الصورية بين المشروعية والبطلان في القانون الكويتي

"دراسة مقارنة"

د. حمد دهام الرشيدي

دكتوراه في القانون المدنى

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(ISSN: 2537 - 0758)

الصورية بين المشروعية والبطلان في القانون الكويتي

"دراسة مقارنة"

د. حمد دهام الرشيدي

ملخص البحث:

يتناول البحث مفهوم العقد والصورية في القانون، حيث يوضح أن العقد هو توافق إرادتين لإنشاء التزام قانوني، بينما الصورية تشير إلى اتفاق بين الأطراف لإخفاء الحقيقة تحت مظهر قانوني كاذب. ويبرز البحث مفهوم الصورية في العقود، ويميز بين الالتزامات الجوهرية والثانوية، ويوضح أهمية الصورية في التشريعات، مثل الكويت ومصر، ويتناول التحديات القانونية المتعلقة بها، مثل التوازن بين حماية حرية التعاقد وحماية الغير حسن النية، وانواعها مثل الصورية المطلقة والنسبية، ويقسمها بحسب الباعث ومشروعيته. كما يبرز دور الصورية في حماية حقوق الغير، حيث يمكن للغير التمسك بالعقد المستتر أو الظاهر بناءً على حسن النية. وفي النهاية، يوضح أن الصورية ليست سببًا لبطلان العقود، بل يمكن أن تكون وسيلة لحماية المصالح القانونية.

كلمات افتتاحية: الصورية، الصورية المطلقة، الصورية النسبية، العقد المستتر

Research Summary:

The research deals with the concept of contract and fictitious in law, where it explains that the contract is the agreement of two wills to create a legal obligation, while sham refers to an agreement between the parties to hide the truth under the false legal appearance. The research highlights the concept of fictitious in contracts, distinguishes between essential and secondary obligations, clarifies the importance of fictitious in legislation, such as Kuwait and Egypt, and addresses the legal challenges related to it, such as the balance between the protection of freedom of contract and the protection of bona fide others, and its types such as absolute and relative fictitiousness, and divides them according to the motive and legitimacy. It also highlights the role of sham in protecting the rights of others, where third parties can invoke the hidden or apparent contract based on good faith. Finally, he explains that sham is not a reason for the invalidity of contracts, but can be a means of protecting legal interests.

مقدمة

أتى حين من الدهر كان الفقه يفرق فيه بين الاتفاق والعقد، ويرتب على هذه التفرقة بعض النتائج. بل أن هذه التفرقة قد امتدت إلى بعض التقنينات، غير أن هذا الفقه لم يتفق على تعريف موحد للعقد أو الاتفاق ولكن غالبيته ذهبت إلى أنه تطابق ارادتين على انشاء التزام أو على نقله أو على تعديله أو على انهائه. وبعبارة أخرى فان العقد عبارة عن تطابق الارادتين على إحداث أثر قانونى أيا كان[١].

وقد حظى العقد، فى الدراسات القانونية بعناية، فائقة لم ينلها أى نظام قانونى، آخر ويرجع ذلك لما للعقد، من أهمية عملية فى النشاط الإنسانى[٢]، فهو ليس مظهرا، من، مظاهر الحرية الفردية؛ فحسب بل هو، مما يقوم عليه النشاط الاقتصادى، فى، المجتمع الإنسانى، بوصفه أداة المبادلة، وسبيل التعاون بين أفراد المجتمع على نحو تجلى؛ فيه الإلزام القانونى، من خلال الوفاء بالعهد المقطوع[٣].

---

[١] انظر بالتفصيل: د. أحمد سلامه، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس، بدون سنة نشر، ص ٥٣.

[٢] د. عبدالرازق أحمد السنهورى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٨، ص٣٣، د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٢٥، د. عبدالفتاح عبدالباقى، مصادر الالتزام في القانون المدنى الكويتى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٣، ص٥٤، د. عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، الجزء الثانى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، ١٩٩٣، ص٥، د. محمود جمال الدين زكى، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدنى المصرى، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص٢٥٣، د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٠٠ وما بعدها، د. وليم سليمان قلاده، التعبير عن الإرادة في القانون المدنى المصرى، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، ١٩٥٥، ص ١٣٢ وما بعدها، د. محمد حسن قاسم، القانون المدنى، الالتزامات، المصادر (١) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٤ وما بعدها، د. محمود عبدالرحمن محمد، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ٢١

[٣] د. صالح ناصر العتيبى، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى ٢٠٠١، ص ١.

(ISSN: 2537 - 0758)

ويتضمن مبدأ الرضائية مبدأ قانونيا آخر وهو أنه يجوز للإنسان أن يعمل بطريقة غير مباشرة ما يجوز له قانوناً أن يعمله بطريقة مباشرة، وما الصورية إلا إحدى هذه الطرق غير المباشرة، فكما تكون التصرفات القانونية جدية أى التى يعنيها المتعاقدان سراً وعلانية يجوز أن تكون صورية فقد يتفق المتعاقدان على أمر ظاهر الجد وهما يضمران غيره، لغرض معروف لهما، يخفيانه عن الناس بعقد آخر يسترانه بينهما، فيكون لهما موقف ظاهر وموقف مستتر ومن هنا وجد التصرف الظاهر، وهو التصرف الصورى ووجد التصرف السرى المستتر وهو التصرف الحقيقى، فالصورية تعنى الاتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانونى[٤].

ومما تجدر الإشارة إليه أن فكرة الصورية كقاعدة عامة تعد من الأفكار التى لم تحظرها التشريعات ومن بينها التشريع الكويتى والمصرى، وبالتالى فهى تعد فكرة مشروعة من الناحية القانونية، وذلك على الرغم من كونها قد تشتمل على أنواع من الحيل التى قد تؤدى إلى مخالفة أحكام، فتكون سببا فى بطلان العقد المستتر وحده، كما قد يتسع نطاق البطلان ليشمل التصرف القانونى برمته، ويتبين من ذلك أن الأغراض والأهداف التى ترمى إليها الصورية والتى تعكس المصالح التى يبتغيها الأطراف قد تكون مشروعة، أو على العكس من ذلك فتكون ذات أغراض غير مشروعة، وهو الغالب والأعم.

دقة البحث وأهميته:

تثير الدراسة الكثير من التساؤلات: أولها: المعالجة التشريعية التي اختطتها المشرع الكويتى بشأن الصورية؟، وما هي أبرز صور الصورية؟، وهل تضمن التشريع الكويتى تنظيم متكامل لها؟، وهل معالجة المشرع الكويتى لتلك الصور يتفق مع الواقع؛ أم أنه شابها الغموض وعدم التحديد؟، وهل اتسقت خطته في التنظيم التشريعى للصورية على نحو حقق معه الشارع الانسجام بين حماية الحرية التعاقدية وما تلاه من نصوص لحماية الغير حسن النية، أم أن هذا الإنسجام مفتقد؟، وإلى أي مدى نجح الشارع في الإحاطة بكافة صور الصورية؟ وما هي خطته في النص على أبرز صورها وهل تتفق

[٤] د. أحمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصرى، دراسة فقهية وقضائية، مكتبة نهضة مصر، بدون تاريخ، ص ٥

نصوصه مع التقدم التكنولوجى، أم أن هناك فجوة تشريعية؟، وهل جاءت النصوص التى عالجت الصورية متسقة مع بعضها البعض ومنسجمة مع المنطق القانوني أم أنه قد شابها التنافر وعدم الاتفاق؟

وبالتالى: يعد موضوع البحث دراسة لأبرز الإشكاليات القانونية التى تواجهها التشريعات المعاصرة، ومن أهمها: كيفية إعلاء مبدأ سلطان الإرادة وحماية الحرية التعاقدية وبين حماية الغير حسن النية، وهكذا سيقودنا الموضوع إلى دراسة العقد الصورى من ناحية، وأثره القانونى من ناحية أخرى.

فمن ناحية: نجد أن استخدام التكنولوجيا الحديثة أصبح من المسلمات فى العصر الحديث بشأن الخدمات التى تقدمها الدول عن طريق الإنترنت، ومن ثم فإنه يتعين وجود معالجة تشريعية فى هذا الصدد.

ومن ناحية أخرى: وهذا هو الوجه الأخير في تقديرنا لفائدة الموضوع محل البحث:- فإنه على الرغم من وجود بعض الدراسات القانونية التي تعرضت لأجزاء من موضوع هذه البحث، إلا أنه ما زال المجال خصباً، والحاجة قائمة للتعمق في بحثه ودراسته هذا الموضوع، خاصة في ظل المتغيرات الاقتصادية المستجدة التي يتأثر بها شكل النظام القانوني السائد في الدول.

- **منهج البحث**:-

نظرًا للطبيعة غير التقليدية لموضوع الدراسة وحداثته في ذات الوقت فقد كان لزاما عليّ اللجوء للعديد من مناهج البحث والتي بدت متداخلة ومتآزرة معًا منها: المنهج المقارن حيث تناولنا الفرنسى والمصرى التي عالجت الجزئيات المختلفة للدراسة موضوع البحث للاستفادة منها لدى قيام المشرع الكويتي بإجراء تعديل تشريعى للعقد الصورى. ومن خلال المنهج التحليلي تطرق البحث لكافة جوانب الموضوع بالتحليل والدراسة؛ وذلك بغية الوصول إلى مدى كفاية النصوص التشريعية التى تناولت العقد الصورى وآثاره القانونية.

- **خطة الدراسة**:-

انطلاقاً من الملاحظات السابقة تم دراسة الموضوع وفقا لخطة ملائمة لتحقيق أوجه الفائدة التى أشرت إليها. **من خلال فصل مبحثين:**

(ISSN: 2537 - 0758)

المبحث الأول: مفهوم الصورية وأنواعها
المبحث الثانى: أحكام الصورية بالنسبة للخلف العام والغير.

المبحث الأول
مفهوم الصورية وأنواعها

تمهيد وتقسيم:

يعد العقد بمثابة القانون بالنسبة لعاقديه في تنظيم العلاقات العقدية، والقوة الملزمة للعقد لا يقتصر أثرها على عدم قدرة أحد المتعاقدين على تغيير أحكامه أو نقضه، وانما أيضا إلى تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل، فحسن النية وشرف التعامل يظلان العقد، ليس فقط بالنسبة إلى تحديد مضمونه، وانما كذلك بالنسبة إلى تحديد الطريقة التى يتم بها تنفيذ[٥].

تعد الصورية نظرية قديمة وحديثة في الوقت ذاته فهى قديمة قدم الحيل الشرعية التى عرفتها التشريعات القديمة[٦]، وفى الوقت ذاته فهى حديثة ومتطورة بتطور الأساليب التعاقدية التى يلجأ إليها طرفى التعاقد لعدم الالتزام بأحكام القانون[٧]، ومن هنا يتضح

---

[٥] بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدنى الكويتي، مكتبة الطالب الجامعى، الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤، ص ٢٨٩.

Jean Marc Mousseron, Jacques Raynard, Regis Fabre, Jean- Luc Pierre, DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, Droit international de l` entreprise, litec 1997, p:56

[٦] كان للحيلة أثر عميق في تطوير القانون الرومانى، فاق أثرها في تطوير أى قانون آخر. فقد استخدمت الحيلة للقفز بها فوق جمود النصوص وتصلب نطاقها، في إطار ضيق محصور، حيث كانت القوانين الرومانية تجسيداً لأفكار دينية، ومعانى أخلاقية ثابتة لا تتزعزع، نزلت في نفوس الناس منزل التقديس، فكان لابد من الحيلة لتأويل القانون والخروج به عن نطاق الضيق، وعلى هدى ما تقدم فقد استخدمت الحيلة للتلطيف من قسوة القواعد القانونية وشدتها وتوسيع نطاقها ومدلولها. فاستخدمت بداية من قبل الأفراد ثم ما لبثت أن استخدمها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه من الفقهاء والقضاء، كما استخدمت الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية وابتكار نظم قانونية جديدة، انظر بالتفصيل: د. محمود عبدالرحيم الديب، الحيل في القانون المدنى، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨، ص ٢٤ وما بعدها.

[٧] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المقرر أن السبب هو الغرض الذى يستهدفه المتعاقد من وراء تحمله بالتزامه، ولا يلزم أن يكون الغرض من التعاقد وارداً بسند الدين، بل للمحكمة أن

أن الصورية تنطوى على حيلة، لأنها مهما كان الشكل الذى تتخذه تنطوى على وجود اتفاق خفى يزدوج بالإتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره. فهى لذلك حيلة[٨]، ولكنها تتم باتفاق الطرفين[٩]، ومن خلال هذا المبحث سوف نقوم بالوقوف على مفهوم الصورية وأنواعها[١٠]. **من خلال مطلبين:**

تستخلصه من وقائع الدعوى ويعتد في السبب بالباعث المستحث الذى يدفع المتعاقد إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الاخر يعلمه أو كان ينبغى عليه أن يعلمه. لما كان ذلك، وكان المستفاد من الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى والظروف الملابسة المقدمة في الظروف الملابسة لتحرير تلك الأوراق محل التداعى ودفاع المستأنف ضده فيها " الطعن رقم ٢٠٠٤/٢١٣ مدنى، الدائرة المدنية، جلسة ٢٠٠٦/١/٣٠، ص ٢٧٤.

[٨] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المقرر أن التدليس قوامه الحيلة التي توجه إلى المتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمرا يخالف الواقع والحقيقة وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد وقد حرص المشرع على أن يجعل الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدعي عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه أو غرر به، وأن استخلاص التدليس وتقدير ما يثبت به وما لا يثبت كل ذلك وغيره من عيوب الرضا من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب عليها متى أقامت تقديرها لهذا الواقع على ما ينتجه" تمييز كويتى، الطعن رقم ٢٠٠١/٢١٩ مدني جلسة ٢٠٠٢/٢/٤.

[٩] د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٦٠.

Jean Marc Mousseron, Jacques Raynard, Regis Fabre, Jean- Luc Pierre, DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, Droit international de l` entreprise, litec 1997, p;89

[١٠] وقد قضت محكمة التمييز الكويتى: "النص في المادة ١٥١ من القانون المدني على أن "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتض العقد على نحو ما ارتضاه عليه لولا خديعته بتلك الحيل..."والنص في المادة ١٥٢ من القانون ذاته على أن "يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به". مؤداه– وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون– أن التدليس قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد.

(ISSN: 2537 - 0758)

المطلب الأول: ماهية الصورية والشروط القانونية اللازمة لتحققها.
المطلب الثانى: أنواع الصورية.

المطلب الأول
ماهية الصورية والشروط القانونية اللازمة لتحققها

يتضمن مبدأ الرضائية[١١] مبدأ قانونيا آخر وهو أنه يجوز للإنسان أن يعمل بطريقة غير مباشرة ما يجوز له قانوناً أن يعمله بطريقه مباشرة، وما الصورية ألا إحدى هذه الطرق غير المباشرة، فكما تكون التصرفات القانونية جدية أى التى يعنيها المتعاقدان سراً وعلانية يجوز أن تكون صورية فقد يتفق المتعاقدان على أمر ظاهره الجد وهما يضمران غيره، لغرض معروف لهما، يخفيانه عن الناس بعقد آخر يسترانه بينهما، فيكون لهما موقفان موقف ظاهر، وموقف مستتر. ومن هنا فقد استغرق مبدأ سلطان الإرادة كافة مظاهر النشاط البشرى[١٢] وبالتالى: وجد التصرف الظاهر وهو التصرف

وإذا كان المشرع قد حرص على أن يجعل الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق أو المصارحة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به، فإن ذلك لا يتأتى إلا بمخالفة واجب خاص متميز على الشخص الإحجام عنه، أما الكذب في ذاته ومجرداً عن أي اعتبار آخر فلا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد برغم ما فيه من قبح. لما كان ذلك، وكانت الأوراق قد خلت من دليل على وجود ذلك الواجب الخاص، فإن ادعاء الطاعن بأنه ضلل بسبب تدليس المطعون ضده عليه يكون فاقداً لسنده، ولا يعيب الحكم المطعون فيه إذ التفت عنه، ومن ثم يكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس. تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٣/٤٥٥ مدني جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٨

[١١] مفاد مبدأ الحرية العقدية أن الأفراد يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود وأن ينظموا آثارها وفق ارادتهم الحرة وهذه الحرية لا تنصب على الموضوع فحسب بل كذلك على الشكل. ويرتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين باتفاقهم يعادل ارتباطهم العاطفى بمقتضى القانون، انظر بالتفصيل: د. فتحى عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصرى والانجليزى المقارن، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٧٩، ص ٢٤
Jacques Ghestin Traite de droit civil La formation du contrat 3 ed, L.G.D.J.1993 ,p;67

[١٢] د. محمد محى الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدنى والفقه الاسلامى، دراسة مقارنة، بدون دار أو تاريخ نشر، ص ١٨.

الصورى ووجد التصرف السرى المستتر وهو التصرف الحقيقى. فالصورية إذن هى: الاتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانونى كاذب[١٣].

ومن خلال هذا المبحث سوف نقوم بإلقاء الضوء حول ماهية الصورية والشروط القانونية اللازمة لتحققها[١٤] **من خلال فرعين:**

---

[١٣] د. احمد مرزوق، فى نظرية الصورية فى التشريع المصرى، دراسة فقهية وقضائية، مكتبة نهضة مصر، بدون تاريخ، ص ٥، د. عبدالمنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، أحكام الالتزام، الجزء الثانى، بدون دار أو تاريخ نشر، ص ١٧١.

وقد ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أن: "... من المقرر أن العقد يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانونى، وأن الأصل في العقود الرضائية أن تتم وتنعقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول ويكفى لتمام العقد واعتباره حجة لازمة على الطرفين– بما يرتبه من التزامات متبادلة– تلاقى إرادتيهما على إحداث أثر قانونى ولا يشترط أن يكون محل الالتزام معينا بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين وفقا لطبيعة الالتزام والظروف التى أحاطت بالتعاقد، وفى العقود الملزمة للجانبين يكون التزام أحد المتعاقدين سببا لالتزام المتعاقد الآخر ويفترض طبقا لصريح نص المادة ١٧٧ من القانون المدنى أن التزام كل متعاقد يقوم على سبب وأن هذا السبب مشروع ولو لم يذكر في العقد وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه مما مقتضاه أن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يؤدى إلى عدم قيامه..." محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، جلسة ٢٠٠٦/٩/٣٠، الطعن رقم ٢٠٠٥/٦٣٨ تجارى، مجلة القضاء والقانون، مرجع سابق، ص ٥٤.

[١٤] الحق مكنه قانونية تهدف لمصلحة مشروعة، وتخول صاحبها القيام بعمل، أو إجبار آخر على أدائه. وعندما يقرر القانون حقاً من الحقوق فى صدد تنظيمه الروابط والعلاقات، فإنه يفرض واجبا يقابل ذلك الحق كالواجب الذى على المدين نحو دائنه من قيام بالأداء الذى التزم به، وأن ما تقرره القاعدة القانونية– رغم أنه صدى اعتبارات اجتماعية عديدة، لمصلحة المجموع، بغير رعاية مصلحة الفرد الخاصة، قد يبدو فى صور وأوضاع مختلفة. وما يكون لمصلحة جماعة قد يتعارض مع مصلحة جماعة أخرى، أو قد يتنافى استعماله مع ما يريده منه آخرون. والمفروض أنه يجب التوافق– فى حياة المجتمع– بين المصالح المتعددة، كما يجب التوازن بين المطالب المتضاربة. وعندما تطرح المنازعات على القاضى، هل يجب أن يتقيد بتطبيق النصوص القانونية كما وضعها المشرع؟ أو أن يتلمس الحقيقة مستهديا بعوامل الحياة المختلفة ومقتضياتها، إذا أغفل القانون النص على حالة من النزاع معينة؟ الواقع أن الاجماع على أن للقاضى أن يستهدى فى تفسيره ما يراد تطبيقه من نصوص القانون على ضوء ما تقضى به العدالة، وحسبما تملى العوامل الاقتصادية وتستوجب الظروف الاجتماعية لإمكان ملاءمة النصوص العتيقة على مطال الحياة المتجددة، مع

(ISSN: 2537 - 0758)

الفرع الأول: ماهية الصورية.

الفرع الثانى: الشروط القانونية اللازمة لتحقق الصورية.

الفرع الأول

ماهية الصورية

العقد[١٥] تطابق ارادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو زواله، أو في عبارة وجيزة، تطابق ارادتى طرفين على ترتيب أثر قانونى[١٦]، وتعد التصرفات القانونية

إمكان تأمين علاقات التعامل بين الأفراد ورعاية الصلات القانونية فيما بينهم وإنما الأساس فى ذلك هو أنه ما كان فى استطاعة المشرع أن يحيط مقدماً بكل ما يمكن أن يحدث من تغييرات وطوارىء فى الحياة الاجتماعية. ولهذا فإنه يتعذر بل يكاد يكون من المحال أن يحقق القانون الوضعى ما يهدف إليه القانون الطبيعى على الوجه الأكمل. وإذن فالقاضى يسد ذلك الفراغ، وينفذ مشيئة المشرع وإرادته بإخضاعه النصوص القانونية للظروف المستجدة، نتيجة شدة التهافت على الأخذ بأسباب الحياة، ولحاجة التزاحم على موارد العيش، وهو (القاضى) على اتصال مباشر بحقائق هذه الأمور جميعاً. ولا ريب فى أن قوة القانون وإحياءه، إنما هما فى ملاءمته لأحوال العصور المتعاقبة، ويكون دور القاضى فى عون المشرع، على ما تتضمن التقنينات الحديثة من هذا المعنى، بما نصت عليه إجمالا فى بعض الحالات، وقد تركت للقاضى حرية واسعة للتقدير، بعد أن يلم بملابسات الظروف المحيطة بكل موضوع على حدة. ولا ريب أن للقاضى دوراً هاما عند تطبيقه للقواعد القانونية أو للاتفاقات العقدية، من وجوب تخفيف حدة النصوص فيها ويجعلها ملاءمة للظروف والأهداف التى من أجلها وضعت وإن توخت أحكامهم المصالح الخاصة المطروح أمرها عليهم، فإنما ذلك فى سبيل المصلحة العامة، ولكن على أن لا يجاوز فى هذا الصدد ما تحتمه الضرورات العملية، مع اعتبار حكمة التشريع للنصوص القانونية، أو مقاصد الأطراف فى العقود، وفى نطاق كل من الحالين أصلا، للوصول إلى حل عملى لا يتعارض مع مقتضى أيهما، وإنما يحقق العدالة فيما عرض من وضع خاص لم يكن فى حساب الشارع قيامه، أو لم يدخل فى قصد المتعاقدين عند ارتباطهما. وغنى عن البيان أن هذا الوضع لا شأن له بحالة الضرورة التى تخول مجاوزة حكم القانون، أو مخالفة ما اتفق عليه المتعاقدان، انظر بالتفصيل: المستشار.حسين عامر، التعسف فى استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى ١٩٦٠، ص ١ وما بعدها.

[١٥] حتى يتسنى للعقد أداء ما أنيط به من مهام جسام، فقد اهتمت كل الشرائع، قديمها وحديثها، بموضوع القوة الملزمة للرابطة العقدية، فلابد أن يتوفر لهذه الرابطة قدر من القوة والثبات، حتى يكون في مقدورها كفالة الاستقرار والطمأنينة في المعاملات التى يجريها الأشخاص في المجتمع.

ولهذا، فقد أحاطت هذه الشرائع الأداة العقدية بسياج من المبادىء القانونية التى تعبر عن معنى القوة الالزامية للرابطة العقدية. ولم يكن أساس القوة الالزامية للعقد واحدا في كل الازمنة التاريخية المتعاقبة، فقديما، لم يكن العقد ليكتسب قوته الملزمة إلا إذا أحيط بمجموعة من الطقوس الدينية، وفى مرحلة متقدمة، تحولت هذه الطقوس الدينية إلى أشكال ورموز بعيدة عن فكرة الدين، فظهرت طائفة من العقود عرفت باسم العقود الشكلية. ويستمد العقد الشكلى قوته الملزمة لا من عنصر الارادة فيه، بل من مجرد الشكل أو المظهر الخارجى المتمثل في حركات الإنسان أو الفاظه المنطوقه أو المكتوبة ولقد احتاج الامر انقضاء وقت طويل قبل أن يتقرر مبدأ سلطان الارادة، وهو ذلك المبدأ الذى يعنى أن الارادة كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانونى، وهى التى تحدد شروطه وآثاره، وتجرى عليه ما تشاء من تعديل أو تبديل، بل ولها– إن ارادت– أن تنهى وجوده وتزيله على وجه مطلق. وبحسب الأصل، فإن مبدأ سلطان الارادة لا يجيز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الإتفاق أو تعديله، ما لم يتم الاتفاق على ذلك بين الطرفين المتعاقدين، ولا يجوز ذلك حتى للقاضى، الذى يقتصر دوره على تطبيق أحكام العقد أو تفسير ما يتضمنه من شروط، ذلك أن القاضى لا يتولى إنشاء العقد عنهما. فالعقد، أو الاتفاق، طالما تم إبرامه على وجه صحيح، ينشىء بين عاقديه التزامات تكون أشبه بالالتزامات التى يفرضها القانون. مع ملاحظة أن الالتزامات العقدية لا تسرى إلا على المتعاقدين، بينما تسرى الالتزامات القانونية على الكافة. وأيا كان أمر هذا التشبيه، فإن الذى يفهم منه هو أن المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من التزامه، إلا إذا قام اتفاق على ذلك بينه وبين المتعاقد الآخر، أو لسبب من الأسباب التى يقررها القانون، أما خلاف ذلك، فليس أمامه سوى تنفيذ هذا الالتزام طوعا أو جبرا وليس هناك ما يعفى المدين من المسئولية عن عدم قيامه بما التزم به، إلا أن تحول قوة قاهرة أو حادث فجائى ومؤدى هذه القاعدة أن المدين لا يعفى من المسئولية إلا في حالة وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام، انظر بالتفصيل: د. حسب الرسول الشيخ الفزارى، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى، في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ١١ وما بعدها.

Jacques Ghestin Traite de droit civil La formation du contrat 3 ed, L.G.D.J.1993 ,p;90

(١٦) وينبنى على هذا التعريف، من ناحية، أن إرادة واحدة لا يمكن أن تكون عقداً، بل يجب، لتكوينه، إجتماع إرادتين، ومن ناحية أخرى، ضرورة إتجاه الإرادتين إلى ترتيب أثر قانونى يكون، في العادة، إنشاء إلتزام يمكن إقتضاؤه جبراً عن المدين به، لأن العقد مصدر للرابطة القانونية وإن جاز أن يكون هذا الأثر القانونى نقل إلتزام أو تعديله أو إنقضاءه فإذا لم تتجه الإرادتان إلى إحداث هذا الأثر، لا يمكن أن يقوم بينهما عقد، انظر بالتفصيل: د. محمود جمال الدين زكى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة،

(ISSN: 2537 - 0758)

مجالاً خصباً للصورية، خاصة التصرفات العقدية، فأكثر ما تكون الصورية في العقود، ولكن لا يمنع من أن تكون هذه التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد بشرط أن تكون موجه إلى شخص معين لأن الصورية نتيجة اتفاق، ولا يتصور الإتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً[١٧] والصورية تعنى في الفقه القانونى، إصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانونى، يلجأ إليه المتعاقدان لإخفاء حقيقة ما. فهى لذلك تعنى إتفاق طرفى التصرف القانونى على إخفاء إرادتهما الحقيقة تحت شعار مظهر كاذب، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير ولذلك فإنها تستلزم وجود إتفاقين، إتفاق ظاهر، وإتفاق سرى مستتر يهدم وجود هذا الإتفاق الظاهر، أو يعدل من أحكامه أو يغير من آثاره، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين أحدهما ظاهر ولكنه كاذب، يعتقد الغير أنه الحقيقة، والأخر حقيقى مستتر لا يعلم عنه الغير شيئاً ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصورى ووجد التصرف المستتر[١٨].

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المقرر– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن تقدير قيام الصورية أو نفيها هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وبسلطة المحكمة في استنباط القرائن وبحث الدلائل والمستندات المقدمة وموازنة بعضها بالبعض الآخر واستخلاص ما تراه متفقا مع واقع الدعوى[١٩].

١٩٧٨، ص ٣٦، د. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، مكتبة الطالب الجامعى، الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤، ص ٢٩٣.

[١٧] وذلك كالتنازل عن حق عينى، أو الإبراء من دين أو إنهاء علاقة قانونية قائمة، فكل هذه الأمثلة تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد، وبالتالى يتصور أن تكون محلاً للصورية– خاصة أنها موجهة إلى أشخاص معينين– كما لو إتفق المتصرف والموجه إليه التصرف على أن التنازل عن الحق العينى، أو الإبراء من الدين، أو إنهاء العلاقة القانونية القائمة لا يقع، وأن الحق، والدين، والعلاقة القانونية، ما زالت باقية بين المتصرف، والموجه إليه التصرف، انظر: د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٦٠.

[١٨] د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٥٨.

Jacques Ghestin Traite de droit civil La formation du contrat 3 ed, L.G.D.J.1993 ,p125

[١٩] تمييز كويتى، الطعون ٣٠١، ٣٠٥، ٢٠٠٣/٣١٥ تجاري جلسة ٢٠٠٤/٥/٨ والطعنان ٨٨، ٢٠٠٥/٩٧ عمالي جلسة ٢٠٠٦/١٠/٤

وشروط انعقاد العقد هى أركانه وأركان العقد في القانون المدنى الكويتى هى الرضاء والمحل والسبب[٢٠]، وذلك إلى جانب الشكل في العقود الشكلية، ودون إخلال بما يتطلبه القانون في خصوص عقد معين من أركان أخرى تكميلية[٢١]، فقد جاء في المادة ٣٢ من القانون المدنى الكويتى أنه: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول إذا ورد على

[٢٠] تنبه القضاء وتبعه الفقه في فرنسا ومصر والكويت إلى قصور النظرية التقليدية في السبب عن اخضاع المعاملات لقواعد الآداب والنظام، فوسعوا من نطاق نظرية السبب التقليدية بحيث تتسع للبحث عن سبب للعقد. فاعتدوا بسبب العقد أى الباعث على التعاقد وهو أمر ذاتى خارج عن العقد يختلف باختلاف شخص المتعاقد فضلا عن أخذهم بسبب الالتزام أى الاداء المقابل وهو أمر موضوعى داخل العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود. على أساس أنه ما دامت الارادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشىء ما تشاء من الالتزامات، وما دامت الارادة لابد لها من باعث يدفعها فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً وأن يكون الغرض الذى ترمى الارادة إلى تحقيقه غرضا لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب وهو أمام موازنة معقولة بين مبادىء الرضائية في تكوين العقد، تساندها فكرة العدل التبادلى وبين مقتضيات الثقة في المعاملات القانونية. بيد أن القضاء لمس أن في البحث عن الباعث على التعاقد قد يعرض المعاملات لخطر عدم الاستقرار لذلك لم يهتم بكل بواعث الارادة الدافع منها وغير الدافع الرئيسى منها وغير الرئيسى ولكن أخذ فقط بالباعث الرئيسى إلى التعاقد كذلك اشترط أن يكون هذا الباعث داخلا في دائرة التعاقد أى معلوما من المتعاقد الاخر إذا كان العقد من أعمال المعاوضات، انظر بالتفصيل: د. فتحى عبدالرحيم عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٨٢

[٢١] الارادة قوام العقد، وأنه لا بد من التعبير عنها حتى يمكن ترتيب أثرها عليها. غير أن هذا التعبير ليس إلا لابراز الارادة الباطنة إلى العالم الخارجى، أو المظهر المادى الذى تظهر فيه الإرادة، أو اللباس الذى ترتديه لتخرج فيه إلى المجتمع. وكما أن العبرة ليست بالراداء بل بشخص من يرتديه، فكذلك يكون التعويل لا على التعبير في ذاته بل على الارادة التى قصد التعبير عنها، أى أن التعبير لا تكون له قيمة ولايجوز أن يترتب عليه أثر إلا بالقدر الذى يطابق به الارادة الباطنة بحيث لوثبت اختلافه عنها لم يجز التعويل عليه وتعين اطراحه والأخذ به. وبناء عليه لا يعول على التعبير الذى يقع فيه خطأ مادى، وى عبرة كذلك بالتعبير الصورى، وهو الذى يعبر– قصداً لا خطأ– عن اتجاه مغاير للاتجاه الفعلى للارادة، إذ المعول عليه إنما هو هذا الاتجاه الفعلى لا التعبير غير المطابق له، انظر: د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ١٠٠

(ISSN: 2537 - 0758)

محل واستند إلى سبب معتبرين قانونا وذلك دون الإخلال بما يتطلبه القانون في حالات خاصة من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وقد حرص المشرع في هذه المادة على أن إيراد المحل والسبب بوصفهما من الأركان اللازمة لانعقاد العقد بالإضافة للرضا، وذلك مسايرة للنهج الذى أورده المشرع الفرنسى في المادة ١١٠٣ من القانون المدنى بعد أن استبعد منها أهلية التعاقد، اعتباراً بأنها لا ترقى إلى مرتبة ركن في العقد، وبأن عدم توافرها لا يمنع من ذات انعقاده، وإنما يعيب الرضا به فحسب بما يجعله قابلاً للإبطال(٢٢).

لم يرد في القانون المدنى الكويتى والقانون المصرى تعريف صريح للصورية فقد تمثلت في نصوص قليلة في مجال الدعاوى التى يمارسها الدائن للحفاظ على الضمان العام لمدينه، ويماثله في ذات المسلك أغلب التشريعات العربية، أما الفرنسى فقد أورد بعض النصوص الدالة على فكرة الصورية وذلك في مجال الاثبات(٢٣).

فالصورية تعدً قانونياً صحيحاً، حيث تنص (١٧٨) من القانون المدنى الكويتى على أن:

"١- يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى، ما لم يقم الدليل على غير ذلك

٢- وإذا ثبت صورية السبب، كان على من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه".

كما تنص المادة (٢٠٠) من القانون المدنى الكويتى على أن:

"١- إذا أبرم عقد صورى، كان لدائنى كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأى منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصورى إذا كانوا لا يعلمون بالصورية.

---

(٢٢) د. عبدالمجيد خلف العنزي، بطلان العقد " في القانون المدنى الكويتى " الأسباب والآثار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩- ٢٠١٠، ص ٤٤.

(٢٣) د. عماد محمد حسن القنيشي، الصورية بين المشروعية والبطلان، رسالة دكتوراه كليه الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٢١، ص ١٣.

Christan LARROUMET, DROIT CIVIL, Tome1, introduction a l`etude du droit prive 3e edition,1998, \p;245,

٢- إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

وفى المادة (٢٤٤) من القانون المدنى المصرى نصت على أنه: "١- إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى "الظاهر" كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم. ٢- إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

كما نصت المادة (٢٤٥) من القانون المدنى المصرى على أنه "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى"

تمييز الصورية عما يشتبه بها:

١- الصورية عن التدليس:

التدليس هو تضليل العاقد بوسائل احتيالية لايقاعه في غلط- أو لاستمراره في غلط واقع فيه- يدفعه إلى التعاقد[٢٤].

---

[٢٤] تنص المادة (١٥٣) مدنى كويتى على أن: "١- يلزم لابطال العقد على أساس التدليس، أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر، أو من نائبه، أو من أحد أتباعه، أو ممن وسطه في إبرام العقد، أو ممن يبرم العقد لمصلحته. ٢- فإن صدرت الحيل من الغير، فليس لمن انخدع بها أن يتمسك بالابطال، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، عند إبرام العقد يعلم بتلك الحيل، أو كان في استطاعته أن يعلم بها".

كما تنص المادة (١٥٥) من القانون ذاته على أن: "إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر، وجره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أى منهما التمسك بإبطال العقد".

وتنص المادة ١٢٥ /١ مدنى مصرى على أن "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد".

وتقضى المادة ١٢٦ بأنه "إذا صدر التدليس من غير العاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"

ويبين من هذين النصين أن التدليس بعيب الرضا إذا توافرت فيه ثلاثة شروط:

١- استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل.

٢- أن يكون استعمال تلك الطرق حاصلاً من العاقد الآخر، أو على الأقل أن يكون ذلك العاقد الآخر عالماً به أو من المفروض حتما أن يعلم به.

(ISSN: 2537 - 0758)

تختلف الصورية عن التدليس[٢٥] في أنهما وإن اتفقا في أن كل منهما يخفى أمراً تحت ستار ظاهر كاذب إلا أن الفارق بينهما ظاهر وواضح فالتدليس يقع عند تكوين العقد من أحد المتعاقدين على الآخر. أو من كل منهما على الآخر في وقت واحد أو من ثالث. بيد أن الصورية تقع باتفاق الطرفين على ثالث ليس طرفا في العقد، وتكون غالبا عند تنفيذ العقود، وإن القصد من التدليس هو الحصول على قبول أحد المتعاقدين بطريقة الخديعة، فيجعل العقد قابلا للأبطال بيد أن الصورية يتعاقد المتعاقدان وهما على علم بما يضمرانه للغير فلا يغش أحدهما الأخر كذلك التدليس يعتبر دائما عملا غير مشروع إذ يقصد به دائما غش الغير، بيد أن الصورية قد تكون لغرض مشروع لا يقصد بها ضرر للغير، وكذلك يعتبر التدليس دائما واقعة مادية يمكن إثباته بين الطرفين بجميع طرق الاثبات القانونية بما في ذلك النية والقرائن القضائية بيد أن الصورية وهى تصرف قانونى لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة[٢٦].

٣- أن يكون التضليل الناشىء عن استعمال هذه الطرق الاحتيالية هو الدافع إلى التعاقد. انظر بالتفصيل: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٢٥٤، د. أيمن سعد سليم، مصادر الألتزام، دراسة موازنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠، ص ١٣٤.

[٢٥] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه "لما كان طلب المستأنف بطلان عقد بيع السيارة محل النزاع للتدليس عملاً بنص المادتين ١٥١، ١٥٢ من القانون المدني تأسيساً على اكتشافه عدم وجود وسادة هوائيه للراكب الأمامي ضمن مشتملاتها، مردود، ذلك بأن مفاد هذا النص وما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن التدليس المفسد للرضاء هو استعمال حيل تحفز إلى عقد ما كان ليرتضيه على نحو ما وقع، لولا انخداعه بحيل منها الكذب في الأخبار بوقائع التعاقد وملابساته ومنها كتمها والإمساك عن ذكرها، إخلالاً بواجب التصريح بها، ولا يبلغ الفعل مستوى الحيلة إلا إذا انطوى على قدر ذي تأثير من الخداع والغش، وإلا لم يكن تدليساً يجيز البطلان، وكانت الأوراق قد خلت من ثبوت التدليس المدعى به، وإذ انتهى الحكم المستأنف بأسباب سائغة إلى ذلك فلا ترى المحكمة حاجة إلى اتخاذ مزيد من إجراءات الإثبات، فإن الاستئناف يضحى على غير أساس مما يتعين معه رفضه وتأييد الحكم المستأنف" تمييز كويتى الطعن رقم ٢٠٠١/٧٥٦ تجاري جلسة ٢٠٠٢/٥/١٩.

[٢٦] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ٨٩.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "مؤدى نص المادة ١٩٦ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن العقد شريعة المتعاقدين فيعتبر بالنسبة إلى عاقديه القانون أو هو قانون خاص بهما وإن كان منشؤه الاتفاق بينهما فلا يجوز لأيهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه أو

ويجب لقيام التدليس توافر شروط ثلاثة: **اولا:** أستعمال طرق احتيالية: ويتكون هذا الشرط من عنصرين، أحدهما مادى، وآخر معنوى، **ثانيا:** أن تكون الطرق الاحتيالية دافعة للتعاقد. **ثالثا:** أن يتصل التدليس بالعاقد الآخر[٢٧].

الإعفاء من آثاره إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون ويخضع نطاق العقد ومضمونه وما يرد عليه من تعديل بموافقة طرفيه لقانون العقد– وأن البادى من نص المادة ١٥٩ من ذات القانون التى رسمت الإطار العام لنظام الاستغلال من حيث قامه وأثره أنها اشترطت لقيامه أن يستغل شخص في سبيل جعله شخصا آخر يرتضى العقد إحدى نواحى الضعف الإنسانى كحاجته الملجئة في دفع خطر محدق بالنفس أو بالمال، أو طيشه البين أو ضعفه الظاهر أو هواه الجامح أو السطو الأدبية عليه مستهدفاً بذلك تحميل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود متمثلا في التفاوت الباهظ الجسيم أو عدم التناسب الصارخ بين أخذه وعطائه، ويكون العقد تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، والاستغلال يُعد– كالشأن في كافة عيوب الرضا– لا ينتج أثره إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد بحيث إنه لولاه لما أبرم العقد أو لما أبرم على نحو ما أبرم عليه، وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب طالما أقامت تقديرها على أسباب سائغة لها أصلها في الأوراق– ومن المقرر أيضاً أن التدليس قوامه الحيلة التى توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمرا يخالف الواقع والحقيقة بنية دفعه إلى ارتضاء التعاقد، واستخلاص عناصر التدليس وتقدير ما يثبت به وما لايثبت كل ذلك وغيره من عيوب الرضا من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت تقديرها لهذا الواقع على ما ينتجه، كما أن لتلك المحكمة كامل السلطة في تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات لاستنباط حقيقة الواقع فيها بما تراه أوفى إلى نية عاقديها مستهدية في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الذى تحمله عبارات المحرر وما دام الرأى الذى انتهت إليه سائغاً ومقبولاً بمقتضى الأسباب الذى بنته عليها، كما أن لها أيضاً السلطة التامة في تقدير ما يقدم إليها في الدعوى من بينات وأدلة وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه منها وفى استخلاص ما تراه متفقا مع واقع الدعوى وأنها ليست ملزمة بالأخذ برأى خبير الدعوى، لأنه لا يعدو أن يكون دليلاً من تلك الأدلة التى يخضع لتقديرها فلها أن تأخذ به أو ببعضه أو تطرحه كله ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها ولها أصلها الثابت بالأوراق" محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٢٠٠٤ تجارى، جلسة ٢٠٠٦/٣/٤، ص ١٧٤.

[٢٧] انظر بالتفصيل: د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

يظهر مما سبق أنه يلزم، لقيام التدليس، أن تكون هناك طرق احتيالية ومجرد وجود هذه الطرق الإحتيالية لا يكفى. وإنما يلزم أن تكون قد بوشرت على المتعاقد بقصد تضليلة وأن تصل به إلى هذه النتيجة بالفعل فإن لم يقصد بالطرق الاحتيالية التضليل[٢٨] أو قصد بها التضليل، ولكن لم تنجح في الوصول إليه، واستعمال الطرق

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "النص في المادة ١٥١ من القانون المدني علي أن "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعة بذلك إلي التعاقد، إذاأثبت أنه ما كان يرتضي العقد علي نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل..." وفي المادة ١٥٢ من ذات القانون علي أن "يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالا بواجب في الصدق أو المصارحة، يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به" يدل- بصريحة وما ورد بمذكرته الإيضاحية- علي أن التدليس المفسد للرضاء هو استعمال حيل تحفز المتعاقد إلي عقد ما كان ليرتضيه علي نحو ما وقع، لولا إنخداعه بحيل، منها الكذب في الإخبار بوقائع التعاقد وملابساته ومنها كتمها والإمساك عن ذكرها، إخلالا بواجب التصريح بها، تفرضه حتى الثقة الخاصة التي يوليها المتعاقد لمن غرر به، ولا يبلغ الفعل مستوى الحيلة، إلا إذا انطوى علي قدر ذي تأثير من الخداع والغش، وإلا لم يكن تدليسا يجيز البطلان. والنص في المادة ١٧٦ منه علي أن "١- يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. ٢- ويعتد، في السبب بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلي التعاقد، إذا كان المتعاقد الأخر يعلمه أو كان ينبغي عليه أن يعلمه" مفاده أن المشرع يُوجب أن يستند التزام المتعاقد إلي سبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا، وإلا فإن العقد يفتقد ركنا من الأركان التي ينبغي له أن يقوم عليها، فيبطل ولا يقصر المشرع سبب الالتزام علي الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلي تحقيقه من وراء ارتضائهالتحمل بالالتزام وإنما يشمل أيضاً الباعث المستحث الدافع، إذا كان ملحوظا في العقد، بأن كان المتعاقد الأخر يعلمه أو كان مفروضا فيه أن يعلمه وينظر إلي توافر هذا السبب ومشروعيته وقت انعقاد العقد" تمييز كويتى الطعن رقم الطعن ٢٠٠٢/٢٣٨تجاري جلسة٢٠٠٣/٥/١٠

[٢٨] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أن التدليس قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة، وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد، ومقتضى ذلك- على نحو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- أنه يجب أن ينطوي الفعل أو الكذب أو الكتمان الموجه إلى المتعاقد على قدر معقول الخداع والغش حتى يصل إلى مستوى الحيلة، فإن لم يكن ذلك فإنه لا يعتبر حيلة أصلاً ولا يصلح بالتالي تدليساً من شأنه أن

الاحتيالية يعتبر العنصر المادى في التدليس. أما قصد التضليل، فهو عنصره المعنوى[٢٩].

٢- الصورية والتحفظ الذهنى:

تختلف الصورية عن التحفظ الذهنى إذ أن التحفظ الذهنى هو أن يضمر أحد طرفى التصرف القانونى غير ما يظهر، ولا يكون التعبير عن الإرادة باطلا إلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهنى[٣٠] ويعد التحفظ الذهنى من أهم حالات اختلاف التعبير عن الإرادة، إذ يبرز هذا الاختلاف. حين يظهر المتعاقد مالا يضمره فتتعارض

يعتد به كأساس لإبطال العقد، ومن المقرر كذلك أن المادة ١٥٩ من القانون المدني التي رسمت الإطار العام للاستغلال من حيث قيامه وأثره اشترطت أن يستغل شخص في سبيل جعله شخصاً آخر يرتضى العقد إحدى نواحي الضعف الإنساني فيه، كحاجته الملجئة في دفع خطر محدق بالنفس أو المال، أو طيشه البين أو ضعفه الظاهر أو هواه الجامح أو السطوة الأدبية، مستهدفاً بذلك تحميل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود، متمثلا في التفاوت الباهظ الجسيم أو عدم التناسب الصارخ بين أخذه وعطائه، ويكون العقد تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، وتقدير ما يثبت أولاً يثبت به التدليس، وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، كل منهما من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب طالما أقامت تقديرها على أسباب سائغة لها أصلها في الأوراق ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التي انتهت إليها. لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نفى التدليس عن المطعون ضدها بأن الطاعن حصر التدليس الواقع عليه من المطعون ضدها بادعائها كذباً بأن أولاده يضمرون له العداء والبغضاء ويتربصون موته ليستأثروا بماله في حين أنها المحبة المخلصةله، وهو أن صح يفتقد الأركان اللازم توافرها لقيام الغش والخداع، ولا يعدو أن يكون قولاً مرسلاً من المطعون ضدها ليس فيه من مظاهر الحيلة ما يجعل الطاعن ينخدع بها في مثل سنه، فضلا عن أن مشاعر الود هى مما يتفق وطبيعة الأمور والشريعة الإسلامية، كما انتهى إلى نفى الاستغلال بأن ما ادعاه الطاعن من أنه كان تحت تأثير الهوى الجامح الذي كان غارقاً فيه وحاجته الملحة لمساعدة المطعون ضدها جاء أقوالاً مرسلةً لا دليل عليها تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٠/٢٢٥ مدني جلسة ٢٠٠٢/١١/١٨.

[٢٩] د. عبدالفتاح عبدالباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، بدون دار نشر، ١٩٨٤، ص ٣٣٩.

[٣٠] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ٩٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

إرادته الباطنة مع إرادته الظاهرة؛ لأن التعبير الصادر عنه يوحى برغبته في التعاقد بينما قصده الحقيقى متحفظ غير راغب في إبرام العقد أو التصرف[٣١] ولم يتصد أى من المشرعين المعاصرين لتنظيم حالة التحفظ الذهنى وفى القانون الكويتى لا تثير حالة التحفظ الذهنى أى خلاف أو صعوبة، إذ طبقا للمادة (٣٨) من القانون المدنى والتى تنص على أن: "١- إذا اختلف التعبير عن الارادة مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد.

٢- ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه، إذا أثبت أنه عول عليه، معتقدا مطابقته لحقيقة الارادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة".

بتحليل النص المتقدم يتبين: أن الحل أو الحكم في التعبير المقترن بتحفظ ذهنى، يتوقف على مسلك المتعاقد الآخر المتلقى للتعبير، وذلك من حيث علمه أو عدم علمه بتحفظ صاحب التعبير. فإذا كان المتعاقد الآخر، الموجه إليه التعبير، يعلم أو باستطاعته أن يعلم من ظروف التعامل والملابسات المحيطة بالعقد، بالتحفظ الذهنى لصاحب التعبير فإن التعبير يبطل ولا ينعقد به العقد، احتراماً للإرادة الحقيقة؛ أى الباطنة لمن أصدر التعبير. أما إذا كان المتعاقد الموجه إليه التعبير، لا يعلم بتحفظ صاحب التعبير، ولا بمقدره أن يعلم فإن العقد حينئذ ينعقد ويقوم صحيحاً، تأسيساً على الثقة المشروعة بين أطرافه[٣٢].

يبدو من تعريف التحفظ الذهنى أنه قريب الشبه بالصورية، حيث يتفق معها في أن كلا منهما يؤسس على وجود إرادة مستترة، وراء إردة ظاهرة. ومع هذا يظل الإختلاف بينهما قائما. ذلك أن التحفظ الذهنى يقع في إرادة أحد الطرفين فقط، دون الطرف الآخر، وهذا بخلاف الصورية التى تكون فيها الإرادة الظاهرة مختلفة عن الإرادة الباطنة بإتفاق الطرفين معا. فالصورية تعبير عما إتفق عليه كل من الطرفين لا واحد منهما فقط، لأنهما اشتركا معا في إيجاد المظهر الكاذب، فالتحفظ الذهنى بناء على ذلك ما

[٣١] د. عبدالكريم يوسف عبدالحق القاضى، اخلاف التعبير عن الإرادة الباطنة وأثره على تكوين العقد وصحته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمى، العدد ٣، السنة ٣٦، سبتمبر ٢٠١٢، ص ٤٥٣.

[٣٢] د. عبدالكريم يوسف عبدالحق القاضى، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

هو إلا نوع من أنواع إختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة[٣٣] وأيهما أحق بالعمل بها هل الإرادة الباطنة أم الإرادة الباطنة[٣٤] ويبدو أن المشرع المصرى والكويتى تأثر

[٣٣] د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٨٦.

[٣٤] المقصود بالإرادة في هذا المذهب، الإرادة الحقيقية الباطنة، تلك الظاهرة النفسية الداخلية التى تظهر فيما بعد إلى العالم الخارجى بالتعبير عنها ولا يعتد بهذا التعبير ما لم يكن ترجمة صادقة لها. أما اصطلاح الارادة الظاهرة أو الارادة المعلنة الذى يستعمله البعض، فمقصود به التعبير في حد ذاته سواء اتفق مع الارادة الباطنة أو اختلف معها والعقد طبقا لمذهب الارادة يقوم على توافق ارادتين باطنيتين بقصد إنشاء آثار قانونية، فركن العقد هو الرضاء، والاثر القانونى المتولد عن العقد ينشأ في ذمة كل من طرفيه لأن ارادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الاثر، أى أن الاثر ينشأ مباشرة عن الارادة. والنتائج المترتبة على مذهب الارادة:

أولا: العقد أقوى من القانون:

يستمد العقد قوته الملزمة من الارادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها، يستمد هذه القوة منها وحدها دون ما حاجة إلى الاستناد إلى سلطة القانون فالإرادة هى الأساس المباشر لهذه القوة والعقد بذاته منشىء للالتزامات والحقوق. بل إن الفقهاء التقليدين اعتبروا أن للعقد قوة أعلى من قوة القانون ففيما عدا النصوص المتعلقة بالنظام العام لا يستطيع القانون أن يخالف العقد بينما يجوز للمتعاقدين أن يخالفوا النص القانونى الذى يستمد سلطانه من مجموع ارادات الأفراد الضمنية.

ثانيا: العبرة بالارادة الباطنة عند اختلاف التعبير معها:

لما كانت الارادة كأساس للالتزام العقدى– هى الارادة الواعية التى اتجهت إلى تحمل آثار قانونية، فإن الارادة تكون منعدمة في حالة صدور التعبير من مجنون أو من فاقد الوعى أو من طفل غير مميز، لأن التعبير الصادر من هؤلاء لا يستند إلى ارادة حقيقية، وكذلك الشأن في حالة التعبير غير الجدى الصادر من هؤلاء لا يستند إلى ارادة حقيقية، وكذلك الشأن في حالة التعبير غير الجدى الصادر على سبيل الهزل أو المجاملة. وإذا كان من الضرورى لتمام الإرادة أن يعبر عنها، فإن هذا التعبير لا تكون له قيمة ما لم يكن متفقا مع الارادة الباطنة، فإذا اختلفا كانت العبرة بالإرادة دون التعبير والنتيجة التى نحن بصددها تثير:

أ- الخلاف المقصود: الذهنى والصورية:

في حالة التحفظ الذهنى والصورية يتعمد المتعاقد عن إدراك واختيار إصدار تعبير مخالف لما أضمره. ويغلب في حالة التحفظ الذهنى أن يكون قصد صاحبه خداع المتعاقد الآخر، ومع ذلك فإن مؤدى منطق مذهب الإرادة أن يعتد بهذا التحفظ فيؤخذ بالنية الباطنة دون التعبير المخالف لها سواء أكان المتعاقد الآخر على علم بهذا التحفظ أم كان يجهله، وسواء أكان صاحب التحفظ حسن النية أم

(ISSN: 2537 - 0758)

سيء النية.وإذا كان الفقه والقضاء يريان في هذه النتيجة أضرارا بالمتعاقد الاخر حسن النية ويتلمسان علاج الموقف بتطبيق أحكام المسئولية التقصيرية على أساس أن صاحب التحفظ قد ارتكب خطأ، باضماره غير ما أظهر. فإن هذا العلاج يأتى من خارج أحكام العقد، بمعنى أنه في داخل هذا النطاق لا يعول إلا على النية الباطنة في كل الأحوال، وبالتالى يبطل التعبير المقترن بالتحفظ الذهنى لعدم اتفاقه مع تلك النية. ويذهب البعض إلى أن قواعد الالتزام الارادى تقضى بعدم الاعتداد بالتحفظ الذهنى بحجة أن التعبير ركن لا غنى عنه لتمام أثر الإرادة، ومن ثم فعدم ظهور هذا التحفظ في محتوى التعبير لا يجعل للتحفظ أية قيمة. وهذا الرأى مردود بأنه ينتهى حتما إلى تغليب التعبير على الإرادة الحقيقية وهو ما يناقض بداهة مذهب الارادة. فإذا كان التعبير ضروريا لنشأة الاثر القانونى فليس معنى ذلك في منطق هذا المذهب أن له قيمة ذاتية وأنه ينتج أثره دون أن يكون مستندا إلى إرادة حقيقية وإذا كان التحفظ الذهنى لم يظهر في محتوى التعبير فإن هذا لا يمنع من القول بأن التعبير بحالته التى صدر عليها يخالف النية الباطنة وهذا يستتبع إهدار ذلك التعبير من وجهة نظر مذهب الإرادة. وتختلف الصورية عن التحفظ الذهنى في أنه في الصورية يتعمد الطرفان المتعاقدان كلاهما إصدار تعبير يخالف ما أضمراه، ويحدث ذلك غالبا بقصد خداع الغير. وتكون الصورية مطلقة إذا لم يكن وراء " العقد الظاهر " عقد آخر حقيقى وفى هذه الحالة لا يكون للتصرف الصورى أى أثر لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير. وقد تكون الصورية نسبية بمعنى أن يكون التصرف الظاهر مخفيا لتصرف آخر مستتر، وهذا التصرف الاخير هو الذى يعتد به. وإذ ففى كل من النوعين لا اعتداد بالعقد الظاهر لأن ارادة المتعاقدين الحقيقية لمن تنصرف إلى أعماله.

ب- الخلاف غير المقصود:

أما أما الخلاف غير بين الارادة وبين التعبير، فيثار في حالات عيوب الارادة وفى السبب وفى التفسير.

أما عن عيوب الارادة، فإن الارادة إذا كانت معيبة كان التعبير عنها غير متفق مع الرغبة الحقيقية للشخص، فهى لم تكن حرة أو لم تكن متنورة، ومن ثم يكون التعبير الذى صدر عن إكراه أو عن توهم غير الواقع، مخالفا للقصد المستكن في نفس من أصدر التعبير. وعيوب الارادة في المذهب التقليدى هى الغلط والتدليس والاكراه، وهى عيوب تؤدى إلى بطلان التصرف بطلانا تقضى به قواعد الارادة ذاتها فهو بطلان طبيعى يستند أصله المنطقى من مذهب الارادة نفسه.

ثالثا: الإرادة وحدها هى التى تحددها آثار العقد:

تنطوى هذه النتيجة على شقين: (أ) أولهما، أن الحقوق والالتزامات التى تتولد عن العقد، يجب أن تقتصر على تلك التى اتجهت ارادة المتعاقدين حسبما أدى إليه تفسير العقد، فلا يجوز امتداد النطاق العقدى ليشمل حقوقا والتزامات أخرى، ذلك أنه ما دام أن ارادة المتعاقد هى أساس التزامه،

كثيرا بنظرية الارادة الظاهرة وإن وجدت بجانب ذلك إحترام الإرادة الباطنة ومحاولة الكشف عنها.

كما يمكن التمييز بين الصورية والتحفظ الذهنى استناداً إلى المعنى بالضرر بكل منهما؛ فالظاهر الكاذب في الصورية لا ينطوى على خداع أحد طرفى التصرف للآخر؛ بل العلة منه غش الغير والإضرار به كنتيجة اتفاق طرفى التصرف على خلق هذا الظاهر الخادع. فالصورية تعبير عما اتفق عليه كل من المتعاقدين لا واحد منهما فقط لأنهما اشتركا معا في خلق المظهر الكاذب أما التحفظ الذهنى فالظاهر ينشأ نتيجة غش وخداع أحد طرفى التصرف للأخر عن قصد وعمد.

وأيضا يمكن التمييز بين الصورية والتحفظ الذهنى استناداً إلى الغرض المباشر لكل منهما فالغرض في الصورية هو إلغاء العقد الظاهر كما في حالة الصورية المطلقة أو

فلا يقبل أن يترتب التزام ما على عاتقه ما دام أن ارادته لم تتجه إلى تحمله " فالعقد يتكون بارادة الطرفين المتعاقدين فليس له من أثر سوى ما أراده واتجهت نيتهما إليه " وتتحدد شروط الاتفاقات طبقا لموضوعها ولا يجوز أن تمتد فتشمل أشياء لم تدر بذهن المتعاقدين.

ب- أما الشق الثانى من النتيجة محل البحث، فتتمثل في قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز أن تمس الحقوق والالتزامات التى اتفق عليها المتعاقدون بزيادة أو نقصان " ومهما بدا الاتفاق ظالما فإنه يتعين على القاضى تنفيذه. فليس للقاضى أن يعدل في العقد باسم العدالة وتحت ستار أى اعتبار آخر، ذلك أن كل التزام ينشأ عن الارادة، في نظر التقليدى، هو بالضرورة مطابق للعدالة ويتفق مع المصلحة العامة، وكما أن مهمة القاضى بالنسبة للقانون تنحصر في تطبيقه دون أن يكون له الحق في مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة. كذلك الأمر بالنسبة للعقد، فما العقد إلا قانون المتعاقدين.

رابعا: كفاية الارادة لنشأة الالتزام:

وأخيرا يقضى مذهب الارادة بكفاية الارادة وحدها لنشأة الالتزام دون ما حاجة لاستلزام توافر أوضاع شكلية، فالتعبير عن الارادة على أى نحو يكفى لتولد الأثر القانونى وإذا كانت التشريعات الحالية مع تبنيها لمبدأ الارادة، لا زالت تشترط الشكلية في بعض عقود قليلة كالهبة والرهن الرسمى، فإن هذه الشكلية تهدف إلى حماية الارادة من اندفاعها وراء انفعالات عارضة دون تأمل وتدبر، فغاية الشكلية المشترطة فيها هو ضمان سلامة الارادة في حريتها وفى تنورها لذلك تعتبر هذه الشكلية تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة لا استثناء منه، انظر بالتفصيل: د. عبدالرحمن عياد، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

تعديله كما في حالة الصورية النسبية بينما الغرض في التحفظ الذهنى ينصرف إلى التأثير على البواعث الدافعة للتعاقد من خلال إقناع الطرف الآخر غير المتحفظ ذهنياً بإرادة ظاهرة مخالفة لإرادته الباطنة للحصول على رضاءه.

كما تختلف الصورية عن التحفظ الذهنى استناداً إلى الغرض المباشر لكل منهما فالغرض في الصورية هو إلغاء العقد الظاهر كما في حالة الصورية المطلقة أو تعديله كما في حالة الصورية النسبية، بينما الغرض من التحفظ الذهنى ينصرف إلى التأثير على البواعث الدافعة للتعاقد من خلال إقناع الطرف الآخر غير المتحفظ ذهنياً بإرادة ظاهرة مخالفة لإرادته الباطنة للحصول على رضاءه.

كذلك أيضا تختلف الصورية عن التحفظ الذهنى في مجال الإثبات فالصورية بين المتعاقدين فيجب لإثباتها إبراز الدليل الكتابى والحصول على مستند خطى، بينما التحفظ الذهنى يؤلف بالنسبة للطرف الآخر من التصرف غير المتحفظ ذهنيا واقعة مادية باعتباره يمثل نوعا من أنواع الغش والخداع، وبالتالى يجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ويترتب على ثبوته ما يترتب على الاختلاف بين الارادة الظاهرة والإرادة الباطنة من أحكام أى أنه متروك لحكم القواعد.

كما تختلف الصورية عن التحفظ الذهنى فيما يتعلق بالجزاء المترتب في حالة ثبوت كل منهما، فالصورية كونها تنطوى على خلق مظهر كاذب نتيجة تدبير وإتفاق أطراف التصرف فيكون العقد المستتر هو العقد النافذ فيما بين المتعاقدين في حالة ثبوت الصورية، وأما بالنسبة للغير حسن النية فإن العقد المستتر لا ينفذ في حقه، وليس له أى قيمة تجاهه إلا إذا أجازه، وتمسك بالتصرف الظاهر؛ وذلك عملا بالنصوص المتعلقة بالصورية على سبيل الاستثناء[٣٥].

٣- الصورية والوضع الظاهر:

تختلف الصورية بالأوضاع الظاهرة في نواح متعددة. فالوضع الظاهر هو حالة يظهر فيها الشخص في مركز قانونى ظاهر ويعتبره القانون مركزاً حقيقا بغض النظر عن إرادة المتعاقدين الحقيقية بجانب مركزاً قانونى حقيقى، أى أن هناك مركزين قانونين أولهما المركز القانونى الظاهر، والثانى هو المركز القانونى الحقيقى، ونظراً لهذه السمات الخاصة بالوضع الظاهر ذهب بعض الفقه إلى تسميته بالافتراض القانونى أو

[٣٥] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٩٤.

الصورية القانونية[٣٦]. تلتقى الصورية والأوضاع الظاهرة في العلة، وهى حماية الغير حسن النية بموجب تمسكه بالمركز القانونى الظاهر المخالف للحقيقة، كما يلتقيان في الازدواج المميز لكل منهما، فالصورية تصرفان أحدهما ظاهر غير حقيقى والآخر مستتر حقيقى، وأما في الأوضاع الظاهرة فيوجد مركزان قانونيان أحدهما مركز ظاهر غير حقيقى والآخر مركز مستتر، وغالبا لا يعلم الأطراف ذاتهم به. كما تتشابه الصورية والأوضاع الظاهرة في الآثار القانونية التى تترتب على كل منهما؛ ففى الصورية إذا عجز دائن البائع الصورى عن إثبات صورية عقد البيع الظاهر[٣٧].

٤- الصورية والغش:

أكدت القوانين المعاصرة بتطبيق مبدأ حسن النية في التعامل بمعنى أن يتعامل الأطراف بصدق وأمانة ولم تعتد أغلب التشريعات بوضع تعريف عام للغش تاركة الأمر للفقه والاجتهاد[٣٨] التدليس وهو ينطوى على الخداع والحيل، ما هو إلا نوع من الغش الذى يعنى إتباع الطرق الملتوية. وهذا يعنى أن الغش في طرق الملتوية أعم من التدليس وما التدليس إلا صورة بسيطة من صوره، وأيضا فإن التدليس يقع من أحد الطرفين ضد الآخر بقصد إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد فالتدليس في الحقيقة يمارس في مواجهة واحد من المتعاقدين أما الغش فإنه يمارس بواسطة أشخاص التعاقد أو بواسطة شخص منفصل لكى يضر الغير– من غير المتعاقدين ومعنى ذلك أن محل التدليس هو التصرف القانونى الذى لم يكتمل بعد، باعتباره عيباً ينتاب التصرف أثناء تكوينه، وبمجرد أن يكتمل التصرف لا تكون المسألة تدليس بالمعنى الدقيق، وإنما فقط غش ضد حق مكتسب[٣٩] وهكذا فإن التدليس يكون بمناسبة تصرف قانونى، أما الغش

---

[٣٦] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ٩٢.

[٣٧] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ١٠٤.

[٣٨] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ١١٤.

[٣٩] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: من المقرر أن النص في المادة ١٤٧ من القانون المدني على أن "١- إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الأخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك.." وفي المادة ١٥١ من ذات القانون على أن "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء

(ISSN: 2537 - 0758)

رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد إذا أثبت أنه ما كان يرتضى العقد على نحو ما ارتضاه عليه لولا خديعته بتلك الحيل "وفي المادة ١٥٢ منه على أن "يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به "مؤداه– على ما ورد في المذكرة الإيضاحية– أنه يشترط لإعمال الغلط وأثره أن يكون هو الذيدفع المتعاقد إلى التعاقد بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد، وأن يتصل الغلط بالمتعاقد الأخر بأن يكون بدوره قد وقع في نفس الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك عنه، وأن التدليس قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمر يخالف الواقع والحقيقة وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء العقد، وقد حرص المشرع على أن يجعل الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس الحق في أن يضعها فيمن غشه أو غرر به، ومن المقرر أن تقدير ثبوت وقوع المتعاقد في الغلط أو نفى وقوعه فيه واستخلاص عناصر التدليس وتقرير ما يثبت به وما لا يثبت كل ذلك وغيره من عيوب الرضا من مسائل الواقع التي يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب عليه متى أقيم تقديره لهذا الواقع على ما ينتجه. وكان الحكم الابتدائي المؤيد والمكمل بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بنفى وقوع الطاعن في غلط وتدليس حين تعاقده مع المطعون ضده على أن ما ساقه للتدليل على وقوعه في غلط لتوهمه في ذاتيه الحصص محل الإقرارات المؤرخة ١٩٩٧/١١/١٩ لاختلاف القيمة المتعاقد عليها عن القيمة الحقيقية لا يعد قانوناً من قبيل الغلط الدافع إلى التعاقد وأن الأوراق خلت من دليل يقينى على أن المطعون ضده استعمل قبله طرق وأساليب شابها الحيلة للتغرير به حيث إنجميع الإقرارات رسميه بما يسمح للمتعاقد مراجعة أموره قبل التوقيع عليها وأن الطاعن حضر بشخصه أمام الموثق الذي قام بتوثيق تلك الإقرارات وأملى عليه– في غير حضور المطعون ضده– ما تضمنه كل منها على حده محدداً العقار المتخارج عنه من حيث موقعه وأوصافه وسنده في ملكيته ووقع في ذات التاريخ على اتفاقية بيع وتخارج تضمنت تخارجه عن حصصه الميراثية في هذه العقارات للمطعون ضده المذكور نظير مبلغ ٣١١٣١٢ دينار وعلى بيان بالعقارات محل البيع والتخارج المرافقة للاتفاقية بحضور شاهدين كان يتسلم احدهما أقساط مقابل التخارج وخلص إلى أن ذلك يدحض إدعاء الطاعن بأنه لم يكن يعلم عدد العقارات المتخارج عنها وأوصافها وقيمتها وأن التخارج كان عن حصته في أربع عقارات فقط وباقي الإقرارات دست عليه وينفى قالته أنه كان ضحية تدليس من المطعون ضده أوقعه في

فإنه قد يقع في نطاق التصرف القانونى وقد يقع خارجه، على أن التدليس يكون أثناء تكوين العقد أما الغش فإنه أثناء تنفيذه[٤٠].

٥- الصورية والتزوير:

من أبرز الآراء الفقهية في التمييز بين الصورية والتزوير أنه لا تزوير حيثما يكون الإقرار متعلقاً بأمر شخصى للمقر وكان الكذب الذى تضمنه ذلك الإقرار مقصوراً على

غلط عند إصدار تلك الأوراق، وكانت هذه الأسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه وتواجه أوجه دفاع الطاعن في هذا الخصوص فإن النعي عليه بهذين السببين لا يعدو في حقيقته أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة مما لايجوز إثارته أمام هذه المحكمة. تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٦/٣٤٩مدني جلسة ٢٠٠٦/١١/٢٢

[٤٠] د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٨٠.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "مؤدى نص المادتين (١٥١، ١٥٢) من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن التدليس قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة، وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء العقد، وأن يتصل ذلك بالمتعاقد الآخر على النحو الذي حددته المادة (١٥٣) من هذا القانون، وأن المشرع حرص على أن يجعل الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه أو غرر به، أي ذلك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص متميز يملي على الشخص الإحجام عنه، وأنه ولئن كان استخلاص عناصر التدليس وتقدير ما يثبت به أو لا يثبت به من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن ذلك مرهون بأن يكون هذا الاستخلاص قائماً على أسباب سائغة تنتجه أوراق الدعوى، ويكفي لحمل النتيجة التي انتهى إليها. لما كان ذلك، وكان البين أن الحكم المطعون فيه استدل على علم الطاعن بحقيقة المبلغ المقدر له من قبل لجنة الأمم المتحدة، تعويضاً عن أضرار الغزو العراقي، وبالتالي انتفاء وقوعه تحت تأثير تدليس شاب رضاه عند إبرامه التنازل المؤرخ ٢٠٠٠/١٠/٢٤، من ذكر رقم وتاريخ قرار تلك اللجنة به ومما تضمنته عبارات هذا التنازل، من أن "للمطعون ضده التصرف القانوني المطلق الذي يراه مناسبا حيال التعويضات المقررة له وعدم مطالبته بها بوكالة غير قابلة للعزل أو الإلغاء"، وكانت هذه وتلك لا تدل بمجردها على علم الطاعن بحقيقة مبلغ التعويض المقرر له ولا تكفي لحمل قضائه في هذا الخصوص، وهو مما يعيب الحكم ويُوجب تمييزه في هذا الشق من قضائه. تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٣/٣ مدني جلسة ٢٠٠٤/٥/١٧

(ISSN: 2537 - 0758)

مركز الشخص لأن القانون لا يريد أن يضع الناس بين حالتين، أما تضحية مصالحهم الشخصية بتقرير الحقيقة على علاتها، وإما الوقوع تحت طائلة العقاب إذا هم قرروا ما يخالف الحقيقة ولهذا قصر القانون دائرة التزوير على الإقرارات التى بها ينسب المزور فعلا أو صفة إلى شخص آخر على غير حقيقته أو يغتصب مركز شخص آخر أو صفته، وبعبارة أخرى أن المزور هو الذى يتعدى فعله. مباشرة الغير إما بإغتصاب حق أو صفة لذلك الغير بواسطة المحرر المزور إما بنسبته إلى ذلك الغير فعلا أو صفة لا حقيقة لهما، فغشه واقع دائماً على رأس غيره مباشرة أما الذى يتعاقد بعقد صورى فإنه يتعاقد على ماله شخصيا من حقوق أو صفات، فإذا تصرف فلا يتصرف في مال الغير أو حقوقه أو صفاته، وإنما يتصرف في شيء خاص بشخصه فإذا ترتب على فعله ضرر بالغير فإنه يكون ذلك من طريق غير مباشر لأن تصرفه لم يتناول حقوق الغير وإنما كان مقصوراً على حقه هو[٤١].

[٤١] فإذا باع شخص عقاراً إلى آخر ولكى يسد الشفعة على الجار اتفق الطرفان على إخفاء حقيقة المبيع وترك الجزء المجاور لأرض الجار في العقد الصورى فحددوا العقار المبيع فيه بحدود غير حدوده الحقيقية المتفق عليها في العقد الحقيقى المستتر فتصرف البائع في هذه الحالة قائم على ملكه الشخصى وله بطبيعة الحال أن يبيعه كله أو ينقص جزءاً منه لأن ذلك داخل في حدود ملكيته، فإذا كان يقصد من انتقاص ذلك الجزء الاضرار بالغير فليس معنى ذلك أنه خرج في تصرفه عن حقوقه الشخصية، وما على الجار إلا أن يسلك الطريق المدنى لإثبات الصورية وكذلك مدين حجز على منقولاته فباعها إلى آخر بعقد صورى جعل تاريخه سابقاً على الحجز لم يخرج المدين في تصرفه هذا عن حدود ملكه وإن كان قد أراد الإضرار بالدائن الحاجز وتهريب أمتعه من الحجز، ولكن للدائن أن يسلك الطريق المدنى لإثبات الصورية. كل هذا شيء والفعل الذى ارتكبه المزور شيء آخر، فإن المزور لا يتصرف في ملكه الشخصى ولا في حقوقه الشخصية وإنما يتصرف في ملك الغير أو حقوقه أو صفاته. فكل تغيير للحقيقة لا يكون أساسه اغتصاب حق الغير أو نسبة أمر وصفة تزويراً. فالصورية إذن خارجة عن نطاق التزوير ولا عقاب عليها إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ١٣٦ من القانون سواء أكان العقد المتضمن لها رسميا أم عرفيا. فإذا كان العقد رسميا وكان الموظف العمومى المختص بتحريره يعلم أن العقد صورى فإن تواطؤه مع المتعاقدين على تحرير هذا العقد الصورى لا يمكن أن سكون سببا في معاقبته بعقوبة التزوير لأن الفعل خارج عن نطاق التزوير، انظر بالتفصيل: د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص٩٦.

٦- دعوى الصورية والدعوى البوليصية:

تهدف الدعوى البوليصية إلى حماية الدائن من تصرفات مدينه التى يجريها إضراراً به على أن الصورية قد يقصد بها أغراض أخرى غير الإضرار بالدائنين، كأن يكون القصد منها التهرب من بعض أحكام القانون، كما لو قصد شخص إلى الإيصاء ولكنه ألبس التصرف في صورة عقد البيع حتى يفلت من النصاب الشرعى للوصية، وعلى ذلك يحق مدينه إذا كان صوريا، بأن يثبت حقيقته كأن يطعن في البيع بأنه غير قائم أساساً، حتى يستطيع التنفيذ على العين المبيعة صورياً، وكأن يطعن في البيع بأنه في حقيقته هبه أخفيت في صورة بيع وذلك حتى يتوصل إلى الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى اشتراط الغش[٤٢].

---

[٤٢] **ينتج من هذا الفرق الجوهرى بين الدعويين الفروق التالية:**

أ- نظراً لأن الدعوى البوليصية أشد خطراً من دعوى الصورية إذ يكون الغرض منها عدم نفاذ تصرف معين في حق الدائن، فإن شروط الدعوى البوليصية تكون أشد من شروط استعمال دعوى كشف الصورية. فإذا كنا نشترط لاستعمال الدعوى البوليصية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، فإنه يكفى في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن ثابتاً أى خالياً من النزاع. فإنه يكفى في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن ثابتاً أى خالياً من النزاع. ولذلك يجوز لمن كان دينه مؤجلا أو معلقاً على شرط أن يطعن بدعوى الصورية.

ب- لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه كما هو الشأن في الدعوى البوليصية. والعلة في ذلك أن الدائن لا يطلب في دعوى الصورية أكثر من تقرير عدم وجود التصرف أو الكشف عن حقيقته. وهذا أمر لا يتأثر بتاريخ نشوء حق الدائن.

ج- لا يشترط في دعوى الصورية أن يقصد المدين الإضرار بالدائن وعلى ذلك لا يكون على الدائن رافعها إثبات قصد الإضرار، لأن الدائن لا يطلب سوى تقرير الحقيقة والكشف عن التصرف في حقيقته. وفى هذا تختلف عن الدعوى البوليصية.

د- ولنفس السبب أيضا لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره، كمال الحال في الدعوى البوليصية، لأن تقرير صورية التصرف هو كشف عن واقع، ولا علاقة له إطلاقاً بإعسار المدين.

هـ-لسائر الدائنين- بصرف النظر عن تاريخ نشوء ديونهم- الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف، فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف الصورى. ودعوى الصورية في هذا

(ISSN: 2537 - 0758)

الفرع الثانى
الشروط القانونية اللازمة لتحقق الصورية

العقد أهم صورة للتصرف القانونى في الحياة الإجتماعية، لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدر استثنائى للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية، والعقد باعتباره عملا قانونيا، قوامه الإرادة، ويمثل من ثم النطاق الذى تقوم فيه إرادات الأفراد بإنشاء الروابط القانونية ويهيمن، تبعاً لهذا، على القواعد التى تحكم العقد في تكوينه وفى إنتاج آثاره، وفى إنقضائه، مبدأ هام يسمى مبدأ سلطان الإرادة، الذى يعنى أن الإرادة الفردية هى صاحبه السلطان الأكبر في إنشاء العقود غير مقيدة بالأنواع التى نظمها المشرع في نصوص القانون، وهى التى اصطلح على تسميتها بالعقود المسماة، وكذلك في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية– فتوسع أو تضيق وتشدد أو تخفف في الآثار التى رتبها القانون على تلك العقود وأخيرا

تشابه نوعاً ما الدعوى غير المباشرة، وتفترق عن الدعوى البوليصية، حيث يقتصر الإفادة من الحكم على الدائنين السابقين للتصرف المطعون فيه.

ز– الدعوى البوليصية إنما يقتصر استعمالها على الدائن، على حين أن الدعوى الصورية يجوز رفعها بواسطة كل شخص تضر به صورية التصرف ولو كان هو المتعاقد نفسه.

ح– لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم، أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم. انظر بالتفصيل: د. عبدالمنعم البدراوى، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى، أحكام الالتزام، الجزء الثانى، بدون دار أو تاريخ نشر،ص ١٦٨، د. عبدالرازق السنهورى، مرجع سابق، ١١٨.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتى: "من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن التدليس وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد فهو لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد الآخر، فقوام التدليس الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة وذلك بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد، وقد حرص المشرع على أن يجعل الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب خاص في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه أو غرر به وأن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به وما لا يثبت من مسائل الواقع التي يستقل بها ومحكمة الموضوع بغير معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله " تمييز كويتى، الطعنان ٩٩، ٢٠٠٤/١٢١ تجاري جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٢

في تعديل هذه الآثار بعد ترتيبها، وفى إنهاء العقد بعد إبرامه، ولا يحد من سلطانها، في ذلك مله، إلا إعتبارات النظام العام[٤٣]. وقد يتفق الطرفان معاً على إظهار تصرف قانونى أمام الكافة في حين يكون التصرف الحقيقى بينهما مستتراً، ويكون ذلك بإتفاق الطرفين معاً، ولإسباغ وصف الصورية على التصرف لابد من توافر الشروط القانونية التالية:

١ – تعارض العقد السرى مع العقد الظاهر:

تستلزم الصورية وجود اتفاقين متعارضين الاتفاق الثانى السرى يلغى الاتفاق الأول الظاهر أو يعدله، فقد يتناول هذا الاختلاف بين العقدين وجود العقد الظاهر كله أو ماهيته أو ركنا من أركانه الأساسية أو شرطا من شروطه الجوهرية[٤٤]، فهما ضدان لا يجتمعان أى استحالة تنفيذها معاً وهذا الشرط هو العلامة المميزة لورقة الضد. وعلى

---

[٤٣] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٣٧.

[٤٤] مثال ذلك: اقترض أخوان بالتضامن بينهما مبلغاً من المال من آخر وقدم كل منهما تأمينا عقاريا ثم جاء أحد الأخوين بعد ذلك وقرر فى ورقة مستقلة أنه هو فى الحقيقة المستفيد بهذا المبلغ وأنه هو الملزم بأدائه دون أخيه فقد حكم القضاء بأن الاتفاق السرى بين المدينين المتضامنين يسرى على الغير، وكان الغير فى هذه الدعوى هم الدائنون الشخصيون للمدين الحقيقى الذى أفلس وقد قالت المحكمة فى أسباب حكمها أنه لا يوجد هنا ورقة ضد إذ لا تعارض بين الاتفاقين ولا ارتباط بينهما فكل من الاتفاقين ينظم مركزا قانونيا خاصا ولكل منهما آثار قانونية تختلف فى كل من الاتفاقين. ذلك لأن قواعد التضامن بين المدينين تتضمن أحكاما بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدينين المتضامنين وأحكاما بالنسبة للمدنين المتضامنين فيما بينهم، أما بالنسبة لعلاقة الدائن بمدينيه المتضامنين فقد أعطاه القانون حق مطالبة المدنين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، وإذا طالب الدائن أحد المدنين المتضامنين بكل الدين كانت مطالبة صحيحة، والمدين المطالب بالدين لا يجوز أن يتمسك بحقه فى تجزئة الدين كما هو الحال عند تعدد الكفالات، كما لا يجوز للدائن مطالبة المدينين على وجه التعاقب فإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين ولم يحصل منه على كل الدين يجوز له أن يقاضى بقية المدينين على وجه التعاقب فإذا طالب أحد المدينين المتضامنين ولم يحصل منه على كل الدين جاز له أن يقاضى بقية المدنين بكل ما تبقى من التعهد ووفاء أحد المدينين بكل الدين هو الذى يبرئهم من التعهد، وللدائن مطلق الحرية فى اختيار المدين الذى يريد أن يطالبه بالوفاء فكل مدين يعتبر فى نظر الدائن مدينا أصليا، انظر بالتفصيل: د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

ذلك إذا أمكن تنفيذ العقدين معاً فلا يعتبر العقد السرى ورقة ضد[٤٥]، كذلك فإن التعارض بين مركزين قانونيين أحدهما تعاقدى والثانى من طرف واحد لا يعد ورقة ضد كذلك قد يوجد تعارض بين مركزين قانونيين يتعذر تنفيذهما معا ولكن أحدهما ناتج من وقائع تستند إلى إرادة منفردة بينما الثانى يستند إلى أساس تعاقدى ولذلك ينتفى شرط وجود ورقة الضد لعدم وجود اتفاقين متعارضين[٤٦]، كما أنه لا يوجد تعارض بين العقد الظاهر والعقد المستتر في حالة الأجل وكذلك لا تعارض بين العقد الظاهر والعقد السرى في حالة الأجل فقد يتنازل المدين عن الأجل الذى منحه له الدائن كما إذا نص في عقد الدين الأصلى أن الدين يسدد على أقساط ثم يذكر في العقد السرى أن الدين يدفع فورا، أو أن الدائن يمنح المدين أجلا كما إذا ذكر في عقد الدين الأصلى أن الدين يسدد فوراً ثم يذكر في العقد السرى أن الدين يسدد على أقساط أو أن يذكر في عقد البيع أن البيع ينفذ فورا ثم يذكر في العقد السرى أن البيع ينفذ بعد زمن معين فإن العقد السرى في هذه الحالات لا يعتبر ورقة ضد ذلك لأن الأجل خاص بتنفيذ العقد لا بتكوينه ولكن يختلف الامر في حالة الشرط سواء أكان الشرط واقفا أو فاسخا كمت إذ ذكر في عقد البيع الظاهر أنه بيع قطعى بات ثم علق البيع في العقد السرى على شرط

---

[٤٥] د. عبدالرازق السنهورى، مرجع سابق، ص١٠٧٧، د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص٩٤.

[٤٦] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى دعوى تتلخص وقائعها فيما يأتى: أراد شخصان أ، ب أن يحصلا على امتياز سكة حديدية واتفقا فيما بينهما على أن يقوم أ– بتقديم التأمين اللازم وأعطى زميله مبلغا من المال ووكله بشراء أسهم تكون باسم أ خاصة ولكن ب– خالف هذا الاتفاق واشترى الأسهم وسجلها باسمه هو (باسم ب) ثم أفلس ب بعد ذلك فدخل أ فى التفليسة مطالبا بحقه فى هذه الأسهم باعتبارها مملوكة له طبقا لما اتفق عليه فى عقد الوكالة ولكن دائنى المفلس تمسكوا بالمادة ١٣٢١ مدنى فرنسى باعتبار أن التصرف الظاهر وهو قيد الأسهم باسم مدينهم وهو التصرف الذى اعتمدوا عليه هو الذى يسرى فى حقهم دون عقد الوكالة المستتر– وهو عقد الضد– ولكن المحكمة لم تأخذ بدفاع دائنى المفلس وحكمت بأن الاتفاق السرى الذى تم بين أ، ب لا يعتبر ورقة ضد ومن ثم يسرى على الدائنين، إذ أنه وإن وجد تعارض بين تسجيل الأسهم باسم المفلس وبين نطاق عقد الوكالة وآثاره الطبيعية إلا أن هذا التعارض كان نتيجة حتمية لإرادة منفردة ولا يجوز قانونا لأحد المتعاقدين أن يستقل بتعديل العقود الملزمة للجانبين، انظر بالتفصيل: د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٣٢.

واقف أو على شرط فاسخ، فهذا تعارض بين العقدين لا سبيل للتوفيق بينهما إذ الشرط هنا خاص بتكوين العقد لا بتنفيذه ولذلك لا يعد العقد السرى ورقة ضد[٤٧].

ولا يوجد تعارض أيضا بين العقد الظاهر والعقد السرى إذا كان العقد السرى من شأنه تفسير العبارات الناقصة في العقد الظاهر أو التوفيق بينهما– وكذلك لا تعارض بين العقد الظاهر والعقد السرى إذا كان العقد السرى من شأنه تفسير العبارات الغامضة في العقد الظاهر أو من شأنه التوفيق بين هذه العبارات إذا كانت متعارضة أو تفصيل ما أجمل في العقد الظاهر كما إذا كان العقار المبيع قد ذكر في عقد البيع الظاهر بطريقة مجملة ثم جاء العقد السرى مفصلا لأجزائه مبيناً لحدوده أى أن التعارض يتحقق

[٤٧] وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المقرر أن الطعن بالصورية المطلقة التي تلتزم المحكمة ببحثه، يجب أن يكون صريحاً في معناه باعتبار أن العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال فإنه لا يفيد في ذلك، إذ أن العقد المسجل يفضل على العقد غير المسجل حتى ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان المشتري الأول. والقول بعلم المشترى الثاني الذي سجل عقده بالبيع السابق لا يصلح بذاته قرينة على صورية البيع. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها الثانية تملكت النصف في الشقة محل النزاع بموجب عقد البيع الصادر لها من المطعون ضده الثالث، إعمالاً لأحكام القوانين والقرارات الوزارية الخاصة بتوفير الرعاية السكنية للأسر الكويتية، وتم تسجيلها باسمها بموجب الوثيقة رقم ٨٥٦٠– في ٩٩/٦/٢٣. كما تملكت النصف الآخر بشرائه من زوجها المطعون ضده الأول وأصبح من غير الممكن للمطعون ضده الأول– البائع للطاعنة– نقل الملكية إليها، ويكون الحكم بصحة ونفاذ عقدها منه لا أثر له في نقل الملكية، ولا يغير من ذلك ما ادعته بصورية البيع في النصف المملوك للمطعون ضده الأول، ذلك أنها أقامت دفاعها في هذا الخصوص على أن البيع تم بطريق التواطؤ بقصد حرمانها من تسجيل عقدها– مستندة في ذلك إلى أن البيع تم بين زوجين، وأن المشترية تعلم ببيع الشقة لها، وهى التي قامت بإخلائها وتسليمها لها، ولم تدفع بعدم وجود هذا البيع في الحقيقة، وكان ثبوت التواطؤ وعلم المشترية بالبيع السابق لا يفيدان في إثبات صوريته، وأن ما أوردته في سبب النعي من أن البيع لم يُدفع فيه ثمن، لم يسبق لها القول به أمام محكمة الموضوع بدرجتيها، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض دعوى الطاعنة فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ولهذه المحكمة أن تصحح أسبابه المخالفة دون أن تميزه" تمييز كويتى، الطعن ٢٠٠١/٥٥مدني، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

في الشروط التى تتعارض مع مضمون العقد الظاهر لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية[٤٨].

٢- وجود عقدين متحدين في الأطراف والموضوع:

وهو أحد الشروط التى تتطلبها الصورية من ناحية، وتقتضيها المبادىء العامة من ناحية أخرى،فطبيعة عقد الضد نفسه من أنه عقد يلغى عقداً سابقاً كلياً أو جزئيا، إذ أنه من المقرر قانونا إن إلغاء العقد أو تعديله لا يكون إلا من طرفيه. ولا يشترط اتحاد المتعاقدين في العقدين شخصيا بل يكفى اتحادهما اتحاد قانونيا فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد السرى وكيلان عن المتعاقدين في العقد الظاهر أو بالعكس[٤٩]. كما يجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة السرى ورثة المتعاقدين في العقد الظاهر باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثهم، ولا يعتبر التعاقد بطريق التسخير ورقة الضد إذ ينقصه خاصية اتحاد المتعاقدين في العقد الظاهر والعقد المستتر. إذ ما هو عقد التسخير؟

عقد التسخير هو عقد بمقتضاه يرى شخص أن من مصلحته أن لا يظهر في تصرف قانونى باسمه الحقيقى فيستعير اسم شخص يبرم العقد باسمه ولكن لحسابه (أى حسابه الموكل) ويسمى عقد التسخير أيضا بالوكالة المستترة وهى وكالة من نوع خاص ويسمى من يعبر اسمه بالاسم المستعار أو المسخر– أو الوكيل السرى– وهو من يعبر اسمه في تصرف قانونى حيث يرى المتعاقد الحقيقى أن من مصلحته أن لا يظهر في العقد.فالمسخر يعقد العقد باسمه ولكن المنفعة النهائية من العقد لا تعود إليه بل يجب أن يؤدى حسابا عنها لمن وكله في التعاقد فهو وكيل عمن أعاره ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل. أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطنا ولذلك سمى بعض الفقهاء الاسم المستعار بالوكيل المسخر تمييزا له عن الوكيل العادى فالمسخر يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى الأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر في تصرفات يعينانه في هذا الوكالة على أن يعمل المسخر باسمه هو دون إظهار اسم الموكل على أن ينقل إليه منفعة هذا التصرف بعد إبرامه. والثانى عقد المسخر باسمه مع الغير لحساب الموكل فينصرف إليه أى أى المسخر أثر

---

[٤٨] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٣٤.

[٤٩] د. عبدالرازق السنهورى، مرجع سابق، ١٠٧٧.

التصرف دائناً أو مديناً. والثالث يعقده المسخر مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقد هو لحسابه. فينشأ من عقد التسخير مرمزان قانونيان أحدهما بالنسبة للغير إذ يعتبر المسخر هو صاحب الحق وإليه يضاف أثر التصرف دائنا أو مدينا، والثانى بالنسبة للموكل إذ يعتبر المسخر وكيلا عمن أعاره. ويسبب وجود هذين المركزين الناشئين من استعمال عقد التسخير أحدهما ظاهر ولكنه غير حقيقى والآخر خفى ولكنه حقيقى، وجد التشابه بين ورقة الضد وعقد التسخير بيد أن الفرق بينهما واضح إذ أن عقد التسخير بين شخصين يختلفان عن اللذين أبرما العقد الظاهر، فضلا عن أنه لا يوجد تعارض بين العقدين ومن ثم فلا يعتبر عقد التسخير ورقة ضد(٥٠).

(٥٠) د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٥٢.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "النص في المادة ١٥١ من القانون المدني علي أن "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعة بذلك إلي التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد علي نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل..." وفي المادة ١٥٢ من ذات القانون علي أن "يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالا بواجب في الصدق أو المصارحة، يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرربه" يدل –بصريحة وما ورد بمذكرته الإيضاحية– علي أن التدليس المفسد للرضاء هو استعمال حيل تحفز المتعاقد إلي عقد ما كان ليرتضيه علي نحو ما وقع، لولا إنخداعه بحيل، منها الكذب في الإخبار بوقائع التعاقد وملابساته ومنها كتمها والإمساك عن ذكرها، إخلالا بواجب التصريح بها، تفرضه حتى الثقة الخاصة التي يوليها المتعاقد لمن غرر به، ولا يبلغ الفعل مستوى الحيلة، إلا إذا انطوى علي قدر ذي تأثير من الخداع والغش، وإلا لم يكن تدليسا يجيز البطلان. والنص في المادة ١٧٦ منه علي أن "١– يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. ٢– ويعتد، في السبب بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلي التعاقد، إذا كان المتعاقد الأخر يعلمه أو كان ينبغي عليه أن يعلمه" مفاده أن المشرع يُوجب أن يستند التزام المتعاقد إلي سبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا، وإلا فإن العقد يفتقد ركنا من الأركان التي ينبغي له أن يقوم عليها، فيبطل ولا يقصر المشرع سبب الالتزام علي الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إلي تحقيقه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام وإنما يشمل أيضاً الباعث المستحث الدافع، إذا كان ملحوظا في العقد، بأن كان المتعاقد الأخر يعلمه أو كان مفروضا فيه أن يعلمه وينظر إلي توافر هذا السبب ومشروعيته وقت انعقاد العقد. تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٢/٢٣٨تجاري جلسة ٢٠٠٣/٥/١٠".

(ISSN: 2537 - 0758)

٣- تعاصر العقد الظاهر مع العقد المستتر:

يتحقق هذا الشرط من خلال اتجاه ارادة المتعاقدين وقت إبرام العقد الظاهر للتصرف الحقيقى حتى وإن تراخى إصدار التصرف المستتر والمتمثل في ورقة الضد، فالمعاصرة الذهنية تعد شرط واجب قى ورقة الضد ولا تشترط المعاصرة المادية لإثبات ورقة الضد[٥١].

المطلب الثانى
أنواع الصورية

أدى أختلاف رأى الفقه بشأن تحديد أنواع الصورية إلى تقسيم الصورية لعدة أنواع[٥٢]، فذهب اتجاه إلى تقسيمها بحسب موضوعها، بينما ذهب اتجاه أخر إلى تقسيمها وفقا للغاية منها، وذهب الاتجاه الأخير إلى تقسيمها وفقا للأطراف المشاركة فيها. **وسوف نقوم بإيضاح ذلك على النحو التالى:**

أولا: تقسيم الصورية وفقا لموضوعها:

وهذا هو الاتجاه الراجح فقها وقضاء، ووفقا لهذا الرأى فإن الصورية تنقسم إلى: صورية مطلقة وصورية نسبية.

أ- الصورية المطلقة:

تكون الصورية المطلقة إذا وقعت على العقد برمته ويكون العقد في هذه الحال خيالا ليس له وجود قانونى[٥٣].

ب- الصورية النسبية:

تكون الصورية نسبية إذا كان المتعاقدان قد قصدا بالعقد الظاهر عقدا آخر يسترانه عن الغير فالواقع أنهما يتعاقدان ولكنهما يبرزان عقدهما في صورة غير صورة العقد الذى يريدان حقيقته أو أن يكون العقد صحيحا في صورته وفى حقيقته غير أن أحد

---

[٥١] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٢٢

[٥٢] انظر بالتفصيل: د. عبدالرزاق أحمد السنهورى، مرجع سابق، ص ١٠٧٤، د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨٠٨، د. جميل الشرقاوى، مرجع سابق، ص ٣٠٥، د. عبدالحى حجازى، مرجع سابق، ص ٢١٣، د. عبدالمنعم البدراوى، مرجع سابق، ص ١٧٤، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٧٥، د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٠٠، د. محمود عبدالرحيم الديب، مرجع سابق، ص ٧٣ وما بعدها، د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص٢٦.

[٥٣] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٠٢، د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٢٨.

المتعاقدين ليس عاقدا حقيقا بل استعير اسمه بدل آخر يراد إخفاؤه أو أن لا يستر من العقد إلا جهة واحدة مما هو مذكور فيه كنقص الثمن أو وضع شرط غير مقصود أو حذف شرط معقود بين المتعاقدين أو أن تكون الصورية في تاريخ العقد كأن يؤخر تاريخ العقد كما إذا اتفق المتعاقدان الصوريان على تأخير تاريخ تصرف القاصر إلى ما بعد بلوغه سن الرشد أو تقديم التاريخ كأن يقدم تاريخ تصرف المريض مرض الموت حتى لا يقع هذا التاريخ في مرض الموت أو يجعل تاريخ تصرف المحجور عليه سابقا على تاريخ الحجر عليه[٥٤].

ثانيا: تقسيم الصورية بحسب الباعث ومشروعيته:

أ- صورية مشروعة:

ضرب الفقه المؤيد لمشروعية الصورية أمثلة متعددة منها: الشخص الذى يريد إيثار أحد أبنائه لما يراه فيه من جد في تكوين ثروته، فيلجأ إلى الصورية ليجرى لصالحه بيع لستر هبه أو يقوم ببيع المال صوريا لوسيط، ويأخذ منه ورقة ضد تفيد صورية البيع بعد تكليفه بنقل المال إلى ابنه عن طريق الهبة، ومن الامثلة الأخرى أن يستعير شخص اسم آخر ليقوم بشراء منزل يخشى أن يتعمد البائع رفع الثمن إذا ظهر بنفسه[٥٥].

ب- صورية غير مشروعة:

وهى الصورة الأشمل والأعم لأغراض الصورية والغالبة لتطبيقاتها ومن أبرز أمثلتها: الصورية بقصد الإضرار بحقوق الغير، الصورية بقصد الإضرار بالخزينة العامة، الصورية بقصد التحايل والغش نحو القانون[٥٦].

ثالثا: الصورية بحسب الأطراف المشتركة فيها: وتنقسم إلى صورية ثنائية وصورية ثلاثية الأطراف[٥٧].

---

[٥٤] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٠٢، د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٣٦ وما بعدها

[٥٥] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٦٩.

[٥٦] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٧٧ وما بعدها.

[٥٧] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٠٣،د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ٨٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

المبحث الثانى
أحكام الصورية بالنسبة للخلف العام والغير.

تمهيد وتقسيم:

الأصل فى العقد أنه يبرم من أجل أن ينفذ، فإذا ما نفذ فإنه بذلك يحقق الغرض من إبرامه، وهو إشباع الحاجة التى ينتظرها كل طرف من العقد الذى أبرمه. ولكن ليس التنفيذ هو مصير كل عقد. ذلك أن كثيراً من العقود لا يتم تنفيذها. وأكثر ما يهدد كل عقد هو عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. وقد يكون عدم التنفيذ بناء على اتفاق الطرفين، وبهذا يتم التحليل من العقد، ولا يثير هذا النوع من عدم التنفيذ أى مشكلة؛ فالارادة التى تبرم العقد هى التى تعمل على انقضائه قبل أن ينفذ، وهذا ما يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة[٥٨] ولكى يحقق التصرف القانونى الغرض المطلوب، يجب أن يتضمن عدة أركان أساسية، فإذا تخلفت بعض هذه العناصر أنتج التصرف القانونى آثاراً أقل من الآثار المطلوبة أو فقد آثاره كلية[٥٩] الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان، فيجوز للأفراد

---

[٥٨] د. صالح ناصر العتبي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

[٥٩] د. أحمد يسرى، تحول التصرف القانونى دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدنى المصرى على أساس المادة ١٤٠ من القانون المدنى الألمانى، مطبعة الرسالة، ١٩٥٨، ص ١٠٣، د. فتحى عبدالرحيم عبدالله، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "مفاد نص المادة ١٨٩ من القانون المدني وعلى ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية أن المشرع اعتد بحماية الخلف الخاص حُسن النية مما عساه أن يرتبه له إبطال عقد سلفه الذي تلقى الحق عنه من فادح الضرر على نحو يجعله متمشياً مع ما تقتضيه المصلحة المتمثلة في توفير الائتمان والاعتداد بالثقة المشروعة ويشترط لذلك أن تكون خلافة الخلف الخاص قد تمت بمقتضى تصرف تعاوضى وأن يكون حُسن النية، ويعتبر حُسن النية إذا كان لا يعلم بسبب إبطال سلفه ولم يكن في مقدوره أن يعلم به لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن البيع موضوع الدعوى قد ورد على حصة شائعة في عقار وكان في مقدور المستأنف أن يعلم بسبب إبطال عقد شراء سلفه لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي وذلك بانتقاله إلى العقار المبيع لمعاينته على الطبيعة للتثبت عما إذا كان مشغولاً بسكن أحد فيه من عدمه وسند هذا الساكن إن وجد وكيفية ممارسة حقه عليه وكيفية إمكان حيازتهسيما وأن المبيع حصة شائعة يشاركه الغير فيها إلا أنه سارع وقام ببيع العقار إلى محمد... الذي سجل عقد شرائه برقم ١٦٩٤

إخفاء تصرفاتهم كما يشاؤون دون أن يكون لهذا الإخفاء وحده أى أثر على على قيام التصرف أو على صحته، فما لا يجوز للأفراد فعله في الظاهر لا يجوز لهم فعله خفاء، فالصورية لا تصح التصرفات الباطلة المخالفة لأحكام القانون أو المتعارضة مع النظام والآداب العامة[٦٠].

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية: "المقرر أن مفاد المادتين ٢٠١، ٢٠٣ من القانون المدني أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه، ولا تنصرف الحقوق الناشئة عنه

بتاريخ ١٩٩٦/٢/١٠ وقد استهدف من ذلك قطع تسلسل التوكيلات العقارية التي وردت على العقار والدليل على ذلك أنه قام بشراء ذات العقار ممن كان قد باعه له وقام بتسجيل عقد شرائه برقم ٦٨٢٨ لسنة ٩٦ بتاريخ١٩٩٦/٦/١١ ثم باعه مرة أخرى إلى المستأنف ضده الثالث بمقتضى الوكالة رقم ٤٤٣ جلد هـ بتاريخ ٩٨/٢/١١ وجاءت هذه التصرفات الأخيرة لاحقة على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى رقم ٣١٠٦ لسنة ٩٥ مدني المشار إليها سلفاً ولا تحاج بها المستأنف ضدها الأولى، فضلاً عن أن الأوراق قد خلت من دليل على أن المستأنف بذل من الجهد ما تستوجبه ظروف الحال على نحو ما سلف بيانه أنه كان حُسن النية عند تلقيه الحق في العقار إعمالاً لنص المادة ١٨٩ مدني ومن ثم يكون ما تمسك به من دفاع قائم على غير أساس مما يتعين القضاء برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف" تمييز كويتى، الطعون ٢١٤، ٢٢٣، ٢٠٠٢/٢٢٥مدني جلسة ٢٠٠٣/٤/٢١

[٦٠] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١١.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "مؤدى نص المادة ١٩١ من القانون المدني أنه يشترط لتحّويل العقد الباطل إلى آخر صحيح أن يتوافر في العقد الباطل ذاته عناصر العقد الصحيح دون إضافة أي عنصر جديد، وأن يتبين أن نية المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان، أي أن المشرع منح قاضى الموضوع سلطة استخلاص إرادة محتملة من إرادتهما الحقيقية هي أن نيتهما لا تتعارض مع إبرام العقد الجديد وتعرف هذه النية وتقدير توافر أو عدم توافر عناصر هذا العقد الأخير هى من مسائل الواقع التي يستقل بها بغير معقب من محكمة التمييز متى أقام قضاءه على أسباب تسوغه، وإذ خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعنين بدفاعهما الوارد بسبب الطعن أمام محكمة الموضوع لكي تقول كلمتها فيه وتعمل ما لها من سلطة في هذا الخصوص، فإن هذا الدفاع وإن تعلق بقاعدة قانونية إلا أن تحقيقها يقوم على اعتبارات يختلط فيها الواقع بالقانون مما لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة التمييز ومن ثم فإنه يعد سبباً جديداً غير مقبول. تمييز كويتى، الطعن ٢٠٠٢/٣٢٥مدني جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤

(ISSN: 2537 - 0758)

والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقديه وخلفهما العام، وليس لطرفي العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاما في ذمة الغير[٦١].

جعل القانون جزاء شروط الانعقاد البطلان النسبى أو قابلية العقد للإبطال، ومعنى البطلان المطلق انعدام كل أثر للعقد من وقت إبرامه، فالعقد الذى يقع باطلا بطلانا مطلقاً، يكون قد ولد ميتاً، فلا حياة فيه ولا هو يصلح للحياة أى أنه لا ينتج أى أثر ولا يصلح لأن ينتج أى أثر. أما البطلان النسبى فأثره لا يحول دون وجود وجوداً قانونياً، فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً يكون له وجود قانونى وينتج آثاره كأى عقد صحيح، فيجوز للمتعاقد الذى يخوله القانون ذلك أن يجهز عليه بأن يبطله. فالبطلان النسبى لا يعدو أن يكون مجرد رخصة تسمح لأحد العاقدين بابطال العقد. والواقع أنه لا فرق بين عقد وقع باطلا وآخر وقع قابلا للإبطال ثم حكم ببطلانه، لأن كليهما انعدم أثره، ولأن الفرق الذى كان يفصل بينهما قبل استعمال رخصة إبطال العقد الثانى[٦٢].

وفى حالة الصورية يقوم كل من التعبير الظاهر والتعبير المستور عن قصد، أى بعلم كامل وحرية لا تدع مجالا لفكرة عيب الإرادة: فمن ناحية السلامة الداخلية للإرادة ليس في الصورية أى مساس بهذا ولذا لا يعاب بها التصرف وليست لذلك سببا للبطلان من هذه الناحية، بضاف إلى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل لهذه الإرادة حرية تشكيل التصرفات القانونية ما دامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة، وليس للقانون اعتراض على ستر حقيقة هذه التصرفات بالصورية، لذلك فالصورية مشروعة وليست بالتالى من هذه الناحية سببا في بطلان التصرف ولا يمكن أن تكون سببا له إلا إذا دخلت في صور عدم المشروعية أى إذا منعها القانون لحماية مصلحة عليا يقدرها، ولكن سبب البطلان لا يكون عندئذ في الصورية بل في عدم المشروعية الناتج من المنع القانونى للصورية[٦٣] **ومن خلال هذا المبحث سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:**

---

[٦١] تمييز كويتى الطعن ٢٠٠١/٤١٨ تجاري جلسة ٢٠٠٢/٤/١٣

[٦٢] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

[٦٣] ولكن القول بأن التصرف الصورى ليس تصرفا باطلا ليس معناه أنه ينتج أى أثر من آثاره ما دامت الإرادة لم تتجه إليها وذلك من حرمان التصرف من آثاره عن طريق التفسير، تفسير التعبير الظاهر عن التصرف الصورى، انظر بالتفصيل: د.جميل الشرقاوى، نظرية التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٣٠٨.

المطلب الأول: أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام.
المطلب الثانى: أحكام الصورية بالنسبة للغير.

المطلب الأول
أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام

الخلف العام، وهو من يتلقى من شخص آخر (السلف) صافى ذمته المالية أو نسبة معينة منها كالنصف أو الربع أو الثمن، مثل ذلك الوارث أو الموصى له بنسبة من صافى التركة كالربع أو الثمن، ويأخذ الخلف العام حكم المتعاقد، فالعقد الذى تعاقد فيه السلف ينتج آثاره الكاملة في مواجهة الخلف العام، والحقوق التى تنشأ عن العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث (المتعاقد)، أما بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد فتنطبق في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية التى تقرر بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، أى أن الالتزام يظل متعلقاً بالتركة إلى أن ينقضى دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث[٦٤]. وإذا كان الأصل أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما، فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء مؤداه أن آثار العقد لا تنصرف إليهما إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون. وتنص المادة (٢٠١) من القانون المدنى الكويتى على أن:

"١- تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بأحكام الميراث.

٢- على أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون".

وقد قضت محكمة التمييز الكويتى بأن: "من المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أن تقدير توافر علاقة العمل أو إنهائها وقيام الصورية وانتفائها هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومستنداتها والأخذ بما تطمئن إليه منها واستخلاص ماتراه متفقاً مع واقع الدعوى متى كان استخلاصها سائغاً، وأنه وأن كان يجوز- فيما بين المتعاقد إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة- بكافة طرق الإثبات القانونية متى كان القصد من الصورية هو الاحتيال علي القانون، إلا أن إجازة ذلك تقتصر علي المتعاقد الذي يكون الاحتيال قد تم ضد مصلحته". تمييز كويتى الطعنان ٨٨، ٢٠٠٥/٩٧ عمالي جلسة ٢٠٠٦/١٠/٤

[٦٤] د. بدر جاسم اليعقوب، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

يقوم تحديد الغير، في الصورية، على فكرة إستقرار المعاملات، ووجوب حماية الذين إعتمدوا، بحسن نية، على تصرف– وإن كان كاذباً كله أو جزء منه– يجمع مظاهر تصرف صحيح، وجروا، في تعاملهم، على أساسه[٦٥]، وعلى الفكرة، يكون الغير، في الصورية، وفقا للمادة ١/٢٤٤، دائنى العاقدين والخلف الخاص لكل منهما. فالغير البيع، مثلا يعتبر دائن المشترى، وكذلك دائن البائع، سواء نشأ له حقه، في ذمة البائع أو المشترى، قبل إبرام العقد الصورى أو بعد إبرامه. والثانى، الخلف الخاص. فكل من تلقى حقاً عينياً من أحد العاقدين على الشيء موضوع العقد يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، سواء تلقى حقه قبل أو بعد إبرامه[٦٦].

وفى فرنسا تنص المادة ١١٩٩ على أنه: "لا ينشيء العقد التزامات إلا على أطرافه. ولا يجوز للغير أن يطالب بتنفيذ العقد، ولا أن يجبر على تنفيذه...".

أما عن عن الاحتجاج بالعقد تجاه الغير فقد أفرد له التعديل نصا مستقلا في المادة ١٢٠٠ التى نصت على أنه: "يجب على الغير احترام الوضع (المركز) القانونى الذى أنشأه العقد ويجوز له بوجه خاص الاستناد إليه في إثبات واقعة ما" وبذلك المنهج يبدو حرص التعديل على التمييز على نحو أفضل بين هاتين المسألتين وهما نسبية أثر العقد، والاحتجاج به تجاه الغير وذلك لحسم أى تناقض بينهما في هذا الشأن.

وفيما يتعلق بأثر الصورية بالنسبة للغير فقد تناولت المادة ١٢٠١ من القانون المدنى الفرنسى بالنص على أنه: "عندما يبرم الأطراف عقداً ظاهراً يخفى عقدا مستترا،

---

[٦٥] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١٢.

[٦٦] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١٣.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "إذ كان المشرع يفرق بين بطلان العقد أو إبطاله، إذ نص في المادة ١/١٨٧ من القانون المدني على أنه: "١– إذا بطل العقد أو أبطل، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد، ما لم ينص القانون على خلافه، ومع عدم الإخلال بما تقضي به المادتان التاليتان". لما كان ذلك، وكان النصفي المادة ١/١٨٩ من القانون المدني قد جرى على أنه: "١– لا يحتج بإبطال العقد في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد الآخر، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحُسن نية. "فقد دلّ ذلك على أن المشرع قصر سريان حكم هذه المادة على حالة إبطال العقد دون حالة بطلانه المشار إليها في المادة ١٨٧/ ١ لأن العقد الباطل هو والعدم سواء" الطعنان ٧، ٢٠٠٥/٨ مدني جلسة ٢٠٠٥/٥/٣٠

فإن العقد المستتر، المعروف بورقة الضد هو الذى ينتج أثرا بين الأطراف. ولا يحتج بالعقد المستتر على الغير، الذى يجوز له رغم ذلك التمسك به".

فالمادتان ١٢٠١ و١٢٠٢ تناولت الصورية، فقد نصت المادة ١٢٠٢ على أن: "تكون باطلة ورقة الضد التى يكون محلها الزيادة في مقابل التنازل المشترط في اتفاق التنازل عن وظيفة المكلف بخدمة عامة كما يكون باطلا أيضا أى عقد يكون هدفه إخفاء جزء من الثمن، عندما يكون متعلقا ببيع عقارات، أو التنازل عن محل تجارى أو الحق في عملائه، أو التنازل عن حق الإجارة أو الاستفادة من وعد بالإيجار على عقار أو جزء منه، أو بكل أو جزء فرق المقايضة أو القسمة لأموال عقارية، أو لمحل تجارى أو الحق في عملائه"[٦٧].

وعلى ذلك إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى ويترتب على ذلك أنه لا وجود للعقد الظاهر فيما بين المتعاقدين والخلف العام لأن المتعاقدين لم يقصداه فليس هنا إلا إيجاب وقبول لا مرجع لهما من رضائهما إنما أرادا العقد المستتر وهو ورقة الضد باعتباره ملزما لأحدهما أو ملزما للطرفين كأى عقد آخر يعمل بغير طريق ورقة الضد وذلك أخذا بقاعدة أن " العقد شريعة المتعاقدين"[٦٨].

وعلى ذلك لا يترتب على ستر المتعاقدين للعقد الحقيقى بعقد آخر صورى نفاذ هذا العقد الصورى بل يظل العقد الحقيقى أو عقد الضد هو محل الاعتبار والحاكم للعلاقة فيما بين أطراف الصورية، فاتخاذ المتعاقدين لسبيل الصورية بتحرير عقد ضد لا يرتب البطلان لهذا العقد طالما أن ارادتهم الحقيقية قد اتجهت إلى الاعتداد به رغم كونه مشوب بالصورية واستجمع كافة شروط الانعقاد والصحة التى تطلبها القانون فالصورية في حد ذاتها ليست سببا لبطلان العقود[٦٩] فالعقد النافذ بين المتعاقدين هو عقد الضد الذى أراده المتعاقدان دون العقد الظاهر الذى لا وجود له قانوناً إذ ينقصه ركن الرضاء،وذلك سواء كانت الصورية نسبية أو صورية مطلقة ففى حالة الصورية النسبية كما إذا ابرم عقد هبة في صورة عقد بيع فانه لم يكن هناك سوى عقد واحد هو عقج

---

[٦٧] د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٤٢٧ وما بعدها.

[٦٨] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٧٢.

[٦٩] د. عماد محمد حسن القنيشى، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

الهبة، فالبائع الصورى لم يكن سوى الواهب والمشترى الصورى لم يكن سوى الموهوب له، أما عقد البيع فلم يكن سوى ستار لعقد الهبة، فهو مجرد واقعة بسيطة. ومن ثم فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين هو العقد الحقيقى عقد الضد وهو عقد الهبة بشرط أن تتوافر لهذا العقد الظاهر كافة الشروط الشكلية والموضوعية التى يتطلبها القانون كما لو كان عقدا جديا[٧٠].

ووفقا لنص المادة ٢٤٥من القانون المدنى المصرى والمادة٢٠٠ من القانون المدنى الكويتى فإن العقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو ورقة الضد وذلك سواء كان خلفاً عاماً وهو من يخلف الشخص في ذمته المالية، أى يرثه في كل حقوقه وفى كل التزاماته. فالخلف العام حكمه حكم المتعاقدين يسرى في حقه العقد الحقيقى، دون العقد الصورى، باعتبار الورثة ممثلين المورث متممين لشخصيته يحلون محله في حقوقه وفى مركزه، فيجرى عليهم كما يجرى عليه[٧١].

---

[٧٠] د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص ١٧٣.

[٧١] ففى حالة البيع الصورى صورية مطلقة فإذا مات البائع الصورى فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام. وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشترى الصورى مالكا للعين فلا تنتقل إلى وارثه ملكية العين بالميراث إذا مات المشترى الصورى. هذا إذا كان الوارث يستمد حقه من المورث بطريق الميراث ولكن إذا أعطى القانون حقوقا للوارث يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثة الضارة به فلا تسرى عليه ورقة الضد بالنسبة لهذه التصرفات إلا في الحدود التى حددها القانون فإذا كان هناك بيع صورى مثلا يخفى وصية، فإن الوصية وهى ورقة الضد لا تسرى في حق الوارث إلا في حدود الثلث، وله أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لا، لأنه من الغير فتعتبر الصورية بالنسبة له واقعة مادية فهو خلف إلى أن يثبت الصورية بل لأن هناك غشا نحو القانون وتحايلا على أحكام المواريث يصح اثباته بكافة طرق الإثبات، انظر: د. أحمد مرزوق، مرجع سابق، ص١٨٠.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "من المقرر أن الطعن بالصورية المطلقة التي تلتزم المحكمة ببحثه، يجب أن يكون صريحاً في معناه باعتبار أن العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال فإنه لا يفيد في ذلك، إذ أن العقد المسجل يفضل على العقد غير المسجل حتى ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان المشتري الأول. والقول بعلم المشترى الثاني الذي سجل عقده بالبيع السابق لا يصلح بذاته قرينة على صورية البيع. لما كان ذلك، وكان البين

فالذى يعتد به إذن، فيما بين المتعاقدين والخلف العام، كما يقول صريح النص فى المادة ٢٤٥ مدنى، إنما هو العقد الحقيقى. وهى التى تعبر عن الموقف الحقيقى، فيما بين المتعاقدين والخلف العام. فالبائع الصورى يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثة، والمشترى الصورى لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه[٧٢].

المطلب الثانى
أحكام الصورية بالنسبة للغير

يبدو مما تقدم أن الصورية تتحقق عند وجود عقدان يختلفان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط وأن يكونا متعاصرين أى عقدان في وقت واحد أما إذا لم يكونا متعاصرين، كان الاتفاق اللاحق بمثابة تعديل للعقد وأخيرا أن يكون العقدان أحدهما ظاهراً معلناً والآخر خفياً مستتراً والظاهر هو العقد الصورى[٧٣]، والمستتر هو العقد الحقيقى[٧٤].

من الأوراق أن المطعون ضدها الثانية تملكت النصف في الشقة محل النزاع بموجب عقد البيع الصادر لها من المطعون ضده الثالث، إعمالاً لأحكام القوانين والقرارات الوزارية الخاصة بتوفير الرعاية السكنية للأسر الكويتية، وتم تسجيلها باسمها بموجب الوثيقة رقم ٨٥٦٠- في ٩٩/٦/٢٣. كما تملكت النصف الآخر بشرائه من زوجها المطعون ضده الأول وأصبح من غير الممكن للمطعون ضده الأول- البائع للطاعنة- نقل الملكية إليها، ويكون الحكم بصحة ونفاذ عقدها منه لا أثر له في نقل الملكية، ولا يغير من ذلك ما ادعته بصورية البيع في النصف المملوك للمطعون ضده الأول، ذلك أنها أقامت دفاعها في هذا الخصوص على أن البيع تم بطريق التواطؤ بقصد حرمانها من تسجيل عقدها- مستندة في ذلك إلى أن البيع تم بين زوجين، وأن المشترية تعلم ببيع الشقة لها، وهى التي قامت بإخلائها وتسليمها لها، ولم تدفع بعدم وجود هذا البيع في الحقيقة، وكان ثبوت التواطؤ وعلم المشترية بالبيع السابق لا يفيدان في إثبات صوريته، وأن ما أوردته في سبب النعي من أن البيع لم يدُفع فيه ثمن، لم يسبق لها القول به أمام محكمة الموضوع بدرجتيها، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض دعوى الطاعنة فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ولهذه المحكمة أن تصحح أسبابه المخالفة دون أن تميزه. تمييز كويتى، الطعن ٢٠٠١/٥٥مدني جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤.

[٧٢] د. عبدالرازق السنهورى، مرجع سابق، ص١٠٨٤.

[٧٣] فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً، فكل من كسب حقا عينيا على هذه الدار، قبل التصرف أو بعده، من البائع أو المشترى، يعتبر من الغير في البيع الصورى الذى تم. مثل من يكسب الحق

(ISSN: 2537 - 0758)

يقوم تحديد الغير، في الصورية على فكرة استقرار المعاملات القانونية، ووجوب حماية الذين إعتمدوا، بحسن نية، على تصرف– وإن كان كاذباً كله أو في جزء منه– يجمع مظاهر تصرف صحيح، وجروا، في تعاملهم، على أساسه. وعلى هذه الفكرة يكون الغير في الصورية، وفقا لنص المادة (٢٠٠) من القانون المدنى الكويتى على أن:

"١– إذا أبرم عقد صورى، كان لدائنى كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأى منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصورى إذا كانوا لا يعلمون بالصورية.

٢– إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين". والتى تقابلها المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى المصرى.

وعلى هذه الفكرة، يكون الغير، في الصورية وفقا للنصوص القانونية المتقدمة دائنى العاقدين والخلف الخاص لكل منهما. فالغير في الصورية فريقان: **الأول**، الدائنون العاديون. ففى البيع الصورى، مثلا، يعتبر دائن المشترى، وكذلك دائن البائع، سواء نشأ له حقه، في ذمة البائع أو المشترى، قبل إبرام العقد الصورى أو بعد إبرامه. **والثانى**، الخلف الخاص. فكل من تلقى حقاً عينياً من أحد العاقدين على الشيء موضوع العقد الصورى يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، سواء تلقى حقه قبل أو بعد إبرامه[٧٥] وقد

العينى من البائع قبل التصرف الصورى دائن مرتهن يرهن له البائع بعد التصرف الصورى مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعها بيعاً صوريا. فكل من الدائن المرتهن والمشترى بعقد جدى يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصورى، ومن أن يطعن في هذا البيع بالصورية حتى يسلم له حقه الذى كسبه من البائع ومثل من يكسب الحق العينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى له مشتر ثان يبيع منه المشترى الصورى الدار بيعاً جديا بعد أن اشتراها بعقد صورى، أو دائن مرتهن يرهن له المشترى الصورى الدار. فكل من المشترى بعقد جدى والدائن المرتهن يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصورى، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع حتى يسلم له حقه الذى كسبه من المشترى. ويستوى أن يكون الشيء محل التصرف الصورى عينا أو دينا، انظر: د. عبدالرازق السنهورى، مرجع سابق، ص ١٠٨٩.

[٧٤] د. عبدالمنعم البدراوى، مرجع سابق، ص ١٧٥.

[٧٥] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١٢.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "من المستقر عليه في قضاء التمييز أن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلاً في نية المتعاقدين وإذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة، فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري ولو كان العقد مسجلاً، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ولا يحول دون الطعن فيه بالصورية. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم السابق الصادر في الدعوى ٨٥٧ سنة ١٩٩٧مدني كلي المنوه عنه في وجه النعي، أن المطعون ضده الأول لم يختصم فيها الطاعنة الثانية، وأن المحكمة لم تتعرض للفصل في صورية وبطلان عقدي الوكالة والبيع المدفوع بهما في الدعوى الماثلة، وكان الحكم المطعون فيه- مع ذلك- قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، على ما حصله في مدوناته من أن الحكم النهائي السابق قد حسم النزاع في شأن حجية عقد البيع الرسمي المسجل برقم ٢٩٣٢ بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٣ وفي شأن ملكية المطعون ضده الأول (المستأنف) لمنزل النزاع، الأمر الذي لا يجوز معه للطاعن الأول إثارة هذه المسألة مرة أخري في الدعوى الراهنة المستأنف حكمها، لأن عقد البيع المشار إليه قد وقعه المطعون ضده الأول بناء على الوكالة الصادرة إليه من الطاعن الأول عن نفسه وبصفته وكيلاً عن الطاعنة الثانية (مالكي المنزل) ومن ثم يكون العقد صحيحاً نافذاً في حق الأخيرة في حدود حصتها في المنزل المبيع وتمتد إليها آثاره، وأضاف الحكم المطعون فيه القول بأن ما يقرره الطاعنان بشأن صورية الوكالة الصادرة منهما إلى المطعون ضده الأول، وبطلان عقد البيع المترتب عليها، ومن ثم أن الدافع لذلك كان ضماناً لسداد قرض حصلا عليه من الأخير كل ذلك مردود عليه بأن الحكم السابق صدوره في دعوي الطرد رقم ٨٥٧ سنة ١٩٩٧ مدني كلي قد حسم النزاع بين الطرفين في شأن حجية عقد البيع المنوه عنه، متى كان ذلك، وكان هذا القول من الحكم لا يصادف صحيح القانون، لأنه لا يسوغ فيه أن يحتج على الطاعن الأول بالحكم السابق على الرغم من أنه لم يفصل في صورية وبطلان عقدي البيع والوكالة موضوع الدعوى الماثلة، كما لا يصح أيضاً الاحتجاج على الطاعنة الثانية بذات الحكم وهي لم تكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها- ولا يغير من ذلك قيام المطعون ضده الأول بتسجيل عقد البيع، لأن تسجيل العقد لا يحول دون الطعن فيه بالصورية والبطلان- وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وعوّل في قضائه على حجية الحكم السابق في صحة ونفاذ عقدي الوكالة والبيع، وحجب نفسه عن تمحيص الدفع بصوريتها وبطلانهما في الدعوى الماثلة، بما قد يكون له شأن في تغيير وجه الرأي فيها، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون فضلاً عن قصوره في التسبيب " تمييز كويتى الطعن ٢٠٠٠/٣٧٤ مدني جلسة ٢٠٠/٢/١٨

(ISSN: 2537 - 0758)

حدد فى المادة (٢٠٠) من القانون المدنى الكويتى والتى تقابلها المادة١/٢٤٤ من القانون المدنى المصرى حكم الصورية فى مواجهة الغير: أجيز لهم أن يتمسكوا بالعقد بالعقد الحقيقى، كما أجيز لهم، إذا كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الظاهر.

- **للغير التمسك بالعقد المستتر:**

فالأصل أن العقد المستتر، بحسبانه العقد الذى له وجود قانونى، يسرى على الغير، حتى لو كان يجهل وجوده عند قيام حقه، واعتقد فى جدية العقد الظاهر. وعلى ذلك يجوز، فى البيع الصورى، لدائن البائع أن يتمسك بالعقد المستتر الذى يبقى ملكية المبيع لمدينه لينفذ عليه بحقه، أو على أنه فى حقيقته هبة، ليطعن فيه بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى اثبات التواطؤ بين طرفيه على الإضرار به، وكذلك للخلف الخاص للبائع، كمشترى المبيع أو مرتهنه، بعد البيع الصورى، أن يتمسك بالعقد الحقيقى، الذى يبقى الملكية لسلفه، لتخلص له ملكيته أو يبقى له رهنه[٧٦].

- **للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر:**

للغير التمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة فى التمسك به. ففى البيع الصورى، يجوز لدائن المشترى أن يتمسك بالعقد الصورى، ليتمكن من التنفيذ بحقه على العين المبيعة، ولو نشأ حقه قبل البيع الصورى. كما يجوز للمشترى أو للمرتهن، للعين المبيعة منه، أن يتمسك بالعقد الصورى، لتخلص له الملكية أو يبقى له حقه. والعقد الصورى، لا وجود قانونا له وإذا أجيز للغير التمسك به فحماية الثقة المشروعة فى المعاملات، لأنه اعتمد عليه ورتب تعامله على أساسه. إنما تفقد هذه الحماية أساس وجودها، إجازة التمسك بالمظهر الكاذب كل حكمتها، إذا كان الغير، وقت تعامله، يعلم صورية العقد الظاهر، حين يتعين سريان العقد الحقيقى فى مواجهته، رجوعا إلى الأصل، وهو الاعتداد بالعقد الحقيقى. والعبرة بتوافر حسن النية وقت التعامل، بحيث يكفى لإمكان التمسك بالعقد الظاهر، أن يجهل الغير صوريته وقت نشوء أو إنتقال حقه. وحسن النية، وفقا للقاعدة العامة مفروض، وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل عليه[٧٧].

---

[٧٦] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١٣.

[٧٧] د. محمود جمال الدين زكى، مرجع سابق، ص ٨١٤.

دور التمييز بين الالتزام الجوهرى والالتزام الثانوى فى آثار وقف العقد الصورى:

تؤدى التفرقة بين الالتزام الجوهرى، والالتزام الثانوى للعقد دوراً مهما فى آثار الوقف كما أدت من قبل الدور المهم ذاته فى تحقق سبب الوقف. ويتركز هذا الدور المهم فى أن الذى يوقف هو الالتزام الجوهرى، فى حين تبقى الالتزامات الثانوية نافذة، فالوقف لا يشملها، ذلك أن الوقف لا يشمل إلا بعض الالتزامات دون بعضها الآخر. فالرابطة العقدية، مستمرة طوال فترة الوقف. وبهذا يسمح الوقف لبعض الالتزامات بالنفاذ لتعمل على استبقاء العقد وتسهيل عودته لترتيب آثاره العادية عند زوال سبب الوقف[٧٨].

وبالتالى: لما كان الوقف يمثل، وسيلة قانونية لمواجهة العقبات والصعوبات التى تحول مؤقتا دون تنفيذ العقد؛ فإن ذلك يقتضى أن تتركز آثاره فى وقف تنفيذ الالتزامات الجوهرية المترتبة على العقد، ويرجع ذلك إلى أن هذه الالتزامات هى التى تؤثر فى تنفيذ العقد فيصبح، وقف تنفيذها أمراً ضرورياً للحفاظ على العقد الذى هو هدف الوقف وغايته. وعلى ذلك يوقف الالتزام الجوهرى الذى مسه سبب الوقف. ولأن فكرة الوقف تعمل فى إطار العقود الملزمة للجانبين؛ فإن وجود الترابط بين الالتزامات الجوهرية يستلزم وقف تنفيذ الالتزام الجوهرى المقابل للالتزام الجوهرى الموقوف. ولا تقف آثار الوقف عند هذا الحد بل تتعدى ذلك إلى وقف الالتزامات التى يخضع تنفيذها للالتزام الجوهرى الموقوف.

الأثر الأول الذى يترتب على الوقف هو وقف تنفيذ الالتزام الجوهرى الذى استحال تنفيذه مؤقتا فى ظل جائحة كورونا، أو الذى تعلق به سبب من أسباب الوقف. وهذا الأثر هو المحرك الأساسى لفكرة الوقف، فتعذر تنفيذ الالتزام الجوهرى فى العقد يعنى فى الواقع تعذر تنفيذ العقد ذاته، ففى العقود الملزمة للجانبين إذا ما ترك هذا الأمر فإنه سيؤدى حتما إلى انقضاء العقد. فالالتزام الجوهرى إما أن ينفذ وإما يؤدى إلى انقضاء العقد. ولهذا يتدخل الوقف لمنع حصول ذلك بتقرير الوضع الحالى، وهو عدم تنفيذ التزام جوهرى فى العقد وفى الوقت نفسه الحيلولة دون انقضاء العقد؛ ففى واقع الامر، إن وقف تنفيذ الالتزام الجوهرى كان بناء على تحقق سبب من أسباب الوقف حال بينه وبين

---

[٧٨] د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

Mazeaud Lecons de droit civil Tome II, Obligations theorie generale Monchrestien,1991; p173

(ISSN: 2537 - 0758)

تنفيذه، وكل ما جاءت فكرة الوقف هو تبنى الوضع الحالى– وهو وقف تنفيذ التزام جوهرى– واعتبار أثراً من آثارها، بحيث يعفى المتعاقد الذى توفر لديه سبب الوقف من تنفيذ الالتزام مؤقتا ومن مسئوليته عن عدم التنفيذ. وبناء على ذلك، عد وفقا للعقد؛ فتوقف تنفيذ التزام جوهرى يعنى، وفقا للعقد كونه معبراً عن جوهر العقد ومضمونه. وأثر الوقف لا يقتصر على وقف تنفيذ الالتزام الجوهرى الذى تعذر تنفيذه بل يمتد إلى وقف تنفيذ الالتزام المقابل له(٧٩).

٢– وقف تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الجوهرى الموقوف: إذا كان هدف وقف العقد هو الحيلولة دون انقضاء العقود الملزمة للجانبين؛ فإن ذلك يترتب عليه وجود قاعدة عامة، مضمونها أن وقف تنفيذ التزام جوهرى يؤدى إلى وقف تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الجوهرى الموقوف، وهو ما يعنى أن هذا الالتزام المقابل هو بالضرورة التزام جوهرى، ويرجع ذلك إلى وجود ارتباط بين تلك الالتزامات المتقابلة، فكل منهما مرتبط بالالتزام الآخر.

ولا يقتصر ذلك الترابط على مرحلة انعقاد العقد بل، يمتد إلى مرحلة تنفيذه، بحيث يظل التقابل بين تلك الالتزامات قائما طوال فترة تنفيذ العقد. فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، كان الالتزام المقابل غير واجب التنفيذ بما قد يؤدى إلى فسخ العقد أو انفساخه(٨٠)، ولذلك كان تدخل الوقف مؤديا إلى منع حصول ذلك بوقف تنفيذ الالتزام الجوهرى المقابل. وإذا كان ما سبق يمثل قاعدة عامة في وقف العقد فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء بمقتضاه لا يوقف الالتزام المقابل للالتزام الجوهرى الموقوف، وهذا الاستثناء قد يجد مصدره في القانون، وأحيانا طبيعة العقد، وفى حالات معينة يعد تطبيقاً قضائيا(٨١).

٣– وقف الالتزامات التى يخضع تنفيذها للالتزام الجوهرى الموقوف: لا يقتصر الوقف على الالتزام الجوهرى الموقوف، والالتزام الجوهرى المقابل له، بل يمتد إلى

---

(٧٩) د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٨٠) المستشار.حسين عامر، مرجع سابق، ص ٧.

(٨١) انظر بالتفصيل: د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٢٦

Mazeaud Lecons de droit civil Tome II, Obligations theorie generale Monchrestien,1991; p189

الالتزامات التى يخضع تنفيذها لتنفيذ الالتزام الجوهرى الذى لحقه الوقف، سواء أكانت التزامات جوهرية، أم، التزامات ثانوية، فالعبرة بوجود ارتباط بين تنفيذ الالتزام الجوهرى الموقوف، والالتزام الآخر[٨٢]. أما إذا كان تنفيذ الالتزامات الأخرى لا يرتبط بتنفيذ الالتزام الجوهرى الموقوف؛ فإنه يحق المطالبة بتنفيذ تلك الالتزامات على الرغم من وقف تنفيذ الالتزام الجوهرى، وينطبق ذلك على الالتزامات الثانوية التى لا يرتبط تنفيذها بالتزام جوهرى موقوف[٨٣].

٤- أثر وقف العقد في الالتزامات الثانوية: سبقت الإشارة إلى أن الوقف ينصب على الالتزامات الجوهرية لكونها تعبر عن مضمون العقد وجوهره، لذلك إذا ما أصابها مانع يهددها، ومن ثم، يهدد العقد في وجوده، فإن من الواجب وقفها مؤقتا حفاظاً على العقد حتى تسمح الظروف باستئناف تنفيذها في المستقبل، ومن ثم إعادة الحياة إلى العقد، ولكن حتى يتحقق ذلك فلابد من تهيئة السبل للحفاظ على الرابطة العقدية حتى يستأنف العقد مسيرته بعد زوال المانع، وهذا يقتضى عدم وقف الالتزامات التى لم يشملها الوقف، وينطبق ذلك على الالتزامات الثانوية، فهى لا تشكل خطراً على العقد يقتضى معه، وقف تنفيذها كما هو الحال في الالتزامات الجوهرية. وبطبيعة الحال يستثنى من ذلك الالتزام الثانوى المرتبط بالالتزام الجوهرى، فهذا الالتزام الثانوى بسبب ارتباطه بالالتزام الجوهرى، فإنه يكتسب الأهمية نفسها للالتزام الجوهرى المرتبط به، ومن ثم يأخذ نفس حكمه.

مما سبق، يتبين لنا، استمرار الرابطة العقدية طوال فترة الوقف لم يمنع من نفاذ الالتزامات الثانوية التى لم يشملها الوقف، ومن المسئولية عند الإخلال بتنفيذها. ولكن دور الوقف لا يقتصر على هذا الأثر السلبى، بل له دور إيجابى يتمثل فيما يفرضه من التزامات[٨٤].

---

[٨٢] د. حسام الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٣١.

[٨٣] د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

[٨٤] د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

Mazeaud Lecons de droit civil Tome II, Obligations theorie generale Monchrestien,1991; p190

(ISSN: 2537 - 0758)

٥- الالتزامات التى يفرضها وقف العقد: يؤدى تحقق الوقف عن طريق، وقف الالتزامات الجوهرية للعقد إلى ترتيب التزامات على عاتق المتعاقدين، تجد أساسها في الهدف الذى يسعى الوقف إلى تحقيقه، وهو إعادة تنفيذ الالتزامات التى توقفت، ومن ثم إعادة الحياة إلى العقد من جديد، ولا يتحقق ذلك إذا حالت الظروف دون عودة تنفيذ الالتزامات التى شملها الوقف. وبالتالى: يفرض الوقف التزامات تعد ضرورية ولازمة لإعادة النفاذ إلى الالتزامات التى شملها الوقف. وهذه الالتزامات تشمل التزام المدين الذى توقف التزامه بأن يسعى إلى إزالة سبب الوقف، كما يفرض على المتعاقدين التزاما بالحفاظ على سلامة الرابطة العقدية. ويقتضى تحديد إذا ما كان كل من هذين الالتزامين يعد التزاما جوهريا أم مجرد التزام ثانوى[٨٥].

- نوع الالتزامات التى يفرضها وقف العقد: مما لا شك، فيه أن هذه الالتزامات تشكل التزامات عقدية، حتى ولو كان يفرضها الوقف. فهى تجد أساسها في أن تنفيذ العقد لا يقتصر على ما ورد؛ فيه من التزامات يتفق عليها المتعاقدان. بل يمتد إلى كل، ما، من شأنه أن يسهم في تنفيذ العقد بحسن نية، فالمادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى تقضى بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

ومقتضى مبدأ حسن النية، في التنفيذ أن يسعى المدين الذى توقف التزامه الجوهرى إلى إزالة سبب الوقف، حتى يمكن استئناف تنفيذه بعد زوال سبب الوقف، وإذا ثبت لنا، أن هذه الالتزامات،هى التزامات عقدية.

فما هو نوعها؟ فكما تقدم، تنقسم الالتزامات التى يرتبها العقد إلى قسمين: فهى إما التزامات جوهرية، وإما التزامات ثانوية، ولهذا لابد من تحديد نوع الالتزامات التى يفرضها الوقف؛ ويقتضى هذا الأمر اللجوء إلى المعايير، والتى عن طريقها يتم التعرف على الالتزام الجوهرى؛ ووفقا لتلك المعايير فإن الالتزام الجوهرى، قد يكون بحسب طبيعة العقد أو، وفقا لإرادة الأطراف، وإذا لم يشكل الالتزام التزاما جوهريا؛ فإنه يكون التزاما ثانوياً.

---

[٨٥] د. صالح العتيبى، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

Mazeaud Lecons de droit civil Tome II, Obligations theorie generale Monchrestien,1991; p199

وبهذا، نجد أن وقف العقد، وإن كان يؤدى إلى وقف تنفيذ الالتزامات الجوهرية للعقد، إلا أنه في الواقع يفرض التزامات جوهرية جديدة، وكأن الوقف يرتب تلك الالتزامات الجوهرية، لتحافظ على الالتزامات الجوهرية التى أوقفها حتى تعود إلى السريان، فهى تستهدف الحفاظ على حالة الوقف حتى لا ينقلب إلى انقضاء للعقد. فالعودة، تستلزم الإبقاء على مقومات الحياة كامنة حتى تعود، أوتنشط الإبقاء على تلك المقومات. وهذا مما ينسجم، مع فكرة الوقف باعتبارها إجراء مؤقتا، أو احتياطيا. وبهذا؛ يتضح لنا استمرار فكرة الجوهرية في حياة العقد؛ بحيث إذا توقف نشاط بعضها حل محله بعضها الآخر ليسد هذا النقص. ذلك أن اختفاء الالتزامات الجوهرية من حياة العقد يؤدى إلى انقضائه، وزواله كما هو الحال في فسخ العقد[٨٦].

الخاتمة

يحظى العقد، فى الدراسات القانونية بعناية، كبيرة نظراً لما للعقد، من أهمية بالغة بوصفه أداة المبادلة فى النشاط الإنسانى ووفقاً لمبدأ الرضائية يجوز للإنسان أن يعمل بطريقة غير مباشرة ما يجوز له قانوناً أن يعمله بطريقة مباشرة، وتعد الصورية إحدى الطرق غير المباشرة، فكما تكون التصرفات القانونية جدية أى التى يعنيها المتعاقدان سراً وعلانية يجوز أن تكون صورية فقد يتفق المتعاقدان على أمر ظاهر الجد وهما يضمران غيره، لغرض معروف لهما، يخفيانه عن الناس بعقد آخر يسترانه بينهما، فيكون لهما موقف ظاهر وموقف مستتر ومن هنا وجد التصرف الظاهر، وهو التصرف الصورى ووجد التصرف السرى المستتر وهو التصرف الحقيقى، فالصورية تعنى الاتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانونى والصورية تعد من الأفكار التى لم تحظرها التشريعات ومن بينها التشريع الكويتى والمصرى، وبالتالى فهى تعد فكرة مشروعة من الناحية القانونية، على الرغم من كونها قد تشتمل على أنواع من الحيل التى قد تكون سببا فى بطلان العقد المستتر وحده.

[٨٦] د. صالح العتيبى، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد خلص الدراسة إلى:

النتائج:

١- كشفت الدراسة عن تعدد أراء الفقه بشأن تحديد مفهوم الصورية بوصفه اتفاق ظاهر وهمى بين إرادتين لإخفاء حقيقة التصرف القانونى، وبالتالى: نكون أمام عقد صورى ظاهر وعقد مستتر حقيقى.

٢- بينت الدراسة أن الصورية تستلزم توافر عدة شروط: الأول، معاصرة العقد المستتر للعقد الصورى، ثانيا- وجود تعارض بين العقدين، ثالثا- وجود عقدين متحدين فى الأطراف والمحل.

٣- كشفت الدراسة عن وجود تقسيم موضوعى للصورية: الصورية المطلقة والصورية النسبية، وتقسيم بحسب الباعث إلى صورية مشروعة وصورية غير مشروعة وأخيرا تقسيم الصورية بحسب الأطراف المشاركة إلى صورية ثنائية الأطراف وصورية ثلاثية الأطراف.

٤- كشفت الدراسة أن الصورية تتميز عما يشتبه بها مثل التدليس والتحفظ الذهنى والوضع الظاهر والغش والتزوير والدعوى البوليصية

٥- كشفت الدراسة عن الشروط القانونية لفكرة الصورية، والتى تستلزم: وجود عقدين متحدين في الأطراف والموضوع من ناحية، وتعارض العقد الظاهر مع العقد المستتر وأخيرا تعارصر العقد الظاهر مع العقد المستر.

٦- بينت الدراسة أنه يقصد بالمتعاقد في أحكام الصورية الشخص الذى قام بإبرام العقد سواء كان بنفسه أو بواسطة نائب عنه أيا كان مصدر هذه النيابة سواء كانت اتفاقية أو قانونية. والصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان فالأفراد من حقهم إخفاء تصرفاتهم كما يشاءون، ولا يكون هذا الإخفاء وحده ذا أثر على قيام التصرف أو على صحته.

٧- بينت الدراسة أن أحكام الصورية تختلف في العلاقة بين العاقدين عنها بالنسبة للغير فإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى. ذلكأن العقد الحقيقى هو وحده العقد الذى أراده العاقدان.

٨- بينت الدراسة أن أحكام الصورية بالنسبة للغير تقوم على فكرة إستقرار المعاملات القانونية ووجوب حماية الذين إعتمدوا بحسن نية، على تصرف.

٩- بينت الدراسة أن للغير التمسك بالعقد المستتر، فالأصل أن العقد المستتر، بحسبانه العقد الذى له وجود قانونى، يسرى على الغير حتى لو كان يجهل وجوده عند قيام حقه

١٠- للغير، كذلك إذا كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة في التمسك به إذا اقتضت مصلحتهم ذلك.

١١- بينت الدراسة أنه متى كان للغير الخيار، وفقا لمصلحته بين العقد المستتر والعقد الظاهر.

التوصيات:

نوصى المشرع الكويتى:

١- إيراد تنظيم تشريعى يعالج الصورية بكافة أحكامها وصورها وذلك لسد الفراغ القانونى الموجود في هذا الشأن.

٢- التأكيد على أن العبرة بالعقد الظاهر بالنسبة للأطراف والغير.

(ISSN: 2537 - 0758)

قائمة المراجع

- **د. أحمد سلامه**
  - مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس، بدون سنة نشر
- **د. أحمد مرزوق**
  - في نظرية الصورية في التشريع المصرى، دراسة فقهية وقضائية، مكتبة نهضة مصر، بدون تاريخ
- **د. أحمد يسرى**
  - تحول التصرف القانونى دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدنى المصرى على أساس المادة ١٤٠ من القانون المدنى الألمانى، مطبعة الرسالة، ١٩٥٨
- **د. أسامة أبو الحسن مجاهد**
  - شرح قانون العقود الفرنسى الجديد، شرح لتعديل القانون المدنى الفرنسى في ٢٠١٦ مقارناً بالقانون المدنى المصرى في أهم المواضع، نادى القضاة، ٢٠٢٣.
- **د. أيمن سعد سليم**
  - مصادر الألتزام، دراسة موازنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٢٠
- **بدر جاسم اليعقوب**
  - أصول الالتزام في القانون المدنى الكويتي، مكتبة الطالب الجامعى، الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤.
- **د. جميل الشرقاوى**
  - النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩١
  - نظرية التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- **المستشار.حسين عامر**
  - التعسف فى استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى ١٩٦٠
- **د. سليمان مرقس**
  - نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦
- **د. صالح ناصر العتيبى**
  - فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، الطبعة الأولى ٢٠٠١.

- **د. عبدالفتاح عبدالباقى**

– نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، بدون دار نشر، ١٩٨٤

- **د. عبدالمنعم البدراوى**

– النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى، أحكام الالتزام، الجزء الثانى، بدون دار أو تاريخ نشر

- **د. عبدالرازق أحمد السنهورى**

– الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٨.

– الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات– آثار الالتزام، دار احياء التراث العربى– بيروت– لبنان، بدون تاريخ.

- **د. عبدالفتاح عبدالباقى**

– مصادر الالتزام في القانون المدنى الكويتى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٣.

- **د. عبدالمجيد خلف العنزي**

– بطلان العقد "في القانون المدنى الكويتى" الأسباب والآثار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩– ٢٠١٠

- **د. عبدالمنعم فرج الصده**

– نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، الجزء الثانى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، ١٩٩٣

- **د. فتحى عبدالرحيم عبدالله**

– العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصرى والانجليزى المقارن، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٧٩

- **د. محمد حسن قاسم**

– القانون المدنى، الالتزامات، المصادر (١) العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧

- **د. محمد محى الدين إبراهيم محمد سليم**

– نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدنى والفقه الاسلامى، دراسة مقارنة، بدون دار أو تاريخ نشر

- **د. محمود جمال الدين زكى**

– الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدنى المصرى، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨

(ISSN: 2537 - 0758)

- مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨

- **د. محمود عبدالرحمن محمد**
  - النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
- **د. محمود عبدالرحيم الديب**
  - الحيل في القانون المدنى، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨
- **د. وليم سليمان قلاده**
  - التعبير عن الإرادة في القانون المدنى المصرى، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المطبعة التجارية الحديثة، ١٩٥٥

رسائل الدكتوراه:

- **د. حسب الرسول الشيخ الفزارى**
  - أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى، في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.
- **د. عماد محمد حسن القنيشي**
  - الصورية بين المشروعية والبطلان، رسالة دكتوراه كليه الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٢١

الدوريات:

- **د.عبدالكريم يوسف عبدالحق القاضى**
  - اخلاف التعبير عن الإرادة الباطنة وأثره على تكوين العقد وصحته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمى، العدد ٣، السنة ٣٦، سبتمبر ٢٠١٢

المراجع الأجنبيه:

- Christian LARROUMET
- DROIT CIVIL- 3e1998
- Christan LARROUMET, DROIT CIVIL, Tome1, introduction a l`etude du droit prive 3e edition,1998,
- Jacques Ghestin Traite de droit civil La formation du contrat 3 ed, L.G.D.J.1993
- Jean Marc Mousseron, Jacques Raynard, Regis Fabre, Jean- Luc Pierre, DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, Droit international de l` entreprise, litec 1997.