

الصورية وورقة الضد في العقود المدنية

دكتور
أحمد عبد الحميد أمين

مقدمة:-

يعتبر العقد الصوري من الإشكاليات التي يتناولها الفقه بالشرح والتعليق عند استعراضه لإحكام الالتزام في القانون المدني المصري في معرض بيانه لوسائل الحفاظ على الضمان العام للدائنين ، حيث تعتبر دعوى الصورية إحدى الوسائل التي يلجأ إليها الدائن للحفاظ على الضمان العام لمدينه (1). وقد وردت النصوص الحاكمة لمشكلة الصورية بالمادتين أرقام (244، 245) من القانون المدني، وقد وردت هذه النصوص في فصل خاص تحت عنوان : " ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان ". وهذا يعني أن الغاية من إيراد هذه النصوص- وكما أوضحت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني- هو ضمان عدم الإضرار بحقوق الدائنين

أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 131-2016 المادتين 1201 و1202 وهما مطابقتان في مضمونهما لمضمون المادتين 1321 و 1-1321 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتتين تناولتا الصورية إلا أنهما بصياغة أوضح، مع الأخذ بعين الاعتبار توجه المحاكم، ولا سيما فيما يخص سريان «ورقة ضد» على الغير. حيث اعتبرت المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي المعدل أنه إذا أبرم المتعاقدان عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً هذا الأخير يسمى «ورقة ضد»، وينتج آثاره بين المتعاقدين؛ وهو لا يسري على الغير، علماً أن الغير يستطيع التمسك به (2)

أما المادة 1202 من القانون ذاته فهي تؤكد على بطلان العقد الذي يخفي ثمناً حقيقياً في حالات عديدة. فهي تنص على أنه يعتبر باطلاً أيضاً أي عقد يخفي جزءاً من الثمن عندما يكون محله بيعاً عقارياً، أو حوالة محل تجاري أو زبائن، أو حوالة حق الإيجار، أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتناول كل أو جزء من عقار (3)

(1)جونى عيسى الياس- الصورية – مقوماتها وأثارها – رسالة ماجستير في القانون الخاص –كلية الدراسات القانونية والفقهية – جامعة آل البيت – 1998- ص 70

Arnaud-Grossi I. et Mestre J., Les piliers du droit des sociétés pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ?, RLDA 2008/24, no 1425
M.Lombard , La respabilité' du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972,R.D . public,1975, p.58

-Beudant et Lerebourg - Pigeonniere : cours de droit civil francais, T.g par Rodiere. Posté sur le site Juris-Classeur- p12

(2) بعد غياب وجمود طويلين عمد المشرع الفرنسي إلى تعديل المقننات القانونية للقانون المدني الفرنسي. هذا الأخير الذي يعتبر على رأس القوانين في المجال الخاص «Droit privé» كما ان أهميته تبرز من خلال كونه أوسع من القوانين العربية لأنه يتناول مواد الأحوال الشخصية و الميراث فضلاً عن العقود والالتزامات و الإثبات و غيرها من المواضيع. والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أكتوبر 2016 بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016. و استهدفت التعديلات حوالي 350 مادة و ذلك في سبيل تكريس الأمن القانوني و تطويره و كذا تبسيط القانون و إجراءاته في مجال العدالة و المعاملات الداخلية و كذلك القانون رقم 287 لسنة 2018.

A'rticle 1201 de code civil réformé dispose que:"Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir".

(3)**A'rticle 1202 (al. 2)de code civil réformé dispose que:**"Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle"

See on the reform e.g., **G. Chantepie and M. Latina (eds.)**, La reforme du droit des obligations (Daloz, 2016);p22

A. Bénabent and L. Aynes, 'Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu general', RecueilDaloz(2016), p. 434

H. Barbier, 'Les grandsmouvements du droit commun des contratsapresl'ordonnance du 10 Février 2016', Revue trimestrielle de droit civil (2016), p. 247;

B. Fauvarque-Cosson, 'Towards an important reform of the French Civil Code', Montesquieu Law Review (2015), p. 67

P. Catala, Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (La Documentation française, 2006).p12

ولمّا كان ذلك ، فلا يُقبل ممّن لم يكن دائن رفع الدّعى، ومِن ثَمَّ الحُكم بالصُّورية، فالصِّفة والمصلحة، هما حدًّا الصُّوريّة. بل هُما حدًّا لقبول أي دعوى قضائيّة، ومنها دعوى الصُّوريّة، سواء كانت صورية مُطلقة أو نسبيّة (4). ويرى فقهاء القانون أن بداية ظهور الصورية في التصرفات في القوانين القديمة وعلى الأخص في القانون الروماني (5) وأن العوامل الاجتماعية هي التي أدت إلى ظهور هذه الصورية القانونية في القانون الروماني حيث كانت الشكليات المادية هي السائدة وجاءت هذه الشكليات بفعل القوانين الطبيعية ونتيجة لولع الأقدمين بتجسيد المعنويات وإعطائها كياناً يدرك بالرؤيا أو بالسمع ، وكانت الشكلية وسيلتهم في ذلك ، وكانت تتم بالصورة التي حددها قانون الألواح الاثني عشر ولكن تحت ضغط الحاجة ظهرت التصرفات القانونية التي تصب في قالب وصور مختلفة من الشكلية المادية ، وهنا ظهرت الصورية القانونية نتيجة لهذه الشكلية الرمزية ، وتحت ضغط الحاجة والتطورات الاجتماعية والاقتصادية كانت الصورية القانونية من عمل القانون وافتراضاته.(6)

وقد استخدمت الصورية في القانون الروماني في أغراض شتى فظهرت الصورية في دائرة التصرفات الناقلة للملكية، وفي دائرة الحقوق والالتزامات الشخصية مثل الإشهار كوسيلة لنقل الملكية حيث سمح في استعماله لتوسيع دائرة التصرفات القانونية ، ولذلك وجدت التصرفات الظاهرة وأصبح الإشهار ستاراً وطريقاً غير مباشر لتصرفات قانونية مختلفة . فلم يكن المتعاقدان يقصدان عقد البيع الظاهري الصوري بل كانا يقصدان العقد المستتر الحقيقي ، ومع ذلك استمر الرومان يقولون أن الشيء قد انتقلت ملكيته عن طريق السبيكة والميزان

وقد استعملت دعوى الصورية أيضاً في القانون الروماني كوسيلة لتوسيع دائرة التصرفات القانونية ومن أمثلتها : استخدام الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية من شخص إلى آخر ، فترفع في صورة دعوى استرداد فإذا أراد الشخص أن يكتسب شيئاً من آخر على سبيل البيع أو الهبة مثلاً تنفيذاً لاتفاق سابق يرفع دعوى الملكية أي الاسترداد على البائع أو الواهب أمام القضاء ، وفي خلال الجلسة الأولى من الدعوى يحضر الطرفان أمام المحكمة ويقرر المكتسب بأنه مالك للشيء المراد نقل ملكيته إليه طبقاً لأحكام القانون المدني ثم يسأل "البريتور" الناقل إذا كان لديه وجه اعتراض فإذا سكت أو أجاب سلباً حكم القاضي بإلحاق الشيء لملكية المكتسب .

- ظهور الصورية في فرنسا :-

وظهرت الصورية القانونية أيضاً أسوة بالقانون الروماني القديم لأن الشكلية المادية كانت سائدة فلم يكن لمذهب سلطان الإرادة مجال في هذا القانون ومن أمثلة الشكلية في التعاقد ضرورة التفوه بالألفاظ معينة مع إمساك عصا ونظراً لتطور الحياة الاجتماعية ، وضغط الحاجة ظهرت الصورية القانونية في القانون الفرنسي القديم ومن أمثلتها . استخدام - أي الحيل القانونية - في إنشاء نظام يشبه نظام التبنّي كان الفرض منه إقامة وارث بطريق العقد إذ ينقل المتبنّي إلى وارثه في المستقبل جميع أمواله

N. Rontchevsky, 'Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats', ActualitejuridiqueContratsd'affaires, Concurrence, Distribution(2016), p.112.

F. Terré, Pour unereforme du droit des contrats (Daloz, 2009).p3

E.M. Meijers, 'La réforme du Code Civil Néerlandais', in E.M. Meijers,

VerzameldePrivaatrechtelijkeOpstellendeel 1 (UniversitairePers Leiden, 1954), p. 161.

D. Mazeaud, 'La réforme du droit français des contrats', Revue JuridiqueThemis (2010), p. 243

<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1023263X1602300607?journalCode=maa>

(4)الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون المرافعات تنص على أنه: " لا تُقبل أي دعوى كما، كما لا يُقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون، أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يُقرّها القانون"

(5) - رأفت محمد احمد حماد-مشروعية الصورية في القانون المدني المصري " دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي "- بدون دار أو سنة نشر- ص 15 - السيد عبدالوهاب عرفه - الدفع بالصورية في ضوء أحكام النقص- دار أبو المجد للنشر والتوزيع - بدون سنة طبع - ص 5 وما بعدها -

محمد عزمي البكري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء - دار محمود للنشر - طبعة 2017- ص24

- A.ABD EL Razek, L'indemnisation des personnes poursuivies ou condamnées a tort, th.paris1, 1992-p77

(6) - احمد مرزوق- نظرية الصورية في التشريع المصري - مطبعة نهضة مصر- طبعة 1975 - 15

أمام شهود وبمقتضى عقد رسمي ، ويسلمها إليه على أن يلتزم المتبني برد ما استلمه إلى المتبني في خلال اثني عشر شهراً أي أن هذا التسليم كان صورياً وأن الغرض من كل ذلك ليس نقل الملكية ولكن كان الغرض التبني وإقامة وارث بالعقد . (7)

وكانت الصورية تعتبر غير مشروعة إذا كان الغرض منها الغش والإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو القانون . حيث أن المبدأ السائد في القانون الفرنسي أن الصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان العقد وأن العقد المستتر يعتبر صحيحاً منتجاً لكل آثاره القانونية بين المتعاقدين ما دام لم يكن هناك غش نحو القانون حيث حرم القانون القرض بفائدة كما كان الحال في القانون الروماني ، وقد أقر القضاء الفرنسي صراحة حالات الصورية باعتبارها صورية مشروعة منها : البيع بطريق المزاد الاختياري والتقريب بالشراء عن الغير .

- ظهور الصورية في مصر :

فقد نقلها عن القانون الفرنسي -المصدر التاريخي للقانون المدني المصري - فنص عليها في مواضع مختلفة حيث لا توجد لها في التقنين المدني المصري نظرية عامة، ولم يخصص لها باباً خاصاً يجمع شتات أحكامها. فنص عليها في المادتين 244 ، 245 مدني مصري في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ و وسائل الضمان في الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة لذمة المدين. حيث تقوم العقود كأصل عام على مبدأ الرضائية ، والذي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف العقد على إحداث نتيجة معينة ، وهذه العقود قد تكون مكتوبة : كما هو الحال عند إبرام عقد بيع ، أو عقد إيجار لمنزل، وقد تكون شفاهة : كما هو الحال عند شراء كتاب، أو فنان من القهوة، ويترتب على ذلك أنه يجب على كل فرد احترام الالتزامات الملقاة على عاتقه وتنفيذها. (8) إلا أن المتعاقدين قد يلجئان إلى الصورية من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب، الهدف منه قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع حسب الباعث على الصورية. ممّا يعني أننا نكون أمام عقدين أحدهم صوري ظاهر، و الآخر حقيقي مستتر.

وهذا يجعلنا نواجه عدّة مشاكل، وخاصة إذا لم يكن العقد الحقيقي قد حرّر خطياً، وذلك لأنه كمبدأ عام لا يجوز إثبات صورية العقد الظاهر من قبل المتعاقدين إلا بالكتابة، أمّا الغير فإنه يجوز له إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات(9). كذلك الأمر إذا قام أحد الأطراف بإجراء أي تصرف مبني على العقد الصوري، فإنّ مصير هذا التصرف يبقى غير مستقر، إلا أن المشرّع قد رسم طريقاً من أجل الحفاظ على حقوق المتعاقدين، والحفاظ على حقوق الغير، وذلك من خلال اللجوء إلى الدعوى الصورية والتي يستطيع كل صاحب مصلحة رفعها من أجل حماية حقوقه.

ويثور التساؤل: أليست الصورية غشاً، والغش يفسد جميع التصرفات؟

حقيقة الحال أنّ الصورية والغش يشتركان في أن أساس كل منهما الخديعة، حيث يُخفي كلاهما- ونعني الصورية والغش- أمراً تحت ستار ظاهر خادع، ولكن الصورية ليست غشاً بالمعنى القانوني الدقيق، فالغش بطبيعته يقع على أحد العاقدين من العاقد الآخر، أو طرف ثالث، ولكن الصورية: تقع وتتم باتفاق الطرفين على ثالث ليس طرفاً في العقد، كما أن القصد من الغش: هو الحصول على قبول أحد العاقدين بطريقة الخديعة، أمّا في الصورية: يتعاقد العاقدان وهما على علم تام بما يضرانه للغير،

(7) - رأفت محمد احمد حماد- مرجع سابق - ص 16 و ص 18- ويشير في هامش 3 لمراجعة على بدوى - مبادئ القانون الروماني - ص 122 و 113 - عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 5 ، دار الفكر والقانون 1999- ص 253

(8) - عرفات نواف فهمي - الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة " - رسالة ماجستير في القانون الخاص- كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح بفلسطين - سنة 2010- ص 1 وما بعدها منشور على رابط/ <http://scholar.najah.edu.11/03>

-G Marty et P. Raynaud: Droit civil, Paris 1962, T.II, Vol. I -P71 8

- Mazeaud : Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle. T.I, 6ed. 1965 par B.L.Mazeaud et A.p31

(9) (حيث تنص المادة 244 من القانون المدني المصري على أنه (1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.2- وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.)

كما أن العُش: سبب مباشر لفساد الرّضاء وبطلان العقد بشروط خاصّة، بينما الصُّوريّة: ليست في ذاتها سبباً للبطلان، هي تُخفي البطلان وتتنسّر عليه (10).

ويثور تساؤل آخر: كيف يكون عقد البيع صورياً؟

عرّفت المادة رقم (418) من القانون المدني " عقد البيع " بالنّصّ على أنّ: " البيع: عقد يلتزم به البائع، بأن ينقل للمشتري ملكيّة شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي ".
فلبيع اصطلاحاً مفهوم محدّد: هو مبادلة سلعة بثمن، فالحديث عن البيع يقتضى الحديث عن الثّمن الذي دفع لهذا الشيء، أيّاً كانت طبيعة الشيء المبيع " منقول- عقار " وقد عرّف القانون المدني " عقد البيع " - مادة رقم (418) - : عقد يلتزم به البائع، بأن ينقل للمشتري ملكيّة شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي ". فعقد البيع يكون صورياً صوريّة مطلقاً إذا لم يكن هناك بيع من الأساس، بناءً عليه أيضاً؛ يكون عقد البيع صورياً صوريّة نسبياً، إذا حصل بيع فعلاً، لكن التحايل قائم بخصوص ركن من أركان عقد البيع، أو أحد شروطه كما لو كان الثّمن غير حقيقي.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذه الدّراسة في كثرة العقود الصورية التي تُبرم يومياً، وتعدد المشكلات القانونية التي تنشأ عنها بين المتعاقدين أنفسهم، أو بين أحد المتعاقدين والغير، أو بين الغير، وذلك نتيجة لوجود عقدين أحدهم صوري ظاهر للغير، و الآخر حقيقي مستتر عن الغير، وكلاهما يترتب آثاراً قانونية يجب علينا بيانها، كما تكمن أهمية هذه الدّراسة في البحث عن الأحكام القضائية التي تتعلّق بالصُّورية، وفي بيان وجهات النظر الفقهية المختلفة المتعلّقة بالصورية.

إشكالية الدّراسة:

تحاول هذه الدّراسة تسليط الضوء على عدّة إشكاليات متعلّقة بالصورية، من أهمّها عدم وجود تنظيم قانوني يبيّن أحكام الصورية بشكل دقيق وواضح، حيث لم نجد أن أحكام الصورية قد عولجت بشكل جامع مانع، ممّا دفع الفقهاء إلى الاجتهاد و جعل كثيراً من قواعد غامضة، ممّا يهدّد استقرار المعاملات. كما أن الصورية تثير العديد من الإشكاليات التي ستركّز عليها هذه الدّراسة منها:-
مشروعية الهدف من الصورية أو عدم مشروعيتها، وكذلك إثبات الصورية، وتقديم دعوها. وما شروطها، وما أهدافها، وما الآثار التي تترتب عليها.

- أهداف البحث:

تهدف هذه الدّراسة إلى البحث المتعمّق في موضوع الصورية، وذلك من أجل التعرّف على ماهية الصورية وأسباب اللجوء إليها، كذلك فإنّ هذه الدّراسة تهدف إلى معرفة الأسس التي تقوم عليها الصُّورية، ومعرفة الشروط التي يجب أن تتوفّر فيها، كذلك بيان مشروعية أهداف الصورية أو عدم مشروعيتها، وبيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الصُّورية وبعض المصطلحات المشابهة، كما تهدف إلى بيان الآثار القانونية التي تترتب على الصُّورية بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، كذلك بيان الدعوى الصورية وبيان أهميّتها، وأخيراً الخروج من هذه الدّراسة بتوصيات نتجنّب من خلالها التقصير في معالجة الموضوع.

منهجية البحث:

اقتضت الضرورة العلمية اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن في إعداد هذه الدّراسة، وذلك من خلال بيان النصوص القانونية التي تعالج موضوع الصورية وتحليلها، وكذلك اللجوء إلى الأحكام القضائية لبيان مفهوم الصورية وبيان شروطها وأحكامها، وكذلك بيان وجهات النظر الفقهية المختلفة حول موضوع الصورية.

الصُّعوبات التي تواجه البحث:

لقد واجهتني في إعداد هذا البحث عدة عقبات أهمها:

- *- صعوبة الوصول إلى الأحكام القضائية المختصّة بموضوع الصورية وخاصة الفرنسية .
- *- قلة المراجع القانونية التي تُنظّم أحكام الصورية بشكل كامل، لأنّ معظمها يركّز على الدعوى الصورية فقط كإحدى وسائل الضمان العام للدائنين.

خطة الدّراسة:

سنقوم بدراسة موضوع الصورية في فصلين:
نخصص الأول: لدراسة مقومات صورية العقود المدنية
المبحث الأول
مفهوم الصورية وتميزها عما قد يتداخل معها من أوضاع قانونية
المبحث الثاني
أنواع ونطاق الصورية وشروط توافرها في التعاقد
ونخصص الثاني: لدراسة آثار صورية العقود المدنية
المبحث الأول
آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام
المبحث الثاني
آثار الصورية بالنسبة للغير
المبحث الثالث
ورقة الضد

الفصل الأول

مقومات صورية العقود المدنية

تقسيم:-

لا بد لكل مفهوم قانوني من مقومات يستند إليها ويقوم عليها ويعرف بها تحدد مداه ومفهومه وتفرقه عما يشته به من مفاهيم قانونية أخرى وتبين أنواعه وشروطه ونطاقه .
لهذا نحاول في هذا الفصل - قبل التعرض لأحكام الصورية في القانون المدني المصري(11) وبيان مدى كفايتها لمواجهة المشكلات القانونية الناتجة عنها- بحث مقومات توافرها في العقود المدنية من خلال مبحثين :-

(11) أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار محمود، طبعة 2004م. ص 11

المبحث الأول
مفهوم الصورية وتميزها عما قد يتداخل معها من أوضاع قانونية
المطلب الأول
مفهوم الصورية والهدف منها
المطلب الثاني
تميز الصورية عما قد يتداخل معها من أوضاع قانونية
الفرع الأول: الصورية والوضع الظاهر والتحايل على القانون
الفرع الثاني: تمييز الصورية عن التزوير
الفرع الثالث: تمييز الصورية عن عيوب الرضا
الفرع الرابع: الصورية و الاتفاق الإضافي والتحفظ الذهني
الفرع الخامس: الصورية والتعاقد من الباطن
الفرع السادس: التمييز بين الصورية والخطأ في تكييف العقد
المبحث الثاني
أنواع ونطاق الصورية وشروط توافرها في التعاقد

المبحث الأول مفهوم الصورية وتميزها عما قد يتداخل معها من أوضاع قانونية

تقسيم:-

نحاول أن نضع مفهوما لصورية التعاقد المدني في هذا المبحث وهو ما يتطلب تميزها عما قد يتداخل معها من أوضاع قانونية أخرى وعلية نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

مفهوم الصورية والهدف منها

أولاً- تعريف الصورية في الفقه الإسلامي:

الصورية (الحيل) في اللغة "تصورت الشيء مثلت صورته وشكله في النص " وقد تطلق الصورية ويراد لها الصفة كقولهم صورة الأمر كذا أي صفته ومنه قولهم صورة المسألة كذا أي صفتها . والصورية بمعنى الشكل : إعطاء الأمر شكلاً يوافق الصحة والحقيقة وهو ليس كذلك

عبد الحميد الشواربي، موسوعة شرح القانون المدني- شرح نصوص المواد (244، 245)، طبعة 2010م. ص2

محمد مسعود، الصورية وإشكالات التعامل معها، دار النهضة العربية، 2010م، ص 11 وما بعدها.

إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام - دار النهضة. ص 197

أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1 الطبعة الخامسة، النهضة العربية 1969م، ص 5

وهو ما يتفق مع معنى " الحيلة" في الفقه الاسلامي والتي تعنى لغة:- (الحذق في تدبير الأمور وهو تقليب الفكر حتى يهدى إلى المقصود واصلها الواو واحتال طلب الحيلة وكل حيلة يحتال بها الرجل لإبطال حق الغير أو لإدخال شبهه فهي مكروهة يعنى تحريماً)⁽¹²⁾
ومما سبق نجد أن الصورية والحيل يشتركان في إعطاء ما ظاهره الصحة والسلامة
ومن هنا جاء الربط بين الصورية والحيلة فكليهما أمر حيلي وصوري واحد.

الأمر الذي يتطلب المقارنة بين الصورية في القانون المدني والحيل التي تنصب على التصرفات دون الوقائع في الفقه الإسلامي فالحيل في الفقه الإسلامي في هذا الجانب تقابل الصورية في القانون المدني المصري مع اختلاف المسميات فقط. فالحيل أشمل وأعم - في التصرفات وفي الوقائع - أما الصورية في القانون المدني تنصب على التصرفات.

أما الصورية اصطلاحاً: فهي (اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني) فالصورية يلجأ إليها المتعاقدين عادة لإخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه بسبب قام عندهم، ومهما كان الشكل الذي تتخذه الصورية فهي "تشمل على وجود اتفاق خفي، يزدوج بالاتفاق الظاهر، ليعود أو يغير أو ينقل آثاره" (13) أي هي الاتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانوني كاذب
و رغم معرفة الفقه الإسلامي للصورية، إلا أنه لم يضع لها قاعدة عامة، أو تعريفاً جامعاً يضم جميع حالات الصورية ، ولكن توجد مجموعة نصوص شرعية واجتهادات فقهية متناثرة ، تدور حول فكرة الضمان العام للدائنين و موضوعات أخرى، وعليه نعرض بعض المصطلحات الفقهية التي تُجسّد بطريقة أو بأخرى حالة الصورية.

1- الحيل الشرعية: الحيل جمع حيلة، ومعناها: القدرة على التصرف. تنقسم الحيل الشرعية إلى قسمين: حيل شرعية مباحة ، وحيل محرمة.

أ- الحيل الشرعية المباحة تعنى: " هي التصرف المشروع الذي يقصد به التوصل إلي منفعة مشروعة ، أو دفع ضرر واقع ، أو متوقع من غير أن يترتب على ذلك قلب لحكم شرعي. أو تسمى بالمخارج ، لأنه يقصد بها الخروج من ضيق في المعاملات"(14). ومثال ذلك: أن يوجّر شخص داره ويخشى غيبة المستأجر، أو مماطلته فيحتال لحماية حقه، بأن يشترط عليها كفالة فلان الغنى لما يستحق على المستأجر، ويقبل الكفيل، كذلك المرأة التي تخشى أن يتزوج زوجها عليها ، فتشترط في العقد أنه إذا تزوج عليها فأمرها بيدها، ويعنى ذلك؛ أن التوكيل بالطلاق عُلق على شرط.

ب- الحيل الشرعية المحرمة: وهي الحيل التي تتخذ للتوصل بها إلى محرّم ، أو إلى إبطال الحقوق أو إدخال الشبهة فيه. وهي الحيل التي تهدم أصلاً شرعياً أو تناقض مصلحة شرعية وهما يكون التصرف مشروعاً من حيث الوسيلة التي يستخدمها المتعاقدان، إلا أن القصد من التصرف يكون غير مشروع ، ومثال ذلك: لو أن شخصاً أراد الاقتراض من صاحب محل، فيعرض عليه صاحب المحل أن يشتري سلعة معينة بمقابل معين، وفي نفس الوقت يقوم صاحب المحل بشراء السلعة من المشتري بسعر أقل من السعر الذي اشتراه به تحايلاً على الشرع من أجل الحصول على الفائدة ، فإن التصرف في ظاهره هو عقد بيع مشروع ، إلا أنه في الحقيقة عقد قرض بالربا، وتظهر الصورية في أن العقد الحقيقي هو عقد بيع ، والعقد الصوري هو عقد قرض، وكذلك الحال: لو أن أحمد يملك أرضاً بجوار سعد، ثم أراد سعد بيع أرضه لأجنبي، فإن أحمد له الحق في تملكها بالشفعة بسبب الجوار، بشرط دفع الثمن المسمّى، فإذا أقر سعد لأجنبي بأن الأرض له ويشهد على ذلك شهوداً ثم يعطى الأجنبي الثمن لسعد على سبيل الهبة، فهو في ظاهرة إقرار بالملك ولكن في الحقيقة بيع، وبالتالي يعتبر ذلك من قبيل التحايل، فالتصرف الحقيقي هو البيع والتصرف الصوري هو الإقرار بالملك.

2- بيع الثلجنة: أن يُلجئك الغير إلى أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره، أي أن يُظهر طرفان بيعاً لم يريداه باطناً، بل خوفاً من ظالم ونحوه دفعا له ، وذلك بأن يتفقا على إظهار العقد، إمّا للخوف من ظالم ونحوه ، وإمّا لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً بينهما.

¹² السيد عبد الوهاب عرفه - الدفع بالصورية في ضوء أحكام النقص- مرجع سابق ص13

¹³ - رأفت محمد احمد حماد- مرجع سابق - ص 22 ويشير في هامش 3 إلى

Ripert Boulanger- Traite elementaire de planiol- 2 ed- paris1947-p580

(14) محمد ادم هارون، آدم: التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الاسلامي، مجلة التنوير، العدد الرابع، نقلاً عن:

http://tanweer.sd بتاريخ 15 / 9 / 2010.

ويعنى ذلك أن بيع الثلجئة: هو البيع الذي يجبر عليه الإنسان خوفاً من ظالم أو أي سبب ضروري آخر، وهو بيع صوري في ظاهره، ولكن في باطنه يخفى اتفاقاً مخالفاً. وهذا البيع باطل حسب نص المادة (235) من " مجلة الأحكام الشرعية " المستنبطة من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، حيث ورد فيها : " لا يصح بيع الثلجئة فلو أشهد أنني أبيعه خوفاً وتقية وباعه كان البيع باطل " (15). والمقصود هنا أن شخصاً يخاف على شيء يملكه من شخص ذي قوة أو نفوذ ، بحيث يستطيع الشخص ذو القوة أو النفوذ إجبار الأول على بيع ما يملك، فإن الأول يبرم عقد بيع صوري مع شخص يثق به يكون قادراً على التصدي للشخص ذي النفوذ، وعندما يزول الخطر يعود الحق لصاحبه، فيكون التصرف الصوري في هذا الفرض هو عقد البيع ، ولكن في الحقيقة لا وجود لعقد البيع. نخلص مما تقدم إلى نتيجة مفادها: أن الفقه الإسلامي لم يحصر التصرفات التي تحتوى على الصورية تحت إطار شرعي موحد، بل عالج كل حالة على حده، فأصبحت أحكام الصورية متنثرة تحت عدة مفاهيم، لكل منها أحكامها الخاصة. فأباح الفقهاء المسلمون بعض التصرفات التي تندرج تحتها وحرّموا بعضها الآخر. وهنا يُحكم على التصرف بالحلال أو الحرام حسب حكم الشرع له. فعلى سبيل المثال ذكرنا أن الحيل متنوعة، فوجدنا أن الشرع أجاز بعضها وأبطل بعضها الآخر، حتى وإن كانت الوسيلة مشروعة إلا أن السبب في بطلان الحيلة، هو أن الغاية منها غير مشروعة. ثانياً- تعريف الصورية في الفقه الوضعي:-

عرف بعض الفقه الصورية بأنها : صورة من صور التحايل يلجأ إليها أطراف العقد، لستر وإخفاء تصرف قانوني حقيقي، وإظهار تصرف آخر هو التصرف الصوري، وهذا التعريف المبسط للصورية، يعنى أننا أمام عقدين: العقد الأول: عقد حقيقي مستتر أو غير ظاهر.

والعقد الآخر: عقد صوري ظاهر مُعلن عنه. وفي تعريف آخر للصورية قيل: " أنها تعنى اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفهما الظاهر يكون صورياً، أما تصرفهما المستتر فيكون خفياً " هذا يعنى أنه لا يمكننا فهم معنى الصورية إلا بتصور وجود عقدان صادران في وقت واحد ، أحدهما: ظاهر، والثاني : خفي، هذا العقد الأخير من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطال أثره بالمرّة، ويُسمّى " العقد الخفي " تجاوزاً " بورقة الضد " . إذن؛ فتعريف الصورية يؤدي إلى تعريف ورقة الضد- ولم تورد المدونات المدنية تعريفاً للصورية وقد يرجع السبب في ذلك إلى أن هذه المدونات لم تضع نظرية عامة للصورية إنما وضعت نصوصاً قليلة بشأنها أما في مجال الدعاوى التي يمارسها الدائن للحفاظ على الضمان العام لمدينه كالقانون المدني المصري أو في مجال الإثبات كالمدونة الفرنسية(16) حيث نجد أن للصورية مفهومان:

- مفهوم ضيق يعرفها بأنها (عبارة عن وضع قائم على عقد ظاهر يقوم المتعاقدان بإبرامه ليسترا به عقداً آخرًا أراداه حقيقة). فهي تفترض - وفق هذا المفهوم - وجود عقدين عقد ظاهر وعقد مستتر ويطلق على هذا الأخير مصطلح ورقة الضد(17) ويعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف بينما يخفي العقد الظاهر هذه الإرادة الحقيقية التي يعبر ويعلن عنها العقد المستتر، فالصورية تفترض إذن عقداً سرياً يلغي أو يعدل آثار العقد الظاهر. ففي الصورية يكون العقد الحقيقي هو فقط المعبر عن إرادة الأطراف بينما العقد الظاهر لا يعبر عنها وهذا يعد خروجاً على الأصل القاضي بأن العقود تعبر عن إرادة أطرافها. ومثال ذلك إبرام المتعاقدين عقد بيع واتفاقهم سراً على أن بيع لا وجود له وفي هذا المثال يلغي العقد المستتر آثار العقد الظاهر كما أنه قد يعدل أحكاماً كما لو أنهما اتفقا على أن حقيقة العقد هو عقد هبة وليس بيعاً فعندها يكون العقد الحقيقي المستتر الذي يبين أن حقيقة العلاقة بين المتعاقدين هبة لا بيعاً معدلاً للعقد الظاهر الذي يعتبر العقد بيعاً .

وينتج عن الأخذ بهذا المفهوم الضيق للصورية اشتراط وجود اتفاق أو عقد لإمكانية القول بوجود صورية أي اشتراط وجود عقد ظاهر وعقد مستتر، كما أنه ينفي إمكانية القول بوجود صورية في

(15) مجلة الأحكام الشرعية، المادة 235.

(16) - جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها - مرجع سابق- ص 70 وما بعدها

(17) " هي العقد المضاد، وللدقة هي العقد الحقيقي الذي يحاول أطراف العقد إخفاءه" وهذا يعنى أن ورقة الضد عقد مضاد، وهو ما يطرح التساؤل عن صياغة ورقة الضد كإقرار بعدم حصول البيع من الأساس، وهل يمكن القول بأن هذا الإقرار يُعد ورقة ضد، بمعنى آخر، هل يعد هذا الإقرار عقد أم لا ؟

التصرف الانفرادي لأن الاتفاق لا يكون إلا بين شخصين فأكثر، كما أنه لا يعتبر الاسم المستعار نوعاً من الصورية. وأساس هذا المفهوم نجده في اشتراط الفقهاء وجود اتفاق لإمكانية القول بوجود صورية فالاتفاق يعد عنصراً جوهرياً من عناصر الصورية (18) .
ويأخذ بهذا الاتجاه معظم الفقهاء الفرنسيين حتى الذين يرون إمكانية حدوث الصورية في التصرف الانفرادي يشترطون أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص بعينه .
- بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الصورية هي (تلك العملية التي يتم خلالها خلق وضع قانوني ظاهر يختلف عن الوضع القانوني الحقيقي المستتر خلف واجهة الوضع الظاهر) (19).

وبذلك تقوم الصورية في العقود وفي التصرفات الانفرادية وفي الاسم المستعار . وأساس هذا الرأي نجده في عدم اشتراط هذا الجانب من الفقه لوجود اتفاق كشرط لوجود الصورية، فالاتفاق وفقاً لهذا الرأي لا يعد عنصراً جوهرياً من عناصر الصورية -فهي تقوم بوجوده كما قد تقوم بدونه فليس هناك ما يمنع حصول صورية في التصرفات الانفرادية مع إنها بطبيعتها صادرة عن شخص واحد دون وجود أي اتفاق بين مصدر التصرف الانفرادي وشخص آخر على الصورية، ومثالها الهبة المستترة بستر الإقرار بدين غير مترتب حقيقة بذمة المقر، والموهوب له يجهل كل شيء عن هذه الهبة .
ويقررون أن الاتفاق ما هو إلا جزء من الصورية لإمكانية وجود الصورية في نطاق الواقعة القانونية كموطن وهمي لشخص أو لشركة أو تغيير محل الإقامة سوريا فمن غير المتصور وجود اتفاق على صورية الموطن لأننا أمام شخص واحد أو شركة واحدة وكذلك عند ممارسة النشاط التجاري الفردي تحت ستار شركة وهمية تكون مجرد واجهة لا أكثر ولا أقل .
وأورد الفقه عدّة تعريفات للصورية، فعرفها البعض على أنها :

" اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار أو مظهر كاذب، سواء أكانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير. فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي، ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصوري، ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي، أو ما يُسمّى بورقة الضد".

وعرفها البعض الآخر على أنها: " اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صورياً، أما تصرفها المستتر، أو ما يُسمّى بورقة الضد، فيكون حقيقياً (20).

ويرى جانب آخر إن جوهر التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ومقتضى ذلك أن تكون العبرة بما تتجه إليه الإرادة اتجاهها جدياً لا صورياً أي أن العبرة بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان لا بالمظهر الكاذب الذي أخفيته تحت ستاره حقيقة الواقع، تلك هي القاعدة، فإذا كانت الصورية مطلقة لم يوجد تصرف أصلاً لانعدام الإرادة الجدية.....(21)

ويعرفها جالب أهربانها " وضع ظاهري يُخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تفترض تصرف ظاهر، واتفاق مستتر، ويكون شأن الاتفاق المستتر إمّا محو كل أثر للتصرف الظاهر، وإمّا تعديل بعض أحكامه. ويتعيّن لتحقيق الصورية أن تتوافر على الأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وإلّا كنّا بصدد اتفاق جديد سابق تعدّلت أحكامه باتفاق لاحق" كما أنه من الثابت أن الصورية المطلقة هي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له، مثل ذلك شخص يريد أن

(18) يبدو أن السبب في هذا الاشتراط هو تأثرهم بنص المادة ١٣٢١ من القانون المدني الفرنسي القديم والمعدلة إلى مادة (1200 و1201) التي تقضي بأنه (أوراق الضد لا يحتج بها على الغير على وجه الإطلاق) والتي يفهم منها اشتراط وجود اتفاق لإمكانية القول بوجود صورية وتعميمهم لهذا الحكم المستفاد من نص هذه المادة على مجمل نظرية الصورية .

J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction (Cheltenham, 2014)- p42

(19) عبد الحميد الشواربي- عز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء - دار المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع - ص 15.

عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية - منشأة المعارف الإسكندرية 2005- ص 1641

(20) أنور العمروسي،: الصورية وورقة الضد في القانون المدني، مرجع سابق، ص11.

(21) إسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام مرجع سابق-ص197 وما بعدها وقارن عبد الحي حجازي- النظرية للالتزام ص214 وما بعدها

يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له وهذا السند المستتر هو -ورقة الضد(22).

ونتفق مع الرأي القائل بضرورة وجود اتفاق لإمكانية القول بوجود صورية سواء في العقود أو التصرفات الانفرادية للأسباب التالية:-

١. أن الرأي الثاني يخلط بين الصورية والأوضاع الظاهرة التي لا نشترط لمراعاتها إبرام اتفاق ونكتفي بوجود خطأ شائع لتطبيقها .

٢. أن الأمثلة التي أوردها هذا الاتجاه تأييداً لرأيه لا يمكن القول بأنها أمثلة تدرج تحت نطاق الصورية فالموطن الوهمي للشخص أو للشركة أو تغيير المحل صورياً تدرج كلها ضمن نطاق الأوضاع الظاهرة لا الصورية .

٣. أما فيما يتعلق بالأمثلة الأخرى وهي ممارسة النشاط التجاري الفردي تحت ستار شركة والإقرار بدين غير مترتب في ذمة المقر، فإن المثال الأول يندرج ضمن نطاق الأوضاع الظاهرة ، وهنا نكون أمام اتفاق أدى إلى صورية فوجود الاتفاق هو الذي أدى لوجود الصورية - أما المثال الثاني فلا خلاف في اعتباره تصرفاً صورياً وهو تصرف صوري يقر به الاتجاه الأول لأنه تصرف انفرادي صوري موجه إلى شخص بعينه.(23)

وعليه يمكننا تعريف الصورية بأنها (ذلك الوضع القائم على وجود اتفاق ظاهر يقوم أطرافه بإبرامه ليسترا به اتفاقاً آخر إرادته إرادتها الحقيقية)

ثالثاً- اتجاه محكمة النقض المصرية في معنى الصورية:-

من المقرر في قضاء محكمة النقض " أن الصورية إنما تعنى عدم قيام العقد أصلاً في نية عاقيه وأن إثبات الصورية أو نفيها وتقدير أدلتها من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة" . (24)

و من المقرر أيضاً في قضاء محكمة النقض أن "الصورية تتضمن مهما كان الشكل الذي تتخذه وجود اتفاق خفي يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره ، وهي بذلك لا تختلط بالتصرف القانوني الجدي الذي أخطأ طرفاه في تكيفه باعتبار أن العبرة في ذلك بحقيقة التصرف لا بما أطلقه عليه طرفاه من تسمية خاطئة" . (25)

ومن المقرر أيضاً " أن الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود العقد ذاته وتعنى عدم قيام العقد أصلاً في نية عاقيه ، أما الصورية النسبية فهي لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوعه أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين أو التاريخ الذي أعطى له بقصد التحايل على القانون ، بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساساً وحكماً . " (26)

ومن المقرر أيضاً في قضاء محكمة النقض أن "إنه إذا كان الادعاء بأن السبب المذكور في سند الدين غير صحيح أو أنه سبب صوري لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً لأنه ادعاء بما يخالف ما أشتتمل عليه دليل كتابي ، إلا أن إثباته يكون جائزاً بطرق الإثبات كافة إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي عملاً بالمادة 63 / 1 من قانون الإثبات" . (27)

-الهدف من الصورية:-

قد تكون أهداف الصورية مشروعة وقد تكون غير مشروعة:

وهنا لا يتعلق الأمر بأشخاص العقد وإنما يتعلّق بالبائع أو الغرض من الصورية، فقد يكون البائع مشروعاً، وقد يكون غير مشروع . ومثال ذلك: إذا أراد شخص أن يشتري أرضاً من آخر، ولكنه اعتقد لظروف خاصّة أن البائع سوف يرفع الثمن عليه، إذا ظهر بنفسه في العقد، فقام بالاتفاق مع

(22)أنور سلطان؛ أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، د. ط، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980، ص 152. إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة 123- عبدالرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني -

الجزء الثاني بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2004 - ص 995 بند 610

23 ()جونى عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 71 و 72

(24) الطعن رقم 11308 لسنة 83 جلسة 2014/08/04 & الطعن رقم 5291 لسنة 74 جلسة 2014/07/01

(25) الطعن رقم 1266 لسنة 70 جلسة 2012/01/10 س 63 ص 99 ق 13 & و الطعن رقم 1266 لسنة 70 جلسة

2012/01/10

(26)الطعن رقم ١٠٣٢٧ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٢/٠٦/٢٠١٦

(27) (الطعن رقم 2522 لسنة 62 جلسة 17/05/1998 س 49 ع 1 ص 419 ق 102

شخص آخر ليشتري له هذه الأرض ثم يردّها عليه، فهنا يكون الباعث على الصورية شريفاً ومشروعاً. في حين أن الصورية غير المشروعة هي التي يكون الباعث أو الغرض منها غير مشروع، كالغش نحو القانون، والتحايل على أحكامه الأمرة والمتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو الخزانة العامة (28).

يتّضح لنا ممّا تقدم ؛ أن الفقهاء قسّموا أهداف الصورية إلى مشروعة، وغير مشروعة بناءً على السبب الباعث إلى التعاقد. والمقصود بالباعث إلى التعاقد²⁹: هو السبب غير المباشر المقصود منه أو الدافع للتعاقد، ويشترط فيه أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً، لأنه يعتبر ركن من أركان العقد. ويفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من السبب وهي:

1- السبب المنشئ: ويعنى السبب الذي أدّى إلى نشوء الالتزام، أي مصادر الالتزام، وهي: العقد والتصرف الانفرادي، والفعل الضار، والفعل النافع، والقانون". وهذا النوع لا علاقة له بالموضوع.

2- السبب القصدى: " وهو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه، وهو يقدر بمعيار موضوعي، وهو دائماً مشروع، وهو لا يتغير من عقد لآخر بمعنى أن كل طائفة معيّنة من العقود لها سببٌ تقوم عليه. فمثلاً في عقد البيع يكون التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه".

3- السبب الدافع: هو شخصي يُنظر فيه إلى الحق نفسه، فقد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع، وهو متغيّر ويختلف من عقد لآخر" ومثال ذلك: أن يستأجر شخص بيتاً للسكن، فإن السبب الدافع مشروع، ولكن قد يستأجره آخر لعمله وكرراً لتزييف العملة أو للعب القمار، فيكون السبب الدافع غير مشروع. وهذا النوع هو الذي يركز عليه القضاء والفقهاء من أجل معرفة الهدف من الصورية سواء كان مشروعاً أم لا. وبناءً على ذلك؛ سوف نضرب عدّة أمثلة على الصورية المشروعة، وأخرى على الصورية غير المشروعة، وهي على النحو التالي:

أولاً: أمثلة على الصورية المشروعة:

1- لو أن شخصاً يريد أن يُميّز أحد أبنائه بشيء من ماله أكثر من إخوته، بسبب ما يتمتع به من جد واجتهاد في تكوين ثروته، فيعمل له عقد هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته. كذلك إذا أراد الأب أن يُميّز أحد أبنائه بإعطائه هبة في حدود النصاب الجائز التصرف فيه بالهبة، نتيجة لعاطفة شريفة، فيقوم ببيع المال إلى صديق وسيط ببيعاً صورياً، خوفاً من أن يثير ذلك الحقد والحسد بين أفراد الأسرة، ولكن يكتب بينه وبين صديقه ورقة ضد، تفيد بأن البيع صوري، وأن الصديق لم يكن إلا وسيطاً مكلفاً بتوصيل هذا المال إلى ابنه بطريق الهبة (30). إلا أن بعض الفقهاء: يرى عدم مشروعية هذا التصرف، ودعّموا ذلك بالقول: " إن الأب يستتر تحت تصرف صوري، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة، ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا كنا في مأمن

(28) أحمد مرزوق: في نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص102.

رأفت محمد احمد حماد - مشروعية الصورية في القانون المدني المصري - مرجع سابق ص35-

السنهوري - مرجع سابق 1293- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشوربجي - مرجع سابق - ص 22

²⁹ ربما يكون المظهر الأكثر ثورية ضمن الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي 2016 هو إلغاء السبب كركن في العقد. فالنص السابق للمادة 1108 من التقنين الفرنسي القديم تضع أربعة أركان لانعقاد العقد وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب. لقد دمجت المادة الجديدة 1128 من التقنين المحل والسبب في ركن واحد عندما تطلبت أن يكون للعقد مضمون مشروعاً ومؤكداً. ويمكن السبب وراء إلغاء السبب بأن وظيفته في نظرية العقد ليست واضحة تماماً بالإضافة إلى تداخله مع مبادئ أخرى في العقد مثل الانعقاد والغلط. بالإضافة إلى ذلك فقد غاب ركن السبب في مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة (DCFR) إن هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي يجب أن يكون محل إطراء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتاً لفترة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب التاريخي فقط ولا زال العقد مع ذلك يجب أن يقع على محل قابل لحكمه موجود أو قابل للوجود وقت التنفيذ (المادة الجديدة 1163 من التقنين المدني) كما لا زال من الممكن إبطال العقد لمخالفته للنظام العام (المادة الجديدة 1102 الفقرة الثانية من التقنين الجديد). من الجدير بالذكر هو أن التقنين المدني الفرنسي، خلافاً لكل التقنينات الأوربية تقريباً، لم يعد يشير إلى الآداب العامة كأساس لإبطال العقد، فهذه الأخيرة لا تشكل التعارض معها سبباً لإبطال العقد ما لم تكن جزءاً من النظام العام. إن هذا الاختلاف سيسبب بدوره اختلاف عملياً بطبيعة الحال.

(30) سامي عبد الله: نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مؤسسة البيادر للطباعة، بيروت، الطبعة الأولى، 1977 ص219.

من معرفة بقية الأسرة بهذا التصرف، والغالب أنهم يضطلعون على حقيقته، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وعادة ما ينجحون في إثبات صورية هذا التصرف، ثم يأتي ما كان الأب يخشاه منذ البداية، فتكون البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة قائمة، بعد أن كان خطراً يرجى استبعاده، مع ما لهذا من أثر في انعدام الثقة، والاستقرار في المعاملات لا بين أفراد المجتمع فحسب، ولكن بين أفراد الأسرة الواحدة" (31). **ونتفق مع هذا الرأي القائل:** بعدم مشروعية الغاية من هذا التصرف الصوري، لأن السبب الدافع على التعاقد، والذي يتمثل في النوايا الداخلية للمتعاقد، وهو إثارة أحد الأبناء على الآخرين، وهذا غير جائز شرعاً.

2- أن يتفق شخص مع آخر يثق به، أن يبيعه صورياً النصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له، وذلك لأن هذا المركز يشترط في المرشح أن يكون لديه مركزاً مالياً معيناً (32) **ويعتبر بعض الفقهاء:** هذا التصرف مشروعاً، لأنه فقط من أجل الترشيح لمركز معين. ومثال ذلك: مركز العضوية في المجلس النيابي، أو مركز العمودية في مصر، أو ما شابه ذلك، أو يبيعه بيعاً صورياً مالياً يظهر به في مظهر ذوي اليسر، حتى يستطيع الانخراط في جمعية أو شركة كالشركة المساهمة، تتطلب هذا المظهر، أو مصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسر. أمّا البعض الآخر من الفقه يقول: "كيف يكون هذا التصرف مشروعاً، والقصد منه التحايل على القانون وغشه وخداعه؟ ففي هذا المثال نجد أن الشخص يتحايل على القانون الذي يتطلب شروطاً معينة في شكل الوظيفة، فيلجأ إلى إبرام تصرفات صورية مع الغير لاستكمال تلك الشروط، فهل من الأخلاق أن نلجأ إلى الغش وإلى الصورية لتحقيق هذا الغرض غير الاخلاقي؟" (33).

أن السبب الدافع على التعاقد، والمتمثل في الحصول على مركز ما، غير مشروع، وذلك لأن الوسيلة التي تم استخدامها للحصول على هذا المركز هي غير مشروعة، كما أن هذا الفعل يُشكّل احتيالا على القانون للوصول إلى منصب .

3- أن شخصاً لا يريد أن يظهر بصورة المشتري لاعتبارات شخصية مع البائع، ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يشتري عقاراً من آخر، ولكنه ولظروف خاصة اعتقد أن البائع قد يتعمد زيادة ثمن العقار، إذا ظهر بنفسه في العقد، فيلجأ للاستعانة بشخص آخر، يُكفّفه بشراء العقار، ثم يعمل على نقل الملكية إلى الشخص الحقيقي، الذي يرغب في تملك هذا العقار. وكذلك الحال إذا أراد شخص أن يبيع منزله إلى شخص آخر، ولكنه ولظروف خاصة أراد ألا يعرف الغير أنه يبيع المنزل إلى ذلك الشخص، فيلجأ إلى وسيط آخر، يبيعه المنزل بيعاً صورياً ويكتب عليه ورقة ضد تفيد بصورية البيع (34). أما البعض من الفقهاء فيقولون: "أن الحقيقة من هذين المثالين وأمثالها، إنما فيهما غلط كبير، وذلك لأن الصورية بطريق التسخير يفترض فيها علم المسخر، والمسخر له، والمتصرف مع المسخر، بأن هذا التصرف يتم صورياً، وبالتالي ينصرف آثار التصرف إلى المسخر له مباشرة بمقتضى اتفاق الأطراف على ذلك (35).

و لا يوجد ما يمنع البيع والشراء باسم مستعار، ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام.

ثانياً: أمثلة على أهداف الصورية غير المشروعة:

يتفق غالبية الفقه على أن معظم أهداف الصورية غير مشروعة (36)، وذلك لأنها تتمثل في التهرب من أحكام القانون (الغش نحو القانون)، أو الإضرار بحقوق الغير، أو الغش والإضرار نحو الخزانة العامة.

(31) محمود عبد الرحيم الديب : الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 276.

(32) احمد مرزوق: نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 6.

(33) محمود عبد الرحيم الديب،: الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 275.

(34) سامي عبدالله،: نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 219.

(35) محمود عبد الرحيم الديب،: الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 277.

³⁶ حيث تنص المادة 1102 من التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10-2016 على انه (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد وفي أن يختار من يتعاقد معه وان يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون . لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام)

Attendu que l'article 1102 du code civil en vigueur en France depuis le 1er octobre 2016 stipule que **(chacun a la liberté de contracter ou non et de choisir celui qui contracte avec lui et de**

أولاً: التهرب من أحكام القانون (الغش نحو القانون): منذ العصور القديمة والمجتمعات البشرية تحاول التهرب من أحكام القانون، حيث أن الإنسان بطبعه لا يحب الالتزام، ويسعى دائماً إلى تغليب مصلحته الخاصة على المصلحة العامة. والشخص الذي يحتال على القانون يسعى إلى تحقيق أهدافه عن طريق التفتيق وعن طريق استخدام القانون ذاته. فالشخص المحتال لا يستطيع أن يخالف القانون بشكل واضح وصريح لما يترتب على ذلك من جزاء، فيلجأ إلى ستر تصرفه بمنأى عن القانون ويصوغ تصرفه بالصيغة القانونية السليمة (37). والأمثلة كثيرة على التهرب من أحكام القانون نذكر منها ما يلي: 1- منع بعض الأشخاص من التعاقد بأنفسهم، فيستعير الشخص الممنوع من التصرف اسم شخص آخر يتعاقد باسمه. 2- قد يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، ويكتبان سنداً يذكران فيه أن سبب الدين هو القرض، مع أن السبب الحقيقي ليس سوى مقابل ارتكاب الجريمة (38) 3- كذلك أصبحت الصورية وسيلة خصبة للمرابين، يستطيعون أن يستروا بها الربا الفاحش- الذي لا يقره القانون- تحت ستار عقود كثيرة كالبيع، أو الصلح، أو الإجارة (39). 4- كما قد تكون الصورية بطريق التسخير وسيلة للتهرب من قواعد الأهلية الخاصة، التي يتطلبها القانون، ويكون ذلك عندما يسخر عديم الأهلية أو ناقصها شخصاً آخر في هبة لا يستطيع هو القيام بها لعدم اكتمال أهليته، ويكون ذلك عندما يتواطأ الموهوب له مع الواهب (40).

ثانياً: الإضرار بحقوق الغير: وينشأ ذلك عندما يريد المدين أن يحرم الدائن من حقه في استيفاء الدين، فيقوم بنقل ملكية أمواله إلى أحد أقاربه أو أصدقائه، كأن يعمد إلى نقل ما يملكه من أموال غير منقولة إلى اسم زوجته، أو احد أفراد أسرته، وذلك بموجب عقود وهمية يحرص على تسجيلها في الدوائر المختصة، ولا بد أن يجتاز الدائن كل مراحل المماطلة التي يتبعها المدين، بدايةً واستئنافاً وتمييزاً، ويفوز بحكم صالح للتنفيذ، حتى يفاجأ بأنه لم يعد يملك شيئاً يمكن التنفيذ عليه. فتبدأ بينهما مرحلة جديدة من الصراع، تتمثل في إثبات أن الأموال التي خرجت ظاهراً من ذمة المدين، قد بقيت في ذمته في حقيقة الأمر، كذلك أن يتفق البائع والمشتري على كتابة عقد البيع في صورة عقد هبة إضراراً بحق الشفيع حتى لا يأخذ بالشفعة، لأن الشفعة لا تجوز في الهبة (41). كذلك إذا أراد المورث أن ينقل إلى أحد الورثة أو إلى أجنبي أكثر من الثلث ويخشى معارضة بقية الورثة، فيجعل الوصية في صورة عقد بيع، إضراراً بحقوق بقية الورثة، أو أن يكتب الموصي للموصى له سنداً بمبلغ كبير يزيد عن ثلث التركة، ويذكر فيه أن سبب الدين هو القرض، وهو في حقيقة الأمر وصية، وذلك إضراراً بحقوق الورثة الباقين (42).

ثالثاً: الغش والإضرار بحقوق الخزانة العامة:

إن للغش والإضرار بحقوق الخزانة العامة أمثلة عديدة، نذكر منها ما يلي:

- 1- أن يكون عقد البيع في صورة عقد قسمة، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم تسجيل البيع الذي يفوق رسوم تسجيل عقد القسمة.
 - 2- أو أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يذكر في عقد بيع العقار ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقي، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة، ويأخذ البائع فرق الثمن.
 - 3- كذلك الحال إذا ما أخذ البائع سنداً على المشتري يذكر فيه أن سبب الدين هو القرض (43).
- الخلاصة:** أن الغاية من الصورية قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة، والذي يُحدّد ذلك هو السبب الدافع للتعاقد، حيث ينظر إلى الحق نفسه هل هو مشروع أم غير مشروع، فإذا كان السبب الدافع وراء إنشاء العقد الصوري مشروعاً، فإن الغاية من الصورية تكون مشروعة، وإذا كان السبب الدافع غير مشروع، فإن الغاية من الصورية غير مشروعة، وإن كانت في ظاهرها مشروعة، ممّا

déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites déterminées par la loi.

Violation contractuelle des règles relatives à l'ordre public)

- (37) سامي عبدالله : نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 224.
- (38) محمود عبد الرحيم الديب : الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 274.
- (39) أحمد مرزوق نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 8.
- (40) محمود عبد الرحيم الديب،: الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 275.
- (41) سامي عبدالله : نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 226.
- (42) محمود عبد الرحيم الديب: الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 273.
- (43) أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 8.

يعنى أن الحكم على مشروعية أو عدم مشروعية أهداف الصورية لا يتعلق بأشخاص العقد وإنما يتعلق بالباعث أو الغرض من الصورية، فقد يكون الباعث مشروعاً وقد يكون غير مشروع: كالإضرار بحقوق الغير، أو الإضرار بالخزانة العامة، أو التحايل على القانون. ونتيجة لذلك فإن القوانين لا ترتب كقاعدة عامة البطلان على الصورية لآ إذا كانت تخفى أمراً غير مشروع.

المطلب الثاني

تمييز الصورية عما قد يتداخل معها من مصطلحات قانونية

تقسيم:-

تتلاقى الصورية مع بعض المصطلحات المشابهة: كالوضع الظاهر والتزوير، وعيوب الرضا، والاتفاق الإضافي، والتعاقد من الباطن، والخطأ في تكليف العقد 0000، في أن كلاً منها تُظهر الشيء على خلاف حقيقته، بحيث يكون ظاهر الشيء مختلفاً عن واقعه، لذلك فإننا سنقوم بدراسة أوجه الالتقاء وأوجه الاختلاف ما بين الصورية والمصطلحات السابق ذكرها كل على حدة في فرع مستقل:-

الفرع الأول

الصورية والوضع الظاهر

الوضع الظاهر يقصد به أن الواقع يخالف أحكام القانون ونظرية الظاهر إذ تمكن من إنشاء الحقوق تأسيساً على الواقع البين فمرد ذلك أن الحقوق تبرز للعيان بوجه الخصوص عند ممارستها ومباشرتها من قبل أصحابها. فالاعتماد على الوضعيات في ظاهرها يستند إلى المطابقة الاعتيادية بين التمتع بالحق وممارسته. وقد يقع الاعتماد أيضاً على الواقع البين لإثبات الحقوق وتثبيتها لأصحابها ففي العادة تبرز الحقوق عبر ممارستها وفي العادة تناسب مباشرة الحقوق القيام بأعمال هي ممارسة لصلاحيات يتمتع بها صاحب الحق ومكتسبة. وعلى خلاف هذا الوضع المعتاد فنظرية الظاهر تعتبر أن الواقع البين لا يقوم على حق أكتسب فعلاً على الوجه القانوني فالممارسة الظاهرة غير مبنية على حق، ومع ذلك فإن الملاحظ لهذه الممارسة والمعيارين قد يخطئ في تقديره لها.

فالظاهر يفرض بالضرورة إلى الغلط في تقدير الواقع أي في تقدير مدى مطابقتها لأحكام القانون. فلا تقوم نظرية الظاهر إلا على الغلط والاعتقاد الخاطئ وهذا هو العنصر الأساسي أي عنصر التقدير، والاعتقاد الخاطئ الذي تعمل به نظرية الظاهر القانونية.

فالاعتقاد الخاطئ هو المنشئ للحق. والنظرية تتأسس على الاعتقاد الخاطئ أي على الغلط بالرغم من أن الوضعية الراهنة لا تتناسب في واقعها الحقيقة القانونية ومن هذا العرض السريع لمفهوم الوضع الظاهر يتضح لنا وجود بعض نقاط الالتقاء والافتراق بين المفهومين نجملها فيما يلي:-

أ - نطاق الالتقاء :-

١ . يوجد في المفهومين ازدواجية ففي الصورية يوجد تصرف ظاهر وتصرف خفي، وفي الوضع الظاهر يوجد مركز قانوني ظاهر ومركز قانوني حقيقي -

٢ . يلتقي المفهومين من حيث إن المشرع قد رتب على الوضع الظاهر كما رتب على التصرف الظاهر في الصورية - كما سنرى- آثاراً قانونية ففي الصورية سنجد أن التصرف الظاهر يرتب أثره القانوني في حالة إخفاقنا في إثبات صورية هذا التصرف، فمثلاً إذا لم يستطع وارث البائع إثبات أن التصرف هو في حقيقته هبة وليس بيعاً فسينفذ العقد في حقه وسيعتبر المال الموهوب قد خرج من ذمة مورثه إلى ذمة الموهوب له . ونفس الأمر في الوضع الظاهر حيث يرتب المشرع آثاراً قانونية عليه (44)

٣ . يلتقي المفهومين من حيث آثارهما حيث يهدفان إلى حماية الغير حسن النية الذي لا يعلم بصورية التصرف - كما سنرى- والغير حسن النية الذي لا يعلم بحقيقة الوضع الظاهر الذي تعامل على أساسه عندما يرى أن من مصلحته التمسك بهذا الوضع الظاهر الذي اطمأن إليه وتعامل على أساسه، إلا أنهما يفترقان - كما سنرى في مسوغات هذه الحماية .

(44) ونقاط الالتقاء هذه هي التي دفعت بعض الفقهاء للقول بان الصورية هي أساس فكرة الوضع الظاهر وفي الحقيقة أن الصورية وكما يرى الدكتور نعمان جمعه لا تصلح أساساً لفكرة الوضع الظاهر لأن الأخير مجاله أوسع حيث توجد حالات عديدة تدخل ضمن الوضع الظاهر دون أن تكون صورية كالوارث الظاهر والمالك الذي زالت ملكيته بأثر مستند رجعي* والوكيل الذي انتهت وکالته أو تجاوزها ولا يعقل تأسيس حكم على حكم قانوني آخر أضيق منه مجالاً. والسؤال الذي يثور هنا هل يصلح الوضع الظاهر أساساً لحماية الغير في الصورية سنجيب على هذا السؤال عند بحثنا للأساس القانوني لحماية الغير في الصورية - جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 74 و 75

نطاق الاختلاف :-

- ١ . الوضع الظاهر هو وضع محسوس استقر ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه أو رغم إرادته، ولا يعلم من قام هذا الوضع لصالحه بالوقائع التي ساهمت بتكوينه بينما الصورية اتفاق بين صاحب الحق وصاحب الظاهر على التصرف الصوري الذي يوهم الغير على خلاف الحقيقة
- ٢ . مناط تطبيق الوضع الظاهر مرتبط بتوافر الغلط الشائع الذي يعد شرطاً ضرورياً لقيام الوضع الظاهر. أما مناط تطبيق أحكام الصورية بالنسبة للغير فهو توافر حسن النية لمدى هذا الغير أي عدم علمه بالتصرف المستتر.
- ٣ . الصورية تتضمن حتماً إرادة إخفاء بغض النظر عن مشروعية أهداف هذا الإخفاء من عدمها أما الوضع الظاهر فهو لا يتضمن حتماً الإخفاء الإرادي للحقيقة، فقد يكون صاحب الحق وصاحب الوضع الظاهر والغير، جميعهم ضحايا ظروف موضوعية خارجة عنهم جميعاً وتكون قد أدت إلى الوضع الظاهر.
- ٤ . مجال الوضع الظاهر أوسع من مجال الصورية فهناك حالات كثيرة لا تدخل ضمن نطاق الصورية إلا أنها تدخل ضمن نطاق الوضع الظاهر كالأورث الظاهر .
- ٥ . إن الوضع الظاهر يسعى أساساً لحماية الغير وحماية الثقة واستقرار المعاملات وحركة التعامل. بينما تفضيل التصرف الصوري هو نوع من العقوبة المدنية (كما يرى البعض) التي توقع على متعاقدين اتفقا على خديعة وإيهام الغير، فاعتبر المشرع المدني إن التصرف الصوري هو الملزم وهو النافذ وحده في حق الغير حسن النية

الفرع الثاني**الصورية والتحايل على القانون**

يقصد بالتحايل على القانون استخدام شخص ما - عن سابق تصور أو تصميم- وسائل مشروعية بحد ذاتها لتحقيق غاية تخالف النصوص القانونية الأمرة أو الناهية. أي أن الشخص يلجأ إلى وسائل قانونية سليمة بذاتها ليتمكن من طريقها من القيام بما يحرمه القانون أو ليمتنع عن فعل ما يأمره بفعله، توصلًا لإشباع رغباته وتأمين مصالحه

فأهم ما يميز التحايل على القانون هو وجود نية التحايل لدى من يقدم على العمل المغاير للقانون . فنية التحايل هي الركن الأساسي الذي يقوم عليه مفهوم الاحتيال .ويمكن أن تشبیه الصورية بالتحايل على القانون من ناحية أنهما من عمل المتعاقدين، ومن حيث الغرض الذي ترمي إليه كل واحدة منهما وهو التحايل على أحكام القانون إذا استهدفت الصورية التحايل عليه . كما قد يلتقيان من حيث الجزاء إذ أن الصورية ليست بذاتها سبباً من أسباب البطلان والتحايل على القانون لا يعد أيضاً سبباً خاصاً من أسباب البطلان فالبطلان لا يقرر بسبب الغش أي نية التحايل إنما يسبب عدم المشروعية الناتج عن مخالفة قاعدة قانونية أمره (45)

ورغم هذا التشابه الظاهري إلا أن الفرق بين التحايل على القانون أو كما يسمى الغش نحو القانون والصورية يبقى واضحاً ويتجلى فيما يلي

- ١ . إن الصورية لا تعتبر وسيلة للتهرب من أحكام القانون، بل تعتبر إخفاءً لمخالفة قانونية بحيث تقتض وجود اتفاق ظاهري وهمي غير حقيقي، يستتر اتفاقاً باطنياً حقيقياً وبمجرد سقوط الستار تظهر الحقيقة التي أراد الأطراف إخفاءها، بينما في التحايل على القانون يقوم المتحايل بتصرف ظاهر حقيقي جدي ولكن الغرض منه غير مشروع، أي أن الإرادة فيه إرادة حقيقية لا تستر إرادة أخرى .
- ٢ . إن قيام الصورية ينفي وجود فكرة التحايل، إذ لا تقوم هذه الأخيرة إلا إذا تعذر اللجوء إلى وسيلة أخرى لتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة، فيكفي أبعاد الحيلة وإظهار الحقيقة لتطبيق الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية التي أراد الأفراد إخفاءها، وبالتالي فلا فائدة من اللجوء إلى فكرة التحايل أو الغش نحو القانون .

(45) انظر جميل الشرقاوي- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري- بدون دار نشر، ١٩٩٣ - ص22 ويسوغ الدكتور جميل الشرقاوي رأيه هذا بقوله انه بالكشف عن صورية التصرف الأول نكتشف مخالفة القانون أي عدم المشروعية وهذا هو سبب البطلان، أما الغش فليس إلا ذريعة للقول بصورية المرحلة الأولى من العملية القانونية، وبذلك تبدو في كل الأحوال صحة ما نقول به من نفي اعتبار الاحتيال على القانون سبباً خاصاً للبطلان .

٣. أن القاضي إذا أراد إبطال الصورية في الحالات الاستثنائية التي يجوز له فيها إبطالها - فلا يستند إلى نية التحايل، لأن الصورية لا تشترط وجود نية التحايل لدى المتعاقدين فقد يكون باعها مشروع- إنما عليه أن يفرق ما بين الحقيقة والظاهر والغرض المقصود من الصورية. بينما في التحايل على القانون تلعب نية التحايل دوراً هاماً إذا لا تختلف فيه الحقيقة عن الظاهر لذلك لا بد من اللجوء لفكرة التحايل ووجود نية التحايل حيث أن ما يمكننا من الاعتراض على التصرف المشوب بالتحايل هو الاستناد إلى نية التحايل التي دفعت الأطراف إلى الالتجاء إلى هذه الوسيلة (46) .

٤ . أن جزاء التحايل على القانون ينحصر بعدم الاحتجاج بالنتيجة المشوبة بالتحايل، في حين أن جزاء الصورية هو عدم الاعتداد بها من حيث الأصل وسريان العقد الحقيقي من حيث المبدأ .

5. أن هدف دعوى الصورية هو إظهار الحقيقة لذلك لا يطلب من المدعي إثبات التحايل أو الغش، بينما يكون التصرف في التحايل حقيقياً لذلك ينحصر هدف دعوى التحايل في إثبات الغش أو التحايل على القانون أي إثبات وجود تحايل على نص قانوني أمر لذلك يرى البعض استحالة رفع دعوى تحايل إذا سبق ورفع المدعي دعوى صورية ومع ذلك يبقى للمدعي الحق باللجوء للتحايل في دعواه عن طريق الدفع بالتحايل أي أن يدفع أمام القضاء بوجود تحايل على نص قانوني أمر أثناء نظر القضاء لدعوى الصورية التي أقامها أمامه .

٦ . أن إثبات التحايل على القانون يتم بكافة طرق الإثبات أما إثبات الصورية فيختلف باختلاف الطرف الذي يريد إثباتها ومدى مشروعيتها.

ولا بد من الإشارة أخيراً إلى أن الصورية كثيراً ما تكون موهورة بالتحايل فالمدين المشرف على الإعسار قد يتظاهر ببيع بعض أمواله صورياً ليمنع دائنيه من حجزها والتنفيذ عليها واستيفاء ديونهم من ثمنها. وهذه الحالة تختلف اختلافاً جوهرياً عن حالة التصرف الجدي المضر بالغير والمطعون فيه بالدعوى البوليصرية لوجود التحايل. ففي الحالة الأولى نحن أمام تصرف صوري ممزوج بالتحايل فالمدين لا يبيع أمواله بيعاً جدياً إنما يتظاهر ببيعها إلى مشتري صوري بحيث تبقى الأموال المبيعة ملكاً له. أما في الحالة الثانية فنحن أمام تصرف حقيقي أقدم عليه المدين كأن يقوم ببيع بعض العقارات التي يسهل الحجز عليها من قبل الدائنين والاستعاضة عنها بأسهم شركات للحامل يسهل عليه إخفاؤها ويثور تساؤل هنا عن مدى إمكانية وجود تحايل على نص قانوني غير أمر؟

نرى عدم إمكانية حدوث ذلك لأن النص غير الأمر يجوز للأفراد ابتداء الاتفاق على ما يخالفه . والقضاء على الصورية التي يكون هدفها التحايل على القانون مسمى الصورية الاحتمالية أو الصورية التدليسية. كما نجد كثيراً من الأحكام القضائية التي يتبين منها أن الصورية استعملت لإخفاء تحايل على القانون **فقد قضت محكمة النقض بأنه** "إذا كان المطعون عليهم قد تمسكوا بصورية الأجرة المبينة بعقود الإيجار المبرمة بينهم وبين الطاعنين صورية تدليسية مبناها الغش والتحايل على القانون للتوصل إلى اقتضاء أجرة أكثر من الأجرة القانونية، فإنه يجوز إثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البيئة والقرائن" (47).

الفرع الثالث

تمييز الصورية عن التزوير

- تعنى كلمة التزوير في اللغة: تزيين الكذب، وتزوير الكلام: إبطاله ونسبه إلى الزور (48).
- أما معنى التزوير اصطلاحاً: " التزوير، هو تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد إثباتها بصك، أو مخطوط يحتج بهما، نجم أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي، أو معنوي، أو اجتماعي" وعرفه الفقيه جارسون انه " تغيير للحقيقة بقصد الغش في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً " (49)

46 ويلاحظ أن السير مع هذا الرأي يؤدي إلى القول أن البطلان يقرر بسبب التحايل أو الغش وهذا يخالف ما ذكره الدكتور جميل الشراوي من أن سبب البطلان هو عدم المشروعية الناتج عن مخالفة قاعدة قانونية وفي ذلك يلتقي مع الصورية التي يقوم القاضي بإبطالها في بعض الحالات لأنه - في رأينا- نتج عنها مخالفة قاعدة قانونية أمره .
(47) نقض مدني رقم ١١٢ تاريخ ٣١/١/١٩٧٤ مشار إليه في مؤلف شعله، سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة، ص ٢٧ .

(48) المنجد في اللغة العربية، الطبعة الخامسة والثلاثون، بيروت، دار المشرق، 1996، ص311.

عرفات نواف فهمي مرداوي، المرجع السابق، ص 25-26

(49) رأفت محمد احمد حماد - مشروعية الصورية في القانون المدني المصري - مرجع سابق ص32

أمّا الصورية بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً فتعني: "أن الصورية تعني اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صورياً، أمّا تصرفها المستتر، أو ما يُسمّى بورقة الضد فيكون حقيقياً" (50). مفهوم الصورية يتفق مع التزوير: في أن كلاً منهما ينطوي على تشويه وتحريف مقصود للحقيقة، ولا يقتصر استخدامها على السندات العادية، بل السندات الرسمية أيضاً والتساؤل هنا: هل الصورية نوع من أنواع التزوير؟ (51) ثارت الخلافات وانقسمت آراء الفقهاء والشراح وأحكام المحاكم في الإجابة على هذا التساؤل وقد يكون سبب هذا الخلاف هو أن الصورية تتضمن كالتزوير إخفاءً أو تغييراً مقصوداً للحقيقة . ويمكننا رد هذه الآراء إلى ثلاثة اتجاهات أولها يعتبر الصورية تزويراً بشكل مطلق وثانيها لا يعتبرها تزويراً بشكل مطلق وثالثها يعتبر بعض الصورية تزويراً دون بعضها الآخر . ونجمل هذه الاتجاهات فيما يلي :-

1- الصورية تعتبر تزويراً علي إطلاقها :-

و ينادى أنصاره بإلحاق الصورية بالتزوير حيث يقررون أن القانون يعتبر التزوير جريمة ويعتبر النصب جريمة - ويعتبر من أوتمن فخان مجرماً. ومن يبيع ملكه مرتين مجرماً. فلم لا يعتبر من يحرر عقداً صورياً مجرماً؟ فجريمة التزوير تتم ويعاقب عليها القانون إذا توافرت فيها شروط ثلاثة: تغيير الحقيقة والعمد وحصول الضرر أو احتمال حصوله. والصورية فيها هذه الشروط نفسها. فيها تغيير الحقيقة وفيها العمد وفيها الضرر. (52) لأن العقد لا يكون صورياً إلا إذا غيرت فيه الحقيقة. وتغيير الحقيقة يكون دائماً عن عمد. ومحزره لا يقصد به إلا الأضرار بالغير. فالصورية والتزوير من فصيلة واحدة كل واحدة منهما فيها تغيير الحقيقة والعمد والضرر. ومثلها الشهادة الزور، فيها تغيير الحقيقة وفيها العمد وفيها الضرر. وما دام الشبه فيهما واحداً فلم لا يكون الحكم فيهما واحداً؟ والمفلس بالتدليس الذي يخفي أمواله أضراراً بدائنيه يعاقب جنائياً والذي يحرر عقوداً صورية بالتدليس ويخفي أمواله أضراراً بدائنيه لا يعاقب هذا شذوذ لا معنى له

٢- الصورية لا تعتبر تزويراً علي إطلاقه :-

ويمثل هذا الرأي الفقيهان شوفو وهيلي اللذان ينحصر رأيهما في أن الصورية لا تخرج عن كونها كذباً من نوع الغش المدني لا من نوع التزوير الجنائي، ولا ينطبق على المادة الخاصة بالتزوير المادي، لأنه لم يحصل تغيير مادي في العقد المتضمن للصورية، ولأن الإمضاءات والبيانات التي تضمنها العقد صحيحة كلها من هذه الوجهة؛ ولا على المادة الخاصة بالتزوير المعنوي، لأن الاتفاق الصوري هو عين ما أراد المتعاقدان إثباته بالعقد. وقد انتقد هذا المسوغ لان الاتفاق الصوري يصح أن

(50) أنور العمروسي: الصورية وورقة الضد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 11.
(51) إلا أن الصورية تختلف عن التزوير في: أنها تكون بعلم الطرفين واتفاقهم، في حين أن التزوير يكون بفعل أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر، كما أن الغاية من الصورية تتمثل في التهرب من أحكام القانون، أو الإضرار بحقوق الغير، أو الغش والإضرار نحو الخزانة العامة، أمّا الغاية من التزوير فهي غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية. كذلك فإن الصورية ينظم أحكامها القانون المدني، ولا يترتب عليها جزاء جنائي، في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويرتب عليه جزاء جنائي ويقول جانب من الفقه هذا الصدد: "أن القانون يعتبر التزوير جريمة، ويعتبر النصب جريمة، ويعتبر من أوتمن فخان مجرماً، ومن يبيع ملكه مرتين مجرماً، فلم لا يعتبر من يُحرر عقداً صورياً مجرماً؟... فجريمة التزوير تتم ويعاقب عليها القانون، إذا توافرت فيها شروط ثلاثة وهي: تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله، والصورية فيها تغيير للحقيقة، وفيها العمد، وفيها الضرر، لأن العقد لا يكون صورياً إلا إذا غيرت فيه الحقيقة، وتغيير الحقيقة يكون دائماً عن عمد، ومحزره لا يقصد به إلا الأضرار بالغير. فالصورية والتزوير من فصيلة واحدة، كل واحدة منهما فيها تغيير للحقيقة والعمد والضرر....". وبما أن المشرع لم ينص على تجريم الصورية في قانون العقوبات، فلا يمكن القول بأنها 51 جريمة يعاقب عليها القانون. أمّا من الناحية الفقهية فيمكن القول: إذا اعتبرت جميع أهداف الصورية غير مشروعة، وتضر بالغير وتضر بالمصلحة العامة، وإذا ما اعتبر أن للصورية أهداف مشروعة ولا تضر بالغير ولا تضر بالمصلحة العامة، وأخرى غير مشروعة وتضر بالغير وتضر بالمصلحة العامة، فيفترض التمييز ما بين الحالتين: ففي الحالة الأولى: تكون الصورية مباحة ولا تعد من الجرائم الواجب العقاب عليها. وفي الحالة الثانية: إذا ما توافرت الشروط السابقة. انظر سامي عبدالله: نظرية الصورية في القانون المدني، مرجع سابق، ص 193.

(52) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام- الإثبات - آثار الالتزام)، ج2، ط3 جديدة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 1078

يوصف بأنه تغيير للحقيقة بجعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة، وهذا من طرق التزوير المعنوي

٣. بعض حالات الصورية تعتبر تزويراً:-

وقد انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى ثلاثة آراء نجلها فيما يلي

أ- رأي الفقيه بلانش :- يرى هذا الفقيه أن العقاب على الصورية واجب، لأن القانون قد وضع أحكام عامة للتزوير، وبين فيها الطرق التي يرتكب بها، ولم يستثنى منها الحالة التي يقع فيها تغيير الحقيقة باتفاق المتعاقدين، فإخراج الصورية من أحكام التزوير تمييز لا يبرره القانون ولا يتفق مع عموم النص. غير أنه لا يرى أن كافة أنواع الصورية تدخل في حكم التزوير، بل يستثنى الحالات التي يعاقب عليها القانون على أنها جرائم من نوع آخر، وما بقي بعد ذلك يقسمه إلى قسمين : قسم لم يتوفر فيه القصد الجنائي وهذا لا عقاب عليه ولو أصاب الغير ضرر بسببه لفقدانه ركناً من أركان التزوير، وقسم يتوفر فيه القصد الجنائي ومن شأنه الإضرار بالغير، وهذا القسم يأخذ حكم التزوير لاكتمال أركانه. وقد انتقد هذا المسوغ لأنه أولاً يعتمد على أن نصوص القانون لم تميز بين نوع وآخر من أنواع تغيير الحقيقة، وثانياً على أن الصورية تدخل في الطرق التي نص عليها القانون في مواد التزوير إلا أن هذه الطرق ليست مانعة وثالثهما أنه كان عليه البحث حول ما إذا كانت الصورية جامعة للصفات المميزة لطبيعة التزوير أو هي نوع آخر من تغيير الحقيقة لا علاقة له بالتزوير وهذا البحث لم يتعرض له الفقيه بلانش .

ب - التفريق بين وضعين :

١ . إذا اقتصر مفعول العقد الصوري على طرفيه اللذين اتفقا على ما يعود إلى حقوقهما الشخصية، دون أن يتناول فيما اتفقا عليه حقوق الغير أو صفاته،(53)للتصرف بهما أو لخداع أصحابها تعمداً ، بفعل ما أخفياه أو تسترا عليه، فإن التغيير الحاصل برضي الطرفين، والمحصور مفعوله بهما، لا يعد تزويراً .

٢ . أما إذا تجاوز الاتفاق الصوري حدود طرفيه، ليتناول حق الغير أو وضعه القانوني، وكان التحوير فيه منطبقاً عليه تعريف التزوير الجنائي، وكانت نية الغش متوفرة لدى واضعيه، وكان من المحتمل تولد ضرر عنه للغير، وكان المخطوط المثبت للعقد الظاهر، من السندات المعتمدة حجة يمكن التذرع بها تجاه الآخرين، فإن الصورية تشكل تزويراً، ما لم يرد نص خاص يصفها بخلاف ذلك، أو يحدد لها عقاباً معيناً

ج- رأي الفقيه جارو:-

يقول الفقيه جارو "أنه لا يوجد تزوير حيثما يكون الإقرار أو التعبير متعلقاً بأمر شخصي للمقر وكان الكذب الذي تضمنه ذلك الإقرار مقصوراً على مركزه الشخصي، لأن القانون لا يريد أن يضع الناس بين حالتين : إما التضحية بمصالحهم الشخصية بتقرير الحقيقة على عنتها، وإما الوقوع تحت طائلة العقاب إذا هم قرروا ما يخالف الحقيقة. ولهذا قصر القانون دائرة التزوير على الإقرارات التي بها ينسب المزور فعلاً أو صفة إلى شخص آخر على غير حقيقة أو يغتصب مركز شخص آخر أو صفتة". ومعنى هذا بعبارة أوضح أن المزور هو الذي يتعدى فعله مباشرة إلى الغير، إما باغتصاب حق أو صفة لذلك الغير بواسطة المحرر المزور، وإما بنسبته إلى ذلك الغير فعلاً أو صفة لا حقيقة لهما ؛ فغشه واقع دائماً على رأس غيره مباشرة. أما الذي يتعاقد بعقد صوري فإنه يتعاقد على ما له من حقوق أو صفات، فإذا تصرف فلا يتصرف في مال الغير أو حقوقه أو صفاته، وإنما يتصرف في شيء خاص بشخصه. فإذا ترتب على فعله ضرر للغير فإنما يكون ذلك من طريق غير مباشر، لأن تصرفه لم يتناول حقوق الغير وإنما كان مقصوراً على حقوقه هو .

ومثال ذلك بيع شخص ما عقاراً إلى آخر، و لكي يسد الشفعة على الجار ترك الجزء المجاور لأرض الجار ولم ينكره في عقد البيع، وحدد العقار المبيع بحدود غير حدوده الحقيقية. فتصرفه هذا قائم على ملكه الشخصي، وله بطبيعة الحال أن يبيعه كله أو أن ينتقص جزءاً منه، لأن ذلك داخل في حقوق ملكيته. فإذا كان يقصد من انتقاص ذلك الجزء الإضرار بالجار، فليس معنى ذلك أنه خرج في تصرفه

(53) احمد أمين - شرح قانون العقوبات المصري القسم الخاص، ج ١ ، في الجرائم للمضرة بالمصلحة العمومية - بدون دار نشر - ص ٣٢٥ . ويشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بهذا الرأي في حكم قديم لها عندما عاقبت بعقوبة التزوير موثقاً توأطاً مع متعاقدين، وزاد في عقد البيع الذي قام بتحريره ثمن العقار المبيع ليغش المرتهنين العقاريين في حقيقة قيمة ذلك العقار. نقلاً عن أمين، احمد، المرجع نفسه، من ٣٢٤ و جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 83

عن حقوقه الشخصية، وغاية ما يقال انه أساء استعمال حقه إضراراً بالجار، وهذا أمر يصح للجار أن يتداركه بالطرق المدنية بإثبات حقيقة التعاقد وإبطال مفعول العقد السوري (54). ومثاله أيضاً مدين حجز على منقولاته فباعها إلى آخر بعقد صوري، وجعل تاريخه سابقاً على الحجز. لم يخرج المدين في تصرفه هذا عن حدود ملكه، وإن كان قد أراد به الإضرار بالدائن الحاجز وتهريب أمتعته من الحجز، ولكن للدائن أن يبطل مفعول هذا العقد بإثبات صورته. فكل ما سبق شيء والفعل الذي يرتكبه المزور شيء آخر، فإن المزور لا يتصرف في ملكه الشخصي ولا في حقوقه الشخصية، وإنما يتصرف في ملك الغير أو حقوقه أو صفاته، فكل تغيير للحقيقة لا يكون أساسه اغتصاب حق للغير أو نسبة أمر أو صفة إلى الغير لا يعد تزويراً (55).

وعلى هذه الآراء عدة ملاحظات:

١. أنها تخلط ما بين الوسيلة المستخدمة لتحقيق غرض معين وما بين هذا الفرض فالوسيلة قد تكون مشروعة بينما الغرض الذي سعى لتحقيقه من خلالها غير مشروع، فالصوربة من حيث الأصل مشروعة لان العبرة بها للعقد الحقيقي إلا إذا أريد بها مخالفة نص قانوني أمر فعندها تصبح غير مشروعة ويبطل العقد. والمشرع الجنائي أيضاً لا يعاقب على التحريف بذاته إنما يعتبره جريمة ويعاقب عليه إذا نجم عنه أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي.
 ٢. إن قول جاره بأن من يقوم بتغيير حدود عقاره في عقد البيع بغرض حرمان جاره من أخذها بالشفعة لا يعد تزويراً غير مقبول في ظل قوله إن أي اغتصاب لحق للغير يعتبر تزويراً إذ ألا يعد حرمان الشفيع من حقه بأخذ عقاره بالشفعة اغتصاباً لهذا الحق.
 ٣. إن القول بأن الصوربة فيها ضرر قول غير سليم على إطلاقه إذا أن الضرر قد يتوافر في الصوربة ويكون أحد أهدافها، وقد لا يكون
 ٤. إن هدف المشرع الجنائي من معاقبة مرتكب التحريف أو التزوير الذي نجم عنه أو يمكن ينجم عنه ضرر هو حماية المضرور، وهذه الحماية يوفرها القانون المدني باعتداده بالعقد الظاهر السوري في مواجهة الغير حسن النية الذي لا يعلم بوجود صوربة.
 ٥. إن التزوير كما عرفه المشرع الجنائي هو التحريف للحقيقة في الوقائع أو البيانات المراد إثباتها بمحرر أما الصوربة فهي تغيير للحقيقة في تصرف قانوني لذلك لا يمكن أن ينطبق تعريف التزوير الجنائي على الصوربة
- لكل ما تقدم، فإننا نرى أن الصوربة شيء و التزوير شيء آخر وانه لا داع لاعتبار الصوربة جريمة لان النصوص المنظمة لأحكامها في القانون المدني تكفل الحماية ذاتها التي يكفلها المشرع الجنائي بتجريمه التزوير إضافة لوجود الاختلافات السابقة بينهما لاسيما وان المشرع قد اعتبر الصوربة باطلة في بعض الفروض التي رأى المشرع فيها إن الصوربة قد تهدد استقرار المعاملات بين الناس

الفرع الثالث

تمييز الصوربة عن عيوب الرضا

لقد نظم المشرع أحكام العقد، ووضع له أركاناً عامة⁽⁵⁶⁾ تتمثل في: الرضا، والمحل والسبب والرضا لكي يكون صحيحاً يجب أن تكون إرادة طرفي العقد سليمة من العيوب، بمعنى ألا تكون

54) نقلا عن سامي عبدالله - المرجع السابق- ص 195-196.

55) احمد أمين المرجع السابق، ص 325-327 وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها في قضية تتلخص وقائعها في أن وكيل فرع لبنك التسليف الزراعي أثبت- بتواضع مع آخر- في استمارتين من استمارات البنك المعدة لإقراض المزارعين نفوداً مقابل رهن محصولاتهم لديه، أنه استلم منه- على خلاف الحقيقة- كميتين معينتين من القمح وأدخلهما شونه البنك ليمنه من قبض سلفة عليها؛ وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت ما وقع من المتهمين تزوير في أوراق عرفية مستندة إلى القاعدة التي وضعها • جاروا في التفرقة بين الصوربة التي لا عقاب عليها والإقرار الكاذب الذي يتناول مركز الغير وحقوقه في دائرة التزوير المعاقب عليه، والى أن الاستمارتين الصورتين تنطبق عليهما هذه الصورة الأخيرة لأن الفرض من تحريرها هو مسئولية البنك عن مقدار القمح الذي ذكر كذبا فيهما أنه أدخل شونته؛ وقد أقرت محكمة النقض المصرية محكمة الموضوع على ما ارتأته في هذا الخصوص - نقلا عن المصدر ذاته ص 327-328. و جوني عيسى الياس- الصوربة - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 84

56) لقد تضمن التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10-2016 نصوصاً جديدة حول عيوب الرضا، فإلى جانب الغلط والتغريب والإكراه (التي أعيدت صياغة النصوص المتعلقة بها) فتنت المادة 1143 الجديدة المبدأ القضائي المعروف بالإكراه الاقتصادي (*violence économique*) حيث هدف النص هو منع أي طرف من أن يكون مرتبطاً بالتزام لشخص استغل الضعف الاقتصادي للطرف الأول. ولقد أبدت الشركات الفرنسية تخوفها، حين رأت مسودة هذه المادة بأن تمنح المحكمة سلطة واسعة في

صادرة عن أكراه ، أو غلط، أو تدليس، وبُناءً على ذلك فإننا سنقوم بدراسة أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف ما بين الصورية وعيوب الرضا على النحو التالي:

أولاً: تمييز الصورية عن الإكراه:

الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق، على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً، أو معنوياً". تختلف الصورية عن الإكراه:، بأن إرادة المتعاقدين يجب أن تتجّه نحو إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار عقد آخر، أي أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتفق على القيام بهذا العمل .

أمّا الإكراه فهو يمس حرية المتعاقد المكره فهو يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار، فالمكره لا يريد أن يتعاقد ولكن الرهبة التي يشعر بها جراء الإكراه تدفعه على التعاقد (57). كما أن الصورية تختلف اختلافاً بيتاً من حيث الشروط والأهداف:

فمن حيث الشروط: فإنه يشترط في الصورية وجود عقدين مع الاختلاف بينهما في الطبيعة والأركان ، ووجود تعاصر ذهني بين المتعاقدين (58)، أمّا الإكراه فلا يشترط فيه وجود عقدين، ولا يشترط فيه التعاصر الذهني بين المتعاقدين، وإنما يشترط فيه أن تكون الرهبة هي التي حملت المكره على التعاقد، وأن يكون الإكراه: صادر عن شخص يستطيع تنفيذ ما يُهدّد به (59).

أمّا من حيث الأهداف: فإن الصورية قد تكون غير مشروعة، ومثاله الإضرار بحقوق الدائنين، والإضرار بالخزينة العامة، والتهرب من أحكام القانون، وقد تكون أهدافها مشروعة. في حين أن الهدف من الإكراه هو إجبار المتعاقد وحمله على التعاقد وهو في الغالب غير مشروع.

ثانياً: تمييز الصورية عن الغلط: عرّف بعض الفقهاء الغلط بالقول: " توهم غير الواقع، أو هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع" . والعقد لكي يكون صحيحاً يجب أن يكون متفقاً وإرادة الأطراف الحقيقية، التي التقت حول موضوعه وسببه، فالقوة الإلزامية للعقد مستمدة من صحته ومن توافقه مع الأحكام القانونية التي ترعاه، فيأتي تنفيذه متوافقاً مع الإرادة التي أنشأته (60). وبُناءً على ما تقدّم؛ فإنّ الصورية تتفق مع الغلط في أن نتيجة كلا منهما تؤدي إلى فهم الواقع بصورة مخالفة للحقيقة، إلا أن الاختلاف بين الصورية والغلط قائم من عدة جوانب وهي:

أن الصورية اتفاق على خلاف الواقع، في حين أن الغلط هو توهم غير الواقع، أي أنه في الصورية يتفق الأطراف بمحض إرادتهم على إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد الصوري، مع العلم أن العقد المراد تحقيق نتيجته هو العقد الحقيقي، أمّا الغلط فإنه قد يقع دون علم الأطراف أو يقع بموجب تحرير أحد الأطراف بالآخر. كما أنّه يشترط لتحقيق الصورية وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر مستتر، في حين أنه لا يشترط ذلك في الغلط، بل أن الغلط يكون في جوهر العقد المتفق عليه، كذلك فإنه يشترط في الصورية وجود التعاصر الذهني بين العقدين، في حين أنه لا وجود لمثل هذا الشرط في الغلط لعدم وجود عقدين.

ثالثاً: تمييز الصورية عن التدليس:

عرّف الفقهاء التدليس بالقول: " أنه استعمال شخص طرّقاً احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد سواء أكان معه أو مع الغير " (61). يتّضح أن الصورية تتفق مع التدليس في أن كلا منهما يخفي شيئاً تحت ستار ظاهر، إلا أن الاختلاف بينهما واضح، حيث يلجأ إلى التدليس أحد أطراف العقد، أو كلا الطرفين في آن واحد، أو من ثالث، بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين على الغير، فلا يغش أحدهما الآخر فيكون كلا منهما على بينة من الحقيقة وإنما يقصدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر

إبطال (نقض) هذه العقود. حيث كان سبب هذا التعديل مسابقة للمادة 3.2.7 من مبادئ العقود التجارية الدولية، وقد وضعت شرطاً وهو بأن يكون الطرف الذي يستغل حالة الضعف الاقتصادي للطرف الآخر قد حاز " ميزة مفرطة بشكل واضح" ..

(57) عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1979، ص 247.

(58) أنور العمروسي: الصورية وورقة الضد، مرجع سابق، ص 99.

(59) عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 248.

(60) عرفات نواف فهمي مرداوي، مرجع سابق، ص 29

(61) عبد الحميد الشواربي والدناصوري: الصورية في ضوء الفقه والقضاء: مرجع سابق، ص 8.

معين (62) كما أن الغاية من التدليس هي موافقة الطرف الآخر على التعاقد بطرق احتيالية مما يجعل العقد قابلاً للإبطال، أمّا الصورية فكلما المتعاقدين على علم بما يخفيانه عن الغير (63). كما أن التدليس يعتبر دائماً غير مشروع، حيث يقصد منه دائماً غش المتعاقد الآخر، أمّا الصورية فقد يقصد منها غش الغير، أو غش الخزانة العامة، أو التحايل نحو القانون، أو تكون الغاية منها مشروعة، كذلك فإن التدليس يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات كونه واقعة مادية، أمّا الصورية فهي تصرف قانوني لا يمكن إثباتها كمبدأ عام إلا بالكتابة. ولا يوجد ما يمنع أن تجتمع الصورية مع التدليس في عقد واحد كان يتفق الطرفان على إبرام عقد بيع صوري يستتر عقد حقيقي ويقوم المشتري بإعطاء البائع ورقة ضد بتوقيع مزور تدليسياً منه على البائع (64)

الفرع الرابع

الصورية و الاتفاق الإضافي والتحفظ الذهني

أولاً- الصورية و الاتفاق الإضافي (ملحق العقد):

يعرّف الفقه الاتفاق اللاحق أو الإضافي على أنه: "عقد جدي جديد باردتين جديتين، جاء معدلاً لاتفاق سابق جدي كلياً أو جزئياً" (65). قد يكون إبراء من دين أو فسخاً أو استبدال لدين يتّضح لنا من خلال هذا التعريف أن الصورية تتفق مع الاتفاق الإضافي في وجود عقدين، إلا أنه في الاتفاق الإضافي يكون العقد اللاحق معدلاً لشروط العقد السابق إما كلياً أو جزئياً، وهذا يعني أننا نكون بصدد عقد حقيقي، تكمن وظيفته في تعديل الإتفاق السابق، فلا يوجد صورية فيه رغم وجود عقدين (66). كما أن الصورية تشترط وجود التعاصر الذهني بينهما، في حين أن الاتفاق الإضافي يكون لاحقاً على الاتفاق السابق (67). ثمّ أن الصورية يقصد بها الإضرار بالغير، أو الإضرار بالخزانة العامة، أو التحايل على القانون، وقد يكون لها أهدافاً مشروعة.

أمّا الاتفاق الإضافي فإن القصد منه هو تحقيق شروط أفضل، إمّا لمصلحة الطرفين، وإمّا لمصلحة أحدهما. ومثال ذلك: أن يقوم شخص بتأجير منزل لآخر بأجرة شهرية قيمتها مائة وخمسون جنيهاً، وبعد مضي بضعة أشهر ولسوء الأوضاع، إتفق الطرفان على تخفيض قيمة الأجرة من مائة وخمسين جنيهاً إلى مائة جنيهاً. هنا يكون الطرفان قد اتفقا على تعديل شروط العقد فيما يتعلق بالأجرة دون غيرها، حيث تبقى شروط العقد الأخرى كما هي، وهذا ما يُسمّى "بالتعديل الجزئي للعقد"، وقد يقوم شخص بتأجير آخر منزلاً، وبعد مضي الوقت يقوم الطرف الثاني بشراء ذلك المنزل، فإن الاتفاق اللاحق يعد تعديلاً كلياً للعقد السابق.

ثانياً- الصورية والتحفظ الذهني :-

التحفظ الذهني يعني إن يضم أحد المتعاقدين في ذهنه أمراً لم يظهره أي أن يضم من يصدر عنه التعبير في ذهنه إرادة مخالفة لتعبيره عن قصد منه. وعليه فتتفق الصورية مع التحفظ الذهني في أن كل منهما ينطوي على تغيير مقصود للحقيقة فهما لا ينشأن عن غلط عرضي بل عن قصد وتعمد، كما يشتركان في وجود ارادتين إرادة ظاهرة معلنة وإرادة حقيقية مستترة إلا أنهما يختلفان في نواح عديدة نجلها فيما يلي :-

١ . تختلف الصورية عن التحفظ الذهني في أنها نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين- دون إن يتفق مع الآخر- بإظهار إرادة وإبطال إرادة أخرى تختلف عن

(62) احمد سلامة - نظرية الالتزام طبعة 1978 - بدون دار نشر - ص 123- عبدالودود يحيى - النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام " 1981- بدون دار نشر- ص 91

(63) أحمد مرزوق: في نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 88.

64 - رأفت محمد احمد حماد - مشروعية الصورية في القانون المدني المصري - مرجع سابق ص 31

(65) عبد الحميد الشواربي والذناصوري: الصورية في ضوء الفقه والقضاء: مرجع سابق، ص 87.

رأفت محمد احمد حماد - مشروعية الصورية في القانون المدني المصري - مرجع سابق ص 35

(66) سامي عبدالله : نظرية الصورية في القانون المدني، مرجع سابق، ص 205.

(67) عبد الرزاق أحمد السنهوري،: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام- الإثبات - آثار الالتزام)- مرجع سابق 1080.

الأولى، فإن إرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بإرادته الباطنة التي تخالفها. فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

٢. التحفظ الذهني يتجه للتحايل على الدوافع بينما الصورية موجهة نحو الآثار؛ ففي التحفظ الذهني يسعى الطرف المتحفظ إلى إقناع الطرف الآخر بالرضا بالعقد على ضوء إرادته المعلنة رغم أنه يطن إرادة أخرى مخالفة لما أعلنه بينما الصورية تتجه نحو آثار العقد الظاهر فتلغيه أو تعدله .

٣. يجوز إثبات التحفظ الذهني بكافة طرق الإثبات فهو - باعتباره نوعاً من أنواع الغش والتدليس- يعد واقعة مادية بالنسبة للطرف الآخر يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بينما الصورية باعتبارها تصرفاً قانونياً لا يجوز إثباتها من حيث المبدأ إلا بالكتابة .

٤ . يترتب على التحفظ الذهني ما يترتب على الاختلاف بين الإرادة الظاهرة وبين الإرادة الباطنة من أحكام وعليه لا يمكن للطرف المتحفظ الاحتجاج به ضد الطرف الآخر حسن النية أو ضد الغير حسن النية الذي لا يعلم بوجود التحفظ فالعبرة للإرادة المعلنة لا للتحفظ الذهني. بينما يترتب على الصورية أعمال الإرادة الحقيقية أي التصرف الحقيقي من حيث المبدأ وإن جاز التمسك بالتصرف الظاهر على سبيل الاستثناء من قبل الغير حسن النية. (68)

الفرع الخامس

الصورية والتعاقد من الباطن

يظهر التعاقد من الباطن في عقود المعاولة، وعقود الإيجار وغيرها، وعقود المعاولة من الباطن تعنى: " أن يعهد المفاوض الأول بالعمل محل المعاولة إلى مفاوض آخر لإنجازه، فإما أن يعهد بكل العمل أو بجزء منه إلى مفاوض آخر، لإنجازه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك، والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمناً كما لو كانت طبيعة العمل تقتض مثل الاعتماد على كفاءة المفاوض الشخصية" (69).

أما الإيجار من الباطن، فيكون عندما يؤجر المستأجر الأصلي العقار محل الإيجار إلى مستأجر آخر جديد بأذن من المؤجر، ويترتب على ذلك أنه يوجد في عقد المعاولة من الباطن عقدين، الأول ما بين صاحب العمل والمفاوض الأول، والثاني يكون ما بين المفاوض الأول والمفاوض الثاني. **وبناءً على ذلك؛ فإن الصورية تتفق مع التعاقد من الباطن أنه في كلا الحالتين:-** يوجد عقدان، أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري، والثاني خفي وهو العقد الحقيقي، كذلك الحال فإن التعاقد من الباطن في كلا الحالتين السابق ذكرهما يحتوى على عقدين ولكن كليهما ظاهران، ولا يوجد عقد خفي، كذلك الحال فإن الصورية يكون أطراف التعاقد فيها هم نفس الأشخاص، في حين أن التعاقد من الباطن يكون أطرافه مختلفين ففي عقد المعاولة مثلاً يظهر علاقتان مختلفتان، تتمثل الأولى فيما بين صاحب العمل والمفاوض الأول، وأما الثانية تتمثل فيما بين المفاوض الأول والمفاوض الثاني، وفي عقد الإيجار من الباطن توجد علاقتان، الأولى ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي، والثانية ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر الجديد.

إن الغاية من الصورية هي الإضرار بالغير، أو الغش نحو القانون، أو الإضرار بالخرانة العامة، وقد يكون لها غايات مشروعة، أما الغاية من التعاقد من الباطن فهي مشروعة في حال أن العقد لم يمنع ذلك، أو تم الحصول على إذن للقيام بهذا التصرف، كما يشترط وجود المعاصرة الذهنية في الصورية فيما بين العقدين، في حين أنه لا مكان لوجود مثل هذا الشرط في التعاقد من الباطن، حيث أن العقد الأساسي هو الذي يسمح أو يمنع قيام العقد الثاني، كما يشترط في الصورية اختلاف طبيعة وأركان وشروط التعاقد، في حين أنه لا يشترط ذلك في التعاقد من الباطن.

الفرع السادس

التمييز بين الصورية والخطأ في تكيف العقد

يقصد بتكيف العقد: إعطاء العقد الوصف القانوني الذي يدل على مضمونه ويتفق مع بنوده. والخطأ في تكيف العقد يعنى: إعطاء العقد وصفاً قانونياً لا يتفق مع مضمونه"، والخطأ قد يكون مقصوداً وقد يكون غير مقصود، وهو يتفق مع الصورية في أن كلاً منهما ينشأ عنه مظهر خارجي

68 (.) جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 84

السنهوري- الوسيط - المجلد الثاني- المرجع السابق، ص 1078

(69) جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المعاولة)، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997،

يخالف الحقيقة، إلا أنه يوجد اختلاف بينهما، فالعقد الصوري هو عقد لم تتجه إرادة الأطراف إليه، في حين أن العقد الوارد خطأً في تكيفه، هو عقد حقيقي جدي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذه، مهما كانت الغاية التي أرادوها، ولكن تم تكيفه بشكل خاطئ بما يتعارض مع طبيعته وشروطه ونصوصه(70).

إن الغرض من الصورية هو الغش نحو القانون، أو الإضرار بالغير، أو الإضرار بالخزانة العامة، أمّا الخطأ الوارد في تكيف العقد إذا كان مقصوداً، فإن الغاية منه تتمثل في التحايل على القانون ونصوصه الأمرة، أما إذا كان غير مقصود وصادراً نتيجة جهل من أطرافه، فإن الغاية منه هي تنفيذ مضمون وشروط العقد. كذلك الأمر فإن مسألة إثبات الصورية بين المتعاقدين تكون بوجه عام بالبينة، أمّا إثبات الخطأ في الوصف فإنه يكون بكافة طرق الإثبات، كما أن للمحكمة السلطة التقديرية في إعطاء التصرف الوصف الحقيقي له، وتطبق عليه النصوص القانونية الخاصة به (71).

أهمية التفرقة بينهما: للتفرقة ما بين الصورية و التكيف الخاطئ فوائد كثيرة يمكن ردها إلى فئتين، الأولى نظرية تتمثل في توضيح وبيان اللبس الحاصل والخطأ الواقع ما بين المفهومين وفي الحقيقة أن كثيراً من التصرفات التي تبطل لصورتها هي في الواقع مجرد وسائل ملتوية للوصول إلى أغراض بعيدة عن الأغراض العادية المباشرة والمألوفة، ويمكن إبطالها بوسائل عدة كالقول بانتفاء الرضا أو تعييبه أو انعدام نية المشاركة في الشركات مثلاً لذلك لا حاجة للجوء لفكرة الصورية طالما أنه لا يوجد اتفاق مستتر من شأنه إبعاد مفاعيل العقد الظاهر ولو بصورة جزئية.

وثانيهما عملية ذات شقين الشق الأول يتعلق بالإثبات فالصورية لها قواعد إثبات خاصة بها ففيما يتعلق بإثباتها بين أطرافها لا بد من توافر دليل كتابي عليها طالما أن العقد الظاهر محرر كتابة - من حيث المبدأ أما بالنسبة للغير فيجوز لهم إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات .

أما فيما يتعلق بالتكيف الخاطئ فإن إثباته يخضع للقواعد العامة في الإثبات . لذلك لا يجوز في حالة الصورية الادعاء بوجود خطأ في التكيف للتحايل على قواعد الإثبات المقررة للصورية . أما الشق الثاني فيتعلق بمدى رقابة محكمة النقض فاستخلاص وجود الصورية من عدمه لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأنها محكمة قانون وتقرير الصورية مسألة وقائع تفصل فيها محكمة الموضوع، بينما التكيف الخاطئ يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض .

يتضح مما تقدم أن الصورية تلتقي مع التكيف الخاطئ من حيث أنه ينجم عن كل منهما عمل ظاهري خادع، ففي الصورية بطريق التستر يعطي أطرافها التصرف الحقيقي المستتر وصفاً ظاهراً مغايراً له بصورة كلية أو جزئية، ونفس الأمر في التكيف الخاطئ حيث يعطي أطراف التصرف اسماً لتصرفهم يخلق وضعاً ظاهرياً مغايراً له يختلف عن التكيف الحقيقي له .

ورغم هذا الشبه إلا أنه لا زالت هناك فروق جوهرية بين الأمرين نجملها فيها يلي:-

1- أن الصورية بطريق التستر هي وليدة إرادة واعية متجهة إليها بغية الاحتيال على القانون أو الأضرار بالغير أو تحقيق أمور مشروعة. بينما التصرف الذي اخطأ أطرافه في تكيفه هو عقد حقيقي جدي اتجهت نية الطرفين إلى تنفيذه، بكل مشتملاته. إلا أن أطرافه أخطأوا في تكيفه سواء أكان هذا الخطأ في التكيف قد تم بصورة إرادية أو نتيجة جهل وعدم دراية

2- أن الفرض من الصورية إما التحايل على القانون أو الأضرار بالغير أو تحقيق أغراض مشروعة أما التكيف الخاطئ متى كان إرادياً فهده التحايل على النصوص القانونية الأمرة حيث يحاول أطرافه إخضاع تصرفهما لنظام قانوني معين و الإفلات من تطبيق النصوص القانونية المنظمة لحقيقة التصرف (72)

3. تقرير الصورية مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض في هذا الاستخلاص والتقرير بينما يعد التكيف من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض .

(70) أحمد مرزوق،: في نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص92. عرفات نواف فهمي مرداوي، م،س، ص32 - السيد عبد الوهاب عرفه - الدفع بالصورية في ضوء أحكام النقض- مرجع سابق - ص20 (71) سامي عبد الله: نظرية الصورية في القانون المدني: مرجع سابق، ص207. (72) مجدي حسن خليل ، الصورية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 1992 ص 32-33 .

- ٤ . إثبات الصورية تخضع لقواعد إثبات خاصة ، بينما الخطأ من التكيف يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بل أنه يكفي فيه قراءة التصرف وتصفحه لأثبات الخطأ الحاصل في التكيف بل أنه يجب على المحكمة البحث في تكيف التصرف وإعطاءه التكيف القانوني السليم ومن تلقاء نفسها دون أن ينسب لها تغيير سبب الدعوى أو الحكم بما لم يدع به بينما الإطلاع على التصرف الظاهر وحده في الصورية لا يسمح باكتشاف الحقيقة لهذا لا بد من اللجوء لعناصر خارجية ومطابقة الحقيقة بالظاهر .
- ٥ . من الملاحظ وجود تناقض شامل ما بين التصرفين الحقيقي والظاهر في الصورية حيث يتستر تصرف وراء آخر . بينما لا نجد في التكيف الخاطئ سوى تناقض بين مضمون التصرف وعنوانه .
- ٦ . يترتب على الصورية سريان العقد الحقيقي من حيث المبدأ- ما عدا الذين استثناهم المشرع لحسن نيتهم حيث يسري عليهم العقد الظاهر- بينما يترتب على التكيف الخاطئ قيام القاضي بإسباغ الوصف الحقيقي على التصرف متجاهلا التكيف الذي أضفاه أطراف التصرف عليه .
- ٧ . في الصورية نكون أمام تصرفين أحدهما حقيقي مستتر والآخر صوري ظاهر بينما في التكيف الخاطئ نكون أمام تصرف واحد حقيقي لكنه أعطي وصفاً خاطئاً .
- ٨ . يذكر فقهاء المفهوم الواسع للصورية فرقاً آخر بينهما حيث يقولون أن التكيف الخاطئ لا يمكن أن يتناول إلا تصرفاً قانونياً بينما الصورية تتعدى ذلك لتشمل الوقائع القانونية .

الفرع السابع

الصورية والتنويه في العقد عن أمر مستتر

- قد يحصل أن يقوم أطراف التصرف القانوني بالتنويه في العقد عن أمر مستتر، كما في عقد البيع مع التقرير بالشراء عن الغير وهذا البيع عبارة عن عقد بيع يورد فيه أطرافه شرطاً صريحاً في طلب عقد البيع بحيث انه يعلن على الملأ أن الثراء قد تم لمصلحة الغير .
- وقد يحدث التباس ما بين موقف المشتري في هذا العقد وبين موقفا الشخص المسخر في نوع من أنواع الصورية وهو الصورية بالتسخير حيث لا يعتبر هذا الشخص المستفيد النهائي في التصرف الذي أبرمه بل يقوم بنقل الفائدة التي تحققت بموجب هذا التصرف إلى المستفيد الحقيقي من إبرامه. ورغم هذا التشابه الظاهري إلا أنه توجد فروقات كبيرة بين الموقفين فالصورية تختلف عن العقد الظاهر الذي نوه فيه عن أمر مستتر في عدة نواح نجملها فيما يلي
- ١ . أن الصورية تفترض وجود عقدين أحدهما صوري وثانيهما حقيقي، وتفترض في العقد الحقيقي أن يكون مستتراً لا يشار إليه في العقد الظاهر، بل يظل سراً بين أطرافه وإلا كشفت الصورية وأدرك ذوو المصلحة طبيعة العقد الظاهر ومتى فقد العقد المستتر طبيعته السرية فقدت الصورية أهم أركانها. وهذا فقدان متحقق عند التنويه في العقد الظاهر عن أمر مستتر وبذلك تنتفي الصورية هنا لانتهاء سرية العقد المستتر .
- ٢ . الصورية تفترض وجود تناقض ما بين العقد الظاهر والعقد المستتر سواء أكان تناقضاً كلياً أم جزئياً و لا نجد مثل هذا التناقض في العقد الظاهر الذي ينوه فيه عن أمر مستتر بل نجد تكاملاً بينهما ففي البيع مع التقرير بالشراء عن الغير مثلاً نجد أن قيام المشتري بتحديد اسم المستفيد الحقيقي من التصرف القانوني لا يتناقض مع عقد البيع إنما يعتبر منفذاً ومطبقة لشروطه .
- ٣ . الصورية تحتوي في جوهرها على خداع سواء للأفراد أو للقانون. بينما لا نجد مثل هذا الخداع في العقد الظاهر الذي نوه فيه عن أمر مستتر بل نجد محاولة من أطرافه لبيان الحقيقة وهي أن العقد يتم لمصلحة شخص آخر ليس طرفاً فيه فهي محاولة لتلافي أي خداع أو لبس قد يقع فيه الغير .
- ٤ . يترتب على الصورية سريان العقد الحقيقي بين المتعاقدين والعقد الظاهر الصوري بالنسبة للغير حسن النية إذا تمسك به أي أن الغير حسن النية يستطيع أن يتهرب من نفاذ آثار العقد الحقيقي عليه لأنه لا يعلم به. بينما الغير لا يستطيع التهرب من سريان آثار العقد الظاهر الذي نوه فيه عن أمر مستتر في مواجهته لأنه كما قلنا اتفاق واضح شريف لا لبس فيه ولا غموض بذلت فيه العناية الكافية لإخطارهم به(73).

(73) عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص ٣٦١.

5. تفترض الصورية وجود اتفاقين أحدهما ظاهر صوري والآخر حقيقي مستتر ولا نجد اتفاق صوري في الاتفاق الظاهر الذي نوه فيه عن أمر مستتر بل نجد اتفاق ظاهر حقيقي صحيح لا تشوبه شائبة وبذلك تفقد الصورية أحد مكوناتها وهو وجود اتفاق ظاهر صوري غير حقيقي

المبحث الثاني

أنواع ونطاق الصورية وشروط توافرها في التعاقد

تقسيم:-

نتعرض في هذا المبحث لبيان أنواع ونطاق الصورية وشروطها على ما يلي:-

المطلب الأول

أنواع الصورية في التعاقد

سنقوم في هذا المطلب ببيان الأنواع المختلفة للصورية. وفي الواقع يمكننا تقسيم الصورية بحسب الزاوية التي ننظر منها إليها إلى ثلاثة تقسيمات هي:-

1. أنواع الصورية بحسب غايتها.
 2. أنواع الصورية بحسب أطرافها.
 3. أنواع الصورية بحسب موضوعها وهو التقسيم الأكثر شيوعاً على السنة والفقهاء والقضاء .
- ونستعرض هذه التقسيمات في الفروع الثلاثة التالية ثم نتبعها بفرع يبين فيه ما ذهب إليه البعض من نقد التمييز ما بين الصورية المطلقة والصورية النسبية

الفرع الأول

أنواع الصورية بحسب غاياتها

إن تقسيم الصورية بحسب بواعثها و غاياتها هو في الحقيقة تقسيم يقوم على الاهتمام بالبواعث الشخصية (74) التي حدثت بالأطراف إلى التعاقد والتي تختلف من عقد لآخر. ويمكننا تقسيم الصورية من هذه الزاوية إلى ثلاثة أنواع :

- أ- الباعث على الصورية غير المشروع .
 - ب- الباعث على الصورية اقرب إلى المشروع منه إلى غير المشروع .
 - ج- الباعث على الصورية المشروع .
- أ- الباعث على الصورية غير المشروع :-

وهذه هي الصورة الغالبة في التطبيق فالصورية في اغلب الحالات تخفي أهدافاً غير مشروعة وبواعث غير مشروعة هدفها التحايل على نصوص القانون كما أوضحنا سابقاً، أو الإضرار بحقوق الغير كالدائنين والدولة ولهذا أصبحت الصورية مرادفة للغش.ومن الأمثلة على الصورية غير المشروعة البيع الوهمي الذي يجريه المدين لتهريب المبيع من وجه دائنيه ومنعهم من حجزه والتنفيذ عليه وبيعه واستيفاء حقوقهم من ثمنه، أو كما في البيع الذي يحدد فيه الطرفان في الظاهر ثمناً للمبيع اقل من الثمن الحقيقي له لإنقاص قيمة ما يدفعونه للخزانة العامة كرسوم لانتقال الملكية. (75)

ب- الباعث على الصورية باعث اقرب إلى المشروع منه إلى غير المشروع :-

ومثاله الهبة المستترة وراء عقد بيع توخياً للسهولة وتجنباً لما في عقد الهبة من شكليات .

ج- الباعث على الصورية المشروع :-

قد يكون الباعث على الصورية باعث مشروع بل قد يكون باعثاً نبيلاً يستحق الثناء والتقدير كأن يقوم شخص بالتبرع للجمعيات الخيرية والقيام بأعمال بر وإحسان بواسطة اسم مسخر حرصاً منه على إبقاء شخصه مجهولاً دون أن يبتغي من عمله شكراً أو جزاءً دنيوياً.

(74) من الملاحظ اهتمام الفقهاء الإسلامي بالعوامل الشخصية حيث قاموا بالتمييز بين مختلف أنواع الصورية بالاستناد إلى هذه البواعث فعند حديثهم عن الحيل والتي تعتبر - في نظر البعض- عقوداً صورية قالوا : أن كل حيلة يحتال بها الرجل لإبطال حق الغير أو لإدخال شبهة فيه أو لتمويل باطل فهي مكروهة، وكل حيلة يحتال بها الرجل ليتخلص بها من حرام أو ليتوصل بها إلى حلال فهي حسنة . انظر شحاتة، شفيق ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص 137

(75) - يلاحظ أن الدكتور جلال العدوي قد حصر التقسيم الغائي للصورية على الصورية غير المشروعة والتي قسمها إلى نوعين صورية يقصد بها الأضرار بالدائنين، وصورية يتصد بها التحايل على القانون. انظر مؤلفه في أحكام الالتزام- ص 8، 20 وما بعدها، وقد أيدته في هذا السلك مجدي حسن خليل ، الرسالة السابقة، ص 23 .

-جونى عيسى اليأس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 96 هامش رقم 1

الفرع الثاني

تقسيم الصورية بحسب أطرافها (التقسيم الشخصي للصورية)

نتقسم الصورية من حيث الأطراف المشاركة فيها إلى قسمين

أ- صورية ثنائية الأطراف :-

وهي تتميز بمشاركة نفس الأشخاص في العقدین الظاهر والمستتر، فتكون الصورية عملاً مشتركاً بين نفس الأطراف الذين يظهرون بمنتهى الوضوح في العقدین الظاهر والمستتر على السواء قاصدين من ذلك أمراً أو أكثر من الأمور التالية

1. إبرام تصرف وهمي : حيث يسعى العاقدان إلى خلق اعتقاد بوجود عقد ما ليس عند أحدهما نية إبرامه بالفعل، وهنا يبرم أطراف العقد ورقة ضد تلقي كل اثر لهذا العقد

2. إبرام عقد مستتر:- حيث يقوم الطرفان بإبرام عقد مستتر يخفي العاقدان من خلاله الطبيعة القانونية للتصرف، فهنا - بعكس الحالة الأولى - التصرف حقيقي وليس وهمي إنما يقصد من الصورية تقديم العقد بتكليف غير صحيح لكنه أصلح لأطرافه ثم تأتي ورقة الضد لتصحيح هذا التكليف غير الصحيح بما يتفق والإرادة الحقيقية للأطراف ومثاله إبرام عقد هبة مستتر تحت شكل بيع بهدف عدم التقييد بالإجراءات الرسمية التي تعد ركناً في عقد الهبة في بعض القوانين فهنا يبرم طرفا الهبة عقد بيع يستتران به الهبة لإخفائها عن أعين الغير.⁽⁷⁶⁾

3- إبرام عقد ظاهر يتعارض مع العقد المستتر:- وقد يقع هذا التعارض في احد عناصره كالثمن أو السبب أو التاريخ فيبرم البائع والمشتري عقد بيع يذكر فيه ثمناً معيناً ثم يحرران بنفسهما ورقة ضد تبالغ أو تبخس هذا الثمن غشاً بالخرانة العامة أو بحقوق الشفيع، أو أن يذكر المتعاقدان سبباً صورياً للتصرف رغم أنهما يتفقان على سبب آخر لتصرفهما، أو كأن يذكر تاريخاً معيناً لتصرفهما ليس هو التاريخ الحقيقي له .

ب- صورية ثلاثية الأطراف :-

وهي تتميز بوجود أطراف جديدة مشاركة لطرفي العقدین الظاهر والمستتر. وهنا تتكون الصورية من إخفاء شخصية أحد المتعاقدين بواسطة سائر هو شخص مسخر يبدو كما لو كان يتصرف لحسابه مع انه يتصرف لحساب أصيل يجد من مصلحته عدم إظهار شخصيته في التعاقد. وهنا يبدو الأمر كما لو كان يدور بين ثلاثة أشخاص: المستعير للاسم (المسخر أو الموكل)، الاسم المستعار (الشخص المسخر أو الوكيل)، المتعاقد مع الشخص المسخر، وهنا لا بد من علم الأخير بأمر الوكالة ما بين المسخر والمسخر بل أن علمه لا يكفي إذ لا بد من رضائه وإلا لتحول الأمر من صورية إلى تدليس يمارسه متعاقد على آخر. وهذا ما يميز الصورية ثنائية الأطراف عن الصورية ثلاثية الأطراف ففي الصورية ثنائية الأطراف يبدأ الأمر وينتهي بين طرفي العقد الظاهر والمستتر، أما في الصورية ثلاثية الأطراف فيبدأ الأمر بين طرفي العقد، وينتهي بظهور شخصية جديدة تنضم إليهما⁽⁷⁷⁾

الفرع الثالث

تقسيم الصورية بحسب موضوعها

تقديم وتقسيم:

تقسم الصورية من حيث موضوعها أو المحل الذي ترد عليه إلى نوعين:-

صورية مطلقة أو كلية وصورية نسبية أو جزئية و أساس التفرقة بين نوعي التصرّفات الصوريّة " التصرّفات ذات الصوريّة المطلقة، والتصرّفات ذات الصوريّة النسبيّة"- وعلى نحو ما سيلي- هو مدى تغلغل الصوريّة في أركان التصرّف القانوني.

⁷⁶ المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الطعن على عقد البيع أنه يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويستهدف إعمال آثار العقد المستتر دون آثاره الظاهرة لاختلاف الصورتين. الطعن رقم ٢٩٩٥ لسنة ٧٩ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٨/٠١/٢٠١٩

⁷⁷ مجدي حسن خليل- الرسالة السابقة - ص 17 و25 و24 المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن الصورية التدليسية التي تقوم على إخفاء إيجار وراء البيع تعد تحايلاً على القانون بما يترتب عليه بطلان البيع، وهذه الصورية التدليسية تثبت بالبينة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات. الطعن رقم ١٧٢٨٦ لسنة ٨١ قضائية دوائر الاجارات - جلسة ٢٨/٠١/٢٠١٩

ويثور التساؤل ما معنى أن العقد صوري صورية مطلقاً، أو صورية نسبية؟

وهذا التساؤل عن مدى تغلغل الصورية في العقد، والحديث عن الصورية المطلقة، والصورية النسبية، هو حديث عن حالات الصورية، أو نوعا الصورية، فقد تقع الصورية على العقد برمته، أو على ركن من أركانه، أو على العاقدين، أو على سبب العقد، أو على ماهيته، وشروطه، أو على تاريخه. وتقع الصورية على العقد برمته كما إذا تصرف المدين في أمواله تصرفاً صورياً هرباً من دائنيه، وهنا التصرف صوري فيصبح لا أثر للعقد في الوجود، وتقع الصورية على العاقدين في صور كثيرة، فهنا الصورية في العقد وعلتها بالعين المبيعة، وكذلك حرّم القانون الوصية لوارث. وكذلك الشرع - فإذا ما أصرّ المورث على الإيصال له، حرّر العقد صورة باسم أجنبي عن الورثة، وهنا تكون الصورية في العاقد الصادر له العقد، وعلتها تحريم القانون- والشرع- الوصية لوارث، احتفاظاً بحقوق الغير، وهم سائر الورثة الآخرين.

وتقع الصورية أيضاً على سبب العقد، كما إذا سبب الالتزام غير مشروع لمخالفته للقانون، أو للأدب، أو للنظام العام، فيضطر الدائن مدينه إلى ذكر سبب غير صحيح في العقد إغواءً لسببه الحقيقي غير المشروع، وهنا يكون السبب الظاهر وهو السبب غير حقيقي صورياً، ويكون السبب الخفي غير مشروع، وقد لا يكون للتعهد سبب أصلاً، فينص العقد على سبب غير حقيقي لإعطاء سبباً ظاهراً مشروعاً. وقد تقع الصورية على ماهية العقد وشروطه هرباً من أحكام القانون الشكلية أو الموضوعية، كأن يحرر عقد هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يضطر الواهب إلى تحرير عقد رسمي بالهبة، أو أن يحرر عقد وصية في صورة عقد بيع أو هبة منجزة، بينما يأخذ الموصي على الموصى له إقراراً بالوصية- أو شرطاً بتعليق نفاذ البيع على وفاة الموصي. وقد تقصر الصورية على تاريخ العقد، فيقدم المريض مرض موت مثلاً تاريخ عقده على مرضه لنجاز تصرفه قبل الورثة، أو يؤخر القاصر تاريخ تعهده إلى ما بعد سن الرشد، أو يجعل المحجور عليه التاريخ سابقاً على الحجر عليه. إذن فالصورية لا تخرج عن إحدى حالتين:

الحالة الأولى: وتسمى " الصورية المطلقة " ومقتضاها ألا يكون للعقد الصوري أثر من الوجود بالمرّة. **الحالة الثانية: وتسمى " الصورية النسبية "** ومقتضاها أنها- على خلاف الصورية المطلقة- فهي تقتصر على التحايل بخصوص جزء من العقد لا كل العقد، وقد يكون هذا الجزء- محل أو موضوع الصورية- نوع العقد- شخوص المتعاقدين- ركن في العقد- شرط من شروط العقد. ومن هنا أتت تسميتها بالنسبية.

(78) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه: " تختلف الصورية المطلقة عن الصورية النسبية التي لا تتناول وجود العقد، وإنما تتناول تاريخه أو نوعه، أو ركناً فيه، أو شرطاً من شروطه، أو شخص المتعاقدين، كما تختلف الصورية بنوعها عن التزوير، لأن كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر، فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي، أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته. (79) ونتناول ذلك في الغصون التالية :

الغصن الأول**الصورية المطلقة أو الكلية**

يمكن تعريف الصورية المطلقة على أنها: " هي التي تتعلق بوجود العقد ذاته، حيث أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، وكذلك الأمر فإن الاتفاق المستتر لا يتضمن عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر، إلا أن الاتفاق المستتر يثبت أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له" (80). ومثال

(78) محمد مسعود، الصورية وإشكالات التعامل معها- مرجع سابق ص 11 وما بعدها.

B.Starck, Droit civil , Obligations , T.I.Responsabilite delictuelle ,2eme ed , Par H. Roland ,L.Boyer,P.7n01

(79) الطعن رقم (4014) لسنة 66 ق، جلسة: 30 / 1 / 1997م- انظر سعيد احمد شعله - قضاء النقض في الصورية والشفعة - منشأة المعارف الإسكندرية - بدون سنة نشر - ص 28

(80) أنور سلطان،: أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، مرجع سابق، ص 152. المقرر في قضاء محكمة النقض أن الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود العقد ذاته وتعني عدم قيام العقد أصلاً في نية عاقديه . الطعن رقم ٤١٩٢ لسنة ٨١ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٠/٥/٢٠١٤ عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في

على الصورية المطلقة: عندما يريد شخص أن يتهرب من قيام دائنيه بالتنفيذ على أملاكه، فيقوم ببيع هذه الأملاك بيعاً صورياً إلى آخر يتفق معه على ذلك، وهنا يكتبان عقداً ظاهراً، ويكتبان في الوقت نفسه سنداً مستتراً يدحضان فيه عملية البيع هذه، ويبينان أن هذا البيع لا وجود قانوني له. والسند المستتر هو ورقة الضد. وأكدت محكمة النقض المصرية أن: "الصورية نوعان: وهي الصورية المطلقة، والصورية النسبية" (81). وقد اعتمدت المحكمة على المعيار الموضوعي في تحديد ما إذا كانت الصورية مطلقة أم نسبية. والمعيار الموضوعي أو المادي وفق ما جاء في هذا الحكم: هو الذي ينظر فيه إلى محل الالتزام لا إلى أشخاصه. ويوضح الفقه بصدد هذا الحكم أن: "العلاقة بين الدائن والمدين ليست علاقة بين شخصين، وإنما علاقة بين ذمتين، ذمة الدائن وذمة المدين، وتحتوى الذمة المالية لكل منهما على مجموعة من العناصر الايجابية والسلبية، أي ما على الشخص من ديون وما له من حق".

كما يوضح بعض الفقهاء أيضاً: "أن المذهب المادي ينظر إلى محل الالتزام في حد ذاته، ويعتبره العنصر الأساسى ويجرّده من الرابطة الشخصية حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص المدين ويختلط بمحلّه فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية". وبناءً على هذا المعيار (الموضوعي أو المادي)، فإن كلاً من طرفي الالتزام له حقوق وعليه واجبات، فالبايع عليه واجب تسليم المبيع وله الحق في استلام الثمن، والمشتري له الحق في استيفاء المبيع وعليه واجب دفع الثمن.

- أهميته عنصر الثمن في تحديد الصورية:-

لكي يكون الثمن حقيقياً لا بد من توافر شروط مُعيّنة، من ضمنها أن يكون الثمن جدياً ويعنى ذلك: "أن يكون الثمن حقيقياً لا صورياً، أي أن المتعاقد يرغب في الحصول عليه، والثمن الصوري لا يرغب البائع في الحصول عليه من المشتري إلا أنه يذكر في العقد ليظهر التصرف على أنه بيع، ولكن في حقيقة الأمر نكون بصدد عقد هبة مستتر في صورة عقد بيع، كما يلحق الثمن التافه الثمن الصوري، لأنه يكون زهيداً وغير متناسب مع قيمة المبيع، إلا أن البائع يحصل عليه فعلاً، ومثال ذلك: لو باع شخص إلى آخر قطعة أرض نظير ألف جنية وقيمتها الحقيقية خمسون ألف جنية، فإن الثمن يكون تافهاً غير متناسب مع الثمن الحقيقي لقطعة الأرض.⁸²

أما الثمن البخس: فهو ثمن جدي يرغب البائع في الحصول عليه، ولكنه لا يساوى قيمة المبيع، إلا أننا نكون بصدد عقد بيع " (83). ومثال ذلك: لو أن شخصاً باع قطعة أرض بخمسة وعشرين ألف جنية وقيمتها الحقيقية هي خمسون ألف جنية، فإن الثمن هنا يكون جدياً ولكنه بخس. ويتضح لنا من ذلك، أن الثمن يلعب دوراً هاماً في تحديد الصورية، فقد يكون الثمن الوارد في العقد متناسباً مع قيمة المبيع، لا أن البائع لا يرغب في قبضه، وقد يرد في العقد ولكن يكون زهيداً أي أنه غير متناسب على الإطلاق مع قيمة المبيع، ولكن يرغب البائع في قبضه. وفي كلتا الحالتين، يعتبر الثمن صورياً ممّا يُغيّر الوصف الحقيقي للتصرف، فإذا وصف التصرف بأنه عقد بيع وكان الثمن متناسباً مع قيمة المبيع إلا أن البائع لا يريد قبضه، أو أن الثمن الوارد في

الفقه الإسلامي، رسالة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 5002، ص. 24. منشور على الرابط .

<http://iefpedia.com.24/07/2009>

(81) الطعن رقم ٢٩٩٥ لسنة ٧٩ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٨/٠١/٢٠١٩

الطعن رقم ١٠٣٢٧ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٢/٠٦/٢٠١٦ - الطعن رقم ١٣٩٠٠ لسنة ٧٥ قضائية دوائر

الايجازات - جلسة ١٤/٠١/٢٠٠٧ - عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري: الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع

سابق، ص 22

82 (أذ كان الواقع في الدعوى أن العقد استوفى ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع و ثمن ، وأنه صدر من المطعون ضده الأول لزوجته الطاعنة فإن عدم دفعها الثمن لا يحول دون اعتبارها هبة مستترة في صورة بيع منه لها لا يجوز الرجوع فيما سيما وأن أقوال شاهديه انصبت على عدم دفع الطاعنة الثمن دون إنكار التصرف بالهبة فضلاً من أن الثابت من مدونات حكم أول درجة أن المطعون ضده الأول أقر أن حقيقة التصرف هبه. وإذ قضى الحكم المطعون فيه بصورية عقد البيع صورية مطلقة لعدم سداد الثمن وإلزامها برد الشقة رغم أن العقد وإن كان صورياً إلا أن صوريته نسبية تناولت نوعه دون وجوده ليس من شأنها أن تؤدي إلى انعدامه أو يترتب عليه بطلان التصرف فإنه يكون معيباً). الطعن رقم ٤٤٤٩ لسنة ٨٢ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٩/٠١/٢٠١٤

(83) مندر الفضل، صاحب الفتاوى : شرح القانون المدني (العقود المسماة)، د. ط، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص 81.

العقد كان زهيداً ولكن البائع يريد قبضه، فإن الوصف الحقيقي للتصرف يكون عقد هبه إذا انطبقت شروطه، أمّا إذا كان الثمن بخساً، فإن الوصف الحقيقي للعقد يكون بيعاً. أمّا المعيار الشخصي فينظر فيه إلى نية المتعاقد، فإذا كانت نيته البيع، يكون العقد بيعاً بصرف النظر عن القيمة، حتى لو كان الثمن تافهاً، أمّا إذا كانت نيته التبرع، فيؤخذ بالهبة حتى لو كان الثمن جدياً ومقارباً في قيمته للمبيع، أو إذا كان يزيد عن قيمته الحقيقية، ممّا يعنى أن هذا المعيار لا ينظر إلى الالتزامات المتقابلة بين الأطراف، وإنما ينظر إلى نية الأطراف،

هل اتجهت إلى إبرام هذا العقد، أم أن هذا العقد صوري يخفى عقداً آخر؟.

وبناءً على ما تقدّم نقرر أن المعيار الموضوعي أفضل من المعيار الشخصي في تقدير الصورية، ذلك أن المعيار الموضوعي يتعامل مع وقائع مادية يسهل إثباتها، في حين أن المعيار الشخصي يتعامل مع وقائع غير ملموسة من الصعب إثباتها، كما أن المعيار الموضوعي ينظر إلى محل الالتزام، من ثمّ يتم تحديد ما إذا كان العقد صورياً أم حقيقياً، في حين أن المعيار الشخصي ينظر إلى نية المتعاقدين من أجل تحديد ما إذا كان العقد صورياً أم حقيقياً (84)

متى يكون عقد البيع صوري صورية مطلقة، وكيف نثبت هذه الصورية ؟

يكون عقد البيع المسجل أو العرفي، صوري صورية مطلقة، إذا لم يكن هناك بيع حقيقي من الأساس، بمعنى أن البائع والمشتري في هذا العقد الصوري لم تذهب نية أي منهم إلى البيع والشراء، ولو حرّر عقد وزيل بتوقيعات صحيحة للبائع والمشتري، فالتعاقدان - ونعني البائع والمشتري - لم يتراضيا بيعاً وشراءً، وفي ذلك يقرّ قضاء النقض: إن الصورية - ويقصد الصورية المطلقة - تعنى عدم قيام المحرر أصلاً في نية المتعاقدين.

فعقد البيع الحقيقي - لا الصوري - عرّفته المادة (418) من القانون المدني بالنص على أنه: " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

فلبيع اصطلاحاً مفهوم محدد هو: " مبادلة حقيقة لسلعة معينة بثمن محدد، والصورية المطلقة في هذا العقد تعنى أنه لا مبادلة تمت بين سلعة و ثمن، فعقد البيع الصوري إذن هو محرر يتضمن جميع بيانات عقد البيع على النحو الذي تطلبه القانون دون قصد ونية التبادل بين سلعة هي موضوع هذه العقد، و ثمن هو مقابل الحصول على هذه السلعة، وفي المقابل فإن تصرفاً آخر هو ما قصده أطراف عقد البيع، وحرراً من أجله عقداً آخر موازى اتفق على تسميته بورقة الضد. و يترتب على ما سبق نتائج وأثار هامة للغاية هي:

النتيجة الأولى: أن عقد البيع الصوري، وهو هنا صوري صورية مطلقة، هو عقد منعدم من الناحية القانونية، ومن ثمّ لا يترتب عليه أي آثار قانونية، فالمنعدم الساقط لا تتولد عنه أي آثار، ولذا فإن طلبات من يرفع دعوى صورية عقد البيع صورية مطلقة، تكون دائماً الحكم باعتبار هذه العقد لا وجود له، بمعنى آخر إعلان عدم وجود هذه العقد بحكم قضائي.

النتيجة الثانية: إن عقد البيع الصوري صورية لا يصححه التسجيل، وفي بيان ذلك والتأكيد عليه تقرر محكمة النقض في قضاء واضح محدد بشأن عدم ترتيب أي آثار على عقد البيع الصوري، فقد قضت بأنّه: "... والصورية المطلقة ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إن سجل، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحّ عقداً منعدماً، فإنّه ينبني على ذلك: أن الشفيع إذا طعن بالصورية على عقد المشتري الثاني، فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى، لأنّه تصرّف في العقار المشفوع فيه إلى مشتري ثالث لم يختصمه الشفيع في دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل في الدفع أن تتصدى بداءة لبحث الطعن بالصورية وتدلّى بكلمتها فيه حسماً له، ذلك بأنّه لو ثبت صورية عقد المشتري الثاني كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً فلا يكون لهذا المشتري في مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه، ويغدو بالتالي غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرف صدر في هذا العقار إلى مشتري ثالث (85). (86)

DAGOT Michel, La simulation en droit privé, s.m.d, Paris, 1965. p.61.(84)

(85) الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٨٥ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٤/٠٣

(86) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر من البائع له صورية مطلقه ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة - وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ / ١ من القانون المدني - أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من

وقضت محكمة النقص: إذا ثبتت صوريّة عقد البيع صورية مطلقّة، فإنّه يكون باطلاً ولا يترتّب عليه نقل ملكيّة القدر المبيع ولو كان مسجلاً، إذ ليس من شأن التّسجيل أن يصحّح عقداً باطلاً (87).

وقضت محكمة النقص: ثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقّة، وعلى ما هو في قضاء هذه المحكمة، يرتّب بطلانه، فلا تنتقل به ملكيّة القدر المبيع ولو كان مسجلاً، إذ ليس من شأن التّسجيل أن يصحّح عقداً باطلاً (88). وقضت محكمة النقص: متى كان العقد صورياً فإنه لا يكون له وجود قانوناً، فتسجيله وعدمه سياتن، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان ذنبه لاحقاً له (89) وقضت محكمة النقص: دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقّة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة، فلا يقبل إلاّ ممّن له مصلحة قائمة وحالة فيها، بحيث تعود فائدة عملية من الحكم له بطلبه (90). وفي قضاء آخر لمحكمة النقص بخصوص أثر الصورية على القول بانعدام عقد البيع قضت:

" الصورية المطلقة إن صحّت ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً، فلا تترتّب آثاره، ولا تنتقل بمقتضاه ملكيّة العقار إن سجل، إذ ليس من شأن التّسجيل أن يصحّح عقداً، فإنّه ينبغي على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصوريّة المطلقة على عقد المشتري الثاني، فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى، لأنّه تصرّف في العقار المشفوع فيه إلى مشتري ثالث لم يختصمه الشفيع في دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل في هذا الدفع أن تتصدّى بداءة لبحث الطّعن بالصورية، وتدلى بكلمتها فيه حسماً لذلك، بأنّه لو ثبتت صورية عقد المشتري الثاني كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً فلا يكون لهذا المشتري في مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلّقت بالعقار المشفوع فيه، ويغدو بالتالي غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرّف صدر منه في هذا العقار إلى مشتري ثالث (91).

إذن: الصورية المطلقة: هي التي تتناول وجود العقد ذاته، وتعني عدم وجود قيام العقد أصلاً في النّيّة عاقدية، أمّا الصوريّة النسبية: فهي التي لا تتناول وجود العقد، وإنّما تتناول نوعه، أو ركناً فيه، أو شرطاً من شروطه، أو شخص المتعاقدين، أو التاريخ الذي أعطى له بقصد التّحايل على القانون بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساساً وحكماً (92).

الغصن الثاني

الصورية النسبية أو الجزئية

الصورية النسبية: هي التي تتحقّق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يُخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي، أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصية أحد أطرافه (93)، مما يعني أن الصورية النسبية تنصب على جزء مُعيّن من العقد الحقيقي دون غيره (94).

وفي بيان ماهية الصورة النسبية والفرق بينها وبين الصورية المطلقة، قضت محكمة النقص بأنّه:

"تختلف الصورية المطلقة عن الصورية النسبية التي لا تتناول وجود العقد، وإنّما تتناول تاريخه أو نوعه أو ركناً فيه شرطاً من شروطه، أو شخص المتعاقدين، كما تختلف الصورية بنوعها عن

الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتري آخر. الطعن رقم ٦٢٢٠ لسنة ٧٠ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٤/١٢/٢٠١٣

(87) الطعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٨١ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٠٧/٠٣/٢٠١٦

(88) نقض مدني مستقر، الطعن رقم (549)، لسنة 52 ق، جلسة: 11 / 28 / 1985 م.

(89) الطعن رقم ٦٢٨٦ لسنة ٦٦ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٤/٠٢/٢٠٠٩

(90) نقض مدني مستقر، الطعن رقم (135)، لسنة 46، مكتب فني 30، صفحة رقم (381)، بتاريخ: 1 / 25 / 1979 م.

(91) نقض مدني مستقر، صدر في الطعن 122، لسنة 74 ق، في جلسة: 1 / 8 / 2007 م.

(92) الطعن رقم (2236)، لسنة 59، مكتب فني 45، صفحة رقم 1452، بتاريخ: 11 / 23 / 1994 م.

⁹³ حيث تنص المادة 1202 من التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10-2016 على انه (يكون باطلاً أيضاً كل عقد يرمي إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو التنازل عن محل تجاري أو عن الزبائن أو التنازل عن حق في الإيجار أو عن الاستفادة من وعد بايجار يتعلق كلياً أو جزئياً بعقار أو بكل أو بجزء من فرق المقايضة أو القسمة يتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو زبائن)

(Aussi, tout contrat qui vise à dissimuler une partie du prix de vente d'un bien, de cession d'un local commercial ou à des clients, ou de renoncer à un droit de location, ou de bénéficier d'une promesse de location portant en tout ou partie sur l'immobilier ou sur tout ou une partie de la différence de swap ou de division, qui comprend l'argent de l'immobilier, sera annulée. Ou un magasin ou des clients)

(94) جلال على العدوي،: أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)، د.ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، د. سنه، ص 210. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص 50.

التزوير، لأنَّ كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر، فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرّسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته" (95).

ومن المستقرّ عليّة قضائياً أن كون العقد صوري أو غير صوري هو عمل قضائي بحت، فمُحكمة الموضوع وحدها القول، وبالأدق الحكم بذلك باعتباره تكييفاً وتوصيفاً للعقد.

وفي هذا الصّدّد قضت محكمة النّقض بأنّه: إذا كان وصف العقد بالصورية هو تكييف للعلاقة القانونية بين الخصوم- وهي مسألة بحتة- من صميم ولاية المحكمة التي لا يجوز لها أن تتخلّى عنها لسواها، فلا يجوز أن تقيم قضاءها بالصورية على مجرد أنّها اطمأنت إلى قول خبير أو شاهد وصف العقد بالصورية، فرأى هذا أو ذلك لا يغني المحكمة على أن تقول كلمتها، أو أن تورّد في حكمها الأساس الذي بنيت عليه قضاءها مستمداً من الواقع والمستندات المطروحة عليها (96).

وبناءً عليه فإنّ الصورية النسبية تُقسّم إلى عدّة أقسام وهي على النحو التالي:

أولاً- الصورية بطريق التستر:

وتتناول نوع العقد لا وجود، وذلك كهبة في صورة بيع. العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي. ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهروب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي. وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف، كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض برّبا فاحش، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية. فالصورية بطريق التستر لها غرض واضح ومحدد وهو التحايل سواء على القانون أو على حقوق الغير ومثالها عقد الهبة المتستر عليه في صورة عقد بيع، كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنّباً للشكالية المطلوبة، إذ أن الرسمية ركن في الهبة أو تهرباً هن تعاضم رسوم التسجيل المقررة على الهبات مقارنة بمثلتها في البيع والتحايل هنا يكون على القانون كما قد يكون الهدف من إخفاء البيع في صورة هبة حرمان الشفيع من رخصته التي منحها له القانون بأخذ المبيع بالشفعة. كما قد يتم إخفاء الوصية تحت ستار عقد بيع كي لا يتقيد الموصي بالنصاب القانوني المحدد، وهو ثلث التركة لنفاد تصرفه في حق الورثة وفي الحالتين الأخيرتين يكون الهدف من الصورية هو الأضرار بحقوق الغير التي منحها لهم القانون.

ومن التطبيقات القضائية لهذا النوع من الصورية ما قضت به محكمة النقض المصرية من انه التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقي على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه (97). وان الطعن بأن عقد البيع يستتر وصية ولم يدفع فيه ثمننا هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء إثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليها (98)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق، ثم استخلصت استخلاصاً سائغاً من أقوال الشهود إثباتاً ونفيّاً -بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها- أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تملك قطعياً منجز انتقلت الملكية بموجبه فوراً حال حياة البائع، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستتر هبة، وأنه حتى مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فإنه لا مانع قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح، فحكمها بذلك صحيح، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة" (99)

(95) الطعن رقم (4014)، لسنة 66 ق، جلسة: 30 / 1 / 1997 م، س 48، ج 1، ص 252.

(96) الطعن رقم (1109)، لسنة 66 ق، جلسة: 20 / 10 / 1997 م، س 48، ج 2، ص 1139.

(97) نقض مدني مصري تاريخ ٢٨/٥/١٩٨٠، الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الصورية م.س ص ٥٤.

(98) الطعن رقم ١٠٣٢٧ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٢/٠٦/٢٠١٦

(99) - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 141.

(نقض مدني 20 ديسمبر سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 3 رقم 46 ص 256 - أنظر أيضاً: نقض مدني 11 مارس سنة 1954 مجموعة أحكام النقض 5 رقم 953 ص 592 وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) - راجع السنهوري مرجع سابق ص

وقد قضت محكمة النقض في ذلك" الصورية بطريق التستر تكون أيضاً في حالة ستر التاريخ الحقيقي للعقد وذكر تاريخ صوري- وهي حالة شائعة الحصول في ريف مصر- والغاية من صورية تاريخ العقد، هو التهرب من الدفوع التي قد توجه بسبب حصول التصرف في مرض الموت" (100).
كما قضت محكمة النقض بأن: صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده ، فلا تتعداه إلى العقد ذاته، فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة و نفاذ على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى، فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها في الدعوى (101).

التمييز بين الهبة المستترة والهبة غير المباشرة :- الهبة هي تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض والهبة المستترة بستر تصرف آخر هي في حقيقتها هبة مباشرة إلا أنها تظهر تحت اسم عقد أو تصرف آخر ومثالها الهبة المستترة في صورة عقد بيع أو عقد قرض. أما الهبة غير المباشرة فيمكن تعريفها بأنها كل عمل قانوني جدي، لا يرتدي الأشكال العادية المقررة للهبات، يؤدي إلى نقل مال من ذمة إلى ذمة أخرى، وذلك تبرعاً وبارادة الطرفين وبمعنى آخر، هي الهبة التي نجدتها تبعاً لعمل قانوني آخر، لا يرتدي طابع التبرع، ويكفي للكشف عنها، الرجوع إلى مضمون التصرف القانوني والظروف التي حصل فيها (102)

ومثالها النزول عن حق عيني فنزول صاحب حق الارتفاق أو الانتفاع عن حقه لمالك الرقبة يعد هبة غير مباشرة إذ أن الحق انتقل إليه لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب، بل عن طريق نزول الواهب عنه وتركه إياه إلا أن النزول إذا كان لغير مالك الرقبة فإنه يعد هبة مباشرة.

ومثالها أيضاً الإبراء أي النزول عن حق شخصي فإبراء الدائن لمدينة من الدين يعد هبة غير مباشرة له لأن المدين كسب الدين عن طريق نزول الدائن عنه لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب الدائن وبناء على ما نقدمه القول بأن الهبة المستترة تلتقي بالهبة غير المباشرة من عدة وجوه أهمها

- ١- من حيث انطواء كل منهما على نية التبرع .
- ٢- من حيث انتقال المال إلى ذمة الموهوب له بلا مقابل .
- ٣- من حيث حصول ذلك عن غير الطريق المرسوم قانوناً لإجراء الهبات .

وتفترق معها من عدة وجوه أيضاً نجملها فيما يلي :

- ١ . إن الهبة المستترة هي هبة مباشرة إذ ينقل فيها الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي
- ٢ . إن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة إلا أنها تظهر تحت اسم عقد آخر أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر.
- ٣ . إن الهبة غير المباشرة معفية من الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون لانعقاد الهبة- في القوانين التي تتطلب مثل هذه الرسمية- إذ أنها تخضع للنظام الخاص الذي يسري عليها بحسب نوع التصرف القانوني الذي تمت بموجبه حيث تخضع لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير إذا تمت في صورة اشتراط لمصلحة الغير دون مقابل كقيام الأب بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده فالتأمين هنا - وحسب الرأي الراجح- ليس إلا اشتراطاً لمصلحتهم. وتخضع لأحكام الحوالة إذا تمت بصورة قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل. أما الهبة المستترة وبما أنها هبة مباشرة فقد كان الواجب إن تخضع لشكل الهبة الرسمي إلا أن القانون أعفاها من هذا الشكل بنص صريح في المادة ٤٨٨ من القانون المدني المصري بقوله

- ٤ - إن الهبة المستترة في صورة عقد آخر لا تعتبر باطلة لمجرد صوريتها إلا إذا كان الهدف منها التحايل على نص قانوني أمر (103) . بينما تعد الهبة غير المباشرة مشروعاً دائماً وصحيحة ولا يستطيع الدائنين الطعن بصورتها إلا أنهم يستطيعون الطعن بها عن طريق. الدعوى البوليصية .

(100) الصورية بطريق التستر تتناول نوع العقد لا وجوده، وذلك كهبة في صورة بيع، وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف. راجع : مستشار/ أنور العمروسى، مرجع سابق، ص 38.

(101) الطعن رقم ١٣٩٠٠ لسنة ٧٥ قضائية دوائر الاجارات - جلسة ١٤/٠١/٢٠٠٧

(102) سامي عبدالله - مرجع سابق - ص 160

103 () عبدالفتاح عبدالباقي - مرجع سابق - ص 180

وقد حاول البعض (104) إلحاق الصورية بطريق التستر بالصورية المطلقة باعتبار انه لا يوجد فارق - في الظاهر - بين هبة وهمية أبرمت بفرض إفلاس المدين (الوهاب الظاهر) من متابعة ملاحقة دائنيه وبين هبة صورية يتستر وراءها عقد بيع أبرمت بفرض الحيلولة دون ممارسة حق الشفعة بزعم انه و بمجرد أن تثبت الحقيقة سيختفي العنصر الظاهر (الهبة) بالكامل ولن يبقى له أثر إلا أنه لا يمكننا التسليم بهذا الرأي إذ أن الصورية المطلقة لا تخفي ورائها تصرفاً قانونياً حقيقياً إنما تخفي حقيقة الحال أو الوضع الذي قد يكون واقعة قانونية فالبيع الوهمي يخفي وراءه حقيقة الذمة المالية للبايع و المشتري والشركة الصورية تخفي ورائها النشاط التجاري الفردي بينما في الصورية بطريق التستر نكون أمام تصرف ظاهر يخفي وراءه تصرف قانوني حقيقي من نوع آخر فالبيع الظاهري يخفي هبة حقيقية أي أن الصورية النسبية بطريق التستر تخفي تصرفاً حقيقياً لكنه تصرف حالت الصورية دون بروزه بالنوع الذي ارتضاه أطرافه (105)

ثانياً- الصورية بطريق التسخير:

وهي الصورية التي تنصب على شخصية أحد العاقدين بقصد إخفاءها تحت اسم شخص آخر يظهر في العقد ويكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر تهرباً من مانع قانوني أو أدبي يمنع إبرام التصرف مع المتعاقد الحقيقي حيث يتفق الممنوع من إبرام التصرف باسمه مع المتصرف معه على تسخير طرف ثالث يظهر اسمه في العقد على أن ينقله (الطرف الثالث) بعد ذلك إليه، فهنا يسخر الممنوع من إبرام التصرف باسمه شخصاً آخر لخدمته. وغالباً ما يلجأ الأشخاص لهذا النوع من الصورية تحايلاً على نصوص القانون التي تمنعهم من إبرام العقد باسمهم وقد أورد التقنين المدني صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها: (106)

(1) ما نصت عليه المادة 471 مدني من أنه " لا يجوز للقضاة، لأعضاء النيابة، ولا المحامين، ولا لكتابة المحاكم، ولا المحضرين، أن يشتروا لا بأسمائهم، ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً " . (2) ما نصت عليه المادة 472 مدني من أنه " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً " .

(3) ما نصت عليه المادة 479 مدني من أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزداد العلني ، ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

(4) ما نصت عليه المادة 480 مدني من أنه " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشر ، بأسمائهم أم باسم مستعار " . والغاية من هذا المنع ، هي حماية حقوق الموكل، لأن الوكيل يكون مُطَّلَعاً على جميع الظروف والإجراءات التي تتم فيها عملية البيع والشراء، فيستغل ذلك من أجل تحقيق مصلحة شخصية، ممّا يؤدي إلى إضاعة الفرصة على الموكل في تحقيق مكسب مُعَيَّن، أو محاباة الوكيل لنفسه، وبيع ما وُكِّلَ به لنفسه بسعر بخس، إلا أنه يجوز أن يبيع النائب لنفسه إذا أجاز ذلك الأصيل.

وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالاسم المستعار (Prete - nom interpose) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير . أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر (Pret - nom) يتعاقد مع شخص يغلب ألا يكون عالماً بالتسخير . والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منهم تصرف جدي . الأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر في تصرف في عقد الوكالة . والثاني يعقده المسخر في الغير يبرم فيه هذا

(104) سامي عبدالله ، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها ومجدي حسن خليل ، الرسالة السابقة، ص ١٣ .
(105) إثبات الصورية فيهما لا يترتب عليه اختفاء العقد الظاهر بالكامل حيث انه يبقى ولا يندثر فيه إلا جزئية معينة هي التي انطوت عليها الصورية بينما يندثر العقد الظاهر بالكامل عند ثبوت الصورية بالتستر .

(106) من المقرر في قضاء محكمة النقض أن الصورية النسبية بطريق التسخير ترد على أطراف العقد دون موضوعه بحيث يقتصر العقد المستتر على بيان أطراف العقد الحقيقيين فإن القضاء بهذه الصورية لا يحول دون بحث موضوع العقد لبيان مدى صحته أو بطلانه . الطعن رقم ١٣٤٣٢ لسنة ٨١ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٤/٠٧/٠١ .

التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير نخلص من الأمثلة السابقة أن الصورية النسبية بطريق التسخير تفترض أن الشخص يتعاقد مع شخص مسخر يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً — بالتسخير أو كان من المفترض عليه أن يعلم به، وإلا لتحول الأمر إلى تدليس يمارسه متعاقد على آخر. وتتجلى أهمية هذا الشرط أو الافتراض في التمييز ما بين الصورية النسبية بطريق التسخير وما بين الاسم المستعار (107)

التمييز بين الصورية بطريق التسخير والاسم المستعار :-

الاسم المستعار أو كما يطلق عليه التعاقد عن طريق التسخير هو حالة من حالات النيابة ولكنها نيابة غير معلنة فهي نيابة خفية. فالشخص المستعار (108) هو وكيل أو نائب، ولكنه لا يفصح عن نيابته للغير الذي يتعاقد معه. وليبان ذلك نقول أن المفروض في النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل، فهو يكشف عن نيابته للمتعاقد معه ويكون أثر النيابة انصراف العقد إيجاباً وسلباً إلى الأصيل لا إلى النائب، فيكتسب الأصيل مباشرة ما له من العقد من حقوق ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين من تعاقد معه النائب.

أما في التعاقد عن طريق التسخير أو الاسم المستعار فإن الشخص المسخر - وهو نائب عن سخره- لا يكشف عن نيابته، ولذلك فهو يتعاقد مع الغير باسمه، ويصبح هو مسئولاً شخصياً عن تنفيذ العقد (109)، ويكتسب الحقوق الناشئة منه، فإليه تنصرف آثار التصرف جميعها، ثم يقوم بعد ذلك بنقل آثار التصرف الذي عقده إلى الشخص الذي سخره أي إلى الأصيل. وهكذا يبدو أن المسخر يعقد عقوداً ثلاثة كلها حقيقية لا صورية فيها:

الأول : هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل الذي سخره، **والثاني :** هو العقد الذي يعقده مع الغير الذي لا يعلم بالتسخير، و **العقد الثالث :** هو العقد الذي يعقده مع الأصيل ينقل به إليه آثار التصرف الذي عقده لحسابه مع الغير. وبهذا يتضح الفرق ما بين الصورية بطريق التسخير وما بين الاسم المستعار حيث أن من يتعاقد مع الوكيل في الاسم المستعار يجهل في الغالب وكالة من يتعاقد معه عن الأصيل، أو أنه ليس من الضروري أن يعلم بها. بينما في الصورية بطريق التسخير فالتعاقد الآخر يعلم بالأصيل دائماً، أو أنه يجب عليه أو كان من المفروض عليه أن يعلم به لأنه متفق معه على ذلك وإلا لتحول الأمر - كما قلنا - إلى تدليس يمارسه أحد المتعاقدين على الآخر. فالشخص المسخر في الصورية إنما يعقد عقداً ظاهراً مع المتعاقد الأصيل - الذي تبدو مصلحته في إلا يظهر اسمه في التعاقد - بمقتضاه تنتقل إليه مثلاً ملكية عقار أو منقول فيظهر المسخر أمام الغير بأنه هو صاحب الحق، ثم يأخذ الأصيل على المسخر ورقة ضد تقيده بأنه لا يزال هو المالك وإن المسخر ليس إلا وكيل ثم يعينان في ورقة الضد التصرفات التي يعهد للمسخر القيام بها مع الغير- الذي يعلم أو كان من المقترض فيه أن يعلم بوجود الصورية والتسخير بل قد يكون هنالك اتفاق ما بينه وبين الأصيل على هذه الصورية (110)

ثالثاً- الصورية بطريق المضادة:

إن هذا النوع من أنواع الصورية لا يتعلق بأشخاص العقد ولا بوجوده وتكييفه وإنما يتعلق بشرط من شروطه أو ركن من أركانه. وفي بيان ذلك يقرّ المستشار/ أنور العمروسى: "أمّا الصورية بطريق المضادة فلا تتناول وجود العقد أو نوعه، بل ركناً أو شرطاً فيه. مثال ذلك : عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توفيقاً من الأخذ بالشفعة،

107) عبدالمجيد عبدالحكيم - أحكام الالتزام - م.س - ص 105

108) عرف محكمة القضا المصرية الاسم المستعار بقولها أن كلمة الاسم المستعار معناها اصطلاحاً، كل من يغير اسمه في تصرف ما لغيره لا يرى أن مصلحته تقتضي إخفاء اسمه، وإن لا يظهر باسمه فيه. وليس من يعبر اسمه سوى وكيل عن أعاره، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء، إلا من حيث أن الوكالة مستترة. ٠ نقض مدني مصري رقم ٢٣٧ تاريخ ٢٣/١١/١٩٦١، وطعن رقم ١٧ تاريخ ٢٦/٦١/١٩٦٤ مشار إليهما في مؤلف سامي عبدالله، المرجع السابق، ص ٦٧٣.

109) وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن الاسم المستعار يكون ملتزماً شخصياً وبشكل مباشر في مواجهة من تعاقد معه بهذه الصفة حتى لو كان هذا المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة نقض تجاري ٢٦/٤/١٩٨٢ مشار إليه في محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، هامش ص ٦٢٠.

110) عبدالمعتمد البدرأوى. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الثاني أحكام الالتزام - بدون دار أو سنة نشر ص - ١٧٢-١٧٣.

ويتصور أن يحتفظ المتعاقدان بسند مستتر هو ورقة الضد LETTE- CONTRE يذكر فيه الثمن على الحقيقة" (111). ومثال ذلك: أن يشتري شخص أرضاً فيذكر في عقد البيع ثمناً أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه، وذلك للتهرب من رسوم التسجيل، أو أن يبيع أرضاً فيذكر في العقد ثمناً أكثر من الثمن الحقيقي المتفق عليه، وذلك للتهرب من ممارسة الشفيع لحقه بالشفعة. ويلاحظ أن بعض الفقهاء قد أطلق على هذا النوع من الصورية النسبية مصطلح الصورية بطريق ورقة الضد وهذا تعبير غير دقيق حيث انه يوحي بعدم وجود ورقة ضد في أنواع الصورية الأخرى مع وجود مثل هذه الورقة في جميع أنواع الصورية حتى لو لم تكن مكتوبة أي أنها كانت مجرد اتفاق شفهي بين المتعاقدين ينفي أو يعدل العقد الظاهر. لذلك أثرنا استخدام مصطلح الصورية النسبية بطريق المضادة أو التناقض الذي استخدمه جانب آخر من الفقه لأنه الأكثر تطابقاً مع الواقع حيث الصورية في فرضنا هذا تتجسد في تناقض عناصر العقد الظاهر والخفي حيث لا يتفق الثمن أو السبب أو التاريخ الواحد في انعقد الظاهر مع مثيله الوارد في العقد المستتر.

وعن الدفَع بصورية عقد البيع، صورية نسبية بطريق المضادة " الثمن الصوري": فنكون النسبية صورية- بطريق المضادة- إذا انصبت تلك الصورية على حقيقة الثمن في عقد البيع، وهل هو هذا الثمن ثمن حقيقي أم ثمن صوري، فإذا كانت الصورية النسبية عموماً تنصب على ركن من أركان العقد، أو شرط من شروطه، فإن الصورية النسبية بطريق المضادة تنصب على بيان مُحدّد هو الثمن، وتثير التساؤل التالي:

الغصن الثالث

نقد التمييز بين الصورية المطلقة والصورية النسبية

حاول البعض هدم التمييز ما بين الصورية المطلقة والصورية النسبية :-

إذا صح القول بان الصورية النسبية تخفي عملاً قانونياً ايجابياً مختلفاً عن العمل الظاهري، فإن الصورية المطلقة تخفي الحقيقة، وهذه الحقيقة لا تحتاج دائماً إلى عمل ايجابي لتعديلها، وذلك لكونها يمكن أن توفر الفائدة لصاحب العمل الظاهري . فإذا عمد رجل إلى تهريب أملاكه على اسم زوجته، دون أن يعدل شيئاً في تصرفاته وفي حقائق الأمور، ودون أن يلجأ فعلاً إلى تعديل الوضعية السابقة لهذا التهريب، فذلك لان حقيقة الأمور تكفي هذا الزوج، ويمكنها توفير فائدته، إذ يبقى هو المالك الحقيقي، في حين أن ملكيته الظاهرة تكون قد انتقلت إلى زوجته، وإذا لم يكن الزوج بحاجة لتعديل غير ظاهر للأمر، عن طريق الصورية، فهذا لا يعني أن هذه الصورية تقل أهمية عن الصورية النسبية، وإنها تختلف عنها، لدرجة انه ينبغي إخضاع كل منهما إلى مجموعة مختلفة من القواعد القانونية .

أما قول جوسران أن وراء الظاهر لا يوجد إلا العدم، فإنه على ما يبدو وليد مغالطة لغوية، لأن وراء الظاهر الحقيقة، والحقيقة تكفي أحياناً من يقدم على عمل ظاهري، دون أن يقوم بتعديل الوضع الحقيقي. أما التأكيد الآخر، ومفاده أن صاحب العمل الصوري المطلق لا يريد فعلاً العمل الحقيقي المستتر فإنه يستدعي بدوره الانتفاء؛ ذلك لأن من يقدم على إنشاء عمل ظاهري، دون أن ينشئ عملاً مستترا معدلاً للحقيقة وللواقع السابقين ، يكون قد قبل بإبقاء الوضعية السابقة غير معدلة لعلمه اليقيني بأن-هذه الوضعية-ستكون الوضعية الحقيقية، وأنها ستكفيه في ما يحتاجه لإجراء معاملاته-أما إذا خاف على-مصالحه من الفريق الآخر، فيمكنه أن يأخذ منه كتاباً مضاداً يفيد أن التصرف غير - موجود أو صوري، وفي هذه الحالة يكون صاحب العمل الصوري قد أراد الواقع الحقيقي السابق دون تعديل، لدرجة انه طلب وأخذ كتاباً مضاداً ينفي وجود العمل الظاهري، وهذه إرادة أكيدة ثابتة لا نزاع عليها، (112) فهل يقول أصحاب الآراء المذكورة أعلاه أن هذا النوع من الصورية يدخل في فئة الصورية النسبية، لمجرد أن إرادة مقتترف الصورية المطلقة قد انصرفت فعلياً، نحو قبول بالواقع السابق دون تعديل؟ وبموجب أي مبدأ يقال مثل هذا القول ؟

(111) وإن كان الغالب ألا يتم الاحتفاظ بورقة الضد أو تحريرها.

(112) سامي عبدالله، المرجع السابق، ص 180 وما بعدها .

ولنأخذ مثلاً آخر : عقد بيع صيدلية من صيدلي مجاز يخفي إمكانية متابعة استثمار الصيدلية من صاحبها الحقيقي. فهذا عقد لا وجود له إلا ظاهرياً، لكن الحقيقة أن صاحب الصيدلية لم يبدل شيئاً في الوضعية السابقة لعقد البيع المزعوم، **فهل هذا يعني أن العقد الظاهري لا يخفي إلا العدم؟** ومن الملاحظ أن جميع محبذي التمييز بين الصورتين، لا يؤكدون أن وراء الصورية المطلقة يوجد دائماً العدم، بل أن بعضهم يقول أن الصورية المطلقة قد تخفي واقعة قانونية، في بعض الأحيان، كالشركة التي تختار مقاماً وهمياً مختلفاً عن المقام الحقيقي، للتملص من بعض الأحكام ومن -بعض الرسوم والضرائب، في حين أن الصورية النسبية تخفي عملاً قانونية .

أن هذا التمييز بين العمل القانوني والواقعة القانونية غير مقنع، لأننا لا نجد له مبرراً على الإطلاق، خاصة وان ظاهر الحال في الصورية هو نتيجة التلاعب -تبعاً لما توفره الظروف المختلفة . **ونستخلص من ذلك** انه يصعب القول - بصورة عامة- أن الصورية المطلقة لا تخفي إلا العدم، فتتهرب الأملاك على اسم الزوجة يخفي عقد استعارة اسم وتعامل مع الجمهور بواسطة الفريق الآخر. وبيع صيدلية من صيدلي لا يمارس فيها نشاطاً فعلياً يخفي عقد استئجار شهادة الصيدلة ورخصة مزاوله مهنتها . كما أن إنشاء شركة تجارية وهمية يخفي ممارسة الأعمال التجارية تحت ستار الإفادات الكاذبة والأسماء المستعارة. فلا مجال للتمييز بين الصورية المطلقة والصورية النسبية، انطلاقاً من القول الخاطيء بأن الأولى تخفي العدم وإنها تقتقر إلى إرادة التصرف الفعلية، بموجب عقد أو عمل خفي مستتر. كل ما هنالك - وهذا هو الفرق الوحيد بين الصورتين- إن الصورية النسبية تخفي عملاً حقيقياً يعدل الوضعية السابقة، بينما الصورية المطلقة لا تخفي مثل هذا العمل لكون الوضعية السابقة تكفي لإيصال منشئ الصورية إلى أهدافه الحقيقية. القضية هي قضية درجات في الصورية ذاتها، وقضية مصلحة حقيقية غير أن هذا الفارق لا يكفي لإخضاع كل من الصورتين إلى مجموعة مختلفة من القواعد القانونية . ثم يخلص أنصار هذا الرأي مما سبق إلى القول بأنه لا يوجد نوعان من الصورية، بل صورية واحدة ذات درجات تحددها مصلحة منشئها وما يعتمد من الوسائل. كما أن الصورية تخضع لمجموعة واحدة من القواعد القانونية المرتكزة على تطبيق مبادئ القانون العامة وعلى القانون العام، (من حيث الإثبات، ومرور الزمن، ...) . لا شك أن للكلام عن الصورية المطلقة أو عن الصورية النسبية قدرة على التعبير والدلالة . غير أن هذه الفائدة تبدو وكأنها لغوية وأدبية ومنطقية، أكثر مما تدل على وجود نوعين قانونيين بالمعنى الحصري، ويجدر بنا ألا نخلط بين الفئات القانونية الحقيقية من جهة، والفئات اللغوية من جهة أخرى، طالما أن المقياس النهائي الوحيد كامن في الانطلاق من الواقع

ويبدى جانب آخر ملاحظات على الرأي السابق:-

١ . أن القول بأن الحقيقة لا تحتاج دائماً إلى عمل إيجابي لتعديلها، هو قول لا نستطيع التسليم به، فالتعديل يتم دائماً بعمل ايجابي والمثال الذي أورده عن تهريب رجل أمواله لزوجته يدعم قوله حيث أن الزوج قام بعمل ايجابي بتصرف قانوني ظاهر كي يهرب أمواله لزوجته أما الحقيقة فهي أن الأموال مازالت داخل ملكه. فكيف نقول انه لم يعدل الحقيقة بعمل ايجابي ونقول في نفس الوقت انه قام بتهريب أمواله فتهريب الأموال هو بحد ذاته عمل ايجابي ظاهري بغض النظر عن الحقيقة وهي أن الأموال ما زالت بملكه فالحقيقة قد تعدلت بعمل ايجابي ولو ظاهرياً .

٢ . إن الصورية المطلقة ليست اقل أهمية من الصورية النسبية بدليل أن الأحكام القانونية التي يخضع لها نوعا الصورية هي واحدة باستثناء تلك الأحكام التي تنفرد بها احداها دون الأخرى نظراً لاختلاف طبيعة كل نوع من أنواع الصورية .

٣ . أن صاحب العمل الصوري المطلق لا يريد العمل الظاهر بل يريد العمل المستتر لأنه الحقيقة التي يريدونها إلا أنه لجأ إلى الصورية لفرض ما في نفسه أما ما لا يريد هو العمل الظاهر الذي اضطر إلى اللجوء إليه بصرف النظر عن الأسباب التي دعت إلى ذلك .

٤ . إن اخذ صاحب العمل الصوري لورقة ضد من عدم أخذه لها لا ينفى وجود صورية مطلقة كما انه لا يغير من نوعها ويحولها إلى صورية نسبية، فعدم أخذه لورقة الضد يوقعه في مشكلة كيفية إثبات الصورية دون أن يؤثر على نوعها فورقة الضد أو كما اسمها أنصار هذا الرأي الكتاب المضاد موجود في جميع أنواع الصورية ولا يشترط فيه الكتابة بل يكفي الاتفاق الشفهي كما قلنا .

٥ . تبقى هنالك حقيقة ثابتة مفادها أن التصرف الصوري في الصورية المطلقة لا يخفي تصرفاً قانونياً آخر بل يخفي الحقيقة أي واقع الحال الذي قد يكون واقعة قانونية بينما التصرف الصوري في

الصورية النسبية يخفي تصرفاً قانونياً آخر مخالفاً له سواء بنوع العقد أو بشروطه أو بأحد أركانه أو تاريخه أو بشخصية أطرافه وهذه الحقيقة لم يستطع أنصار هذا الرأي تجاوزها حيث اعتروا بأن الصورية النسبية تخفي عملاً حقيقياً يعدل الوضعية السابقة بينما الصورية المطلقة لا تخفي مثل هذا العمل وسوغ ذلك بأن الوضعية السابقة تكفي لإيصال منشيء الصورية إلى أهدافه الحقيقية أي أنه ربطها بالمصلحة ونحن لا اعتراض لنا على ربط نوع الصورية بالمصلحة لأن الشخص يلجأ إلى نوع معين من أنواع الصورية دون غيره تبعاً لما تقتضيه مصالحه إلا إن هذا لا ينفى وجود فرق بين هذه الأنواع (113)

المطلب الثاني

شروط توافر الصورية في التعاقد

تقديم وتقسيم:-

رغم تعدد التعريفات الفقهية والقضائية التي تُبين مفهوم الصورية، إلا أن هذه التعريفات تتفق مع بعضها البعض على وجود عناصر أساسية من أجل تحقق الصورية، وهي:

1- وجود طرفين متعاقدين-2 وجود عقدين مختلفين أحدهم ظاهر وهو العقد الصوري ، والآخر مستتر وهو العقد الحقيقي أما الباعث على الصورية فليس ركناً فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذي أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (114) 3- أن يكون العقدان مختلفين من حيث الطبيعة و الأركان والشروط 4 - وأن يكون بين العقدين معاصرة ذهنية (115)

الفرع الأول

وجود شخصين على الأقل

لا تتحقق الصورية بوجود شخص واحد، وإنما يشترط دائماً وجود طرفين على الأقل، وعليه ؛ فإن الصورية يمكن أن تتحقق في العقود الملزمة لجانب واحد أو الملزمة لجانبين ، فالعقد الملزم لجانب واحد يحتوى على طرفين متعاقدين، إلا أن الالتزام يترتب على عاتق أحدهم دون الآخر بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً¹¹⁶ فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة (117) ، كل هذا يتم بتصريف قانوني من جانب واحد ، ومثال على الصورية في العقود الملزمة لجانب واحد، عقد وديعة في صورة عقد قرض، كشخص يقرض آخر في صورة وديعة، فالعقد المستتر أو الحقيقي هو عقد قرض، والعقد الظاهر هو عقد وديعة. وأمّا الصورية في العقود الملزمة لجانبين، فيكون عندما يبيع شخص لآخر عقاراً في صورة عقد إيجار، فالعقد الحقيقي هو عقد بيع، والعقد الظاهر أو الصوري هو عقد إيجار. وقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصوري (118) . وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات

113) (أورد هذا النقد بالتفصيل جوني عيسى الياس - - م.س-ص 111

114) (الطن رقم ١٦٤٣ لسنة ٨٢ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٤/٠١/٢٠١٩ حيث تقرّر (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتري آخر ووفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني له أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة).

(115) السيد عبد الوهاب عرفه - الدفع بالصورية في ضوء أحكام النقض- مرجع سابق ص26 أنور العمروسي،: الصورية وورقة الضد، مرجع سابق، ص9.

116 حيث تنص المادة 1100 من التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10-2016 على أنه (تنشأ الالتزامات عن التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية أو عن مجرد سلطة القانون . ويمكن أن تنشأ عن التنفيذ الإرادي أو الوعد بالتنفيذ لو اوجب بمليه الضمير تجاه الغير)

(Les obligations découlent d'actions en justice, de faits juridiques ou de la simple autorité de la loi. Elles peuvent découler d'une mise en œuvre volontaire ou d'une promesse de remplir un devoir de conscience envers autrui)

(117) عبد الحى حجازى 3 ص 212 .

(118) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه إلى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريباً من التحفظ الذهني (ديموج 1 فقرة 164 ص 267) .

يصح أيضاً أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسوم المزااد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزااد قد رسا عليه (119) .

الفرع الثاني

وجود عقدين اتحد فيهما الأطراف والمحل

وهما العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، والعقد الصوري الظاهر الذي لم تتجه إليه إرادة الأطراف (120) ومثال ذلك: أن يقوم شخص ببيع أرضه لآخر، فيذكر في العقد الصوري أن ثمن قطعة الأرض (50000) خمسون ألف جنية، وذلك من أجل منع الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة، في حين أن الثمن الحقيقي للأرض هو (20000) عشرون ألف جنية وبذلك يكون لدينا عقدان: العقد الحقيقي الذي يُبين الثمن الفعلي للأرض، وهو ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وآخر ظاهر لم تتجه إليه إرادة الأطراف، وهو ما يُسمى بالعقد الصوري، إلا أنه في التصرف الانفرادي لا يشترط وجود عقدين، وإنما يكفي أن تتجه إرادة الشخص المتصرف بإبرام عقد مُعين في صورة عقد آخر، كعقد هبة في صورة بيع.

- ولا تتوافر الصورية في عقد جدي بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلان فيه تعديلات . فإذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . (121) .

- ولا صورية كذلك في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فإذا تصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً حتى يضيع على دائنة فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدي لا صوري ، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بدعوى الصورية (122) . وقد يحمل الزوج أحد أقاربه - كأحد والديه - على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التي يحكم بها للزوجة ، ففي هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هي دعوى حقيقية . وفي فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنياً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهي في مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة 909 من التقنين المدني الفرنسي لو لم يتزوجها (123) .

- ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (declaration de command, eletion d'ami) (124) ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً في حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سرية فلا تتوافر شروط الصورية (125) .

- أن يوجد عقدان اتحد فيهما الأطراف والمحل¹²⁶:-

(119) أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 251 - أنظر في عدم جواز الصورية في الزواج والإقرار بالبنوة وجوازها في الشركات : بيدان ولاجارد 9 فقرة 975 - فقرة 976 - وقارن دي باج فقرة 624 - ص 590 .
(120) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (أثار الحق في القانون المدني)، ط 1، الإصدار الثامن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 94.

(121) ديموج 1 ص 263 - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 244 .

(122) أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 244 مكررة - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة 124 .

(123) ديموج 1 ص 260 - بلانيول وريبير وأسمان 6 فقرة ص 460 هامش رقم 1 .

(124) أنظر في تكييف العلاقة ما بين المشتري الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشتري المستتر بأنها وكالة إذا عمل المشتري الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يختار أو اختار بعد الميعاد : نقض مدني 9 مارس سنة 1950 مجموعة أحكام النقض 1 رقم 81 ص 312 .

(125) ديموج 1 ص 268 . ولا صورية في عقد يمكن تصحيحه من دليل داخل في العقد ذاته (intrinseque) لا من دليل خارج عن العقد (extrinseque) (بيدان ولاجارد 9 فقرة 974) .

¹²⁶ يعد القانون المدني الفرنسي أهم القوانين في منظومة القوانين الفرنسية، وهو يحكم علاقات الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، ويتسم القانون المدني الفرنسي بالعراقة والتاريخية ، حيث أنه صدر عام 1804 ويسمى تقنين نابليون. وأهم ما يجب ذكره هنا هو أن هناك تعديلات جذرية تم إدخالها على هذا التقنين العريق عام 2016 ، وهي تسمى قانون العقود الفرنسي الجديد وهي تعديلات ندعو الباحثين للتأمل فيها لسببين:

الأول : أنها تطرح موضوعات جديدة لرسائل الدكتوراه الثاني : أنها هي التعديلات الأعظم أثرا في هذا القانون العتيق زوال فكرة المحل (الموضوع) (objet) والسبب (cause) ، والإتيان بمفهوم جديد بدلاً منهما هو: مضمون العقد (Le contenu du contrat) ، المشروع (licite) والمؤكد (certain).

يعتبر هذا الشرط شرطاً بديهياً تقتضيه المبادئ القانونية العامة إذ أنه ومن المسلم به أن تعديل عقد ما أو إلغائه هو من حق أطرافه فقط من حيث المبدأ وبما إن الصورية تفترض تعارضاً ما بين الاتفاقين الظاهر والمستتر فقد كان من البديهي أن يتصدى له نفس أطراف الاتفاقين وهذا ما يعبر عنه باتحاد أطراف العقد الظاهر والمستتر .

ويجب أن لا يفهم من ذلك انه يشترط اتحاد الأطراف في الاتفاقين شخصياً بل يكفي الاتحاد القانوني بينهم حيث يجوز أن يحرر ورقة الضد أي العقد المستتر ورثة الأطراف في العقد الظاهر على اعتبار أن الخلف يشكل مع سلفه شخصاً قانونياً واحداً كما يمكن أن يقوم بتحرير ورقة الضد وكلاء عن أطراف العقد الظاهر . كما يمكن إن يقوم بتحرير العقد الظاهر وكلاء أو ورثة أطراف العقد المستتر .

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أنه ليس في الواقع ثمة عقدان متتابعان ومتغايران إنما يوجد عقد أو اتفاق واحد وليد فكره مشتركة واحدة ، هي فكرة الصورية أو التحايل ، إلا أن الطرفان يبادرون إلى كتابة عقد خطي يخصص لإطلاع الجمهور عليه بقصد إيهامهم بتوافر أمر أو وضع معين هو في الحقيقة أمر أو وضع صوري اتفق الأطراف على صورته بموجب ما يطلق عليه بورقة الضد أو العقد المستتر. والسؤال الذي يثار هنا هل هذا الشرط متحقق في الصورية بطريق التسخير ؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال اختلافاً كبيراً فمنهم من ذهب إلى نفي صفة ورقة الضد عن اتفاق التسخير بدعوى تخلف خاصية اتحاد الأطراف حيث يقولون بوجود اختلاف ما بين أطراف العقد الظاهر و أطراف العقد المستتر. وفي الحقيقة أن هذا يخلط ما بين اتفاق التسخير والاسم المستعار ترتب عنه اعتبار كلا المصطلحين مرادفاً للآخر رغم ما بينهما من اختلافات .

وذهب آخرون إلى أن اتفاق التسخير يبرم بين نفس أطراف العقد الظاهر تماماً كما هو الحال في ورقة الضد لذلك يعتبر هذا الشرط متوافر في اتفاق التسخير لان التسخير يتضمن ورقة ضد تبرم بين المتصرف والمسخر وبينهما أيضا يبرم العقد الظاهر وما العقد الذي يبرمه المسخر مع المتصرف إليه النهائي إلا مجرد تنفيذ لعقد التسخير (ورقة الضد) وقد لا يحتاج الأخير إلى إبرام مثل هذا العقد بل يكفي المسخر بتسليم المال الموهوب مثلاً إلى المتصرف إليه النهائي مناوله يداً بيد كما في حالة الهبة اليدوية . وهذا الرأي الأخير هو ما نؤيده إذ أن الصورية بالتسخير لا تشترط مساهمة الأطراف الثلاثة بالعقد الظاهر والمستتر، حيث أن العقد الظاهر وكذلك العقد المستتر يبرمان بين الشخص المسخر والشخص المسخر بينما لا يتطلب أن يكون الغير المستفيد طرفاً فيهما إذ أن ما يهمننا في الصورية بالتسخير هو ألا يكون أياً من هذه الأطراف الثلاثة مخدوعاً من الأخرين وإلا كنا أمام تدليس من متعاقد على آخر لدفعه إلى التعاقد معه

- كما يشترط إضافة لاتحاد الطرفين في العقد الظاهر والمستتر اتحادهما في الموضوع

حيث يجب أن يكون موضوعهما واحداً وإلا كنا أمام عقدين مستقلين عن بعضهما البعض حقيقيين وليس أمام صورية. ومن التطبيقات القضائية في هذه الجزئية ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه أن اتحاد الموضوع غير متوفر في عقد بيع لحصة شائعة من مال معين، وعقد آخر يتعهد فيه المشتري بدفع زيادة على ثمن المبيع، في حال بيع المال ذاته وان لمحاكم الاستئناف بما لها من سلطان مطلق في تقدير الوقائع، أن ترفض اعتبار عقد التعهد، بمثابة عقد ضد (أ) (127) .

الفرع الثالث

التزام ما بين العقدين (الصوري والحقيقي)

ويعنى التزام ما بين العقدين: أن تتجه إرادة كلا الطرفين إلى إبرام العقد الصوري والعقد الحقيقي معاً، وذلك لكي لا يعتبر العقد الثاني ناسخاً للعقد الأول أو مجرد تعديل له. فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف ما من ثم اتفقا على تغيير التصرف الأول أو تعديل شروطه، فإننا لا نكون بصدد صورية، وإنما نكون بصدد تصرف سابق تعدلت شروطه، أو بصدد اتفاق جديد (128) .

127 () الطعن رقم ١٠٣٢٧ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٢/٠٦/٢٠١٦

سامي عبدالله المرجع السابق، ص ١٣٤ جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 117 (128) أنور العمروسي : الصورية وورقة الضد، مرجع سابق، ص 99.

ويرى بعض الفقهاء في هذا الجانب: " أن المهم هو ليس وجود التعاصر الزمني بين العقدين، وإنما وجود التعاصر الذهني بينهما (129)، ولذلك تقرّر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تالي لعقد آخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الأخير، وإن وصف بأنه إقالة أو تفاسخ، فهو في حقيقته حسبما انعقدت عليه نيّة الطرفين، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول"

ويرى جانب آخر أميل إليه: بأن شرط التعاصر الذهني ضروري من أجل تحقق الصورية، إذ يجب أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إبرام العقد الحقيقي المخفي بعقد ظاهر، ولكن ليس من الضروري كتابة العقدين في وقت واحد، وإنما المهم هو اتجاه إرادة الطرفين إلى إبرام عقد حقيقي مخفي بعقد ظاهر، وكتابة العقد الحقيقي إنما هي من أجل الإثبات فقط، حيث أن المبدأ العام في إثبات الصورية يكون بالكتابة، ومثال ذلك: لو أن شخصاً باع آخر عقاراً ففي صورة عقد إيجار، فإنه متى تحققت الصورية يجب أن تتجه نيّة الأطراف إلى كلاً من العقد الحقيقي المستتر (عقد البيع)، وكذلك إلى العقد الصوري الظاهر (عقد الإيجار) معاً.

والسؤال الذي يثور هنا ما هو المقصود بالمعاصرة؟ ذهب جانب من الفقه (130) إلى القول بأن المقصود من ذلك هو المعاصرة المادية أي أن يبرم العقدان أو أن يصدروا في وقت واحد . بينما ذهب أغلب الفقه والقضاء في رأي راجح إلى القول بأن المقصود هو المعاصرة الذهنية ما بين العقدين الظاهر والمستتر، وهي تفترض أن المتعاقدين لحظة إبرامهما للعقد الظاهر كانا متفقين على ورقة الضد وسواء حررت هذه الورقة مادياً فيما بعد أم لم تحرر وظلت شفوية أو كانا قد أبرم قبل إبرامهما للعقد الظاهر . (131) ونرى أن الرأي الأول قد جانبه الصواب فالمعاصرة المادية وإن كانت هي الشائعة إلا إنها ليست حتمية إذ قد يبرم المتعاقدان ورقة الضد في نفس وقت تحرير العقد الظاهر وهذا هو الشائع، وقد يبرمها في وقت لاحق أو قد يكونا قد أبرمها في وقت سابق على إبرام العقد الظاهر. فالمهم هو المعاصرة الذهنية، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين والتي تعبر عن إرادتهما الحقيقية المشتركة بغض النظر عن تاريخ تحرير ورقة الضد والذي قد يكون قبل أو بعد تحرير العقد الظاهر بمدة تطول أو تقصر . (132) وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حيث صدقت على حكم استئنافياً اعتبر أن المعول عليه، في علاقة الطرفين بين بعضهما البعض هو العقد المستتر دون العقد الظاهر الذي لا يحول دون القول بصوريته، كونه نظم بعد مرور أربع سنوات على تنظيم العقد المستتر (133)

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه لمحكمة الموضوع، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقرّر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تالي لعقد آخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وإن العقد الأخير، وإن وصف بأنه تفاسخ، هو في حقيقته، حسبما انعقدت عليه في الطرفين، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول وبأنه يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد، وإن اختلف تاريخها (134)

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأن اتحاد التاريخ بين العقدين الظاهر والمستتر يعتبر قرينة على وجود صورية إلا أنها قرينة بسيطة بينما اختلاف التاريخ بينهما؛ لا يعتبر دليلاً قاطعاً على جديته فالمسألة متروكة لقاضي الموضوع يقضي بها حذب وقائع الدعوى المعروضة أمامه .

(129) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهني (Reserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفق بين طرفين، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين دون أن يتفق في ذلك مع الآخر - بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى، فأرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين . - راجع عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني (2)، (نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام)، المجلد : الثاني، د. ط. د. بلد، د. ناشر، د. سنة، ص 1077.

130) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 182- 183 -عبدالله فتحي عبد الرحيم، دروس في أحكام الالتزام- بدون دار أو سنة نشر- ص 139، واحمد حشمت أبو ستيت- نظرية الالتزام في القانون المدني - بدون دار أو سنة نشر- ص 488 .

(131) أنور طلبه - مرجع سابق ص 325 وما بعدها

132) عكس هذا الرأي الفقيه عبدالرزاق السنهوري حيث يرى أن المعاصرة الذهنية هي تلك المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك. وبهذه تتفني إمكانية أن يبرم العقد المستتر قبل العقد الظاهر السنهوري، الوسيط، -2-، مرجع سابق- هامش ص 1077 .

(133) نقض مدني فرنسي تاريخ 26/5/1965، مشار إليه في مؤلف سامي عبد الله -المرجع السابق، ص

135-134

(134) نقض مدني مصري تاريخ 1/12/1949 مشار إليه في مؤلف السنهوري -الوسيط، ج 2، المرجع السابق، هامش ص

1077.

أما إذا لم يتحقق التعاصر الذهني بين العقدين الظاهر والمستتر بأن كان المتعاقدان قد اتفقا على شروط معينة في عقدهما ثم قاما في وقت لاحق بتحرير عقد آخر عدلا فيه الشروط فإننا لا نكون إزاء صورية وإنما تعديل لاحق للعقد فالصورية تقتض وجود تعاصر ذهني على الأقل بين العقدين أما التعديل اللاحق للعقد فيكون متعاقباً مع إبرام هذا العقد لا متعاصراً معه.

الفرع الرابع

إختلاف العقدين من حيث الطبيعة و الأركان والشروط

قد يكون الاختلاف بين العقدين في جزء مُعَيَّن، وهو ما يُسمَّى " بالصورية النسبية "، وقد يكون الاختلاف بينهما اختلافاً كلياً وهو ما يُسمَّى " بالصورية المطلقة ". (135) ومثال على الاختلاف الجزئي بين العقدين: أن يتفق شخص مع آخر على بيع قطعة أرض بمبلغ ثلاثون ألف جنية، على أن يذكر في العقد أن المبلغ هو عشرة آلاف جنية. وبذلك يكون الاختلاف بينهما انحصار في جزء مُعَيَّن من العقد وهو الثمن، ولا يوجد اختلاف آخر في صيغة العقد أو شروطه، ففي كلتا الحالتين يكون لدينا عقد بيع أرض. وأمّا المثال على الاختلاف الكلي بين العقدين: يكون عندما يبيع شخص لآخر شقّة في صورة عقد إيجار، فإن العقد الحقيقي هو عقد بيع، والعقد الصوري هو عقد إيجار، والحقيقية أن العقدين مختلفان بشكل كُلي من حيث الشروط، والأركان، والطبيعة.

وعليه لا نكون أمام صورية في الحالات التالية

١ - إذا وجد اتفاقان متلاحقان ولكن لا تعارض بينهما :-

ومثاله إبرام عقد قرض ببرمه -مدينان متضامنان من ثالث- ثم يبرم هذان المدينان عقداً فيما بينهما يتحمل به أحدهما مسؤولية سداد القرض منفردا فهنا نحن أمام عقدين ينظم كل منهما علاقة تختلف عن تلك التي ينظمها الآخر فبينما ينظم عقد القرض علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين وبموجبه يحق له مطالبة أي منهما بالدين دون أن يكون للمدين الحق بالتمسك بالعقد الآخر بمواجهته و ينظم العقد الآخر علاقة المدينين فيما بينهم دون أن يكون لهذا العقد تأثير على عقد القرض الاول .

2- إذا لم يوجد سوي عقد واحد :-

ومثاله البيع مع التقرير بالشراء من الغير فنحن هنا أمام عقد واحد ليس فيه شيء غير معروف سوى اسم المشتري النهائي وهو ما سيعلنه المشتري المبدئي في وقت لاحق وليس أمام صورية على التفصيل السابق.

٣- إذا كان التعارض ما بين مركز قانوني ناتج عن عقد. وبين مركز قانوني ناتج عن إرادة منفردة

ففي هذه الحالة لا نكون أمام صورية إذا أنها تقتضي وجود تعارض بين اتفاقين . ومثال ذلك أن يرغب شخصان بالحصول على امتياز سكك حديدية ويعقدا اتفاقاً فيما بينهما على أن يقوم احدهما (أ) بتقديم التامين اللازم وأعطى زميله (ب) مبلغاً من المال ووكله بشراء أسهم تكون باسمه (أ) خاصة، ولكن (ب) خالف هذا الاتفاق واشترى الأسهم وسجلها باسمه هو، ثم أفلس (ب) فدخل (أ) في التفليسة مطالباً بحقه في هذه الأسهم باعتبارها مملوكة له، ولكن دائني المفلس تمسكوا بالصورية باعتبار أن التصرف الظاهر أي قيد الأسهم باسم مدينهم وهو التصرف الذي اعتمدوا عليه في تعاملهم معه وقالوا بأن هذا التصرف الظاهر هو الذي يسري بحقهم باعتبارهم من الغير، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفاع وقضت بأن الاتفاق المستتر الذي بين (أ) و (ب) لا يعد ورقة ضد ومن ثم فإنه يسري على الدائنين إذ أنه وان وجد تعارض بين تسجيل الأسهم باسم المفلس وبين نطاق عقد الوكالة إلا أن هذا التعارض كان نتيجة حتمية لإرادة منفردة ولا يجوز قانوناً لأحد المتعاقدين أن يستقل بتعديل العقود الملزمة لجانبين(136)

٤ . إذا كان التعارض بين واقعتين تتعلقان بتنفيذ العقد لا بتكوينه :-

إذ أن الصورية لا تقوم إلا بتعارض وقائع متعلقة بتكوين العقد وعليه فلا نكون أمام صورية في حالة الأجل كأن يتفق في عقد ما على الوفاء الفوري بالثمن ثم يعدل الطرفان ويتفقا على أجل لاحقة للسداد، فهنا لا يعد الاتفاق الأخير ورقة ضد لأن الأجل واقعة تتعلق بتنفيذ العقد لا بتكوينه . أما لو كان الأمر متعلقاً بشرط سواء أكان شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسحاً باعتبار أن الشرط مما يتعلق بتكوين العقد كأن يتفق الطرفان على أن العقد بات ثم يعدلا عن ذلك ويتفقا على تعليقه على شرط واقف أو

(135) -عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق ص1078.

(136) () مجدي حسن خليل- مرجع سابق - ص64

فاسخ فهذا الاتفاق الأخير يعد ورقة ضد تسري عليها أحكام الصورية إذ أنه لا يمكن التوفيق بينها وبين الاتفاق الأول .

أما فيما يتعلق بمدى هذا التعارض المتطلب لقيام الصورية فيجب أن يكون العقد المستتر الذي يعبر عن إرادة الأطراف الحقيقية قادراً لوحده على هدم أو تعديل العقد. الظاهر بصورة مطلقة أو نسبية أي بالقدر الذي يغير فيه الحقيقة فإذا كانت المغايرة متعلقة بوجود العقد كنا أمام صورية مطلقة وإذا كانت المغايرة متعلقة بتكثيف العقد أو بأحد أركانها أو شروطه أو سببه أو شخصية أحد أطرافه كنا أمام صورية نسبية (137)

نخلص من خلال دراسة مفهوم الصورية وشروطها:

أن الصورية لا تنشأ إلا باجتماع شروطها في آن واحد، وهي: وجود طرفين متعاقدين على الأقل، ووجود عقدين مختلفين من حيث الطبيعة والأركان، كذلك وجود تعاصر زمني أو ذهني بين العقدين، وفي حال فقدان التصرف لأحد الشروط السابقة فإن الوصف القانوني له سوف يتغير. فالصورية تشترط وجود عقدين، تكون إرادة الأطراف قد اتجهت لتحقيق نتيجة أحدهما دون الآخر، ولكن بشرط اختلاف العقدين اختلافاً جزئياً أو كلياً، مع وجود التعاصر الزمني بينهما، ما لم يكن التصرف صادر عن إرادة منفردة، فهذه الشروط الثلاثة تمثل شرطاً واحداً، حيث أنه لا يمكن أن تتحقق الصورية إلا باجتماعها في آن واحد مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يكون فيها التصرف صادراً بإرادة منفردة. وفي حال اختل أي منها فإننا لا نكون بصدد عقد صوري. فإذا افتقد العقدان شرط الاختلاف بينهما، فإننا نكون بصدد عقد واحد تعددت نسخه، كما أنه إذا لم يكن بينهما تعاصر ذهني، فإن العقد اللاحق يكون بمثابة تعديل للعقد السابق أو إبرام لعقد جديد.

المطلب الثالث

نطاق الصورية

- المقصود بنطاق الصورية هو المجالات التي تعمل بها الصورية وهذه المجالات واسعة الإرجاء في الحقوق المدنية حتى أصبح من العسير أن نطمئن إلى اقتصرها على جانب أو عدة جوانب من المعاملات دون بقيتها وعليه سوف نقوم بإيضاح أهم المجالات التي يمكن أن تكون محلاً للصورية في الفروع التالية

الفرع الأول

الصورية في العقود والتصرفات الانفرادية

تعتبر العقود المجال الخصب للصورية فما من عقد من العقود المتعلقة بالذمة المالية سواء أكان منشئاً أو ناقلاً أو معدلاً أو مسقطاً للحق إلا ويكون قابلاً للصورية، ثم أن نطاق الصورية لا يقتصر على الحقل التعاقدية بل هو يشمل أيضاً الأعمال القانونية الصادرة بإرادة منفردة فالصورية قد يكون محلها عقد رسمي أو عقد عرفي أو تصرف صادر بإرادة منفردة. (138)

137) (سامي عبد الله - مرجع سابق - ص 138 وجونى عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 119

(138) من أهم المجالات التي تأثرت بتعديلات القانون المدني الفرنسي المطبق من 2016/10/1 الجديد تلك المتعلقة بمصادر الالتزامات . حيث تم تغيير تسمية الكتاب الثالث من " العقود أو الالتزامات الإتفاقية بصفة عامة " إلى " مصادر الإلتزامات " . وفي نفس الإطار و لأول مرة جعل المشرع من الإرادة المنفردة « la volonté unilatérale » مصدرًا من مصادر الإلتزام وذلك بموجب المادة 1101-1 .

Art 1101.1 " Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux."

□ كما كرس هذا المرسوم التمييز التقليدي بين التصرف القانوني acte juridique و الواقعة القانونية fait juridique وذلك من خلال المادتين 1100.1 (سلف استعراضها أعلاه) و 1100.2:

" Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de " droit.

إذ نص في المادة الأولى على كون (التصرف القانوني هو إتجاه الإرادات إلى إحداث أثر قانوني معين). أما في المادة التي تليه نص على كون (الواقعة القانونية هي تلك الأعمال التي يرتب عليها القانون أثراً قانونياً) . في نفس السياق عمد المشرع الفرنسي من خلال المرسوم الجديد إلى تعريف العقد من خلال المادة 1101، بل الأكثر من ذلك انه تبني تعريفاً متطوراً بناءً على ما نادى به الفقه المعاصر. و هو ما يتضح من خلال المقارنة بين نصي المادة 1101 القديم الجديد:

أولاً: الصورية في العقود الرسمية :-

العقود الرسمية هي تلك العقود التي يثبت فيها موظفون عموميين أو أشخاص مكلفون بخدمة عامة ما تم على أيديهم أو ما تلقوه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطتهم واختصاصهم. ونطاق الصورية في العقود الرسمية - بعكس العقود العرفية- يتمركز في نوع معين فقط من البيانات التي تتضمنها وليس في كل بياناتها ومرد ذلك أن العقود الرسمية تتضمن نوعين من البيانات :-

النوع الأول وهي البيانات التي لا يجوز نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بها بالتزوير وهي تلك البيانات التي يقوم الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بتدوينها في حدود مهمته واختصاصه بوصفها قد يؤدي ضبطها بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره فهذه البيانات تكون حجة على جميع الناس حتى يطعن فيها بالتزوير، ويشمل تاريخ السند الرسمي وتوقيع أصحاب العلاقة وتوقيع الموظف العام وكل البيانات الخاصة بالإجراءات التي يستلزمها القانون كما يشمل ما يصدر من أصحاب العلاقة في حضور الموظف العام كإقرار البائع انه قبض ثمن المبيع، أو إقرار المشتري أنه تسلم المبيع، فواقعة الإقرار بقبض الثمن أو تسلم المبيع تعد حجة على الناس كافة ولا يمكن دحضها إلا بالطعن بها بالتزوير. (139) **وعلة هذه الحجية المطلقة** ما يوليه القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التي تدخل في حدود مهمته لذلك يقع باطلاً كل اتفاق على تجنب الطعن بالتزوير للمنازعة في صحة المحرر الرسمي (140). وعليه فلا مجال للطعن بالصورية فيما يتعلق بهذه البيانات .

أما النوع الثاني فهي تلك البيانات التي تصدر من أصحاب العلاقة ويدونها الموظف العام تحت مسؤوليتهم بناء على ما سمعه منهم دون أن يكون قد شاهدها أو تحرى عن صحتها والمتعلقة غالباً بموضوع السند. وهذه البيانات لا تثبت لها صفة الرسمية ويجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية كما في واقعة قبض الثمن أو تسلم المبيع فهذه الواقعة لا تلحقها صفة الرسمية لأنها لم تحدث أمام الموظف العام وبالتالي يجوز إثبات عكسها حسب القواعد العامة في الإثبات دون اللجوء للطعن بالتزوير وعليه فلا يوجد ما يمنع من قيام ذوي العلاقة وكل من له مصلحة من الطعن بهذه البيانات بالصورية، فالموظف العام عندما قام بتوثيقها لم يكن لديه وسائل كافية للتحقق من جدية هذه البيانات ومن خلوها من الصورية. **نخلص مما تقدم** إلى أنه إذا نازع المتعاقد أو الغير في صحة ما تم التقرير به أمام الموثق، فهذا لا يمس أمانة الموثق كالتمسك بصورية عقد البيع أو أن الثمن لم يدفع فعلاً وان كان المشتري قد قرر أمام الموثق قبضه أو التمسك بأن البيع يخفي وصية أو قصد به مجرد الأضرار بمصلحة الضرائب لعدم أداء الضرائب المقررة. ففي هذه الأحوال وغيرها يجوز التمسك بصورية العقد الرسمي أو بعدم نفاذه عن طريق الدعوى البوليصة دون الحاجة إلى الطعن بتزوير.

والسؤال الذي يثور هنا يدور حول مدى قوة قيود السجل العقاري ومدى إمكانية الطعن بها بالصورية؟

أستقر قضاء محكمة النقض في مصر على إمكانية الطعن بالصورية في العقود الواردة على عقار حتى لو تم تسجيلها حيث لا وجود قانوناً للعقد الصوري. فتسجيله وعدمه سبب، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقاً له إذ ليس من شأن التسجيل أن يصح عقداً باطلاً لأنه ليس إلا وسيلة إشهاراً وبأنه من المقر في قضاء هذه المحكمة - انه يجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع أن

النص القديم: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose."

النص الجديد: "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations."

و بالتالي أضحي العقد هو توافق أرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء الالتزامات.

(139) أما ادعاء البائع انه لم يقبض الثمن حقيقة أو ادعاء المشتري انه لم يتسلم المبيع فيمكن إثبات عكسه بطرق الإثبات العادية لأن واقعة قبض الثمن أو تسلم المبيع لم تحدث أمام الموظف العام، فلا تلحقها صفة الرسمية التي يستلزمها الطعن بالتزوير -

جونى عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 61

الطعن رقم ٢٢٥٣ لسنة ٨٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٢٣/٠٥

(140) محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الجزء الثاني- أحكام الالتزام- مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣١٠.

يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع التالي الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً، فالتسجيل ليس من شأنه أن يصحح عقداً باطلاً ويجعل العقد الصورية عقداً جدياً كما أنه لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لا بد أن يرد على عقد جدي (141)

بناء على ما تقدم يتضح لنا أن القضاء المصري قد استقر على منح كل ذي مصلحة إمكانية الطعن بالصورية في التصرفات القانونية الواقعة على عقار حتى لو سجلت هذه التصرفات لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ولا يجعل من العقد الصوري عقداً جدياً . (142)

ثانياً : العقود العرفية :- قد ترد الصورية - وهذا هو الغالب - على العقود العرفية ويمكن للصورية أن ترد على العقد العرفي في أي بيان من بياناته دون استثناء فهي قد ترد في رضا الأطراف أو في محل العقد أو في سبب العقد أو في وجوده أو في أطرافه .

ثالثاً : التصرفات الانفرادية :

طرح الفقهاء على أنفسهم تساؤلاً مفاده هل يمكن تصور وجود صورية في التصرفات الانفرادية أي التصرفات التي تتم بإرادة منفردة؟ انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل حيث ذهب فريق منهم (143) وهو الغالب إلى نفي تصور وجودها في التصرفات الانفرادية - من حيث المبدأ - نظراً للطبيعة الاتفاقية للصورية ورتب على هذا نتيجة منطقية مفادها إمكانية وجود صورية في التصرفات الانفرادية واجبة التسليم، أي تلك التصرفات التي يجب أن يعلم بها المخاطب بها لكي تنتج أثرها، كالإيجاب وعزل التوكيل والإبراء وعدم إمكانية وجودها في التصرفات الانفرادية غير واجبة التسليم أي التي لا يشترط بها علم المخاطب بها لكي تنتج مفاعيلها كالطلاق والوعد بجائزة، بدعوى انه لا توجد الصورية إلا في التصرفات الانفرادية التي يجب أن تكون موجهة إلى شخص ما، أما في التصرف الانفرادي غير واجب التسليم فلا يوجد فيه إلا مجرد تحفظ ذهني. بينما ذهب آخرون إلى الإقرار بوجود الصورية في التصرفات الانفرادية على إطلاقها واستند إلى أن الخلط ما بين الطبيعة الاتفاقية للصورية ووجودها في التصرفات الانفرادية هو خلط لا لزوم له وأيد وجهة نظره بالإجماع الفقهي على الاعتراف بوجود الصورية في الوصية رغم كون الأخيرة تصرف انفرادي بل وغير واجب التسليم فهي تتم بمجرد العبارة الدالة على إرادة الشخص التصرف في تركته وتصير ملزمة بوفاة الموصي دون اشتراط أن تتصل بعلم أحد من الناس بما فيهم الموصي له .

ونؤيد ما جاء به الفريق الأول لقوة مبناه إذ كيف يمكن القول بوجود صورية في الوصية دون وجود اتفاق ما بين الموصي والموصي له على هذه الصورية، فإذا انتفى مثل هذا الاتفاق كنا أمام تحفظ ذهني من الموصي لا أمام صورية (144)

الفرع الثاني

الصورية في نطاق الأحكام والإجراءات القضائية

قد يتساءل البعض عن مدى إمكانية وجود صورية في مجال دعاوى والإجراءات القضائية والأحكام، وفي الحقيقة أن هذا التساؤل منطقي فالمتعارف عليه أن تكون الصورية في العقود إلا أننا سنرى انه لا يوجد ما يمنع من وجودها في الدعاوى وفي الإجراءات القضائية بل وفي الأحكام القضائية أيضاً .
أولاً :- الصورية في الدعاوى والإجراءات القضائية :-

(141) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن للمشتري سواء سجل عقده أو لم يسجله أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر من البائع له صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته من الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني له أن يتمسك بتلك الصورية التي تتناول وجود العقد ذاته وذلك لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده. الطعن رقم ٤١٩٢ لسنة ٨١ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٣/١٢/٢٨ - أنور طلبه، أنور، المرجع السابق، ص ٣٢٩ -

(142) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكي يحكم له بصحة عقده وليسجل هذا العقد لتنتقل إليه ملكية العين المباعة إذ إنه لكونه دائناً للبائع في الالتزام المترتبة على عقد البيع الصادر له أن يتمسك بتلك الصورية أي كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده.

الطعن رقم ١٦٤٣ لسنة ٨٢ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٩/١٠/١٤

143 () السنهوري - الوسيط - ج ٢، المرجع السابق، ص ١٠٨٠ - ١٠٨١

عبد الباقي، القانون المدني وأحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١٢١.

144 () - جوني عيسى الياس - الصورية - مقوماتها وأثارها - مرجع سابق - ص 142

قد يتفق شخص مع أحد أقاربه أو أصدقائه على أن يقيم أحدهما دعوى بوجه الآخر يطالبه فيها بملكية عقاره، ويحصل من القضاء على قرار بمنع التصرف به لحين البت بالدعوى، وتوضع إشارة المنع على الصحيفة العقارية للعقار العائد للمدعى عليه، وذلك بغية عرقلة وتأخير معاملات طرح العقار المذكور بالمزاد العلني من قبل دائن حقيقي. في المثال السابق نحن أمام صورية في رفع الدعوى غرضها الأضرار بالدائنين وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بإمكانية وجود صورية في إجراءات التقاضي حيث قضت بأنه متى انتهت محكمة الموضوع بأسباب سائغة إلى أن عقد البيع صوري صورية مطلقة ثم اتخذت من صورية إجراءات التقاضي التي انتهت بصور الحكم القاضي بصحة ونفاذ هذا العقد قرينة أخرى إضافتها إلى القرائن التي دلت بها على صورية العقد فإنها لا تكون قد أهدرت حجية الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد التي لم يكن مدعي الصورية طرفاً فيها، إذ أن حجية الأحكام مقصورة على أطرافها. (145)

ثانياً : الصورية في الأحكام القضائية :-

قد يعتقد البعض بعدم إمكانية وجود صورية في الأحكام القضائية إلا أن الصورية قد تمتد لتشمل أنواعاً معينة من الأحكام القضائية هي قرارات رسو المزاد وما يطلق عليها الأحكام المثبتة للاتفاقات أ- قرارات رسو المزاد :- لا يوجد ما يمنع من وجود صورية في قرارات رسو المزاد القضائية والتي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه . حيث يكون من رسا عليه المزاد متفقاً مع آخرين يحضرون المزاد بصورة شكلية فقط إلي أن يأتي دوره فيرفع السعر قليلاً ليرسو عليه المزاد، كما قد يكون هذا الشخص مسخراً لحساب آخر . وقد قضت محكمة النقض المصرية بإمكانية وجود صورية في قرارات رسو المزاد في العديد من أحكامها فقد قضت بأن الصورية - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه (146) .

وبأنه الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه، وكان لمحكمة الموضوع أن تستقل وحدها بتصوير وقائع النزاع دون معقب ما دام تصويرها يستند إلى ما هو ثابت من أوراق الدعوى وملاستها، فإن الحكم المطعون فيه إذا أقال قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت إلى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الأضرار بالمطعون عليها الأولى، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي اقتنعت بها محكمة الموضوع. ولا يكون قد خالف القانون إذا عمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد (147)

ب- الأحكام المثبتة للاتفاقات الخصوم :-

ونكون أمام مثل هذه الاتفاقات حينما تفصح مذكرات الخصوم التي يقدمونها للمحكمة عن وجود اتفاق على الحل الذي يرتضونه للنزاع، دون أن يتقدموا بطلب لإثبات الصلح بينهم، فتصدر المحكمة حكماً مستنداً إلى عناصر الاتفاق الوارد في مذكرات الخصوم، ولذا يسمى هذا الحكم حكماً اتفاقياً، فهنا يكون النزاع في الأصل صورياً اصطنعاً الأطراف رغبة منهم في الحصول على المزايا التي يرتبها صدور حكم قضائي فهم يريدون إعطاء الاتفاق الصوري قوة وحجية الأحكام القضائية عن طريق اصطناع نزاع أمام القضاء يطلبون فيه صحة ونفاذ عقد ما مثلاً.

145) محمد شتا، م.س، ص ٩-١٠ الطعن رقم ٨٠٢٣ لسنة ٧٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٧/٠٦/٢٠٠٦ مكتب فنى (سنة ٥٧ - قاعدة ١٢٢ - صفحة ٦٤٠)

(146) نقض مدني مصري رقم ٨٢٩ تاريخ ٦/١١/١٩٨٠ و رقم ٢٤ تاريخ ١١/١٢/١٩٤١ مشار اليهما في احمد شعلة- المرجع السابق- ص ٦٦

147) - الطعن رقم ١٣٣٩٢ لسنة ٧٧ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١٠/٠٦/٢٠٠٨

فالحكم الاتفاقي في جوهره هو تصديق المحكمة على إقرار شخص لآخر بحق أمام القضاء إقراراً سورياً أو تصديقها على عدم منازعته في تعاقد صوري، فيكسب الخصوم اتفاقاتهم شكل الأحكام، ويستغنون عن تحرير العقود، ويتفادون طرق الطعن بها .

الفصل الثاني

أثار صورية العقود المدنية

تقديم و تقسيم:-

تتمتع الصورية بأهمية كبرى حيث أن معظم التشريعات التي أخذت بالصورية لم تعالج أحكامها بشكل كافٍ يحد من وجود آراء مختلفة حول المسألة الواحدة كمسألة التقادم ومسائل أخرى تركت لاجتهادات الفقهاء. ولا تثير مناقشة آثار الصورية صعوبة تذكر في ظل القوانين الشكلية التي لا ينشأ فيها الالتزام إلا بإتباع شكل معين ينص عليه القانون، فالالتزامات في هذه القوانين لا تنشأ من تطابق الإرادات إنما من إتمام طقوس خارجية معينة وهكذا يكون العقد الظاهر وحده هو النافذ لأنه هو الذي استوفى الشكلية المطلوبة وليس المستتر وهذا ما كان عليه الحال في القانون الروماني .

أما في ظل القوانين الرضائية كالقانون الفرنسي¹⁴⁸ والقوانين المدنية العربية والتي تجعل من الإرادة مصدراً للالتزامات فيتنازع آثار الصورية مبدآن :-

الأول هو مبدأ سلطان الإرادة والذي بمقتضاه يحق للأشخاص أن يلتزموا كيفما شاءوا وبما شاءوا ووقتاً شاءوا . وهذا يؤدي في نهاية الأمر إلى احترام الإرادة الحقيقية لطرف أو للأطراف دون الإرادة الظاهرة ، بمسوغ مفاده أن العقد المستتر وحده هو الذي يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف . (149) **والثاني هو مبدأ استقرار المعاملات واحترام الأوضاع الظاهرة** الذي ينهار تماماً لو طبقنا المبدأ الأول على إطلاقه، حيث لن يتوفر للغير أي استقرار في معاملاته إذا لم يكن الوضع الظاهر صحيحاً. ولهذا يتجه المبدأ الثاني إلى حماية الغير حسن النية الذي يستند إلى العقد الظاهر الصوري والذي بنى على أساسه كافة معاملاته لأنه لا يعلم بوجود الصورية .

وهذان المبدآن الأساسيان مبدأ احترام الإرادة الحقيقية ومبدأ حماية الغير حسن النية، تكفلت النصوص القانونية بتكريسهما، وتولى الفقه والاجتهاد القضائي مهمة توضيح وشرح هذه النصوص وسد ما يشوبها من نقص وقصور. فبدت نظرية الصورية نظرية متكاملة متماسكة، كانت فيها النصوص القانونية مجرد لبنات بسيطة ارتكز عليها الفقه والقضاء لتشديد صرح النظرية كاملاً والذي لم يزل الفقه والقضاء يعدل ويطور هذا الصرح حتى تقوم نظرية الصورية بالمهام الملقاة على عاتقها في محاربة الغش والاحتيال

ويؤدي المبدآن السابقان المتعارضان إلى فكرتين متناقضتين ولكن لكل فكرة منهما مجالها الخاص :- ففي العلاقة ما بين أطراف الصورية تكون العبرة للعقد الحقيقي المستتر احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة والذي يؤدي لاحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. أما بالنسبة للغير فتكون العبرة للعقد الظاهر الصوري تطبيقاً لمبدأ استقرار المعاملات . إلا أن هذه المبادئ العامة لا تسري على إطلاقها فالمبدأ الأول ليس مطلقاً حيث يتم أحياناً وبعد توافر أسباب خاصة حرمان العقد المستتر من آثاره، وفي أحيان أخرى بطلان العملية كلها أي العقدان الظاهر والمستتر تطبيقاً لمبدأ محاربة الغش والتحايل على القانون

¹⁴⁸ أدخل المرسوم الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 والقانون رقم 2018/287 تعديلات على مسائل عديدة في

القانون المدني ومنها قاعدة «العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين.»

149 فقد نصت المادة 147 الفقرة الأولى- من القانون المدني المصري على أنه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) - سامى عبدالله- مرجع سابق - ص232

انظر من الفقه القائل بذلك

- Françoise Cocal, La responsabilité civile et contrat d'assurance, Posté sur le site Juris-Classeur 1990- p87

- Geneviève Viney, La responsabilité: effets, L.G.D.J., 1988-p69

- G.viney; Traite de droit civil, les obligations, les conditions, responsabilité L.G.D. f. 1982-p98

-Guy Courtieu,. Sabine Bertolaso. Contrat d'assurance, Règles communes, Fonctionnement du contrat Responsabilité civil et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur-p77

-Laurent Bloch, Règles particulières a l'assurance de responsabilité, juris Classeur Responsabilité civil et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur- p79

أما المبدأ الثاني فهو غير مطلق أيضاً فقد يحدث أن يكون العقد الظاهر الذي استند إليه الغير في معاملاته ضاراً بمصالحه. ويلاحظ أن المشرع المدني أورد أحكام الصورية في الفصل المخصص للحديث عن الوسائل المشروعة لحماية الغير أي الفصل الخاص بما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان لديونهم في الباب المخصص لأحكام الالتزام (آثار الحق الشخصي) . لكن الصورية قد تستخدم لأغراض أخرى غير تهريب المال من وجه الدائنين أو الإخلال بحق الضمان العام العائد لهم على أموال المدين كما ذكرنا سابقاً .
وبناءً على ذلك؛ فإنه كان لا بد لنا من دراسة آثار أحكام صورية وبيان رأى الفقه والقضاء في المباحث التالية :-

المبحث الأول - آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

المطلب الأول:- انعدام أثر العقد الصوري فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام
المطلب الثاني:- مبدأ حيادية الصورية
المطلب الثالث:- الاستثناءات على مبدأ حيادية الصورية
المبحث الثاني- آثار الصورية بالنسبة للغير
المطلب الأول- الأساس القانوني لحماية الغير في الصورية
المطلب الثاني- مفهوم الغير في صورية العقود المدنية
الفرع الأول: الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية
الفرع الثاني: الخلف الخاص لأطراف الصورية
الفرع الثالث: فئات يمكن اعتبارها من الغير
المطلب الثالث - خيارات الغير
المبحث الثالث- ورقة الضد

المبحث الأول

آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

تقديم وتقسيم :-

اعتمدت معظم التشريعات في بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدین وخلفهما العام على مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة: " أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود وكافية لتحديد آثارها، وبعبارة أخرى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، وأساس هذا المبدأ هو أن الأفراد أحرار بحسب حالتهم الطبيعية، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد حسب هذا الأصل إلا بإرادته" (150) . ويترتب على ذلك، تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام. ونستعرض آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام من خلال المطالب التالية :-

المطلب الأول

انعدام أثر العقد الصوري فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري فإننا نجد أنها لم ترتب أي أثر للعقد الصوري فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلى العقد الحقيقي، وليست إلى العقد الصوري، أي أن العقد الصوري لا وجود له فيما بين المتعاقدين والخلف العام. و تنص المادة 1202 من التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10-2016 على انه(يكون باطلاً أيضاً كل عقد يرمى إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو التنازل عن محل تجارى أو عن الزبائن أو التنازل عن حق في الإيجار أو عن الاستفادة من وعد بإيجار يتعلق كلياً أو جزئياً بعقار أو بكل أو بجزء من فرق المقايضة أو القسمة يتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو زبائن)(151)ونفصل ذلك في فروع ثلاثة :-

(150) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص24.
عبد الحكم فوده، المرجع السابق، 270- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص144-
الطعن رقم 10093 لسنة 84 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2018/04/21
محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت 2000- ص 158 و159
(151) (Aussi, tout contrat qui vise à dissimuler une partie du prix de vente d'un bien, de cession d'un local commercial ou à des clients, ou de renoncer à un droit de location, ou de bénéficier d'une

الفرع الأول العقد الظاهر لا وجود له

العقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزم بما أراداه لا بما لم يريداه (152) . ومن ثم إذا باع شخص عيناً من آخر بيعاً صورياً واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشتري لا وجود للبيع ويبقى البائع مالاً للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعهها بيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتري ثانٍ والمشتري الثاني هو الذي تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشتري السوري الأول أن يحتج بعقد البيع السوري على المشتري الثاني ولو سجل البيع السوري قبل تسجيل البيع الجدي . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضاً لا بالعقد السوري (153) . وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشتري السوري مالاً للعين (154) وكذلك ورثته لا تنتقل إليهم ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشتري السوري ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد السوري هذا ما لم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته وهو حسن النية (155)، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لا يعلم به .

ولنا على هذا النص الملاحظات التالية:-

١ . أن نص المادة السابقة لم يذكر إلا العاقدين وخلفهما العام ، ولكن حكمه ينطبق على كل شخص آخر تكون له مصلحة في تطبيق القاعدة العامة وفي التمسك بإرادة العاقدين الحقيقية كالخلف الخاص الذي تلقى من البائع السوري ملكية المال المبيع صورياً سواء كان تقيمه هذه الملكية سابقاً أو لاحقاً لصدور البيع السوري، وكالدائن المرتهن لهذا المال المبيع صورياً . فكل هؤلاء لا ينفذ في العلاقة ما بينهم وبين المشتري السوري أو ورثته إلا العقد الحقيقي ولا يحتج عليهم بالعقد السوري تطبيقاً للقاعدة العامة التي توجب الاعتراف بالعقد الحقيقي دون العقد السوري .

٢ . أن المادة المذكورة يشوبها قصور ظاهر ، لأنها لا تشمل إلا حكم الصورية النسبية ولا تتناول حكم الحالة التي لا يوجد فيها عقدان أحدهما صوري وهمي والثاني جدي مستتر بل عقد واحد صوري يستتر حالة قائمة يراد أن تبقى بعده كما كانت قبله دون أن يكون للعقد أثر بين المتعاقدين ، أي أن النص المذكور لا يشمل حكم الصورية المطلقة . ويقصد بالمتعاقدين في الصورية الشخص الذي عقد العقد سواء بنفسه أو بواسطة نائب مثله في العقد، ففكرة النيابة في التصرفات القانونية - والتي ترتب بمقتضاها تصرفات النائب آثارها سلباً وإيجاباً في ذمة الأصل - تؤدي إلى القول بأن ورقة الضد الموقعة من النائب تنقيد بحق الأصل مهما كان مصدر النيابة اتفافية أو قانونية أو قضائية، وعليه يمكن التمسك بورقة الضد التي أبرمها الوكيل ضد الموكل كما تسري ورقة الضد المبرمة من الوصي ضد القاصر الخاضع للوصاية . كما يأخذ حكم المتعاقدين الخلف العام سواء أكانت خلافته عن طريق

promesse de location portant en tout ou partie sur l'immobilier ou sur tout ou une partie de la différence de swap ou de division, qui comprend l'argent de l'immobilier, sera annulée. Ou un magasin ou des clients)

ومثال ذلك: " إذا كان العقد الظاهر بيعاً، فإن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري، ويبقى البائع مالاً له بكل ما يترتب على ذلك من نتائج، فيستطيع التصرف بجميع أنواع التصرفات، ولا يستطيع المشتري السوري أن يعترض على ذلك، ويترتب على ذلك أيضاً أن البائع السوري إذا مات فالشيء ينتقل إلى ورثته"

(152) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 1083-1084 فقرة 618 حيث يشير إلى أنه وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditor Progriam turqitudinem allegans) ، ولكن هذا الرأي لم يسد ، حيث أن المتعاقدين في الصورية لا يغش أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معاً على الصورية . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في م الأعمال التحضيرية 3 ص 646 .

(153) سلمان مرقس - الإثبات فقرة 209 ص 389 - الطعن رقم ٨٠٢٣ لسنة ٧٤ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠٠٦/٠٦/٢٧-مكتب فني (سنة ٥٧ - قاعدة ١٢٢ - صفحة ٦٤٠)

(154) (ومن ثم أمكن الأستاذ فلانتيه (Flattet) في كتابه " العقود لحساب الغير " أن يجعل البائع والمشتري السوريين شريكين في حق واحد (Cotitulaires du droit) (فلانتيه في العقود لحساب الغير فقرة 120 - فقرة 133) .

155 نصت المادة 1104 من التقنين المدني المعمول به في فرنسا منذ 1-10- على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية (أي أصبح الالتزام بحسن نية واجباً منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه، مروراً بمرحلة إبرامه)

ارث أو وصية. و لكن هذا القول لا يسري على إطلاقه فقد يصبح الخلف العام من الغير إذا كان الحق الذي يتمسك به مستمد مباشرة من القانون وليس من السلف وعليه يعتبر الورثة من الغير بالرغم من كونهم خلفاً عاماً للمورث عندما يجري السلف تصرفاً إضراراً به كما هي حالة البيع والهبة في مرض الموت. (156) ولكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانوني . فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولاً ضمناً للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من أعيان الشركة يعتبر قبولاً للميراث في القانون الفرنسي (157) .

الفرع الثاني

العبرة بالعقد الحقيقي

فالذي يعتد به إذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما تقرر بصريح نص المادة 245 مدني مصري ، إنما هو العقد الحقيقي . وقد أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 131-2016 المادتين 1202 و1201 وهما مطابقتان في مضمونهما لمضمون المادتين 1321 و 1-1321 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل واللتين تناولتا الصورية إلا أنهما بصياغة أوضح ، مع الأخذ بعين الاعتبار توجه المحاكم ، ولا سيما فيما يخص سريان «ورقة الضد» على الغير . حيث اعتبرت المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي المعدل أنه (إذا أبرم الأطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً فإن هذا الأخير والذي يسمى أيضاً بورقة الضد يترتب أثره بين أطرافه ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي يحق مع ذلك التمسك به) أما المادة 1202 من القانون ذاته فهي تؤكد على بطلان العقد الذي يخفي ثمناً حقيقياً في حالات عديدة. فهي تنص على أنه يعتبر باطلاً أيضاً أي عقد يخفي جزءاً من الثمن عندما يكون محله بيعاً عقارياً ، أو حوالة محل تجاري أو زبائن ، أو حوالة حق الإيجار ، أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتناول كل أو جزء من عقار وقد رأينا في المثل السابق أننا اعتدنا بورقة الضد ، وهي التي تعبر عن الموقف الحقيقي ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام فالبايع الصوري يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشتري الصوري لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه . ولما كانت الصورية كثيراً ما تستعمل لخدعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلاً . ولم يميز القضاء الفرنسي بين الغش والصورية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر (158) ، فاقصر في الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التي يراد الوصول إليها عن طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان .

وهذا هو ما كانت تقضى به المادة 1321 من التقنين المدني الفرنسي القديم ، إذ تنص على أن " العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير " . (159) وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا (160) ، وما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم يشتمل على النصوص التي أشتمل عليها التقنين المدني الحالي ، وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة . (161)

الفرع الثالث

156 () جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 147

(157) ديموج 1 ص 262 - ص 263 .

(158) ديموج 1 ص 259 هامش رقم 3 .

(159) هذا هو النص المقتضب الذي تضمنه التقنين المدني الفرنسي في الصورية ، وقد ورد في مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنيات الحديثة نصوصاً عامة في الصورية . فقضت المادة 117 من التقنين المدني الألماني بجعل العقد الحقيقي هو الذي يسري دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسري (م 18 فقرة 2) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بسريان العقد الظاهر -عبد الرزاق السنهوري - م.س - ص 1085

(160) ديمولومب 24 فقرة 370 - أوبري ورو 1 فقرة 35 - بودري وبارد 4 فقرة 2400 - ديموج 1 فقرة 160 و 7 فقرة 1143 - بلانيول وريبير وأسمان 6 فقرة 335

(161) قضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ ، متى كان الثابت أنها ليست في حقيقتها تفاسخاً بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدني أول ديسمبر سنة 1949 مجموعة أحكام النقض 1 رقم 13 ص 48) ..

وجوب أثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها فيه

وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به وفقاً لقواعد الإثبات. أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً .

فإذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر في هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون (162) . فعقد الهبة المستتر في صورة البيع مثلاً يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها (163) . فإذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا لمانع ، ويحسب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي (164) ، ويعتبر تبرعاً لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية (165) .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة -ولو كانت هبة منقول - في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعاً في شكله وفي موضوعه (166) . وإذا أفرغ العقد الظاهر في ورقة رسمية ، فإنه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفي وبناءً على ما تقدم فإن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ويترتب على ذلك:

1- إذا كانت الغاية من وجود العقد المستتر هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي فإن التصرف الحقيقي يكون باطلاً، وبناءً على ذلك؛ إذا كان العقد الحقيقي باطلاً، فإنه لا يترتب أي أثر فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن إجازته من قبل الأطراف.

2- إذا ما كان القصد من العقد الصوري تجنب تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي، فإن هذه القاعدة تطبق على التصرف الحقيقي، وإذا قصد من العقد المستتر حرمان الغير من التمسك بحقه الوارد بموجب العقد الحقيقي، فإن هذا الحق يبقى قائماً ويستطيع الغير التمسك به.

3- تجنب قاعدة تتطلب شكلاً معيناً لانعقاد العقد: قد يشترط القانون أن يتم إفراغ بعض العقود في شكل معين، بحيث لا يعتبر العقد صحيحاً، إلا إذا أفرغ في الشكل المحدد له، كما هو الحال في بيع العقارات، فما هو وضع هذا الشرط في الصورية؟.

بالرجوع إلى القانون المدني المصري نجده يشترط الشكلية في العقد الظاهر دون العقد الحقيقي المستتر، فلا يشترط توافر الشكلية التي يتطلبها القانون في العقد الحقيقي المستتر، والنافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، وإنما يعد العقد قد انعقد بالرغم من عدم إفراغه في الشكل المطلوب. ومثال ذلك: إذا تمت الهبة تحت ستار البيع، فلا يشترط فيها الرسمية التي يستلزمها القانون لتمام الهبة، بل يكفي أن تتوافر الشكلية المطلوبة لتمام عقد البيع (167).

ونتفق مع هذا الرأي، وذلك لأنه إذا اشترطت الشكلية في العقد الحقيقي المستتر، ولم يتم إفراغه في الشكل المطلوب، فإن العقد النافذ سيكون بين المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد الصوري، مما يؤدي إلى تجاهل مبدأ سلطان الإرادة، والذي بموجبه اتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام العقد الحقيقي تحت

(162) بلانيول ورببير وأسمان 6 فقرة 462 هامش رقم 1 - أوبرى ورو طبعة سادسة 1 فقرة 35 ص 225 - كولان وكابيتان لامورانديير 2 فقرة 190 - فقرة 191 .

(163) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فإذا كان غير مباح كان باطلاً ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضى به المادة 911 من التقنين المدني الفرنسي من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر في نفسه والعقد المستتر في نفسه ، ولكن لا يبيح أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثاني - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 1087 - ويشير في بطلان العقد المستتر والعقد الصوري للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد 9 فقرة 978 .

(164) كذلك يجب إنقاص الهبة (reduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به (quotite disponible) بالنسبة إلى الورثة إذا كانت الهبة لوارث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام -إنقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث - تسرى في علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير في مثل هذه الحالة

(165) بيدان ولاجارد 9 فقرة 973 - فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت دائن الشخص الذي صدرت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري إثبات سوء نية الواهب نفسه

(166) وإذا أبرم وصى عقداً سورياً عن الفاصر مما يجب فيه إذن المحكمة الحسبية ، فالعقد الصور لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن المحكمة ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الإذن ليكون صحيحاً حتى فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (أنظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد 9 فقرة 974) .

(167) محمد حسين منصور-النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص150.

ستار العقد الظاهر، كما أن إبرام العقد الحقيقي المستتر في الشكل الذي يتطلبه القانون لنفاذه، كتسجيل العقد في الشهر العقاري قد يؤدي إلى معرفة الغير بصورية العقد الظاهر، وعند معرفة الغير بصورية العقد الظاهر، فإن الغاية من وجوده تنتفي وهي ستر العقد الحقيقي.

4- إذا كان القصد من الصورية التحايل على القانون بهدف إخفاء أمر غير مشروع، فإن لمن يدعى الصورية الحق في إثباتها بكافة طرق الإثبات، وإذا كان الهدف منه التحايل على القانون أو إلحاق ضرر بالخلف العام، فإن للخلف العام أيضاً الحق في إثبات صورية التصرف بكافة طرق الإثبات. (168) وسنوالى ببيان آثار الصورية بالنسبة لأطرافها حيث يسود مبدأ حيادية الصورية ثم نستعرض الاستثناءات التي يمكن أن ترد على هذا المبدأ في المطلبين التاليين

المطلب الثاني

مبدأ حيادية الصورية

أولاً- مضمون المبدأ وأسانيده:-

هذا المبدأ يعني أن الصورية لا تصحح أو تبطل التصرف فهي حيادية بمعنى أن العقد المشوب بالصورية إما أن يكون صحيحاً أي مستجمعاً لشروط انعقاده وصحته التي اشترطها القانون من رضا ومحل وسبب وعندئذ يسري العقد وتطبق آثاره فيما بين المتعاقدين. أما إذا كان هذا العقد باطلاً لفقدانه أحد شروط الانعقاد والصحة فلا يسري العقد عندها فيما بين المتعاقدين بل يكون باطلاً وعندها إذا تحكمت علاقات الأطراف بالعقد الظاهر وأما أن يلحق البطلان بهذا العقد أيضاً. (169) وهذا الأثر السلبي للصورية يطلق عليه حياد الصورية، لذلك اعتاد الفقه والقضاء على القول بأن الصورية ليست بحد ذاتها سبباً لبطلان العقد وتعطيل آثاره بل هي عنصر حيادي لا شأن له بصحة أو ببطلان العمل القانوني الذي يستتره. فالعقد الصوري إما أن يكون صحيحاً مستوفياً لشروط انعقاده وصحته وإما أن يكون باطلاً لفقدانه أحد هذه الشروط. وبعبارة أخرى يمكننا القول أن هذا المبدأ يعني أن الصورية لا تنفع كما إنها لا تضر

أ- فالصورية لا تضر :- قلنا أن الصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان العقد المستتر فهي لا تبطل التصرفات الصحيحة، لأن الطرفين قد ارتضياه، ومن ثم يتعين. علينا وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة الرضائية في الاتفاقات أن نعترف بالقوة الملزمة للعقد المستتر الحقيقي شريطة أن لا يتضمن العقد المستتر سبباً من الأسباب المؤدية لبطلانه. لكن هذا القول لا يسري على إطلاقه إذ سنلاحظ أن الصورية قد تبطل التصرفات الصحيحة عندما نناقش الاستثناءات التي ترد على مبدأ حيادية الصورية

ب- والصورية لا تنفع أيضاً :- ويقصد بهذا القول أن الطرفين لا يستطيعان أن يجعلوا من الصورية سنداً للإفلات من تطبيق القواعد القانونية فالصورية لا تصحح التصرفات الباطلة، على أن هذا القول لا يسري على إطلاقه فهو يصدق بالنسبة للقواعد الموضوعية دون القواعد الشكلية. فمن حيث القواعد الموضوعية فإن العقد المستتر يظل خاضعاً للشروط الخاصة به، لا للشروط المفروضة على العقد الظاهر (التي قد تكون أخف وطأة). وبناءاً عليه يتعين إخضاع الهبة المستترة إلى قواعد الرجوع في الهبة وعليه يجوز للواهب الرجوع في هبته المستترة إذا ما رزق ولداً بعد الهبة أو صدر من الموهوب له ما يعد جوداً لجميل الواهب أو أن يصبح الواهب عاجزاً على أن يوفي لنفسه أسباب معيشته .

أما من حيث القواعد الشكلية فإن العقد المستتر لا يخضع إلى الشروط ذاتها المفروضة على العقد الظاهر وعليه فإن الهبة المبرمة تحت ستار عقد بيع يمكن أن تجري بسند عادي إذا وردت على منقول شأنها في ذلك شأن عقد البيع مع أن الهبة لا تتم في الأصل إلا بسند رسمي في مصر. وظاهر أننا في هذا المثال لا نستطيع القول بأن الصورية لا تنفع لأن المتعاقدين فيها قد أفادا من الإفلات من القيود الشكلية التي قد تكون بالنسبة إليهما مرهقة أو باهظة التكاليف. وهنا نستطيع القول أن الصورية قد صححت تصرفاً قانونياً كان باطلاً لتخلف شكله هو عقد الهبة الذي اخفي تحت ستار عقد بيع .

ثانياً- حجج المؤيدين لهذا المبدأ :-

(168) عبد التواب، معوض: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف،

1998، ص1038. الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٧٠ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١١/٠٦/٢٦

(169) احمد حشمت ابو ستيت المرجع السابق، ص ٤٨٨ .

يمكن إجمال الحجج التي يسوقها الفقهاء المؤيدون لمبدأ حيادية الصورة في الحجتين التاليتين

١- مشروعية الصورة من ذاتها ويقصد بذلك انه ليس من الضروري أن تكون الصورة أداة للغش دائماً فقد تكون الدوافع المحركة للصورة دوافع جيدة ومشروعة خاصة في ظل افتراض حسن النية

وقد انتقد الفقه هذه الحجة بمسوغ أن الفرض من الصورة هو دائماً الغش والتحايل على القانون وعلى الغير والإضرار بحقوقهم وان الأمثلة التي استند إليها هذا الجانب الكبير في الفقه للقول بوجود الصورة المشروعة إنما هي أمثلة نظرية فقط . كما أن بعض هذه الأمثلة لا علاقة لها بالمشروعية فالمحسن الذي يخفي إحسانه وراء عقد آخر لحفظ كرامة المحسن إليه أهدر بإحسانه مصالح وراثته ودائنيه. والشخص الذي يبرم عقوداً صورية ليبدو بمظهر الثراء محاولاً إيهام الناس بثرائه كذباً فيه أضرار بالغير الذي يتعامل معه على أساس ثرائه المزعوم . (170)

٢- أن المشرع - في تصوره العام لفكره الالتزام - كان ميالاً لترجيح الإرادة الحقيقية للأطراف وهي بالطبع أكثر اتفاقاً مع التصرف المستتر منها مع التصرف الظاهر. ولا شك أن المشرع قد بلور وجهة نظره هذه مستنداً إلى مبدأ سلطان الإرادة وهو أحد المبادئ الرئيسية والأساسية التي يقوم عليها نظامنا القانوني .

فالعقد المستتر هو المعبر عن إرادة الأطراف أما العقد الظاهر فهو بمثابة قناع لإرادة الأطراف لا يريدونه إنما يخفون أرائهم الحقيقية وراءه. وبما أن الأطراف طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة لا يلتزمون إلا بما أرادوا الالتزام به فهم إذن لا يريدون الالتزام سوى بالعقد الحقيقي المعبر عن إرادتهم الحقيقية فهو وحده العقد الذي له وجود قانوني أما العقد الظاهر فلا يعدو كونه مجرد واقعة. ففي حالة الصورة المطلقة يحكم العقد المستتر وحده علاقات الأطراف أما التصرف الظاهر فهو غير موجود . أما في الصورة النسبية فإن العقد المستتر يترك - كما يقول بعض الفقهاء أمثال فلافيون - العقد الظاهر قائماً ويعدل فقط من نطاقه فهنا يسري العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين ولكن في حدود معينة هي تلك التي لم يتم تعديلها بواسطة العقد المستتر بحيث يحكم العقدين معاً الظاهر والمستتر علاقات الأطراف كل منهما ضمن حدوده . وهكذا ففي حالة البيع ذي الثمن المنخفض فإن الثمن الوارد في العقد المستتر هو الذي يلتزم المشتري بدفعه وليس الثمن الوارد في العقد الظاهر. (171)

وقد أثار مبدأ حيادية الصورة نقاشاً كبيراً في الفقه والقضاء حول منطقتهم وتعرض لانتقاد شديد من قبل بعض الفقهاء كما صدرت بعض الأحكام الفرنسية القديمة المعارضة له كالحكم الصادر بتاريخ ٥/٦/١٩٠٥ عن محكمة باريس. وقد استند هذا الاتجاه المعارض لمبدأ حيادية الصورة إلى أن الصورة غالباً، أن لم يكن دائماً، هي أداة للغش نحو القانون والإضرار بحقوق الغير . ونادى بمناهضة هذا الغش عن طريق تقرير بطلان العقود المتعلقة بالصورة أي أن تصبح الصورة بذاتها سبباً للبطلان. وبهذا يتم إحباط أعمال الغش التي يقترنها أطراف الصورة فبدلاً من الاكتفاء بوضع عدة نصوص متفرقة لقمع الغش نقوم بوضع نظرية عامة لقمع الغش الذي يستتر خلف الصورة .

ورغم قوة الحجة السابقة إلا أن الاتجاه الغالب فقهاً وقضاءً والمستقر عليه في الوقت الحاضر هو مبدأ حيادية الصورة أي أنها ليست بذاتها سبباً للبطلان واستندوا على الحجج التالية

1- أن قلب مبدأ حياد الصورة وجعلها سبباً للبطلان في ذاتها لن يغير من الأمر شيئاً والدليل على ذلك أن المشرع بالرغم من نصه على بطلان العقد المستتر في بعض الفرضيات قمعاً للغش تقديراً منه لتعاظمه في هذه الحالات إلا أنه فشل في منع الأطراف من إبرام هذه العقود بهذه الطرق الملتوية كنص المادة ٩١١ من القانون المدني الفرنسي قديم التي تقضي ببطلان التبرعات لعديمي الأهلية سواء أكانت مستورة أو تمت بواسطة شخص مسخر.

170) رأفت محمد حماد - مرجع سابق - ص 90 و 91

(171) يرى الفقيه الفرنسي شاباس بان العقد المستتر يجب العقد الظاهر تماماً بحيث لا يكون للعقد الظاهر وجود إلا كواقعة أما المستتر فهو الاتفاق ذو الوجود القانوني الحقيقي. ففي الصورة النسبية لا يكون هناك عقد سوى الحقيقي الذي ذكر فيه الثمن الحقيقي الذي طلبه البائع ثمناً لبضاعته وقبل المشتري الثراء به. فالعقد الظاهر وفقاً لهذا الرأي لا يعبر عن تصرف قانوني موجود بل هو مجرد ستار تستتر وراءه الإرادة الحقيقية للأطراف أي العقد الحقيقي.

انظر ، مجدي حسن خليل ، الرسالة السابقة، ص ٨٧

وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله أن عجز المشرع عن قمع الغش في حالات معينة ليس دافعاً لنا لإباحة الغش خاصة انه لا يوجد أي قانون في أي فرع من فروع القانون استطاع أن يضع نصاً عجز الأطراف عن التحايل عليه .

٢- أن القول بأن الصورية بذاتها سبباً للبطلان فيه افتراض للغش وهذا يتعارض مع القاعدة الفقهية القائلة أن الغش لا يفترض إنما يتعين إثباته. وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله أن الواقع العملي يبرهن لنا إن إلحاق الصورية بأسباب بطلان التصرفات القانونية ليس فيه افتراض للغش إنما مناهضة للغش . خاصة أن المشرع نفسه قد افترض الغش في حالات معينة وأبطل التصرف المستتر بناء على هذا الافتراض . فالأمر لا يعدو كونه قصوراً تشريعياً لأن المشرع واجه قرينة الغش في حالات معينة ولم يواجهها في حالات أخرى رغم اتحادهما في العلة.

٣- أن مبدأ حيادية الصورية ليس فيه إهداراً لحقوق الغير إنما يتضمن منعاً للمدين من إن يتحلل من التزامه لمجرد كونه نابعاً من ورقة ضد . وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله أنها حجة نظرية فقط فضلاً عن عدم معقوليتها، فهي حجة نظرية لأن الواقع العملي يبرهن أن الصورية تستعمل للأضرار بحقوق الغير، كما أنها حجة غير معقولة لأنه إذا كان التصرف لا تشوبه شائبة ، ولا يمس بحقوق الغير ، ولا يخالف القانون، فلماذا أذن نلجأ للصورية لإبرامه؟.

إن إهدار مبدأ حيادية الصورية وإبطال العقد المستتر لمجرد وجود الصورية سيمنح العقد الظاهر أثراً مطلقاً سواء بين أطراف الصورية أو بالنسبة للغير، وهذا التغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة يتعارض مع النزعة الرضائية لقانوننا. وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله انه إذا كان التمسك بالنزعة الرضائية سوف يؤدي إلى إهدار استقرار المعاملات فمن الأولى التضحية بها في سبيله .

٥. أن المشرع لو أراد حظر استعمال الصورية لوضع نصاً عاماً يحظر التصرفات الصورية كما فعل بالنسبة لتبرعات عديمي الأهلية مثلاً . وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله أنها ليست إلا دليلاً على وجود قصور تشريعي في تناول موضوع الصورية فهو قد تدارك خطورة الصورية وسيلة للتحايل في هذه التصرفات فنص على بطلانها بينما اغفل الثمن على بطلان باقي المتصرفات الصورية .

٦. أن إهدار مبدأ حيادية الصورية يؤدي إلى إهدار مبدأ هام يقوم عليه نظامنا القانوني هو مبدأ سلطان الإرادة. وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله ان مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقاً إنما وردت عليه كثير من التحديدات والتقييدات بحيث أصبح يطلق عليه لا مبدأ سلطان الإرادة المقيدة وبناءاً عليه لماذا لا نجعل من دعوى لا اعتبار الصورية سبباً من أسباب البطلان إحدى هذه القيود التي ترد عليه، بحيث يكون للإرادة سلطانها في إبرام المتصرفات القانونية شريطة عدم وقوعها في برائن الصورية .

٧. استند البعض تأييداً لمبدأ حيادية الصورية لما أسموه سرية الأعمال الخاصة حيث تساءلوا على أي أساس نطالب بعلانية كاملة لكل التصرفات القانونية؟؟ وقد رد الاتجاه المعارض على هذه الحجة بقوله أن حرمة الأعمال الخاصة يجب أن لا تستخدم. لخرق القانون وإلا يجب إعلانها خاصة أن نصوص القانون تستلزم تنفيذ العقد بحسن نية فلماذا لا يتم إبرامه بحسن نية ولن يتم ذلك إلا بإبرامه بشكل علني يراعي حق الغير في الاعتماد على الوضع الظاهر حين إجرائه لمعاملته(172)

ثالثاً- شروط تطبيق المبدأ:-

قلنا أن الصورية ليست في ذاتها سبباً من أسباب بطلان التصرفات القانونية وذكرنا أن هذا المبدأ هو الذي يحكم العلاقة ما بين أطراف الصورية حيث يسري في مواجهتهم العقد المستتر لا الصوري. ولكن وقبل تطبيق هذا المبدأ لا بد من توافر شروط في التصرف المستتر لعل أهمها مشروعية التصرف القانوني المستتر فالصورية - كما ذكرنا- لا تصح التصرف الباطل المخالف للقانون وعند الحديث عن شروط التصرف المستتر لا بد من التفرقة ها بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية

1- الشروط الموضوعية للتصرف المستتر :-

لكي ينتج التصرف المستتر آثاره القانونية لا بد من توافر شروط انعقاده وصحته التي اشترطها المشرع في المبادئ العامة للحق الشخصي وهي الرضا والمحل والسبب فإذا فقد التصرف المستتر

أحد أركانه فانه يبطل ولا يعتد به ولا يترتب آثاره وهنا يقع البطلان بسبب افتقار التصرف القانوني لأحد أركانه لا بسبب خفائه وتستره خلف عقد ظاهر صوري. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية قديماً بقولها " إذا كان السبب في الإقرار صورياً فإن صوريته هذه لا تسبب بالضرورة بطلان الالتزام، وبالذات لا تمنع من الاعتراف لهذا الالتزام بصفة التبرع المستتر " (173).

كما يشترط أن يكون للاتفاق المستتر محل مشروع فلو ابرم اتفاق مستتر كان محله شيء خارج عن دائرة التعامل فإنه يعتبر باطلاً لعدم مشروعية محله واستناداً لنفس الفكرة يبطل الاتفاق المستتر الذي يكون محله تعديل مراكز قانونية لها صفة النظام العام، مثل ورقة الضد التي تعدل من آثار عقد الزواج التي نظمها القانون بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق -على مخالفتها كأن يكون موضوع الاتفاق المستتر هو توقيت مدة عقد الزواج بمدة معينة. فهذا يبطل الاتفاق المستتر لا بسبب صوريته وخفائه إنما بسبب عدم مشروعية محله فنحن هنا أمام غش نحو القانون أدى هذا الغش إلى بطلان التصرف المستتر المخالف للقانون .

ويثور التساؤل هنا حول مآل العقد الظاهر في حالة بطلان العقد المستتر لافتقاره لأحد شروطه الموضوعية؟ فهل يؤدي بطلان العقد المستتر إلى بطلان العقد الظاهر بالتبعية أم أن العقد الظاهر يبقى صحيحاً منتجاً آثاره بالرغم من بطلان العقد المستتر؟
حسم القضاء في فرنسا هذه المسألة حيث فرق بين فرضين:

أولها أن يكون العقد الظاهر مستقلاً عن العقد المستتر وألا تكون صلته بالعقد المستتر هي صلة سببه الباعث الدافع عليه فهنا وبالرغم من بطلان العقد المستتر يبقى العقد الظاهر قائماً إذا ما استوفى أركانه وشروط صحته الموضوعية والشكلية. وثانيهما وهو الغالب في الواقع العملي أن يشكل العقد الظاهر والعقد المستتر وحدة واحدة لا يمكن تجزئتها. فهنا يعتبران داخلين ضمن صفقة واحدة وان تخلف أحدهما انعدم الآخر إذ انه يبقى عندئذ دون سبب والالتزام الذي يفتقد إلى سبب هو التزام باطل
٢ - الشروط الشكلية للتصرف المستتر :-

وفي هذا السياق يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده ما هي الشروط اللازمة لانعقاد وصحة العقد الظاهر الصوري لكي تتمكن من أعمال مبدأ حيادية الصورية؟ .
يجمع الفقه والقضاء على أن العقد الظاهر باعتباره ستارا للعقد الحقيقي لا بد وان يقنع كل من يطلع عليه بصفته عقداً بين أطرافه، لهذا يتعين أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية والشكلية فالهبة تحت شكل إقرار بدين يجب - وفق القانون الفرنسي- أن يوقع عليه مسبقاً بعبارة المقر بما فيه فإن لم يتحقق هذا الشرط بطل الإقرار أي التصرف الظاهر. فالعقد المستتر يستعير مظهره من شكل العقد الظاهر لذا وجب أن يستوفي العقد الظاهر هذا الشكل استيفاء كاملاً حتى ينجح في أداء دورها كقناع يستتر وراءه العقد المستتر الحقيقي. (174)

المطلب الثالث

الاستثناءات على مبدأ حيادية الصورية

إذا كان الأصل هو سرعان العقد المستتر بين أطرافه دون العقد الظاهر أي سرعان مبدأ حيادية الصورية بين أطرافها ألا أن هذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات حيث تخرج الصورية عن حيادها في بعض الحالات الاستثنائية حين يفرض المشرع عليها جزاء البطلان . وقد يفرض المشرع هذا البطلان على العقد المستتر وحدة وبذلك يصبح العقد الصوري هو العقد الذي يحكم كافة العلاقات سواء العلاقات بين المتعاقدين أو الغير . وقد يفرض البطلان على كل من العقد الظاهر والمستتر أي أنه ينص على بطلان التصرف القانوني بعقدية الظاهر والمستتر مما يؤدي لانهاية التصرف بأكمله وسنتناول بالإيضاح هاتين الطائفتين فيما يلي :

أ — بطلان العقد المستتر وحده :-

173) - نقض مدني فرنسي تاريخ ٢٢/١٠/١٩٧٥ مشار إليه في ،مجدي حسن ، الرسالة السابقة، ص ٩٣ فلو ابرم أحد الأشخاص عقد هبة مستتر بعقد بيع وكان سبب عقد الهبة هو استمرار العشيق في علاقة غير مشروعة مع الواهب لبطل العقد المستتر أي عقد الهبة لا لكونه يتستر وراء عقد صوري وإنما لان سببه أي الباعث الدافع إلى إبرامه غير مشروع.

(174) جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 156 وما بعدها

فرض المشرع في حالات معينة جزاء البطلان على العقد المستتر. وبذلك يصبح العقد الظاهر الصوري هو المحدد لعلاقات أطراف الصورية والغير على حد سواء رغم أن هذا العقد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إنما عن الإرادة الظاهرة وستتناول هذه الحالات تباعاً فيما يلي :

١- **عقد الزواج:** ومثاله أن يقوم شاب وفتاه بإبرام عقد زواج بينهما بحضور شاهدين في حين يتفقان فيما بينهما على أن العقد المذكور صوري فهنا يعتد بالزواج الصوري ويعتبر صحيحاً أما العقد المستتر فهو عقد باطل . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على عدم صحة الطعن في الزواج بالصورية على أنه إذا كان الغرض من الزواج الصوري هو التحايل على القانون وعلى القواعد القانونية الأمانة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، فإنه يجوز الطعن به (175)

٢- **في مجال التصرفات الواقعة على الأموال غير المنقولة :-** أشرنا سابقاً إلى أن القضاء في مصر قد استقر على امكانية الطعن بالصورية في التصرفات القانونية الواقعة على عقار فمتى سجل العقد أو التصرف انتقل الحق العيني بقوة التسجيل ولم يعد هناك محل للطعن في العقد بالصورية حيث يعتبر العقد المسجل هو العقد الصحيح والنافذ بين أطرافه وبالنسبة للغير ولا عبرة بأي اتفاق مخالف له

3- **في مجال التشريع الضريبي :-** تنص المادة ١٨٤٠/١ من قانون الضرائب الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٦٥/١٠٦ تاريخ ٣/١٢/١٩٦٥ على أنه تبطل كل ورقة ضد، ويبطل أي اثر لها، يكون موضوعها زيادة في الثمن المشروط في عقد التنازل عن الوظيفة القضائية، وكل اتفاق يستهدف إخفاء جزء من الثمن في بيع العقار أو من ثمن التنازل عن المحل التجاري أو حق الإيجار أو إخفاء جزء من فائدة الوعد بالإيجار الوارد على عقار كله أو بعضه أو على جزء من معدل مفاوضة أو قسمة تتضمن أموالاً عقارية أو محلاً تجارياً أو حقاً للعملاء. وظاهر أن هذا النص يتضمن استثناءات أولهما يتعلق بالتنازل عن الوظيفة القضائية وثانيهما يتعلق ببيع العقارات والمتاجر والحق في الإيجار والوعد به. **وستقوم بشرح هذين الاستثنائيين فيما يلي :-**

بطلان أوراق الضد التي يكون موضوعها التنازل عن الوظيفة القضائية : (176)
بمقتضى التشريع الفرنسي يخضع التفرغ عن الوظيفة القضائية لموافقة الإدارة المختصة أي وزارة العدل الفرنسية التي تحرص على ألا يكون بدل التفرغ باهظاً رغبة منها في جعل هذه المكاتب بعيدة عن فكرة جني الأرباح الطائفة، وحتى لا يضطر المتفرغ له لسلوك سبل غير سوية لاستعادة المبدل الباهظ الذي دفعه نظير حصوله على الوظيفة كقيامه بفرض أتعاب عالية نظير ما يؤديه من خدمات لما تقدم كان لا بد لوزارة العدل الفرنسية في بسط رقابتها على بدل التنازل عن الوظيفة القضائية حيث يقوم المتنازل والمتنازل له بإبرام عقد التفرغ عن الوظيفة بثمن متواضع يسمى ثمن وزارة العدل بينما يبرمان فيما بينهما عقداً مستتراً يحددان فيه قيمة الجزء المستور من ثمن الوظيفة المبيعة والفرض من هذا التحايل هو حمل وزارة العدل على الموافقة على هذا التفرغ .

لذلك كان لا بد للمشرع الفرنسي من التصدي لهذه المشكلة فنص على بطلان ورقة الضد التي محلها زيادة في بدل التنازل عن الوظيفة القضائية . وبمقتضى هذا النص يحق للمتنازل إليه أن يرفض الوفاء بما تضمنه العقد المستتر من زيادة في المبدل وإذا كان قد دفع هذه الزيادة في المبدل فإنه يحق له استرداد ما دفعه زيادة عن الثمن الوارد في عقد التنازل الظاهر .

وستقوم فيما يلي ببيان نطاق هذا البطلان وبيان وصفه ومفاعيله .

نطاق البطلان : أن البطلان المذكورة في المادة ١٨٤٠ يشمل كل تفرغ عن الوظيفة القضائية دون تفرغ بين وظيفة وأخرى وسواء أكان الإخفاء مباشراً كأن يتفق على أن الثمن المشروط فعلياً يكون

(175) فقد استقر اجتهاد الفقهاء المسلمون على صحة الزواج الصوري وذلك عملاً بالحديث الشريف القائل ثلاثة جد هن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعناق وأن مثل هذا لا يجوز الهزل به، فإذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وان لم يقصده بحكم ولايته الشارع على العبد ، المكلف قصد السبب ، و الشارع قصد الحكم ، فصارا مقصودين كلاهما
176 تنص الفقرة الأولى من المادة 1202 من التقنين المدني الفرنسي النافذ في 2016/10/1 على أنه (تكون باطلة كل ورقة ضد يكون موضوعها زيادة الثمن المشروط في اتفاقية التنازل عن وظيفة رسمية)

(Tout document faisant l'objet d'une augmentation du prix stipulé dans l'accord officiel d'affectation des emplois sera nul.)

أزيد وبشكل سري تحت شكل مال للترضية أو غير مباشر كأن يقوم محضر ما ببيع أعباء وظيفته مع أثاث منزله أو مع منزله نفسه مقابل ثمن موحد بلا تجزئة. (177)
بل أن القضاء الفرنسي قد ذهب بعيدا عندما قرر بطلان ورقة الضد سواء أكان المقصود من الإخفاء هو مصلحة المتفرغ أو المتفرغ له أو الغير. كما أن الباعث على الإخفاء غير مهم ما دام مشوباً بغية الإفلات من رقابة وزارة العدل

وصف البطلان : إن البطلان المذكور في المادة السابقة هو بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام ويترتب على ذلك انه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به بل أن المحكمة يحق لها إثارته من تلقاء نفسها. كما انه بطلان لا ترد عليه الإجازة سواء الصريحة أو الضمنية، كما أقر القضاء الفرنسي مبدأ جواز إثبات الصورية أي ورقة الضد في موضوع التنازل عن الوظيفة القضائية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البنية الشخصية و القرائن حتى بين أطرافها .

اثر البطلان : وفق المادة المذكورة تبطل ورقة الضد التي يكون موضوعها زيادة في بدل التنازل عن الوظيفة القضائية أي أن البطلان يمس العقد المستتر فيبطله مما يؤدي إلى نشوء حق للتنازل له يخوله رفض الوفاء للمتنازل بالبدل الزائد المتفق عليه في ورقة الضد أما إذا كان المتنازل له قد دفع هذه الزيادة في البدل فإن بطلان ورقة الضد يمنحه حق المطالبة باسترداد ما دفعه للمتنازل وتطبق بشأنها القواعد العامة المتعلقة باسترداد ما دفع دون أن يكون مستحق الدفع، ويعامل المستفيد من ورقة الضد و هو المتنازل في معظم الحالات معاملة من يثري على -حساب الغير-دون -سبب بسوء نية مما يترتب عليه أن يرد إلى المتنازل له ليس فقط المبلغ الذي قبضه استنادا إلى ورقة الضد كفرق بدل التنازل إنما يلتزم أيضا بدفع فوائد هذا المبلغ مسحوبة من يوم الرفاء لا من يوم المطالبة .

ب- بطلان أوراق الضد التي يكون موضوعها إخفاء جزء من ثمن بيع العقار أو المتجر أو حق الإيجار أو إخفاء جزء من فائدة الوعد بالإيجار الواردة على العقار :-

فقد أضاف القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 131-2016

المادة 1202 التي تؤكد على بطلان العقد الذي يخفي ثمناً حقيقياً في حالات عديدة. فهي تنص على أنه يعتبر باطلاً أيضاً أي عقد يخفي جزءاً من الثمن عندما يكون محله بيعاً عقارياً، أو حوالة محل تجاري أو زبائن، أو حوالة حق الإيجار، أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتناول كل أو جزء من عقار

إن البطلان الذي قرره المشرع الفرنسي في الثمن المذكور هدفة الحفاظ على أموال الخزينة للحيلولة دون قيام المتعاقدين بالتهرب من دفع الرسوم الواجب عليهم دفعها بذكر ثمن متدني للمبيع ليدفعوا رسوماً متدنية تقل عن الرسوم الواجب عليهم دفعها للخزينة.

والبطلان المذكور في هذه المادة هو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام أي انه يحق لكل ذي مصلحة التمسك به كما يحق لا طرفا التمسك به كما يحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها كما يمكن إثبات وجود العقد المستتر الذي يتضمن الثمن الحقيقي للمبيع بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة الشخصية و القرائن. وذلك حماية لأموال الخزينة وتشجيعاً للمشتري لكشف واقعة إخفاء الثمن لان تمسكه بالبطلان يعني إعفاهه من دفع باقي الثمن.

ولكن من الملاحظ أن المشرع الفرنسي وحرصاً منه على ردع البائع عن قبول إخفاء الثمن لم يكتف بإبطال ورقة الضد فحسب أن أبقى العقد الظاهر الصوري صحيحاً منطماً لوحدة العلاقات ما بين أطرافه وبالنسبة للغير بحيث تبقى الصفقة صحيحة بالثمن الظاهر الأقل من الثمن الحقيقي الذي ارتضاه الطرفان ثمناً للمبيع وستراه بورقة الضد .

ولاشك أن هذا الموقف فيه انحياز كامل لصالح المشتري الذي يصبح مالكا للمبيع بثمان أقل من الثمن الحقيقي بل انه يستطيع - أن كان قد دفع فرق الثمن - أن يسترد هذا الغرق أو أن يطلب خصمه من الثمن الظاهر الذي لم يدفعه بعد. ولكن ومن جهة ثانية يعتبر جزاء بطلان العقد المستتر وسريان العقد الظاهر بحق أطرافه والغير خطيراً بالنسبة للمشتري لأنه يبقى مهددا بدعوى فسخ البيع بسبب الغبن ، لأنه عندئذ يكون قد اشترى شيء بأقل كثيرا من ثمنه الحقيقي المتفق عليه سرا بينه وبين البائع لان

(177) لا بد من القول أن الوضع يكون مختلفا فيما لو قام المحضر ببيع وظيفته ثم أحال باتفاق مستقل لنفس المشتري شيئا آخر ، فإن هذا الاتفاق المستقل يكون مشروعا لان موضوعه يختلف تمام عن موضوع التنازل عن الوظيفة بما لا يؤثر- لا بطريق مباشر أو غير مباشر- في شروط انعقد الأول .

- جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - 169ص وما بعدها

المشروع قد أبطل ورقة الضد التي تخفى دفعه لهذا الثمن لذلك لن تسمح له المحكمة بالاستناد إلى هذه الورقة لإثبات دفعة للثمن . لكن يلاحظ أن الأطراف استطاعوا التحايل على ذلك بان يقوم المشتري بدفع الفرق مقدما دون اللجوء إلى إبرام عقد مستتر بينهما بالثمن الحقيقي . ولمعالجة هذا الوضع منح المشرع الفرنسي للإدارة العامة حق اخذ المبيع بالشفعة أي أن تحل محل المشتري وذلك بأن تدفع الثمن المسمى في العقد الظاهر مضافا إليه الرسم في المادة ٥١/٥ . لكن من الملاحظ أن أطراف الصورية قد استطاعوا التحايل على هذا النص أيضا باستخدام قواعد الغبن حيث يقوم البائع بمباشرة دعوى فسخ البيع بسبب الغبن ضد الإدارة التي مارست حق الشفعة ضد المشتري بثمن أقل من الثمن الحقيقي . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حق الشفعة الذي تمارسه الإدارة لا يجعلها بمنأى عن دعوى نقض البيع ورغم ذلك إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت نقض دعوى البيع بسبب الغبن المرفوعة من البائع إذا ثبت أن الدعوى رفعت بقصد تجنب نتائج الغش المالي

من كل ما سبق نستنتج أن :

الصورية بذاتها ليست سبباً في بطلان العقد المستتر وحدة كاستثناءات السابقة إنما سبباً في بطلان العقدين الظاهر والمستتر معاً . وهذه الحالات هي :

1- بيع الوفاء في القانون المدني المصري :-

يمكن تعريف بيع الوفاء أو البيع مع خيار الاسترداد بأنه البيع الذي يلتزم فيه المشتري أن يعيد المبيع إلى البائع -خلال مدة معينة -مقابل رد الثمن والنفقات

يتضح من التعريف السابق أن البيع مع خيار الاسترداد يتحقق عندما يتفق في عقد بيع-على أن يلتزم المشتري بأن يرد المبيع إلى البائع مقابل الثمن والنفقات ولا بد أن يتم الاتفاق في العقد ذاته ، فإذا لم يتفق في العقد ذاته على التزام المشتري بإعادة المبيع، ولكن التزم فيما بعد بأن يعيد المبيع إلى البائع ، كان هذا وعدا بالبيع يلتزم فيه المشتري بأن يبيع الشيء للبائع ويسري بشأن هذا الاتفاق القواعد المقرر للوعد بالبيع كما يجب أن تحدد مدة للبيع الوفاوي التي يحق للبائع خلالها ممارسة حقه بالاسترداد فإذا انقضت هذه المدة استقرت الملكية للمشتري بصورة نهائية . ونظراً لخطورة هذا النوع من البيع الذي أصبح وسيلة ملتوية من وسائل الضمان يخفي في طياته رهنا مستترا خلف عقد البيع الصوري الظاهر ناشئ عن عقد قرض بربا فاحش ينتهي إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس دون القيام بالإجراءات التي نص عليها القانون لبيع المال المرهون بالمزاد العلني عند عدم استطاعة المدين الراهن سداد دينه للدائن المرتهن فوجد المشرع انه من الضروري بمكان حسم موضوع البيع الوفاوي بتقرير بطلان هذا النوع من البيوع أي أنه افترض بقرينة لا تقبل إثبات العكس أن هذا البيع يخفي في طياته تصرفاً غير مشروع . فالعقد ليس عقد بيع كما انه ليس عقد رهن أو قرض إنما هو عقد باطل لا يترتب عليه اثر قانوني إنما يترتب عليه إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد . والبطلان هنا مطلق لا تلحقه الإجازة ويستطيع كل من له مصلحة أن يتمسك به ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها ولا يترتب عليه اثر لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير فإذا قام المشتري ببيع الشيء اعتبر تصرفه صادراً من غير المالك بينما لو تصرف به البائع اعتبر التصرف صحيحاً لأنه صادر من مالكة . وبهذا النص أمكن تلافي العيوب التي تصحب هذا البيع، لان الواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب وقيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغي أن يدرأه القانون عنه . فبإبطال هذا البيع لا يكون أمام المعوز إلا طريق القرض وما يتبعه من وسائل الضمان كالرهن التأميني و الرهن الحيازي - التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل من الدائن و المدين دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه

2- المادة ١٠٩٩ من القانون المدني الفرنسي قديم :-

وهذه المادة تقضي ببطلان كل هبة تبرم بين الأزواج بما يتجاوز القدر المسموح به قانوناً سواء كانت هبته مستترة أو بواسطة شخص مسخر . ونلاحظ بداية أن المشرع الفرنسي قد قضى ببطلان الهبة بين الأزواج لأنها اتخذت قالب الصورية ستاراً لها فالهبات بين الأزواج في التشريع الفرنسي غير ممنوعة في ذاتها إنما هي باطلة إذا اتخذت من الصورية قالباً لها .

وقد قيل في تبرير هذا البطلان أن سببه حماية حق الرجوع في الهبة بين الأزواج الذي أقرته المادة ١٠٩٦ من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على انه كل هبة تبرم بين الأزواج - أثناء الزواج - تكون قابلة دائماً للرجوع فيها . لان الهبة وبمجرد أن تخفى تحت ستار الصورية أو بواسطة شخص مسخر يستطيع الموهوب له أن يتحلل من نص المادة المذكورة لهذا قرر المشرع الفرنسي واحتراماً لحق الرجوع بإبطال الهبات بين الأزواج التي تبرم مستترة أو بواسطة شخص مسخر كما أن البطلان المذكور يحمي أنصبة الورثة من المتواطئين عليها الذين يسعون إلى إفلات الهبة بين الأزواج من الإنقاص للحد المسموح به الذي نصت عليه المادة ١٠٩١ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي .

ويلاحظ انه وبالرغم من أن النص القانوني قد قضى بأن الهبة غير جائزة بين الأزواج بما يتجاوز القدر . المسموح به في القانون، إلا أن القضاء الفرنسي مستقر على أن البطلان يلحق الهبة ولو لم تعد على نصيب الورثة، أي انه اعتبر أن الهبة المستترة أو الحاصلة بواسطة شخص مسخر باطلة بأكملها، وليست فقط قابلة للتخفيض . وتبقى باطلة حتى لو لم تجاوز النصاب، كما أجاز للواهب نفسه أن يرفع دعوى البطلان حتى لو لم يكن له ورث من ذوي الحصص المذكورين في القانون أي أن مطالبة الواهب ببطلان الهبة مستقل تماماً عن أنصبة الورثة أن وجدوا . والبطلان المذكور في هذه المادة هو بطلان مطلق يلحق بالعقدين الظاهر والمستتر حتى لو تم بواسطة شخص مسخر أي أن المشرع الفرنسي أبطل العملية بأكملها لأنها اتخذت لها قالباً فنياً معيناً هو الصورية سواء بطريقة التستر أو التسخير (178)

3- المادة ٩١١ من القانون المدني الفرنسي قديم

تنص المادة ٩١١ من القانون المدني الفرنسي على انه تبطل الهبة أو الوصية الحاصلة لمصلحة شخص محروم من أهليه قبولها ، وذلك سواء أجريت تحت ستار عقد ذي عوض أو عن طريق شخص مسخر . يعد أشخاصاً مسخرين الوالد والوالدة والأولاد والأحفاد وزوج الشخص المحروم من أهلية القبول . ففي هذه المادة عاقب المشرع الفرنسي بالبطلان كل تصرف لصالح عديم الأهلية سواء تم مستترا بعقد معاوضة أو بواسطة شخص مسخر . كما اعتبرت المادة المذكورة وبقرينة لا تقبل إثبات العكس أن الأب والأم والأبناء والأحفاد وزوج عديم الأهلية أشخاصاً مسخرين .

أي أن المشرع الفرنسي أقام قرينة لا تقبل إثبات العكس أن كل -تصرف يجري لأحد من هؤلاء يعتبر كأنه جرى لشخص مسخر . والبطلان المذكور في المادة السابقة يشمل الوصية والهبة سواء أكانت هبة مستترة أو هبة مبرمة بواسطة شخص مسخر أو هبة يجتمع فيها هذا الشكلان من الصورية معاً كأن يقوم أحد الأشخاص ببيع شيء بثمن وهمي (هبة مستترة) لابن طبيعي له (غير شرعي) بواسطة شخص مسخر . فالمشرع الفرنسي عاقب في المادة ٩١١ منه بالبطلان عملية الصورية بمجملها بعقودها الظاهرة والمستترة سواء تمت بطريقة التستر أو التسخير متى تمت لمصلحة شخص محروم من أهلية قبولها ، وفي هذا احترام من المشرع لقواعد الأهلية والتي تتعلق بالنظام العام(179)

المبحث الثاني

آثار الصورية بالنسبة للغير

تقسيم :-

تحكم هذه الآثار نص المادة (244) من القانون المدني المصري على ما يلي:

" 1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم. 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين."

ونصت المادة 1200 من التقنين الفرنسي الجديد على انه (على الغير احترام الحالة القانونية " الوضع القانوني " التي ينشئها العقد) (180)

(178) أنور سلطان - عقدي البيع والمقايضة - بدوان دار أو سنة نشر - ص322

- جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق 172 وما بعدها

179 () سامي عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٠٠ - ٣٠١.

T erré Fr., Simler Ph., et Lequette Y., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 11e éd., 2013, no 490
L'article 1200 al. 1 de code civil réformé dispose : "Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat"¹⁸⁰

وظاهر من هذه النصوص أن المشرع قد أضفى - بشروط معينة- حماية على الغير في الصورية. وهذه الحماية تنحصر في جانبين أولهما أن للغير حسن النية حق التمسك بعدم سريان العقد المستتر في مواجهته متى كان هذا العقد يتعارض ومصالحه وهذا استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن العبرة للحقيقة وليس للظاهر . وثانيهما أن للغير حق التمسك بالعقد المستتر الحقيقي متى كان هذا العقد يتوافق ومصالحه، وهذا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن العبرة هي للحقيقة وليس للظاهر وسنقوم بتوضيح الأساس القانوني لهذا الاستثناء بالنسبة للغير وبيان المقصود بكلمة الغير ومناقشة خيار الغير الأول بالتمسك بالعقد الظاهر وشروط هذا الخيار في ، ومناقشة خيار الغير الثاني بالتمسك بالعقد المستتر ، ثم نتناول بالبحث مشكلة التعارض المتوقع ما بين أعيان يتمسكون بالعقد المستتر وآخرون يتمسكون بالعقد الظاهر فنقسم هذا المبحث الى :

المطلب الأول- الأساس القانوني لحماية الغير في الصورية
المطلب الثاني- مفهوم الغير في صورية العقود المدنية
الفرع الأول: الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية
الفرع الثاني: الخلف الخاص لأطراف الصورية
الفرع الثالث: فئات يمكن اعتبارها من الغير
المطلب الثالث - خيارات الغير

المطلب الأول

الأساس القانوني لحماية الغير في الصورية

لا شك أن المشرع المدني قد أسبغ حمايته على الغير حسن النية في المادة 244 منه بأن أعطاه حق التمسك بالعقد ظاهر الصوري.

إن قاعدة « العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين » لا تحول دون تمسك الغير بالحالة القانونية التي ينشئها العقد". وقد نصت المادة 1200 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي المعدل في 2016 على انه (-من حق الغير التمسك بالحالة القانونية التي ينشئها العقد خاصة من جهة اثبات الواقعة القانونية) (181)

لكن الفقهاء اختلفوا حول الأساس القانوني أو مسوغاته في عدة آراء نجلها فيما يلي

1- الالتجاء إلى فكرة المسؤولية التقصيرية :-

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى قواعد المسؤولية التقصيرية كمسوغ لاعتبار العقد الصوري قائماً بالنسبة للغير على أساس أن المتعاقدين الصوريين قد ارتكبا خطأ بخلقهما هذا المظهر الكاذب وهو العقد الصوري وأن هذا المسلك قد أدى إلى إلحاق ضرر بالغير ، يتمثل في انخداعه بهذا المظهر وتعامله على أساسه ، ومن ثم يستحق تعويضاً عن هذا الضرر ، وخير تعويض له هو اعتبار العقد الصوري قائماً ، فيحصل الغير بذلك على المنفعة ذاتها التي كان سيحصل عليها لو كان هذا المركز الظاهر متفقاً مع المركز الحقيقي . ولكن الفقه انتقد هذا الاتجاه لاستحالة أعمال قواعد هذه المسؤولية استحالة تامة ، ذلك أن أركان المسؤولية التقصيرية بوجه عام هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وانه إذا كان من المسموح لنا في بعض الأحوال استبعاد ركن الخطأ أو افتراضه ، فإنه لا يمكننا استبعاد ركن الضرر وعلاقة السببية بين الفعل و الضرر ، و الضرر يتمثل في الإخلال بمصلحة مالية للمضرور كانت قائمة فعلاً وقت حدوث الفعل المرتب للمسؤولية والموقف الذي نحن بصددته يتحصل في ادعاء المتعاقد المضرور بأن المتعاقد الآخر قد ارتكب خطأ تسبب عنه بطلان العقد الذي أبرم بينهما، وهذا البطلان أخل بحق له وسبب له بالتالي ضرراً ، ومنتساعل هنا ما هو مصدر هذا الحق؟ بالطبع ليس مصدره العقد لأنه باطل لا يرتب آثاراً ولا يوجد هنا مصدر آخر لهذا الحق المزعوم. وعلية فما لم يكن الحق قد تولد وأضيف إلى الذمة المالية لصاحبة فلا يجوز بالتالي القول بأن هناك إخلال بحق وانتقاص من الذمة . وعلية فلا بد من نشوء الحق كمرحلة أولى تسبق ركن الضرر المتمثل في الإخلال بهذا الحق.(182)

L'article 1200 al. 2 de code civil réformé dispose : "Ils "les tiers" peuvent s'en prévaloir" (181) notamment pour apporter la preuve d'un fait"

flour J., Aubert J.-L. et Savaux É., Droit civil. Les obligations.L'acte juridique, t. I, (182) Sirey, 16e éd., 2014, no 434.

٢- **فكرة المشاطرة في الحق** :- ذهب الفقيه فلاتيه إلى أن الصورية تؤدي إلى مشاطرة في الحق وإسناد مزدوج له كما هو الحال في التضامن الإيجابي و في عدم قابلية الالتزام للانقسام . فالصورية كما يقول تجعل للحق الواحد صاحبان : صاحب مستتر و صاحب ظاهر ، والأول وان كان هو صاحب الحق الحقيقي ألا أنه أقام عن طريق العقد الصوري ملكية أخرى ظاهره إلى جانب ملكيته الحقيقية ، ومن ثم يكون للغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر خيار الرجوع على أحد الشريكين في هذا الحق الواحد، لان ذمة كل منهما مسؤولة أمامه في حالة تعاقد مع الشريك الصوري. وقد انتقد هذا الرأي لان فكرة المشاطرة في الحق تنتهي إلى إيجاد نوع من الملكية لا وصف لها في القانون ، فلا هي ملكية شائعة ولا هي ملكية مشتركة وإنما هي ملكية منسوبة إلى شخصين في وقت واحد ، وهناك فرق بين هذا التصوير وبين مركز الدائنين في الالتزامات التضامنية وفي الالتزامات التي لا تقبل التجزئة، فكل من هؤلاء الدائنين صاحب حق حقيقي وان كان جزئياً، فهو وان كان لا يملك إلا شطراً من الحق ألا انه يملكه حقيقة وفعالاً، فيكون في تصرفه في هذا الحق أصيلاً بالنسبة إلى الشطر الذي يملكه ونائباً قانونياً بالنسبة للأشطر الأخرى. ومن ثم ترتد فكرة فلاتية إلى اعتبار المالك الظاهر نائباً عن المالك الحقيقي في تصرفاته فهذا مجرد افتراض لا يطابق الواقع .

٣- **فكرة العقوبة المدنية** :- ذهب بعض الفقهاء كالفقيه بلاينول إلى القول بان أعمال المظهر في الصورية هو نوع من العقوبة يلحق الشخص المستفيد من التصرف السري جزاء له على كتمانها للحقوق التي اكتسبها في الخفاء. وهذه العقوبة جزاء مانع من وقوع الضرر لأنها تحرم المتعاقد الصوري من التمسك بالعقد المستتر قبل الغير حسن النية. فالعصر الظاهري في الصورية وليد إرادة هادفة لخلقه وإظهاره بالشكل الذي برز فيه فالمتصرف قصد إظهار خلاف ما يبطن ، فيؤخذ بما يظهر ، عقاباً له على إرادته بخلق مظهر خادع متى كان الشخص الثالث حسن النية وله مصلحة في التمسك بهذا الظاهر وان تسبب ذلك بحدوث أضرار لأطراف التصرف الصوري ما داموا أنهم هم من قاموا بخلق هذا الظاهر . ويعلل هذا الاتجاه رأيه بالقول أن خلق الظاهر الخادع من شأنه تضليل الغير ، الأمر الذي يرتب مسؤولية من خلقه وبالتالي لا بد من جزاء يلحقه من جراء هذه المسؤولية. وهذا الجزاء هو حرمانه من التمسك بالعقد الحقيقي المستتر بمواجهه الغير المخدوع ، ومنح هذا الأخير الحق بالتمسك بالعقد الظاهر . ويستشهدون لرأيهم بالقول أن دائني المتصرف إليه سوريا ، الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف وبالتالي لم يكونوا إزاء ظاهر خادع، يمكنهم التمسك بالعقد الظاهر وهذا يؤكد أننا إزاء عقوبة تلحق بالمستفيد من التصرف .

وقد انتقد هذا الاتجاه لعدة أسباب أهمها أن إقحام العقوبة في مجال القانون المدني يبدو أمراً شاذاً لعدم تلاؤمها مع طبيعتها، فالقانون المدني ليس قانوناً جزائياً وليس قانوناً تابعاً لقانون آخر، فهو وحده الذي يبني عليه التزام المتعاقد الصوري قبل الغير . كما أن واقعة التجريم التي تتناولها هذه العقوبة لا ترجع إلى إخفاء المتعاقد الصوري للعقد السري إنما ترجع إلى تمسكه بينا العقد في مواجهة الغير حسن النية ، بحيث انه لو لم يتمسك به لما كان هناك محل للعقوبة ، بيد إن هذا التمسك إنما هو أعمال لقاعدة يقرها القانون القائم استناداً إلى مذهب الإرادة- ، فكيف يقال إن هذا التمسك يعتبر واقعة مؤثمة والقانون نفسه هو الذي يسمح بها ؟

ومن جهة أخرى ، فإننا لا نجد مجالاً لإعمال فكرة العقوبة عندما يكون غرض العقد الصوري مشروعاً ، كما لا نجد مجالاً لتطبيقها في حالة قيام التعارض بين مصالح الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر ، والغير الذي يتمسك بالعقد المستتر ، إذا تعجزت هذه الفكرة عن تفسير تفضيل الغير الأول على الثاني وإهدار مصلحة هذا الأخير مع توافر حسن نيته بما لا يقبل معه القول بأنه ارتكب جريمة مدنية أو شبه مدنية . كما انتقدت هذه الفكرة بالقول أن صاحب المصلحة بالصورية كالمدين مثلاً يقوم ببيع ما يملكه لشخص قريب له أو صديق يثق به، ويحرص على أن يكون هذا الأخير غير مدين لأحد ، ففي هذه الحالة لا يخشى هذا المدين صاحب المصلحة بالصورية أي جزاء مدني جراء سلوكه سبيل الصورية. (183)

٤ — نظرية الأوضاع الظاهرة :-

جونى عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق 183 وما بعدها

(183) سامى عبد الله - المرجع السابق، ص 326-327 .

ذهب الدكتور عبد الباسط جميعي إلى القول بأن أساس حماية الغير في الصورية هو نظرية الأوضاع الظاهرة. حيث يرى أن الصورية ليست إلا تطبيق من تطبيقات هذه النظرية لأن أعمال العقد الصوري لصالح الغير حسن النية إنما يرجع إلى أن المظهر الواقعي المخالف للحقيقة يجب أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عنه لو أستجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني الصحيح ، ما دام انه لم يكن باستطاعة الغير أن يتوصل إلى كشف حقيقته. وعلية يحق للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر لأنه انخدع به ، فحماية له وحفظا لحقوقه ، و هو الذي انخدع بالظاهر وبنى تعامله على أساسه أجزى له استثناء التمسك بالعقد الظاهر كما لو كان عقدا صحيحا مستجمعا كافة شروط تكوينه وصحته، دون أن يحق للمتعاقدين ولمن كان في حكمهم الإدلاء بوجهه بعقد مستتر ، سواء كان يتضمنه سند عادي أو سند رسمي، أو كان له تاريخ ثابت أم لا وبذلك يستقر التعامل وتبعث الثقة بين الناس . ويعلل هذا الاتجاه راية بالقول أن كل ما يطلب من الغير حسن النية التذرع بالعقد الظاهر هو حسن نيته ، دون الالتفات إلى حسن نية أو سوء نية المتصرف الصوري كما انه إذا تعارضت مصالح الاغيار ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ، وتذرع الآخرون بالعقد المستتر، فإن الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الظاهر ، كما تفسر هذه النظرية أعمال العقد المستتر بحق أطرافه لأنهم يعلمون حقيقة العقد الظاهر وبالتالي لم تتولد لديهم الثقة به . وهكذا تفسر نظريه الأوضاع الظاهرة الآثار المتعددة المتنافرة والمتعارضة للصورية. ولكن هذه النظرية انتقدت أيضا لأنها ذاتها مازالت مثار جدل شديد في الفقه بسبب افتقارها للأساس القانوني السليم الذي تبنى عليه رغم المحاولات العديدة التي قام بها الفقه لإيجاد مثل هذا الأساس لها كما تنتقد هذه النظرية لأنها تجعل الصورية تطبيقاً من تطبيقاتها على الرغم من الفروق العديدة بين النظريتين والتي ذكرناها سابقا. نخلص مما تقدم انه وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء في إيجاد الأساس القانوني لحماية الغير في الصورية إلا أنه يبقى للغير حسن النية الحق بالتمسك بخيارات المادة المذكورة حماية لحقوقه وتشجيعا له على الحركة والنشاط فيقدم على التعاقد هادئاً مطمئناً عالماً بكل نتائج هذا التعاقد دون أن يخشى مفاجآت الصورية حتى ولو كانت الصورية مشروعة

المطلب الثاني

مفهوم الغير في صورية العقود المدنية

قدمنا أنه يجب التمييز في الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير في الصورية يحتاج إلى التحديد ، فالغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه (184)، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد : وعن الغير في التسجيل ، وعن الغير في القيد ، وعن الغير في التاريخ الثابت ، وعن الغير في حجية الحكم . و تحديد معنى " الغير " يهدف لحماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه ، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فينبى عليه تعامله. فاستقرار التعامل يقضى في هذه الحالة -كما تقضى العدالة - أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك (185) . وهذا الأساس في تحديد معنى " الغير " في الصورية يقتضى أن يكون " غيراً " (186) ونقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية :-

الفرع الأول

الدائون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية

انظر في ذلك :-

- F.Werro, La responsabilité civile, Berne 2005

- B. Chappuis , Responsabilité civile- Le moment du dommage- Zürich/Bâle/Genève 2007

- B. Starlk : Droit civil, obligation, 2ed. T.I, par H. Roland et L. Boyer, Litec 1985.

-Tourneau. La responsabilité' civile, 3 ed., Dalloz1982

- G. Viney : Traite/ de droit civile, les obligations, la responsabilité, conditions. L.G.D.J. 1982.

-Yvonne Lambert-Favire, Droit des assurances, Dalloz, 1998

(185) سليمان مرقس الإثبات- مرجع سابق- فقرة 209 .

(186) إسماعيل غانم - أحكام الالتزام- مرجع سابق- ص 175 هامش رقم 2 - عبد الرزاق السنهوري - م.س - ص 1090

- أحمد نشأت - الإثبات- مرجع سابق- 1 فقرة 249 وقارن- إسماعيل غانم - أحكام الالتزام- مرجع سابق- فقرة 128

فدائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري ، فدخل في ضمانه العام ، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري . وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع ، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي . ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير في بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير في الصورية والدعوى البولصية والقيود (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (Transcription) ، فيسرى في حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضي والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل . والدائن الشخصي يعتبر من الغير في الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، ما دام خالياً من النزاع ، ومركزه في ذلك كمركزه في الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

والسؤال الذي ينشأ هنا هل يعتبر الدائنون غيراً في الصورية سواء نشأ حقهم قبل التصرف الصوري أو بعده ؟ انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين هما

١ - الاتجاه الأول :- ويمثله غالبية الفقه ويرى بان الدائنين يعتبرون من الغير في الصورية سواء نشأ حقهم قبل التصرف الصوري أو بعده. ولكنه انقسم حول مسوغات هذا الرأي فمنهم من يرى كالفقيه السنهوري إن احترام الظاهر هو المسوغ حيث يقول انه لا يشترط كذلك في الدائن الشخصي للبائع، حتى يعتبر من الغير في الصورية، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف، إذ تصرف المدين الصوري يبقى سورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلًا في الضمان العام للدائنين، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصوري ومن كان منهم لاحقاً له . وما قلناه في الدائن الشخصي للبائع نقوله في الدائن الشخصي للمشتري، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصوري أو سابقاً عليه، ففي الحالتين دخل الشيء ظاهراً في الضمان العام للدائنين .(187)

بينما يرى آخرون أن مسوغ اعتبار الدائنين من الغير يختلف فيما إذا كان حق هؤلاء الدائنين سابق أو لاحق للتصرف الصوري فمن كان حقه منهم لاحقاً للتصرف الصوري فإن مسوغ اعتباره من الغير هو احترام الوضع الظاهر أما من كان حقه منهم سابقاً للتصرف الصوري فإن مسوغ اعتباره من الغير يستند إلى فكرة مؤداها ضرورة- إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران خلاف ما يبطنان حيث يقولون بأنه أن الأمر أذن ليس مقصوداً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم، فإن دائن المشتري الذي ثبت حقه قبل صدور البيع الصوري لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك الشيء المبيع سورياً، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى عقد البيع الذي ملكه المشتري بموجب الشيء في الظاهر لأنه عقد صوري وليس له وجود قانوني. فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ما يبطنان، فيؤخذان بما يظهران إذا كان للغير مصلحة في ذلك (188).

كما أن القضاء قد استقر على الأخذ بهذا الاتجاه فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا المتصرف إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى سورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلًا في الضمان العام للدائنين جميعاً سواء منهم من كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ما دام خالياً من النزاع ذلك أنه متى كان التصرف سورياً فإنه لا يكون له وجود قانوناً ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره

(187) انظر ، السنهوري ، الوسيط ...، ج٢، ص ١٠٩٥ . وفي هذا الرأي أيضاً أنور سلطان، أحكام الالتزام/ ص ٦٠٦ ، ،

محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج٢، أحكام الالتزام، ص ٨٢-٨٣ .

(188) بلانيول ورببير واسمان نقلا عن السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط ، ٠٠٠ ، ج٢ ، هامش ص ١٠٩٥

بالتصرف الصوري إذ من مصلحة أي دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه

٢- **الاتجاه الثاني :-** ويمثله الدكتور مجدي حسن خليل الذي ينادي بوجود التفريق ما بين الدائن الذي نشأ حقه بتاريخ سابق للعقد الصوري والدائن الذي نشأ حقه بتاريخ لاحق للعقد الصوري فالأول يجب عدم اعتباره من الغير في الصورية بينما يعتبر الثاني من الغير في الصورية . ونورد فيما يلي رأيه بشكل تفصيلي كونه رأياً خالف فيه ما استقر عليه الفقه و القضاء .

حيث يقول "أما الدائن العادي الذي نشأ حقه لاحقاً للتصرف الصوري، فيرى أن الحكمة الداعية لاعتباره من طائفة الغير متحققه بشأنه تماماً فهناك شخص ابرم عقداً صورياً وخلق بواسطته وضعا ظاهراً، اطمأن إليه شخص آخر ووثق به وعلى أساسه تعامل مع المتعاقد المذكور فأقرضه مثلاً أو أجر له عقاراً، مطمئناً إلى حصوله على حقه من المقترض أو المستأجر على ضوء تقديره للوضع الظاهر للمدين. وهو الوضع الذي ساهم في خلقه العقد الصوري، فلا شك أن هذا الدائن قد انخدع في الظاهر، فوجب حمايته بأن نعتبره داخلًا ضمن طائفة الغير في الصورية ممن يحق لهم الاستفادة من خيارات م 244 مدني فيتمسك بالعقد الأوفق ومصلحته مستتراً أو ظاهراً، طالما توافرت فيه شروط ذلك التمسك. أما المشكلة فتكمن في الدائن العادي لأطراف الصورية الذي نشأ حقه سابقاً على العقد الصوري : فمثلاً لو نشأت علاقة دائنيه جدية بين أ، ب كان فيها أ دائناً بمبلغ نقدي أ - ب وكان الأخير يتمتع بأجل ثلاث سنوات في سداد دينه، وبعد مضي سنتين مثلاً من هذا الأجل - أي من نشأة حق أ تجاه ب- أبرم الأخير عقداً صورياً مع طرف جديد ج مثلاً، بمقتضاه اشترى ب صورياً من ج ارض زراعية، مما أنعش الجانب الإيجابي في الذمة المالية ل ب ظاهرياً ، ولكن احتفظ ج على ب بورقة ضد موقعه منه تفيد أن الملكية لا زالت لصالح ج وان البيع محض وهم ، فهنا هل يقبل من الدائن العادي (أ) للمشتري الصوري (ب) أن يتمسك بالعقد الظاهر الذي أوحى بانتقال ملكية الأرض الزراعية إلى ب، مدعياً أن اطمئنانه إلى الوضع الظاهر - الذي خلقه - أو ساهم في خلقه - العقد الصوري- كان له اثر على علاقة الدائنين التي نشأت بينه وبين (ب) مما جعله يتعامل مع الأخير على هذا الأساس وبعبارة أخرى هل نقبل الادعاء من أ بأنه انخدع بظاهر بصدد علاقته مع (ب) وهي السابقة على العقد الصوري ؟. لا نرى ذلك، فالدائن العادي الذي نشأ حقه قبل البيع الصوري لا يمكن أن يكون - لحظة تعامله مع المدين - قد انخدع في الظاهر الموحى بأن مدينه مالكاً لأرض زراعية، لأن المدين - في لحظة التعامل مع أ - لم يكن قد ابرم العقد الصوري. إذن الصورية هنا ليس لها دور احتيالي أو تدليسي تجاه الدائن العادي، فهو لم يتأثر بالظاهر - لحظة تعامله مع المدين- لسبب بديهي هو أن نفس هذا الظاهر لم يكن له وجود عندئذ . إذن نرى بصدد الدائن العادي الذي نشأ حقه سابقاً على التصرف الصوري أنه في وضع لم تتحقق فيه الحكمة من اعتبار الدائن العادي من طائفة الغير، وهو اعتبار استثنائي لا يصح أن نعمله إلا بتوافر علنه وحكمته، وهي هنا - بالنسبة لهذا الفريق - منافية غير متحققة. فلا يصح إذن اعتبار الدائن العادي الذي نشأ حقه سابقاً على التصرف الصوري من طائفة الغير وبالتالي لا يحق له التمسك بخيارات م ٢٤٤/١ مدني" .

ثم قام بمناقشة ما قد يرد على هذا الرأي من اعتراضات من أن هذا الرأي سيؤدي إلى حرمان الدائن من الحماية المقررة في المادة ٢٤٤ بما يجعله مجرداً من أي سلاح يحميه من تصرفات مدينه الصورية التي تصدر عن هذا المدين أضراراً به. (189)

ويرد على هذا الاعتراض بقوله أن الدائن لم يترك دون حماية إذ أن القانون منحه حق الطعن بعدم نفاذ تصرفات مدينه اللاحقة للدائن عن طريق الدعوى البوليصية .

وهذا الرد ينتقد بالقول أن الدعوى البوليصية ليس هذا هو مجالها، على اعتبار أن الطعن بعدم نفاذ التصرفات يكون غير مقبول في التصرفات غير الجدية ونحن أمام تصرف صوري فكأننا أقحمنا الدعوى البوليصية في غير مجالها. ويرد على هذا الاعتراض بالاستفسار عن السبب وراء إصرار الدائن على الطعن بصورية عقد مدينه ما دام هدفه انتقاء تصرف مدينه الضار به بأية وسيلة، وخير وسيلة لذلك هي الدعوى البوليصية التي يتوجب على الدائن لاستعمالها أن يتجاهل صورية العقد ويعتبره تصرفاً جدياً يطعن فيه بعدم النفاذ كأننا ننصح به بأن يصارع أطراف الصورية بنفس سلاحهم

وهذا الرد منتقد أيضا لأن للدعوى البوليصة شروطها التي قد لا تتوافر في الدائن الذي يصبح عندها بلا حماية. **ويرد على هذا الاعتراض بقوله** انه ورغم صحته إلا أنه لا يمكننا التسليم له بصفة الغير ولا يكون أمامه إلا الطعن بتصرفات مدينه بالاستناد إلى القاعدة المشهورة التي مؤداها أن الغش يفسد كل شيء حيث يحق للدائن عندها إبطال تصرفات مدينه المشوبة بالغش. أما زجه ضمن طائفة الغير في الصورية ففيه تجاوز للإطار الذي يتم في نطاقه تحديد الفئات التي تندرج ضمن الغير و هو إطار لا يصح أن يخرج عن حدود من انخدع بالظاهر ووثق فيه وتعامل على أساسه أما الدائن الذي حقه سابق على العقد السوري فتترك حمايته للقواعد العامة فلكل من القواعد العامة وقواعد الصورية الاستثنائية نطاقها ويجب علينا ترك كل منها لتحكم أشخاصها لا أن نقوم بمنح قواعد الصورية لكل دائن تضرر من التصرف السوري ولو لم ينخدع في الظاهر الذي خلقه هذا التصرف السوري **ويخلص إلى نتيجة مفادها:** أن الدائنين العاديين المعتبرين من طائفة الغير هم الذين نشأت حقوقهم في تاريخ لاحق على إبرام العقد السوري. و هكذا يعد من الغير دائن البائع السوري الذي نشأ حقه لاحقا على إبرام البيع السوري. فيحق لهذا الدائن - باعتباره غيرا أن يتمسك بالعقد المستتر الذي يبقى على ملاءة مدينه، مثبتا وهمية البيع وبقاء الملكية على رأس البائع الظاهر.

كذلك يعد من الغير دائن المشتري السوري الذي نشأ حقه في تاريخ لاحق للبيع السوري فيحق لهذا الدائن - كغير - أن يتمسك بالعقد الذي يحقق مصالحه وهو — في فرضنا هذا- العقد الظاهر الذي يستبقى المال على ملك المدين بما يثرى جانب الأصول في ذمته المالية، فكل من دائن البائع السوري ، ودائن المشتري السوري قد انخدع في ظاهر قائم بالفعل لحظة تعامله مع المدين فوجب حمايته بالمادة ٢٤٤ مدني .

وفي الواقع أن مسألة اعتبار الدائن الذي نشأ حقه سابقاً للعقد السوري من الغير من عدمها يحكمها المسوغ الذي حدا بالمشروع إلى اعتبار الدائن من الغير فإذا قلنا أن هذا المسوغ احترام الظاهر واستقرار المعاملات وجب علينا عدم اعتبار الدائن الذي نشأ حقه سابقاً للتصرف السوري من الغير لأنه لم ينخدع بالظاهر . أما لو قلنا أن المسوغ هو نوع من العقوبة المدنية على المتعاقدين اللذان يظهران خلاف ما يبطنان وجب علينا اعتبار الدائن الآخر نشأ حقه سابقاً للتصرف السوري من الغير . **كما يثور تساؤل حول فقدان الدائن الشخصي لمركزه كغير في الصورية عند ممارسته لحقوقه المدنية عن طريق الدعوى غير المباشرة؟.**

انقسم الفقه الفرنسي في الإجابة على هذا التساؤل، فالفقيه بيدون يرى أن الدائن يظل محتفظاً بصفته كغير حتى لو مارس حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة . حيث يقول انه من الخطأ أن. نميز بين الدائنين العاديين الذين يتصرفون بمقتضى حق خاص وبين الدائنين العاديين الذين يلجأون لممارسة دعوى مدينهم بطريق غير مباشر، حتى نتوصل بهذا التمييز إلى التقرير بأنه في الحالة الأخيرة تكون ورقة الضد نافذة في حقهم، بخلاف الحالة الأولى حيث يظلون معتبرين من الغير بحجة انه ليس لهم من الحقوق أكثر مما لمدينهم. فالدعوى غير المباشرة في رأي هذا الاتجاه هي وسيلة أو إجراء تحفظي بواسطته يحافظ الدائن الشخصي على الضمان العام المقرر للدائنين على ذمة مدينهم المالية ومكونات هذا الضمان العام لا يمكن أن يجري تعديلها بورقة ضد .

بينما يرى جانب آخر يمثله الفقهاء بلانيول وريبير واسمان وفلايان وبحق أن الدائن الشخصي يفقد صفته كغير إذا مارس حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة . فعندها يستطيع الخصم أن يحتج بمواجهة هذا الدائن بالعقد المستتر لأنه عندئذ يسري في مواجهة الدائن ما يسري في مواجهة المدين ، لان الدائن عند ممارسته للدعوى غير المباشرة يعتبر نائباً لمدينه ، والنائب يحتج بمواجهته بكافة الدفوع التي يمكن الاحتجاج بها بمواجهة الأصيل المدين ويسري عليه ما يسري على المدين والمدين يسري عليه العقد الحقيقي لا السوري . وعليه يسري على النائب أيضا وهو الدائن هنا- العقد الحقيقي المستتر إذ انه ليس من المنطق أن يكون للدائن من الحقوق أكثر مما لدى المدين الأصلي الذي يحتج بمواجهته بالعقد الحقيقي لا السوري ما دام انه يباشر حقوق هذا المدين .

ونشير أخيراً إلى أن الدائن الشخصي لأطراف الصورية يعتبر من الغير سواء أكان حقه مستحق الأداء أم لم يكن كذلك ما دام حقه خاليا من النزاع. **وقد قضت محكمة النقض المصرية** بأنه لا يشترط أن يكون الدائن الشخصي لأطراف الصورية مرتبطاً بعلاقة تعاقدية معهم لإمكانية طعنه بصورية تصرفهم إذ يكفي توافر المصلحة في الطعن . فقد قضت بأن الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين الطاعنين رابطة عقدية ولهذا الغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات

ومنها القرائن. (190) ويأخذ حكم الدائن الشخصي الدائن المضمون حقه بضمان عيني أي الدائن صاحب حق التأمين شريطة أن لا يتقدم بصفته دائناً مؤمناً، أما لو تقدم بصفته مؤمناً له حق عيني فإنه يعتبر عندئذ بمثابة خلف خاص ويسري عليه ما يسري على الخلف الخاص من أحكام.

الفرع الثاني

الخلف الخاص لأطراف الصورية

الخلف الخاص هو من يتلقى مالاً معيناً - أي حقاً مالياً عينياً أو شخصياً - كان قائماً في ذمة سلفه. فالخلف يتلقى من سلفه حقاً عينياً أو شخصياً على مال معين بذاته ومثاله من يشتري عيناً من شخص أو يقايضه على عين أو يوهب له أو يوصى له بعين معينة. فالمشتري خلف خاص للبائع في المبيع، والموهوب له خلف خاص للواهب في الموهوب، والموصى له بعين معينة خلف خاص للموصد في الموصى به. والمشتري الذي يشتري العقار من المشتري بالبيع الصوري والدائن المرتهن الذي يرهن له المشتري الصوري العقار فهم خلف خاص للمشتري الصوري. أما من يترتب له حق في ذمة آخر فهو ليس بخلف خاص لهذا الأخير، وإنما هو دائن له، فالمستأجر لا يعد خلفاً خاصاً للمؤجر بل هو دائن له. كما لا يعد البائع الذي تعود إليه ملكية العين المبيعة - في حالة فسخ البيع أو إبطاله - خلفاً خاصاً للمشتري في ملكيتها، لأنه لا يتلقى الملكية من المشتري فبمقتضى الأثر المستند للفسخ أو البطلان يعد المشتري انه لم يملك العين أصلاً. وقد حمى المشرع المدني الخلف الخاص حينما اعتبره من الغير الذين لهم حق التمسك بالخيارات الواردة في المادة المذكورة في مواجهة تصرفات سلفهم الصورية التي قد تضر بهم. ويلاحظ أن اعتبار الخلف الخاص من الغير بالنسبة للأثار الصورية فيه مخالفة للقواعد العامة من ناحيتين :-

١ - فيما يتعلق بحجية العقد :- فالخلف الخاص لا يجوز له وفقاً للقواعد العامة أن يتم يتخلص من سريان الأثار القانونية الناشئة عن العقود التي يبرمها سلفه قبل انتقال الحق إليه. فهو يتلقى من سلفه الحق وجميع الحقوق المترتبة على هذا الحق. بينما في الصورية يعد الخلف الخاص من الغير الذين لهم حق التمسك بالخيارات ومنها عدم سريان العقد المستتر الحقيقي بمواجهته إلا إذا كان ذلك في مصلحته وتمسك به.

٢- فيما يتعلق بالأثر الملزم للعقد : فالخلف الخاص وفقاً للقواعد العامة غير ملزم بالعقود التي يبرمها سلفه. غير أنه وفي بعض الحالات الاستثنائية ينص المشرع صراحة على سريان العقد بمواجهة الخلف الخاص بما يترتب لهم من حقوق أو التزامات كنص المادة ١٧٤٣ من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بانتقال اثر عقد الإيجار إلى الخلف الخاص. أما في الصورية فيحتفظ الخلف الخاص بصفة الغير وبذلك لا تسري عليه التصرفات القانونية المستترة التي أبرمها سلفه. والسؤال الذي يثور هنا هل الخلف الخاص الذي يعتبر من الغير بالنسبة لأثار الصورية هو من يتلقى حقا عينيا على الشيء محل التصرف أم من يتلقى حقا عينيا أو شخصيا وهل يحتفظ بصفة الغير سواء أكان اكتسابه للحق سابق أو لاحق لتاريخ التصرف الصوري أو انه يقتصر على التصرفات اللاحقة دون السابقة؟

وسنبادر للإجابة على التساؤل الأخير ثم ننتقل بعدها للإجابة على التساؤل الأول:

أ- هل يشترط أن يكتسب الخلف الخاص حقه بتاريخ لاحق لتاريخ التصرف الصوري ليحتفظ بصفته كغير؟ انقسم الفقه في الإجابة على السؤال الى اتجاهين:

الاتجاه الأول :- ويرى بأن صفة الغير في الصورية مقتصرة على الخلف الخاص الذي اكتسب حقه على الشيء محل التصرف الصوري، وكان اكتسابه لذلك الحق في تاريخ لاحق لهذا التصرف. ولكن هذا الاتجاه انقسم (191) في جواز أن يكون الحق عينياً أو شخصياً وفي مسوغات قصر الحماية على الخلف الخاص الذي اكتسب حقه في تاريخ لاحق للتصرف الصوري فيرى بان صفة الغير في

(190) نقض مدني مصري تاريخ ٢٦/٣/١٩٨٠ انظر -الدناصوري، م.س، ص ١١٠-١١١

- جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق 195 وما قبلها

(191) انظر احمد رفعت خفاجي، الصورية في التصرف القانوني، ص ١٤٦٩ فقرة ١٠ وفي الفقه الفرنسي انظر فلافيان ٠ أوراق الضد، ص ٩١ نقلا عن عبد الله سامي، هامش ص ٣٤٢. حيث يرى بان مفهوم الغير يقتصر على من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري بتاريخ لاحق للتصرف الصوري لان من كسب مثل هذا الحق بتاريخ سابق للتصرف الصوري محمي بما فيه الكفاية بنصوص القانون المدني الأخرى.

الصورية مقتصرة على الخلف الخاص الذي اكتسب حقاً عينياً على الشيء محل التصرف الصوري وكان اكتسابه لذلك الحق في تاريخ لاحق لهذا التصرف، فالخلف الخاص المذكور هو فقط المحتاج لحماية المادة ٢٤٤/١ من القانون المدني المصري - لحمايته من التصرفات الصورية والمستترة. ذلك أن الخلف الخاص الذي اكتسبه حقه على الشيء محل التصرف الصوري في وقت سابق على هذا التصرف ليس في حاجة لحماية المادة المذكورة لان حقه تحميه قواعد التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية وقواعد القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية وقواعد الحيازة بالنسبة للمنقول .

فعلى سبيل المثال الدائن المرتهن الذي كسب حق الرهن قبل إبرام العقد الصوري ببيع العقار المرهون، وقيد حقه قبل هذا البيع، إنما يخلق له هذا القيد حق التتبع فلا يبالي هذا الدائن المرتهن بمن يحوز العقار، فهو يملك أن يتتبعه في أي يد يكون وسواء أكان المالك الجديد مالكا بعقد جدي أو صوري **بينما يرى جانب آخر** أن الخلف الخاص هو الخلف الذي اكتسب حقه بالأسبقية على التصرف الصوري ولكن لعلة أخرى غير تلك التي ذكرها الراي الأول، ويرجع هذه العلة إلى أن تحديد طائفة الغير - بصدد آثار الصورية- يجب أن تكون له ضوابطه، ولقد تحددت هذه الضوابط في أن يكون الغير هو كل شخص وثق في الظاهر وتعامل على أساسه، فانخدع في أوضاع ظاهرة غير حقيقية اصطنعها التصرف الصوري. وعلى ضوء هذا المعيار الذي نادى به يرى قصر الخلف الخاص الذي يعتبر غيراً في الصورية ويستفيد من الخيارات على ذلك الخلف الذي اكتسب حقه بتاريخ لاحق للتصرف الصوري دون الخلف الذي اكتسب حقه بتاريخ سابق للتصرف الصوري . حيث يقول وعلى ضوء هذا الضابط الدقيق في تحديد معنى الغير، نرى أن اعتبار الخلف الخاص الذي تعامل مع السلف طرف الصورية في تاريخ سابق على إبرام العقد الصوري، إنما هو ليس من طائفة الغير، فهو لم ينخدع في الظاهر، **وكيف ينخدع في ظاهر غير قائم لحظة تعامله مع السلف؟**

صحيح — وكما ذهب الرأي الغالب— أن ذلك الاتجاه سيسلب هذا الفريق من الخلف الخاص الغطاء الذي منحه له قواعد الصورية وأحكامها والذي عجزت عن أن تمد به قواعد التسجيل والقيد والحيازة في بعض القروض، ولكننا نرى أن قواعد الصورية هي قواعد استثنائية لا تنطبق إلا على من توافرت فيه شروطها، وشروط انطباق هذه القواعد : إنما هي الوقوع في برائن ظاهر خادع، وهو ما لم يتحقق بصدد الخلف الذي نشأ حقه في وقت لم يكن فيه العقد الصوري قد أبرم بعد .

والقول بغير ذلك يجعل من قواعد الصورية بمثابة وسيلة احتياطية للحماية نغدها على كل من لم تتوافر — بالنسبة له - شروط تنطبق وسيلة الحماية الأساسية، فمما لا شك فيه أن للقواعد العامة مجالها ولقواعد الصورية الاستثنائية مجالها، فلندع كلاً من هذه القواعد يحكم أشخاصه. بل إن مما يعزز هذا الرأي انه حتى بالنسبة للخلف الخاص الذي نشأ حقه لاحقاً للعقد الصوري - وهو من أسبغت عليه م ٢٤٤/١ حمايتها باعتباره قد خدع في الظاهر - نجد أن المشرع بصدد هذا الفريق من الخلف الخاص سرعان ما يسلب هذه الحماية عنه بمجرد أن يثبت علمه بصورية العقد، **أليس في موقف المشرع هذا ما يؤكد سلامة الرأي؟**

بديهى إن من علم بالعقد المستتر لم ينخدع بالظاهر، إذن مناط الغيرية في الصورية - حتى في نظر المشرع - هو الاطمئنان إلى الظاهر والتعامل على أساسه ثم يقوم بوضع ضابط لرأيه مفادها أن شرط كون حق الخلف الخاص ودائني المتعاقدين قد نشأ لاحقاً على إبرام التصرف الصوري يكون قاصراً على هذا الفريق من الخلف ودائني المتعاقدين الذين يتمسك بالتصرف الظاهر لأنه من انخدع بالظاهر أما من يتمسك بالتصرف المستتر فلا لزوم لهذا الشرط بالنسبة له لان في تمسكه بالعقد المستتر ما يفصح على أن هذا الشخص لم ينخدع بالظاهر .

الاتجاه الثاني :- يذهب هذا الاتجاه و الذي يمثلته معظم الفقهاء العرب إلى القول بأن الخلف الخاص في الصورية هو كل من اكتسب حقا عينياً على الشيء محل التصرف الصوري سواء أكان اكتسابه لحقه في تاريخ سابق أو لاحق للعقد الصوري . (192)

ويسوغ هذا الاتجاه رأيه بقوله أن الخلف الخاص الذي كسب حقه بالأسبقية على التصرف الصوري قد لا تسبغ عليه قواعد التسجيل أو القيد أو الحيازة حماية كافية بحيث يجد هذا الفريق نفسه - بعد خلع صفة الغير عنه - مكشوفاً في مواجهة عقد مستتر أبرمه سلفه وأضر به.

(192) انظر السنهوري ، الوسيط ...، ج٢، ص ١٠٨٩، جميل الشرفاوي ، أحكام الالتزام، ص ١٠٣، عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص 342 عبد الله سامي ، المرجع السابق ص 342

ذلك انه قد يتفق أن تكون لهذا الخلف الخاص مصلحة في الطعن بالصورية بالذات والاحتماء بالمادة ٢٤٤/١ حينما لا تحميه كل القواعد السابقة الخاصة بالتسجيل أو القيد أو الحيازة .

وقد ضرب هذا الفقه مثالا لدائن مرتهن كسب حقا عينيا في تاريخ سابق على التصرف السوري ببيع العقار إلا أنه أهمل في قيد رهنه فهنا يجد نفسه دون حماية وفق الاتجاه الأول حيث لا حماية له هنا إلا بإثبات صورية التصرف ليستتقي العين محل رهنه ملكا للمدين الراهن. وحتى لو افترضنا أن الدائن المرتهن المذكور قد قيد حقه بالفعل قبل البيع السوري وأصبح له حق التتبع فإنه من الأيسر والأقل كلفة له أن يطعن بصورية التصرف بدلا من تحمله لأعباء إجراءات نزع الملكية في مواجهة حائز العقار الذي كسب حقه بعد قيد الرهن .

كما تتوفر المصلحة حتى لو كان قد بدأ بإجراءات نزع الملكية في مواجهة حائز العقار الذي كسب حقه بعد قيد الرهن . كما تتوفر المصلحة حتى لو كان قد بدأ بإجراءات نزع الملكية في مواجهة المدين وحده دون الحائز فتمسكه بالصورية يفيد حتى لا يحكم ببطلان إجراءات نزع الملكية. وهكذا نصل لنتيجة مفادها عدم كفاية قواعد التسجيل والقيد والحيازة لحماية الخلف الخاص الذي كسب حقه بتاريخ سابق للتصرف السوري إذ قد يجد نفسه دون حماية إذا ما حرمانه من الحماية المقررة في المادة ٢٤٤/١.

نخلص مما تقدم أن هذا الاتجاه الذي يدعمه غالبية الفقه العربي والفرنسي لا يشترط لاكتساب الخلف الخاص صفة الغير بالنسبة لآثار الصورية. أن يسبق حقه تاريخ إبرام العقد الظاهر أو يلحقه، فالأمر سيان عند هؤلاء فشرط أسبقية التصرف السوري على حق الخلف الخاص غير مطلوب، بل أنه لا ضرورة لبحث ما إذا كان خلق هذا السند المستتر يضر بالخلف من عدمه، بل يكفي أن يكون الغير جاهلاً بورقة الضد لحظة تعامله مع أطراف الصورية وان تكون له مصلحة في استبعاد ورقة الضد في اللحظة التي يحتج عليه بها. (193)

ب- هل يقتصر مفهوم الخلف الخاص في الصورية على ذلك الذي تلقى من سلفه حقا عينيا أم يمتد ليشمل أيضا من تلقى من سلفه حقا شخصيا؟

نرى أن مفهوم -الخلف الخاص- وكما ذهب معظم الفقه (194) - يمتد ليشمل من اكتسب حقا عينيا على شيء ومن اكتسب حقا شخصيا . فكما يجوز أن يرد حق الخلف الخاص على عين يجوز أن يرد على دين. وإذا ورد التصرف السوري على دين فإننا نكون أمام ثلاثة احتمالات: —

١- أن يكون وجود الدين سوريا :- بمعنى أنه لا وجود له في العلاقة بين الدائن والمدين وبالتالي يعد الأخيران هما طرفا الصورية، فإذا أحال الدائن حقه لدى المدين إلى شخص ثالث (محال له)، فإن الأخير باعتباره قد اكتسب حقا على الدين محل التصرف السوري- يعد إذن من الخلف الخاص للدائن المحيل، ومن ثم يعد من الغير بشرط عدم علمه بصورية حق الدائن قبل المدين، فيحق له بالتالي - الاستفادة من الخيارات المادة السابقة، ولا يجوز للمدين - باعتباره طرفا في الصورية- أن يحتج على المحال له بصورية الدين رغم انه يمكنه الاحتجاج بذلك على المحيل لأنه طرف مثله في التصرف السوري. وعلى هذا استقر القضاء في مصر فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس للمدين في حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل في مواجهه المحال له على صورية، السبب الظاهر في ورقة الدين متى كان المحال يجهل المعاملة السابقة - التي أخفى سببها عليه- ويعتقد بصحة السبب المذكور في تلك الورقة وبأنه ليس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولاً ناقلاً للملك أن يقيم الدليل في وجه المحتال على صورية السبب الظاهر في ورقة الدين متى كان المحتال يجهل المعاملة السابقة التي أخفى سببها عليه وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقي وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحتال للسبب الحقيقي وقت احتياله بالدين لأن إخفاء السبب الحقيقي تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحتال (195)

٢- أن يكون الدين حقيقيا ويحواله الدائن حوالة صورية :- فهذا اختلف الفقهاء في اعتبار المدين من الغير فقد ذهب الدكتور السنهوري إلى القول أن طرفي الصورية في هذه الحالة هما الدائن المحيل و المحال له، أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف في الحوالة الصورية، ولكنه لا يعتبر غيرا فيها، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأي من طرفي الصورية. فإذا دفع الدين للمحال له معتقدا بحسن

(193) السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش ص ٨٣٣

(194) عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص ٣٤٢ .

(195) نقض مدني مصري رقم ٥٥ تاريخ ٢٢/٦/١٩٦٧ مشار إليه في مؤلف سعيد شعلة، المرجع السابق، ص ٦٩ .

نية أن الحوالة جديّة كان الدفع صحيحاً مبرئاً لذمته، لأنه من الغير في الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصوري بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية. بينما ذهب الدكتور إسماعيل غانم إلى القول بأن المدين في الحوالة الصورية يعتبر من الغير وبذلك لا يسري بمواجهته العقد المستتر الحقيقي المبرم ما بين المحيل والمحال له صورياً فإذا قام بالوفاء فإنه ذمته تبرأ ما دام وفائه قد تم بحسن نية أي وهو معتقد بأن عقد الحوالة عقد جدي وليس صورياً. (196)

3- أن يكون الدين متنازعا فيه ويحواله الدائن حوالة صورية : هنا أيضا اختلف الفقهاء في اعتبار المدين من الغير، فقد ذهب الدكتور السنهوري إلى القول انه وفي حالة كون الدين المحال به حوالة صورية دينا متنازعا فيه وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات، وعارض المحيل أو المحال له ذلك متمسكا بأن الحوالة صورية، فإن المدين عندئذ لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات وفقا للمادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصوري. 197 بينما ذهب الدكتور إسماعيل غانم والدكتور جلال العدوي إلى القول بأن المدين في هذه الحالة يعتبر في الغير بالنسبة إلى الحوالة الصورية الصادرة من الدائن وان له مصلحة في التمسك بصورية الحوالة حتى يستعمل حقه في التخلص من الدين بدفع الثمن والمصاريف طبقا للمادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري (198) ويكون له - باعتباره من الغير - الحق في أن يتخلص من الدين المتنازع فيه بدفع الثمن والمصروفات وفقا لنص المادة السابقة. (199)

وقد ثار تساؤل اختلف الفقه في الإجابة عليه مفادها هل يشترط لاكتساب صفة الخلف الخاص أن يكون اكتسابه للحق العيني أو الشخصي على الشيء محل التصرف بسبب مغاير للتصرف الصوري ؟ اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل في اتجاهين :—

أولا : الاتجاه الأول : ويمثله الدكتور عبد الرزاق السنهوري ويرى بوجود أن لا يكون الخلف الخاص قد اكتسب حقه المراد حمايته من الصورية بموجب التصرف الصوري ذاته. واستند في هذا الرأي إلى تحليل مركز الخلف الخاص الذي يكتسب - حسب رأيه - حقه بموجب تصرف يغير التصرف الصوري، فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري والدائن الذي ارتهن الشيء من المشتري. وقد انتهى هذه الاتجاه إلى نتيجة مفادها أن الشفيع والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير لا يعتبران من الغير فوفقا لهذا الرأي لو قام شخص ببيع داره إلى آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيرا بالنسبة إلى هذا البيع، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أي من البائع أو المشتري. ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري، فلا يعتبر غيرا في هذا العقد. هذا إلى انه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفا مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفا خاصا للبائع .

ويترتب على هذا الرأي أيضا أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشتري والمتعهد عقدا صوريا، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد. ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيرا في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر،

(196) إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام، المرجع السابق، هامش ص ٢٣٨.

197 () السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط. .. ج ٢، هامش ص ١٠٩٠ ويلاحظ أن الدكتور السنهوري قد عدل عن رأيه الذي ذكره في مؤلفه نظرية العقد، هامش ص ٨٣٣، حيث كان يرى بأنه لا يجوز التمسك بالصورية في حوالة بحق متنازع فيه إذا أراد المدين استرداد الدين بدفعه الثمن والمصاريف لأنه يعتبر من الغير في هذه الصورية وله مصلحة في ذلك حتى يستعمل حق الاسترداد .

(198) تنص المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري على أنه (١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فالمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . ٢- ويعتبر الحق متنازعا. فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي) .

(199) جلال العدوي، أحكام الالتزام، ص ٢١٦، إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٣٣، والداصوري، م، ص، 104.

فهو قد استمد حقه من هذا العقد، وشرط الغير في الصورية كما قررنا ألا يكون حقه المراد حمايته من الصورية مصدره العقد السوري ذاته . (200)

ويقول الدكتور عبد الباقي البكري "الشفيع لا يعتبر من الغير، لا لأنه ليس خلفا خاصا للمشتري فحسب إذ هو لم يتلق منه حق الملكية وإنما حل محله، وإنما لأنه ليس أجنبيا عن الصورية كذلك. فهو قد استمد حقه من البيع السوري، ولا تتصور حمايته من تصرف كان مصدر الحق الذي يدعيه ذلك لأن البيع يعتبر أحد عنصرين نتج منهما واقعة الشفعة كسبب لكسب الملكية. فهي كواقعة مركبة، لا تثبت إلا إذا وقع البيع واقترن وقوع البيع بإعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة. ويعتبر البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية، يضاف إليها إعلان رغبته وهو تصرف قانوني، ليتكون من اقترانها حقه. وعليه، فليس للشفيع أن يأخذ المبيع بالشفعة بالثمن الوارد في العقد السوري، لأنه لا يعتبر غيرا فيتمسك به، وإنما يأخذه بالثمن الحقيقي إذا اثبت البائع أو المشتري صورية الثمن، ليكون العقد المستتر هو النافذ في حقه ويتمتع على الشفيع، ولنفس السبب، اخذ المبيع سوريا بالشفعة إذا كان العقد الحقيقي هبة مستترة "

واتجاه آخر يمثل الدكتور إسماعيل غانم وهو الرأي الراجح فقها فقضاء الذي يرى أن الشفيع يدخل ضمن مفهوم الغير في الصورية ليس لأنه خلف خاص للمتعاقدين أو دائئا لاحدهما بل لأنه يعتبر من الأشخاص الذين لهم حقوقا تأثرت بالصورية، ولهم مصلحة في الطعن بها. فوفقا لهذا الرأي يعتبر الشفيع من الغير رغم انه ليس بخلف خاص أو دائن شخصي لأطراف الصورية لأن هدف المشرع هو حماية كل من اطمان إلى الظاهر وانخدع به وتعامل على أساسه، فهذا الاتجاه يرى أن الشرط الذي ضربه الفقه للحد من الأشخاص الداخليين ضمن مفهوم الغير وهو ضرورة أن يكون مصدر حقه مغايرا للتصرف السوري ليس حتميا فالمهم هو من انخدع بالصورية وتعامل على أساسها

الفرع الثالث

فئات يمكن اعتبارها من الغير

إضافة لمن ذكروا يمكن اعتبار الفئات التالية ضمن مفهوم الغير في الصورية و تطبق عليهم ذات الأحكام السابقة :

1- الخلف العام للأطراف الصورية :-

حيث يعتبر العقد الحقيقي المستتر هو النافذ بحق المتعاقدين و الخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام أن القاعدة العامة تقضي بسريان العقد الحقيقي بمواجهة الخلف العام للمتعاقدين و لا يحق لهم التمسك بالعقد السوري لأنهم لا يدخلون ضمن مفهوم الغير في الصورية. و لكن القاعدة العامة المذكورة لها استثناءات بحيث يصبح الخلف العام لأطراف الصورية من الغير، و تبسط عليهم الحماية بحيث يحق لهم التمسك بخياراتها بما يحقق مصلحتهم.

و يوضح الفقه ذلك بالقول انه يجب التمييز بين حالتين :

حالة الخلف العام الذي يتمسك بحق مستمد من مورثه أو الموصي (السلف عموما) :

وهنا تنطبق عليه القاعدة العامة وبعد عندئذ الخلف العام في نفس مركل سلفه بحيث يحتج بمواجهة بالعقد الحقيقي المستتر . وحالة الخلف العام الذي يتمسك بحق مستمد من القانون مباشرة حيث يتأثر هذا الحق بالصورية وعندئذ يصبح الخلف العام ضمن طائفة الغير في الصورية . و مثال ذلك الوارث الذي يتمسك بإنقاص الهبة المستترة أو الوارث الذي يتمسك بصور التصرف من مورثه في مرض الموت . فإذا كان التصرف الذي أبرمه المورث هدفه التحايل على قواعد الإرث لحرمان الوارث من الميراث أو إثارة وارث آخر عليه ، فانه يجوز للوارث عندئذ إثبات الصورية بجميع وسائل الإثبات، لأنه يعتبر عندئذ من الغير بالنسبة لصورية التصرفات الصادرة من مورثه أما إذا كان التصرف

200 وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري "أن الشفيع لا يعتبر غيرا في الصورية، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع السوري، ولا في البيع السائر لهبة، ولا في أي بيع يستتر عقدا لا يجيز الأخذ بالشفعة. والأحكام التي اعتبرته غيرا لا تتمشى، في رأينا، مع منطوق الصورية في الصورية على النحو الذي أوضحناه ويقول أيضا ان والظاهر من التحليل الذي قدمناه أن هناك طائفة - غير المتعاقدين والخلف العام- لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. فهذه يسرى في حقها العقد الحقيقي، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة، إذ سريان العقد السوري إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفي حق طبقة الغير دون غيرها. والشفيع يدخل في هذه الطائفة المشار إليها، فيسرى في حقه العقد الحقيقي لا العقد السوري" السنهوري، الوسيط - مرجع سابق ، هامش 92-93

صوريا و لكنه لم يقصد به التحايل على قواعد الإرث ، فان الخلف العام عندئذ لا يكون من الغير بل يكون امتدادا للمورث و يسري عليه ما يسري على مورثه من قواعد قانونية(201) وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية ، فقد قضت بأن (الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وانه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً أضرارا بحقه يجوز له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات لان الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة، و يعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف بأنه و إن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتركته وفي الالتزامات التي عليها ، إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقاً خاصة به لا يرثها عن مورثه بل يستمدها من القانون مباشرة وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات التي تصدر من المورث علي أساس أن التصرف قد صدر أضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون ومن ثم فان موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه - سواء لأحد الورثة أو للغير - يختلف بحسب ما إذا كانت صفته و سنده و حقه مستمدة من الميراث - أي باعتباره خلفاً عاماً للمورث - أو مستمداً من القانون - أي باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصرف فان كانت الأولى أي باعتباره وارثاً كان مقيدا لمورثه بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقاً للتعاقد و القانون أما إذا كانت الثانية - أي باعتباره من الغير - فانه لا يكون ملتزماً بالتصرف الصادر من المورث و لا مقيدا بأحكامه و لا بما ورد في التعاقد الصادر بشأنه بل يسوغ له استعمال كامل حقوقه التي خولها إياه القانون في شأنه بما لزمه اختلاف دعوى الوارث في كلا الموقفين عن الآخر من حيث الصفة و السبب و الطلبات والإثبات (202)

٢- من كان ممثلاً بالتصرف الصوري :-

القاعدة العامة أن من كان ممثلاً بالتصرف الصوري لا يدخل ضمن مفهوم الغير في الصورية فمن أوكل إلى غيره شراء مال معين بوصفه شخصاً مسخراً لا يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصوري الذي سيبرمه الوكيل . كما أن الأشخاص المعنوية لا تعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات القانونية التي يبرمها مديرها أو الممثل القانوني لها شريطة أن يبرمها بصفته مديراً للشخصية المعنوية أو ممثلاً قانونياً لها .ولكنه يرد على هذه القاعدة العامة استثناء هام عندما يتواطأ الوكيل أو الممثل القانوني أو الاتفاقي على هدم حقوق الموكل أو الشخص المعنوي فحينئذ يدخل هؤلاء الأشخاص ضمن مفهوم الغير في الصورية ويتمتعوا بالحماية القانونية ويمكنهم إثبات التواطؤ و الصورية بكافة طرق الإثبات توصلًا للتمسك بالعقد الحقيقي المستتر . كما يمكنهم تقديم اعتراض الغير على الأحكام التي تصدر مبنية على تواطؤ الوكيل أو الممثل القانوني وتجاوزه .حدود صلاحياته لان هذا الأخير عندما يقوم بالتواطؤ ضد مصلحة موكله أو ممثله لا يبقى ممثلاً أو وكيلًا لمن ائتمنه على مصلحة (203). ويلاحظ أن جانباً في الفقه قد ذهب إلى القول أن الورثة عند تمسكهم بالعقد المستتر ، المبرم من مورثهم يطبقون القاعدة العامة في الصورية التي توجب الأخذ بالحقيقة و أنهم لم يكونوا بحاجة للخيار الممنوح لهم في التمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر لأن مصلحتهم تكون دائماً في التمسك بالعقد المستتر، كما ذهب جانب آخر إلى القول بأن الوارث لا يعتبر من الغير عندما يطعن بالصورية في تصرف صدر عن مورثه أضرارا بحقوقه في الإرث إنما يكون له الحق في هذه الحالة بإثبات الصورية بجميع طرق الإثبات لوجود تحايل على القانون (204)

ويلاحظ أن هذا الرأي يطبق القاعدة العامة لكنه يمنح الغير حق إثبات العقد المستتر الذي يسرى بمواجهته وفق القاعدة العامة بكافة طرق الإثبات دون أن يكون ملزماً بإثباته بالكتابة كسلفه ونشير أخيراً إلى انه إذا تعامل الوكيل مع الغير باسمه الشخصي لا باسم موكله فان ذلك لا يؤثر على صحة العقد ولا يعتبر قرينة على صورية التوكيل إنما يبقى عقد الوكالة قائماً بين الموكل والوكيل لكن يلتزم الوكيل تجاه من تعاقد معه باسمه دون أن يفصح عن وكالته .

3- كل من انخدع بالتصرف الصوري :-

(201) أنور طلبه، التعليق علي نصوص القانون المدني، ج ١، مرجع سابق ص-٣٣٢ و ٣٣٣.
 (202) نقض مدني رقم ١٩٣٥ تاريخ 1984/5/5 مشار إليه في مؤلف سعيد شعله - م س- ص 164
 203 أنظر عبد الله ، سامي ، المرجع السابق ،صفحة ٣٥٧
 204 انظر السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، مرجع سابق- هامش ص ٦٠٨٣

يدخل ضمن مفهوم الغير في الصورية كل من انخدع بالتصرف السوري وتعامل على أساسه أي تأثر به بصورة مباشرة أو غير مباشرة فيحق له عندئذ التمسك بالخيارات السابقة بما يحقق مصلحته وله إثبات الصورية بكافة وسائل الإثبات حتى لو كان هذا الشخص قد باع في الأصل العين موضوع النزاع بيعاً صورياً. فمثلاً إذا باع زيد لعمره منزله بيعاً صورياً ثم مات عمرو فباع وارثه المنزل لآخر بيعاً صورياً أيضاً يعتبر زيد من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من وارث عمرو. ويترتب على ذلك انه يجوز له إثبات صورية هذا العقد بجميع وسائل الإثبات (205)

وكما ذكرنا يجب لكي نعتبر كل من انخدع بالتصرف السوري من الغير إن يتأثر به بصورة مباشرة أو غير مباشرة. أما الأشخاص الأجانب تماماً عن الصورية وأطرافها ولا صلة لهم بها فهؤلاء لا يمكننا إدخالهم ضمن مفهوم الغير في الصورية، فهم أولاً لم يشاركوا فيها ولم تكن لهم أية صلة بأطرافها، كما انه ليس لديهم حقوق تتأثر بالتصرف السوري سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة فلا يحق لهم رغم كونهم من الأغيار التمسك بحماية والخيارات السابقة إنما يتمسكوا بحماية المادة ١٥٢ من القانون المدني المصري والتي جاء فيها لا يترتب العقد شيئاً (التزاماً) في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكتسبه حقاً. بحيث -تحميهم هذه المادة من آثار العقود الصورية

المطلب الثالث خيارات الغير

تقسيم:-

سنقوم في هذا المطلب ببيان مضمون الخيارات الممنوحة للغير في فرعين :-

الفرع الأول

الخيار الأول للغير "تمسكه بالاتفاق الصوري"

لاشك أن هذا الخيار الذي منحه المشرع للغير في الصورية هو خروج على القواعد العامة في العقود التي توجب الاعتداد بالإرادة دون غيرها، أي الاعتداد بالعقد الحقيقي دون العقد الصوري و سريلانه بوجه الكافة لأنه يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . أما منح المشرع للغير في الصورية حق التمسك بالعقد الصوري أي بالإرادة الظاهرة فهو خروج على هذا الأصل لأنه يمنح الغير الحق بالتمسك بعقد وهمي لا حقيقة له بصوره كلية أو جزئية وهذا الخروج قلما يلجأ إليه المشرع إلا في حالات نادرة كنظرية الأوضاع الظاهرة (206) وهذا الخيار يتيح للغير أن يتمسك بالعقد الصوري في مواجهة أطرافه ويتجاهل كلياً وجود العقد الحقيقي ما دامت مصلحته تتحقق بالتمسك بالعقد الصوري وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه " للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحاج المشتري بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد " (207) وعليه يحق لدائن المشتري في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة إليه داخلة في ملك المشتري بموجب العقد الظاهر ، حتى لو كان حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشتري قبل صدور البيع الصوري وتدخل العين في الضمان العام للمشتري حيث يحق لكافة دائنيه التنفيذ عليها . كذلك يحق للخلف الخاص الذي كسب حقاً من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر حيث يحق للدائن المرتهن من المشتري أو صاحب حق الانتفاع أو الاتفاق أو المشتري الثاني ، أن يتمسكوا بالعقد الظاهر حيث يعتبر حق الغير منتقلاً إليهم من مالك . (208)

وهنا يثور تساؤل مفاده ، ألا تكفي قوانين السجل العقاري والتسجيل لحماية الغير من الصورية في العقارات؟

بداية نقول أن استعمال الغير لهذا الخيار لا يتحقق إلا في حالة تعدد المتصرفين للعقار أما إذا تصرف ذات المالك لأكثر من مشتري فليس لأحدهم التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المالك والغير إنما تجري المفاضلة بينهم حسب اسبقية التسجيل . وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بقولها " إذا تصرف الأب بصفته ولياً شرعياً على ابنه القاصر في ذات العقار بعقود متعددة ولأشخاص مختلفين فإن المفاضلة بينهم تجري على أساس أسبقية عقودهم، ولا محل لإعمال حكم المادة ٢٤٤/٢ من القانون المدني بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون

(206) يلاحظ أن المشرع المدني الألماني قد اخذ بالمبدأ العام وقضى بسريان العقد الحقيقي في مواجهة الكافة وهذا موقف غريب منه إذ أن نظرية الإرادة الظاهرة أو مذهب التعبير الذي يقضي بتغليب الإرادة الظاهرة أو التعبير على الإرادة الباطنة ألماني النشأة وتبناه الفقهاء الألمان و نادوا به في مواجهة فقهاء مذهب الإرادة وعلى الرغم من ذلك نص المشرع المدني الألماني في موضوع الصورية على سريان العقد الحقيقي المستتر في مواجهة الكافة فقد نصت المادة ١١٧/٢ من القانون المدني الألماني على أنه (إذا ستر تصرف قانوني ظاهر تصرفاً آخر حقيقياً فهذا التصرف الأخير هو الذي ينفذ)، وذلك دون تفرقة بين المتعاقدين وبين الغير . وفي هذا النص مغالاة شديدة بالتمسك بمذهب الإرادة دون الأخذ بعين الاعتبار استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية في الاتفاقات . وقد علل الفقه الألماني هذا المسلك بقوله أن الحالات الهامة التي يخشى فيها إلحاق ضرر بالغير الذي وثق فيه .

207) نقض مدني مصري رقم ٤٨٥ تاريخ ١٩٧١/٤/٢٢ - انظر محمد شتا، المرجع السابق، ص ٢٢٨ .

(208) السنهوري-الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١١٠٠-١١٠١ .

المدني على أنه "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم"
فقد دلت على أن مجال تطبيق هذا النص يكون عند اختلاف شخص المتصرف في كل من العقدين محل المفاضلة بحيث يكون أحدهما صاحب حق ظاهر والآخر صاحب الحق المستتر. ومن ثم فإنه إذا كان الشيء محل التصرف مملوكا لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى أشخاص مختلفين، فإن المفاضلة تجرى بينهم على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب

ويثور تساؤل آخر مفاده ما هو تأثير تنفيذ ورقة الضد على حق الغير في التمسك بالاتفاق الظاهر؟

بداية نقول أن العقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي، بمعنى أنه يحق لأطرافه تنفيذه لأنه هو النافذ بحقهم وفقا لإحكام القانون. أما الغير بالتمسك له التمسك ببطلان هذا العقد قبل تنفيذه ويتمسك-إذا ما نفذ- ببطلان ما تم تأديته تنفيذا للعقد المذكور باعتباره عقدا باطلا معدوما لا يترتب عليه أي اثر وشتان ما بين عدم سريان العقد الحقيقي بحق الغير وعدم سريان تنفيذه بحق الغير، فالنص واضح ويقضي بعدم سريان العقد الحقيقي ذاته بحق الغير أما إذا تم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فلا محل للتمسك بالعقد الظاهر، لأنه متى تم تنفيذ العقد الحقيقي فإن نتائج الضارة بالنسبة للغير تكون قد استقرت نهائيا فلا يستطيع عندئذ إن يبطل هذا التنفيذ بحجة تمسكه بالعقد الظاهر. ومرد ذلك أن تنفيذ العقد الحقيقي يبطل الظاهر الخادع الذي اصطنعه العقد الصوري فلا يجوز عندئذ للغير أن يدعى انخداعه بالأوضاع الظاهرة ويتعامله على أساسها. لان تنفيذ العقد الحقيقي ينفي صدق هذا الادعاء فإذا التزم المدين في العقد الحقيقي بأن يدفع مبلغا اكبر مما هو مذكور بالعقد الظاهر، وقام بدفع هذا المبلغ بالفعل فإنه يتمتع على دائن هذا المدين استرداد الغرق بين المبلغين بحجة تمسكه بالعقد الظاهر(209)

- مناط الخيار الأول (حسن نية الغير)

أن مناط تمسك الغير بخيارات المادة 1/244 هو حسن نية ذلك الغير وعلى ذلك يكون المشرع قد بين الشرط الأساسي لتمسك الغير بخيارات المادة 244 ولكنه ليس الشرط الوحيد للتمتع بتلك الخيارات حيث توجد شروط أخرى ولكنها اقل أهمية منه وستقوم فيما يلي باستعراض مفهوم حسن النية وبيان الشروط الأخرى اللازمة للتمسك بخيارات المادة 244 :-

يلاحظ بداية استبعاد المشرع للغير سيئ النية من طائفة الغير مع انه ليس طرفا من أطراف الصورية، وذلك للحد من الأشخاص الذين يدخلون ضمن طائفة الغير في الصورية بحيث لا يتمتع بخيارات المادة 244 إلا الغير حسن النية ولكن ما هو المقصود بحسن النية، وما هو الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية، وما هي العوامل المؤثرة في حسن النية؟

اجمع الفقه والقضاء على أن المقصود بحسن نية الغير هو جهله بالصورية(210) أي الجهل بوجود الصورية، إذ انه لو كان يعلم بوجودها لما أمكنه التمسك بالوضع الظاهر المتمثل بالعقد الظاهر فمناط حسن النية هو الجهل بالعقد المستتر أي الانخداع بالصورية والاعتقاد بجديه العقد الظاهر والاطمئنان إليه والتعامل على أساسه. ولكن ماذا يقصد بالعلم بالصورية شرطا لاعتبار الغير سيئ النية وفقدانه بالتالي لحقه بالتمسك بخيارات المادة 244؟

للإجابة على هذا التساؤل علينا أن نفرق ما بين العلم الفعلي بالعقد المستتر والعلم الحكمي أو المفترض به، ففيما يتعلق بالعلم الفعلي به فإن علم الغير الفعلي وقت تعامله بصورية العقد الظاهر للمتعاقدين معه يكفي

(209) جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 217 وما بعدها
(210) انظر السنهوري، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق، ص ١١٠١ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٦٣. ولهذا يقول الفقيه الفرنسي داغوا بأن شرط حسن النية سواء صرح به المشرع، أو لم يصرح به المشرع كما هو الحال في فرنسا-يعد شرطا ضمنا تقتضيه فكره الأوضاع الظاهرة نفسها. نقلا عن مجدي خليل الرسالة السابقة، ص ١٨٧.

لاعتباره سيئ النية وبالتالي يسري في حقه العقد الحقيقي المستتر. أما فيما يتعلق بالعلم المفترض أو الحكمي الناجم عن شهر العقد المستتر وفقاً للأوضاع التي قررها القانون فقد اختلف الفقه في مدى كفاية هذا الشهر لاعتبار الغير المتعامل مع أطراف العقد الصوري المستتر بعقد حقيقي تم شهره سيئ النية في اتجاهين نجلهما فيما يلي:-

-الاتجاه الأول : يرى هذا الاتجاه إن العلم المفترض الناجم عن شهر ورقه الضد لا يكفي لثبوت سوء نية الغير ، أي لا يكفي لافتراض علم الغير بالصورية مما لا يحرمه من التمسك بخيارات المادة 244. ويؤيد هذا الاتجاه رأيه بالقول انه ما دام سلوك أطراف الصورية ينطوي على تقصير جسيم ، فإن الغير الذي قصر في الإطلاع على الدفاتر التي تتضمن شهر العقد المستتر لمعرفة الوضع القانوني للمال الذي يتعامل فيه يظل معتبراً من الغير إذ انه من غير الجائز أن نعيب على الغير ما هو ثابت في حقنا. كما انه لا يطلب من الغير عند تعامله على أساس العقد الظاهر أن يبذل من العناية إلا ما يبذله في أعماله الخاصة دون أن يتعدى في ذلك إلى عناية الرجل العادي. 211 كما علل هذا الاتجاه رأيه بالقول أن الخفاء والسرية التي يتمتع بهما العقد المستتر لا يتبددان بتسجيليه ، فالعقد المستتر يظل عقداً مستتراً على الرغم من التسجيل وهو عقد مشوب بالغش ، والتسجيل وسيلة لشهر التصرفات ، لا وسيلة لتطهير العقود من الغش الذي يعتورها فالتسجيل لا يمحو آثار الغش. (212)

وهذا الاتجاه منتقد لان تبرير الخطأ أمر لا يقره القانون، إضافة إلى أن الغش الحاصل في العقد الظاهر قضى عليه العقد المستتر الذي أعاد الوضع إلى حقيقته ، أما الغش الحاصل بورقة الضد والذي يتم بإخفائه فإنه يتبدد بالشهر الذي يلغي صفة التستر والخفاء عن العقد المستتر .

-الاتجاه الثاني :- يرى هذا الاتجاه أن شهر العقد المستتر قرينه على العلم بالصورية إذا كان قد سجل في الشهر العقاري قبل تعامل الغير مع المتعاقد على أساس العقد الظاهر، ولكنه ينادي بوجود التفرقة بين حالتين :

حاله الغير الذي كان يفترض به - نظراً لطبيعة حقه على الشيء محل التصرف الصوري - أن يراجع السجل لمعرفة الحقوق المترتبة على هذا الشيء كالمشتري أو المرتهن من المشتري الظاهر ، حيث يعد الشهر هنا قرينة على العلم بالصورية، وحاله الغير الذي لا تستدعي طبيعة حقه على الشيء- محل التصرف الصوري مثل هذا الرجوع كدائن المشتري الظاهر حيث لا يعد شهر التصرف المستتر بالنسبة إليه قرينة على علمه بالصورية.

ولكن فقهاء هذا الاتجاه اختلفوا في الآثار المترتبة على شهر التصرفات وتسجيلها في السجل، حيث ذهب بعضهم (213) إلى القول إن شهر العقد المستتر يقوم قرينة على العلم بالصورية فلا يقبل من الغير التمسك بجعله بالصورية إذ أن شهر العقد المستتر يفقده صفة الخفاء بقرينة قاطعه لا تقبل الدليل العكسي لأنه بشهر العقد المستتر لم نعد نتحدث عن حسن أو سوء نية إنما عن آثار شهر التصرفات وتسجيلها في السجل حيث يفترض علم الكافة بما تم تسجيله بقرينة لا تقبل إثبات العكس. في حين ذهب البعض الآخر (214) إلى القول أن شهر العقد المستتر وان كان قرينة على العلم بالصورية إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس، حيث يستطيع الغير أن يثبت انه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر على الرغم من

211) سامي عبد الله - المرجع السابق- ص 361.

212) احمد نشأت-المرجع السابق، ص 401 وأساس هذا الاتجاه اعتناق أصحابه لفكره مؤداها أن المشرع بتقريره في المادة

244الحق للغير حسن النية بالتمسك بالعقد الظاهر إنما أوقع نوعاً من العقوبة على أطراف الصورية فهذا الاتجاه يهتم بمعاينة أطراف الصورية أكثر من اهتمامه بحماية الأوضاع الظاهرة و استقرار المعاملات

213) إسماعيل غانم، م.س، ص 250 وهامشها ، أنور سلطان، م.س، ص. 164 ، ص 180

214) (السنهوري ، الوسيط ج ٢، المرجع السابق ، هامش ص ١١٠٢ .

شهره. وقد انتقد هذا الرأي بالقول أن التسجيل لم يشرع إلا للإشهار وإشعار الكافة به ولا يمكن في الأحوال العادية إثبات عدم العلم به، فلا محل للتفرقة بين إشهار وإشهار .
ونرى أن تسجيل العقد المستتر ليس من شأنه إثبات سوء نية الغير إلا بالنسبة لمن يفترض فيهم - نظراً لطبيعة حقهم على الشيء محل التصرف - الرجوع للسجل كالمشتري والمرتهن من المشتري، أما من لا يفترض فيهم الرجوع للسجل كالدائن العادي للمشتري فلا تأثير لتسجيل العقد المستتر على حسن أو سوء نيتهم. بل أن جانباً من الفقه يرى بأن شهر العقد. المستتر لا يقوم قرينة على سوء نية كل الاغيار الملزمين بواجب الإطلاع على دفاتر الشهر، بل تقتصر على من تلقى. منهم حقه بعد شهر العقد المستتر لأنه لهؤلاء فقط يمكننا أن ننسب لهم تقصيرهم في الإطلاع على السجل، أما من تلقى حقه قبل شهر العقد المستتر فلا يتصور أن يكون لإطلاعه على دفاتر السجل أي مدلول فيما يتعلق بحسن أو سوء نيته
نخلص مما تقدم أن العلم بالعقد المستتر سواء أكان علماً فعلياً أم مفترضاً من خلال شهر العقد المستتر - وفقاً للأوضاع التي قررها القانون - يقوم قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس - وفقاً للتفصيل السابق- على علم الغير بالصورية و بالتالي اعتباره سيئ النية يسري بمواجهته العقد الحقيقي. و حسن النية في الغير مفترض و على من يدعي خلافه إثبات سوء نية الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر سواء أكان من أطراف الصورية أو من الغير الآخرين الذين تتحقق مصلحتهم بإثبات سوء نيته . و هذا تطبيق للقواعد العامة التي تفترض حسن النية في الشخص إلى أن يثبت العكس

ويثور التساؤل: هل تسجيل عقد البيع الصوري يمنع القول بصوريته؟

الإجابة: لا . وقد أوضحنا أن عقد البيع في أصله عقد رضائي، فلم يشترط المشرع لانعقاده شكلاً خاصاً، فهو إذن يتم بمجرد اتفاق الطرفين وتراضيهما عليه، وللتعبير عن الرضا صور متعدّدة، فقد يتم: كتابةً، أو مشافهةً، أو بالإشارة، لكن عقد البيع لا ينقل الملكية إلا إذا تمّ تسجيله، وهنا تقرّر محكمة النقض: المقرّر في قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع غير مسجّل وإن كان لا يترتب عليه ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أن يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع ممّا مؤداه أن يصبح المبيع في حيازة المشتري، ويكون له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع، كما تنتقل إليه جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به، فيجوز له مطالبة البائع للبائع له بجميع حقوق هذا البائع المتعلقة بالعقار المبيع، والذي انتقل إليه بموجب عقد البيع (215). إذن وطبقاً لقضاء محكمة النقض أيضاً: عقد البيع العرفي لا تنتقل به ملكية العقار المبيع إلى المشتري، ولا ينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه، فيصبح المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد والذي ينقل رغم عدم شهره - إلى المشتري الحيازة القانونية للعين المبيعة والدعاوى المرتبطة بها (216).

وفي حكم حديث محكمة النقض قضت في هذا الصدد: عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي، ويحل محله فيما يتعلّق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونهما

(215) القاعدة : المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن للمشتري ولو لم يكن عقدة مسجلاً ان يتمسك بصورية عقد المشتري الأخر الذي سجل عقدة صورية مطلقه ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دانناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة - وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ / ١ من القانون المدني - أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطريق الإثبات كافة باعتبار من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من ورثه نفس البائع إلى مشتري آخر . الطعن رقم ١٩٢٩ لسنة ٨١ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٠٣/٠٧ .

نقض مدني، جلسة: 20/2/2003م، الطعن رقم (1329) لسنة 64 ق.

(216) نقض مدني، جلسة: 20/5/1984م، الطعن رقم (801) لسنة 53 ق، جلسة: 22/4/1980م، الطعن رقم (443)، لسنة

46 ق.

والمرجع في التعرّف على إرادتهما النهائيّة، ومن ثمّ فإنّه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائي بالتّعديل، حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقابل من البيع الابتدائي (217). وفي الإجابة على التساؤل المثار أنّه إذا كانت القاعدة هي أن الملكية لا تنتقل بالتّسجيل وحده، وإنّما تنتقل بأمرين: أحدهما: أصلي وأساسي: وهو العقد الصّحيح النّاقل للملكيّة. وثانيهما: تبعي: وهو التّسجيل. فإذا انعدم الأصل فلا يغني عنه المكمل وعلى ذلك فالعقود الصّوريّة- صوريّة مطلقّة- لا يصحّها التّسجيل. وهنا قضت محكمة النّقض في قضاء واضح ومحدّد فقرّرت:

".... والصورية المطلقة ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكيّة العقار إن سجل، إذ ليس من شأن التّسجيل أن يصحّح عقداً منعدماً، فإنّه ينبغي على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصّوريّة المطلقة على عقد المشتري الثاني فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى، لأنّه تصرّف في العقار المشفوع فيه إلى مشتري ثالث لم يختصمه الشفيع في دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل في الدفع أن تتصدّى بداءة لبحث الطّعن بالصّوريّة، وتدلى بكلمتها فيه حسماً له، وذلك بأنّه لو ثبت صوريّة عقد المشتري الثاني كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني ولو كان مسجلاً، فلا يكون لهذا المشتري في مواجهة الشّفيع ثمة حقوق تعلّقت بالعقار المشفوع فيه، ويغدو بالتالي غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرّف صدر في هذا العقار إلى مشتري ثالث (218). إذن:

1- لا مجال لإعمال للدّفع بالأسبقية في التّسجيل إذا كان أحد العقدين صورياً صوريّة مطلقّة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن عقد الطاعنة صوري صوريّة مطلقّة، فإنّه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون عليه استناداً إلى أسبقية تسجيل صحيفة الدعوى (219).
2- ومتى كان عقد موضوع النزاع صورياً صوريّة، قوامها العث والتّدليس لا يكون لها وجود قانوناً، فتسجيله وعدمه سواء بسواء، ولذا لا يكون هناك محل للمفاضلة بين تسجيله وتسجيل صلح استدلّ به على علم المشتري بصورية عقد تملك البائع إليه (220).

ويثور تساؤل آخر ما هو أثر ظهور الغير شاهداً في العقد الصوري على إمكانية تمسكه به ؟
للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من التفرقة بين حالتين :

حالة الغير الذي وقع شاهداً على العقد الظاهر دون أن يحاط علماً بوجود عقد مستتر يعدل أو يلغي العقد الظاهر الذي وقعه و عندها يعد هذا الغير حسن النية يحق له التمتع بخيارات المادة 244 . و حالة الغير الذي وقع شاهداً على العقد الظاهر و -أحيط علماً بوجود عقد مستتر يعدله أو يلغيه ، فعندها يعد هذا الغير سيئ النية يسري عليه - ما يسري على أطراف الصورية من أحكام و بهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي ، و متى كان هذا الطعن موجهاً ضد طرفي العقد الذين اشتركا معه في الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (221)
كما يثور تساؤل مفاده ما هي اللحظة التي نعتد فيها بتوافر حسن النية من عدمه ؟ هل هي لحظة الاحتجاج بمواجهته بالعقد المستتر ، أم لحظة تعامله مع أطراف الصورية ، أم لحظة اكتسابه الحق الذي

(217) نقض مدني، جلسة: 21/ 11 / 2000م، الطعن رقم (509) ، لسنة 70 ق.

(218) الطعن 406، لسنة 57 ق، جلسة: 29 / 6 / 1989م، طعن مدني.

(219) نقض مدني، الطعن 928، لسنة 70 ق، جلسة: 3 / 1 / 2000م.

(220) نقض مدني، الطعن 122، لسنة 71 ق، جلسة: 5 / 31 / 2001م.

(221) نقض مدني مصري رقم ٤٧ تاريخ ١١-١-1990 مشار إليه في مؤلف سعيد شعلة المرجع السابق ص ١٧١، و يلاحظ أن محكمة النقض المصرية اهتمت بإبراز اشتراك الشاهد مع أطراف الصورية فيها ، إي علمه بوجود صوريه فعاملته معاملة أطرافها ، أما لو لم يكن مشتركاً معهم فيها و لا يعلم بوجودها فانه يعتبر عندئذ من الغير حسني النية الذين لهم حق التمسك بخيارات المادة

جعل منه دانا أو خلفاً خاصاً لأطراف الصورية ؟ أجمع الفقه و القضاء على أن العبرة في اعتبار الغير حسن النية من عدمه يرجع للحظة تعامله مع أطراف الصورية ، حيث يكتفي لاعتبار الغير حسن النية. جهله بوجود الصورية لحظة تعامله مع أطراف الصورية -حتى لو علم بها بعد ذلك.

فإذا كان دائناً شخصياً للمشتري و كان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، و جب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشتري قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، فاطمأن إليه و تعامل مع المشتري الصوري على هذا الأساس . و إذا كان حق الغير حسن النية سابقاً على التصرف الصوري فحسن النية المطلوب منه هو اعتقاده وقت علمه بصدور التصرف الصوري أنه تصرف جدي أي جهله بالصورية وقت صدور التصرف الصوري **وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " مفاد نص المادة ٢٤٤/١ من القانون المدني انه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقاً من المشتري ، حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيئ النية أي يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيقي شأنه في ذلك شأن المتعاقدين . ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن الطاعن -المشتري -كان سيئ النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى -المالكة الأصلية- الثانية ، وإنما تسري في حقه ورقة الضد المشار إليها ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون" (222) كما قضت بأنه "لئن كان الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة—يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدین الاحتجاج عليه بهذا العقد" (223).**

ونشير أخيراً إلى أن توافر حسن النية من عدمه لا يتأثر بالباعث الدافع إلى الصورية وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "مؤدي عموم نص المادة 244 من القانون المدني أن المناط في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية-سواء كان مشروعاً أم غير مشروع— وعلّة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء واردة على خلاف الأصل الذي يقضى بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدین. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه الظاهر عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي (224)- الشروط الأخرى اللازمة لتمتع الغير بخيارات المادة 1/244 -"

يضيف الفقه إلى جانب اشتراط حسن نية الغير شرطين آخرين لإمكانية تمتع الغير بخيارات المادة 244/١ من القانون المدني نجلها فيما يلي: —

أ- أن يكون للغير حين تمسكه بخيارات المادة 244/١ مصلحة مشروعة ، أي انه تتوافر لديه مصلحة مشروعة لتمسكه بالعقد الظاهر وهذه المصلحة تتمثل في الدفاع عن حقه ومصالحته وصيانتها ودفع الضرر اللاحق به ، نتيجة الصورية . وهذا شرط مطلوب في أي دعوى أو دفع حيث لا يقبل من أي شخص أن يرفع دعوى أو يدلي بدفع أمام القضاء إلا إذا كانت له مصلحة مشروعة من هذا الدفع أو تلك الدعوى تتمثل في الأضرار التي لحقت به أو الأضرار التي قد تلحق به ، إذ يكفي احتمال حدوث الضرر لرفع

222 نقض مدني مصري رقم ٤٦٦ تاريخ ٣١/١/١٩٧٧ مشار إليه في مؤلف ، محمد شتا ، المرجع السابق، ص ١٩٨ -
223 نقض مدني مصري رقم ٢٤٤ تاريخ ٣/١٢/١٩٦٢ مثار إليه في مؤلف سعيد شعله المرجع السابق ، ص 158-159
224 نقض مدني مصري رقم ٢٤٤ تاريخ ٣/١٢/١٩٦٥ مغار إليه في مؤلف سعيد شعله المرجع السابق، ص 57-١٥٨.

دعوى الصورية أو الدفع بوجودها. حيث استقر قضاء محكمة النقض المصرية على انه للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز إن يحاج المشتري بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد وانه لا يقبل الطعن بصورية عقد مالم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد. وإن كان المدعى عليه في دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن إلى العقد الذي يتمسك به المدعى فإنه- يكون لزاما على المحكمة أن تنتظر هذه المطاعن وتبحثها لكي تثبت من وجود مصلحة للمدعى، ولا يصح منها أن تقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده. (225)

ب- أن يقوم الغير بالتمسك بالعقد الظاهر أمام محكمة الموضوع، لان الدفع بالصورية يعتبر خليطاً ما بين الواقع والقانون، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض وهذا الشرط هو أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة التي توجب إثارة الدفوع الموضوعية أمام محكمة الموضوع وعدم جواز إثارتها لأول مرة أمام محاكم القانون. بل انه يحق لمحكمة الموضوع إثارة الصورية من تلقاء ذاتها. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها المحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصورتها من قرائن الدعوى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سليماً كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب التذرع بالعقد الظاهر أمام محاكم الاستئناف لان بطلان ورقة الضد، أي عدم سريانها بوجه الغير، هو سبب يمتزج فيه الواقع بالقانون، فلا يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض

الفرع الثاني

الخيار الثاني للغير "التمسك بالعقد المستتر"

يلاحظ مما سبق أن المشرع المدني منح الغير في الصورية حق التمسك بالعقد المستتر وهذا تطبيق للقاعدة العامة في الصورية التي توجب الاعتداد بالعقد الحقيقي دون العقد الصوري أما الحق الذي منحه المشرع للغير بالتمسك بالعقد الحقيقي الظاهر فهو استعناء من القاعدة العامة التي توجب الاعتداد بالحقيقة. ولا يشترط لممارسة هذا الخيار أن يكون الغير عالماً بالعقد المستتر منذ إبرامه، فقد يكون الغير حسن النية لا يعلم بالصورية ثم يكتشف الحقيقة لاحقاً ولا يؤثر على هذا الخيار تأييد العقد الظاهر بحكم قضائي يقضي بصحته ونفاذه، فمثل هذا الحكم لا يمنع الغير من التمسك بالعقد المستتر ما دامت مصلحته تتحقق بهذا التمسك لأنه يعتبر أجنبياً عن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد الظاهر طالما لم يتم إدخاله في الدعوى لان أطراف العقد الظاهر لا يمثلونه فيها. وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تناقض بين قضاء الحكم بصحة الورقة المتضمنة عقد البيع وبين قضائه باعتبار الإقرار المحرر في ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له، إذ أن قضاء الأول، وان كان يتضمن أن طرفي العقد قصداً أن يحرراه في صيغة بيع إلا أن ذلك لا ينفي انه عقد ظاهر صوري يستتر عقداً آخر حقيقي محرر بين الطرفين هو ورقة الضد. والتساؤل الذي يثور هنا، هل يجوز للشخص الذي وقع على العقد الصوري بصفته شاهداً أن يطعن فيما بعد بصورية هذا العقد؟ نرى إمكانية ذلك لان هذا الشخص إما أن يكون عالماً بوجود عقد مستتر وعندها لا يدخل ضمن طائفة الغير في الصورية وتسري بمواجهته القواعد العامة التي توجب الاعتداد بالعقد الحقيقي دون العقد الصوري ويعامل معاملة أطراف الصورية. وأما أن يكون حسن النية لا يعلم بوجود عقد مستتر ويعتقد بجديته العقد الذي وقع عليه بصفته شاهداً وعندها يدخل ضمن طائفة الغير ويستطيع

(225) مشار إلى هذه الأحكام القديمة لمحكمة النقض المصرية لدى سامي عبدالله المرجع السابق، ص ٣٧٤.

التمسك بخيارات المادة 244 أي التمسك بالعقد الصوري أو العقد الحقيقي بما يحقق مصلحته. ويشترط للطعن بصورية العقد الظاهر أن يكون الطعن صريحاً بالصورية فلا يكفي الطعن بالغش أو التواطؤ لأن الصورية تقتض عدم وجود العقد الظاهر أما الغش فلا ينفي جدية العقد المشوب بالغش، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه والبت فيه أن يكون صريحاً في هذا المعنى ولا يفيد مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً لأن الصورية إنما تعني عدم قيام المحرر أصلاً في نية عاقديه، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له، ولما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه الثاني أمام محكمة أول درجة، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التي جعلت منها سنداً لها في مدعها أجريت بمعرفة المالك - المطعون عليه الأول - و ساقطت على ذلك في مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تنم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثاني بدليل تحرير العقد في مقر الشرطة وتأخر المستأجر في استلام الشقة من شاغلها وقتذاك، وكان هذا لا يعني التمسك علي نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد، فلا على الحكم المطعون فيه أن هو التقت عن هذا الدفاع". (226) كما يشترط التمسك بهذا الخيار أن تكون للشخص مصلحة من وراء الطعن بصورية العقد الظاهر، وهذا شرط تقتضيه القواعد العامة حيث لا يستطيع أي شخص أن يقوم برقع دعوى أو يقدم دفاعاً ما لم تكن له مصلحة جدية في ذلك وبحدود تلك المصلحة .

الفرع الثالث

تعارض خيارات الغير

لا شك أن المادة 244/1 بما أوجدته في خيارات للغير بحرية التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر وفقاً لمصلحته إنما فرضت نوعاً من تشابك وتعارض العلاقات بين الاغيار الذين قد يتمسكوا بالعقد الظاهر لأن مصلحته تتحقق بذلك وبين آخرين يتمسكون بالعقد المستتر الذي يحقق مصالحهم أيضاً. ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي:- قام (أ) ببيع أثاث منزله بيعاً صورياً إلى (ب) بحيث أبرم عقداً مستتراً يلغي كل اثر لعقد البيع الظاهر، وكان (أ) مديناً إلى (ج) بمبلغ من المال بينما كان (ب) مديناً إلى (د) بمبلغ من النقود. فهنا من مصلحة الدائن (ج) أن يتمسك بصورية البيع لكي لا يخرج المال من الضمان العام لمدينة ليستطيع التفتين عليه بينما من مصلحة الدائن (د) أن يتمسك بالعقد الظاهر ليزيد من الضمان العام لمدينة (ب). **فهنا أي من الدائنين يقدم على الآخر هل نقدم الدائن (ج) الذي يتمسك بالعقد المستتر أم نقدم الدائن (د) الذي يتمسك بالعقد الظاهر؟** في الحقيقة أننا إذا قدمنا الدائن (ج) فإننا ننتصر عندئذ لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، أما إذا قدمنا الدائن (د) فإننا ننتصر لمبدأ استقرار المعاملات وحماية الشخص الذي انخدع بالظاهر. وقد حسم القانون المدني الموقف وأشار لمبدأ استقرار المعاملات وقد انتقد الفقه هذا الحل الذي وضعه المشرع عند تعارض مصالح الاغيار بالتمسك بالعقد الظاهر أو المستتر، إذ انه يترتب عليه تفصيل الموهوب له من المشتري الصوري على دائن البائع الصوري على الرغم من أن هذا التفصيل يؤدي إلى اغتناء الموهوب له على حساب الدائن، كما يترتب عليه تغليب العقد الظاهر لمصلحة دائن المشتري الظاهر، حتى لو كان حقه قد ثبت في ذمة المشتري بتاريخ سابق للبيع الصوري، أي في وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينة الصورية بحيث يفضل ويتقدم في استيفاء حقه من العين المباعة على دائن البائع. وهذه نتيجة يصعب تبريرها خاصة إذا لاحظنا انه لو كان البيع الصوري بيعاً جدياً لإمكان لدائن البائع أن يطعن به بالدعوى البوليصية مطالباً بعدم نفاذه بمواجهته ويفضل عندئذ في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري. وهذا يعني إن دائن البائع سيحيمه القانون حينما يكون تصرف

مدينه جدياً بينما سيتخلى عن حمايته له عندما يكون تصرف مدينه سورياً. ويرى الدكتور السنهوري أن هذه النتيجة غير المنطقية يمكن حلها بوسائل قانونية أخرى حيث يمكن لدائن البائع في هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية في العقد الظاهر، ويعتبره عقداً جدياً، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البوليصية متى توافرت شروطها (227).

ولكن انتقد الفقه صياغة هذه المادة من ناحيتين -أولهما أن عبارة ذوي الشأن لا تظهر المقصود منها فهي شمل المتعاقدين والخلف والغير، ولكن من مؤكد انه لا يقصد بها العلاقة التي تقوم بين المتعاقدين أو الخلف العام لان هذه العلاقة تحكمها المادة التي تقضي بأعمال العقد الحقيقي. كما لا يقصد منها تلك الفئة من الغير التي لا تدخل ضمن طائفة الدائنين والخلف الخاص لان هذه الفئة ليس لها مصلحة إلا في التمسك بالعقد الظاهر. وثانيهما أن حكمها هو عبارة عن تكرار للقاعدة العامة التي ترجح مصلحة من يتمسك بالعقد الظاهر علي مصلحة من يتمسك بالعقد المستتر استثناء من القواعد العامة لأنه نص علي أحقية الغير حسن النية بالتمسك بالعقد الظاهر (228).

المبحث الثالث

ورقة الضد

من المقرر في قضاء محكمة النقض انه يقصد بورقة الضد (إن ورقة الضد أو عقد الضد (في إثبات الصورية المطلقة بين المتعاقدين أو الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه إلى وارث آخر أو إلى الغير لغير علة الاحتيال على قواعد الإرث (هو العقد المستتر وهو عقد يكتب سراً بين المتعاقدين ليمحو أثر عقد ظاهر أو يعدل فيه أو بعبارة أخرى ليمحو أثر العقد الظاهر كلياً أو جزئياً ، ويكتب عادة في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الظاهر وليس هنالك ما يمنع من كتابته بعده بما مؤداه أنه إذا لم يكن هناك اتفاق مادي بين العقدين وجب أن يكون هناك اتفاق ذهني) (229)

ويعرف بعض الفقهاء ورقة الضد على أنها: " مستند يعبر عن حقيقة التعاقد الذي قصد إليه الطرفان، ما دام مشروعاً، ويقصد إلى حفظ حقوق الأطراف في مواجهة بعضهما البعض، وفي مواجهة الغير" (230). أمّا الفقيه " بارتان " فقد عرف ورقة الضد بالقول: " أنها اتفاق يبطل اتفاقاً سابقاً غير جدي أو يبطل بعض الشروط غير جدية في اتفاق سابق مع اتحاد المتعاقدين في كل من العقدين " (231).

وعرّف العلامة " مارسيل بلا تبول " ورقة الضد بالقول: " معنى الصورية أن يكون هناك عقدان صادران في وقت واحد احدهما ظاهر، والثاني خفي ، من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطال أثره بالمرّة، ويسمى العقد الخفي ورقة الضد"

(227) السنهوري -، الوسيط، ج ٢، المرجع السابق هامش ص ١١٠٤.

(228) انظر سليمان مرقس -المرجع السابق، ص ٣٧٣-٣٧٤. وراجع في كل ذلك - جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها- مرجع سابق - ص 237 وما بعدها

229 الطعن رقم ٢٠١٧ لسنة ٧٣ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٦/٠٥/٢٠١٣

(230) عرفات نواف فهمي ، مرجع سابق، ص 45 ويرى أن هذا التعريف غير دقيق، وذلك لأنه تجاهل العناصر الأساسية لورقة

الضد، فلم يبين لنا على سبيل المثال: أن ورقة الضد يسترها عقداً آخر، وأنها تصدر متعاصرة ذهنياً مع ذلك العقد، إلا أن هذا التعريف يبين أن ورقة الضد هي العقد الحقيقي الذي قصد الأطراف تنفيذ مضمونه. ويختلف مع الفقيه بارتان في هذا التعريف بقوله أن ورقة الضد اتفاق يبطل اتفاق سابق، حيث أننا إذا قلنا ذلك سنكون بصدد اتفاق جديد يلغى اتفاق سابق، وهذا غير صحيح، حيث تظهر لنا شروط الصورية أن المعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي هي شرط أساسي، وهذا ما لا يظهر من تعريف الفقيه بارتان، ولكن لا يعني هذا أن التعريف لم يتميز عن سابقه في بيان وصف وخصائص ورقة الضد، حيث وصف ورقة الضد بأنها عقد، ولم يقل كسابقه بأنها مستند، حيث أن المستند قد يكون عقد وقد لا يكون، أمّا خصائص ورقة الضد فتتمثل في: التعارض بين العقد الحقيقي والعقد الصوري، وصورية العقد الظاهر، واتحاد المتعاقدين في العقد.

(231) أحمد مرزوق: في نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 123.

يُتَّصَح لنا ممَّا تقدَّم: أن هذا التعريف الأخير جمع بين مفهوم الصورية ومفهوم ورقة الضد، فبين شروط الصورية المتمثلة في: وجود عقدين، والمعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الخفي، وتناقض العقدان مع بعضهما البعض، ولكنه لم يتطرق إلى شرط اتحاد المتعاقدين في كلا العقدين، إلا أن ذلك يفهم ضمناً من التعريف، أمَّا ورقة الضد فقد وصفها بأنها عقد، وقد بين خصائص هذا العقد في: وجود تعارض بين العقدين، وهذا التعارض قد يكون جزئياً، وقد يكون كلياً، وصورية العقد الظاهر، واتحاد المتعاقدين في العقد. وأن العقد الصوري يختلف عن ورقة الضد أو العقد الحقيقي، فورقة الضد تعبر عن الاتفاق الحقيقي الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذه مضمونه، في حين أن العقد الصوري لا يرتب أثراً قانونياً بالنسبة للمتعاقدين، أمَّا بالنسبة للغير فكونه هو العقد الظاهر لهم ويفترض فيهم حسن النية، فإنه هو العقد النافذ فيما بينهم. وبالتالي فإنَّ العقد الحقيقي يلغى العقد الصوري أو يعدل في بعض شروطه أو أركانه أو ماهيته، فهما عقدان متناقضان إلا أن كلاهما لا وجود له إلا بوجود العقد الآخر، وإلا انقلب الوصف القانوني لكُل منهما.

المطلب الأول خصائص ورقة الضد

لورقة الضد خصائص مُعيَّنة تميِّزها عن غيرها، وأهم هذه الخصائص هي: أنها ورقة تثبت تعارض العقد الحقيقي مع العقد الظاهر: تتطلب الصورية وجود اتفاقين متناقضين: أحدهما حقيقي مستتر، والآخر صوري ظاهر، فمن شأن العقد المستتر إلغاء العقد الظاهر كله أو جزء منه، أو تغيير في ماهيته أو شرط من شروطه الجوهرية، أي أنهما ضدان لا يجتمعان، فلا يمكن تنفيذ العقدين معاً (232). فالعلامة الأساسية الفارقة لورقة الضد، تتمثل في عدم إمكانية تنفيذ العقدين معاً، فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقدين معاً فلا مجال للقول بوجود ورقة الضد، وهذا صحيح حيث أن العقد الحقيقي، هو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذه مضمونه، أمَّا العقد الصوري فهو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى عدم تنفيذه وجعله ستاراً للعقد الحقيقي، وبالتالي فإنَّ العقد الحقيقي يتناقض مع العقد الظاهر وينفيه أو يعدل فيه، وما دور العقد الظاهر إلا في إخفاء العقد الحقيقي. وينبغي الإشارة إلى أن هناك عدَّة تصرُّفات لا يمكن اعتبارها ورقة ضد، ومثال ذلك: إذا وضع في عقد بيع قطعة أرض ثمناً أقل من الثمن الحقيقي، وأن الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الصوري تحررت به سندات أدنيه دون أن تذكر قيمة هذه السندات، فإن هذه السندات لا تعتبر ورقة ضد، لأنَّ شرط الصورية هو إخفاء العقد الحقيقي، وبقاؤه سراً بين المتعاقدين، فانتفتت الحكمة من الصورية في المفاجأة للغير بالعقد الحقيقي، فلا يمكن القول بوجود عقد ظاهر وآخر خفي يمكن أن يكون فخاً للغير، بل أن هذه السندات تعتبر متممة للعقد الحقيقي، أمَّا إذا لم ينوَّه في العقد الظاهر إلى وجود فرق في الثمن الذي تحررت به السندات، فإن هذه السندات تعتبر ورقة ضد (233). كذلك الحال فلا يعتبر ورقة ضد إذا كان العقد السري بيِّن ويوضِّح مصطلحات واردة في العقد، لأنَّ العقد السري في هذه الحالة يعتبر تابع للعقد الحقيقي ولا يوجد تعارض بينهما (234) كذلك الحال بالنسبة للأجل، فلا يوجد تعارض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر في حال الأجل، حيث أن المدين قد يتنازل عن الأجل الذي منحه إياه الدائن، فقد ينص العقد على أن الدين يسدد على أقساط، ويذكر في العقد السري أن الدين يدفع فوراً، أو العكس بحيث يرد في العقد الأصلي أن الدين يُسَدَّد فوراً، ويرد في العقد السري أن الدين يسدد على أقساط، فلا يعتبر هذا التصرف ورقة ضد، وذلك لأنَّ الأجل يختص بتنفيذ العقد لا بتكوينه، في حين أن الشرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً، قد يكون ورقة ضد، ومثال ذلك: إذا ذكر في عقد

(232) أحمد مرزوق: نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 124.

(233) عرفات نواف فهمي، مرجع سابق، ص 47.

(234) عبد الحميد الشواربي، وعبد الحميد الناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 87.

البيع الظاهر أنه بيع قطعي بات، ثم علق البيع في العقد السري على شرط واقف أو فاسخ، فإن هذا يعد تعارضاً بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر ولا يمكن التوفيق بينهما، لأن الشرط يتعلق بتكوين العقد لا بتنفيذه، لذلك يعتبر العقد الحقيقي ورقة ضد (235).

- **صورية العقد الظاهر:** ظهر لنا من خلال تعريف صورية العقد الظاهر، أن المتعاقدين يكونان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما حقيقي إلا أنه مستتر، والآخر ظاهر إلا أنه صوري، لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرامه، والهدف منه ستر العقد الحقيقي عن الغير، وقد بين القانون، أن العقد الظاهر لا أثر له بين المتعاقدين وخلفهما العام.

وقد بين بعض الفقهاء أن: "العقد الصوري هو الذي لا وجود له قانوناً، لأنه ينقصه ركن الرضا. وغرض المتعاقدين الوحيد من العقد الصوري هو إخفاء العقد الحقيقي المستتر، فالعقد الظاهر معدوم لا أثر له قانوناً، لأن المتعاقدين لم يقصدها، وليس هناك إلا إيجاب وقبول لا مرجع لهما من رضاهما، ولم يقصدا منه إلا أن يكون قناعاً للعقد المستتر الحقيقي ليخفيا الحقيقة عن الغير". حيث ينكر هذا الرأي وجود أي أثر للعقد الصوري من الناحية القانونية، وهذا غير دقيق، لأن العقد الظاهر وإن كان صورياً، فإنه يرتب آثاره بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وفق ما نصت عليه معظم القوانين كما بيناه سابقاً عند الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير، إلا أن الغاية من العقد الظاهر تكمن في ستر العقد الحقيقي وإخفائه عن الغير، حيث يعد العلامة الفارقة ما بين العقد الصوري والعقد الحقيقي، فالعقد الصوري والعقد الظاهر عقدان متناقضان متعاصران. ويعنى ذلك أن العقد الحقيقي هو الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف دون العقد الظاهر شريطة وجود التعاصر الذهني بين العقدين، ولا يشترط التعاصر المادي بل يكفي التعاصر الذهني بينهما. فينضح مما تقدم أن شرط التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر، وشرط صورية العقد الظاهر مرتبطان مع بعضهما البعض فلا يكفي وجود التعارض والتناقض بين العقدين، بل يشترط أن يكون العقد الظاهر صوري لم تتجه إرادة الأطراف إلى إنشائه إلا من أجل إخفاء حقيقة العقد المستتر، كذلك الأمر بالنسبة لشرط وجود التعاصر الذهني بينهما، فإذا لم يتوفر هذا الشرط، فإن الوصف القانوني للعقدين سوف يتغير.

- **اتحاد المتعاقدين في العقد:** تعتبر هذه الخاصية من أهم شروط ورقة الضد، وذلك لأن ورقة الضد أو العقد الحقيقي يلغى أو يعدل في العقد الظاهر كلياً أو جزئياً، والذي يملك حق التعديل أو الإلغاء في العقد هم المتعاقدون أنفسهم دون غيرهم، مما يعنى أن هذه الخاصية مرتبطة بالخاصية الأولى المتمثلة في التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر. ويفترض معظم الفقهاء أن العقد المستتر يصدر دائماً من المتعاقدين أنفسهم، ولكن نؤوه إلى أنه لا يشترط اتحاد المتعاقدين شخصياً، بل يكفي اتحادهما اتحاداً قانونياً، فقد يحل مكان المتعاقدين وكلاء عنهم في تحرير ورقة الضد أو العكس، كما يمكن أن يحرر ورثة المتعاقدين ورقة الضد، وقد سبق بيان أن ورقة الضد تكتب في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الظاهر، إلا أن هذا لا يمنع من أن تكتب ورقة الضد في وقت لاحق قد يطول أو يقصر، ولا يغير ذلك في اعتبارها ورقة ضد، مادام أن هناك تعاصراً ذهنياً (236). بناءً على ذلك؛ فإن التعاقد بطريق التسخير لا يعتبر ورقة ضد، حيث تنقصه خاصية اتحاد المتعاقدين في العقد الحقيقي والعقد الصوري (237).

(235) أحمد مرزوق: نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 134. - يعني الشرط الفاسخ في العقد: أن العقد يبقى منتجا آثاره بحق أطرافه ومستمر في ذلك، إلى أن يتحقق الشرط الذي يوقف آثار العقد. أما الشرط الواقف في العقد يعني: أن العقد لا ينفذ بحق أحد أطرافه، إلا إذا تحقق الشرط الذي يوقف نفاذ العقد. انظر: www.startimes2.com بتاريخ: 2009 / 2 / 17.

أشار إليه عرفات نواف فهمي، مرجع سابق، ص 48

(236) عرفات نواف فهمي، مرجع سابق، ص 50

(237) أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 153.

وقد بينا أن الصورية بطريق التسخير تكون نتيجة منع المشرع بعض الأفراد من التعاقد أو التملك بأسمائهم، فيلجأ الأفراد إلى طرق احتيالية يستطيعون من خلالها التغلب على المنع القانوني، بحيث يكلف الشخص الممنوع من الشراء شخصاً يثق به بإبرام عقد البيع مع البائع لحسابه.

يُتَّضَح مِمَّا سَبَقَ: أن الصورية بطريق التسخير ينتج عنها مركزان قانونيان، فيكون الوكيل المسخر بالنسبة للغير هو صاحب الحق، واليه يضاف أثر التصرف دائناً أو مدينياً، والثاني للموكل إذ يعتبر المسخر وكيلاً عمَّن وكله ويعنى ذلك أنه لا يوجد اتحاد بين المتعاقدين في العقد الظاهر والعقد المستتر، حيث أن العلاقة في العقد الظاهر تكون بين الوكيل المسخر والبائع، في حين أن العلاقة في العقد المستتر تكون بين الوكيل المسخر والموكل، إلا أن هذا لا يعنى عدم وجود صورية كون أن طبيعة الصورية بالتسخير تتطلب ذلك.

التعاصر الذهني بين ورقة الضد والعقد الصوري: 238

يجب أن يكون بين العقد الظاهر والعقد المستتر تعاصر ذهني، وإلا سوف نكون أمام عقدين مختلفين يلتزم بمضمونها كلا الطرفين. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية- قديماً- في حكمها الصادر بتاريخ: 15/12/1949 بأنه: "يكفى في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما" 239. يفهم من هذا الحكم أنه لا يشترط وجود المعاصرة المادية بين العقدين الظاهر والمستتر، بل يكفي المعاصرة الذهنية، وبناء عليه؛ فإنه إذا اتحد تاريخ العقدين فقد يكون ذلك دليل على وجود الصورية، ولكن في حال اختلاف التاريخ لا يعنى بالضرورة أن العقد الظاهر هو عقد جدي.

المطلب الثاني

شكل ورقة الضد

وضَّحت معظم التشريعات في العالم الأثر القانوني المترتب على ورقة الضد، إلا أن هذه التشريعات لم تشترط لها شكلاً معيناً، في حين أن المشرع المصري قيد حرية الأفراد بالنسبة للعقود التي تتطلب شكلاً معيناً لإبرامها، فلم يمنح الأفراد الحرية المطلقة في إبرام العقد المستتر كما يروونه مناسباً، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري: "أن إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع. ففي مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعاً، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف، فيما عدا شرط الشكل استثناءً" (240). بناءً على ذلك؛ فإن المشرع المصري فقد قيد حرية الأفراد بخصوص العقود التي تتطلب شكلاً معيناً، وهذا يعنى أن العقد لكي يحقق نتائجه يجب أن يستوفى الشكل الذي يتطلبه القانون. وبما أن ورقة الضد تمثل العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف تحت ستار العقد الظاهر فلا بد لها أن تكون ثابتة بالكتابة حتى يحتج بها في مواجهة من يتمسك بالعقد الظاهر، سواء أكان أحد المتعاقدين أو ورثته أو خلفائه (241).

وقد تكون ورقة الضد عرفية بينما يكون العقد الظاهر رسمياً، وقد تكون ورقة الضد رسمية والعقد الظاهر عرفياً، وكلاهما صحيحان، إلا أن هذه الشكلية ليس من شأنها أن تجعل ورقة الضد تسرى في

(238) من المقرر في قضاء محكمة النقض - إن ورقة الضد أو عقد الضد (في إثبات الصورية المطلقة بين المتعاقدين أو الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه إلى وارث آخر أو إلى الغير لغير علة الاحتيال على قواعد الإرث (هو العقد المستتر وهو عقد يكتب سراً بين المتعاقدين ليمحو أثر عقد ظاهر أو يعدل فيه أو بعبارة أخرى ليمحو أثر العقد الظاهر كلياً أو جزئياً، ويُكتب عادة في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الظاهر وليس هنالك ما يمنع من كتابته بعده بما مؤداه أنه إذا لم يكن هناك اتفاق مادي بين العقدين وجب أن يكون هناك اتفاق ذهني) الطعن رقم ٢٠١٧ لسنة ٧٣ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٣/٠٥/٢٦

(239) نقض رقم 30، ص103، نقلاً عن: أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص136.

(240) معوض عبد التواب،: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص1036.

(241) أنور العمروسي : الصورية وورقة الضد في القانون المدني، مرجع سابق، ص377.

مواجهة الغير، لأن ما يحيط بها من سرية وخفاء يبقى قائماً سواء أصدرت في شكل عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت أو غير ثابت التاريخ، كما أن العقد الصوري الذي تعامل الغير على أساسه لا يزال موجوداً، فلا يصح أن يحتج في مواجهة الغير بأمر كان يجهله (242). وبما أن العقد المستتر يخالف ما هو ثابت في العقد الظاهر فإنه يشترط به السرية، وفي حال تم إعلانه وشهره، تكون حكمة وآثار الاستتار قد عرفت وانتشرت، لذلك فإنه يكفي لقيام ورقة الضد أو إحداثها لآثارها القانونية أن تكون ثابتة بالكتابة، وورقة الضد غير المشهورة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ متى ثبت أنها في حقيقتها ليست تفاسخاً، بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ. أما عن الوقت الذي تحررت فيه ورقة الضد، فقد سبق أن بينا أن التعاصر الذهني بين العقدين من أهم شروط الصورية، وليست المعاصرة المادية، فقد تكتب ورقة الضد في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الصوري وهذا هو الغالب، ولكن لا يوجد ما يمنع من كتابتها في وقت لاحق. واتحاد التاريخ قد يكون دليلاً على وجود الصورية، ولكن اختلافهما ليس دليلاً على عدم وجودها (243).

المطلب الثالث

آثار ورقة الضد

تنص المادة 1201 من القانون المدني الفرنسي المعدل أنه (إذا أبرم الأطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً فإن هذا الأخير والذي يسمى أيضاً بورقة الضد يرتب أثره بين أطرافه ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي يحق مع ذلك التمسك به) (244) كمانصت المادة (244) من القانون المدني المصري على ما يلي: "1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم. 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين." (245) وقد بينا أثر ورقة الضد بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وقلنا أن للغير وللخلف الخاص الحق في التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة بعضهم البعض، شريطة أن يكونوا حسني النية وحفاظاً على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يحرم الغير والخلف الخاص من التمسك بورقة الضد، شريطة أن يثبتوا وجودها بكافة

(242) عرفات نواف فهمي، مرجع سابق، ص52

243 () وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ: 1 / 12 / 1949 المذكور آنفاً ذلك بالقول: "ليس باللائم الضروري لورقة الضد أن يتم تحريرها في نفس الزمان والمكان الذي يتحرر فيه التعاقد الظاهر بل العبرة بما عقد عليه المتعاقدان النية وبما قصدها منها حال تحريره" حيث يؤكد لنا هذا الحكم أن شرط المعاصرة الذهنية هو الواجب توافره، وليست المعاصرة المادية، وأن الاختلاف في التاريخ لا يعنى بالضرورة عدم وجود الصورية، كما أن القضاء اعتمد في هذا الحكم على نية المتعاقدين، فهي التي تبين ما إذا كان يوجد تعاصر ذهني بين العقد الظاهر والعقد الصوري أم لا.

(244) بعد غياب وجمود طويلين عمد المشرع الفرنسي إلى تعديل مقتضيات القانونية للقانون المدني الفرنسي. هذا الأخير الذي يعتبر على رأس القوانين في المجال الخاص «Droit privé» كما أن أهميته تبرز من خلال كونه أوسع من القوانين العربية لأنه يتناول مواد الأحوال الشخصية والميراث فضلاً عن العقود والإلتزامات والإثبات وغيرها من المواضيع. والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أكتوبر 2016 بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016. و استهدفت التعديلات حوالي 350 مادة و ذلك في سبيل تكريس الأمن القانوني و تطويره و كذا تبسيط القانون و إجراءاته في مجال العدالة والمعاملات الداخلية وكذلك القانون رقم 287 لسنة 2018.

A'rticle 1201 de code civil réformé dispose que:"Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir".

طرق الإثبات إلا أنه إذا تعارضت مصالح الأطراف مع بعضهم البعض فالعقد النافذ هو العقد الصوري (الظاهر) ولا وجود للعقد المستتر. (246)
 - **للغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك :**

على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر (247). وقد قضت المادة 244 ، بأن الغير -دائني المتعاقدين والخلف الخاص - له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية . وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورية ، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فإن العقد المستتر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسرى كما سبق القول . فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته . وهو إذا تمسك بالعقد المستتر ، فلأنه العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، فيأخذهما بما أرادا . وإذا تمسك بالعقد الظاهر ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً اندخ به وإطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدوا من غشهما في علاقتهما بالغير . فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغير بالعقد الظاهر وتمسك " غير " آخر بالعقد المستتر ، فإن التمسك بالعقد الظاهر -أي بالاستثناء - هو الذي ترجح كفته . فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا تحققت له مصلحة في ذلك ومن ثم يكون لدائن المشتري في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة إليه داخلة في ملك المشتري بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشتري قبل صدور البيع الصوري كما سبق القول .

ولا يستأثر دائن المشتري بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر دائني المشتري ، لنفس الأسباب التي قدمناها في دائن البائع ، كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتين من المشتري ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتري ثانی ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك . ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهي إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدي وإطمأن إليه وبنى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر ل حمايته ، وكان العقد الذي يسرى في حقه هو العقد الحقيقي ، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين .

فلا بد إذن أن يكون الغير جاهلاً بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به . ويكفي أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فإذا كان دائناً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشتري قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري ، فيجب وقت انتقال الحق العيني إليه أن يكون معتقداً جدياً التصرف الصوري . وسبق القول أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً ، سابقاً على التصرف الصوري ، ففي هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار . والمفروض أن الغير

(246) عرفات نواف فهمي ، مرجع سابق، ص53

(247) . عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص265

حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه (248) . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما فى ذلك البيينة والقرائن (249) .
-التعارض بين من يتمسك بالعقد الظاهر ومن يتمسك بالعقد المستتر :

ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فإنه يقع كثيرا أن يقوم تنازع فيما بين الخيار لتعارض المصلحة . ويكفى أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقاً عينياً من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص فى هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر .

وقد حسم التقنين المدنى المصرى هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة 244 ، كما رأينا ، على أنه " إذا تعرضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " . وبذلك أيد المشرع المصرى رأى ذهب إليه الغالبية ، لاعتبارات تعلق باستقرار التعامل . ويترتب على ذلك أن دائن المشتري فى البيع الصوري يفصل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكا بالعقد الظاهر إذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر

ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً نم المشتري الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتري آخر وسجل هذا المشتري عقده ، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتري ثان ، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولاً ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد . وإنما نحن بصدد تنازع ما بين الأعيان بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فتأخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشتري من المشتري على المشتري من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية فى التسجيل (250) . على أن المشتري من المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وإن كان يفضل على المشتري من البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل.

الخاتمة

(248) إسماعيل غانم - أحكام الالتزام - مرجع سابق - فقرة 130 ص 178 وهامش رقم 3 .
(249) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به . ولذلك يصعب تحقق الصورية فى العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . على أن هذه القرينة ، فى رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (أنظر من هذا الرأى ديموج 1 فقرة 161 ص 264 - وقارن بيدان ولاجارد 9 فقرة 981 ص 72 أشار اليه السنهوري مرجع سابق ص 1104 - إسماعيل غانم- أحكام الالتزام- مرجع سابق- فقرة 130 ص 178 وهامش رقم 4 : ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل ، هذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل
(250) بلانيول ورببير واسمان 6 فقرة 339 ص 436 - ص 437 - بيدان ولاجارد) الفقرة 982 - قارن بلانيول ورببير وردوان 7 فقرة 975 ص 309 - ص 310 .

في النهاية يتّضح لنا من خلال هذه الدراسة ، أن الصورية تتدخل في كثير من التصرفات والعقود التي يبرمها الأفراد يومياً، حيث تعمل على إخفاء التصرف الحقيقي تحت ستار مظهر كاذب وهي على هذا النحو تفترض تصرفاً ظاهراً، واتفاقاً مستتراً، ويكون من شأن الاتفاق المستتر إمّا محو كل أثر للتصرف الظاهر وهنا تُسمّى " الصورية مطلقة "، وإمّا تعديل بعض أحكامه وتسمى الصورية نسبية، والهدف من ذلك قد يكون مشروعاً، وقد يكون غير مشروع، وذلك حسب الباعث على الصورية.

وبناءً على ذلك؛ فإنه لا بد من توافر عدّة شروط في آن واحد، من أجل تحقق الصورية وهي: وجود عقدين ووجود متعاقدين ووجود المعاصرة الذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، كذلك اختلاف العقدين من حيث الطبيعة والشروط والأركان، وفي حال تخلف أحد الشروط السابقة، فإننا نكون بصدد اتفاق جديد سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق.

كما نخلص إلى أن الصورية تختلف بعض المصطلحات المشابهة، كالتزوير، وعيوب الرضا، والاتفاق الإضافي، والتعاقد من الباطن، والخطأ في تكييف العقد، في أن كلاً منها تُظهر الشيء على خلاف حقيقته، بحيث يكون ظاهر الشيء مختلفاً عن واقعته، إلا أنها تختلف معها في نواحي عدّة قد سبق بيانها وفي الفصل الأول تناولنا مقومات الصورية من حيث بيان مفهومها واستعراض أنواعها وشروطها ونطاقها وبواعثها. ثم خصصنا الفصل الثاني لمناقشة آثار الصورية سواء بين أطرافها وخلفهم العام حيث يسري مبدأ حيادية الصورية ومشروعيتها والاعتداد بالعقد الحقيقي وذكرنا ما يرد عليه من استثناءات، أو بالنسبة للغير حيث ناقشنا مفهوم الغير والأساس القانوني لحمايته في الصورية والخيارات التي منحها المشرع المدني له وتقديم الغير الذي يتمسك بالعقد الظاهر على الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر حيث يلجأ كثير من الأفراد إلى الصورية في التعاقد، من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحسب ستار أو شعار مظهر كاذب، ممّا يجعلنا نكون بصدد تصرّفين قانونيين، لكل منهما آثاره القانونية المستقلة التي تترتب على أطراف العقد أو على الغير، وبناءً عليه، فإننا نعرض النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- 1- على الرغم من معرفة الفقه الإسلامي للصورية، إلا أنه لم يضع لها قاعدة عامة أو تعريفاً جامعاً تدخل تحته جميع حالات الصورية، بل أن الفقه الإسلامي عالج كل حالة على حدة حسب الظروف والوقائع التي حصلت وقت التصرف.
- 2- يجب أن تجتمع شروط الصورية مع بعضها البعض في آن واحد، وإلا نكون بصدد وصف قانوني آخر. وشروط الصورية هي: وجود شخصين على الأقل، ووجود عقدين، والمعاصرة الذهنية بين العقدين، واختلاف العقدين من حيث الطبيعة والشروط والأركان. فإذا تخلف أحد هذه الشروط، كنا بصدد تصرف آخر غير الصورية، فإذا تخلف شرط التعاصر الذهني على سبيل المثال فإننا سنكون بصدد عقد لاحق يعدل في شروط وأركان عقد سابق.
- 3- يتجه الفقه الحديث نحو الاعتماد على المعيار الموضوعي في تحديد أنواع الصورية، سواء أكانت صورية مطلقة أو نسبية، وذلك لأن المعيار الموضوعي يتعامل مع وقائع مادية يسهل إثباتها. والمعيار الموضوعي هو الذي ينظر فيه إلى محل الالتزام لا إلى أشخاصه.
- 4- إن الباعث من وراء الصورية هو الذي يحدد مشروعيتها أو عدم مشروعيتها، فإذا كان الباعث من وراء الصورية التحايل على القانون، فإن الصورية تكون غير مشروعة ويترتب عليها البطلان، أمّا إذا كان الباعث إليها جلب منفعة لأطرافها دون الإضرار بالغير، فإن الصورية تكون مشروعة ولا يترتب عليها البطلان.
- 5- لقد جمعت معظم التشريعات بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ استقرار المعاملات في وضع أحكام الصورية، فاعتمدت على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الآثار القانونية التي تترتب على الصورية بين

المتعاقدين وخلفهما العام، واعتمدت على مبدأ استقرار المعاملات في بيان الآثار القانونية التي تترتب على الصورية بالنسبة للغير. ومفهوم الغير لا يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهما العام فقط، إنما ينصرف إلى كل من له مصلحة في التمسك بالصورية.

6- تشترط معظم القوانين شكلية مُعيّنة في بعض العقود لتصبح ملزمة لأطرافها وقابلة للتنفيذ، فإذا تطلب أحد العقدين شكلية مُعيّنة ، فإن معظم القوانين تشترط الشكلية في العقد الظاهر فقط دون العقد الحقيقي.

7- لم يعالج المشرع المصري مسألة تقادم الدعوى الصورية، بل ترك الأمر مفتوحاً لاجتهادات الفقه والقضاء. فمن الفقهاء: من ذهب إلى انقضاء الدعوى الصورية بالتقادم، وذلك من أجل استقرار المعاملات، ومنهم: من ذهب إلى أن الصورية لا تنقضي بالتقادم، لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها.

8- يقع عبء الإثبات في الدعوى الصورية على من يدعيها، إلا أن طرق إثبات الصورية تختلف إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد ضد الطرف الآخر، أو من الغير ضد طرفي التصرف الصوري أو الغير. فإذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل أحد أطراف العقد، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات، لعدم وجود نص يبين كيفية إثبات صورية العقد الظاهر من قبل أحد المتعاقدين، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الغير، فإن المشرع قد جعل لهم الحق في إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات، لأنه من غير المستساغ تطلب الإثبات بالكتابة من أشخاص ليسوا أطرافاً فيه

التوصيات:

نورد فيما يلي بعض الاقتراحات والتوصيات التي نتمنى من مشرّعنا مراعاتها عند قيامه بتعديل القانون المدني وبعض القوانين الأخرى في المكملة وهذه التوصيات والاقتراحات تهدف إلى قمع الصورية والحد من لجوء الأشخاص إليها .

1- إيجاد نظرية عامة للصورية تأخذ بعين الاعتبار أهمية الصورية في عصرنا والأغراض غير المشروعة التي يلجأ الأشخاص لتحقيقها عن طريقها وتبين ماهية الصورية بشكل دقيق وتحدد نطاقها وتستعرض شروطها وآثارها بدقة وتبين المقصود بمفهوم الغير تلافياً للاجتهادات والتفسيرات المختلفة وعدم الاكتفاء بما ورد من نصوص

2- النص على اعتبار الصورية بذاتها سبباً من أسباب البطلان ما لم يثبت أطرافها أن باعثهم عليها مشروع أي إيجاد قرينة بسيطة علي أن الصورية قد استخدمت لغرض غير مشروع فيقرر بطلانها ما لم يثبت احد أطرافها أن غرضها مشروع .

3- في محاولة لقمع الاتفاقات الصورية نتمنى على المشرع - وفي حالة عدم نصه على اعتبار الصورية بذاتها سبباً من أسباب البطلان- أن ينص على أن العبرة في الصورية هي للعقد الظاهر سواء بين أطرافها أو بالنسبة للغير وانه لا عبرة للعقد المستتر وعندها لن يلجأ الأفراد إليها خوفاً على مصالحهم مهما كان مقدار الثقة بينهم .

4- تعديل المواد المتعلقة بانعقاد العقد في بيع العقارات بحيث لا ينعقد العقد بين المتعاقدين وفي حق الغير في الأموال غير المنقولة إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به

قائمة المراجع**أولاً- المرجع العامة:**

- احمد حشمت أبو سنتيت- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري- بدون دار أو سنة نشر
- أنور سلطان – عقدي البيع والمقايضة – بدون دار أو سنة نشر –
: أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)-دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980
- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات -الكتاب الأول- المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 1999
-جلال على العدوى- أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)-الدار الجامعية، الإسكندرية- بدون دار نشر
- جميل الشرقاوي – مبادئ القانون – دار النهضة العربية
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني –2- في الالتزامات المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، أيريني للطباعة، القاهرة سنة 1987.
- سمير تتاغو، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع
- عاطف النقيب – النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر- منشورات العويدات(بيروت- باريس)1984
- عبد الحميد عثمان- المفيد في مصادر الالتزام- الجزء السابع- بدون دار أو سنة نشر
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام، المجلد الأول ، العقد. المجلد الثاني ، العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون الطبعة الثالثة 1981.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام (نظرية الالتزام بوجه عام)، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 1998
- عبد الرزاق احمد السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية طبعة 2003
عبد الرزاق أحمد السنهوري،: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام- الإثبات – آثار الالتزام)، ج2، ط3 جديدة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 .
- عبد التواب، معوض: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984
- عبد المنعم البدر اوى ، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1989
-عبد المنعم البدر اوى . النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الثاني أحكام الالتزام – بدون دار أو سنة نشر
- عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1992
عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام، (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1979
- عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، بدون دار نشر، 1980 .
- محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للالتزامات"مصادر الالتزام"، ، الكتاب الثاني ، مكتبة الجلاء بدون سنة نشر

- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ((مصادر الالتزام))، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006
- محمد حسين منصور - المدخل إلى القانون - الدار الجامعية الجديد - الإسكندرية طبعة 2000
- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999،
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري- مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالثة، سنة 1978
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، بدون دار نشر، طبعة 1978.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، بدون دار نشر، 1980.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003
- ثانياً- المراجع المتخصصة :**
- احمد مرزوق- نظرية الصورية في التشريع المصري - مطبعة نهضة مصر- طبعة 1975
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1 الطبعة الخامسة، النهضة العربية 1969م
- السيد عبد الوهاب عرفه - الدفع بالصورية في ضوء أحكام النقض- دار أبو المجد للنشر والتوزيع - بدون سنة طبع
- أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني- دار محمود- طبعة 2004م
- جميل الشرقاوي- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري - ١٩٩٣
- جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاوله)، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997
- خليل مجدي حسن ، الصورية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٩٢
- جوني عيسى الياس- الصورية - مقوماتها وأثارها - رسالة ماجستير في القانون الخاص -كلية الدراسات القانونية والفقهية - جامعة آل البيت - 1998
- رأفت محمد احمد حماد-مشروعية الصورية في القانون المدني المصري " دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي "- بدون دار أو سنة نشر
- سعيد احمد شعله - قضاء النقض في الصورية والشفعة - منشأة المعارف الإسكندرية - بدون سنة نشر
- عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط5 ، دار الفكر والقانون 1999
- عبد الحميد الشواربي، موسوعة شرح القانون المدني- شرح نصوص المواد (244، 245)، طبعة 2010
- عبد الحميد الشواربي- عز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء - دار المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع
- عبد الحميد الشواربي - الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية - منشأة المعارف الإسكندرية 2005
- عرفات نواف فهمي - الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة "- رسالة ماجستير في القانون الخاص- كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح بفلسطين -سنة 2010- منشور على رابط <http://scholar.najah.edu.11/03/>
- عدنان عبد الهادي حسن حسان- أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي- رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 5002 منشور على الرابط . <http://iefpedia.com.24/07/2009>

- محمد ادم هارون، آدم: التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الاسلامي، مجلة التنوير، العدد الرابع، نقلاً عن: <http://tanweer.sd> بتاريخ 15/ 9/ 2010.
- محمد عزمى البكرى – الصورية في ضوء الفقه والقضاء – دار محمود للنشر – طبعة 2017
- محمد مسعود، الصورية وإشكالات التعامل معها، دار النهضة العربية، 2010
- محمود عبد الرحيم الديب : الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامى والقانون الوضعي) ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004
- ثالثاً- المراجع باللغة الفرنسية:
- A. Bénabent and L. Aynes, ‘Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu general’, RecueilDalloz(2016)
- Beudant et Lerebourg - Pigeonniere : cours de droit civil francais, T.g par Rodiere. Posté sur le site Juris-Classeur
- D. Mazeaud, ‘La réforme du droit français des contrats’, Revue JuridiqueThemis (2010)
- E.M. Meijers, ‘La réforme du Code Civil Néerlandais’, in E.M. Meijers, VerzameldePrivaatrechtelijkeOpstellendeel 1 (UniversitairePers Leiden, 1954)
- F. Terré, Pour unereforme du droit des contrats (Dalloz, 2009)
- Françoise Cocral, La responsabilité civile et contrat d’assurance, Posté sur le site Juris-Classeur 1990
- Geneviève Viney, La responsabilité: effets, L.G.D.J., 1988
- G.viney; traite de droit civil, les obligations, les conditions, responsabilité L.G.D. f. 1982
- Guy Courtieu., Sabine Bertolaso. Contrat d’assurance, Règles communes, Fonctionnement du contrat Responsabilité civile et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur
- J.M. Smits, Contract Law: AComparative Introduction (Cheltenham, 2014)
- Laurent Bloch, Règles particulières a l’assurance de respnsabilité, juris Classeur Responsabilité civil et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur
- Laurent Bloch, Assurances de dommages., Règles particulières a l’assurance de responsabilité., Le particularisme de l’assurance de responsabilité civil, juris Classeur Responsabilité civile et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur
- M. picard et A. besson, Les assurances terrestres, tome premier, Le contrat d’assurance, cinaième edition par andré BESSON, L.G.D.J., 1982

- M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestre, tome premier, Le contrat d'assurances, Cinquième édition par André Besson, LGDJ, -1982
 - Mazeaud : Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle. T.I, 6ed. 1965 par B.L.Mazeaud et A.
 - Maud Asselain, Assurance de dommagr, Régles generals. – Objet du contrat: risqué et valeurs garantis, uris Classeur Responsabilité civile et Assurances- Posté sur le site Juris-Classeur
 - Nadeau A.R. : Tralte de la responsabililte civile delictuelle, Montreal, wilson et lafeur, Posté sur le site Juris-Classeur 1971

 - P. Catala, Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (La Documentation française, 2006)

 - Philippe Le Tourneau, la responsabilité civile, Dalloz, 1982
 - Planiol et Ripert: Traite pratique de droit civil fran)'ais, T. vi , 2 ed. par Esmein. Posté sur le site Juris-Classeur
 - R. Savatier : Traité de la responsabilité civile, T.2. 2 ed, 1951
 - R.Savatier et L. Mazeaud: responsabilité, observations, A.T. D.C. 1955
 - Rodiere: note sous 27 mai 1952, précité; Blin: note sous 12 juillet 1954- Posté sur le site Juris-Classeur
 - Sabin Bertolaso, Contrat d'assurance, Le risqué objet du contrat, juris classeur Responsabilité civil et Assurances -Posté sur le site Juris-Classeur
 - Starlk B. : Droit civil, obligation, 2ed. T.I, par H. Roland et L. Boyer, Litec 1985.
 - Tourneau. La responsabilité' civile, 3 ed., Dalloz1982
 - Tourneau Ph. : La responsabilite civile, Dalloz 1972, 1982.
 - Viney G. : Traite/ de droit civile, les abligations, la responsabilite, conditions. L.G.D.J. 1982.
 - Werro F., La responsabilité civile, Berne 2005
 - Werro F., Chappuis B., Responsabilité civile- Le moment du dommage- Zürich/Bâle/Genève 2007
 - Yvonne Lambert-Favire, Droit des assurances, Dalloz, 1998
- رابعًا- مواقع الانترنت:
- <http://law.kuniv.edu.kw/mashael> - .2009/2/8
- www.startimes2.com - 2009/2/17
- www.f-law.net/law/showthread.php - .2009/3/15
- www.shaimaatalla.com - .2009/4/29
- <http://tanweer.sd> - 2010/9/15

<http://www.dralsherif.net> -2010/9/15

<http://ecfatawa.al-islam.com> - /2010/9 / 15

[/http://muqtafi.birzeit.edu](http://muqtafi.birzeit.edu) -2010/8/15

<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1023263X1602300607?journalCode=maaa>

www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html.

www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/traduction-de-lordonnance-du-10-fevrier-2016-en-langue-anglaise-28998.html

<http://reformeobligations.dalloz.fr>.

www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/consultation-publiquesur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28940.html

www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reforme-du-droitdes-obligations