إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير

بحث تقدم به

أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم

الحلبوسي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير

أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم

الحلبوسي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

الملخص:

يقوم المتعاقد الحقيقي أحياناً بالاختفاء وراء شخص آخر يظهر وكأنه من يبرم العقد، أما بهدف التحايل على القانون الذي يمنعه من إبرام عقد معين أو لأنه يريد أن يخفي شخصيته عن الطرف الآخر في العقد. وتسمى هذه العملية التعاقد بطريق التسخير. وتبرز أهمية هذا الموضوع من خلال كثرة انتشاره واتساع تطبيقاته في الواقع العملي. وأبرز إشكالية يحاول هذا البحث أن يجيب عنها هي إشكالية مشروعية التعاقد بطريق التسخير.

Abstract

Concluding legal disposition though pseudonym.

Sometimes, the real contactor tries to use another name (assumed name) to conclude a contact, either to defraud the law, which prevents him from concluding a certain contact, or to hide his character from the other party in the contact. This procedure is called contracting through pseudonym. The importance of this

subject comes to the for through its widespread use and extended in the practical reality. The most prominent problem which this research. Tries to solve the problem of the contract legitimacy through pseudonym.

المقدمة

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يشاء من تصرفات قانونية لإشباع ما تقتضيه حياته من أموال وسلع وخدمات وذلك في حدود ما تسمح به قواعد النظام العام والآداب. ولكن بعض الأشخاص لا يمكنهم أن يبرموا بأنفسهم التصرفات القانونية التي تقتضي مصالحهم إبرامها، أما لأن الشخص لا يملك الأهلية التي يتطلبها القانون لمباشرة التصرف القانوني كأن يكون صغيراً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً، وأما لأنه يتمتع بأهلية الأداء الكاملة اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية ولكنه لا يستطيع إبرام التصرف بنفسه أما لعدم خبرته أو لعدم امتلاكه الكفاءة الفنية لإبرام مثل هذا التصرف الذي يتطلب قدر معين من المؤهلات الفنية أو العلمية والخبرة العملية، وأما لعدم تفرغ الشخص لمباشرة التصرف القانوني بنفسه. وأما لبعده عن المكان الذي يفترض أن يبرم فيه التصرف. ففي كل الأحوال المتقدمة لابد أن ينوب شخص آخر عن هذا الشخص في إبرام التصرف القانوني الذي لم يستطيع أن يباشره بنفسه. فعندما يكون الشخص لا يملك أهلية الأداء الكاملة لانعدام أو نقصان تمييزه فإن القانون يحدد شخص معين (الولي أو الوصي) ويحدد صلاحياته لإبرام التصرفات القانونية التي تنصرف آثارها (الحقوق والالتزامات) إلى ذمة من لم تتوفر لديه أهلية الأداء الكاملة. وعندما يملك الشخص أهلية الأداء الكاملة لكن ظروفه الخاصة تجعل من العسير عليه أن يبرم بنفسه التصرف القانوني، فإن القانون يسمح لهذا الشخص بأن يوكل شخص آخر يباشر هذا التصرف، وإذا ابرم الوكيل التصرف ضمن صلاحياته المحددة في عقد الوكالة، فإن آثار هذا التصرف من الحقوق والالتزامات تترتب في ذمة الأصيل (الموكل). ولكن أحياناً يكون الشخص متمتع بأهلية الأداء الكاملة وظروفه تسمح له بإبرام التصرف القانوني ومع ذلك لا يستطيع هذا الشخص أن يبرم التصرف القانوني لا بنفسه ولا حتى بإنابة غيره، لأن القانون

يمنعه من مباشرة هذا التصرف وبعبارة أخرى لأن القانون يتطلب شروط معينة خاصة فيمن يريد إبرام مثل هذا التصرف. هذه الشروط الخاصة هي غير الشروط العامة اللازمة لصحة كل تصرف قانوني والمتمثلة بتوفر الأهلية الكاملة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة وكون محل التصرف معين أو قابل للتعيين النافي للجهالة وجاز التعامل فيه السبب الباعث الدافع إلى إبرام التصرف مشروع أي مخالف للقانون ولا لقواعد النظام العام والآداب. والشخص قد تتوافر لديه الشروط العامة لصحة التصرف لكنه يفتقد إلى الشروط الخاصة التي يتطلبها القانون لصحة أنواع معينة من التصرفات القانونية ولذلك لا يستطيع مثل هذا الشخص أن يبرم مثل هذه التصرفات بنفسه كما إنه لا يستطيع أن يوكل غيره ليبرم له مثل هذه التصرفات لأن آثار التصرف سوف تتصرف إليه بعد انتهاء الوكيل من مهمته فيكون كأنه إبرام بنفسه التصرف الذي منعه القانون من مباشرته. وفي مثل الأحوال يلجأ هذا الشخص إلى الاحتيال على النص الذي يمنعه من إبرام التصرف القانوني الذي تقتضي مصلحته الوصول إلى إبرامه. وذلك بأن يلجأ إلى شخص آخر تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون ويمده بالمال اللازم لإبرام التصرف القانوني. بحيث يظهر هذا الشخص وكأنه يبرم التصرف القانوني لحسابه الخاص وفي الحقيقة ما هو إلا ستار اختفى ورائه المتعاقد الحقيقي الممنوع أصلاً من التعاقد، فهذا الأخير من الناحية الواقعية هو من يستفيد من العملية التعاقدية. وواضح أن هذه العملية تختلف عن الوكالة، فالوكيل يكشف عن صفته كوكيل وهو يبرم التصرف باسم الموكل الأصيل ولذلك تتصرف آثار التصرف من الحقوق والالتزامات إلى الموكل، في حين إن المتعاقد الظاهر في هذه العملية الاحتيالية قد يكشف عن صفته ويعلم الطرف الآخر في التصرف بأنه ليس المتعاقد الحقيقي وقد لا يكشف عن ذلك، كما إن هذا المتعاقد حسب ما يبدو في الظاهر يبرم التصرف باسمه ولحسابه الخاص.

ويجب التأكيد إلى إن لجوء المتعاقد الحقيقي إلى الاختفاء وراء شخص آخر يظهر وكأنه من يبرم العقد، ليس الغرض منه دائماً الاحتيال على القانون الذي يمنعه من إبرام هذا العقد، بل أحياناً القانون يسمح للشخص بأن يبرم عقد معين ومع ذلك يخفي شخصيته وراء شخص آخر يظهر في العقد بدلاً عنه، وذلك لأنه يريد أن يخفي

شخصيته عن الطرف الآخر في العقد أو لأنه يريد أن لا يعلم الغير بأنه أبرم مثل هذا العقد ولذلك لأسباب خاصة به.

تسمى هذه العملية، سواء كان الغرض منها الاحتيال على القانون والتهرب من أحكامه أو لم يكن غرضها كذلك، بالتعاقد بطريق التسخير ويسمى المتعاقد الظاهر بالمسخر وأحياناً يسمى بصاحب الاسم المستعار.

وتبرز أهمية موضوع التعاقد بطريق التسخير، والتي دفعتنا للبحث فيه، من خلال كثرة انتشاره واتساع تطبيقاته في الواقع العلمي. وان أبرز إشكالية يثيرها موضع التعاقد بطريق التسخير هي إشكالية مشروعية التعاقد، فهل العقد الذي أبرم بواسطة شخص مسخر صحيح من الناحية القانونية أم غير صحيح؟ ولا يمكن الجزم بإجابة موحدة عن هذا التساؤل إذ يختلف الحكم من تطبيق إلى آخر خاصة وان اكتساء التصرف القانوني، والذي تم عن طريق شخص مسخر، بشكلية معينة قد يكسبه حصانة ضد الطعن في مشروعيته كما هو الحال في تطبيق شراء العقار عن طريق شخص مسخر إذا تم تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري، الأمر الذي يتطلب بحث أبرز تطبيقات التعاقد بطريق التسخير للوقوف على مدى مشروعيته.

وقبل الدخول في هذه التطبيقات لابد من التسليم بأن في هذا الموضوع خلافات حول المصطلح القانوني المستخدم للتعبير عن حالة إخفاء المتعاقد الحقيقي شخصيته وراء اسم متعاقد آخر ظهر بدلاً عنه، إذ ورد مصطلحان بشكل عام هما مصطلح تسخير الشخص (INTERPOSTION DE PERSONNE) ومصطلح الاسم المستعار ولهذا ستكون خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تسخير الشخص والاسم المستعار.

المبحث الثاني: شراء العقار بطريق التسخير.

المبحث الثالث: تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير.

المبحث الأول

تسخير الشخص والاسم المستعار

ظهر على صعيد الفقه القانوني مصطلحان للتعبير عن حالة كون أحد طرفي العقد ليس هو المتعاقد الحقيقي إنما هو متعاقد فقط حسب الظاهر أما في الحقيقة فهناك

متعاقد آخر اختفى واستتر وراء هذا المتعاقد الظاهر، هذان المصطلحان هما مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار. فيقال أحياناً إن المتعاقد الحقيقي سخر شخص آخر ليظهر في العقد بدلاً عنه، ويقال في أحياناً أخرى إن من ظهر باعتباره طرفاً في العقد ما هو إلا اسم استعاره المتعاقد الحقيقي ليختفي ورائه.

ويعد جانب من الفقه مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار مصطلحين مترادفين. لذا يفضل هذا الجانب من الفقه عدم التمييز بين هذين المصطلحين وعدم استخراج نتائج من ذلك التمييز خاصة ما يتعلق منها بصحة التصرف[1].

ولكن الرأي السائد هو أن هذين المصطلحين ليسا مترادفين لذا فإن السؤال الذي ينبغي الإجابة عنه هو: ما هو معيار التمييز بين هذين المصطلحين؟ وما هي أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق التسخير والتعاقد بطريق الاسم المستعار، إذا كان هناك معيار للتمييز بينهما؟ وهذا ما سنجيب عليه في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: معيار التمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق تسخير الشخص والتعاقد بطريق الاسم المستعار.

المطلب الأول

معيار التمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار

---

(1) Boulangen (j.) Simulation, Dalloz- Repertoire de civil, Tome 5, J.G.D, Paris, 1955, n.10.

د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٤٤، ص١٥٤.

د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧، ص٢٥٣.

د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٢ ص١١٨.

د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٨٣، ص٢٨٩.

اختلف الفقه في المعيار الذي يميز تسخير الشخص عن الاسم المستعار إذ يرى معظم الفقهاء أن علم المتعاقد الآخر هو معيار التمييز بينهما. فإذا كان المتعاقد الآخر يعرض شخص المتعاقد الحقيقي وتواطأ معه على إخفاء شخصيته تحت اسم من تعاقد معه في الظاهر، فنكون أمام حالة تسخير الشخص (INTERPOSTION DE PERSONNE) بالمعنى الدقيق للمصطلح. أما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم أن من تعاقد معه هو مجرد شخص مسخر اختفت خلفه شخصية المتعاقد الحقيقي، فنكون أمام حالة الاسم المستعار (PRETE-NOM)[٢].

واقترح بعض الفقه معيار آخر للتمييز بين تسخير الشخص والاسم المستعار، وأساس المعيار المقترح هو طبيعة العقد المراد إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي فيه. فإذا كان العقد معاوضة نكون أمام حالة الاسم المستعار، أما إذا تعلق الأمر بعقد تبرع فنكون أمام حالة تسخير الشخص. وقد أراد بعض من قال بهذا المعيار الخروج منه بالنتيجة الآتية: يكون تسخير الشخص في الهبات غير مشروع لأن الغرض منه الالتفاف على أحكام القانون، وعلى العكس يكون اتفاق الاسم المستعار بصورة عامة مشروعاً. ولا يرتكز هذا المعيار على أي أساس منطقي وان كان يفيد في تسهيل

---

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٠٧٦، هامش/١.

د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، أحكام الالتزام، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص١٧٢-١٧٣.

د. عبد باقي البكري: شرح القانون المدني، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص٣٢٨.

د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص١٠٥-١٠٦.

د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٨، ص٨١٠.

المصطلح. وكما لا يمكن قبول النتيجة التي استخرجها البعض منه، فكيف يمكن تبرير عدم مشروعية تسخير الشخص ومشروعية اتفاق الاسم المستعار[٣].

والرأي الراجح هو الأخذ بمعيار تواطأ المتعاقد الأخر مع المتعاقد الظاهر المسخر للتفرقة بين مصطلح تسخير الشخص ومصطلح الاسم المستعار. ففي حالة تسخير الشخص يبرم المسخر العقد مع شخص تواطأ معه على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي أما في حالة الاسم المستعار فإن المسخر (صاحب الاسم المستعار) يتعاقد مع شخص يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو من سخره (استعار اسمه). هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، فإن المسخر في التعاقد بطريق التسخير يبرم في الحقيقة عقدين، تنتقل بأحدهما ملكية الشيء محل العقد إلى المسخر لينقلها بالعقد اللاحق إلى الممنوع من التعاقد. أما في الاسم المستعار فإن المسخر (الذي استعار المتعاقد الحقيقي اسمه ليختفي ورائه) يبرم ثلاثة عقود جدية: الأول: عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن شخص آخر في إجراء تصرف مبين في عقد الوكالة.

والثاني: عقد يبرمه المسخر لحساب موكله ولكن باسمه هو ودون أن يكشف عن صفته باعتباره وكيل عن شخص آخر بل يظهر وكأنه يتعاقد باعتباره الطرف الأصيل في العقد ولذلك تنتقل إليه آثار هذا العقد. والعقد الثالث: هو عقد يبرمه المسخر مع موكله (من سخره) لينقل به آلية آثار العقد الذي سبق أن أبرمه لحسابه.

ونجد في بعض تطبيقات الاسم المستعار ثلاثة عقود أيضاً أحدها عقد ظاهر صوري غير جدي، ولكن هذه العقود الثلاثة ليس بنفس طبيعة أطراف العقود الثلاثة التي ذكرناها أعلاه، العقد الأول: عقد وكالة بين مالك الشيء وبين شخص آخر (المستعير للاسم) يكون فيه هذا الشخص وكيلاً عن المالك في بيع الشيء. والعقد الثاني: عقد بيع يبرمه الوكيل (المستعير للاسم) باسم موكله (مالك الشيء) ولحساب موكله، ينقل بموجبه ملكية الشيء إلى صاحب الاسم المستعار على اعتبار إن هذا الأخير مشتري، وعقد البيع هذا هو عقد صوري لأن المشتري الحقيقي ليس هو

---

(3) Dagot (M.), la Simulation en droit prive, These. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1967, n 117.

المشتري الظاهر في العقد بل هو الوكيل الذي يمنعه القانون من شراء المال الموكل ببيعه، فهذا الأخير هو الذي دفع في الحقيقة الثمن وما المشتري الذي ظهر في العقد إلا ستار استعاره ليختفي وراءه ويتجنب بالتالي المنع القانوني.

أما العقد الثالث: فهو العقد الذي يبرمه صاحب الاسم المستعار (المشتري الظاهر في العقد الثاني) مع المستعير المسخر (الوكيل الممنوع قانوناً من شراء المال الموكل ببيعه)، لتنتقل به ملكية الشيء إلى المستعير الممنوع من شرائه.

ونجد هذا التطبيق في الحالة المنصوص عليها في المادة (٥٩٢) مدني عراقي، والتي منعت الوكلاء، ومن قد ينوب عن الغير في بيع المال هذا الغير كمدير الشركة والموظف العام والحارس القضائي والسماسرة والخبراء، من شراء الأموال المعهود إليهم بيعها من قبل من أنابهم في ذلك، وعلة المنع هي أن النائب يتحكم في مصلحتين متعارضتين: مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً ومصلحة الأصيل باعتباره بائعاً. وهذا التعارض بين المصلحتين لا تتيسر معه الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل، لأن النائب سيحابي نفسه على حساب الأصيل[٤].

قلنا إنه في بعض تطبيقات الاسم المستعار، كحالة شراء الوكيل للمال الموكل ببيعه باسم المستعار، توجد ثلاثة عقود. وان العقد الثالث هو العقد الذي يبرمه صاحب الاسم المستعار (والذي سبق أن اشترى المال لنفسه من الوكيل بعقد ضروري) مع المسخر (الوكيل الممنوع قانوناً من شراء المال الموكل ببيعه) لينقل به ملكية الشيء إلى هذا الأخير الممنوع من شرائه. ولكن نجد إن محكمة التمييز قد تجاوزت هذا الإطار الفني لفرضية الاسم المستعار في بعض قراراتها والخاصة بشراء الوكيل للمال الموكل ببيعه باسم مستعار[٥]. فلكي تتحقق حالة الاسم المستعار يجب أن

---

[٤] د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠، ص٣٦٥.

[٥] من ذلك ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٧٦/موسوعة أولى/٨٧/٨٦ في ١٩٨٧/١٢/٢٩ والذي جاء فيه (إن المادة ٥٩٢ من القانون المدني منعت شراء الوكلاء أموال موكليهم ولو بطريق العلني لا بأنفسهم ولا باسم مستعار. والعلة في ذلك هي خشية الأضرار بالموكل لذا فإن باع الوكيل ملك موكله إلى أخيه ببدل يزيد على نصف قيمته وبفارق ضئيل جداً

يقوم صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه في الظاهر إلى الوكيل الممنوع من الشراء. وحسب وقائع الدعاوى التي أصدرت فيها محكمة التمييز أحكامها، لم يقم صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه في الظاهر إلى الوكيل. وعدم التزام محكمة التمييز بالإطار الفني لفرضية الاسم المستعار باعثة الحيلولة دون الأضرار بالغير (الموكل)، وعلى اعتبار إن صاحب الاسم المستعار (المشتري الظاهر من الوكيل). وعلى العكس مما تقدم نجد أحياناً إن محكمة التمييز تتشدد فتشترط لتحقق حالة الاسم المستعار قيام صاحب الاسم المستعار بنقل ملكية ما اشتراه إلى الشخص الممنوع من الشراء (الوكيل)[٦].

ويتضح من المقارنة بين اتجاهي محكمة التمييز اللذين تقد ذكرهما، أن محكمة التمييز تتخذ من علاقة القرابة بين صاحب الاسم المستعار وبين الشخص الممنوع من الشراء (الوكيل) قرينه على إن صاحب الاسم المستعار سيقوم في المستقبل بنقل ملكية الشيء الذي اشتراه في الظاهر إلى من قام المانع في جانبه (الوكيل)[٧].

المطلب الثاني

فيكون هذا البيع من قبيل شراء الوكيل لنفسه تحت اسم مستعار وهو محظور طبقاً للمادة أعلاه) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧، ص٣٨.

وأكدت محكمة التمييز المبدأ أعلاه في قرارها المرقم ٥٣١/موسوعة أولى/١٩٨٨ في ١٩٨٩/١/٣٠، مجلة القضاء، السنة الخامسة والأربعون، العدد الأول، ١٩٩٠، ص١٢١.

[٦] من ذلك ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٠٨/موسوعة أولى/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٦/٢٩ والذي جاء فيه (ليس لبائع العقار المطالبة بإبطال البيع بحجة ان وكيلته (زوجته) قد اشترت العقار باسم المستعار لأن المشتري بعدئذ قد وهب العقار المذكور إلى الوكيلة، مستنداً في ذلك إلى البيان المقدم إلى دائرة التسجيل العقاري يطلب تسجيل العقار هبة من المشتري إلى الوكيلة، طالما أن الواهب (المشتري) قد أنكر الهبة وتقديمه البيان المذكور الذي لا يحمل توقيعه، ولأن عقد الهبة لا يتم إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري (م ٦٠٢) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني لسنة ١٩٨٨، ص١٩-٢٠.

[٧] وقد بينت محكمة النقض المصرية هذه القرينة أيضاً، انظر حكمي محكمة النقض المصرية في ١٩٨٤/٢/٢٨ و ١٩٨٧/١/٢١ المشار إليهما لدى محمد شتا أبو السعد، الموجز العملي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط٢، عالم الكتب بالقاهرة، ١٩٩٤، ص٥٣-٥٤.

أوجه الاختلاف بين التعاقد بطريق تسخير الشخص والتعاقد بطريق الاسم المستعار

إذا كان كل من تسخير الشخص والاسم المستعار شكلين لإخفاء المتعاقد الحقيقي وراء شخص المتعاقد الظاهر، إلا إنهما يختلفان من حيث الغرض ومن حيث الآثار. وسنفرد لكل وجه من وجيه الاختلاف فقرة خاصة به.

أولاً: اختلافهما من حيث الغرض

إن هدف إخفاء شخصية المتعاقد بطريق الاسم المستعار يكون أوسع مدى من هدف إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي بطريق تسخير الشخص. فقد يستهدف التعاقد بطريق الاسم المستعار التحايل على أحكام القانون التي تمنع الشخص من التعاقد في أحوال معينة، وقد يستهدف أيضاً خداع الغير الذي ما كان يقدم على التعاقد لو علم بشخصية الطرف الذي سيرتبط معه بالعقد وينتقل إليه أثر العقد. فمثلاً قد يحتاج شخص إلى أرض مجاورة لتوسيع داره ولكنه يخشى أن يطالبه مالك الأرض بثمن مبالغ فيه مستغلاً حاجته الماسة إلى قطعة الأرض هذه، لذا يلجأ إلى صديقه مستعيراً اسمه ليشتري الأرض لحسابه. ومثال ذلك أيضاً أن يريد (أ) اقتراض مبلغ من النقود (ب) ولكنه يعلم إن (ب) لا يقرضه لوجود عداوة بنيهما أو لا يقرضه إلا بشروط مرهقة كاشتراط الفائدة المرتفعة، لذ يلجأ إلى صديقه (ج) الذي يعلم أن علاقته مع (ب) تمكنه من أن يقترض منه بشروط معتدلة، وهكذا يبرم (ج) القرض باسمه هو لحساب صديقه (أ).

أما هدف التعاقد بطريق تسخير الشخص فهو التحايل على نصوص القانون التي تمنع المسخر من التعاقد في أحوال معينة. فمثلاً منع القانون العراقي فئات معينة من إبرام عقد البيع (الشراء لأنفسهم) في أحوال معينة وذلك بمقتضى المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦)[٨] من القانون المدني العراقي.

---

[٨] نصت المادة (١/٥٩٢) على "ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين ببيعها. وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على أيديهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدنين المعسر. وليس لمصفي الشركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها.

وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم ببيعها أو في تقدير قيمتها.
وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه". ونصت المادة (٥٩٥) مدني عراقي على "لا يجوز للحكام وللقضاة وللمدعين العامين ونوابهم وللمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم المستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها". وعله منع أعمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها هي حفظ كرامة القضاء وضمان القضاء وان لم يقصد أن يستغل نفوذه عندما أقدم على شراء الحق المتنازع فيه إلا إنه بشرائه الحق المتنازع فيه آثار الشبهة حول حياد القضاء بالنسبة لنزاع يدخل في اختصاصه. وكتطبيق خاص لحكم المادة (٥٩٥) قضت المادة (٥٩٦) مدني عراقي بأنه (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيه إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سوا كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة) وهذا ما أكدته المادة (٤١) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ بنصها على "يحظر على المحامي... ثانياً: شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع فيها في القضايا التي هو وكيل فيها" وعلى منع المحامي من أن يتعامل مع موكله بالشراء وبغيره من التصرفات في الحقوق التي يتولى الدفاع عنها تقوم على اعتبارات من النظام العام، إذ يخشى أن يستغل المحامي مركزه فيوهم موكله بأن فرصته في كسب الدعوى ضعيفة وبالتالي يدفعه إلى إبرام اتفاق يكون فيه الموكل مغبوناً.
وكذلك نصت المادة (٧٢/ثانياً) من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ على (لا يجوز للمنفذ العدل ومنتسبي مديريته ولا أزواجهم أو أصهارهم أو أقاربهم حتى الدرجة الرابعة، الاشتراك بالمزايدة مباشرة أو بالواسطة لحسابهم أو لحساب الآخرين). وعلى منع من ذكرتهم المادة (٧٢) من الاشتراك في المزايدات التي تجريها مديرية التنفيذ ليع الأموال المحجوزة هي خشية أن يستغل هؤلاء وظيفتهم لشراء المال المحجوز بأقل من قيمته الحقيقة مما يضعف الثقة في نزاهة وحياد مديرية التنفيذ.
وقد نص القانون المدني المصري على موانع مماثلة لما نص عليه القانون المدني العراقي وذلك في المواد ٤٧٢، ٤٧١، ٤٨٠، ٤٧٩، منه. وقد نص القانون المدني الفرنسي على معظم هذه الموانع. وكذلك منع المرسوم الفرنسي الصادر في ١٦/أيلول/١٩٤٥ الكاتب العدل من توثيق العقود التي يكون هو طرفاً فيها وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (١٥/أولاً) من قانون الكاتب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٨، إذ نصت على "لا يجوز للكاتب العدل تنظيم أو توثيق السندات التي تعود له أو لزوجه أو لصهره أو لقريبه لغاية الدرجة الثالثة، أو انتخاب أحد هؤلاء شاهداً أو خبيراً أو مترجماً". والغاية من هذا المنع هي ضمان الحياد في جانب الكتاب العدل، إذ

وقد يحاول الشخص الممنوع من التعاقد بمقتضى هذه النصوص التحايل على حكمها أما بطريق تسخير الشخص أو بطريق الاسم المستعار[٩].

وقد توقع المشرع العراقي اللجوء إلى مثل هذا التحايل لذا قضى في ذات النصوص بأنه لا يجوز للأشخاص المذكورين فيها ابرام العقد (شراء المال الذي يحظر عليهم شراؤه) لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة وحتى لو بطريق المزاد العلني.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالمنع الذي تقرره هذه النصوص؟

إن الجزاء يختلف من نص إلى آخر فبالنسبة إلى مخالفة المنع الوارد في المادة (١/٥٩٢) مدني عراقي، فإن الجزاء هو توقف العقد كما يتضح ذلك من الفقرة الثانية من المادة (٥٩٢)[١٠]. فإذا اشترى احد الأشخاص الذين ذكرتهم الفقرة الأولى من

لا يتوفر هذا الحياد إذا كانت للكاتب العدل مصلحة شخصية في العقد الذي يوثقه، ولهذا لا يستطيع الكاتب العدل التهرب من هذا المنع بأن يتعاقد باسم مستعار أو عن طريق شخص يسخره بالتواطئ مع الطرف الآخر في العقد ليبرم باسمه ولكن لمصلحة الكاتب العدل الذي يقوم بتوثيق هذا العقد.

[٩] من أحكام محكمة التمييز بصدد الاسم المستعار القرار رقم ٤١٣/٥٠٧/٦٠١م/١٩٩٥ في ١٩٩٥/٥/٢٤، الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨، ص٨. وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها قرار الحكم هذا في إن الوكيلة وهي زوجة الموكل قامت ببيع الدار الموكلة ببيعها إلى والدتها دون علم الموكل. وبعد عشرين يوماً من تقرير الدار باسم والدتها في دائرة التسجيل العقاري أعادت الأخيرة تسجيل الدار باسم أبنتها.

وأيضاً ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٤٦٧/عقار/٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٩ والذي جاء فيه (بيع الوكيلة عقار الموكل إلى الغير ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار إلى الوكيلة يعتبر بمثابة الشراء باسم مستعار الذي لم تجوزه المادة (٥٩٢) من القانون المدني) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع لسنة ١٩٨٧، ص٣٧.

[١٠] نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٩٢) مدني عراقي على "إن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة. أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني، وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة البيع".

المادة (٥٩٢)، (الوكيل، مدير الشركة، الموظف، وكيل التفليسة، الحارس القضائي، السمسار، الخبير)، الأموال التي عهد إليه ببيعها لنفسه مباشرة أو باسم مستعار كان العقد موقوفاً على إجازة المالك. فإذا أجاز المالك العقد، وكان متمتعاً بالأهلية الكاملة وقت الإجازة، نفذ العقد في مواجهته. أما إذا نقض العقد وأعيد بيع المال من جديد التزم المشتري الأول، كالوكيل الذي اشترى المال لنفسه باسمه أو باسم مستعار، بمصروفات البيع الثاني ويلتزم أيضاً بتعويض المالك (الموكل) عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة نقص قيمة المبيع[١١].

أما بالنسبة لنص المادة (٥٩٥) مدني عراقي التي منعت عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها والتي يدخل النظر في النزاع القائم بشأنها في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها، فإن جزاء مخالفة المنع هو بطلان عقد البيع، وسواء اشترى أحد عمال القضاء الحق المتنازع فيه باسمه أو باسم مستعار كأن يشتري القاضي الحق المتنازع فيه باسم زوجته أو باسم ولده، وبذلك يعتبر العقد كأن لم يكن ولا يكون له أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغير؟. ويرد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيسترد المشتري ما دفعه ثمناً للحق، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي. ويستطيع أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وفقاً للقواعد المقررة في البطلان. وإذا

---

[١١] يرى الفقه المصري أن جزاء الإخلال بمنع النائب من الشراء لنفسه سواء باسمه أو باسم مستعار يجب أن يتلمس في القواعد الخاصة بالنيابة لا القواعد الخاصة بالبطلان ومن مقتضى قواعد النيابة إن كل تصرف يجاوز فيه النائب حدود نيابته لا ينفذ في حق الأصل. وشراء النائب لنفسه ولو باسم مستعار يعتبر مجاوزة لحدود نيابته لأن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته. س في البيع فإذا باع النائب المال لنفسه فإنه يكون قد جاوز حدود نيابته، وجزاء مجاوزة حدود النيابة هو عدم نفاذ تصرف النائب في حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا الأخير.

انظر عرض هذا الاتجاه الفقهي لدى د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص١٠٦، هامش ١.

اشترى أحد عمال القضاء الحق المتنازع فيه باسم مستعار فإنه يمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن[١٢].

أما بالنسبة لمنع المحامي من التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه والذي يتولى الدفاع عنه، الوارد في المادة (٥٩٦) مدني عراقي، فإن جزاء الإخلال به هو بطلان التعامل يستوي في ذلك أن يتعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار كزوجة أو ولده أو صديق له. وينصب البطلان على كل تعامل يجريه المحامي مع موكله في الحق الذي يتولى الدفاع عنه دون أن يقتصر على الشراء فقط. فإذا اتفق المحامي مع موكله على أن يقايض معه أو يهب له الحق أو يشارك فيه أو يقترضه منه، فكل هذه الاتفاقات باطلة لا يترتب عليها أي أثر لا بالنسبة للمتعاملين (المحامي وموكله) ولا بالنسبة للغير. إذن جزاء مخالفة الأشخاص المذكورين في المواد (٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي للخطر المفروض عليهم وقيامهم بالتعاقد ولو باسم مستعار هو أما عد العقد موقوفاً وذلك بالنسبة لحالة قيام النائب بشراء المال الذي عهد إليه ببيع لنفسه، أو عد العقد باطلاً بالنسبة لقيام عمال القضاء بشراء الحق المتنازع فيه أو قيام المحامي بالتعامل مع موكله في الحق الذي يتولى الدفاع عنه. وصحيح إن المواد المشار إليها أعلاه ذكرت حالة قيام الممنوع من إبرام عقد معين بإبرام هذا العقد بطريق الاسم المستعار، ولم تذكر تسخير الشخص، فإن نفس الجزاء يطبق أيضاً في حالة قيام الممنوع من إبرام عقد معين بالتعاقد بطريق تسخير الشخص. إذ من باب أولى عد العقد موقوفاً أو باطلاً إذا تواطأ الممنوع من التعاقد مع الطرف الآخر في العقد على أن يتوسط بينهما شخص ثالث (المسخر) يبرم العقد مع إحداهما ثم ينقل بعد ذلك ملكية ما تلقاه بعقد آخر إلى الشخص الذي قام المانع في جانبه (المسخر)[١٣].

ثانياً: اختلافهما من حيث الآثار

---

[١٢] د. غني حسون طه، المرجع السابق، ص٣٨٧.

[١٣] د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والإيجار، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص١٧٦- ١٧٨.

إذا لم يكن القصد من إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي التحايل على أحكام القانون التي تمنع بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود في أحوال معينة بل كان يقصد منه فقط خداع الغير أو الطرف الآخر في العقد، فإن العقد يكون صحيحاً. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو لمن تنصرف آثار هذا العقد، هل تنصرف إلى المتعاقد الحقيقي المستتر أم تنصرف إلى المتعاقد الظاهر (الشخص المسخر أو صحاب التسخير، نكون في الواقع أمام عقدين: الأول عقد صوري يظهر للغير على إن المسخر أو صاحب الاسم المستعار هو الطرف الأصيل فيه، والعقد الثاني هو العقد المستتر بين المتعاقد الحقيقي الذي اختفى وراء المسخر أو صاحب الاسم المستعار في العقد الأول وبين الطرف الثاني الذي ارتبط مع المسخر أو صاحب الاسم المستعار في العقد الظاهر الأول، فأي العقدين هو النافذ، العقد الظاهر الصوري أم العقد المستتر الحقيقي؟

تختلف الإجابة عن السؤال المتقدم حسب ما إذا كنا أمام حالة تسخير الشخص أم حالة الاسم المستعار ففي حالة تسخير الشخص لا يعد المتعاقد الذي تواطأ مع المسخر على أن يتعاقد معه بشرط أن ينصرف أثر العقد إلى المسخر غيراً، وبالتالي فإنه يخضع لحكم المادة (١/١٤٨)[١٤] مدني عراقي والتي تقضي بأن العقد المستتر هو النافذ المفعول بين المتعاقدين ويعني هذا إن آثار العقد تنصرف إلى الطرف المستتر (المسخر) لا إلى المتعاقد الظاهر (المسخر). إذ تختفي شخصية المسخر وتقوم علاقة مباشرة بين المخسر والطرف الآخر في العقد يرجع بمقتضاها كل واحد منهما على الآخر بالحقوق والالتزامات التي بينها العقد. أما بالنسبة للغير كدائني المتعاقدين والخلق الخاص، فإذا كانوا حسني النية أي يجهلون صورية العقد الظاهر ويعتقدون إن الطرف الظاهر (المسخر) هو المتعاقد الحقيقي، فإن لهم التمسك بما جرى في الظاهر من كون العقد قد تم بين المسخر والطرف الآخر، كما إن لهم التمسك بالوضع الحقيقي المستتر من كون آثار العقد تنصرف إلى المسخر وذلك حسب ما تقضي به مصالحهم. وإذا تعارضت مصالح الغير فتمسك بعضهم بالعقد

---

[١٤] نصت المادة (١/١٤٨) على "يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم".

الظاهر الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر كانت الأولوية لمن تمسك بالعقد الظاهر[١٥]. وأعمال العقد الظاهر الذي كان المسخر كرفاً فيه لصالح الغير حسن النية بالرغم من صورية هذا العقد وعدم انصراف الإرادة الحقيقية إليه إنما يستند إلى إن المظهر الواقعي المخالف للحقيقة ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة للغير حسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عنه لو استجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني الصحيح مادام لم يكن في استطاعة الغير التوصل إلى كشف الحقيقة الأمر الذي يبرر حماية الغير عن طريق السماح له بالتمسك بما جرى في الظاهر وذلك تحقيقاً لاستقرار التعامل[١٦]. وحتى لو كان الباعث على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي (المسخر) مشروعاً أي لم يكن الغرض منه التحايل على القانون، فإن الغير له حق التمسك باعتبار المسخر هو من تنصرف إليه آثار العقد الذي ظهر كطرف فيه، (لأن الأطراف المسخر والمسخر والطرف الآخر في العقد) بتواطئهم على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي قد خلقوا عندئذ وضعاً كانوا ينوون الاستفادة منه وكان شبباً في خداع الغير مما يبيح له الاستفادة من هذا الوضع الظاهر. إذاً لا يعتد في تمسك الغير بانصراف آثار إلى المسخر بالباعث على التسخير سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع. فمثلاً عندما يشتري شخص مال بواسطة شخص مسخر، فإن دائن المسخر (المشتري الظاهر)، إذا كان حسن النية أي يجهل عملية التخسير ويعتقد إن مدينه هو المشتري الحقيقي، يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر أي بكون المال المبيع قد انتقل إلى ملكية مدينه، لينفذ عليه باعتباره أصبح جزءاً من الضمان العام المخصص لوفاء الديون. أما في حالة الاسم المستعار فإن المتعاقد الذي تعاقد مع صاحب الاسم المستعار هو الذي يعد من

---

[١٥] نصت المادة (١٤٧) مدني عراقي على "١. إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما إن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضربهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرين بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

[١٦] د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيقات- المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مطابع الأهرام التجارية، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص٧١.

الغير لأنه لا يعلم إن هذا الأخير مجرد شخص مسخر من قبل المتعاقد الحقيقي ويترتب على ذلك أن الغير الذي تعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يرتبط إلا بهذا الأخير وحده، وتنصرف إلى صاحب الاسم المستعار حقوق العقد والتزاماته ولذلك إذا لم يقف صاحب الاسم المستعار بالتزاماته قبل من تعاقد معه، فإن لهذا المتعاقد الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية. أما العلاقة بين صاحب الاسم المستعار وبين من استعار اسمه فهي علاقة وكالة ولكنها وكالة من نوع خاص إذ إنها وكالة غير نيابية فقد وكل المستعير للاسم المستعار أبرم العقد باسمه الشخصي فظهر وكأنه صاحب حق يتصرف في حقه. وبذلك تتميز هذه الوكالة المستترة غير النيابية عن الوكالة العادية النيابية حيث يتعاقد الوكيل باسم موكله وبالنيابة عنه، لذا تنصرف آثار العقد من الحقوق والالتزامات إلى الأصيل (الموكل). ويترتب على هذا الفرق إن صاحب الاسم المستعار يقوم بعد إبرام التصرف الموكل بإبرامه بنقل آثار هذا التصرف إلى موكله (المستعير للاسم)[١٧].

---

[١٧] د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٢٩-٢٣٠، هامش/١و٢.

د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص٢٦٥-٢٦٨، وقضت محكمة النقض المصرية بأن (عقد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وان كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستتراُ، ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف إيه جميع الالتزامات فيكون هو المدين للغير، أما في علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهي تقوم على الوكالة المستترة تطبيقاً لقواعد الصورية التي تستلزم أعمال العقد الحقيقي في العلاقة بينهما). نقض مدني ١٩٨٤/٢/٢٨ نقلاً عن عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦، ص٥٨. وقد نصت المادة (٢٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على الأحكام أعلاه بقولها "ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل في الظاهر باسمه الخاص وكان اسمه مستعاراً ولم يبرز وكالته، فإن الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره ولا يجوز لغيره أن يقاضيهم ولا تطبق قواعد الوكالة والتمثيل إلا في العلاقات بين الوكيل والموكل المستتر".

يتبين مما تقدم إن اتفاق الاسم المستعار هو وكالة مستترة تعهد فيها المسخر بالاً يكشف عن صفته للغير. وعلى ذلك فإن الاسم المستعار يختلف عن التقرير بالشراء عن الغير من النواحي الآتية: إن المقرر بالشراء عن الغير هو مشتري يحتفظ لنفسه في عقد البيع بحق تعيين المشتري الحقيقي خلال مدة اتفق عليها مع البائع، لذا فإن البائع لم يخدع طالما إنه يعرف إمكانية المشتري في أن يحل محله شخص آخر. ومن ناحية ثانية فإن التقرير بالشراء عن الغير لا يفترض وجود وكالة معطاة إلى المشتري، إذ لا يعمل المشتري كوكيل بل يعمل لنفسه تحت شرط فاسخ هو اختيار المشتري الحقيقي خلال المدة المتفق عليها، فإذا تحقق هذا الشرط انتقلت الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي، وإذا لم يتحقق هذا الشرط استقرت الملكية نهائياً للمقرر بالشراء عن الغير. ومن ناحية ثالثة فإن فكرة النيابة تكون موجودة في حالة المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار شخص آخر يحل محله إذ إنه بمجرد أن يستعمل المشتري تحفظه في الميعاد المتفق عليه تنتقل الملكية مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي (الذي تم اختياره).

في حين تنتفي فكرة النيابة في حالة الاسم المستعار إذ إن الملكية تنتقل أولاً من البائع إلى صاحب الاسم المستعار الذي ينقلها بمقتضى عقد آخر إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر[١٨].

---

[١٨] د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٥٧، ص٢٧٣-٢٧٤.

المبحث الثاني

شراء العقار بطريق التسخير

يشهد الوقت الحاضر وقوع الكثير من حالات التعاقد بطريق التسخير في التصرفات الناقلة لملكية العقار وعلى وجه الخصوص عقد بيع العقار. إذ إن من يريد شراء العقار يسخر شخص مسخر؟ ثم إن العقد الذي يشتري به المسخر العقار لكي ينعقد يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري لأنه يلزم لانعقاد كل تصرف يرد على العقار استيفاء الشكلية التي اقتضاها القانون والمتمثلة بالتسجيل العقاري إذ يعطي التسجيل الوجود القانوني للتصرف وبالتالي يؤدي إلى ترتيب التصرف القانوني لأثاره من إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تغيرها أو زوالها سواء بالنسبة للمتعاقد أم بالنسبة للغير[١٩]. وعندما يسجل العقار باسم المسخر (المشتري الظاهر). يعد هو المالك حسب السجلات الرسمية ويحصل على سند رسمي يثبت ذلك. فإذا حصل خلاف في المستقبل بين من اشترى العقار في حقيقة الأمر (المسخر) وبين من أصبح هو المالك حسب سجلات دائرة التسجيل العقاري (المسخر أو صاحب الاسم المستعار)، فهل يستطيع المسخر أو ورثته أو أي شخص من الغير إثبات إن العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار هو عقد صوري غير جدي بالرغم من تسجيله مما يقتضي إبطال تسجيل العقار باسم المسخر، أم إن التسجيل يحصن العقد من هذا الطعن ويبقى العقار ملك لمن سجل باسمه رغم إن هذا الأخير هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي دفع ثمن العقار وتحمل رسوم تسجيله وأية مصروفات أخرى اقتضاها إتمام العقد؟

وعلى هذا سنبحث في مطلبين الآتي:

المطلب الأول: الدافع إلى شراء العقار بطريق التسخير.

المطلب الثاني: تأثير التسجيل على إمكانية الطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار.

---

[١٩] انظر المواد: ٩٠، ٥٠٨، ٦٠٢، ٢/١٠٧١، ٢/١١٢٦، ١٢٠٣، ١٢٨٦، ١٢٣٤ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والمادتين (٣) و (٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

المطلب الأول

الدافع إلى شراء العقار بطريق التسخير

قد يكون بإمكان الشخص شراء العقار بنفسه لأن القانون لا يمنعه من ذلك ومع هذا يكلف شخص ليشتري له العقار بعد أن يزوده بالثمن ومصاريف العقد الأخرى فيظهر هذا الشخص وكأنه يشتري العقار لنفسه لأنه يتعاقد باسمه وبعد تسجيل البيع وانتقال ملكية العقار إليه يقوم بنقلها إلى المشتري الحقيقي. وما يدفع المشتري الحقيقي إلى التستر وراء المشتري الظاهر هو رغبته في إخفاء شخصيته عن الطرف الآخر (البائع) إذ يعلم إنه لو تقد إلى مالك العقار بشكل مباشر ليشتري منه العقار لرفض هذا الأخير لوجود عداوة بينها أو لطلب ثمن مغالي فيه مستغلاً حاجته الشديدة إلى العقار أو رغبته فيه ولذلك يلجأ إلى شراء العقار باسم مستعار فنحن هنا أما حالة الاسم المستعار مادام البائع لا يعلم بالتسخير أي لا يعلم بكون من تعاقد معه ليس هو المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر اختفى وراءه المشتري الحقيقي[٢٠].

ولكن في معظم الأحيان يكون دافع المشتري إلى عدم شراء العقار بشكل مباشر، والتخفي وراء مسخر أو صاحب اسم مستعار ليشتري له العقار، هو التحايل على النصوص القانونية التي تمنع الشخص من تملك العقار في أحوال معينة. وأبرز هذه النصوص الذي يستهدف شراء العقار بطريق التسخير التحايل عليه كما يشهد بذلك الواقع العلمي هو النص القانوني الذي يمنع الأشخاص غير المسجلين في إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق في مدينة بغداد أو في الأقضية والنواحي التابعة لمحافظة بغداد من تملك العقارات الواقعة ضمن حدود التصميم الأساسي لمدينة بغداد أو حدود التصاميم الأساسية للأقضية والنواحي التابعة لمحافظة بغداد، ما عدا حالة نقل الملكية بسبب الوفاة حيث يجوز للشخص أن يكتسب بطريق الميراث ملكية عقار أو حصة في عقار واقع في حدود محافظة بغداد أو في حدود الأقضية

---

[٢٠] سبق أن بينا في ص٦ من هذا البحث بأن تواطأ الطرف الآخر في العقد مع المتعاقد الظاهر المسخر هو معيار التمييز بين حالة تسخير الشخص. وحالة الاسم المستعار واللذين هما شكلين للتعاقد بطريق التسخير.

والنواحي التابعة لمحافظة بغداد حتى ولو لم يكن مسجلاً في تلك المناطق حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق له[٢١].

فيلجأ الشخص الذي لم يسجل في مدينة بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق له ويسكن المشتري الحقيقي (المسخر) في المنزل. كما إنه أحياناً يأخذ المشتري الحقيقي من صديقه أو قريبه المشتري الظاهر ورقة ضد يقر فيها الأخير بحقيقة الأمر، وتتخذ هذه الورقة في العمل الصيغة الآتية: إني السيد... أقر وأعترف بأن الدار المرقمة... والواقعة في محلة... زقاق... والمسجلة في دائرة التسجيل العقاري بتاريخ... قد سجلت باسمي بموجب السند المرقم... على سبيل الأمانة وهي في الحقيقة تعود ملكيتها إلى السيد... وقد سجلت باسمي بسبب عدم تسجيل السيد... في إحصاء ١٩٥٧ في بغداد، وقد أناط السيد... تسجيل الدار المذكورة باسمي وذلك لوجود قيد لي في إحصاء عام ١٩٥٧. وقد دفع السيد بدل البيع إلى المالك السابق السيد... والبالغ... وقد اعترف البائع بتسلم بدل البيع بموجب الوصل المرقم... والمؤرخ في... والموقع من قبله. وعليه فقد حررت هذا الإقرار والاعتراف بأن الدار الموصوفة أعلاه هي ملك المشتري الحقيقي السيد... وتذيل ورقة الضد بتوقيع المقر (المسخر) وتوقيع الشهود. وغالباً ما يكون الشهود من أقارب المقر (المسخر) كأولاده وأخوته أو زوجه.

وأيضاً من النصوص التي يستهدف شراء العقار باسم المستعار أو باسم شخص مسخر التحايل على حكمها النص الذي يمنع الأجنبي من تملك العقار في العراق إلا بعد توافر شروط معينة. فقد منع القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١؟، والذي نظم تملك الأجانب للعقارات في العراق، الأجنبي من تملك العقار بأي من أسباب التملك إلا على أساس المعاملة بالمثل والحصول على موافقة وزارة الداخلية بعد توافر الشروط الآتية:

١. سبق إقامة الأجنبي في العراق لمدة لا تقل عن سبع سنوات.

---

[٢١] ورد هذا المنع بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) والمرقم ١٥٧ في ١٩٩٤/٩/١٢ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٥٢٩ في ١٩٩٤/٩/٢٦ علماً إن هذا القرار لم يتم إلغائه ولازالت دوائر التسجيل العقاري تعمل به لحد الآن.

٢. عدم وجود مانع إداري أو عسكري.
٣. ألا يكون العقار المراد تملكه قريباً من الحدود العراقية بما يقل عن ثلاثين كيلومتر.
٤. ألا يكون العقار المراد تملكه أرضاً زراعية أو أرضاً أميرية أياً كان نوعها.

وإذا توافرت هذه الشروط فإن الأجنبي يتملك فقط دار سكن واحدة ومحل واحد للعمل إذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه في العراق.

والأجنبي الذي يريد شراء دار سكن في العراق لكنه يفتقد كل أو أحد شروط التملك أعلاه أو الذي قد توافرت لديه الشروط المذكورة لكنه يريد تملك أكثر من دار سكن واحدة، يلجأ إلى عراقي ويعطيه مبلغ من النقود ليشتري له دار السكن المطلوبة، فتتم معاملة البيع باسم هذا العراقي المشتري الظاهر (المسخر أو صاحب الاسم المستعار) وتسجل الدار باسمه في دائرة التسجيل العقاري، فيكون هو المالك الرسمي حسب السجلات الرسمية. ويسكن الأجنبي الدار باعتباره المالك الفعلي إذ هو في الحقيقة الأمر من اشترى الدار ودفع ثمنها.

المطلب الثاني

تأثير التسجيل على إمكانية الطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار

عندما يتم شراء العقار بطريق التسخير، ويسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المسخر أو صاحب الاسم المستعار. قد يحدث بعد فترة خلاف بين المشتري الظاهر والذي أصبح المالك الرسمي المعترف به حسب السجلات الرسمية وبين مسخره. وقد يحدث الخلاف بين أحدهما ورثة الآخر، فيطعن المسخر (المشتري المستتر) بأن من سجل باسمه العقار ليس هو المشتري إذ هو لم يدفع ثمنه بأن كان مجرد شخص مسخر سجل العقار باسمه على سبيل الأمانة لكونه يفتقد إلى شرط التملك، كأن يكون أجنبي أو غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، وقد يبرز ورقة الضد التي تؤيد أدعائه والتي يقر فيها المسخر أو صاحب الاسم المستعار بحقيقة كونه ليس المشتري الحقيقي وان العقار سجل باسمه على سبيل الأمانة وان العقار تعود ملكيته إلى الشخص الذي دفع ثمنه إذ إن هذا الأخير هو المشتري الحقيقي، وبناء على ذلك فهو يطلب إبطال تسجيل العقار باسم المسخر.

إن هذا الطعن في الحقيقة هو طعن بأن عقد البيع بين البائع وبين المشتري الظاهر (المسخر) والذي سجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد صوري لم تنصرف إليه الإرادة الحقيقة لأطراف التصرف القانوني إذ إن هذه الإرادة انصرفت إلى عقد آخر هو العقد المستتر بين البائع وبين المشتري الحقيقي (المسخر أو المستعير للاسم) إذ إن الصورية كما تتناول وجود التصرف القانوني أو طبيعته أو شروطه وأركانه فهي تتناول أيضاً أطراف التصرف القانوني[٢٢].

والطعن بصورية العقد الذي اشترى به المسخر العقار قد يتخذ صورة دعوى. كما إذا ادعى شخص بأن الدار المسجلة في دائرة التسجيل العقاري باسم (زيد) هي ملك له لأنه هو الذي فع ثمنها ولكنها سجلت باسم صديقه (زيد) لكونه غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ وبما إنه تزوج وزوجته مسجلة في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ لذا طلب من صديقه (زيد) أن يسجل الدار باسم زوجته لكن صديقه (زيد) رفض وعرض عليه أن يعيد له فقط المبلغ الذي اشترى به الدار باعتباره دين في ذمته، ولذلك يطلب الحكم بإبطال تسجيل العقار من اسم زيد وإعادة تسجيله باسم زوجته. أو كما إذا ادعى شخص بأنه هو المشتري الحقيقي للعقار لكن لكونه أجنبي الجنسية ولا تتوافر فيه شروط التمليك المحددة بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١، لذا سجل العقار باسم زيد (عراقي الجنسية)، ولأنه تجنس بالجنسية العراقية لذا فهو يطلب إبطال تسجيل العقار من اسم زيد وإعادة تسجيله باسمه، وقد يتخذ الطعن بصورية العقد الذي أشترى به المسخر لكونه ليس المشتري الحقيقي صورة دفع في دعوى. كما إذا قام (زيد) دعوى ادعى فيها أن (بكر) يعارضه في الانتفاع والتصرف بالمنزل الذي اشتراه من (عمر) وسجل باسمه في دائرة التسجيل العقاري وذلك دون

---

[٢٢] تعرف الصورية بأنها اصطناع مظهر مخالف للحقيقة عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه تعبير مخفي عن الحقيقة المقصودة، سواء أكانت هذه الحقيقة هي عدم وجود التصرف أو وجود تصرف بشروط أو طبيعة أو أطراف مختلفة عن الشروط أو الطبيعة أو الأطراف المعلنة. أنظر د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١، ص٩٠.

سبب قانوني، لذلك يطلب الحكم بمنع معارضته له في الانتفاع والتصرف بهذا المنزل. فدفع المدعى عليه (بكر) بأن هذا المنزل ملك له وهو الساكن فيه وإنه كان أعطى صديقه (زيد) مبلغاً من النقود ليشتري له هذا المنزل من (عمر) لأنه غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، وأبرز (بكر) ورقة ضد يقر فيها زيد بأن المنزل ملك لبكر كونه هو الذي دفع ثمنه وانه سجل باسمه على سبيل الأمانة لأن بكر ممنوع من التملك في محافظة بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧.

وسواء كان الطعن بصورية العقد المسجل في دائرة التسجيل العقاري، لكون المشتري في هذا العقد والذي سجل العقار باسمه ليس المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر أو اسم مستعار من قبل المشتري الحقيقي، قد اتخذ صورة دعوى أو دفع في دعوى فإن المحكمة تمتنع عن سماع هذا الطعن وتحكم برده وبالتالي يبقى العقار ملك لمن سجل باسمه رغم كونه شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي دفع الثمن إذ ليس أمام هذا الأخير إلا مطالبة المسخر بمبلغ النقود الذي دفعه ثمناً للعقار باعتباره ديناً في ذمة المسخر. والسبب الذي تستند إليه المحكمة في رد الطعن هو إن المشرع العراقي قد منع صراحة الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على الحقوق العينية العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وذلك بمقتضى المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي. والتي نصت على (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو)[٢٣]. وعلى هذا الحكم هي إنه عند تسجيل التصرف العقاري في دائرة

---

[٢٣] جاء في قرار لمحكمة التمييز "... أما الاعتراضات التي ذكرتها المميزة في العريضة التمييزية والتي مؤداها إنها وافقت على تسجيل الدار بالطابو باسم المدعية على أساس أن تكون أمانة لديها لأن الحقيقة إنها لم تبع لها الدار ولن تقبض منها ثمنها فإن هذه الاعتراضات غير واردة لأن المادة ١٤٩ من القانون المدني لا تجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو. وبما إن دفعها بوجود اتفاق مع المدعية بأن البيع الذي سجل في دائرة الطابو غير حقيقي فيكون دفعها هذا من قبيل الطعن بالصورية".

التسجيل العقاري فإن الحق العيني ينتقل بقوة القانون بناءً على التسجيل، فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقاله بالصورية. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن نظام التسجيل العقاري في العراق ينطوي على إجراءات إشهار وقوة إثبات تقوم على إقرار وكتابة بحيث يتضاءل أمامها أي دليل يفيد صورية التصرف، ولذلك ينبغي الركون إلى التصرف بكونه تصرفاً حقيقياً لا يستر تصرفاً آخر[٢٤].

إذن مجرد تسجيل العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار في دائرة التسجيل العقاري فإن الحق العيني المتمثل بملكية العقار ينتقل بقوة القانون إلى المسخر أو صاحب الاسم المستعار فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقال الملكية إليه بالصورية. إذا التسجيل حصن عقد البيع من الطعن فيه بالصورية لكون المشتري فيه ليس هو المشتري الحقيقي بل مجرد شخص مسخر أو صاحب اسم مستعار اختفى ورائه المشتري الحقيقي.

وينبغي التأكيد على إن القانون المدني المصري لا يتضمن نصاً يقابل نص المادة (١٤٩) مدني عراقي. ولذلك يجوز وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الطعن في التصرفات العقارية بالصورية رغم شهرها (تسجيلها). فيجوز وفقاً لأحكام القانون المصري الطعن بأن بيع العقار الذي تم شهره (تسجيله) هو بيع صوري لأن المشتري الذي سجل العقار باسمه هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري العراقي الحقيقي ليتوصل بذلك إلى إبطال تسجيل العقار وإعادة تسجيله باسم مشتريه الحقيقي الذي دفع ثمنه. وسبب اختلاف حكم القانون العراقي عن حكم القانون المصري هو أن نظام التسجيل في القانون العراقي يختلف عن نظام التسجيل

ومن أحكام محكمة التمييز الأخرى التي استندت إلى المادة (١٤٩) مدني عراقي: القرار رقم ٥٨٣/حقوقية ثانية/ ١٩٧٠ في ١٩٧١/٦/١٠، النشرة القضائية، السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٢، ص١٤٣.

= القرار رقم ٣٥٣/مدينة أولى/١٩٩٥ في ١٩٩٦/٦/٢٢ الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨، ص٣. وانظر أيضاً حكم استئناف بغداد بصفتها التمييزية في ١٩٨٠/١/٢٧ مجموعة الأحكام العدلية، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، ١٩٨٠، ص١٣٠.

[٢٤] د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، ص٣٥٦-٣٥٧.

في القانون المصري من حيث الطبيعة والإجراءات والآثار إذ لا يعد التسجيل في القانون المصري ركناً لانعقاد العقد بل هو شرط لنفاذه. ولذلك أكد الفقه والقضاء المصري[٢٥] على جواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية رغم تسجيلها لأنه ليس من شأن التسجيل أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً فالتسجيل إذاً في القانون المصري لا يجعل من المشتري المسخر والذي سجل العقار باسمه مالكاً حقيقياً لهذا العقار.

إن نص المادة (١٤٩) مدني عراقي جاء مطلق والمطلق يجري على إطلاقه ولذا يمنع أطراف التصرف القانوني كما يمنع الغير من الطعن بأن عقد بيع العقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري عقد صوري لكون المشتري الذي ظهر في العقد وسجل العقار باسمه ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد شخص مسخر أو اسماً مستعاراً من قبل المشتري الحقيقي. ولكن قد يستغل إطلاق حكم المادة (١٤٩) مدني عراقي لغرض التحايل على القانون. فالشخص الممنوع من شراء العقار كالوكيل الذي يعهد إليه الموكل بيع العقار، يشتري العقار لحسابه بثمن فيه غبن للمالك لكونه يقل كثيراً عن قيمة العقار في السوق، ولكن الشراء يتم عن طريق شخص مسخر أو باسم مستعار ويسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المسخر أو صاحب الاسم المستعار الذي سينقله حتماً في المستقبل إلى الشخص الذي كان ممنوعاً من شرائه (الوكيل)، ولكن المتضرر (الموكل) لا يستطيع إثبات أن المشتري الذي سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل ليس هو المشتري الحقيقي بل هو اسماً استعاره

---

[٢٥] د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج٢: أحكام الالتزام، ١٩٧٨، ص٧٥ ج. زكي خير الابوتيجي، هل يجوز الاحتجاج بصورية العقود المسجلة، بحيث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة، ص٦٠٤.

د. سليمان مرقس، في طرق الإثبات، ج٤: قواعد تقيد الأدلة وإطلاقها، مطبعة الجيلاوي، البولاقية، ١٩٧٤، ص٧٣. ومن أحكام محكمة النقض المصرية بهذا الصدد: نقض مدني ١٩٧٣/٦/٢٦، مجموعة المكتب الفني، س٢٤، ص٩٦٧.

نقض مدني ١٩٨١/١١/٢٩، مجموعة المكتب الفني، ص٣٢، ص٢١٦٣.

نقض مدني ١٩٨٤/٦/٧، مجموعة الكتب الفني، ص٣٥، ص١٥٦٤.

المشتري الحقيقي (الوكيل) لأن ادعائه هذا أو ادعاء بوجود صورية تتنازل أطراف التصرف القانوني والتسجيل حسب نص المادة (١٤٩) مدني عراقي يحصن العقد من الطعن فيه بالصورية.

ولقد توقع المشرع العراقي استغلال إطلاق حكم المادة (١٤٩) مدني عراقي لغرض التحايل على القانون ولذلك استثنى بعض الحالات من هذا الحكم. ومن هذه الاستثناءات ما ورد في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني من منع فئات معينة من الأشخاص من شراء بعض الحقوق والأموال وسواء تم الشراء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، كمنع الوكلاء من شراء الأموال الموكلين ببيعها ومنع الحكام والقضاة والمدعين العامين ونوابهم والمحامين وكتبة المحكمة من شراء الحقوق المتنازع فيها[٢٦]. فإذا كانت هذه الأموال عقارات وتم شراؤها باسم مستعار وسجل عقد الشراء في دائرة التسجيل العقاري، فإنه يجوز الطعن بالصورية في عقد الشراء رغم تسجيله ولا يحول دون ذلك نص المادة (١٤٩) لأن المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) هي استثناء من حكم المادة (١٤٩) والقول بخلاف ذلك معناه إن حكم هذه المواد لا يطبق على حالات شراء العقارات باسم مستعار وفي ذلك فتح لباب التحايل على نصوص القانون الآمرة[٢٧].

وما يؤكد هذا الاستثناء إن في معظم أحكام محكمة التمييز المستندة على المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦)، والتي قضت بإبطال عقد الشراء لكونه حاصلاً باسم مستعار وان المشتري الحقيقي هو الشخص الممنوع قانوناً من الشراء، كان عقد الشراء وارداً على عقار وكان هذا العقد قد سجل في دائرة التسجيل العقاري، ورغم ذلك لم تلتفت محكمة التمييز إلى حكم المادة (١٤٩) الذي يمنع الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري[٢٨].

---

[٢٦] لقد سبق شرح أحكام هذه المواد في ص١٠-١٤. من هذا البحث.

[٢٧] علي هادي علوان العبيدي، التحايل على القانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥، ص١٧٣-١٧٤.

[٢٨] قضت محكمة التمييز في هذا الصدد "... إن هذا البيع يعتبر شراء لنفس الوكيل محظور بموجب الفقرة الأولى من المادة (٥٩٢) من القانون المدني مما يقتضي إبطال البيع الواقع

المبحث الثالث

تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير

هناك تصرفات قانونية أخرى تبرم بطريق التسخير بالإضافة إلى شراء العقار باسم مستعار أو باسم شخص مسخر الذي هو أبرز وأهم تطبيقات التعاقد بطريق التسخير كما يؤكد ذلك الواقع العملي في العراق. وإذا كان كل تصرف قانوني يتصور إبرامه بطريق التسخير إلا إننا سنقف عند بعض التصرفات القانونية شاع إبرامها بطريق التسخير، في الواقع العملي وهي: الهبة، السحب لحساب الغير في نطاق الأوراق التجارية، الاكتتاب في أسهم الشركة.

وسنبحث هذه التطبيقات في ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: إبرام الهبة بطريق التسخير.

المطلب الثاني: سحب الورقة التجارية من قبل شخص مسخر.

المطلب الثالث: الاكتتاب في أسهم الشركة باسم مستعار.

المطلب الأول

إبرام الهبة بطريق التسخير

قد يريد شخص أن يهب ماله إلى شخص آخر لكنه لا يريد أن يكشف عن شخصيته لسبب معين أي يريد أن يكتم تبرعه بحيث لا يعلم الغير أو الموهوب له بأنه هو

بإبطال سند التسجيل العقاري". القرار رقم ٥٣١/ موسوعة أولى/ ١٩٨٨ في ١٩٨٩/١/٣٠، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، ١٩٩٠، ص١٢١.

وأنظر في نفس المعنى القرار رقم ٤٤٨/ استئنافية/ ٨٥-٨٦ في ١٩٨٧/٥/٢٦، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول والثاني لسنة ١٩٨٧، ص١٨.

القرار رقم ٥٥٢/ مدينة أولى/ ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٩/٢١، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث لسنة ١٩٨٨، ص٣١.

القرار رقم ٤١٣/٥٠٧/٦١١/م١/١٩٩٥ في ١٩٩٥/٥/٢٤، الموسوعة العدلية، العدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨، ص٨.

الواهب فيسلم المال المراد هبته إلى شخص آخر أو حتى يبيعه لهذا الشخص بيع صوري ليقوم هذا الأخير (المسخر) بهبة المال إلى الشخص المراد التبرع له. فالواهب الظاهر ما هو إلا اسم مستعار أو شخص مسخر من قبل الواهب الحقيقي. وقد يكون الباعث الذي يدفع الواهب إلى التبرع باسم مستعار أو باسم شخص مسخر مشروعاً، كالأب الذي يريد أن يهب مالاً إلى أحد أبنائه مدفوعاً بعاطفة شريفة كون هذا الابن قد أسدى إلى الأب معروفاً أو قام برعايته والعانية به طيلة فترة مرضه، أو كون هذا الابن بحاجة إلى المساعدة لقلة دخله، ولكن الأب يخشى أن تثير هذه الهبة الحقد والبغضاء بين أفراد عائلته لذا يلجأ إلى التسخير لإخفاء هبته وذلك بأن بيع المال الموهوب إلى صديق له بيعاً صورياً ويأخذ عليه ورقة ضد بأن هذا البيع صوري وان هذا المشتري لم يكن إلا وسيط مكلف بإيصال المال إلى ابن البائع بطريق الهبة. فالتسخير هنا ليس مشروعاً فقط بل ومرغوباً فيه لأنه يمكن الشخص من تقديم المساعدة إلى أحد أفراد أسرته دون إثارة البغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة مما يحافظ على تماسك الأسرة الواحدة من خلال المحافظة على الصفا والود بين أفرادها.

وقد يكون الباعث الذي يدفع الواهب إلى الاختفاء وراء شخص مسخر ليقوم بإيصال المال الموهوب إلى الشخص المراد التبرع له بحيث يظهر هذا الشخص في العقد باعتباره هو الواهب في حين إن الواهب الحقيقي هو من سلم له المال في وقت سابق، غير مشروع لأن الغرض منه هو التحايل على نص القانون الذي يمنع أن تتجاوز الهبة نصاباً معيناً من أموال المتبرع الواهب وذلك حماية للذمة المالية العائلية. كما في القانون المدني الفرنسي إذ إن الهبة في القانون الفرنسي تتصل اتصالاً وثيقاً بالميراث إلى حد إنه يتقرر للورثة على الموهوب له حقان: حق الإرجاع (DROIT DE RAPPORT). فإذا كانت الهبة لوارث فيجب على الموهوب له الوارث أن يرجع المال الموهوب إلى التركة بعد موت الواهب ليوزع على جميع الورثة كلاً بقدر نصيبه، وحق الإنقاص (DROIT DE REDUCTION) إذا كانت

الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية[٢٩]. فالهبة والوصية متصلتان على هذا النحو اتصالاً وثيقاً بالميراث. أما في الشريعة الإسلامية فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت، وعند ذلك يكون لها حكم الوصية فلا تجوز إلا في الثلث[٣٠].

إذن يمنع القانون المدني الفرنسي الشخص من التبرع بأمواله بأكثر من حد معين. ولأجل التخلص من هذا المنع يقوم من يريد أن يهب مالاً يتجاوز النصاب المسموح فيه بالهبة ببيع المال الموهوب إلى صديقه الذي يهبه بعد ذلك إلى من يراد التبرع له. فعقد البيع بين الشخص وصديقه صوري صورية مطلقة هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، لم يكن هذا الصديق سوى اسماً مستعاراً استعان به الواهب الحقيقي للتهرب من المنع القانوني. وقد وجد المشرع الفرنسي إن مجرد انقاص الهبة التي يبرمها الواهب باسم شخص مسخر أو باسم مستعار والتي تتجاوز نصاب الوصية

---

[٢٩] حدد القانون المدني الفرنسي نصاب الوصية، الذي هو نفسه نصاب الهبة. بنصوص صريحة وعلى النحو الآتي: نصت المادة (٩١٣) مدني فرنسي على (لا يجوز أن تتجاوز التبرعات سواء كانت بتصرفات بين الأحياء أم عن طريق الوصية نصف أموال المتبرع إذا لم يترك بعد وفاته إلا ولداً شرعياً واحداً. والثلث إذا ترك طفلين، والربع إذا ترك ثلاثة أو أكثر). ونصت المادة (٩١٤) مدني فرنسي على (لا يجوز أن تتجاوز التبرعات سواء كانت- بتصرفات بين الأحياء أم عن طريق الوصية نصف أموال المتبرع في حالة عدم وجود ولد شرعي للمتبرع إذا كان له أكثر من جد من جهة الأب أو من جهة الأم، وثلاثة أرباع الأموال إذا ترك جد وحد سواء من جهة الأب أو من جهة الأم). ونصت المادة (٩١٥) مدني فرنسي (في حالة عدم وجود أطفال شرعيين وترك المتوفى طفلاً طبيعياً واحداًُ أو أكثر وترك أصولاً من جهة الأم أو الأب، فالتبرعات بتصرف بين الأحياء أو عن طريق الوصية لا يجوز إن تتجاوز نصف التركة إذا لم يوجد إلا طفل طبيعي واحد والثلث في حالة وجود طفلين طبيعيين والربع في حالة وجود ثلاثة أطفال طبيعية أو أكثر). ونصت المادة (٩١٦) مدني فرنسي على (يمكن للوصية أن تستغرق كل التركة في حالة عدم وجود فرع وارث أو أصل وإرث للمتوفى).

[٣٠] د. للسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني: الهبة والشركة والقرض، والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٢، ص٢١-٢٢.

غير كاف لمنه الأطراف من ستر شخصية الواهب الحقيقي. وان إبطال الهبة التي يبرمها الواهب باسم مستعار هي العقوبة اللازمة لردع الأطراف عن إخفاء شخصية الواهب الحقيقي وبالتالي تأمين الحماية الفعالة للذمة المالية العائلية والتي استهدف المشرع ابتداءً حمايتها عندما حدد نصاباً معيناً لا يجوز تجاوزه في الوصية والهبة وسائر التبرعات الأخرى. ولذلك تشدد المشرع الفرنسي وقضى في بعض الحالات بإبطال الهبة التي يبرمها الواهب باسم مستعار أو التي تتم لصالح شخص هو مجرد اسم مستعار اختفى ورائه الموهوب له الحقيقي، حتى لو كانت ضمن حدود النصاب الذي تجوز فيه الهبة وذلك إمعاناً في ردع الأطراف عن إخفاء شخصية أحد طرفي الهبة (الواهب أو الموهوب له). فقد نصت المادة (٢/١٠٩٩) من القانون المدني الفرنسي على إبطال كل هبة بين الزوجين إذا كانت مستترة تحت عقد من عقود المعوضة أو أبرمت باسم مستعار حتى لو كانت ضمن حدود النصاب الذي تجوز فيه الهبة. ويفسر الفقه الفرنسي عبارة (أبرمت باسم مستعار) بأن الواهب أو الموهوب له الحقيقي يكون مختفي وراء اسم شخص آخر ظهر في العقد على إنه الواهب أو الموهوب له. وفي هذه الحالة يكون إبطال الهبة عقوبة على ستر الهبة تحت عقد معاوضة أو على إخفاء شخصية أحد طرفيها حتى لو كانت ضمن النصاب المسموح به قانوناً، في حين لو أبرمت هذه الهبة سافرة، أي لم يتم سترها تحت عقد آخر أو لم يتم إخفاء شخصية أحد أطرافها وراء اسم مستعار، وكانت ضمن حدود النصاب لعدت صحيحة، وإذا لم تكن ضمن حدود النصاب أنقصت إلى الحد الذي تجوز فيه الهبة. وقد قصد المشرع الفرنسي من هذه العقوبة المدينة القضاء على التحايل على القانون في الهبات حيث انتشرت الهبات بين الأزواج والتي تتجاوز النصاب المسموح به قانوناً. ولا يطبق هذا البطلان، وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي، على الهبات التي تتم بعد الزواج فقط، بل يطبق أيضاً على الهبات السابقة للزواج والتي تتم باسم مستعار توقعاً لحصول الزواج (نقض مدني فرنسي ١٩٥١/٥/٢٢، نقض مدني فرنسي ١٩٧٢/٣/٨). وقد أكد القضاء الفرنسي على إن رفع دعوى إبطال الهبة التي أبرمت باسم مستعار لا يقتصر على الأطراف (الزوجين) بل يحق لورثة ودائني الزوجين رفع دعوى الإبطال. وصحيح إنه في مثل

هذه الأحوال توجد قرينة على إن الغرض من إبرام الهبة باسم مستعار هو الإضرار بحقوق الورثة بإنقاص الهبة إلى الحد المسموح به قانوناً إلا إن القضاء وتطبيقاً لحكم المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي يعاقب بإبطال الهبة بين الزوجين والمبرمة باسم مستعار (نقض مدني فرنسي ١٩٥٣/١١/٢٦، نقض مدني فرنسي ١٩٧٥/٦/٧، نقض مدني فرنسي ١٩٩١/٧/٢٥)[٣١].

فعندما يهب الزوج مالاً إلى صديقه ليقوم هذا الصديق بتسليم المال إلى الزوجة، فإن هناك عقدين: عقد الهبة الظاهر بين الزوج وصديقه وهذا عقد صوري لأن الصديق هو مجرد اسم مستعار مهمته إيصال المال محل الهبة إلى الزوجة، وعقد الهبة المستتر الحقيقي بين الزوج وزوجته. وتطبيقاً لحكم المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي فإن عقد الهبة المستتر بين الزوج وزوجته يعد باطلاً، وكذلك لا يعد التبرع قد تم لمصلحة صاحب الاسم المستعار (صديقه الموهوب له) إذ يمتد البطلان إلى هذا العقد أيضاً.

وأيضاً هناك حالة أخرى في القانون الفرنسي تكون فيها الهبة تحت ستار اسم مستعار باطلة. وهي الحالة المنصوص عليها في المادة (١/٩١١) مدني فرنسي، فقد قضت هذه المادة ببطلان الهبة التي تتم لمصلحة شخص عديم الأهلية عن طريق اسم مستعار. ففي هذه الحالة يهب الشخص ماله إلى شخص كامل الأهلية لكن هذا الشخص في الحقيقة هو مجرد اسم مستعار سخره الواهب لإيصال المال إلى الموهوب له الحقيقي عديم الأهلية. وهنا ينبغي التأكيد على إن البطلان المنصوص عليه في المادة (١/٩١١) مدني فرنسي هو ليس عقوبة مدنية على إخفاء شخصية الموهوب له الحقيقي، لأنه حتى لو لم يتم إخفاء شخصية الموهوب له الحقيقي تحت اسم مستعار لكانت الهبة باطلة أيضاً لعدم أهلية أحد طرفيها فنص المادة (١/٩١١) مدني فرنسي يقتصر إذاً على استنتاج عواقب استعادة الحقيقة فبعد

---

(31) Flour (J.) et Luc Aubert (J.), Les obligation, 1. Lacte Juridique, 8e ed, ARMND COLIN, Paris, 1991,n. 395.

Ghestin (J.), Simulation, Dalloz- Repertoire de droit civil, Tom IX, J.G.D, Paris, 1991m n, 47.

أن تبين إن أحد طرفي العقد الحقيقي، الذي كان مستتراً، عديم الأهلية حكم ببطلان العقد لتخلف أحد الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وهو شرط الأهلية. في حين إن إبطال الهبة التي تتم بين الزوجين عن طريق اسم مستعار والمنصوص عليه في المادة (٢/١٠٩٩) مدني فرنسي هو عقوبة مدنية على إخفاء شخصية أحد طرفي عقد الهبة تحت اسم مستعار لأنه لو لم يتم إخفاء شخصية أحد أطرافها وراء شخص مستعار لكانت صحيحة مادامت لم تتجاوز حدود النصاب المسموح به قانوناً.

المطلب الثاني

سحب الورقة التجارية من قبل شخص مسخر

من تطبيقات إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير في نطاق الأوراق التجارية حالة السحب لحساب الغير. فقد توجد أسباب تدفع الساحب الحقيقي للحوالة التجارية إلى إخفاء شخصيته، كرغبة التاجر في إخفاء علاقاته التجارية عن منافسيه أو كون الساحب الحقيقي موظفاً يمنعه القانون من مباشرة الأعمال التجارية، فيأمر شخص آخر بسحب الحوالة (السفتجة) والتوقيع عليها. فلا يظهر اسم الساحب الحقيقي في الورقة ولا يلزم قبل الأغيار، أي قبل كل حامل شرعي للحوالة (السفتجة)، إنما الذي يلتزم قبلهم هو الساحب الظاهر (المسخر) وذلك بأن يضمن لهم قبول الحوالة وأداء قيمتها بحيث يمكن الرجوع عليه في حالة امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الدفع. أما علاقة الساحب الحقيقي بالساحب الظاهر فهي علاقة وكالة عادية أو وكالة بالعمولة حسب الأحوال، ولكنها وكالة من نوع خاص إذ إنها وكالة غي نيابية إذ إن الوكيل يسحب الحوالة باسمه الشخصي وليس باسم الأمر بالسحب (الموكل) كما في الوكالة النيابية. إذاً يلتزم الوكيل بإنشاء الحوالة (السفتجة) طبقاً للتعليمات الصادرة من موكله الساحب الحقيقي ولكن باسمه الشخصي ولذلك يلتزم بضمان القبول والوفاء تجاه المستفيد من هذه الورقة وتجاه كل حامل انتقلت إليه الحوالة بالتطهير. أما الساحب الحقيقي (الآمر بالسحب) فيلتزم بتعويض الساحب الظاهر عن الضرر الذي قد يصيبه بسبب تنفيذ الوكالة كما إذا اضطر إلى الوفاء بقيمة الحوالة في ميعاد الاستحقاق بسبب رجوع الحامل عليه. أما علاقة الساحب الحقيقي بالمسحوب عليه فتحكمها قواعد قانون الصرف. إذ يعلم المسحوب عليه بحقيقة

الأمر ويعلم بأنه يقوم بتنفيذ الأمر الموجه إليه بكونه صادراً من الساحب الحقيقي لا من الساحب الظاهر. ولذلك يلتزم الساحب الحقيقي بتقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، ويلتزم المسحوب عليه بعد قبوله الحوالة (السفتجة) بأداء قيمتها إلى الحامل الشرعي لها. وإذا دفع المسحوب عليه مبلغ السفتجة دون أن يكون قد استلم مقابل الوفاء كان له حق الرجوع على الساحب الحقيقي لا على الساحب الظاهر.

ولا توجد أية علاقة بين الساحب الظاهر والمسحوب عليه، بل يكون لكليهما حق الرجوع على الساحب الحقيقي بما يكون قد دفعه أحدهما من مبالغ تمثل قيمة السفتجة أو أية مصاريف أخرى أنفقها[٣٢].

وقد أجاز قانون جنيف الموحد للأوراق التجارية في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منه السحب لحساب الغير، كما أجازته الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بقولها (ويجوز سحبها لحساب شخص آخر). وبذلك أجاز المشرع التسخير في حالة من أكثر الحالات انتشاراً في الحياة العملية وهي حالة إخفاء اسم الساحب الحقيقي وراء اسم الساحب الظاهر الذي ما هو إلا وكيل ينفذ تعليمات موكله (الساحب الحقيقي).

المطلب الثالث

الاكتتاب في أسهم الشركة باسم مستعار

هناك عدة دوافع تدفع المكتتب الحقيقي في أسهم الشركة المطروحة للاكتتاب إلى إخفاء شخصيته. فتارة يكون مدفوعاً بدوافع مشروعة مثل الرغبة في المحافظة على سرية الأعمال التجارية، وتارة أخرى على العكس يستهدف المكتتب الحقيقي بتصرفه هذا إخفاء خرق القانون مثال ذلك في القانون الفرنسي الكاتب العدل الذي يكتتب عن

---

[٣٢] د. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ط١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص١٢٣-١٢٤.

د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج٢: العقود التجارية- الإفلاس- الأوراق التجارية- عمليات البنوك، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامع، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٨٨-٢٨٩.

طريق اسم مستعار في أسهم الشركة التي وثق عقدها إذ إن القانون الفرنسي يمنع الكاتب العدل من أن يكون طرفاً في العقد الذي وثقه. وأيضاً ما يقوم به مؤسسو الشركة المساهمة من اللجوء إلى أسماء مستعارة عندما لا يستطيعون إيجاد سبعة مكتتبين أو عندما يريدون تجنب وجود الغرباء، وبذلك لن تحتوي هذه المساهمة وجودهم[٣٣]. ومن أمثلة اللجوء إلى الاكتتاب باسم مستعار بهدف التحايل على القانون في القانون العراقي أن الشركة المحدودة التي تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن شخصين ولا يزيد على خمسة وعشرين يكتتبون فيهم باسمهم، عندما تريد زيادة رأس مالها عن طريق طرح أسهم جديدة[٣٤] فإن الشركاء فيها قد يكلفون أسماء مستعارة بالاكتتاب في هذه الأسهم رغبة منهم في عدم دخول شركاء جدد بينهم. وأيضاً لغرض الاحتيال على نص المادة (٣٩/رابعاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧، والتي منعت المؤسسين في الشركة المساهمة من الاكتتاب بالأسهم المطروحة على الجمهور إلا بعد انتهاء مدة ثلاثين يوماً من بدء اكتتاب الجمهور في الأسهم، قد يلجأ المؤسسون قبل انتهاء مدة الثلاثين يوماً إلى الاكتتاب في الأسهم التي أوجب القانون طرحها على الجمهور[٣٥] وذلك عن طريق أسماء مستعارة.

وهكذا فإن هناك عدة دوافع وراء استعمال الاسم المستعار للاكتتاب في الأسهم الصادرة عن الشركة. ومن المسلم به أن الدافع يكون له تأثير على صحة الاكتتاب وبالرغم من إنه مبدئي تم التسليم بصحة الاكتتاب الذي يتم باسم مستعار وذلك

---

(33) Dagot (M.), La Simulation, op. cit, n, 123.

[٣٤] نصت المادة (٥٥) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ على (للهيئة العامة في الشركة المساهمة والمحدودة تغطية زيادة رأس المال بإحدى الطرق الآتية: أولاً- إصدار أسهم جديدة، تسدد أقيامها نقداً...).

[٣٥] نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (٣٩) من قانون الشركات العراقي على "يكتتب المؤسسون في الشركة المساهمة الخاصة بنسبة لا تقل عن (٢٠%) ولا تزيد على (٥١%) من رأس مالها الاسمي" ونصت الفقرة (ثالثاً) من هذه المادة على "تطرح الأسهم الباقية على الجمهور خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الموافقة على تأسيس الشركة ببيان يصدره وينشره المؤسسون في النشرة وفي صفحتين يوميتين في الأقل بعد موافقة المسجل عليه...".

عندما لا يخفي خرقاً لقواعد القانون إلا إن البعض عارضوا هذا المبدأ مستندين إلى حجتين: الحجة الأولى مفادها إن صاحب الاسم المستعار لم تكن لديه نية حقيقية للمشاركة. أما الحجة الثانية فمادها إن شخصية كل مكتتب تأخذ بنظر الاعتبار من قبل بقية المكتتبين. لكن من سلم بصحة الاكتتاب باسم مستعار عندما لا ينبغي تقييم نية المشاركة في شخص المكتتب الحقيقي (المستعير للاسم) وليس في شخص صاحب الاسم المستعار. أما بالنسبة للحجة الثانية فإنه عندما يتعلق الأمر بشركة مساهمة كبيرة يكون الاكتتاب في أسهمها عاماً، فإن الأشخاص الذين أخذوا بنظر الاعتبار من قبل المكتتبين هم المؤسسون وليس المكتتبين الآخرين ولذلك لا يمكن القول إن المكتتبين خدعوا في شخصيات المكتتبين الآخرين الذين لم يكن بالإمكان معرفتهم ساعة توقيع الاكتتاب[٣٦].

الخاتمة:

نورد في ختام هذا البحث استعراضاً لأهم النتائج والمقترحات التي تم التوصيل إليها:

أولاً: النتائج

١. إن تسخير الشخص والاسم المستعار هما شكلان لإبرام التصرف القانوني بطريق التسخير. وهذان الشكلان يستخدمان في الغالب للتحايل على النصوص القانونية التي تمنع بعض الأشخاص من إبرام بعض العقود في أحوال معينة.

ويمكن التمييز بين هذين الشكلين للتعاقد بطريق التسخير من خلال معيار تواطأ المتعاقد الآخر مع المسخر الذي اختفى ورائه المتعاقد الحقيقي. إذ في حالة تسخير الشخص يبرم المسخر (المتعاقد الظاهر) العقد مع شخص تواطأ معه على إخفاء شخصية المتعاقد الحقيقي. أما في حالة الاسم المستعار فإن صاحب الاسم المستعار يتعاقد مع شخص يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو موكله. فاتفاق الاسم المستعار إذاً هو وكالة مستترة تعهد فيها المسخر (الوكيل) بالا يكشف عن صفته للغير. وإذا كان الاتفاق بين صاحب الاسم المستعار وبين من استعار اسمه هو وكالة إلا إن هذه الوكالة هي من نوع خاص فهي وكالة غير نيابية لأن الوكيل (صاحب الاسم المستعار) أبرم التصرف القانوني باسمه هو وليس باسم الموكل

---

(36) Dagot (m.), op. cit, n. 181.

فظهر وكأنه هو المتعاقد الأصلي في حين إن الوكيل في الوكالة النيابية يتعاقد باسم موكله ولمصلحة موكله.

٢. إن من أهم تطبيقات إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير في العراق هو شراء العقار بطريق التسخير. والسبب الذي يدفع الشخص إلى شراء العقار باسم شخص مسخر أو باسم مستعار هو التحايل على نص القانون الذي يمنعه من تملك العقار في أحوال معينة، ومن ذلك القانون الذي يمنع الشخص غير المسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقار الواقع في الحدود الإدارية لمدنية بغداد أو في الأقضية والنواحي التابعة لمدينة بغداد بأي سبب من أسباب كسب الملكية ماعدا حالة كسب الملكية بسبب الوفاة.

ولكن شراء العقار بطريق التسخير قد تترتب عليه في المستقبل نتائج خطيرة لأن العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار لمصلحة شخص غير مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق، هذا العقد اكتمالاً لأركان انعقاده يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري أي إن القعار سيسجل باسم المشتري (صاحب الاسم المستعار) فيصبح هو المالك الرسمي للعقار حسب السجلات الرسمية. وإذا حدثت خلافات في المستقبل بين المسخر الذي هو المشتري الحقيقي وبين من أصبح المالك حسب السجلات الرسمية، فلا يقبل من المسخر، رغم كونه المشتري الحقيقي الذي دفع ثمن العقار، أن يطعن بأن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل كان مجرد شخص مسخر سجل العقار باسمه على سبيل الأمانة لكون المشتري الحقيقي يفتقد إلى شرط التملك في بغداد المتمثل بوجوب كونه مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق عليه. لأن هذا الطعن في الحقيقة هو طعن بأن العقد المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد صوري وقد منع القانون المدني العراقي في المادة (١٤٩) منه الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.

فبمجرد تسجيل العقد الذي اشترى به المسخر أو صاحب الاسم المستعار العقار في دائرة التسجيل العقاري فإن الحق العيني المتمثل بملكية العقار ينتقل بقوة القانون إلى

المسخر أو صاحب الاسم المستعار فيستحيل بعد ذلك الطعن في انتقاله بالصورية من قبل المشتري الحقيقي (المسخر أو المستعير للاسم) أو ورثته. إذ لا يبقى أمام هذا الأخير إلا مطالبة المسخر أو صاحب الاسم المستعار بالمبلغ الذي دفعه ثمناً للعقار باعتباره جيناً في ذمته. وبالطبع هذا المبلغ أن يوازي القيمة التي وصل إليها العقار بسبب الارتفاع المستمر في أسعار العقارات، بالإضافة إلى إن المسخر أو المستعير للاسم (المشتري الحقيقي) إذا كان ساكناً للعقار فيستوجب عليه تخليته، رغم إنه قد يكون المأوى الوحيد لعائلته، طالما إن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري يرفض بقائه فيه.

٣. رغم إن المادة (١٤٩) مدني عراقي منعت الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري إلا إنه توجد حالات مستثناة من حكم هذه المادة. إذ في هذه الحالات يجوز الطعن بالصورية في عقد شراء العقار المسجل في دائرة التسجيل العقاري على اعتبار إن من سجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد شخص مسخر من قبل المشتري الحقيقي الذي اختفى ورائه. ومن ذلك ما ورد في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي من منع الوكلاء ومن في حكمهم من شراء الأموال الموكلين ببيعها أو التي يعهد إليهم بتقدير قيمتها، ومنع عمال القضاء (القضاة، المدعين، العامين ونوابهم، كتبة المحكمة، المحامين) من شراء الحقوق والمتنازع فيها، ومنع المحامين من التعامل مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها والتي يتولون الدفاع عنها. فإذا كانت هذه الأموال عقارات أو كانت الحقوق المتنازع فيها حقوق عقارية، وتم شراؤها أو التعامل فيها باسم مستعار من قبل الشخص الممنوع من الشراء أو التعامل وسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالصورية ليثبت أن من سجل العقار أو الحق العقاري باسمه في دائرة التسجيل العقاري ليس هو المشتري الحقيقي بل هو مجرد اسم مستعار اختفى ورائه المشتري الحقيقي الذي يمنعه القانون أصلاً من شراء العقار أو الحق ليصل إلى إبطال تسجيل العقار أو الحق العقاري باسم صاحب الاسم المستعار وإعادته إلى مالكه الأصلي

(الموكل) أو إعادة بيعه من جديد، ولا يحول دون قبول هذا الطعن نص المادة (١٤٩) مدني لأن ما جاء في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) هو استثناء من حكم هذه المادة.

ثانياً: الاقتراحات

١. لقد منعت المادة (٥٩٢) مدني عراقي الوكلاء ومديري الشركات ومن في حكمهم والموظفين ووكلاء التفاليس والحراس القضائيين ومصفي الشركات والتركات والخبراء والسماسرة من شراء الأموال الموكليين ببيعها أو التي يعهد إليهم ببيعها أو بتقدير قيمتها. وكذلك منعت المادة (٥٩٥) مدني عراقي: القضاة والمدعين العامين ونوابهم وكتبة المحاكم ومساعديهم وكذلك المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها. ومنعت المادة (٥٩٦) مدني عراقي المحامين من التعامل مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها التي يتولون الدفاع عنها. ولقد توقع المشرع العراقي أن يحاول الأشخاص المذكورين في هذه النصوص التحايل على حكمها عن طريق شراء المال أو الحق الذي يحظر عليهم شراؤه باسم مستعار ولذلك أكد في ذات هذه النصوص بأنه لا يجوز للأشخاص المذكورين فيها شراء المال أو الحق الذي يحظر عليهم شراؤه لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة وحتى لو بطريق المزاد العلني.

وبما إن المشرع العراقي ذكر فقط الشراء باسم مستعار ولم يذكر الشراء باسم شخص مسخر، وحيث أكدنا على إن الاسم المستعار هو ليس مرادف لتسخير الشخص إذ إن لكل واحد من هذين المصطلحين مفهوم يختلف عن مفهوم الآخر كما بينا في معيار التمييز بينهما، ولأجل القضاء على كل تحايل قد يلجأ إليه الأشخاص المذكورين في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) مدني عراقي للتخلص من حظر الشراء المفروض عليهم، لذا اقترح إعادة صياغة هذه المواد بحيث يحظر على الأشخاص المذكورين فيها شراء المال أو الحق المتنازع فيه لا بأسمائهم ولا بأسماء مستعارة ولا عن طريق تسخير الشخص وحتى لو بطريق المزاد العلني.

٢. لقد اتضح لنا كيف استخدم التسخير كوسيلة للاحتيال على التشريع الذي يمنع الأشخاص غير المسجلين في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقارات في محافظة بغداد. فبما إن هذا التشريع لا يراعي الحاجة الاجتماعية التي قد تدفع الشخص إلى تملك عقار في بغداد رغم إنه غير مسجل فيها حسب إحصاء ١٩٥٧ ككون هذا الشخص موظف يعمل في بغداد أو مقيم منذ مدة طويلة هو وعائلته في بغداد أو إنه مولود في بغداد قبل عام ١٩٥٧ ومقيم فيها لكنه لظرف طارئ سافر إلى محافظة أخرى يوم التعداد ولذا سجل في هذه المحافظة... الخ، قد يلجأ هذا الشخص إلى الاحتيال باستخدام التسخير، فيكلف شخص يثق به، يتوفر فيه شرط يتملك العقار في بغداد أي إنه مسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧، بشراء عقار له في بغداد. وهكذا يسجل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم هذا الشخص (صاحب الاسم المستعار) في حين إن المشتري الذي دفع ثمن العقار هو الشخص الممنوع من التملك في بغداد، ورغم إن هذا الأخير قد يأخذ على المشتري الظاهر (صاحب الاسم المستعار) ورقة ضد يقر فيها بملكية العقار للمشتري الحقيقي كونه الذي دفع ثمنه وان تسجيل العقار باسمه كان على سبيل المثال الأمانة، إلا إن صاحب الاسم المستعار قد يستغل حكم المادة (١٤٩) مدني الذي يمنع الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، فيتمسك بكون العقار ملك له لأنه مسجل باسمه في التسجيل العقاري الأمر الذي يؤدي إلى كثرة المنازعات وعدم استقرار المعاملات. ولذلك نقترح على المشرع أن يعيد النظر في القانون الذي يمنع الشخص غير المسجل في بغداد حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق من تملك العقارات فيها، وإذا لم يكن بالإمكان إلغاء هذا القانون في الوقت الحاضر فعلى الأقل استثناء بعض الحالات من حكمه للضرورة الاجتماعية، كحالة الموظف الذي يعمل في بغداد والمولود في بغداد والمقيم فيها لمدة طويلة، بحيث يسمح في مثل هذه الحالات للشخص بتملك العقار في بغداد وان كان غير مسجل فيها حسب إحصاء ١٩٥٧ أو أي إحصاء سابق عليه.

الله ولي التوفيق

المصادر

المصادر باللغة العربية

أولاً: الكتب

١. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٥٧.

٢. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.

٣. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج٢: أحكام الالتزام، ١٩٧٨.

٤. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨١.

٥. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١: في البيع والإيجار، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.

٦. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.

٧. سليمان مرقس، في طرق الإثبات، ج٤: قواعد تقيد الأدلة وإطلاقها، مطبعة الجيلاوي، البولاقية، ١٩٧٤.

٨. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣: تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.

٩. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مطابع الأهرام التجارية، الإسكندرية، ١٩٧٢.

١٠. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢: آثار الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.

١١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول: البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.

١٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥: العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار النهضة العربية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٦٢.
١٣. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤.
١٤. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٢.
١٥. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢: أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد ١٩٦٧.
١٦. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢: أحكام الالتزام، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة.
١٧. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦.
١٨. علي سلمان العبيدي، الأوراق التجارية في القانون العراقي، ط١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣.
١٩. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١: عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠.
٢٠. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ١٩٨٣.
٢١. محمد شتا أبو سعد، الموجز العلمي لأحكام محكمة النقض في الصورية، ط٢، عالم الكتب بالقاهرة، القاهرة، ١٩٩٤.
٢٢. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٨.

٢٣. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، ج٢: العقود التجارية– الإفلاس– الأوراق التجارية– عمليات البنوك، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٤.
٢٤. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.

ثانياً: الأبحاث والرسائل

١. زكي خير الأبوتجي، هل يجوز الاحتجاج بصورية العقود المسجلة، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة.
٢. علي هادي علوان العبيدي، التحايل على القانون، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥.

المصادر باللغة الفرنسية

1. BOULANGEN (J.), SIMULATION, DALLOZ REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, TOME 5, J.G.D, PARIS. 1995.
2. DAGOT (M.), LA SIMULATION EN DROT PRINE, THESE, TOULOUSE, L.G.D.J, PARIS, 1967.
3. FLOUR (J.) ET LUC AUBERT (J.), LES OBLIGATIONS, 1.LACTE JURIDIQUE, 8ED, ARMND COLIN, PARISE, 1998.
4. GHESTIN (J.), SIMULATION, DALLOZ REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, TOME IX, J.G.D., PARISE, 1991.