ISSN: 1999-5601 (Print) 2663-5836 (online)

Lark Journal

Available online at: https://lark.uowasit.edu.iq

*Corresponding author:

Mohammed A. Khafeef
Dr. Mohammad Sadeghi
Hazrat Masoumeh University (HMU) Qom, Iran
Department of Law
Email: akhtmar@gmail.com
Msadeghi4817@yahoo.com

Keywords:
Formalism, relative formalism, formal contract, hidden contract, others, good faith

A R T I C L E I N F O

Article history:

Received	23 Sep 2022
Accepted	1 Feb 2023
Available online	1 Apr 2023

Relative formalism - a comparative study

A B S T R U C T

The parties resort to masquerading to achieve multiple purposes, the most important of which is to harm the creditors, as the debtor disposes of his money in an unreal manner to evade the apparent from his financial liability to prevent the creditors from implementing it. By preemption, or by circumvention of the provisions of the law, as the law prohibits certain groups from buying disputed rights, as in Article (592-595-596) of an Iraqi civilian. Addressed to the public treasury, as the two contracting parties mention the price of the sale at less than the real price in order to evade fees, registration, taxes and others. Therefore, the study dealt with the relative formalism and its images contained in the Iraqi and Egyptian civil law and how to address them in four demands.

© 2023 LARK, College of Art, Wasit University

DOI: https://doi.org/10.31185/

الصورية النسبية-دراسة مقارنة

م.م. محمد عجيل خفيف باحث مرحلة الدكتوراه/ جامعة المعصومة- قم/كلية الحقوق
أ.م.د. محمد محمد حسين صادقي/ جامعة المعصومة- قم / كلية الحقوق

الخلاصة:

يلجأ الأطراف إلى التصرف الصوري لتحقيق أغراض متعددة من أهمها إلحاق الضرر بالدائنين إذ يتصرف المدين بأمواله تصرفاً غير حقيقي لتهريبها عن الظاهر من ذمته المالية لمنع الدائنين من التنفيذ عليها، وتكون الصورية موجهة ضد الشفيع إذ يبرم صاحب العقار عقد هبة مع شخص آخر لمنع الجار من المطالبة بالعقار بالشفعة، أو تكون تحايلاً على نصوص القانون إذ يمنع القانون فئات معينة من شراء الحقوق المتنازع عليها كما في المادة (592-595-596) مدني عراقي، فيقوم الممنوع من الشراء بتسخير شخص آخر أو باستخدام اسم مستعار للإفلات من المنع، أو قد تكون موجهة إلى الخزانة العامة إذ يذكر المتعاقدان ثمن المبيع بأقل من

الثمن الحقيقي تهرباً من الرسوم والتسجيل والضرائب وغيرها، لذلك تناول بحث الصورية النسبية وصورها التي وردت في القانون المدني العراقي والمصري وكيفية معالجتها في أربعة مطالب:

مطلب/أول: الصورية النسبية- دراسة مقارنة.

مطلب/ثاني: التطبيقات التشريعية في القانون المدني المصري والعراقي للصورية النسبية بطريق التسخير.

مطلب/ثالث: أ- الصورية المشروعة. ب- الصورية غير المشروعة.

الكلمات المفتاحية: الصورية، الصورية النسبية، العقد الصوري، العقد المستتر، الغير، حسن النية.

المقدمة:

الصورية كأصل عام هي خلق مظهر قانوني كاذب غير حقيقي باتفاق المتعاقدين وتعد مظهراً كاذباً بالنسبة لغير الحسن النية، ولا يكون معبراً عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ويبرز عن طريق التصرف الصوري مركز قانوني لوجهين مختلفين: أولهما، عقد حقيقي خفي وعقد ظاهر صوري، لذلك يمكن القول أنّ الصورية تعبر عن اتفاق طرفي العقد على إجراء تصرف قانوني يخفى الإرادة الحقيقية بستار ظاهري كاذب لسبب يخصهما. ونظم المشرع العراقي أسوةً بالمشرع المصري أحكام الصورية في المادة 148/147 والتي تقابلها المادة 245/244 مصري، ولم يضع كلا التشريعين أي نظرية عامة للصورية بل اعتمدا على نص المادة 1332 من القانون المدني الفرنسي، وللصورية صورتان:

الأولى، الصورية المطلقة التي تتناول وجود العقد ذاته، أي أنّ التصرف الظاهر كاذب لا وجود له في الحقيقة، وتكون هذه الصورية قوامها الغش والتدليس، والثانية هي الصورية النسبية مدار البحث لا تتناول وجود العقد بل نوع العقد أو أحد شروطه أو أحد أركانه أو أحد أطراف العقد ولها صور عدة:

أ- الصورية النسبية بطريق المضادة وتتناول هذه الصورية شرطاً من شروط العقد مثل ذكر ثمن للمبيع أقل من الثمن الحقيقي للتخلص من الرسوم والضرائب.

ب الصورية النسبية بطريق التسخير، وتتناول شخص أحد المتعاقدين.

ج- الصورية النسبية بطريق التستر، وتتناول نوع العقد كما إذا كان العقد الظاهر هبة وهو في الحقيقة عقد بيع لمنع الجار من المطالبة بالمبيع بالشفعة.

وللصورية عموماً أربعة شروط وهي:

1- وجود عقدين متحدين بالموضوع.

2- العقدان متعاصران، وتكفي المعاصرة الذهنية.

3- يختلف العقدان من حيث الماهية والشروط والأركان.

4- يكون العقد الظاهر صوري والمستتر هو الحقيقي.

ومن الواضح أنّ الصورية النسبية تتضمن تصرفا حقيقيا يتم الاتفاق على هذا العقد في وضعه الحقيقي بغض النظر عن حقيقة إصداره بإبرام عقد أو بإرادة منفردة كما هو الحال بالوصية المستترة.

المطلب الاول: الصورية النسبية

الصورية هي تعبير عن تصرف قانوني يستر علاقة ما بين المتعاقدين، وهي أما أن تكون صورية مطلقة تتناول وجود التصرف ذاته، أو صورية نسبية تتناول أحد جوانب التصرف، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض (الصورية المطلقة هي تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما الصورية النسبية فهي التي لا تتناول وجود العقد، وإنّما تتناول نوع العقد أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين).(أحمد، سنة 2012 ، ص 10) .

ويدور حول الاسم الكثير من الانتقادات والآراء، إذ يرى البعض أن لفظ المطلقة والنسبية من الألفاظ التي جرى استخدامها من قبل فقهاء القانون للدلالة على إعدام قاعدة أو التغيير فيها، وهي تقابل البطلان المطلق والبطلان النسبي، علماً أنّ لفظ الإطلاق يقابله التقييد على الأغلب، واستعمال كلا اللفظين في موقع واحد لا يوحي بالانسجام، وكلاهما غير دقيق لغوياً، إذ لا معنى في أصل اللغة لكلمة مطلق، فضلاً عن أنّ العرف جرى أن الإطلاق يقابله التقييد.

والبعض فضل إطلاق لفظ الأصلية للتعبير عن الصورية المطلقة، إذ يتغير الاسم إلى الصورية الأصلية لاستنادها إلى وجود شيء (ورقة الضد)، وتتفق كلمة الأصلية مع الصورية النسبية، لأنّ النسب يرجح الأصل كنسب الابن لأبيه، وبذلك الرأي لدينا صورية أصلية وصورية نسبية، إلّا أن هذا الوصف غير منسجم مع المعنى، فضلاً عن أنّ لفظ أصل ونسب يرد كثيراً في قانون الأحوال الشخصية وقواعد الزواج والطلاق وغيرها.

وهناك آخرون يجدون أنّ لفظ كلي وجزئي هو من أنسب الألفاظ التي تنسجم مع نوع الصورية، فالصورية الكلية تعدم العقد أو التصرف والصورية الجزئية تعمل على تغيير أو إعدام جزء من أجزاء التصرّف أو شرطاً من شروطه، علماً أن اللفظين المذكورين لهما أصل في اللغة، وبذلك يكون لدينا الصورية الكلية تعبيراً عن الصورية المطلقة، والصورية الجزئية تعبيراً عن الصورية النسبية.

ونجد من جانبنا بما في هذه الآراء من اختلاف حول التسمية وما تمثله من بحث عميق للتوصل إلى تسمية تتلاءم مع اللغة والعرف، وتكون بوضع ينسجم مع جميع أنواع الصورية، إلّا أن الأنسب هو اتباع التسمية

المتداولة من جميع فقهاء القانون والقضاء، والتي جرى عليها العرف والعادة لدى الجميع، مع العلم أنّ الآراء الأخرى جميعها صحيحة ولا غبار عليها.(الديب، سنة 1992 ، ص 179) .

أولاً: الصورية المطلقة:

الصورية المطلقة تتناول وجود العقد ذاته، إذ يكون العقد الظاهر عقداً كاذباً لا وجود له في الحقيقة، وتكون الصورية مطلقة عندما تكون إرادة المتعاقدين لا تتضمن إحداث أثر قانوني، بمعنى لا وجود لإرادة الالتزام، إذ يعد هذا التصرف كتصرّف الهازل الذي لا يرمي إلى الالتزام بالأثر القانوني المترتب على التصرف الظاهر، ويشمل كلا طرفي العقد.(طلبة، سنة 2018، ص 9) .

علماً أنّ الورقة المستترة لا تتضمن عقداً حقيقياً مختلفاً عن العقد الظاهر، بل إنّ الورقة هي لبيان أنّ العقد الظاهر هو عقد صوري كاذب، وأنّ هذه الورقة تمثل الضمان للبائع حول صحة العقد المبرم من عدمه، فالصورية تمحو أثر الوضع الظاهر، فالعقد إن كان صورياً صورية مطلقة لا يكون لها وجود قانوناً وأنّه كان مسجلاً، إذا كان مبنياً على الغش والتدليس لأنّ الملكية لا تنتقل إلّا بأمرين أحدهما أساسي (العقد الصحيح) والآخر تبعي (التسجيل) فانعدام الأصل لا يغني عن التبعي.(مختار، سنة 2005، ص 7) .

وذكر ميشيل داجو أنّ (المبدأ في الصورية المطلقة ترد على كل العملية) (Michel,1965,61)، وبما أنّ الصورية المطلقة تعني أن لا وجود لأي تصرف حقيقي ما بين المتعاقدين، فبالإمكان اعتبار التصرف الصوري باطلاً، والصورية باطلة بطلاناً مطلقاً في جميع الأحوال،(لكسواني،سنة 2010،ص162) وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها(إذا كانت الصورية المطلقة إن صحت ينعدم بها وجود عقد البيع قانوناً، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إن سجّل، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً منعدماً، فإنّه ينبني على ذلك إنّ الشفيع إذا طعن بالصورية المطلقة في عقد المشتري الثاني فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى، لأنّه تصرف في العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصمه الشفيع في دعواه كان لزاماً على المحكمة قبل أن تفصل في هذا الدفع أن تتصدى بداءة لبحث الطعن بالصورية وتدلي بحكمها فيه حسماً له، ذلك أنّه لو ثبتت صورية عقد المشتري الثاني كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني ولو كان مسجلاً، فلا يكون لهذا المشتري في مواجهة الشفيع من حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه، ويغدو بالتالي غير مقبول منه أن يحتج قبل تصرف صدر منه من هذا العقار إلى مشتري ثالث).(عرفة، سنة 2019 ، ص 7) .

والملاحظ أنّ الصورية يتم عن طريقها قيام المدين بإجراء تصرف ظاهري كاذب لإلحاق الضرر بدائنيه على غرار دعوى عدم نفاذ التصرفات، ففي كلا الحالتين يكون التصرف مشوب بالغش والخديعة وإلحاق الضرر بالآخرين، لذلك فالمشرع منح الدائن سلاحاً عن طريق الدعوتين من الطعن بأي تصرف يشوبه التدليس ويلحق الضرر بهم من قبل المدين الذي يحاول إجراء تصرف جدي أو صوري ليتقي تنفيذ الدائن على أمواله.

ثانياً: الصورية النسبية:

في الصورية النسبية توجد علاقة قانونية فيما بين المتعاقدين، وهذا على العكس من الصورية المطلقة، ولا تتناول هذه الصورية وجود العقد ذاته، بل ركناً من أركان التصرف القانوني أو شرطاً من شروطه ويكون لها ثلاث صور وهي: إما صورية بطريقة التستر اذا ما تناولت طبيعة التصرف مثل إفراغ عقد هبة في صورة عقد بيع ظاهر، أو تكون بطريق المضادة إذا تناولت بعض شروط التصرف أو أركانه مثل صورية تاريخ العقد، إذ يتم التلاعب بذلك التاريخ من قبل أطراف العقد ليكون سابقاً على تاريخ الحجر على البائع، وقد ترد علي الثمن إذ يلجأ أطراف العقد إلى إنقاص الثمن المذكور في العقد عن الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل، أو ترد على سبب التصرف كما إذا عمد شخص إلى هبة مال لامرأة ويذكر في العقد أنّ السبب هو تقديم خدمة له، والحقيقة هو لإقامة علاقة غير مشروعة معه، أو تكون الصورية بطريقة التسخير إذا تناولت شخصية أحد أطرافها.(سلطان، سنة 2005، ص 63) .

بناءً على ما ذكر، يتضح لنا أنّ الصورية النسبية لا تتناول وجود العقد من حيث ذاته، وإنّما تتناول طبيعة العقد أو أطرافه أو موضوعه، وهذا يدل على جدية العلاقة القانونية وإن شابها الغش والتدليس.

والأثر القانوني للعقد في مجال الصورية النسبية أنّه عقد صحيح ويكون له وجود قانوني، إلّا أنّه في بعض الأحيان يكون باطلاً عندما يكون سبب التصرف غير مشروع أو مخالفاً للقانون والآداب والنظام العام،(رزق، سنة 2016، ص 20) وللصورية النسبية ثلاث صور وهي:

1- الصورية بطريق التستر:

تتناول هذه الصورية إخفاء حقيقة التصرف (العقد ما بين المتعاقدين، إذ تتجه إرادة المتعاقدين الحقيقية إلى إبرام تصرف معين ويتفقان على إخفائه بتصرف آخر يختلف من حيث الطبيعة، ومن الأمثلة على ذلك وإفراغ عقد هبة على هيئة عقد بيع، فالعقد الظاهري هو عقد صوري (عقد البيع)، والعقد الخفي هو عقد الهبة وهو عقد حقيقي اتجهت إليه إرادة العاقدين، وتكون الغاية من اتباع هذا الأسلوب هو التهرب من رسمية العقد فيما إذا ظهر عقد الهبة بشكله الحقيقي، وقد يصدر من شخص تصرف لأحد ورثته كعقد بيع وهو في حقيقته وصية، وذلك للاحتيال على قواعد الإرشاد والتي تقضي بعدم نفاذ الوصية إلّا في حدود الثلث.(عبد الباقي، سنة 1992 ، ص 176) .

أو كما يدور الآن في الطب البشري هذه المدة بخصوص زراعة الأعضاء البشرية، وهي حالة التبرع بالأعضاء البشرية للمريض ظاهراً وفي حقيقته هو عقد بيع، والسبب يعود إلى منع بيع الأعضاء في العراق وفق قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986.(الفضل، سنة 2006 ، ص 513).

أو قد يكتب شخص لآخر صكاً على نفسه على أنه ثمن لشيء تم شراؤها منه حقيقته غير ذلك وهي قرض رباً فاحش،(السنهوري، سنة 1998، ص 1028) وجاء في قرار لمحكمة النقض (إن الطعن بأنّ عقد البيع يستر وصية ولم يتم دفع ثمنها هو طعن بالصورية النسبية بطريقة التستر، ويقع عبء إثبات الصورية على عاتق الطاعنة، فإن عجزت عن ذلك وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد(رزق، سنة 2016، ص 24)، وفي قرار آخر جاء فيه (إنّ الثمن إذا لم يكن مذكوراً في العقد إلّا بصفة صورية فإنّ العقد يكون صحيحاً بوصفه هبة مستترة بصورة بيع، وأنّه لا يتنافى مع تسخير التصرف من أن يبقى البائع واضعاً اليد على ما باعه أو الاحتفاظ بحق الانتفاع مدى الحياة.(مختار، سنة 2005 ، ص 100) .

2- الصورية بطريقة المضادة:

ويطلق عليها الصورية بطريق الضد، وتتناول شرط من شروط العقد أو أحد أركانه، فهي قد ترد على سبب العقد أو ترد على شرط الثمن أو ترد على تاريخ العقد، فقد ترد الصورية على سبب العقد مثل إبرام عقد هبة والسبب في ذلك أنّ الموهوب له سبق أن قدم خدمات مشروعة للواهب، غير أن السبب الحقيقي للهبة هو تقديم خدمات غير مشروعة للواهب،(ذنون، سنة 2004، ص 125) أو إجراء عقد بيع يذكر فيه الثمن ويكون إما أقل من الثمن الحقيقي تجنباً من رسوم التسجيل والضرائب أو أكبر من الثمن الحقيقي لمنع الجار من المطالبة بالعقار المباع بالشفعة، والمتعاقدان بإجرائهم تلك العقود يحتفظون بورقة ضد يتم فيها ذكر الثمن الحقيقي، وقد ترد الصورية على تاريخ إبرام العقد، إذ يتفق المتعاقدان على ذكر تاريخ يكون سابقاً على نشوء حق الدائنين.(سلطان، سنة 1983، ص 153) .

وقد يتم الاتفاق بين شخص مريض (مرض الموت) مع آخر على إجراء عقد بيع بتاريخ متقدم على تاريخ إصابته بالمرض لتجنب الطعن من قبل ورثة المريض، إذ إنّ كل تصرف ناقل للملكية بهذه المدة تجري عليه أحكام الوصية بمقدار المحاباة لا بثمن العين، فإذا ما كان البيع بمثل القيمة كان صحيحاً نافذاً ولا يجوز الطعن به من قبل الدائنين والورثة، وكذلك إن كان الثمن أقل من قيمته دون أن تتجاوز ثلث التركة،(ذنون، سنة 1954، ص 126) وقد يتفق المدين المعسر مع آخر على إجراء تصرف قانوني بتاريخ سابق على تاريخ إعساره للتخلص من طعن دائنيه بعدم نفاذ التصرف بحقهم.(مختار، سنة2005 ، ص 131)

وكما ذكرنا سابقاً، إنّ المتعاقدين يحتفظان بورقة الضد لضمان حقوق البائع وإثبات حقيقة العقد الظاهر، فالمشرع أجاز الاحتجاج بورقة الضد حتى إن كانت غير مسجلة ما بين طرفي العقد الصوري، حتى إن كانت في صورة تفاسخ متى كان من الثابت فيها أنّها إقرار بصورية عقد آخر أفرغ بهيئة تفاسخ وليست في حقيقتها تفاسخاً.

فورقة الضد تمحو العقد الظاهر كليا أو جزئياً، وعلى سبيل المثال دائماً ما يحاول المدين بتهريب أمواله خشية من التنفيذ عليها فيجري تصرفاً قانونياً صورياً لشخص آخر، وفي مقابل ذلك يأخذ ورقة ضد (عقد يكتب سراً بين المتعاقدين ليمحو آثار العقد الظاهر أو يعدله) تتضمن أنّ العقد الظاهر هو عقد صوري وأنّ العين محا التصرف لا زالت على ملكه، وفي هذا الفرض فإنّ ورقة الضد أعدمت العقد الظاهر كلياً، وقد تعمل ورقة الضد على تعديل جزئي في عقد البيع، فإذا أبرم عقد بيع مع شخص آخر بثمن مقداره مائة مليون دينار ويذكر في العقد أنّ الثمن مائتا مليون والهدف من ذلك هو منع الجار من المطالبة بالمبيع بالشفعة لضخامة المبلغ، وتكتب ورقة ضد ما بين المتعاقدين تذكر الثمن الحقيقي وهو مائة مليون دينار.

مع العلم أنّ الصورية التي ترد على الثمن قد تكون صورية مطلقة أو تكون صورية نسبية، أي إذا اتفق المتعاقدان على أن المشتري لا يلتزم بدفع الثمن المسمى وبالتالي تكون صوريه مطلقة لانعدام ركن الثمن ويكون العقد باطلاً، ولكن المادة 140 من القانون العراقي (نظرية تحول العقد) تعد العقد الباطل أعلاه صحيحاً باعتباره هبة مستترة إذا ما توفرت شروطها، وفي حال اتفق المتعاقدان على مخالفة الثمن المسمى في العقد باتفاق ثانوي فيما بينهم عندها تكون صورية نسبية.

3- الصورية بطريق التسخير:

وهي الصورية التي تتناول إخفاء أحد أطراف التصرف القانوني ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر غير مذكور في بنود العقد وبعلم المتعاقد الآخر تحايلاً على القانون الذي يمنع تلك الفئات من إجراء هذه التصرفات، أي أن يقوم شخص ثالث بين شخصين يرغبان بإجراء تصرف قانوني، فيلجآن إلى تسخير ذلك الشخص لإتمام التصرف مع أحدهما ويقوم بعد ذلك بنقل ملكية العين محل التصرف إلى الشخص (الخفي) الممنوع من الشراء،(الحكيم، سنة 2015، ص 122) مثال ذلك إذا أراد قاض أو أحد عمال القضاء من شراء حق متنازع عليه مما يدخل اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ذلك القاضي، فيحاول الاتفاق مع شخص آخر على أن يظهر بمظهر المشتري للحق وهو يشتريه لحسابه هو حقيقةً، أي أن القاضي هو المشتري الحقيقي وإن اشتراه باسم مستعار،(عبد الباقي، سنة 1992 ، ص 181) أو في عقد الهبة عندما يهب شخص مالاً لآخر ويكون الموهوب له (المدرج اسمه في العقد) ليس هو الموهوب له الحقيقي بل يكون المقصود شخص آخر تكون الهبة غير جائزة له، فيكون الموهوب له الظاهر مسخراً واجبه تلقي الهبة ونقلها إلى الموهوب له الأصلي لتجنب المانع القانوني الذي يمنعه من إجراء ذلك.

وجاء في المادة 593 من فقرة/2 من القانون المدني العراقي تعريف الحق المتنازع عليه وهو (يعد الحق متنازعاً فيه إذا كان قد رفعت به دعوى وقام بشأنه نزاع جدي) ويكون متنازعاً عليه في فرضين:

الأول: رفع دعوى قضائية على موضوع الحق وأصله.

الثاني: نزاع جدي حول الحق، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وتخضع تكييفها لرقابة محكمة التمييز لأنّ التكييف مسألة قانونية.(الفضلي، سنة 2017 ، ص 168) .

وفي قرار لمحكمة النقض جاء فيه أنّ الصورية بعقد التسخير(تكون بإخفاء شخص المشتري تحت ستار شخص آخر، وهذه الحالة غير قاصرة على التصرفات القانونية فيشمل أيضاً الإجراءات القضائية ما لم يقصد بها التحايل على القانون فيكون العمل غير مشروع)،(عرفة، سنة 2019 ، ص 25) وما بين الصورية بالتسخير والتعاقد والاسم المستعار، يرى جانب من الفقه أنّ المصطلحين مترادفان، وبالأخص في ما يتعلق بصحة التصرف، وما التعاقد باسم مستعار إلّا أحد تطبيقات الصورية النسبية بطريق التسخير.(عبد الباقي، سنة 1957، ص 253) .

ويرى فقهاء آخرون أنه لا بد من التمييز ما بين وجود اختلافات عديدة فيما بينهما،(الحكيم، سنة 2015 ، ص 122) لذا توجب أن نتطرق إلى أوجه الاختلاف والتشابه ما بين المصطلحين:

أوجه الاختلاف:

1- الاختلاف بالتكوين:

في الصورية النسبية بطريق التسخير، المسخّر يبرم عقدين فضلاً عن عقد الضد، بالعقد الأول تنتقل إليه ملكية العين محل التصرف، وفي العقد الآخر ينقل الملكية إلى الشخص الممنوع من التعاقد، أما في التعاقد باسم مستعار فالمسخر يبرم ثلاثة عقود جدية وهي:

الأول: عقد وكالة مستترة ما بين الاسم المستعار (الوكيل) وشخص آخر (المستعير للاسم) بتصرف محدد في العقد.

الثاني: عقد ما بين الاسم المستعار والغير، ويبرم العقد لصالح الموكل (مستعير الاسم) ولكن باسمه.

الثالث: عقد ما بين اسم المستعار مع (مستعير الاسم) الموكل لينقل له أثر التصرف الذي أبرمه لحسابه.(السنهوري، سنة 2004، ص 972) .

علماً أنّ الصورية بطريق التسخير تتحقق عن طريق اتفاق مسبق بين المتعاقدين على استعارة أحدهما اسم شخص آخر يظهر بمظهر صاحب المصلحة الحقيقية بدلاً منه، إلّا أنه في الحقيقة ليس إلّا ستاراً لصاحب المصلحة الحقيقية في التعاقد، من أجل التحايل على نصوص القانون التي تمنع ذلك، وبذلك يتضح أن إرادة المستعير للاسم هي من تساهم في تكوين العقد وليس لإرادة الاسم المستعار، وإن كانت ظاهراً أنها تسهم بذلك، وحقيقة أن واجب الاسم المستعار هو بمثابة رابط وهمزة وصل ما بين مستعير الاسم والغير، ويكون دوره هو التوقيع على العقد فقط، إذ إنّ دوره تم تحديده مسبقاً بنصوص الوكالة المستترة.(المرسي، سنة 1997، ص 250) .

2- الاختلاف بالأثر:

وصفت للصورية أحكام عامة بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام، إذ يكون العقد الحقيقي هو العقد النافذ ما بينهم، وبالتالي فإنّ العقد الظاهر لا وجود له ولا أثر، وذلك ما يتطلبه مبدأ سلطان الإرادة، إذ إنّ إرادة المتعاقدين تمثل إرادة العقد المستتر فيما بينهم، وتكون العلاقة مباشرة بين المسخر (الطرف المستتر) والطرف الآخر من العقد من حيث الحقوق والالتزامات، أما الغير فله أن يتمسك بالعقد الظاهر الكاذب وله أن يتمسك بالعقد المستتر الحقيقي بما يتوافق مع مصلحته بشرط حسن النية (أي لا يعلم بحقيقة التصرف) وفق المادة 147 من القانون المدني العراقي والمادة 244 من القانون المدني المصري.

أما المتعاقد باسم مستعار فإنه يكيف كوكالة مستترة غير نيابية، وتسري أحكام الوكالة على أطراف العقد، ووفق المادة 943 عراقي و106 مصري تفترض رابطة قانونية بين الموكل مستعير الاسم والغير المتعاقد مع الاسم المستعار في حال كان الغير يعلم بصفة من تعاقد حقيقة أو حكماً أو يستوي عنده حالة انتفاء العلم مع التعامل مع الوكيل أو الموكل.(مراد، سنة 2006، ص 49) .

من الواضح أن أحكام الصورية تطبق على الصورية النسبية بطريق التسخير، أما المتعاقد باسم مستعار فإنه يخضع لأحكام الوكالة فيما بين الموكل والوكيل (المسخر)، إذ يظهر صاحب الاسم المستعار على أنه صاحب المصلحة الفعلية، إذ تنصرف إليه آثار التصرف والتي فيما بعد يتم نقلها بعد إتمام التصرف إلى موكله، أما الغير الذي تعاقد مع صاحب الاسم المستعار فهو لا يعلم أنه شخص مسخر نتيجة لذلك فهو لا يرتبط إلّا بالوكيل المسخر، فإذا ما أبرم تصرفاً قانونياً كعقد شراء عقار بواسطة شخص مسخر، فإنّ لدائني المسخر إن كانوا حسني النية ولا يعلمون حقيقة عملية التسخير، التمسك بالعقد الظاهر والتنفيذ على تلك العين على اعتبار أنه انتقل إلى ملكه وأصبح من الضمان العام، ويترتب عليه أنّ المتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يعلم بأنه شخص مسخر فعليه نفي حالة إخلاله بالتزاماته، فمن حيث المتعاقد الرجوع عليه وفق أحكام المسؤولية العقدية بالتعويض إن كان له موجب.

تأسيساً على ما تقدم، نجد أنّ في الصورية بالتسخير أنّ البائع يكون على معرفة تامة بصفة المشتري بناءً على اتفاق مسبق ما بينهم حول استعارة شخص ينوب عنه بالشراء، فلم يتعرض للخداع والغش، كذلك إنّ المشتري في الصورية بالتسخير يعمل لنفسه وليس كوكيل، ولكن بشرط فاسخ لصالح المشتري الحقيقي وبمدة محددة، وهذا يعني عدم وجود وكالة مستترة كما في الاسم المستعار، فضلاً عن توفر النيابة لدى المشتري باختياره شخص مسخر يحل مكانه في التصرف القانوني، وتنتقل ملكية العين إلى المشتري الحقيقي مباشرة بمجرد أن يستخدم المشتري تحفظه في الموعد المتفق عليه.(الحلبوسي، سنة 2005، ص 51) .

3- الاختلاف بالغرض:

إن الغرض من التعاقد باسم مستعار قد يكون مشروعاً كالبرع لجمعية خيرية باسم مستعار، وقد يكون الغرض غير مشروع كما في حال الشخص الممنوع بحكم القانون من التعاقد بنفسه فيضطر إلى استخدام التعاقد باسم مستعار للاحتيال على ذلك، أو يهدف من ذلك إلحاق الضرر بحقوق الآخرين كما في حال المدين عند قيامه بتهريب أمواله بالبيع أو الهبة أو غيرها من التنفيذ عليها من قبل دائنيه.

أما الصورية بطريق التسخير يكون هدفها التحايل على القانون كما هو المنع الوارد في القانون المدني العراقي في المواد(592، 595، 596) لفئات معينة من إبرام أي تصرف قانوني بيعاً أو شراءً في الحق المتنازع فيه.(الحلبوسي، سنة 2005، ص 42) .

تأسيساً على ما تقدم، نلاحظ أنّ الغرض من الصورية بطريق التسخير هو التحايل على القانون، وهو غير مشروع، أما في حالة التعاقد باسم مستعار فيكون هدفها مشروعاً وأحياناً أخرى غير مشروع، فضلاً عن أنّ أغلب تطبيقات الصورية النسبية بالطريق التسخير بالإمكان أن تتطابق مع التعاقد باسم مستعار، ولكن ليس بشكل تام لأن الصورية بطريق التسخير قد ترد أحياناً لأغراض مشروعة.(مرزوق، سنة 1957 ، ص 278) .

أوجه الشبه بين الصورية بطريق التسخير والتعاقد باسم مستعار:

إنّ الشبه بين الفكرتين يتمثل في صفة المتعاقد، إذ إنّ كلاهما يتضمن تسخير لشخص آخر(مسخر) يظهر بمظهر الأصيل في عملية التعاقد ويعمل باسمه الشخصي، ولكن في حقيقته فهو يعمل لصالح الموكل، والشيء الثاني هو أن كلا الفكرتين يتضمن تصرفاً ظاهراً وآخر مستتراً، فالصورية النسبية تتضمن تصرفين، تصرف مستتر ما بين المسخِّر والمسخَّر عن طريق عقد الضد الذي يظهر حقيقة العقد الظاهر والتصرف الثاني هو العقد الظاهر الصوري والذي ينخدع به الجميع على أنه التصرف الحقيقي.(شاوي، سنة 2006 ، ص 90) ونتيجة التقارب ما بين الفكرتين، فإن الكثير من الكتاب أشاروا إلى أنّ التعاقد باسم مستعار هي أحدى تطبيقات الصورية النسبية بواسطه التسخير، مما يترتب عليه أنّ أحكام الصورية تطبق على التعاقد باسم مستعار.(الديب، سنة 1992 ، ص 182) .

ومن جانبنا نميل إلى أنّ فكرة الصورية النسبية بطريق التسخير تختلف اختلافاً كبيراً عن التعاقد باسم مستعار، على الرغم من أنّ غرضهما واحد وهو تناول شخصية أحد أطراف التصرف القانوني بإخفائه بستار شخص آخر، إذ إنّ الاختلافات التي تم ذكرها من حيث التكوين والأثر والغرض لا تدع مجالاً للشك باختلاف الفكرتين، يضاف إلى ذلك أنّ التعاقد باسم مستعار يهدف إلى إبقاء اسم الموكل مخفياً عن الغير بموجب عقد الوكالة المستتر مع الوكيل، وهذا التزام يقع على عاتق الأخير يجب الوفاء به، وهذا الحال يتناقض مع تطبيقات الصورية بطريقة التسخير التي أساسها التعارض بين العقد الظاهر والمستتر واستحالة تنفيذهما معاً في آن

واحد، في حين لا يوجد تعارض بين عقد المستعار والعقد المبرم بين صاحب الاسم المستعار والغير، إذ يعد العقد مكملاً لعقد الاستعارة.

ومن المهم بيان أن تطبيق أحكام الصورية على التعاقد باسم مستعار يمثل ضرراً بحقوق المتعاقد الحقيقي بنص القانون إذ إنّ العقد المبرم من قبل النائب في حالة عدم الإعلان عن صفته أثناء التعاقد لا ينصرف إلى ذمة الأصيل إلّا في حالة أنّ المتعاقد مع النائب كان يعلم أو يفترض أنه يعلم بصفة النائب أو كان يستوي عنده التعامل مع الأصيل أو الوكيل،(مادة 943 مدني عراقي/106 مدني مصري) إذ تقوم علاقة قانونية مباشرة بين الموكل المستتر والغير، حتى إن كان الأخير حسن النية أي أنه لا يعلم بصفة الاسم المستعار، وهذا الحكم جاء بنص القانون لحماية المتعاقد الحقيقي والعمل على استقرار التعامل، فإن تم تطبيق أحكام الصورية على التعاقد باسم مستعار ففي ذلك الفرض ينتج عنه هدم الحكم أعلاه، لأن المتعاقد بصفته من الغير طالما كان حسن النية أي لا يعلم بحقيقة اتفاق الاسم المستعار الرجوع على الموكل المستتر أو الوكيل صاحب الاسم المستعار بحسب ما تتطلبه مصلحته، فتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن تكون للغير علاقة مباسرة مع صاحب الاسم المستعار، وعدم إمكانيه رجوعه إلى مستعير الاسم بمعنى خروج الأخير من دائرة العقد مما يلحقه ضرر في حالة قيام دائني الاسم المستعار بالتمسك بانصراف أثر العقد في ذمة مدينهم طبقاً لقواعد الصورية، ولا يكون للموكل المستتر إلّا الرجوع على وكيله والدخول مع الدائنين في قسمه غرماء، مقابل ذلك أن تم تطبيق حكم التعاقد باسم مستعار تمنعه من الدخول في هذه القسمة.(عبد الواحد، سنة 1997 ، ص 258) .

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية في القانون المدني المصري والعراقي على المنع من التعاقد باسم مستعار

جاء في المادة 595 عراقي تقابلها المادة 471 مصري ما نصه: (موسوعة دائرة المعارف، سنة 1998، ص 760)

(لا يجوز للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم أن يشتروا لا باسمهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها) .

وكتطبيق للحكم أعلاه جاء في المادة 596 عراقي تقابلها المادة 472 مصري ما نصه:

(لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة) .

إنّ النص أعلاه لا يتحدث إلّا عن الشراء ولكن ما جرى العمل عليه هو أنّ الحظر يشمل المقايضة بالقدر الذي يسمح به ذلك، وكذلك يسري الحظر على الوفاء بمقابل، والمشرع يحارب المضاربة بالحق المتنازع عليه،

وينحو منحاً خطيراً إذا كان أحد رجال القضاء هو من يشتري الحق المتنازع فيه والذي تنظر محكمته النزاع أمامها، مما قد يدفع عناصر القضاء إلى استغلال مراكزهم الوظيفية للتأثير في النزاع لصالحه أو محاولة دفع المتخاصمين على الاعتقاد بأنّ رجل القضاء المشتري يحاول ذلك، وفي كلا الحالتين ينتج عنهما إخلال بسير العدالة أو المس بسمعة القضاء وهيبته، وحتى يتحقق الحظر يجب أن يكون إبرام العقد من قبل رجل القضاء أثناء عمله بالمحكمة المختصة، أما في حالة اشترى الحق قبل أن ينتقل إلى هذه المحكمة أو قبل أن يعين في سلك القضاء أو اشترى الحق بعد نقله من المحكمة أو بعد أن ترك العمل في القضاء فإنّ الحظر لا يشمله.

وفي حال باع رجل القضاء الحق المتنازع فيه فالعقد لا يكون باطلاً، وذلك ما يتوافق مع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (يكون لعامل القضاء الذي ينازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن)،(تناغو، سنة 2009، ص 268) أما المادة 596 والتي تم نقلها نصاً من القانون المدني المصري المادة 472 والتي نقلها الأخير من المشرع الفرنسي والإيطالي، وهو التطبيق الأكثر وقوعاً في العمل، إذ يتم الاتفاق بين المحامي وموكله أن يرفع له دعوى ويباشرها ويتابع إجراؤها ومصاريفها وأتعابها من عنده في مقابل حصوله على نصيب في ما يتم الحكم له به أو الاتفاق على أن تكون أتعابه حصه مما يقضي له به.(طه، سنة 1970 ، ص 45) .

وبالرجوع إلى نص المادة 595 فإنه يكون أشمل من المادة 596 لأنه يحرم على المحامين كافة ضروب التعامل في الحق المتنازع فيه، فليس له أن يشترى أو يقايض أو يهب له ولا أن يشارك فيه ولا تكون له حصة معينة كأتعاب مما يحكم به، فكل ذلك باطل بطلاناً مطلقاً وإن كانت باسم مستعار أو باسم المحامي.(طه، سنة 1970 ، ص 389) .

وجاء في قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 في المادة 41 منه تأكيد على ما ورد في المادة أعلاه، إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة 41 (يحظر على المحامي ...) ثانياً (شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع فيها في القضايا التي هو وكيل فيها) لاعتبارات تتعلق بالنظام العام والخشية من استغلال المحامي لمركزه لإيهام موكله بأنّ فرصته بكسب الدعوى ضئيل مما يدفعه إلى عقد اتفاق يكون فيه مغبوناً.

وتنبه المشرع العراقي إلى عمل الكتاب العدول ولضمان حيادهم نص في المادة 15/أولاً من قانون الكتاب العدول رقم 33 لسنة 1988 (لا يجوز للكاتب العدل تنظيم أو توثيق السندات التي تعود له أو لزوجه أو لصهره أو لقريبه لغاية الدرجة الثالثة، وانتخاب أحد هؤلاء شاهداً أو خبيراً أو مترجماً) فالنص يمنع كاتب العدل من التعاقد باسم مستعار عن طريق شخص يسخر من قبله بالاتفاق مع المتعاقد الآخر ليبرم العقد باسمه ولمصلحة كاتب العدل الذي يقوم بدوره بتوثيق هذا العقد.(الحلبوسي، دون سنة طبع، 45)

وفي قرار لمحكمة التمييز جاء فيه (بيع الوكيلة عقار الموكل إلى الغير ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار إلى الوكيلة يعد بمثابة الشراء باسم مستعار الذي لم تجوزه المادة 592 من القانون المدني).(الحلبوسي، سنة 2005 ، ص 45) .

بيع الوكلاء وشرائهم لأنفسهم باسم مستعار

جاء في المادة 592 تقابلها المادة 479-480 مدني مصري ما نصه:

(1- ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا لحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والشركات أن يشتروا ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محضور عليه شراؤه.

2- على أنّ الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه، حتى ما كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة) .

نجد أنّ المشرع منع النائب من شراء ما عهد إليه ببيعه لا بأنفسهم ولا باسم مستعار ولا بالطريق العادي ولا بالمزاد العلني، وسواء أكانت النيابة قضائية كالسنديك أو الحارس القضائي، أو النيابة الاتفاقية كالوكيل أو من عُيِّنَ لتصفية شركة أو تركة أو نيابة على السلطة العامة كالموظف الذي يقوم ببيع أموال الدولة بأمر السلطة الإدارية.(طه، سنة 1970، ص 158)

ولا يجوز للسمسار إذا عهد إليه ببيع مال أن يشتري ذلك المال لنفسه، فإذا لم يكن نائباً عن نالك العين فتكون مهمته ماديه نتيجة لذلك، لا يستطيع شراء ذلك المال إلّا بموافقة المالك وفي حال كان نائباً عن المالك فيكون آنذاك وكيلاً ويمنع كأي وكيل من شراء ما أوكل إليه ببيعه،(الفضلي ، سنة 2017 ،ص16)

والعلّة من المنع هو تعارض المصالح ما بين مصلحة النائب ومصلحة المالك، إذ الأول تكون مصلحته إنقاص الثمن إلى أدنى مستوى في حين تكون مصلحة الثاني زيادة الثمن إلى أعلى حد ممكن، وللحفاظ على مصلحة المالك فإنّ المشرع وضع حكماً واحداً ما بين من يشتري بنفسه (المقصود النائب) أو باسم مستعار كاسم زوجته أو أحد أولاده للحيلولة دون تجاوز نصوص القانون الآمرة، علماً أنّ مخالفة المادة أعلاه أن تجعل العقد موقوفاً على إجازة المالك، فإنّ أجازه نفذ، وإن نقضه وبيع مرة أخرى فإن المشتري الأول يلتزم بدفع مصاريف البيع وتعويض الموكل عمّا لحقه من ضرر.

ويرجع الفقهاء هذا الحكم إلى قواعد النيابة والتي تقضي بعدم نفاذ تصرفات الوكيل بحق الأصيل إلّا في حدود نيابته، وشراء النائب لنفسه يكون تجاوزاً للنيابة ولا ينفذ إلّا بإجازة الأصيل.(مبارك، سنة 2015 ، ص 158)

شروط المنع لعمال القضاء:

1- أن يكون الحق متنازعاً عليه عند الشراء، وجاء في المادة 593 مدني عراقي (يعتبر الحق متنازعاً عليه إذا كان قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي)

2- تتوفر الصفة لدى المشتري بوقت الشراء (مذكوراً بنص المادة 595)، القضاة، المدعين العامين، نوابهم، المحامين، كتبة المحاكم، ومساعديهم حصرا ولا يشمل النص الخبراء والمترجمين والحراس ورجال الشرطة والسعاة.

3- أن يكون الحق المتنازع فيه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر فيها الأشخاص المذكورين في المادة 505 .

4- أن يكون المشتري عالماً وقت الشراء أنّ الحق المتنازع فيه أمام المحكمة التي يعمل فيها، أما إذا لم يكن عالماً فإن شراءه صحيحاً لانعدام فكرة المضاربة واستغلال النفوذ الوظيفي.(طه، سنة1970، ص385) شروط منع المحامين:

1- أن يكون محامياً وقت قيام التعامل في الحق المتنازع فيه.

2- أن يكون الحق متنازعاً فيه أي مرفوعاً أمام القضاء أو قيام نزاع جدي بشأنه.

3- أن يكون المحامي وكيلاً عن صاحب الحق ويدافع عنه.(العبيدي، سنة 2012، ص38)

وبهذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما نصه (يشترط في تجريم المحامي للحق المتنازع فيه أن يكون التنازل على الحق جدياً وقائماً بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد، فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق قابلاً للنزاع أو محتملاً النزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدي، ولكنه يكون قد انتهى عند حصول الشراء كما علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة 471، أو أن يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه ويشتريه ممن وكله في الدفاع وذلك بصدد إعمال نص المادة 472).(موسوعة دائرة المعارف، سنة 1998، ص 79)

المطلب الثالث: الصورية المشروعة والصورية غير المشروعة

تكون الصورية مشروعة إذا كان غرضها شريفاً، أي تهدف إلى خدمة معينة للأفراد دون أن ينتج عنها ضرر بالغير، وهذه الصورية مقبولة من حيث العرف والعادة، إذ تعد الصورية وسيلة لستر التعاقد، وليس في ذلك أي أثر على الالتزام للعقد، إذ لا يجعله ذلك قابلاً للإبطال ما لم يكون مشوباً بعيب يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال وفق القواعد العامة، فضلاً عن ذلك فإنّ التصرف ما لم يكن محرماً في القانون فهو مباح، والقانون لا يعد الصورية سبباً من أسباب البطلان.(الديناصوري، سنة 2019، ص 79)

وذكر المشرع في ثنايا القانون المدني بعض الأمثلة على الصورية المشروعة:

أ- أن يكون قصد المتعاقدين أن يظهر أحدهما بمظهر اليسار لتوفير شروط معينة للحصول على وظيفة ما أو الاقتران بأسرة ميسورة أو الترشيح إلى منصب حكومي رفيع.

ب- أن يقصد من التصرف الصوري إيثار الشخص لأحد أبنائه بشيء زائد من ماله يتجاوز حدود الثلث، فيلجأ إلى إبرام عقد بيع لستر عقد هبة.

ج- الرغبة بشراء منزل من شخص ما، والخشية من أنّه يرفع البائع الثمن عليه إذا ظهر هو بنفسه في العقد، فيقوم بالاتفاق مع شخص آخر يبرم عقد البيع لمصلحته ولحسابه، أو عندما يكون لديه دين على أحد أقاربه، واحتراماً لأواصر المودة وخشية من المطالبة بالدين أمام القضاء، فيقوم لتجنب ذلك أن يسخّر شخصاً آخر يتفق معه على تحويل الحق صورياً إليه ليتمكن من مطالبة قريبه بذلك وليحافظ على رابطة القربى.(ذنون، سنة 1970، ص 112)

ويرى الدكتور حسن علي ذنون الباعث على التقاعد يقسم على ثلاثة أقسام:

أ- السبب الإنشائي، والمراد به مصدر الالتزام من عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع. ب- السبب الدافع، وهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى إجراء التصرف ومن ثم ترتيب التزامات في ذمته، فشراء سيارة يكون الباعث لشرائها تقديمها كهدية لأحد أبنائه على سبيل المثال أو استخدامها كسيارة أجرة أو استخدامها شخصياً، أو استخدامها في عمله وهكذا، وبذلك يتضح أنّ الباعث أمر خفي لا يكون من السهولة التعرف عليه عن طريق العقد.(السنهوري ، سنة 1998، ص557)

ويرى العلامة السنهوري أنّ الباعث لا يكترث له في قيام ووجود العقد والالتزام، لأنّ العقد يكون صحيحاً والالتزام قائم بغض النظر عن الباعث إن كان شريفاً أو غير شريفاً أو كان يتفق مع النظام العام من عدمه، لأنّ الباعث لا يتصوّر ضبطه تحديداً.

ج- السبب القصدي، ويقصد به الغرض المباشر (الغاية المباشرة) ويكون هو مقصد الملتزم وغايته ويعد ركناً من أركان الالتزام، ويرى العلامة السنهوري أنّ السبب يختلف عن الباعث بأنه هو الغاية المباشرة، أما الباعث فهو الغاية غير المباشرة وبما أنّ الملتزم لا يصل إليه مباشرة من جراء الالتزام فهو ليس سبباً بل باعثاً.(السنهوري، سنة 1998، ص 557)

ويجد البعض أنّ الأمثلة المطروحة سابقاً هي تصرفات غير مشروعة، لأنّ الشخص يتحايل على القانون لتوفير شروط معينة للحصول على وظيفة، إذ يلجأ إلى عقد تصرف صوري مع الغير لاستكمال تلك الشروط، وهذا هو الغش من أجل تحقيق غرض لا أخلاقي وسيتنافى مع الحقيقة ومع أبسط مبادئ الاخلاق التي تدعو إلى الصدق وعدم الغش إذ إنّ ذلك التصرف يوهم الغير بغير الحقيقة، أما في فرض إيثار الأب لأحد أبنائه بشيء زائد من أمواله، وقيام الأب بالتستر بتصرف صوري حتى لا يثير البغضاء بين أفراد الأسرة والمجتمع، لكن

نتيجة العمل هو انعدام الثقة واستقرار المعاملات بين أفراد الأسرة والمجتمع لأنّ الأغلب أنّ الأفراد يطلعون على حقيقة التصرف ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات وفي العادة ينجحون بذلك.(الديب، سنة 1992 ، ص 277)

ومن جانبنا نجد أنّ ما تم ذكره من طعن في هذه الصورية باعتبارها غير مشروعة لأنها تخالف الحقيقة، كلام غير دقيق، لأنّ حقيقة تلك التصرفات، وإن كانت مستورة بتصرف ما فإنها لا تحقق ضرراً بالغير، فالتصرفات المذكورة والتي فيها إيثار أحد أبنائه، نجد أنّ مالك المال له حرية التصرف بماله شرعاً وقانوناً، وأنه له الحق الكامل في إيثار أحد أبنائه، فعلى سبيل المثال إذا كان أحد الأبناء مصاباً بمرض مزمن (عوق) وغير قادر على العمل على خلاف إخوته الآخرين الذين يتمتعون بصحة جيدة ويمارسون أعمالهم، فتفضيل ذلك الابن كحالة إنسانية لا غبار عليها، وإن كانت معتمدة على التصرف الصوري لستر حقيقة التصرف (هبة)، فالعقد بطبيعته مشروع، ورد الفعل فيما يخص بقية الأبناء من حيث الكراهية والبغضاء هو احتمال قبولهم وتعاطفهم مع أخيهم المريض، وحتى إن كانوا ضد هذا التصرف فتلك هي ردود أفعال ضد التصرف وليس أثراً له.

ونجد أنّ في فرض إظهار شخص ما بمظهر اليسار للاقتران بأسرة غنية لا يشكل بطبيعته غشاً يتولد عنه ضرر للآخرين، وإن كان يجانب الحقيقة في جانب منه، ولكنه لا يصدر منه ضرر مباشر جراء ذلك التصرف، خاصة وإنّ الكثير من التصرفات ترد في مجتمعنا وبصورة مختلفة، فضلاً عن ذلك إنّ الشخص المشار إليه (باليسار) لا يدخل مع الغير في عقد بيع أو عقد شراء، أي لا توجد بينهم علاقة مالية.

لذلك استخلاصاً لما سبق نرى أنّ كل الفروض التي تم ذكرها وإن كانت تمثل نوعاً من أنواع الصورية، إلّا أنها تكون ما أجل هدف نبيل وغاية شريفة لأنها لا ينتج عنها ضرر بالغير أو بالخزينة العامة أو بالقانون.

رابعاً: الصورية غير المشروعة:

الصورية هي من العوامل التي تؤدي إلى خرق الضمان العام للدائنين، فغالباً ما يلجأ المدين المعسر إلى تهريب أمواله فيقوم بعقد تصرفات صورية غير حقيقية وبالأخص في العقارات أو المنقولات التي يصعب إخفاؤها، وتكون غايتها غير مشروعة لإلحاق الضرر بالغير أو بالخزينة العامة أو الاحتيال على أحكام القانون الآمرة ولها صور عديدة منها:

قد يلجأ المدين إلى الصورية لإلحاق الضرر بالدائنين، فيعمل على عقد بيع مع مستتر صوري لإخراج أمواله من الضمان العام للحيلولة دون التنفيذ عليها، أو في حالة المورث الذي ينقل إلى أحد أبنائه أو شخص أجنبي نسبة تتجاوز الثلث ويخشى من معارضة الورثة الآخرين، ينصب الوصية بهيئة عقد بيع للإضرار بحقوق الورثة أو يكون غاية المتعاقدين منع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة العقار المبيع فيذكر ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي

أو يستر عقد البيع بعقد هبة، أو يتفق المتعاقدان على تقديم تاريخ العقد الذي يبرم في مدة مرض الموت، حتى يتم إجازته في مواجهة الورثة ولا يتم اعتباره تبرعاً فيخضع لأحكام الوصية.

أما في حالة الغش نحو الخزانة فيتمثل من اتفاق المتعاقدين على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتهرب من رسوم التسجيل أو الجباية الكاملة، أو في حالة أن يأخذ البائع سنداً بالثمن ويذكر أنّ سبب الدين هو قرض لا بيع للتخلص من رسوم التسجيل أيضاً.

أما الغش نحو القانون فله صور عديدة، فللتهرب من الرسمية التي يتطلبها القانون، يقوم المتعاقدان بستر عقد هبة بهيئة عقد بيع، أو لتجاوز تحريم القانون لبعض الفئات من التعاقد بنفسه كما جاء في المادة 471، 472، 479، 480 من القانون المدني المصري من المنع لعمال القضاء والمحامين من إجراء تصرفات مع الحق المتنازع فيه أمام محاكمهم، فيقومون باستعارة آخر يتعاقد باسمه وغير.

إجمالاً يمكن القول أنّ الصورية غير المشروعة هي الصورية التي ينتج عنها ضرر سواء أكان للغير كالوريث والشفيع والدائن أو للخزانة العامة أو القانون والتي يتوجب مكافحتها بكل الوسائل القانونية لأجل إعادة الثقة في المعاملات واستقرارها.

التوصيات

1) بخصوص المواد المخصصة لمنع شراء رجال القضاء في المادة 592-595-596 إضافة فقرة أن يشتروا باسمهم أو باسم مستعار(متعاقد بالاسم المستعار والصورية النسبية عن طريق الاسم المستعار)

2) لتجنب الشك والظن للمذكورين في المواد 592-595-596إضافة فقرة لرجال القضاء وأصهارهم وأزواجهم وأبنائهم وأزواج بناتهم حتى الدرجة الرابعة.

3) توحيد مواد المنع بنص واحد والمقصود (592-595-596).

النتائج

1) إنّ مجال الصورية يمتد ليشمل العقود الرسمية والعرفية والإجراءات القضائية والأحكام كما هم الحال في المزاد العلني.

2) لا ترد الصورية النسبية أو المطلقة على التصرفات العقارية لاتباع نظام السجل العيني للعقار.

3) تمت معالجة الصورية في المواد 147-148 من القانون المدني.

4) يمنع القانون العراقي الطعن بالصورية في التصرفات القانونية الواردة على العقار.

5) إنّ كلا التشريعين العراقي والمصري يبيح الصورية، وذلك عن طريق النص في المادة 147 عراقي/244 مصري إذا أبرم عقد صوري ...إلخ، وكذلك في المادة 148 عراقي/245 مصري

5) يكون جزاء مخالفة المادة 595 هو بطلان عقد البيع، وفي المادة 592 تكون مخالفتها أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك، أما المادة 596 (تعامل المدين) أيضاً يكون الجزاء بطلان العقد.

المصادر العربية:

1. أحمد أبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية وعقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، مصر، ط1، 2012.
2. أحمد جعفر شاوي، المتعاقد بالاسم المستعار دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية القانون، بغداد، 2006.
3. احمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، دراسة فقهية وقضائية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة. سنة 1957
4. أحمد هاني مختار، الصورية وأنواعها، إجراءاتها.سنة 2005
5. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
6. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
7. أنور طلبه، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2018.
8. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية-البيع-الإيجار-المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، الفاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، سنة 2017
9. حسن علي ذنون، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
10. حسن علي ذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2، ط1، أحكام الالتزام دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، 2004.
11. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني أصول الالتزام، مطبعة بغداد، 1970.
12. دلال تفكير مراد، التعاقد باسم مستعار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بابل، كلية القانون، 2006.
13. الديناصوري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط1، ، مصر، شركة ناس للطباعة. 2009
14. سعد الحلبوسي، إبرام التصرف القانوني بطريق التسخير، بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة النهرين، بغداد، المجلد 8، العدد 14، 2005.

15. سعيد أحمد، قضاء النقض في الصورية والشفعة مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في غضون السبعين عاماً 1931-2000، منشأة المعارف، الإسكندرية. 2007
16. سعيد مبارك، طه الملا حويش، صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة-البيع- الإيجار-المقاولة، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
17. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ، فقرة/180/دار النشر للجامعات المصرية. 1992
18. سليمان مرقص، أحكام الالتزام، جار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1957.
19. سمير تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإدارة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
20. السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
21. السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي بيروت، 1998.
22. عامر لكسواني، أحكام الالتزام، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2010.
23. عبد العزيز المرسي، التعاقد باسم مستعار، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
24. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة. سنة 1992
25. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة، الأردن، 2015.
26. عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، ،ج2، بيروت، مكتبة السنهوري، ط1. 2015
27. علي هادي العبيدي، العقود المسماة-البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات مع تطبيقات قضائية لمحكمة التمييز. سنة 2012
28. غني حسون طه، الوجيز في عقد البيع. سنة 1970
29. فيصل عبد الواحد، أثر إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد، جامعة الكويت، 1997.
30. عبد الوهاب عرفة، كتاب الدفع بالصورية ، دار المجد للنشر والتوزيع، مصر. سنة 2019
31. مجلة القضاء، كانون الثاني، مارس، 1968.
32. محمد رزاق، الصورية وورقة الضد، ، الناشرون المعتمدون للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة. 2016
33. محمود الديب، الحيل في القانون المدني- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر. سنة 1992
34. المكتب الفني/40، ج2، ص734، قاعدة رقم 285، سنة 1989

35. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار ئاراس للطباعة والنشر، ط1، أربيل، 2006.

36. موسوعة دائرة المعارف القانونية، ج1، الإصدار المدني، المجموعة الدولية للمحاماة، الإسكندرية، 1998.

References:

1. Ahmed Ibrahim Attia, nullity, annulment, fictitiousness, and sales contract in the light of jurisprudence and the judiciary, Dar al-Fikr and Law, Egypt, 1, 2012.

2. Ahmed Jaafar Shawi, the contract under the pseudonym, a comparative study, a master's thesis, Al-Nahrain University, College of Law, Baghdad, 2006.

3. Ahmed Marzouk, on the theory of formality in Egyptian legislation, a jurisprudential and judicial study, Nahdet Misr Press, Cairo. 1957

4. Ahmed Hani Mukhtar, sham and its types, procedures. 2005

5. Anwar Sultan, Summary in the General Theory of Commitment, Rulings of Commitment, Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Printing and Publishing, Beirut, 1983.

6. Anwar Sultan, The General Theory of Commitment, Provisions of Commitment, New University Publishing House, Alexandria, 2005.

7. Anwar Tolba, Figuration and Contradiction Papers, Modern University Office, Egypt, 2018.

8. Jaafar Al-Fadhli, Al-Wajeez in Civil Contracts-Sale-Rent-Contracting, A Study in the Light of Legal Development and Supported by Judicial Decisions, The Fatal Book of the Book Industry, Cairo. 2017

9. Hassan Ali Thanoun, The original in-kind rights, the Association for Printing and Publishing Co. Ltd., Baghdad, 1954.

10. Hassan Ali Thanoun, Al-Wajeez in the General Theory of Commitment, Volume 2, i 1, Rulings of Commitment, a comparative study, Wael Publishing House, 2004.

11. Hassan Ali Thanoun, Explanation of Civil Law: The Origins of Obligation, Baghdad Press, 1970.

12. Dalal Fikr Murad, Contracting under a Pseudonym, Comparative Study, Master's Thesis, submitted to Babylon University, College of Law, 2006.

13. Dinosaur, Figuration in the Light of Jurisprudence and Judiciary, Volume 1, Edition 1, , Egypt, Nass Printing Company. 2019

14. Saad Al-Halbousi, Concluding the Legal Disposition by Harness, Research Presented to the College of Law, Al-Nahrain University, Baghdad, Volume 8, Number 14, 2005.

15. Saeed Ahmed, The Court of Cassation in the sham and pre-emption, a set of legal rules decided by the Court of Cassation during the seventy years 1931-2000, Mansha'at al-Maaref, Alexandria. 2007

16. Saeed Mubarak, Taha Al-Mulla Howish, the owner of Al-Fatlawi, summary of the so-called contracts - sale - rent - contracting, Al-Sanhoury Library, Beirut, 2015.

17. Suleiman Morcos, Al-Wafi in Explanation of Civil Law, Provisions of Commitment, , Paragraph / 180 / Egyptian Universities Publishing House. 1992

18. Suleiman Morcos, Provisions of Commitment, under publication for Egyptian Universities, Cairo, 1957.

19. Samir Tanago, Sources of Obligation, Contract, Single Management, Illicit Work, Enrichment Without Reason, Law, 1st Edition, Al-Wafa Legal Library, Alexandria, 2009.

20. Al-Sanhoury, Al-Wajeez in the General Theory of Commitment, Mansha'at Al-Maaref, Alexandria, 2004.

21. Al-Sanhoury, Theory of the Contract, Volume 2, 2nd Edition, Al-Halabi Publications, Beirut, 1998.

22. Amer Lakswani, Provisions of Commitment, House of Culture, Publishing and Distribution, Amman, 2nd Edition, 2010.

23. Abdel Aziz Al-Morsi, Contracting under a Pseudonym, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Egypt, 1999.

24. Abdel Fattah Abdel Baqi, Provisions of Commitment, Nahdet Misr Press, Cairo. 1992

25. Abdel Qader Al-Far, Provisions of Commitment, House of Culture, Jordan, without a year of publication, 2015.

26. Abdul Majeed Al-Hakim, Civil Law and Provisions of Obligation, , Part 2, Beirut, Al-Sanhoury Library, 1st ed. 2015

27. Ali Hadi Al-Obaidi, Contracts Named - Sale and Rent and the Law of Owners and Tenants According to the Latest Amendments with Judicial Applications of the Court of Cassation. 2012

28. Ghani Hassoun Taha, Al-Wajeez in the Sale Contract. 1970

29. Faisal Abdul Wahed, The Impact of the Representative's Announcing his Real Capacity in Contracting, Kuwait University, 1997.

30. The Picture Payment Book, p. 7, by Abdel Wahab Arafa, Dar Al-Majd for Publishing and Distribution, Egypt. 2019

31. Journal of the Judiciary, January, March, 1968.

32. Muhammad Razzaq, The Imagery and the Antidote Paper, , Certified Publishers for Printing, Publishing and Distribution, Cairo. 2016

33. Mahmoud El-Deeb, tricks in civil law - a comparative study in Islamic jurisprudence, New University Publishing House, Egypt. 1992

34. Technical Office/40, Volume 2, Pg. 734, Base No. 285. 1989

35. Munther Al-Fadl, the mediator in explaining the civil law, a comparative study between Islamic jurisprudence and Arab and foreign civil laws reinforced by the opinions of jurisprudence and judicial rulings, Dar Aras for Printing and Publishing, 1st Edition, Erbil, 2006.

36. Encyclopedia of Legal Encyclopedia, Part 1, Civil Edition, International Law Firm, Alexandria, 1998.

المصادر الأجنبية:

1) DaQoT Michel, La Simulation en Droit Privé, s.m.d, Paris, 1965.