دعوى الصورية وأحكامها

م.م. صهيب عامر سالم
كلية الحدباء الجامعة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على الرسول محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، اللهم انفعنا بما علمتنا وعلمنا بما نفعتنا وارزقنا علماً نافعاً يوم نلقاك وبعد.

فالصورية أو ما تسمى بورقة الضد هي تصرف غير واقعي كلاً أو في بعض من أجزائه تخفي تصرفاً حقيقياً ليس في مصلحة كلا طرفيه أو أحدهما إعلانه، ويجري ثبوت الصورية بورقة منفية له وإنها تغطي تصرفاً آخر حقيقياً مضاداً له، ولهذا سميت بورقة الضد وهي تخالف الإرادة الحقيقة للمتعاقدين. ولكن إن كانت الصورية كذلك فهي في بداية ظهورها في القانون الروماني لم تكن وسيلة للتحايل لا على الغير وإنما على القانون نفسه رغبة في كسر جموده ولأن القانون في ذلك الحين لم تتسع أحكامه لتنظيم معاملات الأفراد التي أخذت بالتزايد.

لكن المظهر الآخر للصورية في عصرنا أخذت جانب الخداع والإيهام بأن التصرف الصوري هو تصرف حقيقي وأنه حقيقة ما ذهبت إليه أرادة طرفي المعاملة الصورية، ولكن لا يمنع القول من أن تتخذ الصورية طريقة للتحايل على القانون مادام أن القانون يضع قيوداً أو شكلية منعاً لبعض التصرفات الإرادية. أو ربما تتخذ الصورية للأمرين معاً طريقة للتحايل على الغير والقانون كلاهما. وهو ما سنعرض شرحه في مؤلفنا هذا.

١. منهجية الدراسة: وفي سبيل ذلك اعتمدت الدراسة على منهجي التحليل والمقارنة.

أ. المنهج التحليلي: فمن خلال تحليل النصوص التشريعية التي تناولت الصورية يظهر لنا من تحليلها شروط دعوى الصورية وأحكامها.

ب. المنهج المقارن: إذ اعتمدت الدراسة على المقارنة بين أحكام القانون العراقي والمصري، فضلاً عن عرض لآراء الفقه القانوني في مسائل الخلاف.

٢. أهداف الدراسة: وقد أردت من هذا البحث أن أبسط المفهوم الفقهي للصورية وأحكامها القانونية وأن أعرض موجزاً عن آراء الفقه القانوني وأعزز شروح البحث بما استجد من أحكام القضاء.

المبحث الأول
التعريف بالصورية

بادئ بذي بدء لابد لنا من التعريف بالصورية من بيان معناها وتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع وشروط انطباقها على الوضع كي يتسم بالصورية ثم لنوعيها وكل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول
معنى الصورية

عندما يريد المتعاقدان أن يضمرا أمراً لغاية في نفسيهما تظهر الصورية ومن هنا كان هنالك عقدان الأول العقد الصوري أو هو العقد الظاهر للعيان والمخالف لحقيقة الواقع والثاني هو العقد المخفي أو المستتر وهو العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة طرفي العقد ويسمى بعقد الضد[١]، وما يحرر لإثباته يسمى بورقة الضد كما تعرفها محكمة النقض المصرية بأن (ورقة الضد هي التي تحرر في الخفاء وفيها تتمثل إرادة المتعاقدين وبها ينفيان كل أثر ناتج من العقد الصوري ومن شأنها أن تثبت عكس ما هو مقرر في العقد الظاهر ونقيضه وأن تنشأ معه في آن واحد).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٠٧٣؛ حسين المؤمن، الصورية – المواضعة – وكيفية إثباتها، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة، ١٩٥٠، ص٣٢–٣٣.

وعلى ذلك ، فالصورية هي مخالفة للحقيقة وتكون لدى رغبة الأطراف المتعاقدة ستر حقيقة اتفقا عليها وعندئذ نكون بصدد عقدين الأول العقد الحقيقي وهو ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة وإلى ترتيب وإحداث الآثار القانونية وقبولها وينعقد بينهما سراً ولكون العقد السري حقيقي فهو يلغي كل أو بعض من العقد الظاهر الصوري ولكونه يظهر أمام الغير عن المتعاقدين ولا يدل على إرادتهما الحقيقية سوى الصورية غير الحقيقية ويسمى ما يفرغ هذه الإرادة في عقد ما بالعقد الصوري[١]، وهو مدار هذا البحث.

المطلب الثاني
تمييز الصورية عما يشتبه بها

أهم ما ينبغي تمييز الصورية هو بتفريقها عن الغش والتدليس وعن التعاقد بطريق التسخير، وكما يلي في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تمييز الصورية عن الغش والتدليس

تنطوي الصورية على اتفاق بين المتعاقدين يخفيان أمراً بينهما سراً دون أن يغش بعضهما بعضا إنما يريدان أن يدلسا الغير بهذا الاتفاق وقد لا يتضمن الاتفاق الصوري إيقاع الغش بالغير بل قد يكونا طرفي العقد الصوري

(١) المستشار أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد الإسكندرية، دون ذكر مطبعة أو سنة طبع، ص٥؛ حسين المؤمن، المصدر السابق، ص٣٣.

حسني النية، أما الغش والتدليس فيستند على عمل يقوم به أحد المتعاقدين للإيقاع بالمتعاقد الآخر(١).

ومن ذلك أن يتفق الدائن مع المدين بمبلغ قرض على ستره بعقد وديعة وأن يحرر له وصلاً بهذه الوديعة يقر فيه بأمانة المبلغ المستلم منه ليمثل تهديداً للدائن بتحريك شكوى جزائية عن خيانة الأمانة إذا ما اخل بالتزامه برد القرض لقاء طلب الدائن له أو بحلول أجل الدين(٢).

وهنا نلاحظ اقتراب العقد الظاهر بالتدليس لتكون الصورية في هذا الفرض إحدى صوره.

الفرع الثاني: تمييز الصورية بالتسخير عن التعاقد بطريق التسخير

في الصورية بطريق التسخير يكون المسخر فيه ويدعى بالاسم المستعار وذلك بأن يتعاقد شخص مع مسخر يتواطأ معه لمصلحة شخص ثالث ويكون الأخير عالما بالتسخير.

أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر يبرم العقد مع شخص عادة لا يكون عالماً بهذا التسخير، والمسخر هنا يبرم ثلاثة عقود تكون جميعها جدية الأول عقد الوكالة بين المسخر وهو الوكيل وبين الموكل الذي سيكون التصرف لمصلحته فيما بعد والآخر العقد المبرم ما بين المسخر الوكيل وبين الشخص الثالث وينعقد هذا العقد لحساب الموكل ولكن باسم الوكيل المسخر

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٧٥-١٠٧٦.
(٢) ينظر: نص المادة (٤٥٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

مـع انصـراف أثره إليـه ابتداء والعقد الثالث الذي يعقد بين المستفيد والموكل المسـخر لـه يلتـزم فيـه الأخيـر بنقـل أثـار التصـرف الـذي عقـد مـع الغيـر لحسابه[١].

فالفرق بين الحالتين واضح وجلي ففي التعاقد الصوري بطريق التسخير يكـون العقـد صـورياً بينمـا فـي التعاقـد بطريـق التسـخير تكـون التصـرفات فيـه جدية، علـى أن ذلك لا يمنـع من الناحيـة العمليـة أن تقع الصـورية فـي التعاقد بطريـق التسـخير متـى تعـذر علـى المتعاقـد المسـخر (بفـتح الخـاء) نقـل اثـر التصرف إلـى المستفيد الذي تقرر من اجلـه إنشـاء الصـورية بطريق التسـخير، مثال ذلك المحامي الذي يشتري مـالاً متنازعاً عليه فـي قضـية ترافـع عنهـا[٢]، وهنا لا يمنع من أن يكون هنالك عقد بين المحامي والمسخر على قيام الأخير بـإدارة هـذا المـال وهنـا قـد اجتمعـت الصـورية والتعاقـد لإدارة المـال بطريقتـي التسخير.

(١) د. عبـدالرزاق السـنهوري، مصـدر سـابق، ص ١٠٧٦؛ د. عبدالمجيـد الحكـيم، د. عبدالمجيد الحكيم وأ. عبـدالباقي البكـري، وأ. محمـد طـه البشـير، الـوجيز فـي نظريـة الالتزام فـي القـانون المـدني العراقـي، ج٢، مصـادر الالتـزام، طبـع وزارة التعليم العـالي والبحث العلمي، الموصل، ١٩٨٠، ص ١٢٢–١٢٣.

(٢) إذ تنص المادة (٥٩٥) بأنـه (لا يجوز للحكام ولا للقضـاة ولا للمدعين العامين ونوابهم وللمحـامين ولا لكتبـة المحكمـة ومسـاعديهم أن يشـتروا بإسـمهم ولا بإسـم مسـتعار الحـق المتنـازع فيـه كلـه أو بعضـه إذا كـان النظـر فـي النـزاع يـدخل فـي اختصـاص المحكمـة التي يباشرون عملهم في دائرتها). وكذلك ما نصت عليه المادة (٥٩٦) بأنـه (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مـع موكليهم فـي الحقوق المتنـازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة).

المطلب الثالث
شروط تحقق الصورية

تتحقق الصورية بتوافر شروطا أربعة وهي كالآتي:

١. وجود وضع قانوني ظاهري غير حقيقي الذي قد يكون عقداً أو تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد أو حكماً فإن كان عقداً لزم أن يكون مستكملاً لأركانه.
٢. أن يكون هنالك عقداً مستتراً تتجه فيه إرادة الطرفين إلى آثاره والى إخفائه بوضع ظاهر[١] وهذا الشرط خاص بالصورية النسبية للعقود، فإن كانت الصورية مطلقة لا تحوي أي عقد مستتر بينهم أو كانت الصورية واردة على تصرف من جانب واحد فيكفي إرادة متخذه الحقيقة.
٣. المغايرة بين الوضع الظاهر والوضع الحقيقي المستتر سواء كانت هذه المغايرة كلية بين الوضع الصوري للحقيقي أو في بعض جزئياتها وجوانبها.
٤. تحقق المعاصرة الذهنية بين أطراف الوضع الصوري والوضع المستتر بغض النظر عن تواريخ انعقاد التصرفين المتناقضين[٢]. أي اتجاه إرادة الأطراف نحو الموقف الحقيقي أصلاً ابتداء وانتهاء ثم اتجاههم نحو إخفائه بتصرف صوري يلائم التصرف الحقيقي ويلائم المراكز القانونية لأطرافه.

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٧٧؛ د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٢) د. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج٢ – أحكام الالتزام، تقديم د . محمد سعيد الرحو، دار وائل، عمان، ط٢، ٢٠٠٤، ص١٢٥؛ أ. عبدالباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣، مطبعة بغداد، ١٩٧١م–١٣٩١هـ، ص٣٢٩.

المطلب الرابع

أنواع الصورية

الفرع الأول: الصورية المطلقة[١]

وهي تتعلق بوجود العقد بذاته ولا وجود لأي تصرف مستتر يمحو كل أثر للوضع الظاهر سوى ورقة أو اتفاق يؤكد على أن العقد الظاهر هو عقد صوري لا حقيقة له وتؤخذ هذه الورقة ضماناً للمتصرف من المتصرف له وتنص على أن لا قيمة لهذا التصرف الصوري فإن كان بيعاً فلا حقيقة له وإن المال لا يزال في ملكية المتصرف ولم تنتقل إلى المتصرف له وإن كان التصرف الظاهر إيجاراً لم يكن للمتصرف له الانتفاع بالمأجور ولا صحة لإلزام المتصرف إليه بأية أجرة.

ومن الممكن أن يخفي الوضع الظاهر تصرفاً مستتراً هو في حقيقته عقد باطلاً من جميع الوجوه ولا يرد عليه التصحيح لا بالانتقاص ولا بالتحول كإخفاء دين القمار بصورية عقد قرض أو بتحرير ورقة تجارية عنه أو أن يعمد الشخص قبل وفاته إلى توزيع تركته حال حياته على ورثته في صورة بيع ، ويتجه الفقه نحو ترتيب اثرين على الصورية المطلقة وهما:

الأول: إنها تقع دائماً في محاولة من المدين للغش والاحتيال على الدائنين

---

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٧٤؛ د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص١٢٤؛ د.أيمن أبو العيال، الصورية ودعوى الطعن بها، بحث منشور، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٠، العدد الأول، ٢٠٠٤، ص ٤٩؛ أ. عبدالباقي البكري، المصدر السابق، ص٣٢٥.

وهي في هذه تقترب من دائرة دعوى عدم نفاذ التصرف من حيث الغرض.

الثاني: وتتعلق بوجود العقد فالعقد الصوري عقد منعدم بين أطرافه لكنه عقد قائم بالنسبة للغير ويجوز لهذا الغير أن يتعامل مع أي طرف من أطراف العقد الصوري على أساس أنه عقد حقيقي بل لو تمسك البعض بالعقد الصوري المنعدم وتمسك آخرون بأن لا عقد أصلاً بين المتعاقدين كانت الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر[١]، كما سيأتي تفصيل ذلك في أحكام الصورية.

الفرع الثاني: الصورية النسبية

وهي الصورية التي تضمر حقيقة التصرف بين أطرافه دون أن تصل إلى حد إنكار وجودها كما في الصورية المطلقة، وهي على ثلاث صور:

أولاً: الصورية بطريق التستر

وتتناول نوع العقد أي بإظهار عقد وإخفاء عقد من نوع معين كبيع في صورة هبة وتسمى بالهبة المستترة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة[٢] ، وربما يندرج تحت هذه الصورة عقداً قابلاً بطريق الانتقاص أو التحول كالذي يستر وصية تتجاوز ثلث التركة لعقد بيع ساتر لها أو الذي يقترض بفائدة فاحشة فيتفق طرفي عقد القرض على ستر عقدهما بعقد بيع مثلاً، أو الذي يقر في إقرار كتابي بانشغال ذمته بمبلغ يزيد على ثلث التركة ثم يستر إقراره

(١) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص١٣٩.
(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٢٥.

هذا بهبة معقودة لمصلحة الدائن في الإقرار الكتابي. فلا تنقلب هذه التصرفات المستترة إلى صورية مطلقة طالما أن غرض المدعي من دعوى الصورية طلب انتقاص هذا التصرف إلى حد الثلث إذا كان البيع الصوري يجاوز هذا الثلث، وكذلك انتقاص الفائدة إلى الحد المسموح به أو لطلب التحول للإقرار بالدين إذا كان يزيد عن الثلث إلى وصية طالما صدر عن المقر وهو في مرض موته.

ثانياً: الصورية بطريق الضد

وهي التي تتناول ركنا من أركان العقد أو وصفا من أوصافه أو شرطا من شروط نفاذه أو لزومه ، وهذا النوع تندرج تحته عدة صور وكما يأتي:

١. صورية المحل: وهي تتناول تغيير وصفا من أوصافه دون أن تنال ذاته كما في الصورية بطريق التسخير كأن يذكر في عقد البيع ثمنا اقل من الثمن الحقيقي والذي احتفظ المشتري بورقة عقد مستقل إما للتهرب من الرسم الحقيقي والضرائب أو لحرمان الشفيع من طلب الشفعة[١].
٢. صورية السبب: وتتناول وصف السبب من كونه غير مشروع إلى اعتباره مشروعاً لكي لا يتم النيل من صحته كأن يذكر في عقد الهبة أن السبب فيها هو إجازة الواهب على تفاني الموهوب لها في خدمته بينما في الحقيقة أن السبب هو لإقامة علاقة غير مشروعة[٢].
٣. الصورية في شرط من شروط نفاذ العقد: كأن يذكر المتعاقد المحجور

(١) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٤.

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ئاراس، ط١، اربيل، ٢٠٠٦، ص٥١٦.

أو المريض مرض الموت تاريخاً في العقد سابقاً على بدء المرض أو حكم الحجر[١]، أو أن يبرم الوكيل المعزول ويدرج في عقد البيع تاريخاً سابقاً على تاريخ عزله لكي ينفذ في مواجهة موكله، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية (إن المقصود بصورية التاريخ في هذا المقام أن يوضع على العقد تاريخ غير صحيح سابقا على تاريخه الحقيقي لإخفاء انه حرر في مرض الموت)[٢].

المبحث الثاني

أحكام الصورية

تنص المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١- إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين).

أما المادة (١٤٨) فتنص بأنه (١- يكون العقد المستتر هو النافذ بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم. ٢- وإذا ستر العاقدان عقد حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته) ، وعلى هاتين المادتين يلاحظ ما يأتي:

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٢٥ ؛ د . منذر الفضل، المصدر السابق، ص ٥١٤؛ د.أيمن أبو العيال، مصدر سابق، ص٥٠؛ أ . عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٢٦.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية بالعدد ٢٦٨ في ١٩٥٢/١١/٢٧.

١. إن المشرع انبثق في تلاوة آثار الصورية بين دائني المتعاقدين والخلف الخاص والغير في المادة (١٤٧) ثم بين آثار الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام في المادة (١٤٨)، وكان الأولى منه أن يبدأ في معالجة آثار الصورية فيما بين المتعاقدين ثم يتلوها في الحكم فيما بين الدائنين والخلف الخاص والغير.
٢. إن الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) أثارت النقد عند النص عليها في التقنين المدني العراقي إذ لا مقابل لها في القانون المدني المصري ولم يكن لها من داع لذكرها على اعتبار أن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة عند فقدان النص التشريعي[١].
٣. إن الفقرة الثانية من المادة (١٤٨) في القانون العراقي تثير أمرين:

الأول/ إنها جاءت حشواً والنص عليها زيادة ينهي تكرار لما سبق أن تكلمت عنه الفقرة الأولى فإذا كان العقد المستتر هو العقد النافذ فيما بين المتعاقدين حسبما تنص عليه الفقرة (١) فمن الأولى أن يكون هذا العقد هو العقد الحقيقي والمعول عليه فيما اتجهت إليه أرادتهما الحقيقية .

الثاني / إن في اعتبار الفقرة الثانية أن العقد الحقيقي هو العقد الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته فيها تكرار للقواعد العامة، لذلك لا مبرر لنص الفقرة الثانية من المادة(١٤٨)[٢].

وبرأينا فإن العلة في النص على هذه الفقرة هو رغبة المشرع العراقي في حسم الجدل الفقهي والقضائي الدائر بين وجوب أن تتوافر في العقد الحقيقي شروط الصحة من عدمه[١].

(١) أ. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٣١.
(٢) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٧- ٣٨.

لكن إعمال مبدأ سلطان الإرادة المتعاقدين إن كان يؤدي إلى الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون الظاهري، فإن هذا المبدأ وأثره يتصادم مع مبدأ أخر وهو حماية الغير حسن النية وقت إبرام التصرف الظاهري إضافة إلى ما في نفاذ التصرف الحقيقي بين المتعاقدين قد يؤدي إلى النيل من مبدأ أخر وهو استقرار المعاملات[٢] ، ومن مراعاة هذين المبدأين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حماية الدائنين والغير ، تتوزع أثار الصورية وأحكامها على المطالب الآتية:

المطلب الأول
أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

وفقا للمادة (١٤٨) يكون التصرف النافذ بين المتعاقدين هو التصرف الحقيقي المستتر أما التصرف الظاهر فلا يعتد به فهو أشبه بالمعدوم فإرادة المتعاقدين لم تتجه إليه بخلاف التصرف المستتر فإليهما هوت أرادة المتعاقدين وهذا ما يجعله نافذا فيما بينهم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يلزم الأخذ بما انصرفت إليه أرادة متخذي التصرف الحقيقي وبعدم إلزامهما إلا بما أراداه ويكون لأي منهما التمسك بالعقد الحقيقي في مواجهة المتصرف الأخر واثبات صورية وكذب العقد الظاهر[٣].

---

(١) ينظر إلى أحكام محكمتي النقض المصرية والفرنسية التي أشار إليها: د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق. هامش ص١٠٨٧– ١٠٨٨.

(٢) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٨٢؛ د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج٢، ص١٢٦–١٢٧؛ عبد الباقي البكري مصدر سابق، ص ٣٣٢ ؛ حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٣٧.

وعليه فإذا زعم زاعم بصورية تصرف وبوجود اتفاق مستتر يريد التمسك به ، كانت دعواه أو دفعه مقبول سماعه بشرطين :

الشرط الأول / أن تتوافر في التصرف الظاهر جميع الشروط الشكلية والموضوعية التي يستلزمها القانون، فإذا كان التصرف الظاهر بيعا مثلا وجب أن يكون مستجمعا لأركانه فإذا ذكر ثمنا تافها كان البيع باطلا [١].

وبرأينا فإن التصرف الظاهري يرد عليه قيد مهم في القانون العراقي وهو أن لا يكون واردا على عقار ومسجل في دائرة التسجيل العقاري وإلا امتنع الطعن بصوريته كما نصت على ذلك المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي كما سيرد شرحها فيما بعد ، ولهذا الشرط أهميته في الصورية النسبية أما في الصورية المطلقة فلا فرق في عقد معدوم بين أن يكون مستجمعا لأركانه وشروطه أو لم يكن كذلك.

الشرط الثاني / وجوب أن يثبت الزاعم بالصورية وجود اتفاق مستتر فإن عجز كان التصرف الظاهر متى استجمع شرائط صحته هو التصرف الحقيقي وتنفذ كل أثاره[٢].

وفي رأينا فإن عجز المدعي عن إثبات التصرف الحقيقي واعتبار التصرف الصوري تصرف حقيقي ليس لان أرادة المتعاقدين اتجهت إليه بل لأنه أصبح اقرب إلى الواقع وتقرره قاعدة استقرار التعامل بل ويحظى بحماية

(١) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص١٢٧ .
(٢) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص٣٣٤.

الحكم القضائي الذي عنوان الحقيقة متى قضى برفض الدعوى بصوريته ويضحى عقدا حقيقيا عند الإخفاق بالادعاء بظاهريته .

وأما عن الصورية النسبية بطريق التستر فيلزم للطعن بالصورية والتمسك بالعقد المستتر الحقيقي بالإضافة إلى إثبات صورية التصرف الظاهر وحقيقة التصرف المستتر أن تتوافر الشروط الموضوعية في كلا العقدين فالهبة في صورة عقد بيع فإن لم توجد بطل وأصبحت الهبة ظاهرة وجب لصحتها هي الأخرى استلزام شروط صحتها أي أن يكون الواهب أهلا للهبة وغير ذلك وإلا بطلت هي الأخرى ، ويشترط كذلك للتمسك بالعقد المستتر أن يكون هو الأخر صحيحا فمثلا إذا قام الوصي بإبرام عقد صوري لإخفاء حقيقة تصرف أخر وهو التبرع من أموال القاصر دون إذن من دائرة رعاية القاصرين فهذا التصرف باطل رغم انه مستتر .

أما عن الشروط الشكلية فيذهب الفقه إلى عدم اشتراطها في العقد الحقيقي كالتسجيل إذا كان محله عقار أو بالقبض في حالة هبة المنقول إذ أن هذا التصرف مخفي وفي التسجيل إشهارا له وهذا مخالف لكون التصرف مستتر[١].

أما في التصرف الظاهري إذا ورد على عقار فيلزم عدم استيفاءه لركن الشكلية لان في استيفاءه شرط التسجيل أيا كان التصرف بيعا أو هبة امتنع عليه الطعن بالصورية[٢].

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٨٦– ١٠٨٧؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٣٢ وما بعدها .

(٢) ينظر : نص المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي .

وعودا على الآثار في هذا النطاق فهي على نوعين الأولى أثار سلبية قاصرة على المتعاقدين وأخرى ايجابية متعدية إلى خلفهما العامين وهو ما سنبحثه في الفرعين القادمين.

الفرع الأول :الآثار بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم

كما قلنا بان التصرف النافذ بينهما هو التصرف الحقيقي ولا عبرة للتصرف الصوري وهذا معنى أن الصورية بينهما سلبية وقاصرة في الآثار على العقد الحقيقي. فعقد البيع إذا ستر هبة لا يكون البائع ملتزما بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية إلا بالغش أو كانت الهبة بعوض ولا يكون مسؤولا كذلك إلا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم(١).

وإذا كانت الصورية مطلقة في البيع الصوري لم تنتقل الملكية إلى المشتري الصوري بل يبقى مالكا للعين ويكون له التصرف فيها واستغلالها كما يكون له بيعه إلى مشتر ثان بيعا جديا وليس للمشتري الصوري الاحتجاج على المشتري الجدي وإقامة دعوى منع المعارضة فهو لم يكسب حقا ولم يلتزم بالمقابل بشي.

ولكن بقيد أو شرط مهم وهو عدم تسجيل البيع الصوري إذا ورد على عقار في دائرة التسجيل العقاري المختصة فإذا حصل ذلك لم يكن من حق

(١) حيث تنص المادة (٦١٤) بأنه (لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره). أما المادة (٦١٦) فتنص بأنه (لا يكون الواهب مسؤولا إلا عن فعله أو خطأه الجسيم).

البائع ولا المشتري الثاني الجدي الاحتجاج على المشتري الأول لعدم جواز الطعن بالصورية على التصرفات المسجلة في التسجيل العقاري .

الفرع الثاني : الأحكام بالنسبة إلى الخلف العام للمتعاقدين

وهذا الأثر يكون ايجابي ومتعدي بمعنى أن أثار الصورية لا تقتصر على المتعاقدين بل تتعداهما إلى خلفهما العامين ، أي ورثتهما فالعبرة كما للمتعاقدين لمورثهما أيضا هو بالعقد الحقيقي ويكون هو النافذ ولا يعتد بالتصرف الصوري فليس لأي من ورثتهما التمسك بالعقد الصوري بمعنى أخر لو ستر عقد بيع صوري هبة مستترة فليس لورثة الموهوب له مطالبة الواهب البائع الصوري أو ورثته بالضمان إلا بالقدر الذي يضمن فيه الواهب كما ليس للأخيرين مطالبة الموهوب له أو ورثته بالثمن ، وإذا كان البيع صورية مطلقة بقي المبيع في ملكية البائع الصوري وانتقلت إلى ورثته ولم يكن للمشتري أو ورثته الاحتجاج على الأولين والادعاء بملكية المبيع بيعا صوريا مطلقا[١].

المطلب الثاني
أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

ونبحث فيه بثلاثة فروع نخصصه في الأول منهما لمفهوم الغير في الصورية والثاني لمركزه وثالث للتعارض بين مصالح ذوي الشأن في التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر وكما يلي:

(١)د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٨٣؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٣٢-٣٣٣ .

الفرع الأول : مفهوم الغير في الصورية

ينبغي وقبل الحديث عن حكم الغير في الصورية التصدي لمفهومه وقد تعددت تعريفات الفقه وان كانت جميعها تصب في معنى واحد، فقد عرفه بعضهم بأنه كل شخص اعتقد بحسن نية حقيقة العقد الظاهري واطمأن إليه وأقام تعاملاته على هذا الأساس(١). كما عرفه آخرون بأنه كل شخص لم يوقع على المحرر المدعى بصوريته ولم يكن ممثلا فيه وغير عالم بصوريته وله مصلحة مباشرة في مال من وقع المحرر.

وبالتالي لا يعد من الغير الخلف العام والموكل إذا ابرم وكيله التصرف الصوري إذا كان فيما وكل به ، والقاصر بالنسبة للوصي في حدود وصايته، والمحجور بالنسبة للقيم طبقا لإذن مديرية رعاية القاصرين(٢) ، ولما كانت مصلحة الغير تتأثر سلبا أو إيجابا بالتصرف الصوري فإن قواعد العدالة ومبدأ استقرار التعامل تستلزم حمايته من الضرر الذي قد يلحقه لاستناده إلى مظهر مخادع تقنعا به العاقدان وكانا سببا في تضليله وهذه الحماية تتحقق بافتراض أن العقد الصوري يعد عقدا قائما منتجا لأثاره القانونية متى اقتضت مصلحته التمسك به(٣).

ولثبوت مركز الغير في الصورية يشترط ما يلي :

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٠٨٨؛ عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٣٣٥ .

(٢)حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٨٨؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٣٥.

١- أن يكون حسن النية وقت تعامله أي انه يجهل وقت التعامل أن العقد الظاهري هو عقد صوري والمشرع هنا إذا أعطى للغير حق التمسك بالعقد الصوري فيكون قد خرج على مبدأ سلطان الإرادة وما تستلزمه من نفاذ العقد الحقيقي دون العقد الصوري فيكون هذا الحق استثنائيا استند المشرع في تقريره إلى قاعدة أخرى وهي حماية الأوضاع الظاهرة وما يترتب عليها من استقرار في التعامل خصوصا في الفرض الذي يكون فيه الغير حسن النية معتقدا جدية العقد الظاهر .

والمناط في اعتبار الغير حسن النية هو بوقت إبرام التصرف الظاهري ، وحسن النية مفترض وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه أي أن يثبت علم الغير بالصورية وقت تعامله ويكفي للعلم حتى يعد الغير سيئ النية سواء بصورية العقد المطلق أو النسبية بعلمه بالعقد المستتر، كما أن العلم بالعقد المستتر أو بصورية العقد الظاهر في الصورية المطلقة هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وتكفي القرائن لإثبات العلم بالصورية. ولكن إذا كان العلم بالصورية يجعل من الغير سيء النية فإن ورثة الغير يعدون حسني النية إذا كانوا غير عالمين بالصورية لان العلم بالصورية مسألة شخصية ولا يثبت في مواجهة ورثة الغير إلا باليمين وبإقرارهم بالعلم بالصورية وبخلاف هذا وذاك لم يكن للغير التمسك بالعقد الصوري وسرى في مواجهته العقد المستتر[١].

٢- أن تكون له مصلحة حقيقية في التمسك بالعقد الصوري فيعد دائن المشتري في البيع الصوري من الغير ويجوز له التمسك بالعقد الظاهري

(١) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٣٣٥ – ٣٣٦ .

لان مصلحته هي في التمسك بهذا العقد لا بل تمكينه من التنفيذ على المبيع في البيع الصوري واستحصال دينه منها.

٣- أن لا يكون طرفا في العقد الصوري أو مستفيدا منه وإلا فما معنى الطعن في عقد يكون العقد نفسه مصدر حق للطاعن المتعاقد ، فمثلا إذا عقد الاشتراط لمصلحة الغير صوريا بين المشترط والمتعهد وتمسك المتعهد بهذه الصورية في مواجهة المنتفع فليس للأخير التمسك بأن هذا العقد هو عقد حقيقي وأنه لا يعلم بصوريته لان المنتفع لا يعد من الغير في صورية الاشتراط حتى يدفع بظاهريته لأنه استمد حقه من هذا العقد. إذن فشرط الغير في الصورية هو أن لا يكون الغير في الطعن في صورية عقد هو ذاته مصدر حق له[١].

الفرع الثاني : مركز الغير في الصورية

الغير في الصورية هم الخلف الخاص والدائنين الشخصيين ويتجه الكثير من الشراح إلى توسيع مركز الغير ليشمل بمعناه إلى ذي مصلحة ممن لم يكن له طرفا في العقد أو خلفا عاما لأحد عاقديه متى كان حسن النية وقت إبرام العقد الصوري فيدخل في معنى الغير الشفيع إذا كانت شروط البيع الصوري أفضل من البيع الحقيقي والمدين في حوالة الدين الصورية .

فللشفيع التمسك بصورية عقد إذا كان الثمن الحقيقي يقل كثيرا عن الثمن في العقد الحقيقي أو كان العقد الصوري يخفي هبة مستترة والشفيع لا يعد من الغير فهو ليس بخلف خاص للمشتري كما انه قد تلقى حق من العقد

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٩٤؛ د. أيمن أبو العيال، مصدر سابق، ص ٥٧؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٣٦ .

الصوري وبالتالي يمتنع عليه التمسك بصوريته كما يشترط للتمسك بالصورية[١].

وبرأينا فإن الشفيع لا يعد من الغير في الصورية كما إن المادة (١١٤٠) من قانوننا المدني ألزمته بإيداع ما يعادل ويساوي نصف الثمن الحقيقي في صندوق المحكمة[٢].

بينما يذهب رأي أخر إلى خلاف ما سبق فيعتبر أن الشفيع هو من الغير في البيع الصوري فيكون من الغير في البيع الصوري المطلق ويكون له أن يتمسك بالعقد الظاهري دون العقد الحقيقي طالما انه لا يعلم بوجوده ويطلب الأخذ بالشفعة أو عندما يقوم المشتري ببيع العقار لمشتري أخر لمنع الأخذ بالشفعة فإن الشفيع يعد من الغير أيضا[٣] ، وينضم إلى هذا الرأي جانب من القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها بأن (الشفيع بحكم انه صاحب حق في اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي العقد بسبب الشفعة) [٤].

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١٠٩١؛ عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص٣٣٧.

(٢) حيث تنص المادة (١١٤٠) بأنه (على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع في صندوق المحكمة التي يوجد المشفوع في دائرتها مبلغا يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فإن لم يتم الإيداع سقطت شفعته).

(٣) أنور طلبة، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٤) نقلا عن : د . عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، هامش ص ١٠٩٠.

الفرع الثالث: التعارض بين مصالح ذوي الشأن في التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر

تنص المادة (١٤٧) / ف٢ بأنه (وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين).

ابتداء لا يمكن أن يقع التعارض بين المتعاقدين أنفسهم أو بينهم وبين الخلف العام أو بين الخلف العام أنفسهم فجميع هؤلاء العقد النافذ فيما بينهم هو العقد المستتر وهم محكومون بنص المادة (١٤٨) كما لا يمكن تصور وقوع التعارض بين أفراد طائفة الخلف الخاص ودائني المتصرف بالعقد الظاهري فمصلحتهم هي بالتمسك بالعقد المستتر ، وأيضا لا يمكن التصور بأن هنالك تعارض بين مصالح الخلف الخاص ودائني المتصرف إليه لان مصلحتهم هي في التمسك بالعقد الصوري .

أما التعارض بين مصالح الغير فهنالك من ذهب إلى عدم وقوع التعارض بين الاغيار أنفسهم فجميع الدائنين الشخصيين والخلف الخاص للمتصرف إليه الصوري من مصلحتهم التمسك بالعقد الظاهري فهو العقد الذي اطمأنوا إليه وبنوا على أساسه تعاملهم معه[١].

بينما يتجه رأي أخر إلى إمكانية وقوع التعارض والنزاع بين مصالح الاغيار أنفسهم، والمثال على ذلك إذا كان هنالك بيع صوري بصورية مطلقة

(١) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٣٤- ٣٣٥.

وكان للبائع دائن وللمشتري دائن فدائن البائع من مصلحته التمسك بالعقد المستتر ودائن المشتري من مصلحته التمسك بالعقد الظاهر(١).

وهذا الرأي هو ما نفضله فالتعارض قائم والنزاع بين الاغيار وارد فدائن البائع من مصلحته التمسك بالعقد المستتر للحفاظ على الضمان العام للبائع المدين والمشتري من مصلحته التمسك بالعقد الظاهر لان هذا العقد يؤدي إلى إدخال العين المبيعة داخل الضمان العام للمدين المشتري .

ولكن عادة ما يقع التعارض بين من يتمسك بالعقد المستتر وبين من يتمسك بالعقد الظاهر وحيث انه لا يتصور الأخذ بالعقدين معا لذلك يلزم الاعتداد بعقد دون أخر وبالرجوع للمادة (١٤٧/ ف٢) نجد أنها رجحت بالأخذ بالعقد الظاهر على العقد المستتر فالمشرع العراقي كان بصدد موازنة واقعية بين رعاية استقرار التعامل وبين احترام مبدأ سلطان الإرادة فرأى من الأجدر بالحماية والترجيح في المبدأ الأول(٢).

المبحث الثالث

أطراف دعوى الصورية وطرق إثباتها.

إذا ما أُثيرت الصورية وقعت المنازعة فيها إما بين أطراف المعاملة الصورية أو بين بينهم وبين الغير ويثور بهذا الصدد طرق الإثبات القانونية

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٠٣؛ حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١١٠٤؛ عبد الباقي البكري، المصدر السابق،ص٢٤٥- ٢٤٦.

المعتمدة للوصول إلى إثبات أن تصرفاً ما هو تصرف صوري ثم نتبع بالبحث لتقادم دعوى الصورية، ولنا ذلك في المطالب الثلاثة الآتية.

المطلب الأول
خصوم دعوى الصورية وأطرافها

خصوم دعوى الصورية وأطرافها هم أنفسهم أطراف العقد الصوري[١] ، فتقام الدعوى الصورية من طرف على أخر في العقد الصوري للطعن بأن العقد موضوع الدعوى انه صوري غير حقيقي كما يجوز أن تقام دعوى الصورية ويكون المدعي فيها كل شخص ذو مصلحة للتمسك بالعقد المستتر للوصول للحكم بأن العقد الظاهر هو عقد صوري وفي هذه الحالة يلزم إدخال من له مصلحة بالتمسك بأن العقد هو صوري كخلف المشتري الصوري متى كان سيئ النية إذا أقيمت الدعوى من قبل البائع الصوري .

أما المصلحة في دعوى الصورية فهي لكل من سيستفيد من الطعن بالصورية وهم الخلف العام للمتعاقدين والخلف الخاص والدائنون الشخصيين للمتصرف بالعقد الصوري .

أما الخلف الخاص والدائنون الشخصيين للمتصرف له فلا يعقل قيامهم بإقامة دعوى الصورية لان مصالحهم هي بالتمسك بالعقد الظاهر و إن كان

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٠٥-١١٠٧ ؛ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج١، ص ١٢٤؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٤٦ وما بعدها ؛ أنور طلبة، مصدر سابق، ص ١٠٥- ١٠٧.

يتصور اختصامهم بالدعوى إلى جانب المتصرف إليه .

وقد ترفع دعوى الصورية من قبل البائع أو المشتري في عقد بيع مدعى بصوريته على العاقد الأخر ليتخلص البائع من التزاماته كبائع والمشتري كالتزاماته كمشتري . كما يجوز أقامتها من قبل ورثة المتعاقد على ورثة المتعاقد الأخر ، ويجوز أقامتها أيضا من دائن البائع الصوري لإبقاء المبيع ضمن الضمان العام كي يستطيع التنفيذ عليه ولكل من يتلقى عن البائع حقا يتعلق بالمبيع كالمشتري الثاني وللدائن المرتهن أيضا حق أقامتها .

كما يجوز كذلك حق رفعها من كل ذي مصلحة كما ذكرنا في التمسك بالعقد المستتر كدائن البائع إذا أقام الدعوى فأنه يقيمها إما عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم مدينه فأنه يكون نائبا عنه فيلتزم بالإثبات بما يلتزم به المدين ويكون لخصمه أن يتمسك بمواجهته بما له في مواجهة مدينه البائع أو أن يكون له إقامة الدعوى المباشرة باعتباره من الغير فيكون له إثبات الصورية بكل طرائق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ولا يكون لخصمه التمسك بالدفوع التي له قبل مدينه البائع . والخصوم في دعوى الصورية لا فرق بينهم سواء ارتبطوا مع احد المتعاقدين بعلاقة عقدية أو لم تقم هذه العلاقة .

والطعن بالصورية كما يمكن أن يرد في صورة دعوى مستقلة ومبتدئة يجوز أيضا أثارتها في شكل دفع ولهذا لا يعد صحيحا ما اتجهت إليه محكمة بداءة الموصل في حكم لها على اقتصار الادعاء بالصورية على أثارتها بدفع دون إقامة دعوى مستقلة إذ جاء ما نصه (.... وحيث أن دعوى المدعين وطلباتهم فيها انصبت على الطعن بالصورية في التعهد بنقل الملكية المؤرخ

في ٢٠٠٨/٨/٣ المبرم بين مورثة المدعين والمدعى عليه وحيث أن التعهد المذكور تحكمه القواعد المنصوص عليها في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وان التعهد المذكور هو سبب الدعوى المرقمة ٢٠٠٩/٤٤١٩ والتي لم تحسم بعد و إن ما أثاره المدعيان ومن بعدهما خلف المدعي الأول في طعون في التعهد بنقل الملكية المذكور أنفا لا يصلح موضوعا لدعوى مستقلة بل يتعين أثارة تلك الدفوع في تلك الدعوى ....) [١].

فإذا طولب المتصرف إليه كالمشتري في البيع الصوري بالثمن من قبل البائع أو العكس كان للمدعى عليه منهما الدفع بأن العقد موضوع الدعوى صوري وغير حقيقي، كما يكون لدائن البائع عند التنفيذ على العين المبيعة أن يدفع عنه دعوى الاستحقاق بطلب إبطال الإجراءات لصورية البيع وهي تكون بطريقة الدفع على أن الدفع بالصورية يجوز إبداءه في مرحلتي البداءة والاستئناف ولا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة التمييز .

ونرى أن يتم إبداء الدفع بالصورية قبل أي دفع موضوعي أخر يتعلق بالعقد لكي لا يفهم الخوض في دفع غيره أو إبداءه بعد دفوع أخرى من قبل محكمة الموضوع بأنه إقرار ضمني بكون العقد الصوري هو عقد جدي وهو حقيقة ما تم الاتفاق عليه .

والحكم الصادر في دعوى الصورية إذا قضى بكون العقد الظاهر هو عقد غير حقيقي وصوري كان متعديا بأثره ليس إلى الخصمين فحسب بل إلى

(١) حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد ٢٠٠٩/٨٩٩٠ في ٢٠٠٩/١٢/٢٩، غير منشور .

الدائنين أيضا وبالتالي يستفيدون منه وكان لكل منهم التمسك بهذا الحكم حتى وان لم يمثلوا في الدعوى أو يدخلوا فيها أطرافا في النزاع ابتداء ، ويبقى التحقق من صورية العقد مسالة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز وتستخلص من وقائع الدعوى وعلى قدر ما يتحقق به القاضي من صورية العقد وفقا للقرائن واجتهاد كل خصم في إثبات الصورية وإبقائها كما سيأتي بيان ذلك في إثبات الصورية .

ودعوى الصورية شأنها شان أي دعوى تسري على أحكامها الإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات المدنية.

المطلب الثاني
إثبات الصورية

الأصل في العقود أنها جدية وحقيقية ويبقى على من يدعي أنها صورية إثبات ذلك استنادا إلى القاعدة المنصوص عليها في القفرة ثانيا من المادة ٧/ من قانون الإثبات[١].

ويلزم القاضي باحترام عبارات العقود وكما وردت بنصوصها ما لم يقدم المدعي الدليل على بطانة ما تم إظهاره. وتختلف بينات الإثبات القانونية بحسب ما إذا كان المدعي هو طرف في العقد الصوري أو خلفا له من وارث أو دائن يقيم الدعوى باسم مدينه بخلاف ما إذا كان المدعي في دعوى الصورية من الغير وما نعنيه بالغير في إثبات الصورية ليس تماما هو الغير

(١) ينظر : نص الفقرة ثانيا / ٧ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

في أحكام الصورية، فالغير في إثبات الصورية من لم يكن طرفا في المعاملة الصورية وكانت له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي[١].

أما الغير في أحكام الصورية فهو من توافرت فيه الشروط التي شرحناها سابقاً، وتتفرع أحكام هذا المطلب إلى فرعين الأول في إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ثم عن إثباتها بين الغير واحد أطراف المعاملة الصورية في فرع ثان، وكما يلي.

الفرع الأول: إثبات الصورية بين المتعاقدين

إذا أقام احد المتعاقدين الدعوى الصورية على المتعاقد الأخر وادعى فيها بأن العقد المبرم بينهما كان عقدا صوريا يستر عقدا أخر حقيقيا فيلزم المدعي بحسب القواعد في الإثبات أن يثبت العقد الصوري بالكتابة متى كانت قيمته تزيد على الخمسة الآلاف دينار ، ولا يجوز إثباته بالطرائق الأخرى كالبينة الشخصية أو القرائن كما قضت بذلك محكمة التمييز بأن (الصورية والمواضعة يجب أن تثبتا ببينة قانونية معتبرة لا بمجرد القرائن والاستنساخ) [٢]. لا بل إذا كان العقد الصوري ثابتا بالكتابة فلا يجوز إثبات خلافه بالشهادة حتى وان لم تزد قيمته على الخمسة الآلاف دينار لأنه لا يجوز الإثبات بالشهادة ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي[٣]. والعلة في عدم

(١) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٢٤٨ .

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٢٦/ج٩٦٩/٢ في ١٩٦٩/١٢/٢٧، منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز المجلد ٦، ص٣١٤.

(٣) ينظر : الفقرة أولا من المادة ٧٩ من قانون الإثبات .

جواز إثبات التصرف الحقيقي بالشهادة في هذه الحالة انه كان يمكن للعاقد المدعي أن يحتاط لنفسه ويأخذ من المدعى عليه ورقة تتضمن الإقرار بصورية العقد الظاهري أي ورقة ضد ، هذا من جانب ومن جانب أخر فأن جواز إثبات التصرف الحقيقي بالشهادة يؤدي إلى إضعاف قيمة المحررات وقوتها في الإثبات(١).

وهو بالفعل ما قضت به محكمة بداءة الموصل في حكم لها جاء فيه (وقد وجدت المحكمة أن البينة الشخصية لا تصلح لإثبات موضوع الدعوى لوجود الدليل الكتابي وهو صورة قيد العقار التي لا يمكن الطعن بما ورد فيها إلا بالتزوير عليه فإن المحكمة اعتبرت المدعي عاجزا عن إثبات دعواه ومنحته حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة ... وقد أبدى طرفي الدعوى عدم اعتراضهما على صيغة اليمين وطلب المدعي توجيهها إلى المدعى عليه الذي حضر وأفهمته المحكمة بصيغة اليمين الحاسمة الموجهة له فأبدى استعداده لحلفها وحلفها في نفس الجلسة وفقا لصيغتها، ولما تقدم ولإنكار المدعى عليه دعوى المدعي وعجز المدعي عن إثبات دعواه ببينة قانونية معتبرة ومنحه حق تحليف المدعى عليه اليمين الموجهة له وفقا لصيغتها المصورة فإن المدعي يكون قد خسر ما توجهت به اليمين) (٢).

غير أن الإثبات بالبينة الشخصية أي الشهادة يكون جائز القبول في استثناءات أربعة وهي:

(١) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٤٠ .

(٢) حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد ١٠٧٠٤ في ٢٠١٢/٥/٢٦، غير منشور .

١- مبدأ الثبوت بالكتابة. وهي كل كتابة تصدر عن الخصم وتجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال[١]. لذا يتم اللجوء إلى الشهادة وقرائن الحال لإكمال الدليل الناقص عن التصرف الحقيقي .

٢- إذا وجد مانع مادي حال دون الحصول على الكتابة ، أو فقدت الكتابة بسبب لا دخل لإرادة المدعي[٢].

٣- إذا وجد مانع أدبي ويقصد بالمانع الأدبي وجود علاقات زوجية أو قرابة بين الخصوم حالت دون الحصول على الدليل الكتابي وقت إبرام التصرف القانوني[٣].

وبرأينا لكي يجوز إثبات التصرف الحقيقي بالشهادة لوجود المانع الأدبي شرطان وهما :

أ- أن لا يكون التصرف الصوري ثابتا بالكتابة لان الخصم في دعوى الصورية كان عليه الاحتياط واخذ ورقة ضد من المتعاقد الأخر ثم ما قيمة المانع الأدبي بعد ذلك إذا اخذ التصرف كتابة تثبته وهو التصرف الصوري ولم تؤخذ للتصرف الأخر وهو التصرف الحقيقي أي وسيلة لإثباته خاصة وأن التصرفين عادة ما يكونا متزامنين .

ب- أن لا يسبق قيام التصرف الصوري والحقيقي حصول شكوى جنائية أو خصومة مدنية بين المتعاقدين فعندئذ ينتفي قيام أي مانع أدبي بينهما بسبب صلة الزوجية أو القرابة لانتفائها بسبق المراجعة القضائية .

---

(١) ينظر : نص المادة ٧٨ من قانون الإثبات .

(٢) ينظر : المادة ١٨ من قانون الإثبات .

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، طبع جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص٢٢٥.

أما بالنسبة للقرينة القضائية فلا يجوز بها إثبات التصرف الصوري إلا حيث يجوز الإثبات بالشهادة[١].

ومع ذلك فقد أجازت محكمة النقض المصرية بجواز إثبات الصورية بالقرائن وحدها دون أن تكون معززة بأي دليل أخر حيث قضت بأن (المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتر أخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية فإذا أقام قضاءه بصورية عقد المشتري الأخر على القرائن وحدها فأنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات) [٢].

لكن بخلاف ذلك لم تكتف محكمة تمييز العراق بالقرائن وحدها إنما تطلبت فوق ذلك لإثبات الصورية وسائل الإثبات القانونية الأخرى حيث قضت في حكم لها بأن (استنتاج محكمة الصلح وجود المواضعة من قرينة عقد البيع والواقع بين زوج وزوجته وعدم تسجيله لدى الكاتب العدل وعدم اعتراض المدينة على الحجز عند معاملة وضع اليد لا تكفي لثبوت المواضعة) [٣].

٤- أما الاستثناء الرابع والذي بموجبه يجوز إثبات التصرف الصوري بالشهادة والقرائن وهي حالة ما إذا كان التصرف الصوري يستر عقدا مخالفا للنظام العام أو فيه تحايلا على القانون، ومثال الصورية المخالفة للنظام العام كعقد القرض الصوري الذي يخفي حقيقة دين ناشئ عن

(١) ينظر : الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون الإثبات .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٥٠/١٠/٢٦. نقلا عن : أنور طلبة، مصدر سابق، ص ٩٤ .

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ١٩٤١/١٦٤٠ في ١٩٤٢/١/١٥، منشور في مجلة القضاء، السنة الأولى، العدد الثاني، ص ١٩١-١٩٢ .

قمار أو مخدرات، أو عقد قرض بربا فاحش يزيد عن سبعة بالمائة يغطى بقرض فائدته ضمن الحد المسموح به وكل ما يراد بالصورية ستر علاقة مخالفة لأحكام القانون والنظام العام والآداب ففي هذه الحالة من الجائز إثبات التصرف الصوري بالشهادة والقرائن وإن كانت قيمته تزيد عن النصاب المسموح به بإثباتها بالشهادة والعلة في ذلك إن هذا الفرض يعد بمثابة المانع المادي من الحصول على الكتابة ولان في تيسير إثباتها بمختلف طرق الإثبات فيه مصلحة لحكم القانون والنظام العام والآداب[١].

أما في الاحتيال فيتجه جانب من الفقه نحو التمييز بين حالتين :

الأولى / إذا كانت الصورية طريقة للتحايل على القانون لمصلحة احد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الأخر وفي هذه الحالة يكون للمتعاقد الادعاء واثبات العقد الحقيقي بكافة طرق الإثبات متى اتخذ العقد الصوري احتيالا للإضرار به ، فله أن يثبت وبسائر بينات الإثبات أن البيع يستر هبة دفعت لباعث غير مشروع ، أو أن قرضا ذكر على انه أمانة ، أو حرر عنه صك بدون رصيد لإيقاع المدين في شرك القانون الجنائي متى تأخر في الوفاء والسداد .

وسبب التيسير بإثبات بالشهادة والقرائن دون الكتابة هو تعذر الحصول على ورقة الضد التي تثبت التصرف الحقيقي ضد من تم الاحتيال لمصلحته .

(١) د.عباس العبودي ، مصدر سابق، ص٢١٠ ؛ حسين مؤمن، مصدر سابق، ص٤١-٤٢.

الثانية / وهي إذا تم التحايل على القانون من كلا المتعاقدين بقصد الإضرار بالغير وفي هذه الحالة يلتزم طرفي الصورية عند الادعاء من احدهما أن يثبت العقد المستتر بالقواعد العامة أي بالكتابة لعدم وجود مانع يحول دون تحرير ورقة الضد في حينها، لذا لا يجوز للبائع الادعاء والإثبات بأن الثمن المكتوب في عقد البيع المبرز أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه بقصد التهرب من الضرائب أو الرسوم إلا بالكتابة(١).

ومبنى ذلك أيضا الفرق بين التدليس والاحتيال على القانون فأعمال التدليس وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات أما الاحتيال على القانون فلا يتجاوز أن يكون تواطؤ بين المتعاقدين واتفاقهما على مخالفة قانونية وإخفائها بتصرف جائز ومشروع وهو لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر التصرف القانوني سواء تعلق بمحله أو بسببه(٢).

وإن كنا لا نرى من فارق جوهري بين التدليس والاحتيال فكلا المسميين الغرض منهما استعمال طرق ملتوية بقصد الإضرار بالأخر سوء أكان متعاقدا أو من الغير عن التصرف الصوري.

وهذا كله بالنسبة لإثبات الصورية فيما بين المتعاقدين أنفسهم أما إثبات الصورية من قبل من يخلف المتعاقدين فيخضع لنفس طرائق الإثبات التي يخضع لها سلفه المتعاقد.

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٠٨ ؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٥١ .

(٢) د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، نفس الصفحة٤٠٨؛ عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص٣٥٢.

أما إذا اتخذت الصورية وسيلة للتحايل على القانون بقصد الإضرار بالورثة ففي هذه الحالة ينقلبون إلى أغيار عن التصرفات التي يجريها الوارث إضرارا بحقوقهم ، وفي هذه الحالة كان لهم عند الطعن بصورية التصرف إثباته بالشهادة والقرائن دون الكتابة مهما بلغت قيمة نصاب التصرف المدعى بصوريته والسبب في ذلك التيسير بأن التصرف الصوري قد احتمل تحايلا على القانون ومخالفة للنظام العام وهذه الحالة هي امتداد للاستثناء المتعلق بجواز سماع الشهادة لإثبات التصرف الصوري الذي قصد فيه التحايل على أحكام القانون وليس معناه قطع الصلة بين المورث ووارثيه واعتبارهم من الاغيار عنه(١).

وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على هذا الحكم نذكر منها ما قضت به بأن (إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة في حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفي وصية وانه قصد الاحتيال على قواعد الإرث وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال إضرارا بحقه في الميراث وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة)(٢).

(١) د. أيمن أبو العيال، مصدر سابق، ص ٦١؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٥٣؛ حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٤٤ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٨/١١/١٤، نقلا عن أنور طلبة، مصدر سابق، ص٥٥ .

ويجب أن يذكر أخيرا أن إجازة الطعن بالصورية وإثباتها بالشهادة دون الكتابة يجب أن لا يقبل بمجرد الادعاء بأن التصرف الصوري يحتمل احتيالا على القانون بل يجب أن يدعم هذا الادعاء أو الدفع بأدلة قوية وسائغة القبول[١].

الفرع الثاني : إثبات الصورية من الغير

والغير هو كل ذي مصلحة في إثبات الصورية والتمسك بالعقد المستتر في مواجهة طرفي الصورية ويكون للغير أن يثبت صورية العقد بجميع وسائل الإثبات ومن بينها الشهادة والقرائن، فالصورية تعد بالنسبة للغير المدعي واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا والسبب في ذلك أن الغير هو أجنبي عن العقد الصوري ويستحيل عليه الحصول على كتابة تثبت ضد ما كان مكتوبا حتى وإن زادت قيمة التصرف الصوري على النصاب المحدد قانونا[٢] ، ويكون الدائن من الغير أيضا إذا أقام الدعوى بصفته الأصلية لا باعتباره نائبا عن المدين العاقد فله إثبات الصورية بكل طرق الإثبات دون أن يكلف بإثبات إعسار المدين أو إلحاق التصرف الصوري الضرر به أو تسبب بذلك الضرر[٣].

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٤١١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١١١١؛ د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٢١٠؛ عبد الباقي البكري، المصدر السابق، نفس الصفحة ؛ حسين المؤمن، المصدر السابق، ص ٤٣.

(٣) د.أيمن أبو العيال، مصدر سابق، ص ٦٣؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق إثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصوري أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خاليا من النزاع ، ذلك انه متى كان التصرف صوريا فانه لا يكون وجود له قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون المقصود إضراره 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 فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضائه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعي بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا التصرف التهرب من دينه يكون قد أخطا في تطبيق القانون وتأويله) [١].

ولكن إذا أقام احد طرفي التصرف الصوري واقر فيها قبل الغير بصورية العقد فإقراره يرد عليه لان للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا اقتضت مصلحته ذلك حتى و إن كان العقد الظاهر صوريا ما لم يثبت بأن الغير كان

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٥/١٢/٩، نقلا عن : أنور طلبة، مصدر سابق، ص ٦٥- ٦٦.

يعلم بالصورية عند وقوعها عندئذ يسري عليه العقد الحقيقي وتكون دعوى العاقد الصوري صحيحة ويقضى بها[١].

الفرع الثالث : حجية العقد الصوري المسجل أو المصدق في الإثبات

يتناول هذا الفرع نوعان من الحجية في الإثبات الأولى للعقد الصوري إذا كان واقعا على عقار وتم تسجيله والثانية لحجية العقد الرسمي إذا تم تصديقه من موظف في حدود اختصاصه وكما سيلي شرحه.

أولا / حجية العقد الصوري المسجل إذا كان واردا على عقار .تنص المادة (١٤٩) من القانون المدني بأنه (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو) .

لا يكون التصرف العقاري إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري قابل للطعن فيه بدعوى الصورية لعدة منها إن الحق العيني العقاري بالتسجيل ينتقل بقوة القانون .

ثانيا / إن نظام التسجيل العقاري يتمتع بإجراءات شهر واثبات تنصب على إقرار وكتابة وإشهاد[٢]. وبرأينا أن إجراءات الشهر والتسجيل لا تمنع من أن يكون التصرف الوارد على العقار صوريا، فالمورث الذي يملك عقاراً إذا ما أرادَ التحايل على أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية كان له أن يفرغ ذلك

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١١١– ١١١٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق،ج٢، ص١٢٥؛ د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص٥١٧؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٥٦– ٣٥٧ .

التحايل بصيغة عقد بيع وينقل ملكية العقار لمن يريد تفضيله من الوارثين وعند ذاك عبثا إذ يحاول بقية الورثة الطعن بالتصرف العقاري لأنه لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواردة على العقار.

وأكدت على هذا المبدأ المادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري[١] التي نصت بأنه (١- تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسنداتها أساسا لإثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها) .

ويُثار بهذا الصدد تساؤلان مهمين:

الأول: إن هنالك العديد من التصرفات الشكلية من غير العقارية التي نص عليها المشرع[٢] ولم ينص على عدم جواز الطعن بها بالصورية، فهل يقاس من هذا المبدأ مبدأ أخر وهو عدم جواز الطعن بالصورية بأي تصرف شكلي أخر بالنظر لتمتع التصرف الشكلي بإجراءات شهر وتسجيل ؟

ونجيب عن هذا التساؤل بأنه لا نستطيع القياس ومن ثم يجوز الطعن بصورية التصرفات الشكلية غير العقارية منها ، إذ لو أراد المشرع منع الطعن

(١) المادة (١/١٠) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ١٩٩٥ في ١٩٧١/٥/١٠.

(٢) ينظر : المادة (٥) الفقرة (٧) من قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ التي نصت بأنه (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه في الفقرة (٣) ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثني بقانون).

بها بدعوى الصورية لأتى بالنص على ذلك كما فعل بالنسبة للتصرفات العقارية إذا تم تسجيلها في الدائرة المختصة. هذا من جانب ومن جانب أخر فإن الأصل هو جواز الطعن بالصورية ما لم ينص المشرع بصريح نصه على عدم جواز الطعن بالصورية .

والتساؤل الأخر ماذا لو طعن بالصورية على تصرف عقاري قبل تسجيله وأثناء نظر المحكمة لدعوى الطعن بالصورية وقبل صدور حكم حاسم فيها يتولى طرفي العقد الصوري تسجيله في مديرية التسجيل العقاري ، فهل تحكم المحكمة بعدم جواز الطعن بالتصرف لتسجيله في مديرية التسجيل العقاري ؟ إننا نعتقد بأن الوقت الذي يحرم فيه سماع دعوى الصورية إذا أقيمت دعوى الطعن بعد تسجيل التصرف العقاري أما إذا أقيمت الدعوى قبل التسجيل ولو تم أثناء سير الدعوى فإن ذلك لا يمنع من السير في الدعوى الصورية ، ولأن طرفي العقد الصوري في هذه الحالة يكونا سيئا النية ليمنعا الطعن بتصرفهما بالصورية ولا يمكن أن يكافئا على سوء نيتهما بامتناع القاضي عن نظر الطعن بالصورية . و إن كنا نظن إن هذا الفرض نادرا حيث عادة ما يصدر القاضي أمره إلى مديرية التسجيل العقاري بوجوب وضع شارة تمنع إجراء أي تصرف على العقار لحين صدور حكم حاسم واكتسابه درجة البتات .

ثانيا : حجية العقد الصوري في الإثبات إذا كان رسميا

أي محرر حتى لو كان صوريا تكون له حجية على الناس كافة بما دون فيه من وقائع انطلاقا من استقرار المعاملات وإضفاء الاحترام على

الرسمية في العقود والمحررات ومن هنا منع المشرع من الطعن في أي محرر رسمي إلا بالتزوير. سواء أجاءت الرسمية من كاتب العدل أو من قاضي أو أي موظف أخر ضمن حدود اختصاصه بتأييد وتصديق هذا المحرر ، وهو ما نصت عليه الفقرة (أولا) من المادة (٢٢) من قانون الإثبات بقولها (السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا ، أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها طبقا لأحكام هذا القانون) .

وبصدد شرح موجز لهذا النص فإن هنالك نوعين من الوقائع أو البيانات المتضمنة للسند الرسمي الأولى البيانات الصادرة من الموظف الرسمي والتي قام بتدوينها ضمن خطوط مهمته واختصاصه وكذلك التي صدرت من أصحاب السند الرسمي بحضور الموظف كواقعة الإمضاء أو البصمة فتلك الوقائع تكتسب صفة الرسمية وتعد حجة على الناس كافة ولا يمكن دحض حقيقتها إلا بالتزوير ، أما البيانات التي أدلى بها أولي الشأن ولم تحصل بحضور الموظف المختص فليست لها صفة الرسمية ولا تلحقها الحصانة . ففي العقد الصوري إذا تم تحريره كتابة وهو مجال بحثنا إن كانت الوقائع المقر بها أمام الموظف لم تقع بحضوره كإقرار البائع بتسلم الثمن أو إقرار المشتري بتسلم المبيع أي عدم اتجاه أرادة أي من طرفي العقد الصوري نحو إنشاء اثر قانوني عن العقد فكل تلك البيانات تقبل إثبات العكس بسائر طرائق الإثبات

القانونية[١].

وعلى خلاف ذلك قضت محكمة بداءة الموصل في حكم لها غير منشور قالت فيه (كانت هذه المحكمة قد أصدرت حكمها الحضوري في الدعوى المرقمة... برد دعوى المدعي وعلى اثر تمييزه من قبل وكيل المدعي فقد أعيدت منقوضة من قبل محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية وقد أجرت المحكمة المرافعة الحضورية والعلنية ، كما جلبت المحكمة اضبارة الإجراء المستعجل من هذه المحكمة ومن تدقيقها تبين إنها مقدمة من طالب الإجراء المستعجل (ض) (المدعي في هذه الدعوى) على المطلوب الإجراء المستعجل ضدها (ن) مورثة المتداعيين في هذه الدعوى تضمنت الاضبارة المذكورة تصديق المحكمة لبصمة إبهام المطلوب الإجراء المستعجل ضدها وتوقيع طالب الإجراء المثبتين في عقد البيع والشراء الخارجي والمؤرخ في ٢٠٠٨/٨/٣، وقد صدقت إقرارهما في اضبارة الإجراء من قبل المحكمة بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٧، وحيث تبين للمحكمة بأن وكيل المدعى عليهم والأشخاص الثالثة قد وقع في تناقض بأقواله فقد دفع بالصورية لعقد البيع والشراء التحريري في جلسات المرافعة ثم رجع في الدعوى البدائية المجلوبة ٢٠٠٩/٨٩٨٠ والصادر بها حكم بالرد والمصدق تمييزا حيث طلب اعتبار عقد البيع بين مورث موكليه وبين المدعي هبة....) [٢].

ثم صدق هذا الحكم تمييزا من غرفة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية حيث جاء في قرارها التمييزي بأنه (ولدى عطف النظر إلى الحكم

(١) د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص ١٠٨ .

(٢) حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد ٢٠٠٩/٤٤١٩ في ٢٠١١/٤/٤، غير منشور .

المميز وجد أنه صحيح وموافق لأحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ لتوفر شروط التمليك الواردة في أحكام القرار المشار إليه وذلك لثبوت البيع واستلام مورثة المدعى عليهم كامل بدل البيع بموجب اضبارة الإجراء المستعجل، ونكول المدعى عليهم عن استعدادهم إكمال معاملة البيع في مديرية التسجيل العقاري المختصة وسكن المدعي في الدار موضوع الدعوى دون معارضة من المدعى عليهم) [١].

والملاحظ على هذه الأحكام أنها جانبت الصواب في قضائها إذ أنها قضت بحجية السند الرسمي بغض النظر عن صورية بعض الوقائع كعدم اتجاه أرادة الطرفين وواقعة تسليم ثمن المبيع ، إذ كان ينبغي عليها أن تجري تحقيقا قضائيا للتحقق من الدفع بالصورية وفق ما عينته قواعد قانون الإثبات.

المطلب الثالث

تقادم دعوى الصورية

يتجه جانب من الفقه إلى أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء أقيمت من جانب احد الطرفين أو من الغير ذلك لان دعوى الصورية غرضها والفائدة منها الوصول إلى إثبات أن العقد الظاهر غير حقيقي والصورية تلك حالة قائمة ومستمرة فلا يعني مرور الزمان عليها أن تغيرها وينقلب العقد الصوري غير الحقيقي إلى عقد حقيقي، إذن فيجوز لكل ذي مصلحة الطعن بالصورية سواء أتم ذلك بدعوى أو بصورة دفع في مواجهة من يتمسك بالصورية دون أن يكون للأخير الحق بالدفع بالتقادم. إلا أن ذلك لا يغدو بفائدة عملية إذا تضمنت دعوى الصورية أركان دعوى أخرى كالدفع بالتقادم المكسب إذا بقي المدعى عليه حائزا للشيء المدة التي قررها المشرع أصبح

(١) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد/١٢٨/ت/ب/٢٠١١ في٢٨/٤/٢٠١١، غير منشور.

مالكا لها بالتقادم المكسب أو إذا طعن ورثة في تصرف مورثهم ببيع صوري يخفي وصية مستترة لبطلان الوصية، فإذا انقضت المدة القانونية للزمان المانع من سماع دعوى البطلان فترد دعوى البطلان للتقادم ورد معها دعوى الصورية رغم عدم انقضائها لعدم الجدوى من الح،،كم بصورية البيع الساتر للوصية[١].

بينما يذهب رأي أخر إلى سقوط دعوى الصورية بالتقادم دون الدفع بالصورية[٢]، لان موعد تقادم الدفع لا يبدأ إلا من الوقت الذي يتمكن فيه صاحبه من إبداءه ومن له حق الدفع لا يمكنه مباشرته إلا من يوم إقامة الدعوى ومن هنا تقررت قاعدة إن الدفوع لا تسقط بالتقادم ووفقا لأصحاب هذا الرأي فإن الدعوى الصورية رغم سقوطها بمضي خمسة عشر سنة إلا انه اذا طالب البائع الصوري المشتري بالثمن بعد خمسة عشر سنة على إبرام التصرف كان للمشتري أن يدفع بصورية البيع .

ويبرر أصحاب هذا الرأي بقولهم بسقوط دعوى الصورية بالتقادم بعدة مبررات منها المحافظة على استقرار التعامل في العقود التي تتطلب التقيد بأحكام مرور الزمان إضافة إلى أن استثناء دعوى الصورية من سقوطها بالتقادم يخالف القاعدة القاضية بأن الدعاوى والحقوق جميعا يمنع سماع الدعاوى الناشئة عنها إذا مر الزمان المانع من سماعها[٣].

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١١٠٧– ١١٠٨؛ د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص٥١٨؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٥٨ ؛ أنور طلبة، مصدر سابق، ص ١١٥ .

(٢) ينظر: الاتجاهات الفقهية الفرنسية التي أشار إليها: عبد الباقي البكري، المصدر السابق، نفس الصفحة.

(٣) د.أيمن أبو العيال والاتجاهات القضائية التي أشار إليها، مصدر سابق، ص ٦٤ وما بعدها .

وبرأينا فإننا نؤيد أصحاب هذا الاتجاه ومما قد يعزز من أدلة هذا الرأي انه لم يرد نص في القانون يدعم بما ذهب أصحاب الرأي الأول ويستثني دعوى الصورية من حكم مرور الزمان المانع من سماع الدعوى .

المبحث الرابع

مكانة دعوى الصورية من وسائل الضمان الشخصي الأخرى

وسائل الضمان الشخصية التي اقرها المشرع للحفاظ على حقوق الدائنين هي بمجملها تبغي المحافظة على أموال المدين أو على حقوقه تمهيدا للتنفيذ عليها فالغرض منها حماية حقوق الدائنين بمنع إهمال المدين أو غشه أو سوء نيته ، ووسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين قررها القانون المدني بخمسة وسائل منها ثلاث دعاوى وإجراءان والدعاوى هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ودعوى الصورية، وأما إجراءات الضمان فهي الحق في الحبس والحجر على المدين المفلس، والملاحظ إن المشرع قد شرح أحكام وسائل الضمان باستثناء دعوى الصورية في باب أثار الالتزام في المواد من (٢٦١ إلى ٢٨٤)، أما دعوى الصورية فقد تناول المشرع لأحكامها في أثار العقد في الفرع الثاني من الفصل الأول المخصص للعقد حيث تناول أحكامها بثلاث مواد[١].

وحسبنا أن يقتصر بحثنا على المقارنة بين دعوى الصورية وتبيان مكانتها من أوجه الشبه والخلاف بينها وبين دعويي الضمان الأخرى وهي

(١) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج٢، ص ٨٨ وما بعدها .

دعوى عدم نفاذ التصرف المدين والدعوى غير المباشرة بمطلب لكل منهما وكالآتي:

المطلب الأول

مقارنة دعوى الصورية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين

تتشابه الدعويين في عدة نواحي وتختلفان عن بعضهما البعض في أمور أكثر :

الفرع الأول : أوجه الشبه

١- من حيث الهدف من إقامة الدعوى ، ففي كلتاهما الغرض منهما منع المدين من تهريب أمواله ليحول دون استيفاء الدائنين لحقوقهم .

٢- من حيث النتيجة. إن كسب الدائن لأي من الدعويين فإن تصرف المدين الجدي في دعوى عدم نفاذ التصرف والتصرف الظاهري في دعوى الصورية لن يكونا نافذين في حق الدائن.

٣- من حيث اثر الحكم الصادر بالنسبة إلى الدائنين. ففي كلتا الدعويين يتعدى اثر الحكم الصادر سواء بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه أو الحكم بصورية التصرف الظاهري فلسوف يتعدى اثر الحكم الصادر لمصلحة المحكوم له إلى بقية الدائنين حتى وان لم يشترك بعضهم في إقامة الدعوى أو لم يدخل خصما فيها تجاه المدين[١].

الفرع الثاني : أوجه الفرق

١- إن دعوى الصورية يرفعا الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة ،

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١١١٦؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٣٦٣.

أما دعوى عدم نفاذ التصرف فلا يرفعها إلا الدائن والعلة في ذلك أن دعوى عدم نفاذ التصرف تقع ضمن نطاق المحافظة على الضمان العام ولا تخرج عنه والغرض منها هو عدم نفاذ التصرف الضار الصادر عن المدين المعسر تجاه دائنه بخلاف دعوى الصورية الذي يتعدى هدفها إلى المحافظة على الضمان العام فالصورية تؤدي إلى الإضرار بأشخاص هم غير المدينين وهي وسيلة للتحايل على القانون ضد مصلحة احد المتعاقدين أو غيرهما كالدولة والشفيع لذلك فهي اعم واشمل من أن تكون من وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين ولهذا السبب فإن دعوى الصورية يرفعها كل ذي مصلحة في إثبات الصورية سواء أكان دائنا أم متعاقدا أم خلفا أو من الغير[١].

٢- في دعوى عدم نفاذ التصرف يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وخاليا من النزاع بحكم كون هذه الدعوى اقرب كونها تنفيذية من اعتبارها إجراءً تحفظيا ، أما في دعوى الصورية فلا يشترط في الحق سوى أن يكون خاليا من النزاع ولا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء فيجوز أن يكون الحق مضافا إلى اجل أو معلقا على شرط واقف لكي يتم الطعن بالصورية إلا إذا كان الحق متنازعا عليه وهنا يجب على الدائن التريث في إقامة الدعوى وعلى المحكمة عند نظر دعوى الصورية في هذا الفرض التوقف إجراءاتها واستئخارها لحين البت في النزاع في عائدية الحق بحكم أو اتفاق.

٣- يشترط في دعوى عدم نفاذ تصرفا المدين أن يكون حق الدائن سابقا بالتاريخ على التصرف المطعون فيه ، أما في دعوى الصورية فلا يشترط فيها ذلك ؛ لأن الغرض منها هو الحكم بعدم وجود التصرف

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١١٨ ؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٦٤ – ٣٦٥ ؛ حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٥٠ .

الظاهر ولا علاقة لذلك بتاريخ نشوء الحق.

٤- من شروط دعوى عدم نفاذ التصرف إثبات الدائن أن التصرف المطعون فيه قد أدى إلى إعسار المدين أو من شأنه أن يزيد من إعساره ، بخلاف الدعوى الصورية فلا يشترط فيها أن يكون التصرف الصوري أن يتسبب بإعسار المدين أو من شأنه الزيادة في هذا الإعسار لان الغرض من دعوى الصورية إثبات حقيقة أن التصرف الصوري لا وجود له وهذا لا علاقة له البتة بموضوع إعسار المدين لذلك يجوز للدائن أن يطعن بالتصرف الصوري حتى لو كان مدينه موسرا وان كانت الناحية العملية تنبئ بأن الدائن لا يطعن بصورية التصرف إلا عند إعسار المدين(١).

٥- دعوى الصورية لا تستلزم غشا فالتصرف يمكن أن يكون صوريا ولم يتضمن قصد الإضرار بأحد ، أما دعوى عدم نفاذ التصرف فيجب على الدائن إثبات غش المدين وتواطئه مع من صدر له التصرف(٢).

٦- دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم لان الغرض منها تقرير واقع الحال التصرف الظاهري، أما دعوى البوليصية فتسقط بالتقادم .

٧- يكون للمدين في البيع الصوري استرداد العين المبيعة على اعتبار أنها لا تزال في ملكه، أما في دعوى البوليصية لا يكون له استرداد العين التي باعها إضرارا بدائنه عند الحكم في دعوى عدم نفاذ التصرف لان تصرفه بالبيع كان جديا على انه يكون للدائنين التنفيذ بحقوقهم على هذه العين عندما تحكم المحكمة لصالحهم حتى وان تخلى المدين عمدا

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١١٨-١١١٩؛ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٦٤ – ٣٦٥ .

(٢) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٣٦٥ ؛ حسين المؤمن، مصدر سابق ص٥٠ .

عن استرداد تلك العين على اعتبار أنها من عناصر الضمان العام[١].

٨- في البيع الصوري إذا تنازع دائن البائع مع دائن المشتري قدم دائن المشتري لأنه المتمسك بالعقد الظاهر، أما في دعوى عدم نفاذ التصرف إذا باع المدين شيئا إضرارا بدائنه اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن وتقدم الأخير في استيفاء حقه من العين المبيعة على دائن المشتري .

ويرى العلامة السنهوري غير آبه هذه النتيجة بالقول (لان دائن البائع لا يتحمل اثر تصرف جدي صدر من مدينه ويتحمل في الوقت ذاته اثر هذا التصرف ولو كان صوريا وكان الأولى هو العكس. ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صوري فلا تخلو الحال من احد أمرين :

أ- أما أن يكون المدين متواطئا مع المشتري بقصد الإضرار بالدائن وفي هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن في البيع بالصورية ويعتبر التصرف جديا فيطعن فيه بالدعوى البوليصية وقد توافرت شروطها فيقدم على دائن المشتري ولا يتحمل اثر تصرف صوري كما لا يتحمله لو كان التصرف جديا .

ب- وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشتري على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن وفي هذه الحالة لو كان العقد جديا لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذا من العقد الجدي) [٢].

مما تقدم يتبين أهم الفروق بين الدعويين ، وأوضح الفقه ملاحظات التي هي عبارة عن نصائح تقدم بها إلى الدائن الذي يجمع بين تلك الدعويين

(١) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٣٦٥ – ٣٦٦.

(٢) ينظر: هامش رقم (١)، د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٢١ .

في دعوى واحدة يقيمها أمام القضاء وهذه الملاحظات هي :

١- إذا طعن الدائن في دعوى واحدة في تصرف المدين المدعى عليه بالصورية وبالدعوى البوليصية فعليه أولا أن يبدأ بإثبات الصورية فإذا عجز انتقل إلى إثبات الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية .

٢- إذا جوز للدائن أقامة الدعويين معا في دعوى واحدة ونجح في إثبات الصورية كان له بعد ذلك الطعن بالعقد المستتر بدعوى عدم نفاذ التصرف فإذا نجح كان له كرة أخرى أن يثبت أن التصرف المطعون فيه بأنه هبة لكي يعفى من إثبات سوء نية كل من المدين والمتصرف إليه وهما الواهب والموهوب له .

٣- أما رفعهما بالتعاقب فيجوز بشرط أن يقيم دعوى الصورية أولا فإذا عجز عن إثباتها أقام بعد ذلك دعوى عدم نفاذ التصرف ولا يجوز أن تكون دعوى عدم نفاذ التصرف هي الأسبق لان فيها إقرار من الدائن بجدية التصرف فإذا اقر بجديته تناقض مع طعنه بالصورية بعد ذلك[١].

المطلب الثاني

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

تتشابه دعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة من حيث الغرض والشروط والحكم الصادر في كل من هذين الدعويين وأوجه التشابه هي :

١- من حيث الغرض / فكلتا الدعويين ترميان إلى منع تسرب مال المدين من منطقة الضمان العام .

(١) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٦٦ .

٢- من حيث الشروط/ لا يشترط في الحق إذا أراد رفع دعوى في أي منهما أن يكون دينه مستحق الأداء، أو كان اسبق بتاريخ نشوئه على التصرف المطعون فيه، أو على حق المدين الذي كان مهملا في استعماله واستعمله الدائن باسمه ونيابة عنه(١). فلو فرض أن مدينا باع شيئا مملوكا له بيعا صوريا فدائن البائع يمكنه أن يطعن بالبيع بالصورية دون أن يشترط في طعنه استحقاق تاريخ حقه أو أن يكون التصرف المطعون فيه سابقا بالنشوء من حيث التاريخ على حق الدائن الطاعن ، وأيضا يكون للدائن بدلا من الطعن بالصورية أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد الحقيقي بطريقة الدعوى غير المباشرة هي أيضا لا يشترط فيها أن يكون الحق سابقا على الحق الذي أهمل المدين في استعماله وسيصل إلى نفس النتيجة التي سيصل إليها في دعوى الصورية(٢).

٣- من حيث الحكم في الدعوى / لا يستأثر الدائن لوحده بالحكم الذي صدر لمصلحته في الدعويين وإنما يستفيد منه جميع الدائنين سواء بسواء من كان خصما في الدعوى منهم أو من يتدخل فيها أو لم يتدخل(٣).

أما من حيث الفرق فتختلف دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة في أن الصورية يرفعها الدائن باسمه وله إثبات واقعة الصورية بكل طرق الإثبات بخلاف الدعوى غير المباشرة فإن الدائن فيها يعمل نائبا عن مدينه . وعلى هذا الفرق تترتب الآثار الآتية :

(١) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٣٦١ .
(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٢٢ .
(٣) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٣٦١ .

١- إن الدائن في دعوى الصورية يكون له إثبات الصورية بكل طرائق الإثبات ، أما إذا رفع الدعوى غير المباشرة فهو لا يمكنه الإثبات إلا بالطرق التي يجوز لمدينه الدائن الإثبات بها.

٢- إذا طعن الدائن بالصورية لم يكن في حاجة إلى إثبات إعسار المدين ، بخلاف ما لو تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين فيجب عليه أن يثبت أن المدين سيصبح معسرا أو أن يزيد في إعساره إذا لم يتمسك بالعقد المستتر(١).

ولهذا يرى بعض الفقه انه من الأفضل للدائن رفع دعوى الصورية بدلا من الدعوى غير المباشرة نظرا لما توفره الدعوى الأولى من يسر في الإثبات بخلاف الدعوى غير المباشرة(٢).

وأرى أنه لا مانع يمنع الدائن من رفع الدعوى غير المباشرة إذا لم يفلح في إثبات الصورية في العقد لأنه في هذه المرة يحاول أن يدفع بالضمان بالتحرك لكن بدلا من الادعاء باسمه يتم العمل بواسطة مدينه الدائن .

(١) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٥١ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص١١٢٣؛ عبد الباقي البكري،المصدر السابق، ص٣٦٢.

الخاتمة :

توصل البحث في خاتمته إلى العديد من النتائج والتوصيات:

أ- النتائج: وأهمها ما يلي.

١- الصورية هي وضع ظاهر ومغاير يخفي عقدا حقيقيا يسعى الطرفان إلى عدم إظهاره أمام الغير إما للإضرار بهذا الغير أو بقصد التحايل على نصوص القانون الآمرة ، وتكون الصورية إما مطلقة أي تتعلق بالعقد الظاهري ويثبت العقد الصوري اتفاق أو ورقة وتسمى بورقة الضد ولا وجود للعقد المستتر البتة ، أما في الصورية النسبية فهي الصورية التي تستر عقدا لا يصل إلى حد إنكار الصورية بشكل كامل .

٢- تتميز الصورية عن التدليس في أن المتعاقدين فيها قد يكونا حسني النية بخلاف التدليس أو الغش فيقوم على عمل ينوي به احد المتعاقدين للإيقاع بالمتعاقد الأخر. وكذلك تختلف الصورية عن التعاقد بالتسخير في التسخير يكون العقد فيها جديا بخلاف الصورية التي فيها العقد ظاهرا .

٣- يشترط لتحقق الصورية شروطا أربع وهي وضع قانوني ظاهري إما أن يكون عقد أو تصرفا من جانب واحد ويجب أن يستكمل هذا التصرف شروطه القانونية . وان يكون هنالك عقد مستتر تتجه إرادة الطرفين إلى إخفائه بعقد ظاهر . أن تكون هنالك مغايرة بين العقد الحقيقي وبين العقد الصوري كلا أو جزءا. وأن تتحقق المعاصرة الذهنية بين طرفي العقد الصوري والعقد المستتر .

٤- يكون التصرف النافذ هو العقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين ولا اثر للعقد الظاهري فإذا كان التصرف الظاهري بيعا لم تنتقل الملكية إلى

المشتري ولا يملك البائع الثمن ويكون له بيع المبيع إلى مشتر ثان دون أن يكون للمشتري الأول الاحتجاج على البائع بدعوى ضمان التعرض وكذلك الأمر بالنسبة خلف المتعاقدين حيث يسري عليهما ما يسري على مورثيهما.

٥- أما حكم الصورية بالنسبة للخلف الخاص والدائنين العاديين وكل ذي مصلحة ممن لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما للمتعاقدين فيكون لهم التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية أي لا علم لهم بأن العقد الظاهر لهم بأنه عقد صوري .

٦- وإذا وقع هنالك تعارض بين مصالح الغير فتمسك بعضهم بالعقد الحقيقي وتمسك آخرون بالعقد الظاهري كانت الأولية بحسب حكم المادة (١٤٨) لمن تمسك بالعقد الظاهري رغم انه عقد غير حقيقي ومعدوم الوجود ولكن سبب تفضيل المشرع لمن يتمسك بالعقد الظاهري هو لحماية الأوضاع الظاهرة .

٧- الطعن بالصورية كما يرد في صورة دعوى يمكن أيضا أن يرد في صورة دفع ، والخصوم في دعوى الصورية هم أنفسهم أطراف العقد الصوري ويجوز أن تقام الدعوى من كل ذي مصلحة للتمسك بالعقد المستتر لإثبات والتوصل للحكم بأن العقد الظاهري هو عقد صوري، ويجري إثبات التصرف الصوري بين المتعاقدين بالكتابة فيما زاد على خمسة الآلاف دينار. أما بالنسبة إلى الغير فيكون له إثبات الصورية بكل وسائل الإثبات فالصورية بالنسبة له هي واقعة مادية يستحيل معها الإثبات بالكتابة.

٨- وفقا للقانون العراقي يكون للتصرف المسجل في دائرة التسجيل العقاري حجية مانعة من الطعن عليه بالصورية حتى وإن كان ذلك التصرف هو بالفعل تصرف صوري .

٩- اختلف الفقه في تقادم دعوى الصورية إلى رأيين الأول يذهب إلى عدم تقادم دعوى الصورية وذلك لان الغرض منها هو إثبات العقد الظاهر غير الحقيقي والصورية هي حالة مستمرة فلا يؤدي مرور الزمان إلى تحول التصرف الصوري إلى تصرف حقيقي . بينما يتجه رأي أخر إلى تقادم دعوى الصورية دون الدفع بالصورية ويبرر أصحاب هذا الرأي قولهم بحماية استقرار المعاملات .

ب-التوصيات: في المقام لهذا البحث نوصي بما يلي.

١- إلغاء نص المادة (١٤٩) الخاصة بحصانة التصرفات الواردة على العقار والمسجلة في مديرية التسجيل العقاري من الطعن بها بالصورية إذ لا تكفي إجراءات الشهر والتسجيل أن تدفع زعم الصورية عن التصرف العقاري كما أن النص المذكور يؤدي إلى تشجيع المورث على التحايل على أحكام الميراث بتفضيل وارث على آخر.

٢- إلغاء الفقرة الثانية من المادة(١٤٨) التي تنص بأن العقد الحقيقي هو العقد الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته ففيها تكرار للقواعد العامة ولا مبرر للنص عليها.

٣- وتيسيراً للإثبات من الطرف المتضرر من واقعة الصورية وقطعاً لاجتهادات القضاء يلزم تعديل أحكام قانون الإثبات للمتعاقد وللوارث إثبات صورية التصرف القانوني بكل وسائل الإثبات.

مصادر البحث :

أولا / الكتب :

١- المستشار أنور طلبة ، الصورية وأوراق الضد، الإسكندرية، دون ذكر مطبعة أو سنة طبع.

٢- د. أيمن أبو العيال ، الصورية ودعوى الطعن بها ، بحث منشور ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٠ ، العدد الأول ، ٢٠٠٤.

٣- د. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج٢ – أحكام الالتزام ، تقديم د. محمد سعيد الرحو ، دار وائل ، عمان ، ط٢ ، ٢٠٠٤.

٤- حسين المؤمن ، الصورية – المواضعة – وكيفية إثباتها ، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة، ١٩٥٠.

٥- د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢ ، طبع جامعة الموصل ، ١٩٩٧.

٦- أ. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣ ، مطبعة بغداد،١٩٧١م – ١٣٩١هـ

٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٣.

٨- د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري ، و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ ، أحكام الالتزام، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الموصل، ١٩٨٠.

٩- د. عبد المجيد الحكيم و أ.عبد الباقي البكري ، و أ. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج٢ ، مصادر الالتزام، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الموصل ، ١٩٨٠.
١٠- د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار ئاراس ، ط١، اربيل ، ٢٠٠٦.

ثانيا / التشريعات:

١. قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤
٢. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
٣. القانون المدني العراقي
٤. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٥. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٧ .
٦. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

ثالثا / القرارات القضائية :

١. حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد ٢٠٠٩/٨٩٩٠ في ٢٠٠٩/١٢/٢٩ ، غير منشور.
٢. قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٢٦/ج٩٦٩/٢ في ١٩٦٩/١٢/٢٧ ، منشور في مجلة قضاء محكمة التمييز المجلد ٦ .
٣. حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد ١٠٧٠٤ في ٢٠١٢/٥/٢٦، غير منشور.
٤. قرار محكمة التمييز بالعدد ١٩٤١/١٦٤٠ في ١٩٤٢/١/١٥ ، منشور في مجلة القضاء ، السنة الأولى ، العدد الثاني .
٥. حكم محكمة البداءة بالعدد ٢٠٠٩/٤٤١٩ في ٢٠١١/٤/٤ ، غير منشور
٦. قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد / ١٢٨ / ت / ب / ٢٠١١ في ٢٠١١/٤/٢٨ ، غير منشور.

الملخص:

الصورية هي وسيلة أخرى اختطها المشرع لحماية الضمان العام للدائنين، وبموجبها يكون هناك يكون هناك تصرف بكل ما للتصرف القانوني من معنى، ولكنه ليس بالتصرف الحقيقي ولم تتجه إليه نية طرفي التعاقد بل هو غطاء وستر لتعاقد آخر أو تصرف صدر من أحدهم وهو المتصرف إليه إما للإضرار بالدائنين أو للتحايل على أحكام القانون التي من النظام العام وهي بهذا المفهوم تتجاوز عن كونها من وسائل الضمان العام للدائنين، وقد يكون ذلك مُفسِراً لسبب عدم إدراج أحكامها دعاوى الضمان العام كعدم نفاذ التصرف أو الدعوى غير المباشرة، وهو ما سيأتي من تفصيل لأحكامها.

ABSTRACT :

Simulated is another way need legislator to protect public security for creditors and under which there will be themeaning of legal disposal of the meaning, but not the real act and did not turn to him the intention of the parties to the contract it is a cover and for the contract last or disposal issued by one of them and is disposed to him either to harm creditors or to circumvent the provisions of the law of public order which this concept beyond being of public security to creditors, possibly explaining the reason for not rulings public warranty claims included such as not force to act or proceeding indirect, which will come from the breakdown of its provisions