

الدعوى البوليصية
و

الدعوى الصورية

بين الشريعة الإسلامية والقانون

إعداد/

حنان أحمد الزهراني

موضوع وخطة البحث

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم باحسان إلى يوم الدين..وبعد:

نحن نعلم المقصود من الضمان العام وهو "أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان العام الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون"(م 234 مدني) لكن المدين قد يضعف الضمان العام اما بانقاص ماله من أموال او باضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ ، لذلك قرر القانون عدة وسائل للمحافظة على هذا الضمان العام كالدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية.

وسوف نتناول في هذا البحث بمشيئة الله وسيلتان من وسائل الحماية والضمان المقرر للدائن ، وهما: الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات) ، ودعوى الصورية. وهذا البحث على سبيل المقارنة بين القانون الوضعي وما خلص اليه فقهاء الشريعة الاسلامية. في ضوء ما تقدم ، نقسم بحثنا إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الدعوى البوليصية:

وستتناول فيه عدة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الدعوى البوليصية وبيان طبيعتها
- المطلب الثاني: شروط الدعوى البوليصية
- المطلب الثالث: آثار الدعوى البوليصية
- المطلب الرابع: تقادم الدعوى البوليصية
- المطلب الخامس: الدعوى البوليصية في الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني: دعوى الصورية

ونتناول فيه عدة مطالب:

- المطلب الأول: التعريف بالدعوى الصورية
- المطلب الثاني: أنواع الصورية والتمييز بينها وبين ما يشبه بها
- المطلب الثالث: آثار الصورية
- المطلب الرابع: اثبات الصورية وتقادمها
- المطلب الخامس: دعوى الصورية في الفقه الاسلامي

المبحث الثالث: مقارنة بين الدعوى البوليصية و دعوى الصورية

وستتناول فيه مطلبين:

- المطلب الأول: أوجه الشبه
- المطلب الثاني: أوجه الاختلاف

المبحث الأول

الدعوى البوليصية¹

الأصل أن الشخص حر التصرف بأمواله بجميع أنواع التصرفات القانونية سواء تلك التي تعود عليه بالنفع أم بالضرر أم الدائرة بينهما طالما أنه كامل الأهلية وسليم في قواه العقلية غير محجور عليه أو لم يعلن إعساره أو إفلاسه ، إذ أن تصرفاته تكون صحيحة في حقه وفي حق من يخلفه من الورثة (الخلف العام) وفي حق الخلف الخاص كالمشتري والموصى له..²

ولكن قد تصدر عن المدين تصرفات ضارة بدائنيه لأنها تخل بضمانهم العام على أمواله ، وهذا هو الشأن إذا وهب المدين مالا من أمواله أو باعه حتى يتسنى له إخفاء الثمن عن دائنيه ، أو في مقابل ثمن زهيد محاباة منه لأحد أقاربه أو أصدقائه.. وحماية للدائنين خول لهم المشرع الطعن في تصرفات المدين الضارة بهم بدعوى عدم نفاذ التصرفات التي تعرف باسم الدعوى البوليصية..³

وسوف نتناول دراستها كما يلي:

المطلب الأول

تعريف الدعوى البوليصية وبيان طبيعتها

التعريف بهذه الدعوى يتطلب وضع تعريف لها ، وبيان طبيعتها أو تكييفها القانوني..

● **تعريفها:** هي الدعوى التي يرفعها الدائن يطعن بها على تصرف أو تصرفات لمدينه ، ضارة به طالبا عدم نفاذ هذا التصرف أو هذه التصرفات ، في مواجهته..⁴

● **طبيعتها:** استقر الفقه في كل من مصر وفرنسا على أن الدعوى البوليصية تعتبر وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدينه.

فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان ، كما أنها ليست دعوى مسؤولية وانما هي دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها في ذلك هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين..⁵

¹ سميت بذلك كما يذهب غالب الفقه نسبة إلى بريطور روماني يدعى (بولص) قيل انه أول من أجاز هذه الدعوى ويقال انه ليس إلا شخصية خيالية ابتدعها بعض المحشين من شراح القانون الروماني.

² منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، ص 102.

³ جلال علي العدوي ، أصول أحكام الالتزام والاثبات ، ص 107.

⁴ عبد الرازق حسين يس ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، فقرة 210 ، ص 255.

⁵ نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، ص 126 ، نقلا عن: السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، فقرة 567 ، ص 999.

المطلب الثاني

شروط الدعوى البوليصية

ويتضمن هذا المطلب شروط تتعلق بالدائن وشروط تتعلق بتصرف المدين وأخرى تتعلق بأطراف التصرف المطعون فيه ، نعرضها في ثلاثة فروع..

الفرع الأول

شروط تتعلق بالدائن⁶

1- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ومحقق الوجود:

يشترط القانون المصري في الدائن الذي يطعن في تصرف مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء (م 237 مدني). ولهذا لا يجوز للدائن بالتزام معلق على شرط واقف أو مضاف إلى أجل أن يطعن في تصرف مدينه قبل أن يتحقق الشرط الواقف أو يحل الأجل⁷.

وكذلك يجب أن يكون للدائن في ذمة مدينه حق محقق الوجود وليس مجرد حق احتمالي ، ويكون الحق محقق الوجود في ذمة المدين إذا لم يناع المدين في انشغال ذمته به ، أما إذا نازع المدين في تحقق وجوده في ذمته فيتم الفصل أولا في هذه المنازعة ، فان قضي فيها لصالح الدائن أصبح الحق محقق الوجود في ذمة المدين ومن ثم يثبت للدائن حق الطعن في تصرفات مدينه بعدم النفاذ⁸.

2- أن يكون للدائن مصلحة في الطعن بتصرف المدين:

وهو (شرط الضرر) أي أن يتضرر الدائن من تصرف المدين الذي يؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره مما قد لا يمكن الدائن من الحصول على حقه من ذمة المدين المالية ، فإذا كان تصرف المدين لا يضر الدائن فلا يحق للدائن رفع الدعوى⁹.

هذا فوق أن القاعدة العامة في هذا المجال تقضي أن (لا دعوى بلا مصلحة) فلو انتفت المصلحة امتنعت الدعوى فلو كان حق الدائن مثلا مضمونا ضمان عيني أو شخصي يكفل الوفاء بحقه كاملا ما كان للدائن أن يرفع الدعوى¹⁰. وتبعاً لذلك فالدائن لا يستطيع الاستمرار في الدعوى إذا انتفى شرط الضرر ، كأن يستوفي حقه من المدين أو من المتصرف إليه ، أو إذا قام الأخير بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة (م 241 مدني)¹¹.

⁶ المقصود بالدائن ليس الدائن العادي فقط وإنما كل دائن مهما كانت صفته حتى لو كان دائنا مرتبها له ضمان عيني خاص لحقه وكانت قيمة المرهون غير كافية لسداد دينه ، أو كان دائنا له حق امتياز خاص بنص القانون.(راجع في ذلك: مندر الفصل ، مرجع سابق ، ص 104)

⁷ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 107.

⁸ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، فقرة 215 ، ص 258 انظر في ذلك حكم استئناف مختلط مصري في 16/12/1930 ، م 43 ص 84 حيث تقرر المحكمة "وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ثم صدر حكم ابتدائي يحسم النزاع لصالحه واستأنف المدين الحكم فان الدعوى البوليصية توقف حتى يبيت في الاستئناف الذي يتوقف عليه مصير الحق".

⁹ انظر ما سيقدم بخصوص متى يكون التصرف ضارا ومتى لا يكون ضارا.

¹⁰ مندر الفصل ، مرجع سابق ، ص 105 ، نقلا عن: بدر جاسم يعقوب ، ص 362-363.

¹¹ نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 131.

3- أن يكون حق الدائن سابقا في نشوءه على تصرف المدين:

وهذا الشرط نتيجة منطقية للشرط السابق ، إذ لا تقوم للدائن مصلحة في الطعن على تصرف مدينه بعدم نفاذه في حقه إلا إذا كان دينه سابق في نشوءه على تاريخ التصرف ، أما إذا كان المدين قد تصرف في ماله أو جزء منه قبل نشوء دين الدائن فلا يكون لهذا الدائن مصلحة.

والعبرة في ذلك هي بتاريخ نشوء حق الدائن في ذمة المدين ، أو بتاريخ تحديد مقداره ، أو بتاريخ الفصل فيما ثار حول وجوده من نزاع ، وليس بتاريخ استحقاقه.

كما أن العبرة بالنسبة لتصرف المدين هي بتاريخ انعقاده وليس بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي يجب شهرها أو تسجيلها ، ويقع عبء إثبات أسبقية نشوء حق الدائن على تاريخ التصرف على عاتق الدائن.¹² ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان المدين قد تعمد إخراج المال الذي تصرف فيه ، من ذمته ، قبل أن تنشأ حقوق الدائنين اللاحقين على التصرف لما ينطوي عليه من غش يفسد التصرف طبقا لمبدأ (الغش يفسد التصرفات).¹³

4- أن يكون طعن الدائن قبل سقوط دعواه بالتقادم:

تسقط دعوى عدم النفاذ في القانون المصري بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه..¹⁴ وسيرد تفصيل تقادم دعوى عدم النفاذ لاحقا..

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

1- أن يكون تصرف المدين قانونيا:

التصرفات القانونية هي وحدها التي يجوز الطعن فيها بدعوى عدم النفاذ، فإذا صدر عن المدين تصرف قانوني جاز للدائن الطعن في هذا التصرف سواء أكان عقدا أم تصرف بالإرادة المنفردة ن وسواء كان معاوضة أو تبرعا. أما إذا صدر عن المدين عمل مادي فلا يجوز الطعن غيه بهذه الدعوى سواء أكان عملا غير مشروع ترتب عليه ضرر للغير أم عملا مشروعاً ترتب عليه إثراء بلا سبب.¹⁵

¹² عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، فقرة 217 ، ص 260.

¹³ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 108 .

¹⁴ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 108.

¹⁵ مرجع سابق ، ص 108.

2- أن يكون التصرف مفقرا:

ويتحقق ذلك في حالتين طبقا لنص المادة (237 مدني).

الحالة الأولى: إذا أنقص التصرف من حقوق المدين ، كأن يهب المدين عينا مملوكة له ، فهنا أنقص المدين من حقوقه إذا تبرع بحق عيني ، أو كأن يبرئ مدينا من حق له في ذمته فيكون قد أنقص من حقوقه حقا شخصيا .

الحالة الثانية: إذا زاد التصرف في التزامات المدين ، كأن يشتري عينا بثمن يزيد كثيرا عن قيمتها ، أو أن يقترض ، أو أن يتعهد بالإفناق على شخص لا تلزمه نفقته قانونا.¹⁶

أما إذا امتنع المدين عن زيادة أمواله ، وهو ما يسميه الفقه (رفض الاغتناء) ، كما لو رفض المدين هبة معروضة عليه ، فإن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أنه لا يجوز للدائن الطعن في هذا التصرف لسببين: أولهما: لأن هذا الأمر قوامه اعتبارات شخصية وأدبية يستقل بتقديرها المدين نفسه.

ثانيهما: أن القيمة المعروض هبتها على المدين لم تستقر بعد في ذمته ولم تشكل عنصر من عناصر الضمان العام.¹⁷ واستثنى المشرع من ذلك حالة نزول المدين عن حقه في التمسك بالتقادم ، فالمشرع رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت ، لذا قرر في المادة (2/233 مدني) أن النزول عن التقادم المفقر ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم ، و أخذ بنفس الحكم في المادة 973 بالنسبة للتقادم المكسب.¹⁸

3- أن يكون التصرف ضارا بالدائن:

لا يكفي أن يكون تصرف المدين مفقرا ، وانما يلزم أن يكون ضارا بالدائن..

والتصرف لا يعد ضارا بالدائن في الحالات التالية:

(أ) إذا كان التصرف في مال غير قابل للتنفيذ عليه.¹⁹

(ب) إذا كان التصرف في مال حق متصل بشخص المدين ، كما لو نزل المدين عن حق الرجوع في الهبة.

(ج) إذا كان التصرف في مال يستغرقه حق عيني تبقي لدائن آخر ، فالتصرف في مثل هذا المال لا يضر بالدائن

الذي تقرر له الحق العيني التبقي لأنه يستطيع تتبع الشيء ، كما لا يضر بغيره من الدائنين مادام حق الدائن الممتاز يستغرق ذلك المال.

(د) إذا كان التصرف لا يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره إعسارا فعليا يتحقق إذا أصبحت حقوق

المدين لا تكفي للوفاء بديونه ، وعقب إثبات إعسار المدين نتيجة تصرفه يقع على الدائن (م 239 مدني).²⁰

¹⁶ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 128.

¹⁷ عبدالرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 276.

¹⁸ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 129 ، نقلا عن: السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ، فقرة ، 79 ، ص 1019-1020 ، أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، منشأة المعارف ، 1964-1965 ، فقرة 152 ، ص 125.

¹⁹ من أمثلة ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه ، وما يلزم المدين للنفقة على أسرته ، أو ما يحتاجه المدين لاستعمال مهنته.

²⁰ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 109.

الفرع الثالث

الشروط المتعلقة بأطراف التصرف المطعون فيه

أطراف التصرف المطعون فيه هما: المدين المتصرف ، والمتصرف إليه ، ويلحق المتصرف إليه (خلفه) الذي يتلقى منه الحق المتصرف فيه.

أولاً: بالنسبة للمدين المتصرف:

- تفرق المادة (238 مدني) بين ما إذا كان تصرف المدين من المعاوضات أو التبرعات..
- فإذا كان التصرف معاوضة يشترط للطعن فيه بدعوى عدم النفاذ غش المدين ، ويعد مجرد علمه بإعساره قرينة على هذا الغش حتى يثبت انه لم يقصد الإضرار بالدائنين ، كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية ، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته ، أو اعتقاده أن هذا الإعسار مؤقت سيزول بسبب هذا التصرف ذاته الذي كان يهدف به الترويج لأعماله.
 - أما إذا كان التصرف تبرعا فلا يشترط غش المدين ، فتصرفه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا ، إذ ليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين في حق دائنيه في الوقت الذي ليس لديه ما يكفي لسداد ديونه ، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة ، ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون المتبرع حسن النية.

ثانياً: بالنسبة للمتصرف إليه:

- أيضا تفرق نفس المادة السابقة بين ما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا..
- فإذا كان معاوضة يشترط غش المتصرف إليه ، ويعد مجرد علم المتصرف إليه بإعسار المدين قرينة على توافر الغش على أن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للمتصرف إليه أن يثبت انه لم يقصد التواطؤ أو الإضرار بالدائنين كما لو اثبت أن التصرف الصادر إليه تصرف عادي تقتضيه أعمال مهنته ، أو يثبت انه كان حسن النية يجهل أن المدين يقصد الإضرار بدائنيه.
 - وإذا كان تبرعا فلا يشترط غشه.

ثالثا: بالنسبة لخلف المتصرف إليه:

وهذا يتعلق بحالة ما إذا كان (المتصرف إليه) قد تلقى حقا عن (المدين) فصار خلفا لهذا المدين في خصوص هذا المال ، ثم تصرف (المتصرف إليه) بدوره بهذا المال إلى شخص آخر ، هذا الشخص يعتبر خلفا للمتصرف إليه.. فرقت أيضا نفس المادة بين طرق تلقيه للحق..

- فإذا تلقاه على سبيل المعاوضة نفرق بين حالتين:

– إذا كان التصرف الأول (بين المدين والمتصرف إليه) معاوضة فيشترط غش خلف المتصرف إليه

وذلك بعلمه بغش المدين وغش المتصرف إليه.

– إذا كان (التصرف الأول) تبرعا ، فيشترط في الخلف أن يكون على علم بإعسار المدين.

- أما إذا تلقى الحق على سبيل التبرع فلا يشترط غشه لأنه لا يشترط الغش من أي طرف أصلا في التبرعات كما سبق وأن وضعنا..²¹

ويراد بالغش أو التواطؤ هو نية الإضرار أو سوء النية ، و الغش بهذا المعنى يختلف عن (التدليس: والذي هو عيب من عيوب الإرادة ويتمثل في استعمال طرق احتيالية لحمل المتعاقد على إنشاء العقد)..وانما يقصد بالغش الذي ذكرناه سابقا العنصر النفسي القائم على التواطؤ من المدين فقط أو بينه وبين أطراف التصرف إضرارا بالدائنين..²²

²¹ انظر جلال علي العنوي ، مرجع سابق ، ص 110 ، وانظر كذلك: نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 134-135.

²² منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 107 ، نقلا عن: السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، ص 1035 ، عبدالمجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، ج2 ، ص 91 وما بعدها ، jen carbonnier , op. cit., p.88-89.

المطلب الثالث

آثار الدعوى البوليصية

تنحصر آثار الدعوى البوليصية في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية ، ويترتب على ذلك أن تصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية لا يبطل بل يظل صحيحا بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه. وسنعرض لآثارها بالنسبة للدائنين وآثارها بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه في فرعين منفصلين..

الفرع الأول

آثارها بالنسبة للدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين في نفس مركزه

● عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين في نفس مركزه:

إذا توافرت الشروط السابقة للدعوى البوليصية ، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ولم يقم المتصرف إليه بإيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة طبقا لنص المادة (241 مدني) ، حكمت المحكمة بعدم نفاذ التصرف. وقد نصت المادة (240 مدني) على انه متى ما تم تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم.

ومقتضى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية هو عدم إلحاق الضرر بهم وكذلك عدم إفادتهم منه ، لأنه لا يعقل أن يتمسكوا في نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام وينفاذه فيما ينشأ عنه من حق لهم. وتطبيقا لذلك:

- إذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه يتضمن إنقاصا لحق من حقوق المدين ، كبيع أو هبة أو إبراء ، فانه يترتب على ذلك:

- أن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائنون التنفيذ عليه.
- أن المال المتصرف فيه لا يعتبر في ضمان (دائني المتصرف إليه) وبالتالي يمتنع عليهم أن يشاركوا (دائني المتصرف) في هذا التنفيذ.

مثال ذلك: إذا كان تصرف المدين بالبيع أو الهبة اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لا يزال في ضمانهم العام ، وإذا قام المدين بتقرير رهن أو ارتفاع على مال له فان الدائنين ينفذون على هذا المال خالصا من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير ، وإذا كان تصرف المدين إبراء لذمة المدين له فان الدين يظل باقيا في ذمة المدين بالنسبة إليهم ويستطيعون توقيع حجز ما للمدين لدى الغير عليه.

ويستثنى من ذلك: إذا كان محل التصرف مبلغا من النقود مسلما إلى المتصرف إليه أو ديناً أبريء منه ، فلا مناص من أن يتعرض (دائنو المتصرف) لقسمة الغرماء مع (دائني المتصرف إليه) ، لأنه في مثل هذه الحالات لا يطالب (دائنو المتصرف) بشيء معين بالذات وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على جميع أموال (المتصرف إليه) والتي هي ضمان لدائنيه.

• وبالمثل إذا كان التصرف يزيد من التزامات المدين ، كما لو اشترى عينا أو اقترض مالا ، فإنه يترتب على ذلك:

– أن المتصرف إليه (البائع أو المقرض) لا يعتبر دائنا ، ولا يستطيع مزاحمة (دائني المتصرف) في التنفيذ على أموال المدين.

– وإذا كان المدين قد دفع الثمن أو سدد القرض فإن هذا الوفاء لا يسري في حق الدائن ، ويجب على المتصرف إليه رد ما قبضه.²³

وفي مقابل ذلك يلاحظ (عدم جواز تجزئة الدفع بعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن)²⁴ ، معنى ذلك أنه يتمتع على الدائنين الاستفادة من ذلك التصرف ، لأنه إذا كان القصد من عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن هو عدم إلحاق الضرر بهم ، فإن المنطق يقتضي ألا يفيدون منه ، لأنه لا يعقل أن يتمسكوا في نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام وينفذه فيما ينشأ عنه من حق لهم كما ذكرنا آنفا.

أمثلة ذلك:

– إذا كان التصرف (شراء) حكم بعدم نفاذه فإنه لا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراة.

– إذا كان التصرف (بيعا) ولم يدفع المشتري الثمن بعد فلا يجوز مطالبة به.

– إذا كان التصرف بيعا وقام المشتري بدفع الثمن واستفاد منه الدائنون بأن أوفي المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصفها ما زالت في ملك المدين البائع مراعاة مقدار ما استفادوا منه واستنقاظه من الثمن الذي يرسو به المزاد.

– أما إذا قام المشتري بدفع الثمن كما في المثال السابق لكن لم يستفد منه الدائنون ، كأن يخفي المدين

الثمن الذي قبضه من المشتري وهذا هو الغالب – كان لهم أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها.²⁵

²³ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 137:139

²⁴ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 282

²⁵ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 139.

الفرع الثاني

آثارها بالنسبة للمدين والمتصرف إليه

● بقاء التصرف صحيحا في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه:

فلا يترتب على الدعوى البوليصة إبطال التصرف ، وإنما يبقى صحيحا ، حيث أنه استجمع أركانه وشروط صحته بالنسبة لطرفيه ، وإذا كان قد قصد من إبرامه الإضرار بالدائنين فالجزاء المناسب لذلك هو عدم نفاذه في حقهم لا إبطاله.

وعلى ذلك فإن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حق الدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصة ، وصحيحا نافذا فيما بين الطرفين (المدين والمتصرف إليه).
ولذلك فإن التوفيق بين مبدأ (عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين) ومبدأ (قيام التصرف فيما بين الطرفين) قد يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة.

فإذا كان التصرف بيعا فإنه طبقا لمبدأ قيام التصرف يكون من حق المشتري قبل البائع المدين أن تخلص له ملكية العين المباعة ، ولا تخلص هذه الملكية إلا بعد أن يستوفي الدائنون حقوقهم من العين طبقا لمبدأ عدم نفاذ التصرف ، وتفادي هذا التعارض يقتضي تطبيق القواعد العامة ، فيرجع المشتري على المدين البائع بضمان الاستحقاق أو يطلب فسخ البيع ، كما أن للمشتري أن يرجع على المدين البائع بما استوفاه الدائنين حيث أن ذلك حصل من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب.²⁶

إذن تلخيصا لما سبق أنه ينبغي على صحة التصرف فيما بين الطرفين ما يلي:

- (أ) أن ما يبقى بعد التنفيذ على المال المتصرف فيه يكون من حق المتصرف إليه.
- (ب) أن للمتصرف إليه الرجوع على المتصرف بالدعوى الناشئة عن التصرف كدعوى الفسخ أو البطلان ولكن لا يكون للمتصرف إليه مزاحمة الدائنين باعتباره دائنا للمتصرف.
- (ج) أن للمتصرف إليه الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه يكون قد أثري على حسابه بسداد ديونه من المال المتصرف فيه.²⁷

²⁶ المرجع السابق ، ص 140.
²⁷ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 112.

المطلب الرابع

تقادم الدعوى البوليصية

نصت المادة (243 مدني) على أنه "تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه".

والعلة في النص على مدة ثلاث سنوات هي أن الدعوى البوليصية تجعل مصير التصرف غير مستقر ، ولذلك لم يرد المشرع أن يترك الأمر إلى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها..

وعلى ذلك فإن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين:

1) بمضي ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به ، بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه في حقه.

فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أن من شأنه أن يسبب إعسار المدين أو أنه منطو على غش إذا كان معاوضة ، ولذلك لا تبدأ مدة الثلاث سنوات إلا من وقت علمه بذلك ، وعلى ذلك إذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين عليه مشاركة الباقيين في التنفيذ على المال محل التصرف إذا تمسكوا بذلك في مواجهته.

2) بمضي خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف وذلك بالنسبة لجميع الدائنين ، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو سبب عدم نفاذه إلا في وقت متأخر.²⁸

²⁸ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 141.

المطلب الخامس

الدعوى البوليصة في الفقه الإسلامي²⁹

الأصل في الفقه الإسلامي أن المدين لا يمنع من التصرف في ماله وتقع كل تصرفاته صحيحة ما لم يكن في مرض الموت أو كان قد تم الحجز عليه للافلاس وهذا رأي الجمهور ومنهم الحنفية³⁰ ، فقد نصت المادة 220 من مرشد الحيران على أنه (إذا كان محجورا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجوز عليها دينا في ذمته لأحد عشر مائة ، فلسائر عشر مائة نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه).

أما بعد الحجر فقد تناولت (مجلة الأحكام الشرعية) حكم تصرفات المفلس بقولها: (بمجرد الحجر على المفلس يتعلق حق غرمائه بماله الموجود والحادث له يارث ونحوه ، فلا يصح إقراره به لأحد ولا تصرفه فيه تصرفا مستأنفا ببيع أو هبة أو عتق أو وقف ونحو ذلك ، أما التصرف غير المستأنف كالفسخ لعب أو نحوه فيما اشتراه قبل الحجز أو الإمضاء فيصح منه دون اشتراط كونه أخط).

يتضح لنا من النصوص الفقهية الإسلامية السابقة أن المدين يستطيع التصرف في أمواله _وهذا هو الأصل_ ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف مدينه الضار به قبل أن يحجر عليه.

واستثناء على الأصل المتقدم فقد جاء في مذهب الإمام مالك ما يفيد تقييد التصرفات الصادرة قبل الحجر ، من ذلك ما قاله ابن جزي في باب التفليس (إذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضي فانه يجري في ذلك على المدين أحكام التفليس وهي خمسة ، الرابع منها : أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه في ماله ، فان تصرف فيه بعد الديون وقبل التفليس نفذ ما كان تصرفه بعوض كالبيع ولم ينفذ ما كان بغير عوض كالهبة .. وأما بعد التفليس فلا ينفذ شيء من أفعاله سواء كان بعوض أو بغير عوض).³¹

وبناء على ما تقدم نقول أن الفقه المالكي اتفق مع الجمهور في عدم منع المدين من التصرف في أمواله قبل الحجر سواء كانت التصرفات معاوضة أو تبرعا ، واختلف معهم فيما يخص حكم تصرفات المدين الضارة قبل الحجر ، وهذا هو مقصودنا ونحن نستطلع دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه الإسلامي.

فالمالكية يتكلمون عن منع المدين من التصرفات التبرعية دون معاوضة في حالة ، ومنعه من التصرف معاوضة أو تبرعا في حالة أخرى.³²

²⁹ د. طلبه و به خطابه ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، ص 95-98.

³⁰ ننبه هنا إلى موقف الأحناف من الحجز على المدين ، فعند أبي حنيفة لا يجوز الحجز على المدين ، ويؤكد ذلك ما جاء عنه في شرح القدير " لا أحجز في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب عشر مائة الحجز عليه لم أحجز عليه لأن في الحجز إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص"

³¹ د. طلبه و به خطابه ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، ص 97 ، نقلا عن : ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، ص 347-348.

³² المرجع السابق ، ص 97 نقلا عن : احمد علي الخطيب ، الحجز على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، رقم 83-84 ، ص 172-174 ، رقم 278-281 ، ص 491-496.

- الحالة الأولى: فإنها تتحقق بمجرد أن يحيط الدين بمال المدين وليس فيه وفاء بديونه ، وفيها يمتنع عليه التصرف في أمواله على سبيل التبرع ، ومن ثم يجوز له أن يتصرف على سبيل المعاوضة.
- الحالة الثانية: فإنها تكون لمجرد أن يقوم الغرماء عند القاضي لأن الديون أحاطت بمال المدين ودون أن يطلبوا الحجر عليه ، وتسمى حالة التفليس العالم ، وفيها يمتنع على المدين التصرف في أمواله سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا.

والخلاصة أن الفقه المالكي وعلى خلاف المهور يمنع المدين من التصرف في أمواله قبل الحجر عليه على تفاوت بين إحاطة الدين بماله من ناحية ، وقيام الغرماء عند الحاكم لأن الدين قد أحاط بماله ودون أن يطلبوا الحجر عليه من ناحية أخرى.

وهذا المنع يتفاوت أيضا بين منع التصرفات التبرعية في الحالة الأولى من جهة ومنع التصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعا في الحالة الثانية.

ولكن يبدو أن المالكية يشترطون لذلك:

- أن يكون الدين قد أحاط بمال المدين أي بمعنى أن يكون معسرا لأن ديونه تزيد على أمواله.
- وجوب أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن بدليل منعهم لتصرفات المدين التبرعية قبل الحجر لأنه يكون على علم وقت التصرف بأن الدين يحيط بماله.

في إطار كل ما تقدم ، يمكننا القول بأن فكرة دعوى عدم نفاذ التصرف في القانون المدني معروفة في الفقه الإسلامي بصفة عامة والمالكي منه بصفة خاصة³³ ، ذلك أن هناك مدينا معسرا وهو من أحاط الدين بماله والفرص أنه لم يحجر عليه على الرغم من قيام غرمائه عليه عند الحاكم ، أيضا أن تصرفات المدين الضارة لا تسري في حق دائئه إضافة إلى ذلك ، فإن ما يمتنع على هذا المدين أن يقوم به من تصرفات إنما هي تصرفات مفقرة تؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره.

³³ المرجع السابق ، ص 98 ، نقلا عن : السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج5 ، ص 148.

المبحث الثاني دعوى الصورية

تظهر أهمية دعوى الصورية من خلال المحافظة على الضمان العام للدائنين إذ هي وسيلة من وسائل المحافظة عليه ، فعندما يتصرف المدين تصرفا غير جدي في أحد أمواله ، فيخرج في الظاهر لا في الواقع هذا المال من ذمته المالية ، فيكون للدائن مصلحة في إثبات صورية ذلك التصرف لاعتبار المال المذكور باقيا على ملك مدينه للتنفيذ عليه.³⁴

المطلب الأول التعريف بالدعوى الصورية

وفي هذا الصدد يجب أن نحدد أولا ماهية الصورية ونعرض بعد ذلك لأنواعها ، ثم بعد ذلك نستطيع أن نميز الصورية عما قد يشتهر بها من أنظمة قانونية..

الفرع الأول ماهية الصورية

● **الصورية هي:** اتفاق بين الأطراف على ستر موقف حقيقي بموقف ظاهر ، أو هي إيجاد مظهر كاذب لستر حقيقة معينة.

مثال ذلك أن يبيع شخص لقريب أو صديق له عقارا أو شيئا آخر يملكه بيعا صوريا حتى يجعله في مأمن من تنفيذ الدائنين عليه ، فالموقف الحقيقي هو تهريب العقار أو الشيء الآخر من التنفيذ عليه بواسطة الدائنين ، وأما الموقف الكاذب الذي ستر الأطراف به الموقف الحقيقي فهو عقد البيع. والغالب أن يحتاط المالك لنفسه ، فيحتفظ بورقة يوقع عليها المتصرف إليه ، يبين فيها العلاقة الحقيقية فيما بينهما ، وهي أن هذا البيع صوري وأن البائع ما زال هو المالك الحقيقي للعقار أو الشيء الآخر ، وهي ما تسمى (ورقة الضد). فنكون إذن بصدد عقدين: عقد ظاهر (وهو العقد الصوري) ، وعقد مستتر (وهو العقد الحقيقي) الذي يتمثل في ورقة الضد ، أو اتفاق الضد إذا لم يحرر الطرفان به ورقة مكتوبة.

³⁴ منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 113 ، نقلا عن: سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، ج2 ، ص 683.

الفرع الثاني

الغرض من الصورية

يختلف الغرض من الصورية في التصرفات القانونية باختلاف الأحوال ، فقد يكون المقصود منها :

- الإضرار بالدائنين فيلجأ إليها المدين لإبعاد أمواله عن متناول دائنيه بأن يتظاهر بإبرام تصرفات من شأنها إخراج هذه الأموال من ذمته.
- وقد يلجأ لها الشخص لتحقيق أهداف معينة كالظهور بمظهر كاذب يمكنه من الترشح للعمدية أو لعضوية مجلس نيابي أو لمصاهرة أسرة معينة تقتضي مصاهرتها درجة معينة من اليسار.
- أو يقصد بها التحايل على القانون فيلجأ لها من يريد تفادي تطبيق قاعدة قانونية تطبيقاً سليماً ، فمثلاً تفادياً لتطبيق القواعد التي تقيد حرية الإيضاء قد يخفي الطرفان الوصية تحت ستار (عقد بيع) صوري ، أو تفادياً لتطبيق القاعدة التي تمنع القضاة من شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في دائرة اختصاصهم قد يشتري القاضي الحق المتنازع عليه (باسم مشتري صوري).
- ويرمي الاتفاق (المستتر أو العقد الحقيقي) إما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر ، وإما تعديل أو نقل بعض آثاره..

المطلب الثاني

أنواع الصورية والتمييز بينها وبين ما يشته به

بعد أن عرفنا ماهي دعوى الصورية ، نتعرف في هذا المطلب على أنواع الصورية ، ثم نميز بينها وبين ما قد يشته به..

الفرع الأول

أنواع الصورية

أولاً: الصورية المطلقة

المقصود بها هو التصرف الذي يتناول وجود العقد في ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، وإنما تقتصر الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له.³⁵

ومثال ذلك: عقد البيع الذي يبرمه المدين مع آخر على البيع الظاهري ، إنما هو تصرف صوري بحت وغالباً ما يكون الهدف منه تهريب المدين لأمواله وإخفائها عن الضمان العام.³⁶

ثانياً: الصورية النسبية

وفيها يوجد عقد أو تصرف قانوني حقيقي فعلاً ولكن قصد بالعقد الظاهر إخفاء جانب من هذا العقد الحقيقي ، بمعنى أن العقد الظاهر يختلف عن العقد الحقيقي من حيث ماهيته أو من حيث أركانه وشروطه أو من حيث أطرافه.

1- فمن حيث الماهية أو الطبيعة (الصورية بطريق التستر): تتناول هذه الصورية نوع العقد لا وجوده ، ومن أمثلة ذلك:

- كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء هبة تجنباً للشكلية المطلوبة ، أو قاما بالعكس بأن أخفيا البيع في صورة هبة لحرمان الشفيع من حق أخذ المبيع بالشفعة.
- أو أخفى المتعاقدان الوصية تحت ستار عقد بيع حتى لا يتقيد الموصى بالنصاب القانوني المحدد وهو ثلث التركة.³⁷
- الإعارة في صورة إجارة لخداع شخص ما كالدائن.³⁸

³⁵ منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 117 ، نقلاً عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ، 1074.

³⁶ المرجع السابق ، ص 117 ، نقلاً عن: السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ، ص 1074 ، محمد حسنين ، ص 288 ، عبد المنعم الصدة ، ص 457 ، عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، ج 2 ، ص 104.

³⁷ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 146.

³⁸ منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 118 ، نقلاً عن: عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، ج 2 ، ص 104 ، محمد حسنين ، ص 288 ، عبد المنعم الصدة ، ص 457.

2- من حيث الأركان والشروط (الصورية بطريق المضادة): وتتناول الصورية هنا شرطا من شروط العقد أو ركنا من أركانها ، ومن أمثلتها:

- أن يذكر في بيع العقار ثمننا أقل من الثمن الحقيقي تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملة ، أو أن يذكر ثمننا أكبر حتى لا يطلب الشريك الشفعة.
- أن يذكر في عقد الإيجار أجرة أكبر من الأجرة المتفق عليها في الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه.
- أن يذكر في عقد هبة سبب مشروع إخفاء للسبب الحقيقي الغير مشروع.³⁹
- تغيير تاريخ العقد بان يقدم التاريخ ليكون سابقا على بدء مرض الموت أو سابقا على تاريخ قرار الحجر عليه⁴⁰ ، أو حتى يكون سابقا على إعسار المدين المتصرف تفاديا للطعن فيه بدعوى عدم النفاذ.⁴¹

3- من حيث الأطراف (الصورية بطريق التسخير-أو "بطريق التوسط"⁴²): هذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بالتغيير للتحايل على أحكام القانون ، من ذلك مثلا:

- أن يقوم قاض بشراء أحد الحقوق المتنازع عليها في دائرة اختصاصه و تحايلا على نص المادة (431 مدني) والتي تمنع القاضي من مثل هذا العمل ، يعتمد المتعاقدان إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية آخر.⁴³
- كأن يحظر القانون في بلد معين على الأجانب تملك العقارات ، فيتفق المواطن مع الأجنبي على أن يشتري له المواطن العقار باسمه.⁴⁴

³⁹ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 146.

⁴⁰ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 229 ، نقلا عن: عبدالناصر العطار ، فقرة 43 ، ص 80 ، عبد الخالق حسن أحمد ، فقرة 75 ، ص 116.

⁴¹ جلال علي العدوي ، مرجع سابق ، ص 119.

⁴² منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 119.

⁴³ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 147.

⁴⁴ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 229.

الفرع الثاني شروط الصورية

أولاً: الشروط اللازمة لقيام الصورية

لا تتحقق الصورية إلا بتوافر الشروط الآتية:

1- اتجاه الإرادة إلى اتخاذ موقف قانوني حقيقي وآخر صوري:

فلا بد أن تتجه إرادة الأطراف إلى اتخاذ موقف قانوني حقيقي مستتر مقتضاه هو العلاقة الحقيقية بين الأطراف والتي يريدون سترها بالموقف الصوري الظاهر ، ولا بد أن تتجه الإرادة إلى ستر الموقف أو العقد الحقيقي بمظهر كاذب يتمثل في العقد الصوري الظاهر على المأ ، فإذا لم تتجه الإرادة إلى ذلك فلن نكون بصدد صورية وانما بصدد موقفين أو عقدين ظاهرين مختلفين لأن الأصل علانية التعامل.

2- أن يختلف الموقفان أو العقدان من حيث الطبيعة والماهية أو من حيث الأركان والشروط⁴⁵:

وهذا شرط بديهي ، لأن العقدين أو الموقفين وان اتحدا في أطرافهما وموضوعهما _ لوحدة العلاقة _ إلا أنه يلزم اختلافهما من حيث الطبيعة أو من حيث الأركان والشروط ، لأنهما إذا اتحدا في هذه الأمور كذلك فقد تطابق الموقفان أو العقدان فتنتفي بذلك الصورية ، والتي قوامها موقفين مختلفين حقيقي مستتر ، وصوري أو كاذب ظاهر ، وحقيقة هذا الاختلاف تثبته ورقة أو اتفاق الضد.

3- تعاصر الموقفين أو العقدين الحقيقي والمستور والصوري الظاهر:

لأن عدم تعاصرهما قد يفهم منه أن العقد الأخير يعتبر تعديلاً لشروط العقد الأول⁴⁶ ، وقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقرر أن العقد محل الدعوى بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وان صدر في يوم تال لعقد آخر (نقض مدني 1 ديسمبر 1949 وفي 15 ديسمبر 1949 مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص 48 رقم 13 ، ص 102 رقم 30 على الترتيب) والمقصود بالمعاصرة ليست المعاصرة الزمنية وانما هي المعاصرة الذهنية التي تربط بين الموقفين أو العقدين أي أن يتم التفكير فيهما في وقت واحد وبلتقيان حول موضوع واحد.⁴⁷

⁴⁵ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 226 نقلا عن: السنهاوري ، فقرة 614 ، ص 1077.

⁴⁶ المرجع السابق ، ص 227 ، نقلا عن: حسن جميعي ، فقرة 114 ، ص 65.

⁴⁷ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 226-227.

ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا في وقت لاحق طالما أن إرادة الطرفين كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو آثار التصرف الظاهر أو التعديل فيها.⁴⁸

ثانياً: شروط دعوى الصورية

ما يشترط فيها:

كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة لا يشترط لرفع دعوى الصورية من قبل الدائن سوى أن يكون حقه ثابتاً في ذمة المدين (محقق الوجود) ، ويكون كذلك إذا لم يكن متنازعا في وجوده من قبل المدين ، وأن تكون له مصلحة في رفعها أما إذا لم تكن له مصلحة فلا يقبل منه رفع دعوى الصورية حتى وإن كان التصرف المطعون عليه ظاهراً صورياً ، وغالباً ما تتمثل المصلحة في كون المدين معسراً ، وإن كان من الممكن أن تتمثل المصلحة في غير ذلك كأن يكون المدين قد وعد الدائن بأن يبيع له الشيء محل التصرف الصوري وأن مدة الوعد مازالت سارية ، أو أن يكون محل التصرف الصوري عقاراً سبق بيعه لمشتري آخر لم يسجل عقده بعد ، فمن حق الدائن رفع دعوى الصورية ولو كان المشتري الصوري قد سبق إلى تسجيل عقده.

ما لا يشترط فيها:

- لا يشترط في حق الدائن ؟ أن يكون حقه مستحق الأداء بل من حقه رفع الدعوى ولو كان حقه مضافاً إلى أجلب أو معلقاً على شرط.
- لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً في نشوئه على التصرف الصوري ، فللدائن أن يرفع دعوى الصورية ولو كان حقه لاحقاً على هذا التصرف.
- لا يشترط أن يكون المدين قد قصد بتصرفه الصوري الإضرار بدائنيه ، ومن ثم فلا يكلف الدائن أن يثبت هذا القصد لدى المدين ، لأن الدائن يرفع دعوى الصورية قاصداً تقرير الحقيقة والكشف عن حقيقة التصرف.⁴⁹
- لا يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي لأن دعوى الصورية شأنها شأن دعوى عدم النفاذ والدعوى غير المباشرة ليست من إجراءات التنفيذ وإن كانت تعتبر تمهيداً له.⁵⁰

⁴⁸ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 145.

⁴⁹ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 250-251.

⁵⁰ المرجع السابق ، ص 266.

الفرع الثالث

تمييز الصورية عما قد يشتبه بها

بالغم من التحديد السابق للصورية إلا أن هناك حالات قد تتشابه مع الصورية ، لذا يجب تمييز الصورية عن هذه الحالات وهذا ما سنعرض له فيما يلي:

1- الصورية والتدليس: تختلف الصورية عن التغرير أو التدليس ، فالصورية تدبير واحتيال من المتعاقدين صوريا ضد الغير بقصد غشه أو إخفاء أمر معين عنه ، أما التغرير أو التدليس فتدبير واحتيال يقوم به أحد المتعاقدين ضد المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد ، وقد تجتمع الصورية والتدليس كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أعطى البائع ورقة ضد بتوقيع مزور .

2- الصورية والتحفظ الذهني: فالصورية كما ذكرنا تدبير واتفاق بين طرفي العقد الصوري ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين بإظهار إرادة (الإرادة الظاهرة) لينعقد بها العقد ، بينما يبطن إرادة أخرى جدية تختلف عنها ، ومثال ذلك أن يبدي شخص رضاه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضمن قيда أو تحفظا على رضاه .

3- لا تتحقق الصورية إذا كان العقد جديا ولو لم يكن هذا العقد إلا وسيلة إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد ، مثال ذلك بيع المدين لمال له بيبعا جديا ، لا لحاجة إلى ثمنه وإنما بقصد حرمان دائنيه من التنفيذ عليه ، فهذا تصرف جدي لا صوري لذلك يطعن فيه بالدعوى البوليصة لا بدعوى الصورية .

4- وأخيرا تختلف الصورية عن العقد الظاهر الذي ينوه فيه عن العقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، لأن الصورية إخفاء تام للعقد المستتر بحيث يبقى سرا بين طرفيه ، دون أن ترد عنه أي إشارة بالعقد الظاهر ، ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر لا يكون نافذا في حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر كتسجيل أو قيد أو إعلان ، لأنه بذلك يفقد سرية فتنتفي الصورية.⁵¹

⁵¹ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص 230 ، نقلا عن: السنهاوري ، الوسيط ، فقرة 615 ، ص 1077-1079.

المطلب الثالث

آثار الصورية

دراسة آثار الصورية تقتضي بداية بيان أثرها بصفة عامة ، ثم استظهار أثرها فيما بين المتعاقدين ، ثم بالنسبة للغير ، فهذه مسائل مستقلة نعرض لكل منها في فرع مستقل.

الفرع الأول

أثر الصورية بصفة عامة

نعني بأثر الصورية بصفة عامة ، الإجابة على تساؤل مؤداه:

هل الصورية بذاتها تشكل سببا قانونيا لبطلان التصرف القانوني؟

نقول: أن الصورية بذاتها ليست سببا للبطلان ، ولكن لما كان الأشخاص يلجأون غالبا إلى الصورية تحايلا على القانون

، فإن الكشف عن الصورية يترتب عليه أحد أمرين بحسب قصد طرفي التصرف من التحايل:

• فإن قصدا من التحايل إخفاء تصرف غير مشروع تحت ستار تصرف مشروع ، ترتب على الكشف عن الصورية

بطلان التصرف الحقيقي لعدم مشروعيته ، وليس كأثر للصورية ، مثال ذلك: الهبة التي يقصد بها إنشاء علاقة

غير مشروعة يسترها المتعاقدان تحت ستار عقد بيع صوري.

• أما إذا لم يقصد من التحايل إخفاء تصرف غير مشروع وإنما قصدا تحقيق غرض معين ، فإن الكشف عن

الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف الحقيقي المستتر ما دام مشروعا ، وإنما يترتب عليه تفويت قصد

المتعاقدين من تحايلهما⁵² ، مثال ذلك: إذا تم إخفاء تاريخ التصرف لحرمان الدائن من الطعن فيه بدعوى عدم

النفاذ على أساس انه سابق لحقه ، فهنا يترتب على الكشف عن الصورية تفويت غرض المتعاقدين بأن يكون

للدائن رفع دعوى عدم النفاذ.

هذا ما يتعلق بالصورية النسبية والتي يوجد فيها عقد أو تصرف قانوني حقيقي فعلا ولكن قصد بالعقد الظاهر إخفاء

جانب من هذا العقد الحقيقي ، أما بالنسبة للصورية المطلقة فانه لا يترتب على العقد الصوري أي أثر ولا تقوم بين

الطرفين أية علاقة قانونية لعدم وجود تصرف حقيقي يخفيه العقد الصوري.⁵³

⁵² عبد الرازق ، ص 233.

⁵³ جلال ص 116.

الفرع الثاني

أثر الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام

القاعدة العامة: الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري.

بالرجوع إلى المادة (245 مدني) يتضح من النص ، أن العبرة فيما بين المتعاقدين بما انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية ، فالإرادة هي جوهر التصرف القانوني ، وهذه قاعدة لا استثناء عليها ، وتسري أيضا على خلفهما العام أي الورثة والموصى له بجزء شائع في التركة كلها ، ذلك أن الخلف العام يعتبر بمثابة المتعاقد بالنسبة لعقود سلفه. فالعقد الظاهر إذن فيما بين المتعاقدين لا وجود له ولا عبرة به، وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد. وينبغي على ذلك ، أنه إذا باع شخص لآخر عينا يباعا صوريا صورية مطلقة ، وأثبت ذلك في ورقة الضد فان البيع الظاهر لا وجود له بينهما في الحقيقة ومن ثم كانت العبرة بالاتفاق الحقيقي وهو ورقة الضد التي تثبت ذلك . ومحصلة ذلك:

- أن البائع يبقى مالكا للعين ويستطيع أن يتصرف فيها لمشتري آخر تصرفا جديا فتنتقل إليه ملكيتها ، ولا يكون للمشتري الصوري أن يحتج على ذلك بالعقد الصوري ولو كان قد سبق إلى تسجيله قبل تسجيل عقد البيع الجدي.
- وكذلك ، إذا مات البائع الصوري انتقلت ملكية العين إلى خلفه العام وليس للمشتري الصوري أن يحتج بعقده في مواجهة الخلف العام.⁵⁴

إذن مما تقدم نستخلص أن الشروط اللازمة لانعقاد وصحة العقد هي شروط العقد الحقيقي لا العقد الصوري ، وينبغي ملاحظة أن الشروط اللازمة لانعقاد وصحة العقد هي شروط العقد الحقيقي الموضوعية لا الشكلية.. فإذا ستر المتعاقدان هبة في صورة بيع وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية ، كالأهلية والرجوع في الهبة مثلا ، أما ركن الشكل وهو الرسمية أو القبض إذا كان الموهوب منقولاً ، فلا داعي له ، لأن الغرض أن الهبة ليست صريحة بل مستترة..

كل ذلك مع ملاحظة وجوب استكمال العقد الصوري وهو البيع لأركانه وشروطه..

لكن إذا البائع الظاهر أبرأ المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد ، فان التصرف لا يعتبر بيعا ساترا لهبة ، بل يعتبر هبة صريحة لا تنعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل..⁵⁵

⁵⁴ عبدالرازق ، ص 235.

⁵⁵ نبيل ، ص 149 نقلا عن: أنور سلطان ، فقرة 74 ، ص 62-63 ، عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزامات ، في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، 1973 ، فقرة 152 ، ص 176 ، اساعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، فقرة 87 ، ص 198.

الفرع الثالث

أثر الصورية بالنسبة للغير

أولاً: المقصود بالغير في الصورية:

هم الدائنين والخلف الخاص ، طبقاً لنص المادة (244 مدني) ، ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه⁵⁶ ، وهذا الرأي هو السائد قضاءً ، وأخذت به محكمة النقض في العديد من أحكامها⁵⁷ . وعلى ذلك يعتبر الشفيع من الغير ، وكذلك المنتفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير ، والمدين بالنسبة للحوالة الصورية الصادرة من الدائن ..

إذن الغير في الصورية هم (دائنو المتعاقدين وخلفهم الخاص ، وكل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه)

ثانياً: أثر الصورية بالنسبة للغير

القاعدة أن للغير الخيار في أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصوري حسب مصلحته ..

- التمسك بالعقد المستتر: يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد المستتر ، وأن يطعن بصورية العقد الظاهر ، وعليه عبء إثبات صورية التصرف الظاهر ..
- ومن أمثلة ذلك: مصلحة دائن البائع الصوري في التمسك بالاتفاق الحقيقي وإثبات صورية البيع حتى يستطيع التنفيذ على المبيع لوصفه ما زال في ملك مدينه.
- وكذلك الخلف الخاص للبائع كمشتري ثان أو دائن مرتهن أن يثبت صورية البيع الصادر من سلفه حتى يخلص له حقه.
- وكذلك الشفيع يستطيع أن يثبت صورية الثمن المذكور في العقد فيثبت أن الثمن الحقيقي أقل من الثمن الظاهر كما له أن يثبت أن حقيقة العقد بيع وليس هبة.
- التمسك بالعقد الظاهر: فإذا كانت القاعدة أن العبرة بما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير ، حيث أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر.
- فقد أوجد المتعاقدان في العقد الصوري مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمأن إليه ، فو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية للغير أن يؤخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الإرادة الحقيقية.
- ويشترط حتى يستطيع الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله ، أي يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت ، وحسن النية مفروض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه⁵⁸.
- لكن ينبغي التنبيه إلى أنه متى تم إشهار العقد المستتر فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك ، إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً⁵⁹.

⁵⁶ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 152 ، نقلاً عن: اسماعيل غانم ، مرجع سابق ، فقرة 90 ص 205 ، عيد المنعم البدر اوي ، مرجع سابق ، فقرة 156 ص 180.

⁵⁷ انظر في اعتبار الشفيع من الغير ، نقض مدني 14 ابريل 1970 ، مجموعة أحكام النقض 21 رقم 99 ص 618.

⁵⁸ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 153-154.

⁵⁹ المرجع السابق ، ص 154 ، نقلاً عن: اسماعيل غانم ، مرجع سابق ، فقرة 92 ص 211 ، أنور سلطان ، مرجع سابق ، فقرة 81 ص 70.

ثالثاً: الحكم عند تعارض مصالح الغير

قد يحدث أن تتعارض مصالح الغير ، فيتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وبعضهم بالعقد المستتر ، بالرجوع لنص المادة (2/244) نرى أنها وضحت حكم هذا التعارض.

وتطبيقاً لذلك: في البيع الصوري مثلاً ، نجد أن مصلحة دائني البائع وخلفه الخاص إثبات الصورية والتمسك بالحقيقة لتبقى العين في ذمة مدينه وينفذ عليها ، بينما نجد أن من مصلحة دائني المشتري وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر لتدخل العين في ذمة مدينه هو ليستطيع التنفيذ عليها، وعلى ذلك إذا حصل هذا التنازع كانت الأفضلية لدائني المشتري أي لمن يتمسك بالعقد الظاهر..⁶⁰

⁶⁰ نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 154.

المطلب الرابع

إثبات الصورية وتقادم دعوى الصورية

في هذا المطلب سنتعرف في الفرع الأول على طرق إثبات الصورية ، ثم في الفرع الثاني سنرى ما إذا كانت دعوى الصورية تتقادم وتسقط بمرور الزمن أم لا؟..

الفرع الأول

إثبات الصورية

أولاً : فيما بين المتعاقدين والخلف العام.

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة في الإثبات ، وعلى ذلك فإن على من يدعي الصورية أن يثبت ادعاءه..

والقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو لم ترد القيمة على نصاب الشهادة (وهو عشرون جنيتها).

ولذلك فإذا كان العقد الظاهر مكتوباً وجب على المتعاقد اليقظ أن يحتاط ويحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ليثبت بها حقيقة التصرف ، فإن لم يفعل ذلك فإنه يتعذر عليه إثبات الصورية بالشهادة والقرائن ، وإن كان من الجائز الإثبات في هذه الحالة باليمين والإقرار.

استثناءات: وبالرغم من ذلك فإن هناك حالات استثنائية يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة:

- فإذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية.
 - أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورقة الضد.
 - أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي.
- جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوباً ، بل ولو كانت القيمة تزيد على النصاب القانوني للبينة (م 62، 63 من قانون الإثبات).
- 62** "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة".
- يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فما كان يجب إثباته بدليل كتابي (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون
- 63** "الحصول على دليل كتابي. (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه"

وعلى ذلك ، فإن إثبات الصورية بين المتعاقدين يختلف بحسب الغرض منها:

- إذا كانت الصورية تخفي تحايلا على القانون بقصد إبرام تصرف غير مشروع :

القاعدة في ذلك أنه يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ، ولو كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة ، ولو زادت القيمة على النصاب القانوني للبيئة.

والعلة في ذلك هي قيام مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد ، إذ أن المتعاقد الذي تم التحايل لمصلحته لن يرتضي أن يقدم للطرف الآخر أو الخلف العام ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل.

وتطبيقا لذلك يجوز للمتعاقدين والخلف العام اللجوء إلى الشهادة والقرائن لإثبات أن حقيقة العقد هبة دفع إليها باعث غير مشروع.

- إذا كانت الصورية تخفي تحايلا على القانون بقصد الإضرار بمصلحة خاصة للغير أو بمصلحة عامة:

أي إذا كانت الصورية لمصلحة المتعاقدين معا وقصدا بها الإضرار بالغير ممن ليس طرفا في التصرف وممن ليس خلفا عاما؟ لأحد طرفيه.

فالقاعدة في هذه الحالة هي الالتزام بالقواعد العامة للإثبات.

العلة في ذلك أنه لا يوجد مبرر للخروج عن القواعد العامة ، حيث لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة الضد ، إذ ليس هناك ما يدعو المتعاقد الآخر للامتناع عن إعطاءه تلك الورقة إذ هو لا يخشى شيئا ما دام التحايل لمصلحتهما.

وتطبيق ذلك إذا ذكر المتعاقدان في العقد الظاهر ثمننا أقل للعقار من الثمن الحقيقي بغية إنقاص رسوم التسجيل ثم طالب البائع أو خلفه العام المشتري بالثمن الحقيقي وهو الأكبر مما ذكره في العقد الظاهر ، فلا يجوز إثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة.⁶¹

ثانيا: بالنسبة للغير.

القاعدة أن للغير إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ، ولو كان التصرف الظاهر ثابتا بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانوني للشهادة.

والعلة في ذلك أنه يستحيل على الغير أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفا فيه.⁶²

الفرع الثاني

تقادم دعوى الصورية

من المتفق عليه أن دعوى الصورية لا تسقط بمرور الزمان المسقط للحق في رفع الدعوى ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ، لأن المقصود منها هو تقرير حقيقة الواقع وهو أن العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له في الحقيقة ، والحقيقة التي يريد رافع الدعوى تقريرها هي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها.⁶³

⁶¹ نبيل ، ص 150-151.

⁶² المرجع السابق ، ص 153.

المطلب الخامس

دعوى الصورية في الفقه الإسلامي⁶⁴

سبق وأن قلنا أن الصورية تعني في الفقه الوضعي اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني وعلى الأخص إبرام عقد ، وشبه ذلك في الفقه الإسلامي ، (الحيلة) ، إذ يمكن أن نتصور من خلالها عقوداً صورية غير حقيقية.

ونذكر في هذا الصدد ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية⁶⁵ في خصوص التشديد على تحريم الربا ومنع الاحتيال له بكل الطرق (وجماع الحيل نوعان إما أن يضموا إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود أو يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود) ومثل للنوع الثاني بأن (يقرب بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو نحو ذلك مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين أو يكره داراً تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك فهذا ونحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا) ففي هذا القرض يوجد تصرف ظاهر وآخر خفي وعلى سبيل المثال القرض بزيادة ربا في الحقيقة وبيع في الظاهر. ونضيف تطبيقات أخرى للصورية:

1- بيع التلجئة:

وهو البيع الذي يضطر إليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضروري آخر ، وهو بيع صوري ظاهر يخفي في باطنه اتفاقاً مخالفاً ، ففي المادة 179 من مجلة الأحكام الشرعية عرفت التلجئة بقولها (التلجئة هو التقيّه بإظهار عقد غير مقصود باطناً) وهو باطل عند الحنابلة.

2- في الشفعة:

• تطبيق على (الصورية بطريق المضادة)

نصت المادة 144 من مرشد الحيران على (إذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم في الشفعة ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبره به فله حق الشفعة) فالنص هنا يتناول فرض (صورية الثمن) في حالة الشفعة ، كما لو اتفق مالك العقار مع أجنبي على شرائه بثمن يتحدد في العقد ويفوق كثيراً القيمة الحقيقية لهذا العقار وذلك لمنع الجار من الشفعة.

⁶³ منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص 252 ، نقلاً عن: السنهوري ، المرجع السابق ، ج 2 ، فقرة 627 ، ص 1107 .

⁶⁴ د. طلبه وهبه خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون ، ص 121-123.

⁶⁵ المرجع السابق ، ص 121 ، نقلاً عن : القواعد الفقهية النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، ص 119-120.

• تطبيق على (الصورية بطريق التستر)

من أظهر فروض الصورية في الفقه الإسلامي وبخصوص الشفعة ، ما جاء في الأشباه و النظائر لابن نجيم إذ قال: (في الشفعة ، الحيلة أن يهب الدار من المشتري ثم هو يوهبه قدر الثمن وكذا الصدقة ، أو يقر لمن أراد شرائها بها ثم يقر الآخر له يقدر ثمنها)

ووجه ذلك أن الشفعة إنما تكون للجار في بيع العقار ، وهذا هو المسلم به في الفقه الإسلامي ، وعن طريق الحيلة يستطيع المالك أن يمنع الشفعة عن الجار ويكون ذلك بأن يهب العقار لأجنبي ويؤدي الأجنبي له مبلغا في صورة هبة أيضا ، فالتصرف يتضمن في حقيقته بيعا وفي الظاهر هبة ، حيث لا شفعة في الهبة. ويمكن أن تتأتى الحيلة على ما تقدم أيضا وصولا إلى منع الشفعة عن الجار ، عن طريق إقرار المالك بأن العقار للأجنبي و يؤدي الأخير للأول مبلغا من المال على سبيل الهبة وهو في الحقيقة عوض أو ثمن ، وهذا التصرف هو في حقيقته بيع وفي الظاهر هبة.

ويتضح لنا من ذلك أن هناك تصرفا مستترا وآخر ظاهرا وهو ما تعنيه الصورية في التصرفات القانونية.

المبحث الثالث

مقارنة بين الدعوى البوليصية و دعوى الصورية

في هذا المبحث سنقوم بعقد مقارنة بين الدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، وسنتناول ذلك من خلال مطلبين ، الأول يتناول أوجه الشبه ، والآخر يتناول أوجه الاختلاف..

المطلب لأول

أوجه الشبه

1) الهدف:

يهدف المشرع من إعطاء الدائن الحق في الدعويين إلى حماية الضمان العام للدائنين على أموال مدينهم من تصرفات هذا المدين الذي يريد الإضرار بدائنيه ، عن طريق تصرفات جدية أو صورية ، حتى يتوقى بذلك التنفيذ على أمواله.

2) نفاذها في حق الدائن:

جميع تصرفات المدين جدية أو صورية ، لا تنفذ في حق الدائن ، متى توافرت شروط كل من الدعويين.

3) استقلال الدائن رافع الدعوى بالمال محل التصرف:

في كلا من الدعويين ، لا يستقل الدائن رافع الدعوى بالتنفيذ على المال محل التصرف ، بل يشاركه في ذلك باقي الدائنين المضارين من التصرف ، ويقتسمون معه حصيلة التنفيذ على هذا المال قسمة غرماء.

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف

(1) نوعية التصرف المتصدى له:

في الدعوى البوليصية يتصدى الدائن لتصرف جدي من المدين للغير يترتب عليه الإضرار به فيحاول الدائن بهذه الدعوى إدخال المال الذي أخرجه المدين بتصرفه من ملكه إلى ملك المدين مرة ثانية حتى يتم التنفيذ عليه. أما في دعوى الصورية فالمدين لا يتصرف في ماله تصرفا جديا ومن ثم فليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، وبهذه الدعوى يرمي الدائن إلى إثبات أن المال ما زال في ملك المدين لم يخرج منه.

(2) من له حق رفع الدعوى:

البوليصية لا يرفعها إلا الدائن المضار من التصرف. أما الصورية فيرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة و كان أحد المتعاقدين.

(3) الشروط:

- في البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء
- أما في الصورية فيكفي أن يكون حقه محقق الوجود ولو كان مضافا إلى أجل أو معلق على شرط واقف.
- البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه
- في الصورية لا يشترط ذلك.
- البوليصية يشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو الزيادة في إعساره
- الصورية لا يشترط ذلك لأن الدائن يطلب فيها تقرير صورية التصرف وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر.

(4) قصد الإضرار الدائن:

البوليصية يشترط في المعاوضات أن يكون التصرف قصد به الإضرار بالدائن الصورية لا يشترط ذلك؟ لأن الصورية قد يكون الهدف منها غرضا آخر غير الإضرار بالدائن كما رأينا.

(5) التقادم:

البوليصية يسقط الحق في رفعها بمرور الزمن الصورية ليست كذلك لأن الغرض منها تقرير أمر واقع وهذا الأمر يبقى واقعا لا يغير فيه مر الزمن

(6) استرداد العين محل التصرف:

البوليصية لا يستطيع المدين استرداد العين محل التصرف لأنه تصرف جدي مرتب لآثاره بين طرفيه في الصورية يستطيع المدين ذلك لأن التصرف صوري⁶⁶

⁶⁶ عبد الرازق ، ص 292-294.

نصوص القانون المدني المصري

المتعلقة بوسائل ضمان التنفيذ

الكتاب الأول/الباب الثاني /الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

0234

(1) اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . (2) وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون.

الكتاب الأول / الباب الثاني /الفصل الثالث

1_ وسائل التنفيذ

0235

(1) لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ان يستعمل بأسم مدينه جميع حقوق هذا المدين , الا ما كان نها متصلا بشخصه خاصة او غير قابل للحجز . (2) (ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه ان يسبب اعساره او ان يزيد في هذا الأعسار , ولا يشترط اعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى.

0236

يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين , وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه.

0237

لكل دائن اصبح حقه مستحق الأداء , وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه , اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره , وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية.

0238

(1) اذا كان تصرف المدين بعوض , اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن ان يكون منطويا على غش من المدين , وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش , ويكفى لأعيار التصرف منطويا على الغش ان يكون قد صدر من المدين وهو عالم انه معسر , كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر . (2) اما اذا كان التصرف تبرعا , فإنه لاينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا . (3) واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف اخر , فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين , وعلم الخلف الأول بهذا الغش , ان كان المدين قد تصرف بعوض , او كان هذا الخلف يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا.

0239

اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون , وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له مالا يساوى قيمة الديون او يزيد عليها.

0240

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر لهم هذا التصرف اضرارا بهم.

0241

اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه , فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل , وقام بأيداعه خزانة المحكمة.

0242

(1) اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على اخر دون وجه حق , فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة .
(2) واذا وفى المدين المعسر احد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين اصلا للوفاء . فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لايسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل , اذا كان قد تم نتيجة تواطئ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه.

0243

تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بأنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط فى جميع الأحوال بأنقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه.

0244

(1) اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص , متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى , كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم . (2) واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن , فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.

0245

اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى.

الفهرس

الصفحة

الموضوع

2	موضوع وخطة البحث
3	المبحث الأول: الدعوى البوليصية
3	المطلب الأول: تعريف الدعوى البوليصية وبيان طبيعتها
4	المطلب الثاني: شروط الدعوى البوليصية
4	الفرع الأول: شروط تتعلق بالدائن
5	الفرع الثاني: شروط تتعلق بالتصرف المطعون فيه
7	الفرع الثالث: شروط تتعلق بأطراف التصرف المطعون فيه
7	أولاً: بالنسبة للمدين المتصرف
7	ثانياً: بالنسبة للمتصرف إليه
8	ثالثاً: بالنسبة لخلف المتصرف إليه
9	المطلب الثالث: آثار الدعوى البوليصية
9	الفرع الأول: آثارها بالنسبة للدائن الطاعن وباقي الدائنين الذين في نفس مركزه
11	الفرع الثاني: آثارها بالنسبة للمدين والمتصرف إليه
12	المطلب الرابع: تقادم الدعوى البوليصية
13	المطلب الخامس: الدعوى البوليصية في الفقه الاسلامي
15	المبحث الثاني: دعوى الصورية
15	المطلب الأول: التعريف بالدعوى الصورية
15	الفرع الأول: ماهية الصورية
16	الفرع الثاني: الغرض من الصورية
17	المطلب الثاني: أنواع الصورية والتميز بينها وبين ما يشتهر بها
17	الفرع الأول: أنواع الصورية
17	أولاً: الصورية المطلقة
17	ثانياً: الصورية النسبية
19	الفرع الثاني: شروط الصورية
19	أولاً: الشروط اللازمة لقيام الصورية
20	ثانياً: شروط دعوى الصورية
21	الفرع الثالث: تمييز الصورية عما قد يشتبه بها
22	المطلب الثالث: آثار الصورية
22	الفرع الأول: أثر الصورية بصفة عامة
23	الفرع الثاني: أثر الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام
24	الفرع الثالث: أثر الصورية بالنسبة للغير
24	أولاً: المقصود بالغير في الصورية
24	ثانياً: أثر الصورية بالنسبة للغير
25	ثالثاً: الحكم عند تعارض مصالح الغير

26	المطلب الرابع: اثبات الصورية وتقدمها
26	الفرع الأول: اثبات الصورية
26	أولاً: فيما بين المتعاقدين والخلف العام
27	ثانياً: بالنسبة للغير
27	الفرع الثاني: تقدمها
28	المطلب الخامس: دعوى الصورية في الفقه الاسلامي
30	المبحث الثالث: مقارنة بين الدعوى البوليصية و دعوى الصورية
30	المطلب الأول: أوجه الشبه
31	المطلب الثاني: أوجه الاختلاف
32	الملحقات: (نصوص القانون)
34	الفهرس