ((٢- واذا سترا المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته)).

رفع دعوى الصورية :

٨٢- غاية الطاعن بالصورية , ولاسيما بالنسبة للدائن , هي مجرد الكشف عن حقيقة تصرف مدينه , وكون المال المتصرف فيه لازال في ذمته وضمن الضمان العام له , وتحقيقاً لهذه الغاية فانها تقام بطريقتين :

الاولى- إثارتها كدفع في الدعوى:

قد يبادر من له مصلحة في عدم نفاذ التصرف الصوري في مواجهته الى الدفع بالصورية , Exception , يدفع بها أحد طرفي الصورية بموجب التصرف الظاهر اذا أُدخل في الدعوى

---

(٤) أنظر : د.مصطفى الحجال ، و د.جلال العدوي . أصول المعاملات . ص٣٨٧ .

(٥) أنظر : د.عبد الحي حجازي . النظرية العامة للالتزام .ج٣ في أحكام الالتزام . ط١٩٥٤ ص٢١٦ . د.عبدالمنعم حسن . الموجز في النظرية العامة للالتزام ط١٩٩١ ص١٨٠ . د.إسماعل غانم . أحكام الالتزام . مرجع سابق بند ١١٣، ١١٤ . وكذلك : مجموعة الاعمال التحضرية للقانون المدني المصري . ج٣ ص٦٤٦ .

(٦) تطابق نص المادة (٢٤٧) من ق . م الليبي الحالي , والمادة (٢٤٤) من ق . م المصري .

(١) أنظر جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، ص٦٣١ بند ٥٠٤ .

, أو د خل فيها , بناءً على طلبه ، شخصا ثالثا في الدعوى .
ويجوز إبداء هذا الدفع ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي أية مرحلة من مراحلها، باستثناء مرحلة التمييز اذ لا يجوز الدفع بالصورية أمامها اذا لم يكن الخصم قد أثارها أمام محكمة الموضوع .
الدفع بالصورية يفيد الاقرار بصحة العقد الحقيقي وأنه نتاج ارادة صحيحة ومن ثم ، لاتقبل بعده التمسك بان العقد قد شابه عيب من عيوب الارادة [٢] .
والثانية – إقامة دعوى للطعن فيها :
قد يطعن بالصورية عن طريق دعوى مستقلة يرفعها من له مصلحة في ذلك طالبا فيها الطعن بصورية ارادة المدين ، وعدم نفاذها في حقة .
تفضل الطريقة الثانية للطعن بالصورية لأن بمقتضاها يستطيع المدعى أن يدخل فيها كل من يرى ضرورة لمخاصمته في الدعوى ، ولا سيما إذا كان سئ النية [٣] ، كمن تلقى الحق من المشتري الصوري .
وقد يرفع الدائن دعوى الصورية بإسم مدينه ، وفي هذه الحالة ، لا يعدّ الدائن من الغير ، ويلتزم بما يلتزم به مدينه من طرق الإثبات ، وللمدعى عليه أن يحتج قبله بالدفوع التي يجوز له التمسك بها في مواجهة المدين نفسه .

المدعى في دعوى الصورية :

٨٣– دعوى الصورية ترفع من دائن أحد طرفي الصورية أومن خلفهما الخاص ، وقد ترفع من أحد طرفي الإرادة الصورية ضد الطرف الآخر طاعناً في التصرف الصوري ، وفي هذه الحالة ، يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالتصرف الصوري في الدعوى .
وقد ترفع من الغير على الطرفين فيطعن في التصرف الظاهر بالصورية ، متمسكاً ، بالتصرف الحقيقي متى كانت له مصلحة في ذلك ، على أن يدخل ، في هذه الحالة طرفاً التصرف الصوري خصمين في الدعوى[١] .
وغأية المدعي من هذه الدعوى ، هي تقرير حقيقة الامر الواقع بان العقد الصوري لا وجود له ، وعلى ذلك ، لايشترط عند إقامتها أن يكون المدين معسرا أو أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ،أو أن لا يكون معلقا على شرط أو مضافاً إلى أجل أو كان حق المدعى عليه سابقاً على التصرف المطعون فيه ، أو لاحقا له[٢] .
لكن على الطاعن إدخال كل من يستفيد من الدعوى طرفاً فيها ، أو شخصا ثالثاً في الدعوى إكمالاً للخصومة ، ولكل ذي مصلحة أن يطلب الدخول فيها ويبدى طلباته بشرط أن يكون تدخله قبل صدور الحكم بعدم قبول الدعوى ، أو صدور الحكم فيها .
والغيرالذي يتمسك بالتصرف الصوري فانه لا يلزم بالإثبات ، وله أن يدفع بالصورية دون أن يلزم باقامة دعوى مستقلة بها ، وله أن يدفع بها حينما يريد أحد المتعاقدين التمسك بالتصرف الحقيقي في صورة دعوى إضراراً بهم ، فيكون للغير الذي من مصلحته التمسك بالتصرف الحقيقي (ورقة الضد) دفع ادعائه ، وبذلك يعترضهم وضعا ظاهراً هو ثمرة الإرادة الصورية مما يقتض ذلك ، اثبات وجود

---

[٢] بالمعنى نقسه : نقض مدني مصري جلسة ١٢ يوليه ١٩٩٤مجموعة النقض المدنية س٤٥ , ع٢, ص١١٩٢ , رقم ٢٢٥ .
[٣] أنظر : د.فتحي عبدالرحيم عبدالله . دروس في أحكام الالتزام . ط١٩٧٧ ص١٣٢ وما بعدها .

(١) أنظر : د.فتحي عبدالرحيم عبدالله . مرجع سابق . ص١٣٢ وما بعدها .
(٢) أنظر : د.حسين النوري . دراسة موجزة في الالتزام . أحكام الالتزام . ط١٩٧٤ ص٥٨ .
(٣) راجع : حكم محكمة التمييز العراق برقم ٩٦ / شخصية / ٨٢ – ٩٨٣ في ١٩٨٢/٨/١ ، مجموعة الاحكام العدلية ع٣ س١٩٨٢ ص٣٦ .
(٤) حكم محكمة التمييز برقم ٦٩٨/مدينة اولى/٩٧٢ في ١٩٧٣/٧/٤ ، النشرة القضائية ع٣ س٤ ص٢٧٥ .
(٥) راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض س٢٥ ص٧٧٣ .
(٦) بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ ، طعن رقم ٢٥٤ س٣٦ ق .

ورقة الضد ، وللوصول إلى هذه النتيجة عليهم إقامة دعوى الصورية فتستأخر الدعوى الاولى لحين البث في هذه المسألة .

ويلاحظ ، أن دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، وان كانتا دعويين مختلفتين الاّ انهما ذات طبيعة شخصية جوهرهما المطالبة بحق شخص والهدف منهما عدم نفاذ التصرف في حق المدعي ، وعلى ذلك يجوز للمدعي أن يؤسس دعواه على السببين المذكورين معاً ، وعلى المحكمة التحقيق فيهما معا[٣] ، على أن يكون التحقيق و الفصل في كل واحد منهما على حدة[٤] ، وللمدعي اثبات أن العقد الذي صدر من مدينه صوري كي يبقى المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فاذا اخفق في ذلك ، جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في مواجهته بغية اعادة المال الى ملك مدينه .

كما يجوز للمدعي أن يطعن في دعوى واحدة بالدعويين معاً على سبيل الخيرة مادام كان هدفه منهما عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه[٥] ، على أن يكون البدء بالطعن الصوري ، فيحاول اثبات الصورية أولاً ، فان لم يفلح انتقل الى الدعوى الاخرى [٦] .

الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف يتضمن الاقرار بجدية التصرف ، أما الطعن بالصورية يتضمن إنكار للتصرف ، على أن ليس للمدعي أن يطعن بصورية تصرف صوريةً مطلقة بعد أن يكون قد طعن عليه بعدم نفاذه في حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ لأن مثل هذا الطعن ينطوي على الاقرار بجدية التصرف ، وفي قيام الرغبة في أحداث اثار قانونية له بما لايتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة ، والتي تعني عدم قيامه أصلا في نية المتعاقدين[١] ،ولكن ليس ثم ما يمنع من الدفع بالصورية النسبية بعد التمسك بالصورية المطلقة [٢] .

المدعي عليه في دعوى الصورية :

٨٤- الخصم في دعوى الصورية هو من يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور أقرار منه ، وأن يكون محكوماً ، أو ملزماً بشئ على تقدير ثبوت الدعوى[٣] ، والاّ جاز للمدعي عليه أن يدفع دعوى المدعى بعدم الخصومة أصلا ، أو بعدم توجه الخصومة ، الذي يجوز ايراده في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولو لاول مرة امام محكمة التمييز [٤] ، استثناءً من الأصل العام الذي يقضي بعدم إيراد دفوع جديدة امام محكمة التمييز لم يسبق ايرادها امام محكمة الموضوع الا ما استثناه القانون ، كالدفع بالخصومة [٥] .

المحكمة المختصة مكانياً بالنظر في دعوى الصورية :

٨٥- تقام دعوى الصورية أمام محكمة البداءة ، والتي تتحدد إختصاصها المكاني حسب ما اذا كان محل التصرف المطعون فيه عقاراً أم منقولاً أم ديناً .

فاذا كان محل التصرف المطعون فيه عقاراً ، فتقام الدعوى أمام محكمة موقع العقار وفي حالة تعدد، العقارات جاز اقامتها في محل أحدها[٦] .

وتقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن الخصم المدعى عليه أو مركز معاملاته ، أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام ، أو محل التنفيذ ، أو المكان الذي أختاره الطرفان لإقامة الدعوى ، وفي حالة تعدد المدعي عليهم واتحد الادعاء أو كان مترابطا تقام الدعوى في محل أقامة احدهم[٧] .

المدعي في دعواه ليس هدفه مهاجمة مدينه وإنما غايته عدم نفاذ أثر التصرف الصوري في حقه ، ولاجل هذا ، جاز للدائن أو الخلف الخاص اذا اخفق في دعوى الطعن بتصرف مدينه الصوري أن يرفع ، بعد ذلك ، دعوى عدم نفاذ التصرف في حقه .

---

[١] راجع : نقض مدني مصري في الطعنيين المرقمين ٢٤٨٠ و ٢٤٨١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦ .

(٢) راجع : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٨٦/٢/١٩ ، ط ر١٢٢٤ س٥٥ ق .

(٣) راجع : المادة الرابعة من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٤) راجع : حكم محكمة التمييز برقم ١١٤٦/صلحية /٦٨ في ١٩٦٨/٧/٦ مشار إليه في مؤلف الأستاذ إبراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم قانون المرافعات المدنية ، ط١ مطبعة الجاحظ ببغداد ١٩٩٠ ص٣٠٩ وكذلك حكم لها برقم ٣٦٩/حقوقية /٦٤ في ١٩٦٤/٥/١٢ ، قضاء محكمة التميز م٢ ص٢٦٨ .

(٥) أنظر : حكم محكمة التمييز برقم ٦٢٥/مدنيه ثالثة /٧١ في ١٩٧١/٦/٢٢ ، أشير اليه عند الاستاذ إبراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ص٣٠٩ .

(٦) راجع : المادة ٣٦ من قانون المرافعات العراقي الحالي .

(٧) راجع : المادة ١/٣٧ و ٢ من قانون المرافعات العراقي .

(٨) بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٦/٦/٣٠ ، ط ر١٦٩١ للسنة الخمسين ق .

كما له أن يجمع بين الدعويين في دعوى واحدة متى ما كان هدفه منهما عدم نفاذ التصرف في حقه[٨] .
ولكن إذا رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فأخفق فيها فليس له أن يرفع دعوى الصورية ضد مدينه[٩] ، لأن الدعوى الاولى لاتقام الا اذا كان التصرف جدياً ، بل أن إقامتها إقرار ضمني بجديتها ، وعلى الطاعن إدخال كل من يستفيد من الدعوى طرفاً فيها .

عناصر التمسك بدعوى الصورية :

٨٦- لم يتشدد المشرع في شروط دعوى الصورية ، كما فعل في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، وعلة ذلك ، كما يبدو ، أن الدائن في الدعوى الأولى يهدف من رفعها الى إثبات حقيقة التصرف الذي أبرمه المدين ولايقصد بها مهاجمته وصولاً إلى عدم نفاذه في حقه ، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن فان الدائن يهاجم مدينه في تصرفه فيوقف أثره في حقه متى ماكان يؤدي الى إعساره أو يزيد منه .

لا تلازم بين الصورية والأعسار :

٨٧- لايشترط في دعوى الصورية أن يؤدي تصرف المدين الى إعساره أو الزيادة فيه كما في دعوى عدم نفاذ التصرف إذ لا تلازم بين الصورية والاعسار ، إذا كانت الصورية تنتفي باثبات يسار المدين ، ومن ثم ، تنتفي مصلحة الدائن في الطعن بها أو الإستمرار فيها ، وعلى الرغم من ذلك ، فإنه لا تلازم بين الصورية وأعسارالمدين ، وعليه لا تعارض بين أن يكون المشتري (مدعى الصورية) في حالة تمكنه من دفع الثمن ، وأن يكون عقد الشراء الحاصل منه صورياً .
وإذا اقتنعت محكمة الموضوع بان تصرفاً ما كان صورياً فليس ثمة ما يحتم عليها أن تتعرض بالبحث في المستندات المقدمة من المشتري اثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن فإن هذا لايفيد في وجوده وجود الصورية أو من عدمه عدمها[١] .

لا تلازم بين الصورية وسوء نية طرفي التصرف :

٨٨- كذلك لا يلزم أن يكون المدين والمتعاقد معه سيئي النية ، إذ أن إجراء التصرف بسوء نية ، وبقصد الأضرار بالغير لايفيد صوريته وعلى الرغم من أن هذا شرط جوهري في التميز ما بينها وبين دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن إلا أن ذلك لايلزم حتى يحكم بصورية التصرف إثبات سوء نية الطرفين فيه ، وليس المدعي بحاجة إلى تسويغ ضرر سببته الصورية له ، ولا الى إثبات غش من يقاضيه[٢] ، ومع ذلك ، إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به [٣] .

لا تأثير للباعث على الصورية :

٨٩- كما أن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى ، وبالتالي ، فان الدفع بعدم صحة الباعث الذي دفع به مدعي الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه[٤] ، ويلاحظ أن مناط جواز تمسك الغير بالصورية هو حسن نيته وعلى الرغم من ذلك فإنه لايعتد بالباعث على الصورية وما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع .
وتفريعاً على ذلك ، أن إجازة التمسك بالعقد الصوري إستثناءاً قد جاء على خلاف الاصل الذي يقض بسريان العقد الحقيقي الذي اراده العاقدان ، وقد شرع هذا الإستثناء حمأية للغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن اليه ، وبنى عليه تعامله على إعتقاد منه بانه عقد حقيقي[٥] .
وعلى ذلك ، فعدم صحة الباعث الذي قد يورد من مدعي الصورية أو المدعي عليه ليس من شأنه وحده

---

[٩] انظر : د.محمود عبدالرحمن محمد – احكام الالتزام – ص٢٨٤ بند ١٦٨ ، وكذلك نقض مدني مصري جلسة ٩٧٧/٥/٤ ، مجموعة أحكام النقض ، س٢٨ ص١١٢٥ ، ونقض مدني مصري جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض س٢٢ ص٢٢٨ .

[١] راجع بالمعنى نفسه : نقض مدنى مصري في جلسة (١٩٤١/١/٢) م.ق.م ، ٤٧-٧٦٣ .

[٢] جاك غستان ، المطول ، مرجع سابق ، ص٦٨٤ بند ٥٥٥ .

[٣] نقض مدني مصري جلسة (١٩٣٩/٥/١١) مجموعة عمر ، ج٢ ص٥٥٣ .

[٤] نقض مدني مصري في (١٩٤٩/١٢/١) ، مجموعة أحكام النقض ، س١ ص١٠٢ .

(٥) نقض مدني مصري في (١٩٦٥/١٢/٣٠) م.ن.م ، (١٦- ١٣٨٥) .

سبباً يقتض ردّ الدعوى.

شروط التمسك بالدعوى الصورية :

٩٠- وما دام وظيفة دعوى الصورية هي الكشف عن حقيقة تصرف المدين ، وما إذا كانت إرادته صورية أم جدية ، وبالتالي ، إذا كانت الأولى فله إثبات أن المال محل التصرف لم ينتقل في الحقيقة الى المتصرف اليه بل لازال على ملك مدينه ، مما يقتضي ذلك أن تتوفر شروطاً معينةً حتى يتمكن من يتضرر من صورية إرادة المدين أن يرفع دعواها ، جلباً للحصانة القانونية وحمايته ، وهذه الشروط هي :

أ- أن يكون الطعن بالصورية جازماً وصريحاً .

الطعن بصورية التصرف الذي يتعين على المحكمة بحثه والبث فيه يلزم أن يكون صريحاً وجدياً وجازماً فلايكفي مجرد الطعن بوجود التواطؤ أو إحتيال لإختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً ، إذ أن مجرد الاحتجاج بالتواطؤ أو بالاحتيال لايفيد التمسك بالصورية[١] .

وبالمقابل أن الصورية تعني عدم قيام التصرف الصوري أصلاً في نية المتعاقدين وفي عدم وجود الرغبة لديهما في أحداث آثار قانونية للتصرف[٢] .

ب- وجود مصلحة للطاعن :

أن تكون للمدعي مصلحة أكيدة في الطعن بالصورية[٣] ، ولا تثبت هذه الدعوى الاّ في حدود تلك المصلحة[٤] ، كما في سائر الدعاوي .

والمقصود بالمصلحة في دعوى الصورية ، أنها مصلحة قانونية جوهرها حق مادي أو أدبي سواء أكان ذلك في صورة قيام بعمل أم امتناع عنه .

فالمصلحة هي الفائدة العملية التي يقرها القانون ويحميها فيقصد تحقيقها من الالتجاء الى القضاء[٥].

والحماية القانونية التي يقصدها الطاعن بالصورية هي عدم الإحتجاج قبله بالتصرف الصوري، والتمسك بالتصرف الحقيقي أو بالعكس ، حسب مقتضى الحال .

والفائدة العملية التي يطلب تحقيقها هي عدم نفاذ التصرف في حقه والتمسك بالتصرف الذي يتوافق و مصلحته .

على أن تتوافر في تلك المصلحة شروطاً هي :

١- أن تكون مصلحة معلومة غير مجهولة ، إذ لايصح القضاء بالمجهول .

٢- أن تكون المصلحة حالة ، بان لاتكون معلقة على شرط أو مضافة الى أجل .

وإلاّ لاتقبل الدعوى إلا بعد تحقق الشرط أو حلول الأجل ، وحتى التدخل للطعن بصورية عقد لايقبل الاّ ممن له مصلحة قائمة وحالة فيه ، بحيث تعود عليه بفائدة عملية من الحكم له بطلبه، ومن ثم ، لايصح لقبوله مصلحة نظرية بحتة [٦] .

٣- أن تكون المصلحة ممكنة بان لاتكون مستحيلة ، استحالة قانونية أو مادية .

٤- أن تكون محققة بان يكون معتدى عليها بالفعل [٧] ، فمن يطالب بحصته من التركة عليه أن يثبت نسبهُ من المورث ، ووفاة المورث ، وعدم وجود مانع من موانع الإرث ، وإذا وجد فان

---

(١) نقض مدني مصري في (١٩٧٧/٥/٤) ، مجموعة احكام النقض للسنة ٢٨ ص١١٣٥ .

(٢) راجع : نقض مدني مصري في (٩٨٦/٢/١١) ط ر١٤٧٦ للسنة ٥٢ ق ،ولها أيضا في (٩٨٥/١٢/٥) ط ر٣٠٠ للسنة ٥٢ق.
وأيضاً جلسة (١٩٨٥/١/١٧) ط ر٩٠٧ , س٥١ ق .
وجلسة (١٩٨٤/٥/٨)ط ر١٣٠٥ للسنة ٥٠ق , س٣٥ , ص١٣٠٥

(٣) أنظر : مصطفى الجمال و د.حمدي عبدالرحمن ، دروس في القانون لطلبة كلية التجارة ، الناشر الدار المصرية للطباعة والنشر ببيروت – لبنان (١٩٧١) ص٥٢٠ .

(٤) أنظر : د.سليمان مرقس ، الوافي ، مرجع سابق ، ج٢ في أحكام الإلتزام ص٣٧٥ بند١٨٧ .
كذلك : نقض مدني مصري في (٩٨٤/٦/٧) ط ر ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق , س٣٥ ، ص١٥٦٤ .
ولها أيضا في ٨ فبراير ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ، (١٣-٢١٥-٠٣٣) .

(٥) للتفصيل أنظر : د.عبدالمنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، رسالة دكتوراه القاهرة (١٩٤٧) ص٥٦, أستاذنا د.آدم وهيب النداوي , المرافعات المدنية ط ر ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨م ، ص١١٨ .

(٦) نقض مدني مصري في (٩٨٦/١١/١٣) ط ر٢٣٦ لسنة ٥٣ ق .

(٧) أنظر : أستاذنا آدم وهيب ، المرجع سابق ص١١٩-١٢٠ .

المانع كان بسبب من الذي احتال على قواعد الإرث .
وعلى ذلك ، ليس لمن يدعي بها ، إذا لم تكن له مصلحة من وراء الطعن بها هادفاً إسقاط التصرف المطعون فيه .
وعلى المحكمة إذا وجه الخصم طعناً الى التصرف موضوع الدعوى أن تبحث في هذا الطعن حتى تتثبت من وجود مصلحة له ، ولا يصح لها أن تقبل بهذا الطعن كأمر مسلم به ، وتغض النظر عن التحقيق فيها ، وهذا يستفاد من مفهوم المخالفة لنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من قانوننا المدني الذي اجاز لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، إذا كانوا حسني النية ، أن يثبتوا الصورية التي أضرّ بهم ، بمعنى إذا لم يكن ثمة ضرر أصابهم من الصورية فلا يصح لهم ذلك لإنعدام المصلحة[١] .
ومصلحة الطاعن تتحقق إذا كان المدين معسراً ، وإن لم يكن التصرف الصوري سبباً فيه ، فاذا كان للمدين أموالاً يمكن للدائن أن يستوفي منها حقه كاملاً فليس له مصلحة في الطعن بصورية تصرف مدينه ، فلايقبل منه الطعن فيه لانتفاء مصلحته في ذلك [٢] .
الظاهر أن مصلحة الدائن العادي تتحقق دائماً في إثبات الصورية لإبقاء العين المتصرف فيها صورياً في الضمان العام له حتى يتمكن من التنفيذ عليها [٣] ، وعليه إثبات هذه المصلحة .
وعلى المحكمة التثبت منها لأن مناط دعوى الصورية وجوهرها هو مصلحة الطاعن فيها ، وقيامها بالفعل [٤] ، فلا تقبل الدعوى بالصورية إلاَ ممن له مصلحة فيها بل أن تكون مصلحة أكيدة من وراء إسقاط أثر الإرادة الصورية[٥] .

ج- أن يكون حق المدعى مؤكداً :
يشترط أن يكون حق مدعى الصورية مؤكداً وخالياً من النزاع [٦] ، وإن لم يكن مستحق الاداء وقت رفع الدعوى ، وإلا لم تكن له مصلحة أكيدة في الطعن بالصورية .
ولايلزم أن يكون حقه أسبق وجوداً من التصرف الصوري كما هو الحال في دعوى عدم نفاذ التصرف ، ولا أن يكون المدين ومَن تعاقد معه سيئي النية .
وليس على المحكمة التحقق من ذلك وإذا إستظهره الحكم فلا يكون سبباً لنقضه [٧] ، لانه لايعد ركناً في الصورية ، ومن ثم ، من دفع بصحة الباعث الذي أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده كافياً لرد دعواه[٨] .
ولمدعى الصورية الطعن فيها وان كان التصرف معاوضة وكان المدين حسن النية لم يقصد الاضرار به خلافاً لدعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن .

إثبات الغير للصورية :
٩١- لما كان الغير أجنبياً عن التصرف الحقيقي ، والصوري ، وانه يتضرر من الإرادة الحقيقية الخفية ، أو من الصورية ، وأن التصرف الصوري صور له مظهراً أطمأن اليه بحسن نية ، لا يعلم وقت تعامله أن العقد الظاهر إنما هو تصرف صوري ، وإعتقد أنه حقيقي ، وبنى على هذا الأساس تعامله ، ولأجل هذا ، لو طبقت عليه القاعدة العامة التي تقضي بالإعتداد بالتصرف الحقيقي دون الصوري فإن ذلك يلحق به ضرراً لا لذنب جناه وإنما لاتخاذ طرفي التصرف مظهراً كاذباً كان سبباً في تضليله فكان هذا الغير جديراً بحماية استثنائية ، كما رأينا ، وهذه الحماية أمتدت حتى وصلت الى أدلة إثبات الصورية في حقه

---

(١) أنظر : أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، مرجع سابق ، ج١ ص٣٩٧ .
(٢) بالمعنى نفسه : نقض مدني مصري في (١٩٦٢/٢/٢٨) م.ن.م (١٣-٢١٥) .
(٣) نقض مدني مصري في (٩/ديسمبر- كانون الأول/ ١٩٦٢) مجموعة المكتب الفني للسنة ١٦ رقم ١٩١ ص١٢٢٣ .
(٤) أنظر : د.مصطفى الجمال ، أحكام الألتزام ، ط ٢٠٠٠ ص٤٣٦ .
(٥) راجع : نقض مدني مصري في (٢٦/مارس-٩٤٢) ، مجموعة عمر ج٣ ص٤٢١ رقم ١٤٩ .
(٦) نقض مدني مصري في (١٩٧٨/٣/٣٠) ، مجموعة أحكام النقض للسنة ٢٩ ص٩٣٢ .
وأيضا جلسة (١٩٦٥/١٢/٩) ، مجموعة أحكام النقض للسنة ١٦ ص١٢٢٣ .
(٧) بالمعنى نفسه راجع: نقض مدني مصري جلسة (٩٣٩/٥/١١) ، مجموعة عمر ، ج٢ ص٥٥٣ .
(٨) نقض مدني مصري في (١٩٤٩/١٢/١) ، مجموعة أحكام النقض س١ ص١٠٢ .

، وعلى ذلك ، استثنى القانون حالته من الأصل العام الذي يوجب الإثبات بالدليل الكتابي متى وجدت إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون ، فأجاز له إثبات صورية التصرف بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة الشخصية والقرائن .

ولا خلاف في تعليل هذا الإستثناء في التقنين المدني العراقي ، والمصري ، والليبي ، والفرنسي لسببين :

الأول – ليس بإمكان الغير الحصول على دليل كتابي حتى يمكن الزامه الاثبات به .

والثاني – أن التصرف المستتر (ورقة الضد) يكون عادة ، سرية ، ومستترة ، بين طرفيه لايطلع عليه الغير ، أو قد يكون التصرف نفسه قد أبرم ضد مصلحة الغير ، فيكون إثبات هذه الجهة واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن .

٩٢- ويلاحظ أن القرائن التي يستدل بها على الصورية ، وان كانت من أضعف الأدلة بإعتبارها أدلة غير مباشرة الا أنها تحتل دوراً بارزاً في إثبات الصورية متى ما جاز الاثبات بالبينة ، وقد تكون هي الدليل الوحيد على صورية التصرف ، بل أن القاضي اذا وجود بينة عليها فإنه لايكوّن قناعته بها بسهولة مالم توجد قرائن تعززها [١] ، على أن تكون قوية بصفة خاصة ، ومقنعة ، ومتعلقة بموضوع النزاع وفاصلة فيه [٢] .

والقرائن التي تدل على الصورية كثيرة لاتحصر مادام الذهن يتفتق بالحيلة والتدبير ، مثال ذلك : وجود علاقة زوجية أو قرابة بين المتعاقدين قرينة على الصورية إذا إقترنت بوقائع تؤيدها ، أو شراء أب بإسم أحد أبنائه عيناً مع كتابته في العقد أنه إشتراه من مال ولده حارماً بذلك أولاده الآخرين دون أن يتمكن من اثبات وجود مال لذلك الولد ، يعد قرينة على صورية التصرف .

ومن المقرر أن تقدير كفاية القرائن على الصورية مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بتحصيل فهم الواقع في الدعوى دون رقابة من محكمة التمييز متى ما كان إستخلاصها سائغاً مؤدياً عقلاً الى النتيجة التي إنتهت اليها [٣] .

٩٣- الأغيار يستطيعون إثبات الصورية بجميع طرق الاثبات تطبيقاً للقاعدة العامة التي مؤداها (الدليل الكتابي لايفرض أبداً على الغير) ، فيقتضي ذلك تمكينهم من إثباتها بطرق الاثبات كافة ، ولو لم يدعوا وجود تحايل ضدهم ، أو على القانون [٤] .

وان كان العقدالظاهر مكتوباً ، أو زادت قيمته على النصاب القانوني ، ذلك أن الصورية في حق الغير تعد واقعة مادية لاتصرفاً قانونياً [٥] .

٩٤- ويبدو جلياً أن الصورية ليست سبباً قائماً بذاته لبطلان التصرف ، أو إبطاله بل يتعين على محكمة الموضوع التحري عن حقيقة أمرين :

أولهما : ما اذا كانت إرادة المتعاقدين جدية أم صورية .

وثانيهما : فإذا كانت الأرادة صورية فإنها فرقت بين طائفتين من الأشخاص :

أ – المتعاقدان : التصرف الحقيقي المستر صحيح بينهما ويلزمان بقواعد الاثبات العامة في إثبات صورية التصرف عند حصول نزاع بشأنها .

ب– الغـــير : التصرف الظاهر الصوري صحيح وحجة له عليهما ، مالم تكن مصلحته في التمسك بالتصرف الحقيقي الجدي وله أن يثبت صورية التصرف بطرق الاثبات كافة .

وعلى الرغم من ذلك فإن الأصل في التعاقد هو الصحة, والحقيقة, والجدية , ومن يدعي الصورية فعليه عبء إثبات إدعائه . والظاهر فعلاً أن التصرف إذا كان صورياً فعلى من يدعي خلاف ذلك عبء

---

(١) أنظر : د.أحمد حشمت أبو ستيت – نظرية الإلتزام – ط١١ ١٩٤٥ ص٤٩٠ .

د.سليمان مرقس – الوافي – مرجع سابق ص٣٨٣ .

(٢) أنظر : السنهوري – الوسيط – ج٢ ص١١١٢ هـ٢ ، احمد نشأت , رسالة الاثبات – ج١ ط٧ بند ٢٥٣ ، محمد عبداللطيف ، قانون الاثبات في المواد المدنية ، ج١ ط١٩٧٠ ص٣١١ هـ١ ، محمد نصرالدين زغلول ، الارادة ، مرجع سابق ، ص٢٢٦ بند ٥١٢ .

(٣) بالمعنى نفسه راجع : نقض مدني مصري جلسة أول يونيه ١٩٩٠ ط ر ٩٩٤ لسنة ٥٨ ق ، وجلسة ٢٢ يناير ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقص –١٠–٦٤–٨ .

(٤) أنظر : د.محمد علي البدوي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ص٢٩٥ .

(٥) نقض مدني مصري جلسة (١٩٧٧/٥/٢٨)، مجموعة المكتب الفني لسنة ١٥ ص٧٥٠ .

الإثبات وإقامة الدليل على أن ثمة تصرف حقيقي مستور بإرادةٍ صورية للمتعاقدين .
اذا كان الدفع بالصورية ليس من النظام العام فان لمحكمة الموضوع الحق في التحقيق عن جدية كل سند يقوم في الدعوى , وأن يتمسك الخصم بالصورية متى ماكان ذلك لازماً للفصل في الدعوى .
و لمحكمة الموضوع أن تتجاهل التصرف الصوري لأنه لا وجود له قانوناً بين طرفيه .
وللغير الذي تضرر من الصورية متى ماكان الغرض منها التحايل على القانون ، أو التهرب من أحكامه ، أو مخالفة النظام العام والآداب ، أو إخفاء سبب غير مشروع ، أن يثبت الصورية بين المتعاقدين بالبينة والقرائن ، لان الاحتيال ، أو المخالفة أوالتهرب أوالأخفاء عمل غير مشروع وواقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة الشخصية [١] .
كذلك الحكم إذا وقع غش أو تحايل من أحد الطرفين على الآخر فجاز له الاثبات بطرق الاثبات كافة ، لانه لايرضى مَنْ حصل التحايل لمصلحته أن يعطي سنداً ضد نفسه أو مصلحته يكشف عن ماتم من التحايل تحقيقاً لهذه المصلحة ، كما لو إتفق شخص مع آخر على أن يبيعه شيئاً بيعاً صورياً وأن يأخذ منه ورقة ضد تثبت الصورية ، ولما انجز بيعه منه سلمه المشتري الصوري ورقة الضد وعليها توقيع توهم البائع الصوري أنه توقيعه،في حين أنه لم يكن توقيعه بل توقيع شخص آخر غيره [٢] .
لكن على مَنْ يدعي الصورية أن يتمسك بها أمام محكمة الموضوع كدفع أو دعوى مستقلة تقام أمامها ولايجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التمييز ، والإدعاء بأن صورية عقد البيع ، محل النزاع ، مثلاً ، هي صورية نسبية لاتعدو ان تكون ستراً للتبرع الذي كان مقصوداً بهذا العقد[٣] .

الخلف العام قد يعد من الغير :

٩٥- من المقرر أن خلف العام لأحد المتعاقدين يسري عليه ما يسرى على سلفه ، فليس للعقد الظاهر أثر في حقه مالم يستند في ذلك إلى مصدر مستقل عن الميراث ، أو أن يطعن في التصرف بان المتعاقدين قد قصداً التحايل على قواعد الميراث اضراراً به .
وفي هذه الحالة ، يستمد حقه من القانون مباشرة فيصبح من الغير ، ومن ثم ، يجوز له إثبات الصورية بجميع طرق الاثبات ، استثناءً من الأصل .

٩٦- الأصل أن الوارث لايعد في حكم الغير بالنسبة للتصرف الذي صدر من مورثه إلى وارث آخر الاّ إذا كان طعنه في هذا التصرف ينصب على أنه كان في ظاهره بيعاً منجزاً مثلاً ، وفي حقيقته يخفي وصية أضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه قد صدر منه في مرض موته ، وعلى هذا تنص المادة ١١٠٩ من (ق . م . ع) على أن ((١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له)) .
وبذلك يعد ، هذا التصرف في حكم الوصية لأنه في هاتين الحالتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الإحتيال على قواعد الارث المقررة شرعاً والتي تعتبر من النظام العام[٤] ، اضراراً بحقه .

---

(١) راجع : حكم محكمة التمييز برقم ١٢٩٤/حقوقية / ٩٦٨ في ١٩٦٩/٢/٢٤ ، قضاء محكمة التميز م٦ ص١٨٤ .
(٢) أنظر : أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١ , ص٣٩١ , هـ ١ .
(٣) نقض مدني مصري جلسة (١٩٥٦/٦/٧), م . ن . م , ٧- ٧٠١ .
(٤) راجع : الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من (ق . م . ع) .

(١) نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢ . م.ن.م . ١٨- ١٣٦٠ .
وجلسة ١٩٦٦/١١/٢٤ . م.ن.م . ١٧- ١٧٣٠ .
(٢) راجع : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٧٩/١/٣١ . ط ر٤٦١ لسنة ٤٧ ق .
ونقض في جلسة ١٢/ ١٩٧٨/٦ . ط ر٧٥٦ لسنة ٤٥ ق .
ونقض في جلسة ٩٧٨/١١/٢٨ . ط ر٨٥٥ لسنة ٤٥ ق .
ونقض في جلسة ١٦/ ١٩٧٦/٦ . م.ن.م - ٢٦-١٣٩١ .

لاتقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلاً دون هذا الإثبات ، وذلك ، أن هذه النصوص لايجوز محاججة الوارث بها اذا ما طعن على العقد بالتحايل على القانون[١] .

٩٧- إذا كان مبنى الطعن في التصرف أنه صوري صورية مطلقة ، وإن علتها ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث فإن حق الوارث في الطعن في التصرف ، في هذه الحالة ، إنما يستمده من مورثه لا من القانون ، وبالتالي ، لايجوز له إثبات طعنه الاّ بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات[٢] .
الصورية التدليسية تتحقق اذا توافرت نية التواطؤ والغش عند المتعاقدين ضد الغير ، أو التحايل على القانون .
ليس من الضروري أن تكون الصورية تدليسية حتى يمكن إثباتها بطرق الإثبات كافة بل يكفي وجود الصورية وإن لم تكن تدليسية ، ولكن إذا إستظهر حكم المحكمة هذا الأمر فلايصح تعييّبه به وجعله من أساب الطعن فيه .
والصورية التدليسية يستوي فيها الغير ، والمتعاقدين في إمكان إثبات الصورية بطرق الإثبات كافة ، لأن الغاش لايعطي دليلاً ضد مصلحته فيكتب ما يثبت غشه أو إحتياله لذا يجوز إثبات صورية البيع التدليسية بالبينة والقرائن في حق كل من مسّه التدليس وان كان طرفاً في التصرف .
وللمحكمة أن تستخلص القرائن على الصورية التدليسية من الأوراق التحقيقية التي كانت معروضة عليها[٣] ، على أن تكون قوية ، ومقنعة ، ومتعلقة بموضوع النزاع ، وفاصلة فيه سواء أكان التصرف الصوري قد انطوى على غشٍ أم لم ينطوِ ، لأن الغش لم يكن هو سبب إباحة الإثبات بالبينة والقرائن .

٩٨- الغير هو من يباح له إثبات الصورية بالبينة والقرائن ضد المتعاقدين وليس لأحدهما ذلك مالم يكن الغير سئ النية .
وليس لمحكمة الموضوع أن تقضي بالصورية مالم تقم أدلة قوية عليها لاتدع مجالاً للشك في صحتها ، ومن ثم ، لايكفي أن تعتمد على قرائن ضعيفة ، أو مجرد إشارة لاتعززها ظروف الدعوى ، فمجرد القرابة أوالزوجية بين الطرفين لاتكفي للقضاء بها مالم تصاحبها ظروف وأحوال تؤيدها ، كذلك تصرف المدين المفلس بأمواله لقريب له ليس بالضرورة أن ينطوي على صورية .
لكن لا يصح للغير أن يتمسك بعدم سريان التصرف الحقيقي في مواجهته أمام محكمة التمييز إذا لم يكن قد تمسك بعدم سريانه بحقه أمام محكمة الموضوع , كما ليس له أن يحتج بأن التصرف الصوري ليس إلا قراراً كاذباً , وبالتالي , لا يلزم إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة مادام السند الذي يحتوي التصرف معتبر قانوناً , والغاية من ذلك للحيلولة دون محاولة الافلات من حكم نص المادة (٧٩/ أولاً) من قانون أ.ث.ع.
كذلك لايصح الإحتجاج بورقة الضد قبل الغير, ولو كانت ثابتة التأريخ , إذ أن من المقرر قانوناً أن للغير التمسك بالعقد الظاهر وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من ق.م.ع . سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التأريخ أم لم تكن , وبالتالي لاتأثير لها على الغير, وهذا أمر سار عليه القانون والقضاء الفرنسي والمصري[٤] , والليبي .

الفرع الثاني

سلطة محكمة الموضوع في دعوى الصورية

سلطة المحكمة في تقدير الدليل على الصورية

٩٩- تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاض الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، فله مطلق السلطة في تقدير الأدلة التي يأخذ بها في ثبتوتها أونفيها إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الذي اخذ به مستمداً من أوراق الدعوى ومستخلصاً منها أستخلاصاً سائغاً ولا خروج فيه على ماهو ثابت بها .
وتفريعاً على ذلك أن الحكم إذا لم يتحدث عن سند ذي أثر في الدعوى على الرغم من تمسك ذي

ونقض في جلسة ٦/٢٦ /١٩٧٥ . م.ن.م – ٢٦-١٣١٤ .
ونقض في جلسة ١/ ١٩٦٩/٤ . م.ن.م – ٢٠-٥٥٦ .
(٣) أنظر : أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج١. ص٣٩١-٣٩٢ .
(٤) أنظر : أحمد نشأت , رسالة الإثبات . ج١ , ص٣٩٨ , بند ٢٦٦ .

المصلحة بما فيه من دلالة على صحة دعواه فإنه يكون معيبا بالقصور مما يوجب نقضه [1] ، ومن ثم ، اذا دل الحكم على صورية التصرف بأسباب وقرائن متسانده ، تكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها الى النتيجة التي إنتهى إليها فإنه يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها في ذاتها [2] ، إلاّ أنه اذا كان العقد في ذاته وبرمته مطعوناً فيه بالصورية فلايصح الإستدلال بنصوصه لنفي هذه الصورية[3] .

ولمحكة الموضوع أن تستخلص من الوقائع والأدلة والقرائن في الدعوى على صورية العقد ، وعلى وجود التواطؤ بين العاقدين متى كانت تلك القرائن تؤدي عقلا الى ما انتهت اليه .

١٠٠-اذا طعن الغير بالصورية تعين على المحكمة بحثه والبت فيه على أن يكون الطعن فيها صريحاً ، ولا يكفي مجرد الادعاء بالتواطؤ أو الاحتيال ، لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً ، لأن الصورية إنما تعني عدم قيام التصرف الصوري أصلاً في نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التصرف ، ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له [4] .

على المحكمة الفصل في الطعن الصوري لانه لوصح لتغير به وجه الحكم في الدعوى وان ما يعيب حكم القاضي هو اغفاله الرد على دفاع جوهري يتغير به ، إن صح ، وجه الرأي في الدعوى [5] .

ولمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازما للفصل فيها ، فاذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان لها ، ولو لم يطعن بالصورية أن تتعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ولا رقابة عليها من محكمة التمييز متى كان إستخلاصها سائغاً وسليماً [6] .

١٠١-تقدير كفاية الادلة على ثبوت الصورية أو نفيها ، أمر يستقل به قاضي الموضوع ويدخل في سلطته التقديرية لتعلقه بتحصيل فهم الواقع في الدعوى دون رقابة عليها من محكمة التميز على شرط أن تكون الادلة التي بنى عليها حكمه كانت استخلاصه منها سائغة ، من شأنها أن تحمل على ما إستخلصه الحكم منها ،

وإن تؤدي إلى النتيجة التي إنتهى إليها [1] ، ما لم يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية

---

[1] نقض مدني مصري جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ ، ط ر١٦٥٣ لسنة ٥٦ق .

[2] نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٨/١/١٦ ، ط ر٣٨٦ لسنة ٤٤ ق .
ونقض جلسة ٢/١٦/ ٩٧٧ ، ط ر٩٤ لسنة ٤٤ ق .
ونقض جلسة ١ /٦/١٩٧٥ ، م.ن.م – ٢٦–١٢٠١ .
ونقض جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ ، م.ن.م – ١٧– ٦٩٥ .
ونقض جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ ، م.ن.م – ١٥– ٧٥٠ .

[3] نقض مدني مصري في جلسة ١٩٧٨/١/١١ ، طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٣ ق .

[4] أنظر : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٧٦/٤/١٤ ـ م.ن.م – ٢٧–٩٣٦ .

[5] أنظر : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ ، ط ر ٩٤ ، لسنة ٤٤ ق .

[6] راجع : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥ – م.ق.م – ٥٢ – ٧٦٣ .
كذلك : د.إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص٢٣٤ بند ١١٣ .

[1] راجع : نقض مدني مصري في جلسة أول يونيه (١٩٩٠) ط ر٩٩٤ لسنة ٥٨ ق.

[2] بلانيول و ريبير و أسمان ، شرح القانون المدني الفرنسي ، ف ٣٤٣ ، ديموج , ج١ ص٢٧٥ نقلا عن الأستاذ السنهوري ، نظرية العقد ، بند ٧٥٩ ص٨٤٨ هـ١ .

[3] راجع : طعن مدني ليبي رقم ٣١/٣٤ ق جلسة ١٨ مارس ١٩٨٥ . مجلة المحكمة العليا للمكتب الفني س٢٣ .ع١–٢ . ٩٨٦ – ١٩٨٧ ص٥٧ .
وطعن مدني ليبي رقم ٣/١٥ ق يوم ٢٥ مارس ١٩٨٥ ص٧٠ العدد نفسه .
وطعن مدني ليبي رقم ٣٠/٩ ق جلسة ١٧ رمضان ١٣٩٢ / و / ٢٧ يونيه ١٩٨٣ ص١١٥ . مجلة المحكمة العليا س٢٠ ع٤ شوال ١٣٩٣ / و / يوليه ١٩٨٣م .

[4] راجع : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٨٥/١٢/٧ . ط ر ٥٩٩ لسنة ٥٥ ق .

[5] راجع : نقض فرنسي في ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٢٧٠ ، نقلا عن السنهوري ، نظريةالعقد ، بند ٧٥٩ ص٧٤٥ هـ ١ .

[6] راجع : نقض إداري ليبي رقم ٢٧/٢١ ق جلسة ١٢ رمضان ١٣٩٢ / و / ٢٢ يونيه ١٩٨٣ . مجلة المحكمة الليبية العليا

التصرف مما يتعين معها الاخذ بها متى كانت قرائن قاطعة [٢] ،
والقاضي، وهو في مقام الموازنة بين أدلة الاثبات وأدلة النفي ، أن يأخذ ببعضها ، ويطرح البعض الآخر ، وإن المفاضلة بين مستندات الدعوى هو من إطلاقات قاضي الموضوع ، فله أن يأخذ بما يطمئن اليه ، ويطرح ماعداه ، دون رقابة عليه من محكمة المميز إذا كان ما عول عليها في قضائه لها أصل ثابت في أوراق الدعوى ويؤدي إلى حمل النتيجة التي إنتهى اليها [٣] ، كما له السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود حسب ما يطمئن اليه وجدانه ، وأن يستخلص منها ما يرى أنه الواقع في الدعوى على أن لا يخرج بتلك الاقوال عن ما يحتمله مدلولها ، وأن يكون ما يستخلصه منها ومن سائر الأدلة في الدعوى سائغة ، ومن شأنه أن يؤدي الى النتيجة التي أنتهى اليها[٤] .
وعلى ذلك ، إذا تمكن الطاعن بالصورية من إثبات عدم صحة ما ورد في التصرف الصوري فتكون العلاقة بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يوجد التصرف الظاهر المطعون فيه ما دام لم يثبت أن هناك تصرف حقيقي يحدد العلاقة بينهما[٥] .
كذلك أن العبرة في تكييف طلبات المدعي في الدعوى ليست بالألفاظ والعبارات التي تصاغ فيها وانما بمدلولها وحقيقة المقصود منها حسب ما يستفاد مما أورده الحكم المطعون فيه من وقائع وملابسات[٦] .
وأن تكييف الدعوى من حق المحكمة وليس من حق الخصوم ، ومن ثم ، لها عدم الأخذ بالتكييف القانوني الذي يكيف به الخصوم الدعوى[٧] ، في ضوء الأدلة والوقائع المتحصلة والمادة القانونية المنطبقة ، ولا تلتزم بالتكييف الذي يتمسك به كل من الخصمين [٨] ، مادام كان مخالفاً للقانون[٩] .
ولمحكمة الموضوع سلطة فعالة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المتطورة [١٠] ، فان كانت ملزمة بالحكم فيها فان هذا الالزام مستمد من القانون لا من مشيئة الخصوم أو مدعى الصورية وبالتالي فان الغاية من دفع الخصومة الى القضاء هي الوصول الى حكم يتفق مع حقيقة مركز الخصوم وبين الحقوق كل منهم ليضع حدا للنزاع في صورية التصرف من عدمه[١١] ، ولأجل ذلك ، عليها أن تلتزم بالطلبات الواردة بعريضة دعوى

مدعي الصورية [١] .
إلا إذا إختلف مرجع الطعن في شقي الدعوى ، كأن يكون أحد الطلبين الطعن فيه تمييزاً من إختصاص محكمة التمييز , والثاني من إختصاص محكمة الإستئناف بصفتها التميزية ، في هذه الحالة ، على المحكمة تفريقها الى دعويين ، وبالتالي ، تصدر حكمها مستقلا بكل منهما ليتسنى للطرف الذي لم يقتنع بالحكم الصادر فيها مراجعة المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي[٢] .

أثر الحكم الصادر بصورية التصرف الظاهر :
١٠٢- فيه رأيان :
الاول : يذهب إلى ان الحكم في دعوى الصورية لا يستفيد منها غير الدائن الذي رفعها ، به قال كولان و كابيتان[٣] .
والثاني : يذهب بحق إلى أنه إذا ما أثبت مدعى الصورية دعواه حكم له بما إدعاه ، ويكون هذا الحكم حجة قبل الكافة ، لايقبل دليل ينقضه ، لأنه يقرر أمراً واقعاً يستفيد منه كل من له مصلحة في التمسك بها سواء أكان قد إشترك في رفع الدعوى أم تدخل فيها أم لم يشترك أم لم يتدخل .
ويستوي أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له ، ولهم جميعا الحق في التنفيذ

س٢٠ , ع٤ , شوال ١٣٩٣/ و/ يوليه ١٩٨٤ المكتب الفني ص٣٨ .
[٧] راجع : قرار محكمة التمييز العراق برقم ٣٦٧ / مدينة الثانية / ٩٧٢ في ٩٧٢/١٠/٢ النشرة القضائية ع١ س٤ ص١٩٧ .
[٨] حكم محكمة التمييز برقم ٣٣٢ / مدينة أولى / ٩٧٥ في ٩٧٥/٨/٦ . مجموعة الاحكام العدلية ع٣ س٦ ص١٤٤ .
[٩] حكم محكمة التمييز برقم ١٣ / مدينة رابعة . ٩٨٢ في ٩٨٢/٣/١٨ . مجموعة الاحكام العدلية ع١ س٩٨٢ ص٤٣ .
(١٠) أنظر : المادة الاولى في (ق . أث . ع) .
(١١) بالمعنى نفسه : حكم محكمة التمييز برقم ١٨٩ / هيئة عامة اولى / ٩٧١ في ٩٧٢/٥/١٣ . النشرة القضائية ع٢ س٣ ص١٩٠ .

على مال المدين الذي ثبت أن التصرف الذي ورد عليه كان صورياً ، وإنه في الواقع لازال في ملك المدين .

وعلى ذلك ، فان الحكم الذي يصدر في دعوى الصورية يسري بحق الخصمين ، ويستفيد منه الدائنون ، وكل من لم يكن خصماً فيها .

ويذهب القائلون بهذا الرأي الى تعليل رأيهم من وجهين :

أ- الحكم بصورية التصرف يجعل منه تصرفاً غير موجود ، وأن محل التصرف لم يخرج بتاتا من ذمة مالكه ، ومن ثم ، يستفيد الدائنون منه مادام العين محل التصرف لايزال ضمن الضمان العام لحقوقهم وهو الذي أخذ به الفقهاء وبه قال الأُستاذ لاروجير[٤] .

ب- يستفيد الدائنون من الحكم لان الدائن الذي رفع الدعوى يمثلهم فيها .

به قال الاستاذان بودري وبارد .

والافقه ، عندنا ، التعليل الاول لأن رافع الدعوى وأن تقاطعت مصلحته مع مصلحة الدائنين الآخرين إلا أن تمثيله لهم لابد له من وجود نص أو إتفاق وإلا لا يفترض .

تقادم دعوى الصورية :

١٠٣- لم ينص القانون المدني على تقادم دعوى الصورية ، ولاجل ذلك ، اختلف الفقه في شأن تقادمها الى اراء :

الرأي الأول :

١٠٤- يذهب إلى أن دعوى الصورية ، مطلقة كانت أم نسبية ، تتقادم بمضي خمس عشرة سنة سواء أكانت قد رفعت من الغير أم من أحد طرفي التصرف ، وذلك ، لان الشرع وضع قاعدة عامة للتقادم ولم يستثنِ منها دعوى الصورية بنص صريح حتى يمكن القول أنها مستثناة منها ، وبناء على تلك القاعدة وإستقراراً للتعامل بين الناس تتقادم هذه الدعوى بمضِ خمس عشرة سنة [٥] .

الرأي الثاني :

١٠٥- يذهب رأي من ، الفقه[١] ، والقضاء[٢] ، إلى أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ويستوي أن يكون رافعها أحد طرفي التصرف أو كان من الغير ، لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تقرير حقيقة الواقع ، وتحديد طبيعة التصرف الذي قصده المتعاقدان ، وترتيب الاثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الصوري لاوجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ، ومستمرة ، لا تزول بالتقادم ، ولاتنقطع حتى يبدأ سريان التقادم ، ولايصح التسليم بتقادم دعوى الصورية لانه يقتضي ذلك

---

(١) بالمعنى نفسه : حكم محكمة التمييز برقم ٢٠٠٤ / مدينة ثانية – عقار /٧١ في ١٩٧٢/٢/٢٠ . النشرة القضائية ع١ س٣ ص١٥٩ .

(٢) حكم محكمة التمييز برقم ٧٥٨ / مدينة رابعة / ٩٨١ في ١٩٨١/١٠/٢١ . مجموعة الاحكام العدلية ع٤ س٩٨١ ص٧٢

(٣) أنظر : السنهوري : الوسيط ج٢ , بند٦٢٦ , ص١٠٢٧ .

(٤) السنهوري : نظرية العقد . بند ٧٥٨ ص٨٤٣ هـ٤ .

(٥) أنظر : د.سليمان مرقس . الوافي ج٢ بند ١٩٢ ص٣٨٨ .

(١) أنظر : السنهوري . الوسيط ص١٠٢٧ بند٦٢٧ . وله أيضا : نظرية العقد ص٨٤٣ بند ٧٥٨ .
سليمان مرقس. الوافي ج٢ ص٣٨٨ بند١٩٢ . د.فتحي عبدالرحيم عبدالله . دروس في أحكام الالتزام ص١٣٥ .
د.أنور سلطان،النظرية العامة للالتزام ج٢ في أحكام الالتزام ص١٧٦ بند ١٧١ . د.عبدالسلام علي المزوغي،النظرية العامة لعلم القانون ،الكتاب الثالث الجزء الرابع في أحكام الالتزام ط١ ١٩٩٣ ص٢٢٩ . د.عبدالرزاق حسن فرج،النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثاني في أحكام الالتزام ص١٩٨ . د.محمد حسام محمود لطفي النظرية العامة للالتزام .أحكام الالتزام . القاهرة . ٢٠٠٥ ص١١١ . و د.محمود عبدالرحمن محمد . أحكام الالتزام . مصدر سابق . ص٣٠٥ .

(٢) راجع : نقض مدني مصري في جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ – م . ن . م – ٢٠– ٤٥٠– ٧٣ .

(٣) سليمان مرقس . الوافي . ج٢ ص٣٨٨ بند ١٩٢ .

(٤) د. محمود عبد الرحمن محمد . مصدر سا بق . ص٣٠٥ .

التسليم بان مرور الزمن يقلب العدم الى وجود ، ومن ثم ، لايمكن أن ينقلب العقد الصوري صحيحاً بمرور الزمان أو أن يقلب مرور الزمان العدم إلى وجود[٣] ، ومادام كان القصد منها تقرير الواقع فإنها لاتسقط بمضي المدة [٤] .

الراجح من الرأين :

١٠٦- الافقه ، عندنا ، هو الرأي القائل بسقوط دعوى الصورية بالتقادم ولا تسمع بعدها للأدلة التالية :

أ – المشرع العراقي عالج الصورية ضمن آثار العقد ، ولازم ذلك ، خضوعها إلى تقادم دعاوى المسؤولية العقدية التي قضت فيها المادة ٤٢٩ من قانوننا المدني على أن((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ماوردت فيه أحكام خاصة سواء أكان الدين حكومياً ، أم عادياً [٥] .

ب–أن القول بعدم وجود نص يقضي بتقادم دعوى الصورية لا يفيد صرف المشرع النظر عن معالجته ، وبالتالي ، اذا لم يرد نص خاص في مسألة معينة تعين الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني ولاسيما نظرية العقد .

ج– أن ما رجحناه ، هو اتجاه الغالب فقهاً وقضاءً في مصر والدول التي تأخذ بالصورية ، ولاسيما في فرنسا ، التي أخذت بمدة التقادم الطويلة وهي ثلاثون سنة ، وبررت محكمة النقض الفرنسية التقادم على أن ((هذه المدة الطويلة وإن لم يكن من شأنها أن تسبغ على العقد الصوري الذي لاوجود له قانوناً ، وجودا قانونياً إلاّ أن من شأنها أن تمنع إقامة أي دعوى بعد مضيها[٦] .

د– كما أن السياسة التشريعية تلزم تثبيت المراكز القانونية في المعاملات ، فلا يعقل ان يبقى سيف دعوى الصورية مسلطاً على رقبة المدعى عليه مهما طال الزمان ، وبذلك تبقى المراكز القانونية قلقة مع وجودها .

هـ– وهذا الرأي يتفق مع ما نادى به الفقه الاسلامي بإعتبار أن مضي هذه المدة الطويلة تمنع من سماع دعوى الصورية استقرارا للتعامل ، ولكن ليس لمحكمة الموضوع أن تمتنع من تلقاء نفسها عن سماع الدعوى لمرور الزمان لأن الدفع به من حق طرفي الدعوى ، أو أي شخص آخر له مصلحة فيه ، ولو لم يتمسك به المدين[٦] .

للمدعي أن يتمسك بالدفع بها ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف المختصة باستثناء محكمة التمييز مالم يتبين من الظروف إن المدعي عليه قد تنازل عن الدفع بها[٢] ، على أن يكون التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قد حصل بعد ثبوت الحق فيه لاقبل ثبوته ، إذ لايقبل الدفع به إذا تبين من الظروف أن المدعي عليه قد تنازل عنه[٣] .

كما لايجوز الإتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون[٤] .

وعلى من يدفع بمرور الزمان أن يبقى ملتزماً بدفعه ، ولايجيب على موضوع الدعوى و الاّ سقط حقه بالدفع المذكور[٥] .

---

(٥) راجع بالمعنى نفسه : حكم محكمة التمييز برقم ٨٠٣ / م٣ / ٧٥ في ١٩٧٦/٧/٢٢ . مجموعة الاحكام العدلية . ع٣ س٧ ص٤٢ .

(٦) أنظر : جاك غستان وآخرون ، المطول ، مرجع سابق ، ص٦٨٥ بند ٥٥٥ .

(١) أنظر المادة : ١/٤٤٢ . ق . م . ع . وكذلك: حكم محكمة التمييز برقم ١١٠٢ / صلحية / ٦٣ في ١٩٦٣/٧/١٧ ، قضاء محكمة التميز ، م١ ص٧٩ .
وحكمها برقم ١١ / حقوقية ثانية / ٧٠ في ١٩٧٠/١/١٤ . النشرة القضائية ع٢ س١ ص١٥٠ ، وحكمها برقم ٢٠٥/ حقوقية ثالثة /٧١ في١٩٧١/٣/٢٠، النشرة القضائية ع١ س٢ ص٤٣. وحكمها برقم ٢٠٠ / م٣ /٧٢ . في ١٩٧٢/٤/٢٧ ، النشرة القضائية ع٢ س٣ ص٨٢ .

(٢) راجع : حكم محكمة التمييز برقم ٢٠٥ / حقوقية ثالثة / ٧١ في ٩٧١/٣/٢٠ ، النشرة القضائية ع١ س٢ ص٤٣ .

(٣) راجع : حكم محكمة التمييز برقم ٨٧ / م٢ / ٩٧٢ في ١٩٧٢/٨/١٠ ، النشرة القضائية ع٣ س٣ ص٦١ .

(٤) راجع : المادة ٤٤٣ ق . م . ع .

(٥) حكم محكمة التمييز برقم ٧٤٢ / م٣ / ٧٥ في ٧/١٣ / ١٩٧٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ع٣ س٧ ص٤٣ .

(٦) راجع : المواد ٤٣٥ وما بعدها .

ومدة التقادم تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الإلتزام مستحق الأداء عملاً بحكم المادة ١/٤٣٤ من ق . م . ع ، وتخضع هذه المدة للتوقف والإنقطاع وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني[٦] .

((الخاتمة ونتائج البحث))

١٠٧- في نهاية مشوار رحلة دراسة الصورية وأثرها في التصرف القانوني نصل الى جملة نتائج ، نوجزها بالآتي :

أولاً- هيكلية الدراسة إقتضت تقسيمها إلى مبحثين فعالجنا في الأول منهما ماهية الصورية في التصرف القانوني ، والذي كان من ابرز نتائجها :

أ- الصورية أبتداع مظهر كاذب ظاهر ثمرة لإرادة صورية غير جدية لإخفاء حقيقة معينة ، أو لاخفاء ثمرة ارادة حقيقية جدية لوجود سبب يمتنع معه أظهارها .

والصورية بذلك نوعان :

١- صورية مطلقة : متى تناولت وجود التصرف ذاته ، فيكون الظاهر لا وجود له في حقيقة الواقع .

٢- صورية نسبية : إذا كانت لا تمس وجود التصرف ذاته وانما تتناول : إما نوع التصرف أو طبيعته فتكون صورية بطريق التستر .

وإما تتناول ركناً فيه أو شرطاً من شروطه فتكون صورية بطريق المضادة .

وإما تتناول شخصية أحد المتعاقدين بقصد إخفائها تحت إسم شخص آخر يظهر في العقد فتكون صورية بطريق التسخير .

ب- الصورية لا تقتصر على العقود فقط وإنما تشمل الأعمال القانونية كافة عقداً كان أم إرادة منفردة ، سوى حالات هي بمنأى عن الصورية كالنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتاق ، والشركات ، والتصرفات العقارية المسجلة .

ج- وان لازم قيام الصورية أن تتوافر شروطها وهي :

١- وجود عملان قانونيان ، يتحد فيهما الطرفان ، والموضوع ، والسبب .

٢- اتجاه ارادة طرفا العمل القانوني إلى إخفاء تصرف حقيقي جدي .

٣- مع ارادة الطرفين إبقاء التصرف الحقيقي مستوراً بتصرف آخر يغايره في جميع نواحيه ، أو في بعضها .

٤- أن لايتضمن العمل القانوني الصوري ما يفيد وجود عمل قانوني حقيقي مخالف له .

٥- إختلاف العملين القانونيين من حيث التكييف القانوني (الماهية) أو من حيث الأركان أو الشروط أو الاشخاص .

٦- تعاصر التصرف الحقيقي والتصرف الصوري .

ثانياً- وفي المبحث الثاني جعلنا آثار الصورية تحت مجهر البحث والتحقيق فوجدنا :

أ- أن الصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان التصرف ، بالنسبة للمتعاقدين وللغير أيضاً ، بل أن التصرف المستتر ينتج آثاره بين طرفيه مالم تكن الارادة الحقيقة غير مشروعة ،أو كان محل التصرف أو سببه غير مشروع ، فيبطل التصرف لعدم المشروعية .

وكذلك الحكم في التصرف الصوري بالنسبة للغير .

ب-على المتعاقدين ، وخلفهما العام ، اثبات الصورية وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، الاّ اذا وجد احتيال على القانون ، أو غش ، أو تدليس ، فيجوز للمتعاقد الذي حصل الغش أو التدليس ضده اثبات خلاف الدليل الكتابي بالبينة الشخصية والقرائن .

أما بالنسبة للغير الذي لم يكن طرفاً في التصرف ، ولم يعلم بوجود التصرف الحقيقي ، وإنما وجد مظهراً ظاهراً فأطمأن اليه وبنى تعامله عل اساسه مما يقتضي ذلك حمايته ، ولاجل ذلك ، قرر له المشرع جواز اثبات الصورية بأدلة الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن .

ج- للغير أن يتمسك بالتصرف الصوري أو التصرف الحقيقي المستور حسب ما تتحقق مصلحته في ذلك .

واذا تعارضت مصلحة الاغيار فتمسك بعضهم بالتصرف الظاهر الصوري وتمسك الآخرون بالتصرف الحقيقي الخفي ، كانت الافضلية للأولين .

د- وإذا طعن من له الحق في ذلك بالصورية وصدر حكم المحكمة إستفاد منه كل

الدائنين

الاخرين ، وان لم يكونوا طرفاً فيها أو تدخلوا فيها .

هـ- وفي تقادم دعوى الصورية فان المشرع لم يعالجه بنصوص خاصة كما فعل في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، فأفضى ذلك الى خلاف فقهي وقضائي الى رأيين :-

الاول : قال بأن دعوى الصورية تتقادم بمض خمس عشرة سنة .

والثاني : أنها لاتتقادم ولا تسقط بمض المدة .

وقد رجحنا الرأي القائل بسقوطها بالتقادم لاسباب وحجج أوردناها في مظانها .

وبنعمت الله تتم الصالحات ، والله مبتغانا ومقصدنا .

((فهرست المصادر والمراجع))

أولاً - المؤلفات :

١- إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز / القسم المدني / ط١ ، مطبعة العمال المركزية ببغداد ١٩٨٨ .

٢- إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز / قسم الاثبات / ط١ مطبعة الجاحظ ببغداد ١٩٩٤ .

٣- إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز / قسم قانون المرافعات/ ط١، مطبعة الجاحظ ببغداد ١٩٩٠ .

٤- آدم وهيب - المرافعات المدنية , ط ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م .

٥- ادوارد عيد - قواعد الاثبات في القضايا المدنية . ط القاهرة ١٩٥٧ .

٦- أحمد عبدالرزاق السنهوري - النظرية العامة للإلتزام . نظرية العقد , الناشر دار الفكر للطباعة والنشر- مصر ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م .

٧- أحمد عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح قانون المدني - ج٢ في نظرية الالتزام بوجه عام . الاثبات وآثار الالتزام . ط٢. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية. ٢٠٠٤ . وكذلك ج٢ ط٢ من منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - ١٩٨٠ .

٨- أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري . ط القاهرة ١٩٥٧ .

٩- أحمد نشأت - رسالة الاثبات , ج١ ط٧ . الناشر دار الفكر العربي . القاهرة ١٩٧٢ .

١٠- أحمد أبو الوفا - تأريخ النظم القانونية وتطورها , الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان - ١٩٨٤ .

١١- أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - ط ١٩٤٥ .

١٢- إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام , أحكام الإلتزام ، المطبعة العالمية بالقاهرة - مصر ١٩٥٦ .

١٣- أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج٢ في أحكام الالتزام ، ط ١٩٥٥ .

١٤- أنور العمروسي - الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه و أحكام القضاء - دار الفكر الجامعي بالاسكندرية - مصر ٢٠٠٢ .

١٥- جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيّو - المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره - ط١ ، ترجمه من الفرنسية الاستاذ منصور القاضي ، راجعه د.فيصل كلثوم ، الناشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع في بيروت - لبنان - ٢٠٠٠م - ١٤٢٠هـ .

١٦- جميل الشرقاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة ١٩٥٧ .

١٧- جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام . ط ١٩٨٣ .

١٨- حسين النوري - دراسة موجزة في الإلتزام . أحكام الإلتزام . ط١٩٧٤.

١٩- حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للإلتزام-ج٢ في أحكام الإلتزام. ط ١٩٩٦ .

٢٠- خالد الشاوى - شرح قانون الشركات التجارية العراقي . مطبعة الشعب ببغداد ١٩٦٨.

٢١- سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني .ج٢ في الإلتزامات م٤ في أحكام الإلتزام ط٢. القاهرة ١٩٩٢ .

٢٢- سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني.ج٣ م١ في عقد البيع ط ١٩٩٠.

٢٣- سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني ج١٣ في أصول الإثبات.الأدلة المقيدة ط٤ . ١٩٩٨.
٢٤- سعيد جبير – أحكام الإلتزام . ط ١٩٩٧.
٢٥- سمير كامل – الأحكام العامة للإلتزام.ط١ ١٩٨٨.
٢٦- صلاح الدين الناهي – الوجز الوافي . مصادر الحقوق الشخصية/مصادر الإلتزام / المصادر الإرادية/ مطبعة البيت العربي . الأردن – عمان – ١٩٨٤.

٢٧- عاطف محمد كامل – الغير في القانون المدني المصري. رسالة دكتوراة مقدمة إلى جامعة الأسكندرية .ط ١٩٧٦.
٢٨- عبد الحي حجازي – النظرية العامة للإلتزام. ج٣ في أحكام الإلتزام. ط١٩٥٤.
٢٩- عبد المنعم حسن – الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، ط ١٩٩١.
٣٠- عبد المنعم الشرقاوي – نظرية المصلحة في الدعوى. رسالة دكتوراة. القاهرة ١٩٤٧.
٣١- عبد السلام علي المزوغي – النظرية العامة لعلم القانون.الكتاب الثالث.ج٤ في أحكام الإلتزام. ط١. ١٩٩٣.
٣٢- عبد المجيد الحكيم ، وعبد الباقي البكري وزهير البشر – شرح القانون المدني ج٢ في أحكام الإلتزام . ط ١٩٨٠
٣٣- عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للإلتزامات . القسم الثاني في أحكام الإلتزام. ط ١٩٩٤.
٣٤- عبد المنعم فرج الصدة – الإثبات في المواد المدنية . ط ١٩٥٤.
٣٥- عبد الرزاق حسن فرج – النظرية العامة للإلتزام. الكتاب الثاني في أحكام الإلتزام ط١ ١٩٨٥.
٣٦- فتحي عبد الرحيم عبد الله – دروس في أحكام الإلتزام. ط١٩٧٧.
٣٧- محمد نصر الدين زغلول – الإرادة في العمل القانوني وعيوبها. ط١. بلا سنة الطبع.
٣٨- محمد علي البدوي الأزهري – النظرية العامة للإلتزام. ج٢ في أحكام الإلتزام. ط١. ٢٠٠٥.
٣٩- محمدين عبد القادر – الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين. رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة القاهرة. ١٩٩٥ غير مطبوعة.
٤٠- محمد شكرى سرور – موجز الأحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري . ط١٩٩٥.
٤١- محمد عبداللطيف – قانون الاثبات في المواد المدنية . ج١ ط ١٩٧٠ .
٤٢- محمد حسام محمود لطفي – النظرية العامة للإلتزام – احكام الالتزام . القاهرة ٢٠٠٥ .
٤٣- محمود جمال الدين زكي – الوجيز في النظرية العامة للألتزامات ط ١٩٧٨ .
٤٤- محمود عبدالرحمن محمد – النظرية العامة للألتزامات – ج٢ في أحكام الألتزامات ط١ . ١٩٩٩ .
٤٥- مصطفى الجمال وجلال العدوى – أصول المعاملات – بلا سنة الطبع .
٤٦- مصطفى الجمال وحمدي عبدالرحمن – دروس في القانون – لطلبة كلية التجارة . الناشر الدار المصرية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان . ١٩٧١ .
٤٧- مصطفى الجمال – أحكام الألتزام . ط ٢٠٠٠ .
٤٨- محمد طه البشر وهاشم الحافظ – القانون الروماني . الاموال والإلتزام . طبع على نفقة جامعة بغداد ١٩٨٠ .
٤٩- منصور على ناصف – التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) ج٢ ط٤ . دار التربية للطباعة والنشر والتوزيع . ١٣٩٥ هـ – ١٩٧٥ م .

ثانيا – الدوريات والمجلات القضائية :

٥٠- قضاء محكمة التميز – المجلدات : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٩
٥١- النشرة القضائية لمحكمة التمييز : س١ ع٢ ، س٢ ع١ ، س٢ ع٢ ، س٢ ع٣ ، س٢ ع٤ ، س٣ ع١ ، س٣ ع٢ ، س٣ ع٣ ، س٤ ع١ ، س٤ ع٣ ، س٥ ع١ .
٥٢- مجموعة الأحكام العدلية ، س١٩٨٠ ع٤ ، س٦ ع٣ ، س٧ ع٢ ، س٧ ع٣ ، س٨ ع١ ، س٩ ع٤ ، س١٩٨١ ع١ ، س١٣ ع١ ١٩٨٢.
٥٣- مجموعة أحكام النقض المصرية وهي مجموعة الاحكام الصادرة من الجمعية العمومية أو الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ، ومن دائرة الأحوال الشخصية التي تصدر عن المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية للسنوات :
س١ ، س٣ ، س٦ ، س٧، س١٠ ، س١٢ ، س١٣ ، س١٥ ، س١٦ ، س١٧ ، س١٨ ، س١٩ ، س٢٠ ، س٢١ ، س٢٢ ، س٢٣ ، س٢٤ ، س٢٥ ، س٢٦ ، س٢٧ ، س٢٨ ، س٢٩ ، س٣١ ، س٣٥ ، س٣٦ ، س٤٣ ، س٤٤ ، س٤٥ ، س٤٦ ، س٤٧ ، س٥٠ ، س٥١ ، س٥٢ ، س٥٣ ، س٥٥، س٥٦، س٥٨ ، س٥٩، س٦١، ٦٦.

٥٤- مجموعة أحكام النقض المصرية في خمسين عاما ج١ م١ ع٤ س ١٩٨١ ، ع٣ س١٩٨٢ .
٥٥- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في مدى خمسة وعشرين عاماً والتي صدرت عن الجمعية العمومية والدائرة المدنية التي أصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية للسنوات (١٠ ، ١٦ ، ١٨ ، ١٩ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٥٢ ، ٥٦ ، ٦٤) .
٥٦- مجموعة الاحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجزائية ومن الدائرة الجزائية في مصر ، التي تصدر عن المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية س١٨ .
٥٧- مجلة المحكمة الليبية العليا، من إصدارات المكتب الفني للسنوات (س٢٠ ع٤ ، س٢٣ ع١-٢_ ع٣-٤ ، س٢٩ ع١-٢) .

ثالثاً – التشريعات :
٥٨- التقنين المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٥٩- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٦٠- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٦١- قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .
٦٢- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
٦٣- التقنين المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٦٤- التقنين المدني الليبي لسنة ١٩٥٤ .
٦٥- قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

Simulation intention and it's effectiveness in legal conduct

"Analytical and Comparative research"

The simulation is an agreement for finding a false appearance openly , the outcome of false simulation intention for the purpose of hiding a certain truth or for hiding a serious true a intention for a special reason .
This will be either unlimited simulation or it could be relativity the last one has many sections or part .
The Iraqi civil law has found solution for simulation in Article No. 147-149, it has made the hidden legal work to be in force among the contractors mean while making the obvious to be in force and valid pursuant to others , in case if the legal conduct has come up on in real property , it is not allowed to be contested by simulation

ویستی کارتونی وکاریگەریتی لە جێبە جێ کاری یە یاسایی یە کاندا
((لێکولینەوەیەکی شیکاری بەراورد کار))

کارتونی (Simulation) ڕیککە وتنێکە بۆدوزینەوەی ڕوالەتێکی درۆزنەی ئاشکرا وەك بەرهەمێك بۆ ویستی کارتونی نارێك لە پێناوشاردنەوەی ڕاستی یەکی دیاری کراو یاخود بۆ شاردنوەی ویستیکی ڕاستی ڕێکوپێك بۆ هەر هۆیەك بێت .
ئەویش یان ئەوەتا ویستیکی پەتی بێت , یاخود ڕێژەی یە .
ئەمەی دوایش جەنڵ بەشیکی هەیە .

یاسی شارستانی چارەسەری کارتونیتی کردووە لە ماددەی ١٤٧_١٤٩ بەکردنی کاری یاسایی پەنهانی بە ڕێکراوبێت لە نێوان ئەوانەی کە گرێ بەست دەکەن , لە کاتێکا وای کردووە کە گرێ بەست دەکەن , لە کاتێکا وای کردووە کە گرێ بەست ڕووکەش بەڕێکراوە سەبارەت بە کسانی تر , بەڵام ئەگەر چێبە جێکردنی یاسایی کرا لە سەر خاوەندارێتی یەك , ئەوا ناکر جت تانەی لێ بدرێت کە کاتونی یە .