



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة المستقبل
كلية القانون

الصورىة فى التسجىل العقارى

بءء أقءم به الطالب (صفاء ناظم ءرىز)

الى مجلس كلية القانون جامعة المستقبل وهو جزء من نىل
شهادة البكالورىوس فى القانون

اشراف

م.م. منى محمد كاظم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

□ قَالَ إِنَّمَا أَلِّمْتُكَ عِنْدَ اللَّهِ وَأُبَلِّغُكُمْ مَا
أُرْسِلْتُ بِهِ وَلَكِنِّي أَرَأَيْتُمْ قَوْمًا
تَجْهَلُونَ ۚ □

صدق الله العلي العظيم

□ □ □ : الأَحْقَاف □

الاهداء

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير؛

فأفقد كان له الفضل الأول في بلوغي التعليم العالي

(والدي الحبيب)، أطال الله في عُمره.

إلى من وضعتني على طريق الحياة، وجعلتني رابط الجأش،

وراعتني حتى صرت كبيراً

(أمي الغالية)، حفظها الله

إلى إخوتي؛ من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب.

إلى جميع أساتذتي الكرام؛ ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

أهدي إليكم بحثي وثمرته تخرجي في القانون....

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقنا وأعاننا على إنهاء هذا البحث والخروج به بهذه الصورة المتكاملة، فبالأمس القريب بدأنا مسيرتنا التعليمية ونحن نتحسس الطريق برهبة وارتباك، فرأينا أهدافاً ساميةً وحباً وغاية تستحق

السير لأجلها، وإن بحثنا يحمل في طياته طموح شباب
يحلّمون معهم أحلاماً كبيراً , وانطلاقاً من مبدأ أنه من لم
يشكر المخلوق لم يشكر الخالق ، فإننا نتوجه بالشكر
الجزيل للأستاذة (منى محمد كاظم) المشرفة على هذا
البحث ونشكر جميع الأصدقاء والأحباب وكل من قدم لنا
الدعم المادي أو المعنوي.

المقدمة

أولاً: فكرة موضوع البحث

أن التصرفات الصورية تمثل وسيلة علاجية واسعة النطاق، لذا قد تبنتها التشريعات بوصفها وسيلة علاجية في التصدي بصورة عامة للتصرفات القانونية التي تنشأ من الإرادتين أو الإرادة الواحدة التي قد تبدو في صورتها المعلنة سليمة وغير محظورة، بينما هي إذا نفذت في حقيقتها ترمي لتحقيق أغراض أو غايات غير مشروعة، يكون القصد منها الإضرار بالغير أو التحايل على النصوص القانونية الآمرة، لذا تُعد آثار حكم دعوى الصورية في هذه التصرفات خير وسيلة لتحقيق العدالة من خلال كشف الإرادة (الباطنة) الحقيقية للمتعاقدين ومعرفة مدى انسجام الإرادة التعاقدية مع النصوص القانونية الآمرة والنظام العام، إلا أن استخدام دعوى الصورية كوسيلة علاجية في التصرفات التي ترد على العقار لم تكن موضع اتفاق بين التشريعات ولا بين موقف الفقه القانوني والقضاء.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية بحث فكرة الصورية بمعناها العام كونها تحتل مرتبة الصدارة بوصفها وسيلة علاجية لأنها باتساع نطاق الحماية كما بيّنا ذلك سلفاً من جانب، ومن جانب آخر إنه لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، في حين أنه يكفي في الدائن رافع دعوى الصورية أن يكون له حق دائنيته، كذلك لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه، ولا يشترط على الدائن أن يثبت أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعاقة المدين أو زاد فيه، وأخيراً لا يشترط أن يثبت الدائن تواطؤ المدين والمتصرف إليه، في حين إن كل هذه القيود يجب أن تتوافر في الوسيلة العلاجية الأخرى وهي الدعوى البوليصة، أما أهمية بحث فكرة الصورية في التصرفات العقارية بمعناها الخاص من الناحية القانونية و الشرعية تتجلى في الآتي :

1- إن ارتفاع القيمة النقدية للعقار والتي تمثل أهم العناصر الايجابية للضمان العام للدائنين ولذلك تظهر أهمية دعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام للدائنين عندما يتصرف المدين تصرفاً غير جدي في أمواله العقارية بقصد تهريبها من أيدي الدائنين، فيخرج في الظاهر لا في الواقع هذا المال من ذمته المالية إلى شخص ظاهري يكون محل ثقة لديه، فإذا اتخذ

الدائن إجراءات التنفيذ على هذا المال اعترض عليه المتصرف إليه بهذا التصرف طالبا بطلان هذه الإجراءات لورودها على مال لم يعد مملوكا للمدين، فتكون للدائن مصلحة قانونية وشرعية في إثبات صورية ذلك التصرف .

2- قد تتخذ الصورية للإضرار بالشفيع لمنعه من أخذ العقار بالشفعة من خلال اتفاق بين البائع والمشتري على ثمن صوري أعلى من الثمن الحقيقي، أو من خلال إعطاء وصف صوري للعقد يختلف عن الوصف الحقيقي وصورته (الهبة الصورية) التي تخفي بيعاً حقيقياً لأنه لا يجوز التمسك بالشفعة في هبة العقار، ولذلك كان للشفيع مصلحة قانونية وشرعية في إثبات صورية ذلك التصرف.

ثالثاً: مشكلة البحث

إن التشريعات قد تبنت دعوى الصورية بوصفها وسيلة علاجية للتصدي للتصرفات القانونية الصورية، لذلك لم تُثر إشكالية لدى التشريعات حول تبني دعوى الصورية بوصفها وسيلة علاجية في التصرفات القانونية التي ترد على المنقول وحتى على العقار قبل تسجيله في الدائرة المختصة، وكذلك موقف الفقهاء، إذ لم نجد فيما تيسر لنا من كتب فقهية من يقدر بها، ولكن الإشكالية أثرت في التصرفات الصورية التي ترد على العقار بعد تسجيل التصرف في الدائرة المختصة، حيث انقسمت النظم التشريعية إلى اتجاهين بين من أخذ بالوسيلة العلاجية وبين من يرفض استخدام الوسيلة العلاجية في التصرفات العقارية ، وهذا الاختلاف في موقف التشريعات انتقل لدى موقف الفقهاء أيضاً ليجد الصدى الواسع لدى الفقه العراقي على وجه الخصوص، وهذا ما انعكس بدوره على موقف القضاء، إذ لم يسلم هو الآخر من هذا الاختلاف، وهذا الاختلاف بين الاتجاهين كان هو الدافع وراء اختيار فكرة موضوع البحث، لمعرفة أسباب الاختلاف العامة بين هذين الاتجاهين وبصورة عامة، وماهية المصلحة المتوخاة من الأخذ بالوسيلة العلاجية أو رفضها، وبصورة خاصة لمعرفة ما هو موقف التشريع والقضاء العراقي من الإشكالية وماهية الدوافع والأسباب التي دعت إلى الأخذ بهذا الاتجاه وهل يمثل مصلحة راجحة على موقف الاتجاه الآخر أم إن الاتجاه الآخر هو الذي يمثل مصلحة راجحة

وما هو موقف الفقه العراقي إزاء ذلك وماهي الحجج والأسانيد التي قدمها لتدعم وجهة نظره على وجه الخصوص من هذه الإشكالية ؟

رابعاً: منهجية البحث

لا يمكن اعتماد اسلوب واحد في كتابة البحث اذ سنعتمد الاسلوب التحليلي الذي يعنى بدراسة وتحليل النصوص القانونية، حيث سيتم بيان المواقف الفقهية التي عالجت الموضوع، ومن ثم تحليلها، وكذلك تحليل النصوص القانونية لاستنباط الموقف التشريعي المقارن، فضلاً عن إعطاء التوجهات القضائية الجانب الأكبر من البحث بوصفها الجانب العملي لموضوع البحث.

خامساً: خطة البحث

سوف نبحث هذا الموضوع من خلال الخطة الآتية :

المقدمة

المبحث الاول : مفهوم الصورية في التسجيل العقاري

المطلب الاول : تعريف الصورية في التسجيل العقاري

المطلب الثاني : شروط تحقق الصورية

المبحث الثاني : احكام الصورية في التسجيل العقاري

المطلب الاول : اشكال الصورية في التسجيل العقاري

المطلب الثاني : موقف القانون والقضاء من الصورية

الخاتمة

المصادر

المبحث الاول

مفهوم الصورية في التسجيل العقاري

ان دراسة مفهوم الصورية في التسجيل العقاري يتطلب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نوضح في المطلب الاول تعريف الصورية في التسجيل العقاري ونبين في المطلب الثاني شروط تحقق الصورية .

المطلب الاول

تعريف الصورية في التسجيل العقاري

اولاً:تعريف الصورية في الفقه

عرفها رأي من الفقه في العراق بأنها وضع ظاهر غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً، يقوم على اتفاق مستتر قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر أو قد يعدل بعض أحكامه⁽¹⁾، وعُرفت بأنها عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين⁽²⁾، وعُرفت أنها اتفاق المتعاقدين على إخفاء إرادتهم الحقيقية تحت ستار عقد ظاهر⁽³⁾، أما الفقه في مصر فقد عرّفها رأي من الفقه بأنها التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل فهي توجد موقفاً ظاهراً غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً، فان كان ذلك الموقف تعاقداً كان العقد الظاهر سورياً والعقد الخفي هو العقد الحقيقي⁽⁴⁾، وعُرفت بأنها وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تقتض تصرفاً ظاهراً واتفاقاً مستتراً

(1) - عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني تنفيذ الالتزام، ج3، مطبعة الزهراء، سنة 1971م، ص323.

(2) - د.حسن علي دنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - أحكام الالتزام وإثبات الالتزام، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية، سنة 1976، ص147.

(3) - د.عزيز كاظم جبر، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، ج1، منشورات زين الحقوقية، بدون ذكر سنة الطبع، ص475.

(4) - د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1957، ص252.

ويكون من شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه⁽¹⁾، وعُرفت بأنها 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 تصرف أم وجود تصرف بشروط أم طبيعة مختلفة عن الشروط أو الطبيعة المعلنة⁽²⁾، أما الفقه في لبنان فقد عرفها رأي من الفقه⁽³⁾ بأنها مظهر وهمي ليعبر عن واقع الإرادة الحقيقية يلجأ إليها الإنسان لغاية في نفسه.

وعُرفت هي وضع قائم على عمل ظاهر، يلجأ إليه الطرفان ليسترا عملاً آخر أراداه حقيقة⁽⁴⁾، أما الفقه في المانيا عرفها بأنها الحالة التي يتفق فيها عدة أشخاص على أن يعطوا تعبيراً معيناً معنى يخالف المعنى المعتاد.

ثانياً - التعريف التشريعي للصوريه

إن القانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية الأخرى قد تضمنت نصوصاً أشارت فيها إلى الآثار القانونية للصورية، ولم تورد تعريفاً للصورية، وحسنا فعل المشرع في ذلك لأن التعريفات من عمل الفقهاء والشراح وليس من وظيفة المشرع أو عمله، وأما موقف التشريعات الغربية فإن التشريع المدني الفرنسي لم يورد تعريفاً للصورية كذلك وإنما تضمن نصاً مقتضياً حدد فيها أثر ورقة الضد وقد جاءت في مكان غير مناسب، وردت في باب إثبات الالتزام لأنها قد توحى بأنها بصدد أداة إثبات الالتزام فحسب، تتوفر عندما يأخذ المالك الحقيقي سنداً كتابياً يثبت به حقه، ولكن عبارة ورقة الضد تعني أكثر من ذلك وينصرف معناها إلى التصرف القانوني ذاته، أي الاتفاقات المستورة التي يمكن إثباتها بالكتابة أو بكافة وسائل الإثبات الأخرى بالنسبة لغير

(1) - د. أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة لأحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، سنة 1980، ص152.

(2) - د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، بدون ذكر دار الطبع، القاهرة، سنة 2007، ص97.

(3) - د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج5، أحكام العقد - تنفيذ العقد، ط3، سنة 2006، ص178.

(4) - خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج2، ط3، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، سنة 1988، ص249.

المتعاقدين، وكان من الأفضل إيرادها في باب آثار الالتزام وبالتحديد في نطاق الوسائل التي تحفظ الضمان العام للدائنين كما في أغلب التشريعات العربية ، أو في باب آثار العقد كما في التشريع العراقي، لأن الصورية تتكون من عقدين؛ عقد ظاهري وهمي وعقد مستتر، والأخير يمثل ورقة ضد الذي يمثل جزءاً متصلاً ومرتبباً بالصورية ولا يمكن الحديث عن ورقة ضد إلا بوجود عقد ظاهر يظهر وضعاً صورياً مناهضاً للحقيقة التي أرادها المتعاقدان، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية إن ورقة ضد تتلازم مع الصورية وهي لا تقوم إلا معها⁽¹⁾، أما التشريع المدني الألماني فلم يعرف الصورية كذلك وإنما أشار بصورة مقتضبة في المادة 117 منه إلى آثار الصورية بجعل العقد الحقيقي هو الذي يسري دون العقد الظاهر حتى بالنسبة للغير⁽²⁾.

المطلب الثاني

شروط تحقق الصورية

أولاً- اتجاه الإرادة التعاقدية إلى إنشاء عقدين اتحد فيهما الطرفان أو (أحد الطرفين على الأقل) والموضوع .

إن هذا الشرط يتكون من ثلاث مفاصل رئيسية :- المفصل الأول :- اتجاه الإرادة التعاقدية إلى إنشاء عقدين :- إن الصورية لا تكون محققة إلا إذا وجد عقدان⁽³⁾ وهذان العقدان هما العقد الظاهري الوهمي والعقد المستتر بما يسمى عقد الضد، ومتى انتفى وجود العقد الخفي يصبح العقد الظاهر حقيقياً ويعمل به، والمقصود بالأول هو اتجاه الإرادة إلى اتخاذ مظهر قانوني غير حقيقي وإعلانه بصورة ظاهرية، وهو دائماً يكون منسجماً مع النصوص القانونية الأمرة والنظام

(1) - الياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ج1، منشورات زين الحقوقية، سنة 2005، ص226.

(2) - د. السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1998، ص827.

(3) د. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص76 وما بعدها

العام والآداب العامة، والمقصود بالعقد الثاني عقد الضد⁽¹⁾، وهو عقد يكتب سرا بين المتعاقدين ليعبر عن الإرادة الحقيقية التي يسعى المتعاقدان إليها والعمل على نحو محتوى العقد الظاهر كله أو جزء منه، والذي يكون في الغالب مخالفاً للنصوص القانونية الأمرة والنظام العام . وتطبيقاً لذلك كما لو أراد المدين إبعاد مال من أمواله عن متناول دائنيه حتى يتقي تنفيذهم عليه فيلجأ إلى شخص ممن يثق بهم ويبيع له هذا المال بيعا سورياً، ثم يأخذ منه على سبيل الاحتياط ورقة الضد، أو كما لو باع المدين عقاراً بيعا سورياً، فنقل الملكية إلى بعض أقربائه الذين يثق بهم لتهديبها من وجه الدائنين، حتى إذا ما أعلن إفلاسه واستولى الدائنون على ما يمكن الاستيلاء عليه عادت تلك الأموال المهربة تحت ستار صوري لزمة صاحبها .

والمفصل الثاني هو اتحاد أطراف الصورية في العقدين :- إن ذاتية المتعاقدين في العقد السري والظاهري تقتضيها طبيعة عقد الضد من حيث كونه عقداً يلغي أو يعدل عقداً ظاهراً بصورة كلية أو جزئية، إذ من المعروف بدهاءة أن إلغاء عقد أو تعديله يعود مبدئياً لطرفيه أو لأطرافه أنفسهم، ولكن لا يشترط اتحاد المتعاقدين في العقدين شخصياً، بل يكفي اتحادهما اتحاداً قانونياً، فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد المستور وكيل كل من المتعاقدين في العقد الظاهر أو ورثته، كما يمكن أن يحرر العقد الظاهر وكيل أو ورثة كل من المتعاقدين في العقد المستور ويستثنى من ذلك حالة الصورية بطريق التسخير، فإن ذاتية المتعاقدين ليست من جوهر هذا النوع من الصورية، حيث لا يكون أطراف العقد الظاهر هم أنفسهم أطراف العقد المستور .

والمفصل الثالث اتحاد المحل بين العقدين، يلزم لقيام الصورية أن يكون هنالك وحدة المحل بين العقدين الظاهري والمستتر فلو اتحد العقدان من حيث الأشخاص ولكن موضوع كل منهما كان مختلفاً عن الآخر كنا بصدد عقدين جديين وليس لأحدهما غطاء للآخر، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية(أن اتحاد الموضوع غير متوافر في عقد بيع لحصة شائعة في مال معين ، وعقد آخر يتعهد فيه المشتري بدفع زيادة على ثمن المبيع في حال بيع المال ذاته وأن لمحاكم الأساس بما لها من سلطان مطلق في تقدير الوقائع أن ترفض اعتبار عقد التعهد

⁽¹⁾د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شرح التصرفات العقارية، العقد كسبب لكسب الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2005، ص 120-121.

بمثابة عقد الضد⁽¹⁾، ونخلص مما سبق أن تخلف أحد المفاصل الثلاثة الرئيسية، فلا نكون أمام تصرف صوري، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية (لا تتحقق الصورية إلا إذا توافرت الشروط الآتية :- أ- إن يوجد عقدان أو موقفان اتحد فيهما الطرفان أو أحد الطرفين على الأقل والموضوع ...⁽²⁾).

ثانيا- اتجاه الإرادة التعاقدية عن قصد إلى إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد الوهمي، كما تبين لنا سلفا إن الصورية تعد واحدة من حالات الاختلاف المقصود في التعبير بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، ولا يمكن أن تتحقق الصورية في حالات الاختلاف التي تنتج عن خطأ أو سهو أو إهمال أو فقد التمييز بصورة كلية، كما في حالة السكران والنوم والمجنون أو جزئيا كالمكره، وإنما الاختلاف ناتج عن قصد وتعمد من قبل المتعاقدين بل إنهما متواطئان عليه لتحقيق مآربهما، فالقصد الباعث الدافع هي المسألة الجوهرية لتمييز الصورية عن غيرها، فمن يصدر عنه التعبير الذي ينشأ به التصرف يعلم تماما أنه ينشأ عقداً ظاهرياً ولكنه لا يريد أثر العقد الظاهر وإنما يريد أثر العقد المستتر لسبب قام لدى عاقيه .

ثالثا- إن يكون العقدان متعاصرين، أي صادرين في وقت واحد .

كما ذكرنا سلفا أن الصورية هي عملية قانونية مركبة من اتفاقين متناقضين اتفاق حقيقي مستور يعدل أو يلغي الاتفاق الظاهر، فهما ضدان يستحيل تنفيذهما معا لتعارضهما، وهذان الاتفاقان هما وليدا فكرة مشتركة واحدة وهي فكرة الصورية وليس عقدين متتابعين وإنما عقدان متعاصران، والمقصود بالمعاصرة هنا هي ليست المعاصرة المادية وإنما المعاصرة الذهنية أي اتجاه الإرادة إلى اتخاذ الموقف الحقيقي الخفي والى ستره بوضع ظاهري في وقت واحد وإن جاء تاريخ صدور الاتفاق المستتر تاليا لتاريخ نشوء الوضع الظاهر⁽³⁾ أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية (أنه يكفي لوجود ورقة الضد توافر المعاصرة الزمنية التي تربطه - أي الإقرار الذي يشكل ورقة الضد - بالعقد الظاهر

(1) - د. سامي عبد الله ، نظرية الصورية في القانون المدني، مصدر سابق، ص 117 .

(2) - د. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، المصدر نفسه ، ص 74.

(3) - عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، مصدر سابق، ص 330.

الصوري وإن اختلف تاريخهما⁽¹⁾، وكذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقد وتقدير الوقائع أن تقرر من العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تالٍ لمحل آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وإن العقد الأخير وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ هو في حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول⁽²⁾ وكذلك قضت محكمة النقض⁽³⁾ أن العقد وإن كان في ظاهره بيعاً إلا أن طرفيه قصداً به في الحقيقة منذ البداية أن يكون ساتراً لرهن حيازي، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ، إذ يكفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد، توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما) أما إذا لم تتحقق المعاصرة الذهنية وصف الوضع بأنه اتفاق جدي تعدلت أحكامه باتفاق لاحق .

رابعاً- إن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الشروط

يشترط لقيام الصورية أن يكون هذان العقدان مختلفين، فإذا اتحد العقدان من حيث الماهية ومن حيث الشروط كنا بصدد عقد واحد لا عقدين فتنفي الصورية، ويتجسد الاختلاف من حيث الماهية، كأن يعطي الأطراف لأحد التصرفين تكييفاً مختلفاً عن التكييف المعطى للعقد الآخر، كأن يصفو العقد الظاهري بأنه هبة، والعقد المستتر بيعاً ويلجأ المتعاقدان إلى ذلك لتحقيق مآرب قامت لديهما، ففي حالة مرض الموت يبرم تصرف ظاهري بيعاً ولكنه بثمن صوري، أي يخفي هبة مستترة حتى لا يستطيع الدائنون الطعن بعدم نفاذ التصرف، على اعتبار أن التصرف يعتبر مفقراً بالنسبة للدائنين أو حتى لا يستطيع الورثة الطعن على اعتبار أن التصرف تم بمقابل وهو في الحقيقة غير موجود، أو قد يلجأ إليه المتعاقدان احتيالياً لمنع صاحب الشفعة من أن يطلب أخذه بالشفعة لأن الأخيرة من خلال إعطاء وصف صوري للعقد يختلف عن الوصف الحقيقي وصورته الهبة الصورية التي تخفي بيعاً حقيقياً لأنه لا يجوز التمسك بالشفعة في هبة العقار، وتقوم في حالة البيع، أو كما إذا أراد شخص أن يضر بالدائنين عن طريق تصرفه بالهبة لأحد الأشخاص وهو لا يستطيع أن يبرمها بصورة ظاهرة لتمكن الدائنين من الطعن بعدم نفاذ

⁽¹⁾ محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي لأحكام محكمة النقض في الصورية، مصدر سابق، ص 14 .

⁽²⁾ د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 106 هامش 2.

⁽³⁾ أنور العمروسي، الوجيز في الصورية وورقة الضد، دار الايام، الأردن، 1998، ص 166.

تصرفه، فيعمد إلى ستر الهبة بمظهر آخر وهو البيع وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز اللبنانية إلى القول (على ضوء القرائن المستمدة من كون المستفيد من عقد البيع هي زوجة البائع ومن أن الثمن المذكور في العقد هو ثمن زهيد جداً بالنسبة للثمن الحقيقي الذي يعود للعقار المتفرغ عنه بتاريخ العقد وبالنظر لمساحته وموقعه ومن أنه لم يتوفر دليل مقنع بأن الزوجة كانت تملك أموالاً تسمح لها بدفع الثمن المذكور في العقد، فإن المحكمة بما لها من حق التقدير تعتبر أن العقد المجرى من المورث إلى زوجته المستأنف عليها يخفي هبة لا وصية طالما أن نقل ملكية العقار موضوع العقد تم فوراً لمصلحة المستأنف عليها أثناء حياة المورث⁽¹⁾ أو كما لو جرى العقد بصيغة التفرغ عن حصص في شركة مع شرط الاسترداد وكان الاتفاق في الحقيقة يقوم على رهن هذه الحصص مقابل قرض مع شرط التمليك عند عدم الدفع، وقد قصد الفريقان من العقد الظاهر إحياء النص القانوني الذي يمنع المرتهن من تملك المرهون بمجرد مضي الأجل دون دفع الدين فيكون السبب غير مشروع ويؤدي إلى بطلان العقد⁽²⁾).

المبحث الثاني

احكام الصورية في التسجيل العقاري

¹فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، ج2، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، سنة1999، ص133 .

²خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005، ص278.

ان ايضا احكام الصورية في التسجيل العقاري يقتضي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نبيين في المطلب الاول اشكال الصورية في التسجيل العقاري المطلب الثاني موقف القانون والقضاء من الصورية .

المطلب الاول

اشكال الصورية في التسجيل العقاري

اولاً:الصورية المطلقة

وتسمى في الفقه الإسلامي المواضعة في أصل العقد وهي أن يتواطئ المتعاقدان ويتفقا سراً قبل العقد على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط إيهاما لغيرهما دون أن يكون في الواقع منعقداً بينهما. وذلك لتحقيق مآرب لهما أو لأحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب، وكثيرا ما يحصل هذا من المدنيين، إذ يبيعون أموالهم مواضعةً لتهريبها من وجه الدائنين أو الخوف من جور سلطان ظالم أو غاصب متسلط وعُرفت (إن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي، بل أريد باللفظ غيرهما، وهو ما لا يصلح إرادته منه⁽¹⁾) وكذلك عُرفت (إن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما صلح له اللفظ استعارة⁽²⁾)، يعني أن يراد باللفظ معنى لا يكون اللفظ موضوعا له ولا يكون صالحا لأن يراد به ذلك المعنى على سبيل الاستعارة، وصورته أن يقول العاقد إلى من يتواطئ معه إني أظهر أني بعت إليك داري وليس ببيع في الحقيقة، ولعل المتأمل من الظاهر في التعريفين السابقين أن الصورية المطلقة تنشأ باستخدام وسيلة التعبير وهي اللفظ، إلا أنه لا يوجد مانع من إنشاء الصورية المطلقة ببقية وسائل التعبير الأخرى عن الإرادة لأن جوهر الصورية المطلقة هي تراضي المتعاقدين على إنشاء عقدين: الأول وضع قانوني ظاهر وهمي والثاني يبين أن العقد الظاهر لا وجود له في الواقع والحقيقة مهما كانت وسائل التعبير بالكتابة أو حتى بالشكلية .

أما في فقه القانون فيقصد بالصورية المطلقة هي التي تتناول وجود التصرف ذاته، فتنشأ الإرادة التعاقدية تصرفاً قانونياً ظاهرياً لا وجود له في الحقيقة لأن الإرادة التعاقدية لم يقصد بالتصرف الظاهر أن تترتب عليه آثار قانونية، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة

⁽¹⁾- د. شمس الدين الوكيل، الصورية في العقد، ط1، الناشر المعارف بالإسكندرية، سنة 1999، ص252.

⁽²⁾- د.وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة ، دار النهضة العربية ،مصر ،2000، ص396.

فهي تمحو كل أثر للوضع الظاهر، ولا يتضمن الاتفاق المستتر فيها تصرفا يخفيه التصرف الظاهر، بل يقتصر على تقرير أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له⁽¹⁾، كما هو الأمر عندما يرغب شخص إلقاء تنفيذ دائنيه على شيء يملكه، فيلجأ إلى بيعه بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان في الوقت نفسه سندا مستترا يذكران فيه أن البيع غير حقيقي، وهذا السند المستتر يقال له ورقة ضد يذكران فيها أن البيع لا حقيقة له أي اعتباره غير موجود، وتطبيقا لذلك القضاء المصري⁽²⁾، وكذلك أيضا قضى إلى تقرير أن الصورية المطلقة تتناول وجود التصرف ذاته ولا تخفي تصرفا آخر ومن شأنها إن صحت أن ينعدم بها وجود العقد في الحقيقة والواقع وفي قرار آخر قضى القضاء المصري أن الصورية المطلقة، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هي التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة وكذلك قضت بأن العقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له ومن ثم فلا محل لتوجيه طلب الشفعة إلى المشتريين في هذا العقد وكذلك موقف القضاء اللبناني، لذلك قضت محكمة التمييز (...بأن محكمة الاستئناف إزاء إعلانها صورية العقد بصورة مطلقة لم تكن ملزمة بالقول بوجود وضع آخر مستتر اختاره الفريقان أو بأن هذا العقد وجد للإضرار بالخصم لأن الصورية المطلقة تجعل العقد معدوما مهما كان الباعث إليه أو الضرر الناتج عنه).

ثانياً: الصورية النسبية

وهي التي تهدف إلى إخفاء جانب من جوانب تصرف قانوني حقيقي وقد يتمثل الجانب الذي تهدف الصورية النسبية إلى إخفائه في بيان نوع العقد أو في ركن أو شرط فيه أو في شخص أحد المتعاقدين⁽³⁾ ومن ثم فإن الصورية النسبية تتخذ صوراً ثلاث :-

أولاً- صورية تنصب على نوع العقد أو على طبيعته لا على العقد ذاته، وتسمى لدى الفقه (الصورية بطريق التستر) وتقتصر على إخفاء ماهية العقد الحقيقي عن قصد وتعمد وتظهره في صورة أخرى لتحقيق الغاية التي يسعى إليها المتعاقدان، ومن الأمثلة على ذلك أن يعقد

(1) - د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، مطبعة النصر بشبرا - مصر، سنة 1956، ص 222.

(2) - د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المصدر نفسه، ص 280.

(3) - عبد الوهاب عرفة، الدفع بالصورية، مشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص 21.

شخصان هبة ويصفانها صورة بيع، فيكون هنا عقد انعقد ظاهرياً وهو بيع وعقد مستتر هو عقد هبة والعقد الظاهر هو العقد السوري والعقد المستتر فهو العقد الحقيقي، ومن ذلك الهبة الصادرة في مرض الموت التي يضي عليها المريض صورة البيع دفعا للطعن فيها أو قد يقصد بالصورية في تلك الحالة التحايل على أحكام الوصية من ذلك ستر الوصية الصادرة من الوارث إلى أحد ورثته في صورة عقد بيع حتى لا يلتزم الموصي بالحد الأعلى المحددة للوصية وهي الثلث، أو قد يكون الغرض من هذا النوع من الصورية هو التهرب من دفع رسوم أو ضريبة.

ولعل المتأمل يرى أن هذا النوع من الصورية يلجأ إليه المتعاقدان لقيام سبب لدى عاقيه و الذي قد يكون مشروع أو غير مشروع، وتطبيقاً لذلك الموقف القضائي فإن ما استقر عليه القضاء اللبناني قضى بصحة الهبة المستترة وذلك لأن الصورية ليست بحد ذاتها سبباً لإبطال الهبة إذا لم يكن العقد الساتر محظوراً وكذلك ذهب القضاء المصري إلى بطلان التصرف إذا كان لتحقيق مآرب غير مشروعة، فقد ذهب إلى أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزاً وأنه يخفي وصية للأسباب السائغة التي أوردتها ومنها الحكم الصادر في الدعوى رقم 81 في المنصورة والذي قضى باعتبار العقد الصادر من المورث إلى فريق من الطاعنين هو في حقيقته وصية فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أي اثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصح عقداً باطلاً ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفي وصية⁽¹⁾. وتجدد الإشارة إلى أنه قد يقع الألتباس بين هذه الصورية وبين حالة مشابهة لها تصادف عندما يبرم المتعاقدان تصرفاً قانونياً و يسميانه بغير اسمه القانوني كما لو قال العاقد بعثك هذا الشيء بلا ثمن أو قال بعثك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن إلى غير ذلك من الحالات، ولعل مرد الألتباس يرجع إلى أن كلا من العقد السوري والعقد الذي أعطى تكييفاً خاطئاً يلتقيان في إعطاء مظهر خارجي يخالف الحقيقة وإن كانا يفترقان في حقيقة الأمر افتراقاً، لذلك الأمر يقتضي تحديد منطقة كل منهما.

(1) - خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقص، ط3، المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، ص126.

1- في العقد السوري لم تتجه نية المتعاقدين إلى تحقيقه أي إن الإرادة كانت غير جدية، بيد أن العقد الذي أخطأ في تكييفه هو عقد حقيقي وجدي اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذه ولكن أعطى المتعاقدان للعقد تكييفاً خاطئاً لا يتفق مع طبيعته⁽¹⁾ .

2- إن عبء إثبات الصورية يقع على من يدعيها لأنه يدعي خلاف الظاهر أما إعطاء التكييف الصحيح للعقد فهو واجب على القاضي باعتباره مسألة قانونية ينبغي الحكم بها بغض النظر عن موقف الخصوم من النزاع⁽²⁾ .

3- إذا كانت الصورية تتفق مع التكييف غير الصحيح في أن المتعاقدين يعطيان للعلاقة القائمة بينهما اسماً غير الاسم الصحيح للعلاقة الحقيقية التي تربطهما إلا أن الفارق بين الوضعين يوجد في أن العلاقة الحقيقية في الصورية تكون مخفية تماماً تحت ستار العلاقة المعلنه، أما العلاقة الحقيقية في التكييف غير الصحيح فإنها تكون ظاهرة في عبارات العقد وشروطه بما لا يتفق مع الاسم الذي أطلقه المتعاقدان على هذه العبارات والشروط⁽³⁾.

المطلب الثاني

موقف القانون والقضاء من الصورية

أولاً: موقف القانون من إثبات الصورية

لاشك أن إثبات الصورية يحتاج إلى إقامة الدليل أمام القضاء، فحقيقة التصرف السوري لا تثبت إلا من طريق قضائي، لذلك فإن الصعوبات التي تبرز بصورة عامة حسب ما يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ في كيفية الموازنة من قبل المشرع بين مبدأ العدالة الذي يتجلى بإثبات الحقيقة الواقعية ومبدأ استقرار المعاملات الذي يتجلى بإثبات الحقيقة القضائية، والصعوبات التي تثار

(1) - د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، مصدر سابق، ص 414.

(2) - د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع انعقاد العقد، ج1، مكتبة زين الحقوقية، سنة 2013، ص 30.

(3) - د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، بدون ذكر رقم الطبعة، نشر وتوزيع منشأة المعارف، بدون ذكر السنة، ص 12.

(4) - د. السنهوري، الإثبات - آثار الالتزام، مصدر سابق، ص 27 .

بصورة خاصة حسب ما يرى أنصار مبدأ استقرار المعاملات أن إتاحة المجال لغير المتعاقدين لأن يطعن بالصورية فيه محاذير كثيرة لأن العقد لا يعد في حقهم سوى واقعة مادية، وهذا الأمر يتيح لهم إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات حسب زعمهم ومن هنا نشأ التنازع مابين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فموقف التشريعات انقسمت على ثلاثة مذاهب في الإثبات بصورة عامة .

أولاً- مذهب الإثبات الحر أو (المطلق) ، ومؤدى هذا المذهب الذي يقبل أي دليل لإثبات أي حق، فعلى وفق هذا المذهب فإن القانون لا يرسم طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ويترك القاضي حرية في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة وقد اعتنق هذا المذهب التشريع الألماني والتشريع السويسري والتشريع الانكليزي والتشريع الأمريكي، فمزايا هذا المذهب أنه يقرب بين الحقيقة القضائية إلى الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ولكن يرد على هذا الأمر تحفظ أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم لأن القاضي إذا جار أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية⁽¹⁾، فضلاً عن خطورة قبول الأدلة الضعيفة كشهادة الشهود التي تحتمل الصدق أو الكذب والقرائن القضائية في حالة الخطأ في استنتاجها من قبل القاضي، كما يعطي هذا المذهب القاضي سلطة تقديرية واسعة وهو غير معصوم من الخطأ⁽²⁾ .

ثانياً- المذهب الثاني وهو المقيد، ففي هذا المذهب يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، فلا يقتصر المشرع على تقرير طرق محددة للإثبات بل يحدد كذلك قيمة كل من هذه الطرق ويتقيد بكل ذلك الخصوم فلا يستطيعون أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الطرق، أما بالنسبة للقاضي فلا يمكن أن يتخذ طرقاً غيرها أو يعطي لها غير القيمة التي حددها القانون⁽³⁾، فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطاع إثباتها بالطرق التي حددها القانون، فتقييد الإثبات القضائي إلى

(1)- د. السنهوري، الإثبات- آثار الالتزام، مصدر سابق، ص28.

(2)- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج1، مصدر سابق، ص30.

(3)- د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، دار الايام، الاردن، 1998، ص8.

هذا الحد يجعل من الحقيقة القضائية غير منفتحة حتماً مع الحقيقة الواقعية، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلاف ما بين الحقيقتين وتجافي إحداهما الأخرى، بل قد تتعارض معها، وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع بل بعيدة عن الحق، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية ، وقد يكون القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ولكن يندم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها .

ثالثاً- مذهب الإثبات المختلط :- وهو الذي يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد وهو يتفاوت من نظام قانوني عنه إلى نظام آخر فهو يضع من القيود على حرية القاضي في تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية، فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القضاء من الصورية التصرفات العقارية

ان موقف المشرع العراقي الرافض لفكرة الطعن بالصورية في التصرفات العقارية، وبهذا الرفض كان المشرع العراقي قد قطع الطريق أمام القضاء في كيفية التعامل مع طرق الإثبات الصورية في التصرفات العقارية، فإن سوابق الأحكام للقضاء العراقي لا ترشدنا إلى كيفية تعامل القضاء العراقي مع الصعوبات التي تواجه أدلة إثبات الصورية، وبهذا فإن القضاء العراقي بحسب تتبعنا للأحكام قد يخلو من وقائع يثبت فيها صورية التصرفات التي ترد على العقار ، لذا كان لا بد من الاستعانة بالسوابق القضائية للتشريعات المقارنة في قبول أدلة إثبات الصورية في التصرفات العقارية، على أن الاسترشاد يقتصر على القضاء المصري واللبناني، وذلك نظراً لتقارب هذه الأنظمة القانونية مع النظام القانوني العراقي، وكذلك للتقارب في البيئة الاجتماعية لأن القانون هو وليد البيئة الاجتماعية للمجتمع ولا يوجد تنافر في المفاهيم القانونية فيما بينها ، وبما أن مواقف هذه الأنظمة قد انتهجت من حيث النطاق مذهب أدلة الإثبات المقيد، فقد حددت طرق الإثبات

(1)- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات، مصدر سابق، ص 23.

على سبيل الحصر، فالتطبيقات القضائية لا تخرج خارج نطاق هذه الأدلة التي سوف نبينها بالآتي:-

أولاً- دليل الإقرار على وجود الصورية

القضاء المصري قضى (إذا كان الحكم المطعون فيه قد ناقش الأدلة التي سيقى للتدليل على وجود ورقة ضد محررة بين طرفي العقد المسجل وأثبت من خلال إقرار المشتري فيما تضمنته هذه الورقة من صورية هذا العقد بالبيع... فلم ير الحكم حاجة بعد ذلك إلى إجابة طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات وجود ورقة ضد، فإنه لا يكون معيباً بالقصور أو الفساد في الاستدلال⁽¹⁾، وكذلك قضت (.متى كان يبين من الإطلاع على الأوراق أن الطاعن دفع أولاً أمام محكمة أول درجة بأن البيع الصادر منه إلى المطعون عليها يخفي وصية وإذ يحمل هذا الدفع معنى الإقرار بصدوره عن إرادة صحيحة وبصحة العقد كوصية، فإنه لا يقبل من الطاعن بعد ذلك الدفع في مذكرة لاحقة بإبطال العقد بأكمله تأسيساً على أنه أبرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة، ومن ثم فلا محل لتعيب الحكم إن هو لم يرد على هذا الدفع⁽²⁾، أما القضاء اللبناني فقضى (.إذا أقر أحد ورثة المشتري بأن عقد البيع يخفي تأميناً فإن إقراره يسري عليه تجاه البائع دون باقي الورثة لأن موضوع الخلاف قطعة أرض قابلة للتجزئة⁽³⁾ .

لعل المتأمل يلحظ أن تقدير دليل الإقرار بوجود الصورية في التصرفات العقارية يُعد من التطبيقات القضائية النادرة، إذ لم نجد فيما تيسر لنا من الإطلاع على موقف القضاء المصري واللبناني، وذلك يرجع إلى أن الصورية تقوم على التواطؤ، فإنه من النادر أن يقر المتواطئ على حق عليه إزاء الغير ولكن الإقرار له مندوحة في إثبات الصورية بالنسبة فيما بين المتعاقدين المتواطئين على وجود الصورية .

ثانياً- دليل الشهادة على وجود الصورية

(1)-أنور طلبية ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، مصدر سابق، ص 51 .

(2)-خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض ، مصدر سابق، ص 125.

(3)- محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 43 تاريخ القرار 1961/10/30، أشار إليه القاضي فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، مصدر سابق، ص 135.

يُعد دليل الإثبات بشهادة الشهود من الأدلة المتواترة وقوعها في التطبيقات القضائية ، فمن اليسير تصور أمثلة لشهود يشهدون بصورية تصرف المورث الذي يبدو ظاهرة أنه منجز حال حياته، بينما يشهد هؤلاء الشهود بأنهم اطلعوا على ما كان يعتمل في سريرة المتصرف من توافر نية الإيضاء التي لم يكن يخفيها في سريرته بل صرح بها أحياناً، وهكذا فهم يشهدون بأنه في الحقيقة يستتر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وراء التصرف السوري، وفعلاً فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من الطرق القانونية، فعلى محكمة الموضوع فيما تقضي به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكن الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود (1)، وكذلك قضت لما كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة في الدعوى بحيث يكون لها أن تقضي في موضوعها بما تراه حقاً وعدلاً، فإنه لا تثريب عليها إن هي استعانت في شأن الدليل على صورية عقد البيع موضوع الدعوى بأقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته ... وإن ما حصله الحكم من أقوال هؤلاء الشهود يعتبر قرينة تساند الأدلة الأخرى التي ساقها (2).

وكذلك قضت (تقدير الدليل والاطمئنان إلى أقوال الشهود هو من إطلاقات محكمة الموضوع وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اطمأن إلى أقوال شهود الإثبات ورجحها على أقوال شهود النفي واستخلص منها استخلاصاً سائغاً النتيجة التي انتهت إليها من أن العقد موضوع النزاع لم يقصد به البيع ولم يدفع فيه ثمن، فإن النعي بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا يجوز التحدي به أمام محكمة النقض.

ثالثاً- دليل الاستجواب على وجود الصورية

إن من خلال دليل الاستجواب استطاع القضاء الوصول إلى تكوين قناعة كافية للحكم على توافر الصورية، وتطبيقاً لذلك القضاء اللبناني إذ قضى (.. بعد أن عينت لجنة خبراء أثبتت

(1)- د. عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناء، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون ذكر سنة الطبع، ص67.

(2)- أنور طلحة، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، مصدر سابق، ص49.

تفاوتاً بالغاً بين الثمن المذكور في العقد المطعون فيه وبين الثمن الحقيقي وبعد أن استجوبت والد القاصر الذي قبل العقد وصرح أنه لم يدفع ثمن العقارات ولا يعرف إذا كان ابنه القاصر دفع شيئاً مما يدل على عدم حصول البيع بالمعنى القانوني لعدم ثبوت دفع الثمن⁽¹⁾ ، وكذلك قضت (...إذا أجرى المورث عقود بيع لأولاده تخفي هبة بغية توزيع تركته عليهم في حال حياته، فإن نصاب الهبة فيما لو اعتبر متوجباً يعد انه قد روعي إذا استنتجت ذلك محكمة الاستئناف من أوراق القضية والأدلة المنبثقة عن التحقيقات الجارية).

وكذلك القضاء المصري، فقد قضت محكمة النقض أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية في تركة مورثهم، فتمسك الطاعن بأنه اشترى من والده جزءاً من الأطيان، فطعن بعض الورثة في عقد بيع العقار بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدره من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية وطلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيه البينة ... وثبت من خلال الاستجواب وشهادة الشهود أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى العقيات .

ولعل المتأمل يلحظ أن الاستجواب قد يكفي لوحده في تكوين قناعة قضائية بوجود الصورية كما في التطبيق القضائي الأول ولكن نقترح لو صاحب الاستجواب أدلة أخرى كما في التطبيق القضائي الثاني، فتوافر قرينة أخرى هو صغر السن لابنه وهذا يدل على عدم قدرته على دفع الثمن.

⁽¹⁾فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، مصدر سابق، ص 107.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع الصورية في التسجيل العقاري توصلنا الى النتائج و التوصيات
الآتية:

أولاً:النتائج:

1. الصورية هي إخفاء الحقيقة بين الطرفين المتعاقدين تحت ستار عقد ويلجأ الأطراف إلى الصورية لتحقيق أغراض متعددة أهمها الحاق الضرر بالدائنين أو الورثة أو الشفيح. والصورية قد تكون مطلقة وهي الصورية التي تتناول وجود العقد ذاته إذ يكون العقد الظاهرة لا وجود له في الحقيقة. أو صورية نسبية وهي الصورية التي لا تتناول وجود العقد بل تتناول نوع العقد أو ركناً من أركانه أو شرطاً من شروطه أو شخص المتعاقدين.
2. لاحظنا أن الصورية تقوم على اتفاق سري بين المتصرف والمتصرف إليه إزاء ذوي المصلحة في التصرف، ودائماً ما تكون شخصية المتصرف إليه محل اعتبار لدى المتصرف ، وترتب على ذلك أن طبيعة الصورية تثير صعوبة إزاء ذوي المصلحة في إثباتها .
3. إن الفائدة التي ترجع إلى استخدام دعوى الصورية لا تقتصر على المحافظة على الضمان العام للدائنين بل المحافظة على روح النص القانوني من تحايل الإرادة التعاقدية عليه ، والوسيلة القانونية التي لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف هو الاعتراف بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان لا بالتصرف المصطنع أو المظهر الكاذب الذي أخفى تحت ستاره التصرف الحقيقي، وكذلك الفائدة تضيي بضلالها للمحافظة على حقوق الغير المتعلقة بمحل التصرف الصوري عندما تتجه الإرادة التعاقدية إلى الإضرار بحقوقهم .
4. إن الصورية لها علاقة وثيقة بالتصرفات القانونية التي تبرم في مرض الموت لأنها تُعد وسيلة يستخدمها المتصرف المريض مرض الموت لإبرام تصرفات تنطوي على محاباة لأحد أو بعض الأشخاص فيقوم بتوزيع تركته والذي يترتب على ذلك إضرار بالأشخاص ممن له حقوق تترتب في ذمته المالية .

ثانياً : التوصيات

1)- جاء في نص المادة 149 من القانون المدني (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري)، وبما أن الحاجة باتت ملحة في الوقت الحاضر لأن تفعل دعوى الصورية في التصرفات العقارية، لذا نقترح تعديل نص المادة 149 من القانون المدني بالآتي 1- لا يجوز الطعن بالصورية فيما بين المتعاقدين في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.

والأسباب الموجبة لهذا النص هي لغرض حماية الحقوق الناشئة عن التصرفات التي تقع على العقار، لذا يقتضي تفعيل دعوى الصورية لتضفي بحمايتها على الغير (الدائنين والورثة والشفيع) الذي يتضرر من تواطأ المتعاقدين على إنشاء تصرف صوري .

2)- إن تكييفنا لاستعمال دعوى الصورية ليست حقاً مكتسباً للغير عن التصرف وإنما رخصة يقرها القانون في موعد حتمي لا بد أن يتم العمل خلالها، لذا نقترح إضافة فقرة ثانية لنص المادة 149 بالصيغة الآتية (لا تسمع دعوى الصورية في التصرفات العقارية من قبل الغير بعد انقضاء ستة أشهر من الوقت الذي علم فيه الغير بتسجيل التصرف في دائرة التسجيل العقاري ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء ثلاثة سنوات من وقت صدور التصرف)، والأسباب الموجبة لهذا النص أنه لما كانت العقارات أموالاً مستقرة صالحة للإنتاج والاستغلال مدى الدهر ولها أهمية كبرى من الناحيتين المادية والمعنوية بالنسبة للدولة والأفراد، فمصلحة الأخيرين تقتضي المحافظة على استقرار المعاملات العقارية، وحتى لا يبقى مصير التصرف العقاري مشوباً بالدفع بالصورية معلقاً إلى زمن غير محدد، فمدة السقوط والتقادم تظهر التصرف العقاري من الدفع بالصورية وتضفي الحماية على الوضع الظاهر بالنسبة للغير الذي اطمئن إليه وبني تعامله على أساسه .

3)- جاء في نص المادة 10 ف1 من قانون التسجيل العقاري المعدل (تعتبر السجلات الدائمة وسجلات التسوية وسجلات التأمينات العينية وصورها المصدقة وسناداتها أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون بها ما لم يطعن فيها بالتزوير، ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها)، ونقترح تعديل صيغة

النص بالآتي (تعتبر السجلات الدائمة وسجلات التسوية وسجلات التأمينات العينية وصورها المصدقة وسنداتها أساسا لإثبات حق الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وتعتبر حجة على الناس كافة بما دُون بها ما لم يطعن فيها بالتزوير)، والأسباب الموجبة هي بما أن قانون التسجيل العقاري هو قانون إجرائي لاموضوعي، فتنظيم الصورية التي تعد من المسائل الموضوعية يخضع تنظيمها للقانون المدني، فإن تنظيمها في قانون التسجيل العقاري هو وضع التنظيم في غير موضعه، ولتجنب تكرار نصوص في قوانين خاصة يخضع فرض النص وحكمه للقانون المدني بالعنوان الأولي .

المصادر

*القران الكريم

1. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، مطبعة النصر بشبرا - مصر، سنة 1956، ص222.
2. أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة لأحكام الالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان، سنة 1980، ص152.
3. أنور العمروسي، الوجيز في الصورية وورقة الضد، دار الايام ،الاردن ،1998، ص166.
4. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام، المصدر نفسه، ص280.
5. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - أحكام الالتزام وإثبات الالتزام، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية ، سنة 1976، ص147.
6. خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقص، ط3،المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، ص126.
7. خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ، دار النهضة العربية ،مصر ،2005،ص278.
8. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات ،ج2، ط3،دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، سنة 1988، ص249.
9. سامي عبد الله،نظرية الصورية في القانون المدني، دار النهضة العربية ،مصر ،2007، ص76 وما بعدها .
10. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1957، ص252.

11. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، بدون ذكر رقم الطبعة، نشر وتوزيع منشأة المعارف، بدون ذكر السنة، ص12.
12. السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1998، ص827.
13. شمس الدين الوكيل، الصورية في العقد، ط1، الناشر المعارف بالإسكندرية، سنة 1999، ص252.
14. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع انعقاد العقد، ج1، مكتبة زين الحقوقية، سنة 2013، ص30.
15. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني تنفيذ الالتزام، ج3، مطبعة الزهراء، سنة 1971م، ص323.
16. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص106 هامش 2.
17. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، دار الايام، الاردن، 1998، ص8.
18. عبد الوهاب عرفة، الدفع بالصورية، مشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص21 .
19. عزيز كاظم جبر، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، ج1، منشورات زين الحقوقية، بدون ذكر سنة الطبع، ص475.
20. عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناء، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع، ص67.
21. فؤاد ظاهر، البيع في ضوء الاجتهاد، ج2، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، سنة 1999، ص133 .
22. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، بدون ذكر دار الطبع، القاهرة، سنة 2007، ص97.

23. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شرح التصرفات العقارية، العقد كسبب لكسب الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2005، ص120-121.
24. وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص396.
25. الياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ج1، منشورات زين الحقوقية، سنة 2005، ص226.
26. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج5، أحكام العقد - تنفيذ العقد، ط3، سنة 2006، ص178.