

طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف نفاذ تصرفات المدين
(الدعوى البولصية)

في القانون المدني اليمني والقانون المقارن والفقہ الإسلامي

الدكتور/ عبد الله على الخياري

أستاذ مشارك بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء -

والمعهد العالي للقضاء - الجمهورية اليمنية

نائب العميد لشؤون الدراسات العليا والبحث العلمي

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
وخاتم النبيين المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: سنقوم بتوضيح عام
لمقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات الآتية:
أولاً: مدخل تعريفي عام لموضوع البحث:-

لكي لا يعيش المتعاملون في العلاقات والتصرفات المالية في قلق
وخوف دائمين من خطر قيام مدينهم بتصرفات ضارة بحقهم، أو تنقيص
هذه الحقوق فقد حرصت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على
تحريم الضرر بجميع أنواعه وأشكاله، فلا يجوز للمدين أن يضر الدائن
ابتداءً ولا انتهاءً حيث تكفلت الشريعة الغراء والقوانين الوضعية بوضع
قواعد وأسس تكفل تحقيق هذا الهدف ولعل قواعد الضمان العام
ووسائل حمايته خير وسيلة لتحقيق هذا الهدف، فهي الحل الأمثل لمنع
وقوع الضرر فهي أنظمة وقائية تمنع وقوع الضرر قبل تحققه، ولذلك
سُميت بقواعد الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته، وبناءً على ذلك
فللدائن ونحوه أن يتوقى هذه المخاطر ويحافظ على حقه باستعمال وسائل
حماية الضمان العام.

وهذه الوسائل تتنوع إلى ثلاث: وسائل تنفيذية، وسائل تحفظية، ووسائل
تؤدي إلى استيفاء الحق وتسمى الوسائل المتوسطة:

١- الوسائل التنفيذية: تهدف إلى حصول الدائن - بواسطة القضاء - على حقه من أموال المدين، وقد تكفل قانون المرافعات ببيان طرق التنفيذ وهذه الطرق لا يجوز استعمالها، إلا في حالة ما إذا كان حق الدائن محقق الوجود، ومعين المقدار، وحال الأداء ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (م ٢٢٦ م مرافعات يميني)^(١)، مع ملاحظة أن القانون المدني اليمني قد نص في المادة (٣٦٠) على أنه: ((إذا كان المدين موسراً فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء، ثم طلب حجز أمواله ثم طلب بيعها طبقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون وقانون التنفيذ المدني)). وهذا يفهم منه بأن طلب حبس المدين الموسر مقدم على طلب التنفيذ على أمواله^(٢).

٢- الوسائل التحفظية أو الاحتياطية: وهي أضعف الوسائل تستعمل لمجرد أن يحفظ حق المدين من السقوط بالتقادم. ومن ثم ضياع حق الدائن لأن حق الدائن، في حالة اللجوء إلى هذه الوسائل لم يكن قد حل أجله أو كان معلقاً على شرط إلا أن الدائن يخشى من غش المدين، أو تقصيره، أو تصرفاته المضرة بالضمان العام، فله في هذه الحالة أن يباشر الإجراءات التحفظية باسمه هو لا باسم مدينه، وذلك: كأن يقوم بقميد رهن ضامن لحقه، أو يطلب وضع الأختام على أموال المدين عندما يتهددها الضياع بسبب موته أو إفلاسه أو نحو ذلك، أو يطلب تعيين قيم على المدين، إذا ما اعتراه جنون أو عته أو سفه، أو يقوم بطلب تحقيق إمضاء مدينة على سند الدين، أو يطلب تحرير محضر جرد أموال المدين، أو يطلب الاشتراك في دعوى قسمة مال المدين.

٣- الوسائل المؤدية إلى استيفاء الحق (الوسائل المتوسطة): وهي التي تكفل للدائن ونحوه استيفاء حقه فهي تمهد له طريق التنفيذ، ولذلك فهي وسيلة أقوى نسبياً من الوسائل التحفظية، لأنها ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين، وأضعف قليلاً من الوسائل التنفيذية لأنها تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه وهذه الوسائل هي: -

- 1 - تقابلها (م ٢٨٠ مرافعات مصري).
- 2 - أنظر في هذا المعنى زميلنا، د. محمد بن حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٤م، ص ٧٨.

- ١- دعوى المطالبة بحقوق المدين (الدعوى غير المباشرة).
- ٢- دعوى وقف نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية). وهذه الدعوى هي محل دراستنا في هذا البحث.
- ٣- دعوى الصورية والتصرف الهزل.
- ٤- الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس.
- ٥- الحجز على ما للمدين لدى الغير^(١).

فجوهر الضمان العام، يقوم على أساس الثقة بين المدين والدائن وصورته أن الدائن يعتمد على أموال مدينه في ضمان الوفاء. كما يعتمد على حسن تصرف المدين في أمواله على النحو الذي لا يترتب عليه إضعاف مركزه المالي ولهذا فإن هذه الثقة تتوقف عن إنتاج أثرها عند إبرام المدين أي تصرف يضر بدائنيه مع علمه بذلك^(٢).

وقد برزت الحاجة إلى إيجاد قواعد وسائل محاربة غش المدين لدائنيه منذ زمن بعيد، حيث يرى فقهاء القانون الروماني المعاصرون، بأنها ظهرت منذ أواخر العصر الجمهوري عندما تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري أدى إلى زيادة الإقبال على التصرفات غير الشكلية والتعامل بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض الآخر، مما جعل المتعاقدين يقعون بسهولة في غش بعضهم البعض الآخر^(٣). وقد كانت دعوى الغش في القانون الروماني في بداية تقريرها من جانب البريتور بولص تعتبر جريمة تتحقق بقيام المدين بتصرفات فيها غش يرتكبه المدين المعسر ضد دائئه بأن

1 - أنظر أستاذنا د/ عبدالمنعم البدر وای النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ج ٢ أحكام الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبة القاهرة ١٩٨٧ م ص/ ١١٦ وما بعدهما، د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني جالمجلد الرابع ١٩٩٢ م ف ١٤٠/١٣٩، د/ عبدالرزاق حسن فرج النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الثاني - أحكام الإلتزام طبعة ١٩٨٥ م، الإسكندرية ص ٤٣.

2- د. محمدین عبدالقادر محمد عبدالقادر، الطبعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٥ م، ص ٢.

3- أنظر في هذا المعنى د. عبدالرحمن مصطفى عثمان نظرية السبب في القانون المدني رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٤ م، ص ٧٨، حلمي، بهجت بدوي أصول الإلتزامات الكتاب الأول نظرية العقد طبعة ١٩٤٣، القاهرة ص ٣٨٦ وأنظر أستاذنا د. محمد عبدالهادي الشقنيري دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٧ م ص ٣٨٣/٣٧٠، د/ حسوب الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٧٩ م، ص ١١.

يتصرف في أمواله بطريقة الغش. لأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره، أو زيادة هذه الإعسار وهو ما يترتب عليه تبديد أموال المدين الضامنة للوفاء بحقوق دائنيه، ومثل هذا التصرف يضر بالدائنين ويجافي العدالة^(١). ولذلك كانت هذه الدعوى ترفع على المدين كما ترفع على من تعاملوا مع المدين. وذلك بقصد حرمانهم من نتيجة التصرفات التي أبرموها مع المدين إضراراً بالدائنين^(٢). وكذلك كان يطبق في القانون الروماني أيضاً نفس الوضع بالنسبة لكل تصرف ينطوي على استعمال طرق احتيالية أو غش بقصد الإضرار بالدائنين، أو الورثة كالإشهاد، أو الصورية التي تنطوي على أضرار بالغير، ويعدتذ جاءت هذه الدعاوي في صلب القانون الروماني، وإنما أصبحت في عهد جستنيان كل العقود رضائية، حتى عقود التديليس والإكراه أصبحت من عيوب الرضا كالغلط^(٣). وأصبحت من الدعاوي المدنية غير أنه تثار خلاف في الفقه المدني الحديث حول طبيعة هذه المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية؟

كذلك سنرى في الشريعة الإسلامية أن العقود فيها تقوم على أساس الرضا الكامل منذ بزوغ فجر الإسلام فلم يعتبرها التطور الذي حصل في القوانين الوضعية الذي أساسها هو القانون الروماني. ولهذا شرعت الخيارات في الشريعة الإسلامية حماية للمتعاقد ورعاية لحقه كلما شابته إرادته علة مؤثرة لا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً كلما وقع في غش أو غدر نتيجة اطمئنانه إلى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في صاحبه (٤). فجميع التصرفات القائمة على سوء النية كالغش والخيانة مستهجنة في نظر الشريعة الغراء ومؤاخذاً عليها أخروياً وبمجموعة قضاء باعتبارها مجافية لمكارم الأخلاق والعدالة لا أن تعتبر مهارة وذكاء

- 1 - أستاذنا د. أحمد أبو الوفاء. تاريخ النظم القانونية والاجتماعية طبعه ١٩٩٠ م. منشأة المعارف الإسكندرية. ص ٣٠٧.
- 2 - د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني. الدار الجامعية بيروت ١٩٨٥ م. ص ٤٦٨. د. صبيح مسكوني القانون الروماني. الطبعة الثانية. بغداد. ص ٤٢٥ وما بعدها.
- 3 - أستاذنا د. أحمد أبو الوفاء، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٣١٤ وما بعدها.
- 4 - أنظر أستاذنا د. عبدالمجيد محمود مطلوب. التديليس بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي محاضرات القيت على طلاب الدكتوراه. كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧ م. ص ٥.

كما كان يعتبرها المجتمع الروماني قبل أن يتحول إلى مجتمع تجاري ويضفي عليها وصف التعدي خوفاً من ضياع الازدهار التجاري لمدينة روما والذي كان للتجار الوافدين إليها دور فيه وكانوا يتعرضون للغش والتدليس في تعاملاتهم من جانب تجارها دونما فرض أي جزاء عليهم، مما دفع إلى الإحجام عن التعامل مع أهل هذه المدينة، إلا بشروط منها: رفع قيود شكلية العقود، وفرض جزاء على من يصدر منه غش، أو تدليس، وهذا على عكس ما قرره الشريعة السمحة منذ بزوغ فجر الإسلام الذي حرم ذلك ابتداءً بقوله تعالى: - (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)^(١). إلى آخر ما سنرى من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة الدالة على ذلك.

ثانياً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

مما سبق يتضح أن موضوع البحث يتركز على طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف (عدم) نفاذ تصرف المدين على دائنيه، فيهتم هذا البحث بدراسة مدى حرية المتصرف في مباشرة كافة حقوقه على أمواله، وبالصورة التي يريدها، وينتج عن ذلك أن الدائن يظل مهدداً بخنصر ضياع أموال مدينه، لأن وسائل الضمان العام التي وضعها المشرع القانوني والشرعي لا تمنح المتصرف في مباشرة كافة حقوقه على أمواله، وإنما تستهدف في مجموعها حفظ الضمان العام المقرر للدائنين على النحو الذي يساعده في استيفاء حقه، عن طريق نظام قانوني، يقرر عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير إلا إذا أجازها هذا الغير، أما بالنسبة للمتعاقد والمتعامل معه فهي نافذة في مواجهتهما دونما حاجة إلى أية إجازة من أي منهما. ومن هنا يشير هذا النظام القانوني مسألة تحديد طبيعته القانونية بين أنظمة المسؤولية المدنية والدعوى القانونية الأخرى لأن الخلاف على تحديد طبيعة دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير ليس خلافاً حديثاً، وإنما هو خلاف منذ القرن الثاني عشر، وظل مستمراً بين الفقه الحديث بنفس

الشدة التي كان عليها بين فقهاء الحواشي^(١)، وعلى ذلك لما كانت دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الغير، ليست إلا طريقاً يسلكه الدائن ليحصل من القضاء على حكم بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه فقد أثارت طبيعة هذه الدعوى وكيانها القانوني خلافاً كبيراً في الفقه الفرنسي والمصري، حيث دار النقاش والتساؤل بينهم، هل هي دعوى تعويض، يتم بموجبه إصلاح الضرر الذي يحدث في مواجهة الدائنين وفي حدود هذا الإصلاح؟ أم هل هي دعوى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه في حق الدائن؟ أو عدم سريانه عليه؟ أم هل هذه الدعوى هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هل هذه الدعوى دعوى عينية، أم دعوى شخصية، أم هي دعوى مختلطة بين العينية والشخصية؟ أم أن هذه الدعوى ليست شيئاً مما تقدم، وإنما هي في حقيقتها من الدعاوي التي تخضع للنظام القانوني للتصرفات الموقوفة على الإجازة ممن يملك حق التمسك بها؟ وعلى أية حال فبأي الآراء أو الأنظمة القانونية السالفة الذكر أخذ به القانون المدني اليميني، والفقه الإسلامي، والتقنينات العربية والأجنبية الأخرى موضع المقارنة؟ هذا ما سنتعرض له تفصيلاً في هذه الدراسة مع بيان الرأي الراجح من هذه الآراء بإذن الله تعالى وتوفيقه.

ثالثاً: أهمية البحث:

- تأتي أهمية هذا البحث في كونه وسيلة لتحقيق عدة أهداف منها:
- ١- المساهمة في نشر الوعي القانوني والشرعي الذي يعود بالنفع العام على الفرد والمجتمع، وتتصل بمجموعها في النواحي الاقتصادية، والاجتماعية، كما تتصل بالجوانب الأخروية، لكني يصل المتعاملون إلى درجة الصفاء والنقاء والأمن والأمان في المعاملات، للوصول إلى صراط مستقيم لا سوء فيه ولا خيب ولا ضرر ولا ضرار.
 - ٢- أن الطبيعة الخاصة لغش المتصرف في أمواله إضراراً بحقوق الغير (الدائن)، يحتاج إلى إبراز الطبيعة القانونية للنظام القانوني الخاص، لدعوى وقف أو عدم نفاذ تصرف المدين، لأن فيها من القواعد القانونية الخاصة التي

١- أنظر Acher: بحث عن طبيعة الدعوى البولصية، المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس ١٩٠٦ م ص ٨٥ مشار إليه في د. محمد بن عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، مرجع سابق ص ١٠.

تحقق الهدف من حماية الدائنين، لأنها قواعد ينظر لها نظرة خاصة، كتنظيم قانوني يحمل في طياته معنى العدالة، وحسن النية في التعامل بين الأفراد. كما أن للقواعد القانونية لهذه الدعوى لها مجالاً خاصاً في التطبيق، وتعالج حالات هامة في إطار الإلتزامات تقصر الأنظمة القانونية العامة الأخرى عن معالجتها. ولهذا تبقى دراسة الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرف المدين من الأهمية بكان حتى في ظل وجود دعاوي الضمان الأخرى، وحتى مع تطور نظرية المسؤولية المدنية ووجود المسؤولية الموضوعية المبنية على أساس تحقق الضرر، ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة التي راعيت فيها سهولة الأسلوب ووضوح العبارة بما ييسط الموضوع ويجعله يسيراً المأخذ بالنسبة للطالب والقارئ على حد سواء.

رابعاً: أهداف البحث:

البلوغ إلى حل لمشكلة البحث المتعلقة بنطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، أو ما يتصل به من مشاكل سنقوم بدراسة تحديد طبيعة هذه الدعوى، من خلال تفسير أحكامها تفسيراً قانونياً يمكن معه إرجاعها إلى نظام قانوني معين، ومعروف، وهو هدف يرى فيه الفقهاء مسوغاً كافياً لبيد الجهد في هذا الموضوع مما يجعل تحديد الطبيعة القانونية لدعوى وقف (عدم) نفاذ تصرف المدين (الدعوى البولصية) موضوعاً حياً للدراسة.

خامساً: منهج البحث:

اعتمدت في دراستي لهذا البحث على ثلاثة مناهج هي :-

١- المنهج التحليلي الموضوعي: الذي يقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها من أجل استخلاص النتائج المناسبة لحل مشكلة البحث.

٢- المنهج التطبيقي: الذي يقوم بالأساس على تدعيم المواقف الفقهية والتشريعية باجتهادات قضائية ذات صلة وثيقة بموضوع البحث، وعلى الأخص القضاء المصري ونظيره الفرنسي، فالقرارات القضائية اليمنية - التي هي في غالب الأحوال تسير على غرار القضاء المصري -

لم نجد فيما تيسر لنا من الإطلاع عليها ما يتعلق بموضوع بحثنا، والسبب

في ذلك يكمن في اعتقادنا صعوبة الحصول عليها ، ولعدم اهتمام الجهات المختصة بنشر كل ما يصدر من القضاء اليمني أولاً بأول في مجموعات النشر المخصص لها، كما هو الجاري في مصر وفرنسا وبعض البلدان الأخرى التي سلكت هذا المسلك خدمة للمشتغلين بالقانون والباحثين فيه.

٣- المنهج المقارن: بين القوانين اليمنية ذات الصلة بموضوع البحث ومقارنتها بالقوانين المصرية والفرنسية ، مع الإشارة إلى بقية القوانين الأخرى كلما اقتضت الحاجة لذلك ، ومقارنة هذه القوانين المعاصرة محل الدراسة بما جاء في الفقه الإسلامي بمختلف آراء مذاهبه الفقهية.

سادساً: خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث في الموضوع أن أقسم خطته العامة من الناحية الشكلية بعد المقدمة هذه إلى ستة مباحث وذلك على النحو الآتي :-

المبحث الأول: نطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية).

المبحث الثاني: نطاق الغش وطبيعته القانونية في الدعوى الصورية (دعوى التصرف الهزل)

المبحث الثالث: نطاق دعوى الصورية المفترضة في مجال دعوى عدم النفاذ (الدعوى البولصية).

المبحث الرابع: إثبات الغش والتدليس والخداع وسلطة القاضي إزاء ذلك

المبحث الخامس: موقف الشريعة الإسلامية من حماية الضمان العام لحقوق الدائنين من الغش ومعياره وإثباته

الخلاصة: تتضمن خلاصة لأهم النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من هذا البحث.

المصادر: قائمة تحتوي على أهم مصادر البحث

المبحث الأول

نطاق الغش وطبيعته القانونية في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية)

انصراف قصد المدين الإضرار بدائنيه هو أهم الشروط في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف ، لأنه العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم

على محاربة الغش، بل أنه يمكن القول بأن شروط هذه الدعوى يمكن أن تتجمع كلها في شرط الغش، لأنه لا يكفي أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين، أو زاد في إعساره، إلا إذا كان قد صدر من المدين غشاً^(١). فحُسن النية أو سوءها هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه^(٢). وهذا ما دفع بالمشرع في كل من اليمن ولبنان - على خلاف التشريعات العربية المدنية الأخرى موضع المقارنة - أن يخصص نصاً واحداً لبيان كل شروط دعوى طلب وقف نفاذ تصرف المدين الضار بالدائنين، وكذا الأثر الذي يترتب عليها^(٣)، حيث نصت المادة (٣٦٧) مدني يمني على أنه: "إذا قصد المدين الإضرار بدائنيه بأن تبرع بماله أو تصرف فيه متواطئاً مع المتصرف إليه بعوض يقل عن ثمن المثل، وأدى ذلك إلى إعساره، فإن تصرفه يعتبر موقوفاً على إجازة دائنيه الذين تضرروا منه، ويكون للمتصرف إليه إذا أراد نفاذ التصرف أن يودع بنظر القاضي ثمن المثل وقت التصرف، أو ما يكمله بحسب الأحوال وتنتقل حقوق الدائنين على المال المودع".

أما الفقرة الأولى من المادة ٢٦٤ مدني عراقي فقد قضت بأنه: "إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش...".

وهذا هو نفس ما عرضت له الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨/مدني مصري والمادة ٢٣٨ مدني سوري والمادة ٢٤٠ مدني ليبي، أما المشرع اللبناني فقد عرض لها كما قدمنا ولكن في مادة واحدة هي المادة ٢٧٨ من قانون الموجبات والعقود والتي جاء فيها: "يحق للدائنين الذين أصبح

(١) انظر في هذا المعنى استئناف مصر في ١٤/٤/١٩٣٠، المحاماة السنة العاشرة ص ٨٦٤ رقم ٤٣٥، وكذا استئناف مصر المختلطة في ٢٠/٢/١٨٩٠ مجلة التشريع والقضاء المختلطة السنة الثانية ص ٣٩٢، وفي ١٧/٣/١٩١٠ المصدر ذاته السنة ٢٢ ص ٢٠٣، وفي ١٥/٥/١٩١٥، المصدر ذاته السنة ٢٧ ص ٣٢٨ السنة ٤١ ص ١٥١.

(٢) انظر في هذا المعنى العلامة المرجوم د. عبدالرزاق السنهوري في الوسيط، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٩٦٨ م، ج ٢، ف ٥٩٠ ص ١٠٣٤.

(٣) أستاذنا د. جميل متولي الشوقاي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٨، ص ١٢٠.

دينهم مستحق الأداء أن يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز". أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملاً للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ. وهذه الدعوى المسماة "بالدعوى البوليانية" يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدتهم المديون خدعة. غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون. ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم. أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً، ويستمر على إنتاج جميع مفاعله وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات.

فالواضح من كل هذه المواد القانونية أنها تقرر شرطاً من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات عندما يكون التصرف قد صدر غشاً من المدين أو بالتواطؤ منه مع المتصرف إليه بقصد الإضرار بالدائنين^(١).

ويكفي لتوافر هذا القصد قيام الدائن بإثبات أن المدين كان على علم بأن التصرف الذي قام به من شأنه أن يسبب الخسارة أو أن يرمي من وراء القيام به إلحاق الضرر بدائنيه، فإذا لم تنصرف نية المدين إلى قصد الإضرار بالدائن فلا يجوز للقاضي قبول هذه الدعوى لتخلف شرط من شروطها، وبناء على ذلك لا يكفي مجرد توافر خطأ من جانب المدين - مهما بلغت جسامة هذا الخطأ أو درجته فلا يغني عن اشتراط (غشه) أي عن اتجاه نيته إلى الإضرار بدائنيه^(٢).

وافترض غش المدين للدائن من علمه بإعساره، يقوم في التشريعات المختلفة على أساس أن هذا العلم يعتبر قرينة على غش المدين، ولكنها قرينة غير قاطعة يجوز للمدين أن ينقضها بكافة طرق

(1) د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ف ١٠٢، ص ٩٩، د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦، د. مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ٢٦٥ ص ٤٢١، د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية ج ٢ الخطأ. دار وائل للنشر عمان الأردن، ٢٠٠٦م. ف ٢٤٣ ص ١٦٦.
(2) انظر في هذا المعنى د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ ف ٢٤٣ ص ١٦٦.

الإثبات^(١)، فإذا كان المشرع قد اكتفى بإثبات علم المدين بأن التصرف من شأنه الإضرار بالدائنين حتى تقوم قرينة على توافر الغش فإنه يبقى للمدين بعد ذلك أن يثبت عكس ذلك، أي ينفي الغش رغم علمه بأن التصرف من شأنه الإضرار بالدائنين إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بهم، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر، كما لو أثبت أنه تصرف بقصد الحصول على حاجته الضرورية أو أن التصرف مما تقتضيه مهنته مثلاً أو أنه لم يبرم التصرف إلا بقصد تحسين أحواله المالية وإن لم تتحقق منه النتيجة المرجوة، ففي مثل هذه الحالات إذا أثبت المدين ذلك لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش^(٢).

على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن القانونين اليمني واللبناني - يستلزمان شرط الغش سواء كان التصرف معاوضة مثل البيع، أو تبرعاً مثل الهبة، وهذا يعني أن حق الدائن في الطعن فيه يتوقف على ثبوت قصد الإضرار بالدائنين لدى المدين، أي يتوقف على توافر الغش منه، أو على علم المدين علماً يقيناً بأن هذا التصرف أجراه معاوضة بأقل من ثمن المثل أو تبرعاً يؤدي إلى إفساره أو الزيادة في حالة الإعسار^(٣).

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦.
 (2) انظر في هذا المعنى د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ف ٢٦٥ ص ٤٢١، أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٢٥/١٢٦، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ف ٥٩١ ص ١٠٣٦/١٠٣٧.
 قد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تيسير الإثبات في الدعوى البوليصية ما يأتي: "ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن في الدعوى البوليصية، سواء في ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه. وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن في هذا الصدد:
 فاجتزأ من الدائن في إثبات إعسار مدينه بإقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون. فمتى أقام هذا الدليل، كان على المدين أن يثبت أن له ما لا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل.

ثم أنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار... من ناحية أخرى. ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته. فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة وتكون بهذه المثابة بأمن من الطعن: انظر المادة ١١٢ من التفتين البرازيلي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٦٣٢/٦٣٣.

(3) انظر في هذا المعنى زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، ص ٩٩ وقارن أستاذنا د. جميل متولي الشراوي، ج ٢، أحكام الالتزام، ص ١٢٤/١٢٥، المرجع السابق.

وهذا على خلاف ما جرت عليه التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة حيث لا تستلزم شرط الغش إذا كان التصرف من قبيل التبرعات، وليس من قبيل المعاوضات ويبرر البعض هذا الاستثناء بأن حق المتبرع له يكون دون مقابل، مما لا حاجة معه لتمتعه بما للمعاوض من حماية^(١)، أو على أساس تطبيق القاعدة الأصولية "دفع المضار مقدم على جلب المنافع". فدفع الضرر عن الدائن مقدماً على طلب المنفعة للمتبرع له^(٢).

ولا يكفي لعدم نفاذ التصرف الذي لحق بالدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين، بل أنه يشترط أيضاً أن يكون المتعامل مع هذا المدين (المتصرف إليه) متواطئاً مع المدين، أي على علم بما يدبره المدين للدائن (على علم بالغش) ويفترض علمه بغش المدين من مجرد علمه بإعساره أيماً كانت تصرفات مدينه المعسر معاوضة كانت أم تبرعاً وهذا ما سار عليه القانون المدني اليمني. وهو الحكم لدى التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة غير أنها تقصره على تصرفات المعاوضات دون التبرعات بما في ذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي أخذ بهذا الاستثناء أيضاً واشترط علم المتصرف إليه بالغش إذا كان التصرف من المعاوضات ولم يشترطه إذا كان من التبرعات، على الرغم من أنه يشترط غش المتصرف في المعاوضات والتبرعات على حد سواء^(٣).

(١) د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر الإسكندرية، ٢٠٠٠، ف٢٦٥ ص ٤٢١، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٢ ص ١٠٣٩، حيث جاء فيها: "ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزأ للدائن الطعن في التبرع، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يتبغى نفعاً، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية" غير أنه يضيف في هامش ١ من ذات الصفحة بأنه يجب ملاحظة أن الموهوب له إذا كان حسن النية، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما أعتنى به من وراء هذا التبرع ويكسب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية وفقاً للقواعد العامة، وانظر أيضاً نفس المعنى مؤلفه نظرية العقد مطبعة دار الترجمة والتأليف القاهرة، ١٩٤٩ ف ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم (١).

(٢) أستاذنا د. جميل متولي الشرفاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٢٥. وهامش ١٠ ص ١٢٦ حيث يقول فيه: "ويمكن تفسير هذا الحكم على أساس أن طبيعة التصرف (التبرع) تعتبر قرينة على قصد الإضرار بالدائن".

(٣) لتفصيلات أكثر في موقف القانون اللبناني انظر د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام ص ٤٢٢ وما بعدها مرجع سابق.

ويسدو لنا أن مسلك القانون اللبناني بخصوص هذا الحكم الاستثنائي أنه قد سار على غرار المادة ١١٦٧ من التقنين المدني الفرنسي التي اشترطت الغش في جانب المدين سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً. ولكن إذا كان التصرف معاوضة، اشترطت الغش في جانب المتصرف إليه، وهذا بعكس ما إذا كان التصرف تبرعاً، لم تشترط الغش في جانب المتصرف إليه بالتبرع إكتفاءً بغش المدين^(١).

وإذا قام المتعامل مع المدين (المتصرف إليه) بالتصرف لشخص آخر فإنه يكون خلفاً للمتعامل مع المدين، وفي هذه الحالة يثور أمر حماية هذا الخلف هو الآخر على النحو الذي حمى به المشرع المتصرف إليه نفسه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٨) من القانون المدني المصري بقولها أنه: "إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ

(١) وهذا ما ذهب إليه الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في فرنسا حيث يرون بأن المادة (١١٦٧) من التقنين المدني الفرنسي تشترط في عدم نفاذ التصرف غش المدين أياً كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع (انظر في هذا المعنى العلامة المرحوم عبدالرزاق السهوري، الوسيط، ج ٢ ف ٥٩٢ هامش رقم ٣ ص ١٠٤٠/١٠٤١. حيث جاء فيه: "وقد كان هناك رأي في فرنسا يذهب على أن التبرع لا يشترط فيه الغش من جانب المدين، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش.. ويستند أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التقنين المدني الفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل، فيسمح للدائن بالطعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن عن حق الانتفاع. وهذه الأحوال هي: (أ) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع. (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث. (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له عن البنية لمن يحل بعده فيها. وقد استخلصوا من ذلك، من أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف، أن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى ولو لم يوجد هناك غش من جانب المدين، ما دام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن، ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات، سواء كانت في صورة تنازل أو في أية صورة أخرى. وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات.. ولكن هذا الرأي لم يسد في الفقه والقضاء.. والرأي السائد هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات. ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاث التي أشير إليها فحذفه بعد ذكره، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة. فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ - وهي النص الأساسي في الموضوع - نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع، أو بين التنازل وغيره. ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ - وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في الروكبة (م ١٤٦٤) - إذ إنه يشترط صراحة فيها الغش (بودري وبارداً فقرة ٦٥٩ بلانيوك وريبير وردوان ج ٧ فقرة ٩٣١).

التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان الخلف الثاني يعلم بإعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً^(١).

وهذا الحكم هو نفس ما قرره التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة في المادة ٢٣٨ مدني سوري والمادة ٢٦٤ مدني عراقي والمادة ٢٤٠ مدني ليبي والتي تتضمن الإشارة إلى بيان حكم فرضين من تصرفات المدين التي يتم فيها تفضيل المدين لبعض دائنيه إضراراً بالدائنين الآخرين وهما^(١):-

(الفرض الأول): أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثاني تبرعاً ففي هذا الفرض لا يلزم توافر الغش لدى الخلف الثاني لإمكان الطعن عليه وكذلك هو الحكم إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً لا يلزم لإمكان الطعن عليه توافر سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول وهذا على عكس ما إذا كان الخلف الأول كان قد تلقى التصرف معاوضة يشترط لإمكان الطعن عليه من الدائنين الآخرين إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه.

(الفرض الثاني): أن الخلف المتلقي للشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة، وهذا هو الفرض الذي أخصص ببيان حكمه النص السالف الذكر فإذا كانت المعاوضة قد تصرف بها المدين جرت بينه وبين الخلف فإنه لا يكفي بقيام الدائن المتضرر بإثبات غش كل من المدين والخلف الأول، بل يتعين عليه أيضاً إثبات غش الخلف الثاني وذلك لإثبات علمه بأمرين: (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين، وذلك حتى لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول.

(١) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٣ ص ١٠٤٢/١٠٤١، أستاذنا د. عبدالنعم البدر اوي أحكام الالتزام مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة ١٩٧٥، ف ١٣٦، ص ٥٨، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام، ف ٢٦٥ ص ٤٢٢/٤٢٣.

ولتوضيح هذه الفروض نورد المثال الآتي: لو أن المدين (أ) باع لـ (ب) ثم تم البيع لـ (ج) فإن الدائن - في عقود المعاوضات لا يجوز له الطعن بعدم نفاذ التصرف إلا بقيامه بإثبات غش من جانب المدين (أ) وعلم المشتري (ب) بذلك الغش، فإن لم يتمكن من القيام بإثبات ذلك فلا يحق له الطعن بعدم نفاذ التصرف وذلك على أساس أن المشتري (ب) حسن النية، أما المشتري (ج) فلا أهمية لحسن نيته أو سوءها، وذلك على عكس ما إذا كان التصرف تبرعاً فيغني للطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف قيام الدائن بإثبات أن الخلف (ج) كان يعلم بإعسار المدين (أ) ولا لزوم بعد ذلك لإثبات وجود أو عدم وجود سوء نية البائع (ج)^(١).

وفي تقديرنا نرى أن هذه الفروض الفقهية المستخلصة من نص المادة (٣/٢٣٨ مدني مصري) وما يطبقها من نصوص القوانين العربية الأخرى السالفة الذكر قد تجاوزت السبب الذي من أجله نشأت دعوى عدم نفاذ التصرف، وهو غش المدين المعسر أو تواطئه مع المتصرف إليه، وهذا السبب ذاته هو الذي دفع بالمشروع اليمني في المادة ٣٦٧ مدني بالوقوف عنده مكتفياً بقيام الدائن بإثبات سوء نية المدين أو تواطئه مع المتصرف إليه أي كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان الخلف الأول أو الخلف الثاني حسن النية أو سيئها، غير أنه إذا ما أراد من استقرت العين عنده أن يتوقى دعوى وقف نفاذ التصرف فله أن يودع بنظر القاضي ثمن المثل وقت التصرف أو ما يكمله بحسب الأحوال، وبعد ذلك تنتقل حقوق الدائنين على هذا المال المودع^(٢).

وعلى ذلك لما كانت الدعوى البولصية ليست إلا طريقاً يسلكه الدائن ليحصل من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراماً بحقوقه فقد أثارت طبيعة هذه الدعوى وكيانها القانوني خلافاً كبيراً بين الفقهاء حيث دار النقاش والتساؤل بينهم عما إذا كانت

(١) انظر زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ف ١٠٢ ص ١٠٠، أستاذنا د. عبدالنعم البدرائي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ١٣٦ ص ١٥٨.

(٢) انظر زميلنا د/ محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق ف ١٠٢ ص ١٠١/١٠٠.

هذه الدعوى هي دعوى بطلان؟ أم هي دعوى تعويض؟^(١) أم هي دعوى عدم نفاذ؟ أم هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هي دعوى وقف التصرف أم هي دعوى عينية، أم دعوى شخصية أم هي دعوى مختلطة بين العينية والشخصية؟

للإجابة عن ذلك يجب أن نشير بداية رغم التعدد والاختلاف في الآراء في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، إلا أن هناك بعضاً من الفقه يسلم بأن كل ما قيل من آراء بهذا الشأن لا تعطينا تفسيراً حاسماً ومقنعاً لطبيعة هذه الدعوى مما دفعهم إلى القول بعدم جدوى البحث عن طبيعتها القانونية، وذلك لخروجها واستقلالها عن النظم القانونية الأخرى المراد نسبتها إليها وإلى الاقتصار بالقول بأنها دعوى ذات طابع خاص استقر بحكم التقاليد^(٢).

فهل ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه صحيحاً أم فيه نوع من المبالغة، وإذا كان ذلك صحيحاً فبأي الآراء استقر الأخذ به في القانون المدني اليمني والتقنيات العربية والأجنبية الأخرى موضع المقارنة؟ وقبل أن نتعرض تفصيلاً لأحدث نظرية قيلت في الطبيعة القانونية للدعوى البولصية يجدر بنا أن نتعرض إجمالاً للتكليفين السابقين على هذه النظرية وهما نظرية البطلان ونظرية التعويض للوقوف على مدى مزايا أو عيوب كل من هاتين النظريتين بالمقارنة بما قيل في أحدث نظرية في هذا الشأن فنقول وبالله التوفيق:

- (1) انظر د. عبدالسلام ذهني النظرية العامة في الالتزامات مطبعة نهضة مصر ١٩٢٢، ص ٣٤٦.
- (2) وهذا ما انتهى إليه الكثير من الفقهاء الذين بحثوا في الدعوى البولصية ورأوا فيها تكييفاً معيناً أبدوا شكهم في خضوعها لأي تكييف وذلك لتمييزها بخصائص مستقلة التي تجعل لها طبيعة خاصة. انظر سينيبي بحثها في الصورية والمسئولية التصديرية في ضوء القضاء الحديث المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس ١٩٤٨ م، ص ٢١، كولان وكايتان ودي لامور أندير الالتزامات ج ٢ ف ٤٥٠، بلانيول وريبير وردوان المطول ج ٧ ف ٩٦٧ مشار إليهم جميعاً في د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه. رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٥، ص ٤٠٩ هامش ٢، ٣. وانظر كذلك د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ١٠٢ ص ٢١٧ حيث يعترف باستقلال هذه الدعوى بين النظم القانونية الأخرى ويكفي لبيان طبيعتها أن نبين الهدف الذي ترمي إليه وهو المحافظة على الضمان العام، وأن أداة تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين.

لقد ذهب الفقه التقليدي في فرنسا في ظل القانون المدني القديم إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى مسئولية تجمع عنصري الخطأ والضرر، إذ أن هناك خطأ عمدي من المدين في التصرف في مال اعتمد عليه دائتوه في استيفاء حقوقهم. فهذا التحليل لطبيعة الدعوى البولصية يرجع إلى عهد القانون الروماني الذي كان يعتبر هذه الدعوى كجزءاً لجرمة خاصة هي جريمة غش الدائنين.

فهل هذه النظرية لا مأخذ عليها؟

للإجابة عن ذلك بالنفي؛ لأن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن بموجب الدعوى البولصية وبالتالي فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه^(١)، كما أنه لا جدوى من الرجوع على المدين بالتعويض، لأن الفرض أنه معسر^(٢).

ولذا أجاز هذا الفقه للدائنين التنفيذ على المال الذي تصرف فيه المدين بطريق الغش، على اعتبار أن مثل هذا التصرف يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين، أي أن الدعوى البولصية هي دعوى مسئولية يأخذ فيها الجزاء شكل بطلان التصرف، مع ملاحظة أن البطلان هنا ليس كاملاً، بل قاصراً على أثر التصرف بالنسبة إلى الدائنين. أما بالنسبة إلى المتعاقدين فيبقى التصرف قائماً ومرتباً لكافة آثاره.

غير أنه اعترض على هذا التحليل أيضاً على أساس أن قواعد المسئولية لا تنسجم وأحكام هذه الدعوى، لأن المسئولية تستوجب توافر الخطأ بينما يجوز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين حتى ولو لم يرتكب غشاً، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية، كما هو الحال بالنسبة إلى أعمال التبرع، كما أن البطلان هنا لم يتوافر له أي سبب في تصرف المدين، لأن هذا التصرف قد توافر فيه جميع أركانه وشروط صحته، هذا بالإضافة إلى أنه ليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير في عقد ثم يطلب إبطاله، لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، أما الغير وهو هنا الدائن في خصوص هذه الدعوى ليس له إلا

(1) انظر العلامة المرحوم د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢، ف ٥٩٩ ص ١٠٥٣.

(2) انظر: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧، ف ٦٣ ص ٥٨.

أن يطلب عدم نفاذ العقد في حقه ، وهذا الرأي يمثل الاتجاه الحديث والسائد لدى الفقه الفرنسي ، وغالبية الفقه المصري^(١) ، وهو الرأي الذي أخذت به معظم التشريعات الحديثة^(٢) ، التي منها القانون المدني المصري والقوانين المدنية العربية الأخرى المقتبسة منه التي أطلقت على هذه الدعوى (دعوى عدم نفاذ التصرف) كما رأينا وأما القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م فقد أطلق على هذه الدعوى (دعوى وقف نفاذ التصرف في المادة ٣٦٧ منه).

وبالرغم من ذلك لا زال هناك بعض الفقه يرى بأن كل النظريات التي قيل بها في تحديد طبيعة دعوى عدم النفاذ بما في ذلك هذا التكيف الأخير لهذه الدعوى لم تنجح في تفسير هدم آثار التصرف المطعون فيه على الصورة الخاصة التي تنتج عن نجاح هذا الطعن^(٣) ، وهذا ما يدفعنا إلى العودة للتساؤل من جديد ما هو إذن هذا التفسير الصحيح والأكثر نجاحاً في تحديد طبيعة دعوى عدم النفاذ كما هو المقصود من تحديد هذه الطبيعة في القانون الحديث؟

للإجابة عن ذلك سنستبعد بداية الكلام تفصيلاً عن موقف الفقهاء الرومان في هذه المسألة ؛ لأن أحكام هذه الدعوى في القانون الروماني كما رأينا كانت عموماً عبارة عن مزيج من أحكام إعادة الشيء إلى أصله الذي أصبح يسود الطابع المدني الحديث وأمر الغش الذي كان يتسم بالطابع الجنائي^(٤) والذي كان يكيف به هذه الدعوى البولصية في ظل النظام القانوني لهذا الأمر (أي أمر الغش) بأنها دعوى جنائية مثلها في ذلك مثل دعوى الإكراه ودعوى التدليس^(٥) . بجماع اشتراك هذه الدعاوى جميعاً

- (١) انظر محمد بن عبد القادر محمد عبد القادر ، رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه المرجع السابق ص ٤٠٨ وما بعدها.
- (٢) انظر في هذا المعنى د.أنور سلطان أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٦٣ ص ٥٩.
- (٣) انظر أستاذنا د.جميل متولي الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ٣٣ ص ١٤٤/١٤٣.
- (٤) انظر د.صوفي أبو طالب القانون الروماني أحكام الالتزام طبيعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٥ ص ٨٨.
- (٥) راجع في عرض هذا الرأي والتدليل عليه أستاذنا د.جميل الشرقاوي بمحة دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٩م السنة ٢٩ ، العدد الأول هامش ص ٩ ، د.عمر ممدوح مصطفى القانون =

بأنها لا تقبل الانتقال بطريق الوراثة ضد ورثة المدلس إلا بقدر ما استفادوا من التدليس ، وجميعها مؤقتة بمدة سنة واحدة ، وفيها جميعاً توجه الدعوى ضد المدين سيء النية في حالة عجز الدائنين عن استرداد الأموال التي خرجت من ذمة مدنيهم كما تتفق هذه الدعاوى كذلك في عنصر هام هو عنصر الغش المكون لركن هام من الأركان الجنائية^(١).

لكن منذ عهد المحشيين والمحشيين اللاحقين استقر الأمر بإعطاء هذه الدعوى الطابع المدني البحت حيث لم يقرأوا تأصيل الدعوى البولصية على أنها دعوى جنائية أو حتى يمكن تشبيهها بالدعوى الجنائية ، لأنها لا ترتب آثارها على ارتباط بنية الغش بالنسبة لجميع التصرفات ؛ لأن التبرعات لا يتطلب فيها ذلك وأن شروط تطبيقها لا تتساوى مع أركان الأحكام الجنائية حيث تستلزم الدعوى البولصية إعسار المدين أي عدم كفاية أمواله للوفاء بما عليه من التزامات^(٢).

"ونظراً لكون هذه الدعوى تواجه الإخلال بالضمان العام للدائنين فإن مفهومها يقتصر على إعادة الأمور إلى نصابها عن طريق ما قد تم إعماله - فقهاً وقضاً - من افتراض عدم وجود هذا التصرف المطعون فيه ، ومن ثم إصلاح الضرر الناتج عنه ويظهر ذلك في حالات الرجوع حيث يقتصر هذا الإصلاح أحياناً على ما عاد على المستفيد من فائدة أو إثراء في حالة عدم توافر شرط الغش ، أي إذا كان حسن النية ، كما سبق وأن بينا ذلك عند الكلام عن شرط الغش"^(٣).

ولذلك سنبادر إلى استبعاد فكرة تحديد طبيعة الدعوى البولصية على أساس أنها دعوى عينية لأن هذا يتفق مع خصائص ومتطلبات تلك

=الروماني طبعة ١٩٦٧ ص ٤٥٨ ، وما بعدها ، د.علي محمد بدوي مبادئ القانون الروماني طبعة ١٩٣١ مصر ص ٢٣٢ ، د.عبدالسلام ذهني مذكرات في القانون الروماني الكتاب الأول والثالث طبعة نهضة مصر ١٩٢٢/١٩٢٣ ص ٢٧٢ وما بعدها د.صبيح مسكوني القانون الروماني طبعة بغداد ١٩٦٨ ص ٤٣٨.

- (١) انظر د.محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته السابقة ص ٣٨٩/٣٨٨.
- (٢) د.فخري أبو سيف ميروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية طبعة ١٩٨١ مصر ص ١٣٤ وما بعدها وقد نشر هذا البحث في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة السنة ١٢.
- (٣) د.محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف ، المرجع السابق ، ص ٣٩١.

الدعوى ذات الطابع الشخصي البحت كما تم فهمها قديماً وحديثاً حيث أنها تطبق على كل الحالات التي يقوم فيها المدين بغش دائنيه ما دام سيء النية، أي أنها موجهة لتصرف صادر بشروط ومعايير معينة دون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف بين المدين والغير، إذ يظل هذا التصرف صحيحاً ما دام أنه مستوفياً لأركانه، أما بالنسبة للدائنين فيعتبر التصرف كأن لم يكن - كما أن الفقيه (بولص) مؤسس هذه الدعوى وضعها ضمن الدعوى الشخصية وأسسها على حق الدائنين، وموجهة إلى الغير حتى ولو لم يكن يحوز الشيء محل التصرف، ومحلها ليس فقط التصرفات بل وحتى ما يتصل بأداء الديون إذا ما كانت منطوية على غش أو إهمال مشوب بخطأ من المدين، وكل ذلك بعيد عن مجال الدعوى العينية^(١)، وبالتالي فهي دعوى مبنية على الفعل المجرد، ومن ثم تكون دعوى شخصية شأنها في ذلك شأن كل الدعوى التي من هذا النوع^(٢). وهذا هو الاتجاه الراجح فقهاً وقضاً قديماً وحديثاً في كل من فرنسا ومصر والذي يتجه الرأي فيهما إلى وصف الدعوى البولصية بالطابع الشخصي وذلك تأسيساً على القاعدة المقررة في المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي تفيد بأن الدائنين لهم بإسمهم الشخصي رفع الدعوى ذاتها للمطالبة بعدم نفاذ التصرف الصادر من مدينهم غشاً بحقوقهم وإلغاء كل ما يترتب على ذلك من آثار^(٣)، ولذلك يتعين عدم الخلط ما بين أساس الدعوى الذي هو مطالبة الدائنين بهذا الحق الشخصي والمقصود به الدعوى ذاتها وبين طريقة التنفيذ على المال محل التصرف المطعون فيه بمقتضى النجاح في هذه الدعوى، لأن إعادة المال - وهذا هو الطابع الغني للدعوى - يعد نتيجة أو أثراً غير مباشر للحكم بعدم نفاذ التصرف المنطوي على الغش^(٤).

- 1) انظر: د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق، ص ١٤٤.
- 2) انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٣٩٧ وما بعدها، وكذا المرجع الفرنسي الذي أشار إليه في هامش ٥ من ذات الصفحة.
- 3) وقد تزعم الفقيه الفرنسي دوماً هذا الرأي، ويلاحظ بعض الفقه أن الخلاف حول عينية أو شخصية الدعوى البولصية قد ظل كذلك قائماً حتى عند فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة لا سيما عند الفقيه الإيطالي بارتول. انظر: د. محمد بن عبدالقادر رسالته السابقة ص ٤٠٢ وكذا المراجع الأجنبية التي أشار إليها في ذات الموضوع.
- 4) انظر: د. فخري أبو سيف متروك، دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق وكذا المراجع الفرنسية التي أشار إليها في ص ١٨١.

فإذن لا أهمية للنظر إلى طبيعة محل التصرف في مجال الدعوى البولصية، لأن هذه الدعوى ما تقررت إلا لتوفر الحماية للضمان العام للدائنين لاستيفاء حقوقهم الشخصية في مواجهة المدين سيء النية، كما أن مجال الإثبات في هذه الدعوى ينصرف إلى إثبات المديونية والعلاقة بين الطرفين وملابسات التصرف المطعون فيه، ومن أنه يؤدي إلى إعسار المدين أو يزيد في إعساره، وسوء أو حسن نية الطرف الآخر إلى غير ذلك من الشروط والخصائص الأخرى التي تستوجبها الدعوى البولصية للوصول إلى هذا الحق الشخصي.

وهذا هو نفس ما اتجه إليه الفقه^(١) والقضاء في مصر الذي يسود فيهما بأن الدعوى البولصية دعوى شخصية لا عينية ولا مختلطة وذلك نفس المبررات التي ذكرناها في نطاق القانون الروماني والفقه والقضاء الفرنسي قديماً وحديثاً وهذا ما عبرت عنه بوضوح محكمة النقض المصرية عندما قررت في الكثير من أحكامها بأنه: "وليس من شأن الدعوى البولصية المفاضلة القانونية بين العقود، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يثول، بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائنين أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين"^(٢).

وبناءً على ذلك تبدو أهمية وصف الدعوى البولصية قديماً وحديثاً بأنها عينية أو شخصية أو مختلطة، حيث تظهر الصلة وثيقة واضحة بين

(١) انظر: د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٤ وما بعدها، أستاذنا د. الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٩، وأستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ف ١٤٢، د. أنور سلطان أحكام الالتزامات ص ٥٩، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ف ١٠٢ ص ٢١٧، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام ص ٤٢٦ وما بعدها، د. عبدالحى حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٢١٠/٢١١، زميلنا د. محمد بن حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون اليمني ص ١٠٢ وما بعدها.

(٢) نقض مدني مصري في ١٣/٥/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ العدد الأول ص ٥٠٨ رقم ٩٢، وكذا في ذات المعنى نقض مدني مصري في ١٢/١٢/١٩٣٥ مجموعة محمود عمر ج ١ ص ٩٧٥ رقم ٣٠٨ وفي ١٣/٦/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ العدد الثاني ص ١١٠٥ رقم ١٧٤، ١٧٤، وفي ٢٠/٥/١٩٨١ المجموعة ذاتها السنة ٣٢ عدد ٢ ص ١٥٤٩ رقم ٢٨٠، وفي ٢٩/١٢/١٩٨٣ المجموعة ذاتها السنة ٣٤ ص ١٩٧٢ رقم ٦١٥.

تحديد وصف هذه الدعوى وبين تحديد طبيعتها القانونية والذي أثار الكثير من الجدل والنقاش بين الفقهاء وذلك لأنه يترتب على وصفها بأنها دعوى عينية أن أساسها يقوم على اعتبارها دعوى بطلان، على أساس أن المقصود بالدعوى هو تقرير التزام المدعى عليه بالرد وهذا لا يستقيم إلا بالتسليم بالقول ببطلان التصرف الصادر غشاً من المدين.

أما وصف الدعوى بأنها شخصية فإنها تقوم على أساس أنها دعوى تعويض المترتبة على فكرة المسؤولية الموجبة للتعويض، على أساس أن القانون أجاز رفعها من الدائن ضد المدين والغير الذي تعاقده معه، وذلك عن الخطأ الذي ارتكبوه بإبرام التصرف الصادر غشاً، أو على أساس التزامهم برد ما أثاروا به بلا سبب على حساب الدائنين^(١) (وبالنسبة للمتبرع إليه حسن النية) كوسيلة لتجنب الحكم بالتعويض^(٢).

ويترتب على ذلك أنه إذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان فقد نفينا عنها القول من أنها دعوى عينية، أو القول بأنها دعوى مختلطة. وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة لنظرها وخاصة في مجال تنازع القوانين من الناحية الدولية، فإن القول بأي من هذين القولين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى بطلان وأن دعاوى البطلان هي دعاوى عينية، لأنها - كما رأينا - تعيد العين إلى ملك المدين، أو هي دعوى مختلطة، لأنها تبدأ شخصية ثم تتحول عينية.

والآن بعد أن انتهينا إلى أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان لم يعد هناك مكان للجدل بأنها دعوى عينية أو دعوى مختلطة، وإنما هي دعوى شخصية^(٣)، غير أن ذلك لا يعني بأنها دعوى تعويض، لأنه قد

(١) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني

المصري، المرجع السابق، ص ١٠/٩.

(٢) وهناك أيضاً من يقول أن أساس الدعوى في الحالة الأولى شبه جريمة وفي الحالة الثانية العقد وكذلك هناك من يرى بأن أساس الدعوى هو الخطأ في الحالتين. انظر د. محمد بن عبدالقادر رسالته السابقة والمرجع الفرنسي الذي أشار إليه وكذا د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية، المرجع السابق ص ١٣٩.

(٣) انظر: د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٥ وقارن نقض مدني مصري في ظل القانون المدني المصري القديم في ١٢/١٢/١٩٣٥ مجموعة عمر ج ١ ص ٩٧٥ رقم ٣٠٨ حيث قضى بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكانية التنفيذ على الملك المتصرف فيه، =

نفينا عنها هذا الوصف أيضاً، حيث رأينا بأن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن فلم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه^(١)، وإذا جاز اعتبار هذا المنع تعويضاً، فهو تعويض عيني^(٢) بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن^(٣).

ولما كانت كلاً من دعوى البطلان أو دعوى التعويض لم تلقياً إقبالاً من جانب الفقه لعجزهما عن تفسير الكثير من نتائج وأحكام الدعوى البولصية رأى البعض أنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين المطعون فيه في حق الدائن الطاعن^(٤). ويبدو أن هذا الرأي قد استخلص طبيعة الدعوى

=والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استناده بمقوقه. وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي لما يطلب إبطال التصرف فيه. وفي ظل القانون المدني القائم قضت هذه المحكمة بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالتقدير الذي يكفي بالوفاء بدينه (نقض مدني مصري ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض ص ٦٧٤ رقم ١١٢).

(١) وقد سبق وأن عرفنا بأن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف الذي تلقى الحق بعوض وكان حسن النية، فتنصرف دعواه على المدين الخلف، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا الأخير وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها ليست كذلك، لأن المقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن (د. السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١٠٥٣ ١٠٥٤ هامش ٤ وقارن بلانيول وريبير وردوان المطول ج ٧ ف ٩٦٧ مشار إليه في المرجع السابق نفس الموضوع. ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف نقض مدني مصري ١٩٣٧/١٢/٩ مجموعة عمر ج ٢ ص ٢٠٦ رقم ٧٩).

(٢) د. عبدالحى حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٢٠٣/٢٠٢.

(٣) وهناك تكييفات أخرى لطبيعة الدعوى البولصية ذكرها بعض الفقه الفرنسي فمنهم من يؤسسها على نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أن المدين يسيء استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جرويه ف ٢، جوسران ج ٢ ف ٦٨٧ وكذا مؤلفه روح الحقوق ونسبتها ص ١٤٠) ومنهم من يؤسسها على اعتبارات تعود إلى النزاهة والعدالة (ريبير في القاعدة الخلقية ف ١٦٩) ومنهم من يرى بأنها دعوى من نوع خاص، أقربها التقاليد وأعطتها مميزاتها الخاصة (كولان وكايتان ومورانديير ج ٢ ف ٤٥٠) ويؤسسها الفقيه البلجيكي دي باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير مشروع (دي باج ج ٣ ف ٢٥٢) ذكرهم جميعاً في د. السنهوري المرجع السابق هامش ٢ ص ١٠٥٤ معلقاً على ذلك بأن كل هذه الآراء لا اعتراض عليها، ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته.

(٤) غير أنه يجدر الإشارة هنا إلى أن القاعدة المقررة في المادة (٢٤٠) مدني مصري هي أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم وهذا ما سارت عليه معظم القوانين العربية موضع المقارنة كال المادة (٢٤١) مدني سوري والمادة (٦٦) مدني عراقي، والمادة (٢٤٣) مدني ليبي وهذا على خلاف المادة (٢٧٨) فقرة (٣) موجبات لبثاني التي تنص على أنه (لا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله) والسبب في هذا الاختلاف يرجع كما =

البولصية من أثرها (فعدم النفاذ) إنما هو تعبير مختصر عن أثر نجاح الدائن في الطعن بهذه الدعوى^(١) فعدم النفاذ (أو عدم السريان) هو التكييف الذي أخذ به جمهور الفقه والقضاء الفرنسي والمصري الحديث ومعظم التشريعات المدنية الحديثة بما فيها - كما قدمنا - القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى موضع المقارنة.

ويعتبر هذا التكييف تكييفاً حديثاً نسبياً بالمقارنة بالتكيفين السابقين والذي يجعله أنصاره، إما نوعاً للبطلان وإما وسيلة للتعويض العيني، كما يجعله بعضهم نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات المدين سيء النية^(٢).

=قدمنا إلى أن تنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي الحالي راجع في هذا الشأن د/ السنهوري الوسيط ج ٢، ص ١٠٠٤، ١٠٥٢ بالهامش، ود/ صبحي محمضاني آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني، ص ٦١، ٦٧.

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري، المرجع السابق ص ٢٩.

(٢) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق، ص ١٤٣، وانظر في عرض هذا الرأي في الفقه الفرنسي تيريه وسيمليه ١٩٩٣ ص ٣٠٣، مازوو شاباس الالتزامات ج ٢ ف ١٠٠٢، مارتني وريدو الالتزامات ج ٢ ف ١٩٠١، جزوييه رسالته ف ٢٥٤، باستيان رسالته ص ١٥١، بيدان وإلجارو الطول ج ٨ ف ٦٥٦، بلانبول وريبير وبولانجيح الطول ج ٢ ف ١٤٤٨ ذكرهم جميعاً د. محمدلين عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، المرجع السابق هامش ١ ص ٤٤١. وراجع في الفقه المصري بالإضافة إلى ما تقدم أستاذنا د. عبدالنعم البدراوي، أحكام الالتزام طبعه ١٩٩٢ ص ١٣٦ وما بعدها، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع أحكام الالتزام مطبعة إيريبي القاهرة ١٩٩٢ ص ٣٠٩، د. أنور سلطان وجلال العدوي رابطة الالتزام طبعه الإسكندرية ١٩٦٨ ص ٣١١، د. عبدالنواز حسن فوج أحكام الالتزام طبعه ١٩٨٥ الإسكندرية ص ٦٥، د. محمد علي عمران التوجيز في آثار الالتزام وأحكام الالتزام طبعه ١٩٨٤ القاهرة ص ١٠١، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٦٣٣ حيث جاء فيها: "لما كانت الدعوى البولصية دعوى اقتصاص أو دعوى عدم نفاذ فهي لا تمس صحة التصرف المطعون فيه ومؤدى ذلك أن هذا التصرف يظل صحيحاً منتجاً لجميع آثاره وكل ما هنالك أنه يصبح غير نافذ في حق الدائنين وبإلقتدر اللازم لحماية حقوقهم دون إفراط أو تفريط".

وفي القضاء الفرنسي نقض مدني فرنسي في ١٩٧٨/٢/٢٨ جازيت دي باليه -

١٩٧٨ - القسم الأول - ١٤١، وفي ١٩٨٠/١٠/١٥ جازيت دي باليه - ١٩٨١ -

القسم الأول - ص ٤٢، وفي ١٩٨١/٧/١٦ جازيت دي باليه ١٩٨٢ - القسم الأول -

ص ٧٣ وفي ١٩٨٥/١٢/٣ جازيت دي باليه ١٩٨٦ - القسم الأول - ص ٢٤١، نقض

عرائض في ١٩٩٠/٢/١٣، دالوز ص ٥٧ ذكرهم د. محمدلين عبدالقادر رسالته السابقة

هامش ٢ ص ٤٤٣. وفي القضاء المصري نقض مدني في ١٩٦٩/٦/٢٥، مجموعة أحكام

النقض السنة ٢٠ ص ١٠٨٤ حيث قضى بأن الدعوى البولصية هي طعن بعدم نفاذ=

وبين أنصار هذا الرأي أن هذا التكييف يتركز في آثار الدعوى البولصية، بل أنه عندهم ليس إلا نتيجة طبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى وآثارها حيث رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن، فأخذاً للمدين بغشه ودرءاً لهذا الضرر واستخلاصاً للجزاء من طبيعة العمل، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر^(١)، فهي دعوى أصبحت توصف من حيث آثارها وهدفها وهو عدم نفاذ التصرفات المنطوية على غش^(٢) لأنها تمثل ما يعكس صفو النظام الاجتماعي ويستوي في ممارسة هذه الدعوى الدائن العادي والدائن الممتاز، وأن ذلك يتم ممارسته في مواجهة المتصرف إليه الذي تعاقد مع المدين وهذا هو المجال الطبيعي لأعمال آثار عدم نفاذ التصرف طبقاً للدعوى البولصية حتى في مجال ونطاق القانون التجاري إذا لم يسعف الأحكام التجارية للوصول إلى الحماية القانونية المطلوبة للدائن^(٣) أو تعذر استخدامه وكانت شروط الدعوى البولصية متوافرة في هذه الحالة^(١).

- =التصرف ولكن بشروط معينة وليست مفاضلة بين عقدين. ونفس المعنى في نقض مدني في ١٩٧٠/٣/٣٠، المجموعة ذاتها السنة ٢١ ص ٣٨٨ وما بعدها، ونفس المعنى في نقض مدني في ١٩٧٢/١٢/٤ نفس المجموعة، السنة ٢٤ ص ١٢١٣ وما بعدها، ونقض مدني في ١٩٨٣/١٢/٢٩ المجموعة ذاتها السنة ٣٤ ص ١٩٧٢ رقم ٦١٥.
- (١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٩ ص ١٠٥٤، أستاذنا د. عبدالمعتم البرناوي أحكام الالتزام، المرجع السابق ص ١٣٦، د. عبدالمعتم فرج الصلدة أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٤.
- (٢) انظر نقض مدني مصري ١٩٧٢/٦/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ العدد الثاني ص ١١٠٥، ونقض مدني مصري في ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة ذاتها، السنة ٢٩ العدد الأول ص ١١٨٥، ونقض مدني مصري في ١٩٨١/ ٢٥ / المجموعة ذاتها السنة ٣٢ العدد الثاني ص ١٥٤٩، وفي ١٩٨٢/٥/١٣ المجموعة ذاتها السنة ٣٣ العدد الأول ص ٥٠٨.
- (٣) حيث يلاحظ بأن الدعوى البولصية في القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١ والمعدل بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ لها صورتان:
- أ- صورة مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ الحكم بشهر إفلاسه أو قبل ذلك بقليل وتنص عليها المادتين (٦٠٢، ٦٠٣) تجاري يمني والذي يميز هذه الصورة أن القانون فيها يفترض الغش من جانب المدين، فلا يكلف الدائنين ولا مدير التفليس بإثباته ولا يسمح للمدين بنفيه عنه، طالما أن المتصرف الذي صدر من المدين كان في وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من خمسة عشر يوم وهذا يتضح مما تنص عليه المادة ٦٠٢ التي تنص على أنه: "إذا حكم بعدم نفاذ تصرف في حق جماعة الدائنين التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليس ما حصل عليه من المفلس بموجب التصرف المذكور أو قيمة هذا الشيء وقت قبضه كما يلتزم بدفع فوائد ما قبضه أو غماره من تاريخ القبض. ويكون للمتصرف إليه الحق في استرداد العوض الذي قدمه للمفلس إذا وجد هذا العوض بعينه في التفليس، فإذا =

غير أن بعض الفقه لاحظ بأن الرأي -باعتراف أنصاره- بأن عدم النفاذ هذا لا يبدو أكثر من وصف لصورة الأثر المترتب على الطعن بالدعوى البولصية دون أن يكون ذلك بياناً للسبب الذي يؤدي إلى هذه

= لم يوجد كان من حق المتصرف إليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها من التصرف وأن يشترك في التفليسة بوصفه دائناً عادياً بما يزيد على ذلك".
وتنص المادة ٦٠٣ على أنه: "المدير التفليسة وحده طلب عدم نفاذ تصرف المفلس الحاصل قبل صدور حكم شهر الإفلاس إضراراً بالدائنين وفقاً لأحكام دعوى عدم نفاذ تصرف المدين إضراراً بدائنيه ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف عدم نفاذه في حق جميع الدائنين، سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله".
ب- صورة أخرى مماثلة لصورتها في القانون المدني وتنص عليها المواد ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، حيث تنص الأولى على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقيل الحكم بشهر الإفلاس:
١. جميع التبرعات ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري العرف بها.
٢. وفاة الديون قبل الأجل أيا كانت كيفية هذا الوفاء ويعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل.
٣. وفاة الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه، ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية والتقد المصرفي كالوفاء بالنقود.
٤. كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر.

وكل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما تقدم ذكره، خلال الفترة المشار إليها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين، إذا كان التصرف ضاراً بها، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوعه بوقوف المفلس عن الدفع".
وتنص الثانية على أنه: "إذا دفع المفلس قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقيل الحكم بشهر الإفلاس لم يميز استرداد ما دفع من الحامل، وإنما يلزم الساحب أو من سحبت الورقة التجارية لحسابه برد القيمة المدفوعة إلى التفليسة إذا كان يعلم وقت إنشاء الورقة التجارية بوقوف المفلس عن الدفع".
وتنص الثالثة على أنه: "قيد حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا حصل القيد بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز، ويأخذ الدائن صاحب الرهن التالي للرهن المحكوم بعدم نفاذه مرتبة هذا الرهن ومع ذلك لا يعطى من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه الرهن إلا ما كان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن السابق ويشول إلى جماعة الدائنين" وهذا أيضاً هو الحكم الذي قرره القانون التجاري المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في المادتين ٦٠٢، ٦٠٣ منه وهي نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني المصري الذي يفوق في الدقة نصوص القانون المدني اليمني في هذا الشأن، وانظر نقض مدني مصري في ١٥/١٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص ٤٩ رقم ٢.

ونص المواد من ٥٩٨ إلى ٦٠١ من التقنين التجاري المصري الجديد لا يخرج عن مضمون ما قرره القانون التجاري اليمني في المواد من ٥٩٩ إلى ٦٠١ منه وانظر في شأن حكم المواد في القانون التجاري المصري القديمة المتعلقة بهذا الشأن؛ د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٩٥ ص ١٠٤٦، وكذا مؤلفه نظرية العقد ف ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١.
١) انظر د. محمد بن عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرفات المرجع السابق ص ٤٤٤/٤٤٥، وكذا الأحكام الفرنسية المشار إليها في الهامش.

النتيجة على الرغم من أن بيان هذا السبب هو وحده الذي يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية^(١). لذلك اعترض هذا الفقه على عدم النفاذ أو "عدم السريان" كتكييف للدعوى البولصية وبيان طبيعتها والذي يجعله أنصاره إما نوعاً من البطلان وإما وسيلة للتعويض العيني، كما يجعله بعضهم نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات مدينه سيء النية.

أما جعله نوعاً من البطلان فهو بذاته يبرر رفضه كتحديد لطبيعة الدعوى البولصية لنفس الأسباب التي يرفض بها تكييفها بأنها دعوى بطلان أو بطلان بقصد التعويض، على أساس أنه ليس إلا صورة جديدة من البطلان، لا تتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان^(٢).

وأما جعله وسيلة للتعويض العيني فهو تأسيس لا يصلح إلا في حالة سوء نية المتصرف إليه، في تصرف معاوضة، فلا تعتبر الدعوى دعوى تعويض إلا في هذه الحالة، أما الحالة الأخرى وهي التصرفات التي يجريها المدين تبرعاً إلى متبرع إليه حسن النية فلا ينطبق عليها هذا التكييف، ذلك أن حسن نية المتبرع له والذي يعني جهله بإعسار المدين، معناه أنه لم يصدر من جانبه أي خطأ يؤدي إلى شغل مسؤوليته وبذلك ركن هام من أركان المسؤولية المدنية وهو ركن الخطأ^(٣).

وأما جعل عدم النفاذ أو عدم السريان نتيجة اعتبار الدائن من الغير بالنسبة للمدين حتى لا يتصرف إليه أثر هذا التصرف فقول لا يفهم معناه

- (1) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣ طبعة ١٩٥٦ ص ١٦٠.
- (2) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٤٣، وانظر بعض الفقه الفرنسي منهم هيك المطول ج ٧ ف ٢١٧ وجوفيدل النظرية العامة للبخش في القانون الفرنسي رسالة دكتوراه كلية حقوق تولوز ١٩٥٧ ص ٤٠٤ حيث يفضل هذا الفقيه الاستعانة بالنظرية العامة للبخش واعتبار الدعوى البولصية تطبيق من تطبيقاتها، وانظر مازتي ورينو الالتزامات ج ٢ ط ٢ ف ١٩٠ ص ١٧٣، مازو وشاباس في الالتزامات ج ٢ ص ١٠٨٣، ورد ذكرهم في د. محمد بن عبدالقادر في رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المرجع السابق ص ٤٣٣ هامش ٢، ود. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ف ١٠٢ ص ٢١٧، أستاذنا د. البدر اوي أحكام الالتزام ص ١٣٦، د. أنور سلطان، د. جلال العدوي رابطة الالتزام ص ٣١١، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع ص ٣٠٩، د. عاطف محمد كامل الغير في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٦ ص ٦١٩.
- (3) المراجع السابقة نفس المواضع.

إلا بالتسليم بأن تصرفات المدين تسرى في حقهم على أساس أنه ينوب عنهم في إبرام هذه التصرفات حتى يمكن القول بأن سوء نية المدين يضعهم من (الغير) فيما يتعلق بهذه التصرفات كوسيلة لمنع انصراف أثرها إليهم بالرغم من أن تأثر الدائنين لا يتصور إلا بوسيلة غير مباشرة لا تسمح بافتراض تمثيل المدين لهم بأية صورة^(١) كما أنه من ناحية أخرى أن اعتبار الدائن من الغير بالنسبة لتصرفات المدين لا يبين كيفية إزالة المدين الغش نيابة عنهم^(٢).

ويضيف بعض الفقه أن نظرية عدم النفاذ أو عدم سريان التصرف السائدة في الفقه المصري والفرنسي الحديث تظل نظرية تنقصها المنهجية القانونية في الاستخلاص لتحديد طبيعة هذه الدعوى والفلسفة التي تقوم عليها^(٣) لأن استدلالهم لتكييف هذه الدعوى بما قامت به بعض التشريعات المعاصرة من وصف الدعوى البولصية "بدعوى عدم نفاذ التصرف" إنما هو تلخيص لأثار الدعوى وليس بياناً لطبيعتها، أي أن هذا الاتجاه يخلط بين الوسيلة والهدف أو الغاية من هذه الدعوى، إذ أنه لا جدال في أن الهدف من هذه الدعوى هو حماية الدائن بعدم الاحتجاج في مواجهته بهذا التصرف ولكنهم لم يبينوا ما هو النظام القانوني الذي يصلح لتأسيس تلك النتيجة^(٤) لأن التشريعات في هذا الشأن لم تفصح عن أخذها بعدم النفاذ كتكييف لطبيعة هذه الدعوى وإنما اقتصرت فقط على تسميتها بدعوى عدم نفاذ التصرفات وبيان أحكامها لم تبين طبيعتها، وتسميتها بهذه الصفة ما هو إلا مجرد تلخيص صحيح لآثارها لا اعتراض عليه ولكن لا تمنع هذه التسمية أو هذا التلخيص من القيام بتكييف هذه الدعوى التكييف القانوني المناسب^(٥)، لأن الماء لا يفسر بالماء، ومن ثم

- (1) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني المرجع السابق ص ١٤٣.
- (2) انظر أستاذنا د. جميل الشراوي رسالته نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري، المرجع السابق ص ١٦٦.
- (3) د. محمد بن عبد القادر محمد عبد القادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، المرجع السابق، ص ٤٥٣/٤٥٤.
- (4) انظر د. جميل الشراوي رسالته نظرية بطلان التصرف، المرجع السابق، ص ١٦٠.
- (5) د. محمد بن عبد القادر رسالته السابقة ص ٤٥٤.

فإن فكرة عدم النفاذ في حد ذاتها لا تصلح لأن تكون وسيلة تفسير لأحكام هذه الدعوى. والدليل على ذلك أن أنصار هذا الرأي لا يزالون يحاولون الكشف عن سبب تبرير عدم النفاذ، مما يعني أن أنصار هذا الاتجاه لا زال في شك في كفاية عدم النفاذ كتكييف لطبيعة الدعوى^(١).

لذلك اتجه جانب آخر من الفقه إلى تكييف الدعوى البولصية على أساس أنها دعوى صورية مفترضة افترض القانون صورية التصرف المطعون فيه، وذلك لمصلحة من جعل القانون لهم الطعن بالدعوى البولصية (الدائنين) وذلك لاتفاق آثار وشروط قبول الطعن بدعوى عدم النفاذ، بالنسبة للدائن اتفاقاً يغلب الظن معه بأنها متطابقة. وهذا ما يتضح من خلال الظروف التي يقع فيها التصرف المطعون فيه وهي: إعسار المدين ورغبته في التصرف غشاً بالدائنين وهروباً من الوفاء بديونه هذه الشروط أو الظروف تحمل معنى يغلب معه الظن فيه بأنها تواجه مديناً يرغب في تجنب التنفيذ على أمواله أو على جزء منها غشاً بمصلحة دائنيه، أي يحتفظ بها لنفسه أي أنه في الحقيقة أننا بصدد مدين يتصرف تصرفات صورية لا جدية، ذلك لأنه في الوضع العادي للأمر لا يتصور أن يقصد المدين الإضرار بدائنيه عن طريق إفادة دائن جديد دون أن تكون له في ذلك فائدة تدفعه إلى غش أولئك الدائنين فالتصرف الذي تحاربه الدعوى البولصية تصرف يظن ظناً راجحاً أنه تصرف صوري فهل هذا التكييف الذي ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي بأن الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه بأنه تصرف صوري مفترض هو التكييف السليم لطبيعة دعوى عدم نفاذ التصرفات هذا ما سنرى الإجابة عليه في المبحث الثاني عند بحث طبيعة النظام القانوني لدعوى الصورية (التصرف الهزلي)^(٢).

- (١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. جميل الشرفاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ٥٨، وبحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٣١، د. فخري أبو سيف مبروك دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية المرجع السابق ص ٢٠٠ وما بعدها.
- (٢) وقد تحدثت محكمة النقض المصرية عن جدية التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية في كثير من أحكامها، انظر نقض مدني مصري في ١٩٨١/٥/٢٠، مجموعة أحكام النقض الستة ٢٢، الغدد الثاني ص ١٥٤٩، حيث قضى في أسبابه بأن الدعوى البولصية تتضمن تقريراً بجدية تصرف المدين المطعون فيه انظر أيضاً د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ المجلد الرابع =

المبحث الثاني

نطاق الغش وطبيعته القانونية في الدعوى الصورية (دعوى الهزل)

إن حسن النية أو سوءها تظهر كأهم قاعدة في الصورية وتميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية الأخرى، حيث أن العقود الصورية قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش ولذلك كانت التشريعات القديمة لا تنص على تنظيم أحكامها وما يترتب عليها من مسئولية، بل كانت تعاقب عليها في بعض الأحوال بغرامة مالية كبيرة كالقوانين الفرنسية القديمة ولكن الشارع الفرنسي الحالي لا يمنعها، بل أباحها بنص المادة ١٣٢١ من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن: "العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين، ولا يكون لها أثر ضد الغير"^(١).

وهو ما سارت عليه التقنيات المدنية الحديثة حيث تضمنت نصوصاً عامة في الصورية، فنص المادة (١١٧) من التقنين المدني الألماني يجعل العقد الحقيقي هو الذي يسرى دون العقد الظاهر، حتى بالنسبة إلى الغير. أما تقنين الالتزامات السويسري فقد قضى في المادة ٢/١٨ على العكس من ذلك بسريان العقد الظاهر، وجاءت نصوص المشروع الفرنسي الإيطالي أدق في الحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعاباً للموضوع^(٢)، حيث نصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه في حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين، وإذا قصد المتعاقدان باتخاذهما شكل عقد معين أن يبرما عقداً آخر، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، ويجوز للدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما

(١) أحكام الالتزام ص ٣٩، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام في ١٠، أستاذنا د. البدراي أحكام الالتزام في ١٤٤ ص ١٦٧، أستاذنا د. جميل الشرفاوي بحثه السابق ص ٤٣ حيث يعقب على ذلك بقوله: بأننا لا نقول على خلافهم أن التصرف صوري بل لا نفضل في هذا الأمر وإنما نقول أنه يعتبر باجتماع شروط الدعوى البولصية كالصوري في حق الدائن. انظر زميلنا د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ١٠٢ ص ١٠١/١٠٠.

(٢) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات، المرجع السابق ج ١ ف ٢٤١ ص ٣٦٩، د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ف ٦١٩ ص ١٠٨٤/١٠٨٥.

بين المتعاقدين" ونصت المادة ٥٠ من ذات المشروع على أن: "العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين، خلفهما العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها".

فالمبتين من هذه النصوص التي جاء بها المشروع الفرنسي الإيطالي أنها تقرر أن العقد المستتر هو العقد الحقيقي وهو العقد الذي يجب أن يسري أما الجواز للغير بالتمسك بالعقد الظاهر - العقد الذي لا وجود له قانوناً - فهذا هو الاستثناء. ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحيان على القاعدة العامة، ويحق للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته، فهو إذا تمسك بالعقد المستتر، فلأنه العقد الحقيقي الذي ابتغاه المتعاقدان، فياخذهما بما ابتغياه وإذا تمسك بالعقد الظاهر، فلأن هذا العقد قد أوجد شكلاً اتخذ به، واطمأن إليه، ولا يجوز للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير، فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل مما يكشف عن أن الاستثناء يستعمل في كثير من الأحيان بما يطغى على القاعدة العامة من حيث أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك (غير) آخر بالعقد المستتر فإن التمسك بالعقد الظاهر - أي بالاستثناء - هو الذي ترجح كفته^(١).

وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا^(٢) وأيضاً سلك نفس المسلك الفقه والقضاء في مصر^(٣)، حتى في ظل التقنين المدني المصري السابق الذي لم يكن يورد النصوص التي جاء بها التقنين المدني

- (١) د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٣ ص ١٠٩٩/١١٠٠.
- (٢) ديمولوب ج ٢٤ ف ٣٧٠، أوبري وروج ١ ف ٣٥، بودري وباردوج ٤ ف ٢٤٠، ديموج الالتزامات ج ١ ف ١٦٠ وج ٧ ف ١١٤٣، بلانيول وريبير وإسمان ج ٦ ف ٣٣٥، نقض فرنسي في ١٨٨٣/٣/٦، داللو ١٩٨٤ - القسم الأول ص ١١، ١٩٠٠/٥/٣٠ سيريه ١٩٠١ - القسم الأول ص ٢٧، ١٩١٨/٣/١٢ سيريه ١٩٢٠ - القسم الأول ص ٧١، ونقض فرنسي في ١٨٧٠/٥/٢٣ داللو ١٩٧١ - القسم الأول - ص ١٠٩ (نقلا عن د. السنهوري ج ٢ هامش ١ ص ١٠٨٥، هامش ١ ص ١١٠٠).
- (٣) دي هلتنس ج ١ لفظ (acte) ف ١٠٢، والتون ج ٢ ص ١٣٢/١٣٣، الأستاذ محمد صالح في الالتزامات ف ٣١٥، الأستاذ محمد صادق فهمي مذكرات في الالتزامات ف ٥٤٢ مشار إليهم في د. السنهوري المرجع السابق ص ١٠٨٥، نقض مدني مصري ف ١٩٥٣/١٢/٢٤، مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٣١٤ رقم ٤٨، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٣ ص ٦٤٣ - ٦٤٥، ونقض مدني مصري في ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١ ص ٤٨ رقم ١٣، ونقض مدني مصري في ١٩٥١/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ ص ٧٣٤ رقم ١١٧.

السابق الذي لم يكن يورد النصوص التي جاء بها التقنين المدني الجديد وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة، وقد قام هذا التقنين الأخير بتقنين القضاء المصري في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ منه^(١) حيث نصت الأولى على أنه: "١- إذا أبرم عقد صوري، فللدائن المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستر وبشئوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستر، كانت الأفضلية للأولين". ونصت الثانية على أنه: "إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وهذه النصوص مطابقة للتقنينات المدنية العربية الأخرى موضع المقارنة كالمادتين ٢٤٥ و ٢٤٦ مدني سوري، والمواد ١٤٧ و ١٤٩ مدني عراقي والمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ مدني ليبي.

أما المشرع اللبناني فقد نص عليها في المادتين ١٥٥/١٥٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٣ حيث تنص الأولى على أن: "العقد المستر لا ينتج أثراً إلا بين المتعاقدين وخلفهم العام".

وتنص الثانية على أنه: "يجوز لدائني المتعاقدين وخلفهم الخاص الذين أنشئ سند ظاهري احتيالياً للإضرار بهم، إثبات صورته بجميع طرق الإثبات".

فالأحكام التي أوردها المشرع اللبناني في هذا القانون لا تختلف عما هي عليه في التقنينات المدنية السالفة الذكر، وإن اختلفت العبارات التي صيغت بها^(٢).

أما التقنين المدني اليمني فقد أورد هذه الأحكام في المادتين ١٨٢/١٨٣ منه حيث نصت الأولى في الفقرة (ج) على أنه: "إذا كان

- (١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦١٧ ص ١٠٨١ وفي اقتضاب التقنين المدني المصري السابق موضوع الصورية، مؤلفه نظرية العقد المرجع السابق، ف ٧٥٢.
- (٢) انظر د. صبحي حمصاني آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨-٧١، د. السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١٠٨٢ بالهامش، د. مصطفى الجمال أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٢٧٣ ص ٤٣٤/ وف ٢٧٤ ص ٤٣٧.

المتعاقدان هازلين في عقد يقبل النقص كان العقد صورياً وإذا تصرف من صار إليه إلى من لا يعلم بالهزل فللمتصرف إليه أن يتمسك بالعقد إلى أن يقوم الدليل على هزليته فيكون له الرجوع على الهازلين بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده".

وتنص الثانية على أن: "كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلاناً"^(١).

فالواضح من هذه النصوص التي أوردتها هذا التقنين بأن المشرع اليمني في الفقرة (أ) من ذات المادة قد أخرج من دائرة الصورية أو الهزل سائر التصرفات التي لا يمكن نقضها وهي: الطلاق والنكاح والرجعة، وذلك عملاً بالحديث الشريف: - {ثلاثة جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة}.

كما أخرج في الفقرة (ب) من ذات المادة من نطاق الصورية أو الهزل: سائر الإخبارات العامة وذلك كالإقرار والشهادة وهي من وسائل الإثبات فالمقصود ببطلانها هنا عدم توافر حجتها كدليل^(٢).

كذلك يلاحظ على المادة ١٨٣ مدني يعني أن المشرع قد قصر حكمها على المتعاقدين والخلف الخاص في نطاق العقود التي تقبل النقص كسائر العقود والتصرفات المالية فلم يمد حكمه إلى الدائنين كما فعلت بقية التشريعات السالفة الذكر وعلى أي حال فهو لم يجعل للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري بصفة نهائية، وإنما أجاز له أن يتمسك بهذا العقد حتى تثبت صوريته وحينئذ يعتبر التصرف صورياً في حقه أيضاً، حتى ولو كان وقت التصرف حسن النية، وبالتالي لا يكسب الحق المتصرف إليه فيه بعد ثبوت هذه الصورية طبقاً لطرق الإثبات المنصوص عليها في المادة ١٣ إثبات يمني، وإنما يحق له في هذه الحالة أن يرجع بالتعويض على من تصرف إليه. وعلى المتعاقد مع هذا المتصرف

(١) وهو نفس المعنى الوارد في المادة (٢٤٥) من القانون المدني المصري.
(٢) انظر في هذا الشأن أيضاً أستاذنا د. جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني هامش ص ١، ص ١١٧، وزميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف ١١١ ص ١٠٩.

بالعقد الصوري إلا إذا استطاع المتعاقد الأول إثبات أنه لا يعلم بهذا التصرف الثاني، فيكون الرجوع بالتعويض على المتصرف الثاني وحده^(١) ومن ثم فالصورية تعتبر في نظر القانون اليمني إحدى الصور البارزة للحيلة والغش من جانب المتعاقدين لإضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين على المدين.

وبناءً على ذلك فإنه إذا قام المدين بتصرف صوري في أمواله بقصد غش الدائنين عن طريق حرمانهم من التنفيذ على هذه الأموال، فإن من حق الدائنين الطعن في هذه التصرفات بشرط إثبات سوء نية المدين من خلال قيامهم بإثبات صورية التصرف الحاصل بينه وبين المتصرف إليه توصلًا إلى اعتبار هذه الأموال باقية في ذمة مدينتهم ليقترضوا منها حقوقهم هذا بالإضافة إلى ما قد يتعرض له المدين في هذه الحالة من حكم بالحبس (كوسيلة لا كراهة على الوفاء) تصل مدته إلى سنة كاملة^(٢). لأن مثل هذا التصرف من المدين يعد إخلالاً بواجب قانوني هو إضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين وزعزعة للثقة في التعاملات المالية القائم على ترك الحرية للمدين في التصرف في أمواله وإدارتها في مقابل تحويل الدائنين حق التنفيذ على ما يوجد منها في ذمته وقت هذا التنفيذ... من غير تمييز بين مال وآخر ومن غير حاجة إلى أخذ ضمان خاص على مال معين من هذه الأموال. وهذا هو السبب الذي دفع بالتشريعات المختلفة بوضع وسيلة في يد الدائنين هي وسيلة الدعوى الصورية لرد تصرفات المدين السيئة النية إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام لحقوق الدائنين للمحافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين^(٣). هذا هو الجزء المعتاد لصورية التصرف بين المتعاقدين لأنه لا يشترط بحسب الأصل لاستعمال دعوى الصورية أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر - ولا يمنع هذا قيام حق الدائن في الطعن في التصرف الصوري وهذا ما يميز الدعوى الصورية عن دعوى عدم نفاذ أو وقف التصرف والتي رأينا فيها أنه يشترط فيها قصد

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) المرجع السابق نفس الموضوع.

(٣) انظر في هذا المعنى د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ٢٦٩ ص ٤٢٨.

الإضرار بمحقوق الدائن وبالرغم من هذا فقد تستعمل الصورية خديعة الغير وللتحايل على القانون ولهذا فهي قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش إذا قصد بها التهرب من القانون أو إخفاء السبب المخالف للقانون وذلك كما في حالة الإيصاء تحت ستار البيع بقصد التهرب من النصاب الشرعي للوصية وهو الثلث، أو الهبة تحت ستار البيع بقصد حرمان الدائن من الطعن بالغش أو الشراء بطريق التسخير لمن لا يميز لهم القانون الشراء بسبب وظيفتهم وهم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون... الخ متى كان متنازعا عليه^(١).

وهذا ما جعل القضاء الفرنسي لا يميز بين الغش والصورية إلا منذ وقت قريب حيث اقتصر عندئذ على منع الصورية واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان إذا توافرت فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وهذا ما تقضي به المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي التي سبق ذكرها^(٢).

ونرى أن هذا أيضاً هو حكم المادة ١٨٢ مدني يمني والمواد المدنية العربية الأخرى السالفة الذكر. لأن القانون لا يمنع إخفاء حقيقة المعاملات التي تحصل بين الأفراد إلا إذا كانت وسيلة لمخالفة أحكامه الأمره بإخفاء تصرفات تتعارض مع هذه الأحكام لأنها عندئذ تكون وسيلة للغش والاحتيال على القانون. ولكن إذا كانت التصرفات المخفأة باطلة في هذه الحالة، فهي لا تكون كذلك لأنها صورية وإنما تكون باطلة لأن هدفها هو مخالفة أحكام القانون والبطالان في هذه الحالة لا يعترى التصرف الظاهر بل يعترى التصرف الحقيقي^(٣).

وهذا أيضاً هو ما دفع بالفقه والقضاء في مصر إلى القول بعدم جواز القول بأن الصورية غش بحيث يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات بل أن هناك

(١) انظر في هذا المعنى زميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف١٠٦ ص١٠٤، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج٢ ف٦١٣ ص١٠٧٦، د. أنور سلطان أحكام الالتزام ف٧١ وما بعدها ص٦٢ وما بعدها، مصطفى الجمال أحكام الالتزام ف٢٧٠ ص٤٢٩ وما بعدها.

(٢) راجع في هذا المعنى د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج٢ ف٦١٩ ص١٠٨٤.

(٣) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. جميل متولي الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ف٢٨ ص١١١.

فرقاً بينهما بتدليل أنهما يذهبان إلى القول بأنه لا يجوز إثبات صورية عقد مكتوب بين المتعاقدين إلا بالكتابة ولكن إذا قصد بالصورية غش الشارع والاحتيال على أحكام القانون أو إخفاء لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب ، كما إذا كان القصد من العقد الصوري الاتفاق على شيء يجرمه القانون ويكون مضرراً بأحد طرفي التعاقد أو مضرراً بالخلف العام أو بالغير كالتفرض الذي يخفي دين القمار ، أو البيع الذي سببه الفوائد الربوية أو التحايل على قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف إضراراً بالوارث ففي هذه الحالات ونحوها يجوز للمدعي الصورية أن يثبتها بجميع طرق الإثبات على الرغم من أن القاعدة في القانون المدني المصري أنه لا يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف عن الحد الجائز للإثبات فيه بالشهادة^(١) و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية (بأن للمشتري بعقد غير مسجل أن يتمسك بصورية العقد الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة و له أثبات ذلك بكافة طرق الإثبات)^(٢) فمقتضى هذا الحكم هو أن اشتراك الغير في الغش يتحقق بمجرد علمه بالسلوك غير المشروع للبائع و ذلك حينما يستعين على تحقيق هدفه بإبرام بيع ثان و التيسير على المشتري الثاني في إجراءات التسجيل ، و هذا يدل على تواطؤ المشتري الثاني مع البائع و هذا ما أستقر عليه القضاء المصري و ذلك استناداً إلى قاعدة

(١) انظر د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٨ - ١١١٠ وما بعدها وكذا الأحكام القضائية العديدة التي ذكرها في تلك الصفحات كتطبيقات للقانون المدني المصري القديم والناقد، وكذا انظر الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٤ مكرر ص ٦٢٥ - ٦٢٨ وما بعدها والأحكام العديدة التي أشار إليها أيضاً في تلك الصفحات في ظل القانون المدني المصري القديم والحالي.

(٢) نقض مدني مصري في ٢٥/٢/٢٠١١م ، طعن رقم (٨٩١) ، لسنة ٦٩ ق ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الأول ، سنة ٤٦ يناير - مارس ٢٠١٢م ص (١٥٢) ، و نقض مدني مصري في ٢٨/٥/٢٠١٢م ، مجموعة أحكام النقض المدني طعن رقم (٨١٣٧) ، لسنة ٦٣ ، ص (٢٩) ، و نقض مدني مصري في ٨/١٠/٢٠١١م ، مجموعة أحكام النقض المدني ، طعن رقم (١٨٤٧) لسنة ٧٠ ق ، ص (٥٤٥) حيث جاء فيه (الصورية المطلقة تنفي وجود العقد في ذاته و لا يكون له وجود في حقيقة الواقع) وإن كنا نرى في هذا الصدد أنه لا توجد بالضرورة مدعي الصورية هنا - وهو المشتري بعقد غير مسجل - أن يستند إلى الصورية التدلسية لإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لأنه يعتبر في هذه الحالة من الغير الذي أباح له القانون دائماً إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات كما سنرى ذلك لاحقاً في المتن - لأن العقد الصوري بالنسبة له يعتبر واقعة مادية ولم يكن من المتيسر له الحصول على ورقة ضد لأنه ليس متعاقداً.

الغش يبطل التصرفات و هي قاعدة سليمة و لو لم يجر بها نص خاص باعتبار أن الغش و التدليس كلاهما مفسد لأي عمل قانوني^(١) فإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر، جاز لهذا المتعاقد الآخر و لو ارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق فيثبت بكافة وسائل الإثبات أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيمنع العقد من الإبطال^(٢). أو أن حقيقة البيع المنجز وصية قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحق بقية الورثة وهذا قد يحدث عندما تتسلط زوجة شابة جميلة على إرادة زوجها الشيخ فيبيعها صورياً كل أو بعض عقاراته احتيالياً على قواعد الميراث و حرمان كل أو بعض الورثة من حقهم الشرعي وقد ينشأ الغش عن هوى جامع بالزوجة خاصة إذا كانت جميلة أيضاً خاصة عندما تكون القرائن غير كافية لاعتبار ذلك وصية وذلك في حالة ما تكون الزوجة متمسرة مالياً تستطيع أن تدفع ثمن مثل هذه العقارات^(٣). وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية أنه إذا كان الحكم قد بنى قضاؤه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً في السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف

- (١) نقض مدني مصري قى ١٩٩٨/٢/٢٨، طعن رقم (٢٠٠١) لسنة ٦٧ ق، مجلة هيئة قضايا الدولة عدد ٣، لسنة ٤٣ يوليو - سبتمبر ١٩٩٩ م، ص (١٣٠)، حيث جاء فيه (قاعدة الغش يبطل التصرفات أصل قانوني واجب الإتيان دائماً)، نقض مدني مصري في ١٩٩٦/٦/٢٦ م، طعن رقم (٤٥٠٧) مجلة هيئة قضايا الدولة عدد ٤ لسنة ٤١ أكتوبر - ديسمبر ١٩٩٧ م، ص (١٤٥)، نقض مدني مصري في ١٩٥٦/٢/٩ م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ٧، رقم ٢٣، ص (١٦٨)، نقض مدني مصري في ١٩٧٩/٥/٢١ م، مجموعة أحكام النقض لسنة ٣٠ ج ٢ رقم (٢٥٨)، ص (٣٩٩)، نقض مدني مصري في ١٩٦٥/٥/٢٧ م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ١٦، رقم ١٠٥، ص (٦٥٥) و حكم للمحكمة الدستورية العليا المصري في الدعوى رقم ٢٢، لسنة ١٢ ق، دستورية الصادر في الأول من ١٩٩٤ م تعليق الدكتور محمد حسام محمود لفظي على هذا الحكم منشور بمجلة البحوث القانونية و الاقتصادية كلية الحقوق بني سويف جامعة القاهرة عدد يناير ١٩٩٤ م، ص (٤٨٥)، و نقض مدني مصري في ١٩٩٧/١/٣٠ م، الطعن رقم (٤٠١٤) لسنة ٦٦ ق، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٨ ج ١ يناير - مايو، ١٩٩٧ م، و نقض مدني مصري في ١٩٩٦/١١/٢٧ م، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ م - ١٩٩٧ م للمستشار حسن الفكحاني، قاعد رقم (٤٤٦) ص (٧٣٣)
- (٢) استئناف مصر الوطني في ١٩٣٢/١/٢٣، المحاماة، السنة ١٣ ص ٦٩، مشار إليه في د. السنهوري الوسيط ج ٢ هامش ١ ص ١١٠٩.
- (٣) أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٣ ص ٦٢٤.

إرادته فيعتبر سهل الانقياد وخصوصاً لأولاده المقيمين معه الذي صدر العقد لهم فإنه لا سبيل إلى الجدل في ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى^(١). أي أنه يجوز إثبات هذا الغش أو الاحتيال على القانون لدى محكمة الموضوع بأي طريق من الطرق القانونية دون أن يخضع القاضي في تقدير ذلك لرقابة محكمة النقض.

وهذا على عكس ما إذا كان قد تم التحايل على القانون من غير أن يكون هذا التحايل موجهاً ضد مصلحة أحد المتعاقدين، فلا يجوز لأي منهما أن يثبت العقد المستتر إلا طبقاً للقواعد العامة للإثبات، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من اصطناع ورقة تثبت حقيقة العلاقة بينهما تسمى ورقة الضد طالما أن التحايل لم يوجه ضد مصلحة أي منهما^(٢).

هذا بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام كالوارث والموصى له بخصمة في التركة، أما بالنسبة لغير هؤلاء من خلف خاص كمشتري أو دائن عادي أو نحوهم كجار يريد الأخذ بالشفعة مثلاً فلا ريب أنه يكون له أن يتمسك بحقيقة العلاقة بين الطرفين إذا كان هذا الأمر يحقق مصلحته في ذلك وفي هذه الحالة يكون له إثبات صورية التصرف الظاهر بكافة وسائل الإثبات القانونية باعتباره من غير أطراف التصرف يتعدر عليه الحصول على دليل كتابي (ورقة الضد) يثبت حقيقة التصرف (الصورية)^(٣).

وعلى ذلك إذا كان لا يحق للمشتري أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات^(٤) مع أنه ليس من الغير، وذلك لأنه قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية^(٥).

وكذلك قد يقصد بالصورية غش الشارع فيما يجب دفعه للخزانة العامة هرباً من دفع الرسوم الواجب دفعها قانوناً، كما إذا خفض الثمن في

- (١) مجموعة القواعد القانونية، الإصدار المدني ج ٣ ص ٣٩٦.
- (٢) مصطفى الجمال، أحكام الالتزام المرجع السابق ف ٢٧٢ ص ٤٣٢، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ص ١١٠٩.
- (٣) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة ١٩٩٧ ف ٨٠ ص ٧١، د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، المرجع السابق ف ٢٧٣ ص ٤٣٣.
- (٤) استئناف مصر مختلط في ١٩٢٤/١/٢٢، مجلة التشريع والقضاء المختلط، السنة ٣٦ ص ١٧٠.
- (٥) د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٩ هامش ١.

عقد بيع عقار بغرض خفض رسوم تسجيله ففي هذه الحالة إذا كان لا يحق للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل ، وهذا على عكس الخزانة العامة تستطيع إثبات الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن وثن الأراضي المماثلة والمعاينة وتقارير الخبراء مع أن الخزانة ليست من الغير، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الإضرار بها ولأن البيع بالنسبة إليها واقعة مادية^(١).

وتطبيقاً للمبادئ السابقة فقد قضت محكمة النقض المصرية: بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التديسسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن^(٢). وقضت أيضاً بأنه: "إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديدها للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون"^(٣).

نخلص من هذا بالقول بأنه إذا كان القصد من استعمال الصورية غش وخديعة الغير أو التحايل على القانون أو أخفت سبباً لا يحلله الشرع فإنه لا عبرة في ذلك، لا بالعقد الظاهري ولا بالعقد الخفي (الصوري) لأنه لا حكم للصورية مع بطلان سبب التصرف فعقد الهبة الذي يخفي في طياته فوائد ربوية محرمة أو قيمة أموال غير متقومة كالخمر بالنسبة للمسلم والتحايل على

(١) أحمد نشأت، رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٤ مكرر ص ٦٢٨ - ٦٢٩ ، د. عبدالرزاق

السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٦٢٩ ص ١١٠٩/١١١٠ بالهامش.
(٢) نقض مدني مصري في ١٩٥٢/٣/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٦٦٥ رقم ١١٤.

(٣) نقض مدني مصري في ١٩٤٤/٢/٣ ، مجموعة محمود عمر (مجموعة القواعد القانونية) ج ٤ ص ٢٥٦ رقم ٩٦ ، وكذا الأحكام القضائية التي أشار إليها العلامة المرحوم د. السنهوري في الوسيط ج ٢ هامش ص ١١١١ وكذا د. إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام طبعه ١٩٦٧ ف ١٢٧ ص ١٧٠ - ١٧٣ وبصورة خاصة ص ١٧٢.

قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف ففي هذه التصرفات وأمثالها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا لتعلقها بالصورية وإنما لانطوائها على السبب المحرم شرعاً وقانوناً. ويجوز لمدعي الصورية أن يثبتها بجميع طرق الإثبات وهذا ما تذهب إليه التشريعات المدنية في مختلف البلدان، غير أن القانون المدني اليمني طبقاً للمادة (١٨٢) منه أجازت للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر إلى أن يقوم الدليل على هزليته وحيثذ يكون له الرجوع على الهازلين (في التصرف الصوري) بالتعويض لما لحقه من ضرر وغرامة ما لم يثبت أن المتصرف الأول كان حسن النية فيكون الرجوع على المتصرف الثاني وحده هذا بالإضافة إلى ما قد يتعرض له المدين سيء النية من الحكم عليه بالحبس لمدة تصل إلى سنة كاملة لإكراهه على الوفاء وغشه للدائنين وإخلاله بواجب قانوني هو إضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين وزعزعته للثقة في التعاملات المالية (المادة ٣٦٠ مدني يمني والمادة ٣٦٢ تنفيذ مدني يمني) وهذا هو السبب الذي دفع بالتشريعات المختلفة بوضع وسيلة الدعوى الصورية في يد الدائنين لرد تصرفات المدين السيئ إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام محافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين. وإن كنا نرى بأنه لا يكفي لقيام هذه التشريعات المختلفة بتقرير وسيلة دعوى الصورية في يد الدائن لمعالجة خطورة الصورية على الثقة في التعامل بل أننا نهيىب بتلك التشريعات بما فيها تشريعنا بضرورة تدخل المشرع لتجريم الصورية التي تنطوي على الخداع والغش وإضراراً بالدائنين وذلك أسوة بتجريم التزوير، والنصب وخيانة الأمانة وذلك لتشابه الصورية في هذه الصورة مع تلك الجرائم في الطبيعة والأثر، ويتعبر آخر لاتفاقهما مع هذه الجرائم في شروط العقاب. فكما أن التزوير يعاقب عليه القانون إذا توافر فيه تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله فإن الصورية كذلك قد تستجمع هذه الشروط وبالتالي فإن الصورية والتزوير من طراز واحد ومثلهما في ذلك الشهادة الزور^(١). وهذا ما كان قد دعى إليه الفقيه فريير أحد فقهاء القانون الفرنسي القديم عندما وصف

(١) انظر في هذا المعنى عزيز خانكي في مقالة "الصورية وجوب اعتبارها جريمة" مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة السنة السابعة ص ٤٢٧.

الصورية بقوله: "إنها طريق ملتوي يلجأ إليه المتعاقدين ليأخذوا بالشمال ما أعطوه باليمين.... وبالجملته فإن الصورية تحاك بمهارة للخداع والغش، ولا يلجأ إليها إلا كل مختل (خداع) كذاب"^(١).

وبناءً على ذلك نعتقد أنه لو تدخل المشرع بتجريم الصورية - خاصة التدليسية منها - على هذا النحو فإننا نرى أن اللجوء إلى هذه الصورية لا شك أنه سيقبل كثيراً عما هو شائع اليوم بعد انتشاره بصورة تنذر بالخطر أو على الأقل نرى أنه يتعين على التقنينات محل المقارنة تقرير ما قرره القانون اليمني في هذا الشأن وهو تعرض المدين سيء النية من الحكم عليه بالحبس مدة تصل إلى سنة كاملة جزاء غشه للدائنين وإخلاله بواجب قانوني هو إضعافه للضمان العام لحقوقهم وزعزعتة للثقة في التعاملات المالية هذا بالإضافة لما ينجم عن هذا الحبس من إكراه المدين السيء النية على الوفاء. فإن لم تقتنع هذه التشريعات بهذا الاقتراح وأرادت حسم مادة الصورية - خاصة التدليسية منها - فإننا نرى أنه يتعين عليها ألا تعتد أساساً بالعقد المستتر (ورقة الضد)، بل تعتد بالعقد الظاهر في جميع الأحوال سواء كان ذلك في مواجهة الغير، أم بالنسبة لأطراف التصرف، لأننا نعتقد أن هذا الحكم لو تحقق فإن أطراف التعاقد الصوري سيترددون كثيراً، بل قد يحجمون في غالب الأحوال عن الإقدام على إبرام مثل هذا التصرف الصوري، حيث يخشى تمسك المتصرف إليه بالعقد الظاهر إذا ما سولت له نفسه أن يخون الثقة التي خولها له المتصرف وعندئذ لا يلومن إلا نفسه حيث لا يمكنه في هذه الحالة التمسك بالعقد المستتر (ورقة الضد) لأن القانون لن يعتد بذلك، بل أنه لا يستطيع أن يبيده، لأنه لا فائدة ولا جدوى من إبداءه، وهذا ما نعتقد أنه قد يساعد على استقرار التعامل ويقوي الثقة في المعاملات لا سيما أصحاب النوايا الحسنة، الذين يتعاملون مع الآخرين على أنهم في الحقيقة مالكو ما يتصرفون فيه، وإذا بهم يتفاجئون بأن هذا الغير الذي يتصرفون معه إنما يتصرف فيما لا يملك، وإنما تملكه بطريق الصورية، وما العقد الذي أبرمه

(١) مشار إليه في د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٧ ف ٣٣ ص ٣٥.

واكتسب به ملكية هذه الأشياء المتصرف فيها إلا عقداً صورياً^(١). وعندما تنعدم الثقة، ويختل ميزان التعامل بين الناس. ونرى أنه من أجل ذلك قد سارت بعض أحكام القضاء في مصر وفرنسا فيما نعتقد معه أنه الصواب في معالجة خطر الصورية حيث ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى جعل العقد الصوري هو الذي يسرى بين المتعاقدين على سبيل العقاب^(٢). وهذا هو نفس الحكم الذي سارت على منواله محكمة النقض المصرية حيث جعلت عبء الإثبات في الصورية على من يدعيها، وقررت الأخذ بظاهر نصوص العقد في حالة العجز عن إثبات الصورية، واعتبرت هذا العقد الظاهر حجة على المدعي لا حجة له^(٣).

المبحث الثالث

نطاق دعوى الصورية المفترضة في مجال دعوى عدم النفاذ (الدعوى البولصية)

إن هذه الصورية المفترضة أو الاعتبارية في مجال دعوى عدم النفاذ تجد تأييدها فيما يقوم به الفقهاء من إبراز مصلحة المدين الشخصية في التصرفات التي يجريها غشاً بدائئيه، بقولهم أن هذا المدين يقصد بالتصرف إلى الحصول على نقود يضعها بعيداً عن الدائنين ليستطيع بها أن يتحاشى الوقوع في الفاقة عند الحكم بإعساره، أو أنه عندما يشعر بانهيار مركزه المالي، لا يتوانى في أن يعمل كل ما من شأنه تبيد أمواله فيعطيهما لأصدقائه وعساهم يردون له هذا الجميل في المستقبل^(٤).

ومن أدل هذه الظروف في الدلالة على الصورية كون المدين في حالة إعسار وعلمه بسوء أحواله، لأنها ظروف يحس فيها المدين بضرورة تهريب أمواله لذا كان من اليسير أن يذهب القانون إلى افتراض صورية تصرف المدين في هذه الظروف لمصلحة الدائن في نطاق الدعوى البولصية

- (1) انظر في هذا المعنى د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٢، ص ١٩٢.
- (2) د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، المرجع السابق ص ٢٠٠ هامش رقم ٢.
- (3) نقض مدني مصري في ١٩٨٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣١ ص ١٥٣١، رقم ٨٨.
- (4) أستاذنا د. جميل الشراوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٤٨، أستاذنا د. البراوي أحكام الالتزام ص ١١٥، د. عبدالحى حجازي ج ٣ ص ٢٠١، د. عبدالرزاق حسن فراج، المرجع السابق ص ٥٤.

المعفاة من عبء الإثبات الثقيل فيما لو رفعها بدعوى الصورية العادية خصوصاً وأن الدائن ليس من خلف المدين حتى يعرف عن كذب حقيقة كل تصرفاته وظروف إبرامها، لذلك افترض القانون صورية ما قام به المدين من تصرف يضر بالدائنين ما دام ذلك الافتراض يقوم على نفس الوقائع المقاربة عادة للصورية^(١).

ويستطرد هذا الجانب من الفقه بالقول بأن هناك من القواعد ما تدل على تأييدها للقول بإباحة الطعن بالدعوى البولصية على أساس افتراض صورية تصرف المدين وهي:-

أ- ما يتجه إليه القضاء ويسلم به الفقه من أن تصرف المدين المعسر، الذي يعلم بإعساره وهو يعتقد أن ذلك قد يروج له أعماله ويعود به إلى اليسار رغم أنه تصرف ضار لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية على أساس عدم توافر شروط الغش^(٢)، والواقع أن اعتبار حسن قصد المدين مع علمه بإعساره، في منع الطعن في تصرف ضار بالدائنين لا يفهم إلا على ضوء ما يدل عليه من ثبوت جدية التصرف كما يلاحظ أن المعاوضات لا ينتج عنها في الغالب إنقاص ذمة المدين ولذلك فالمفروض أنها لو تضمنت إخراج حق من حقوقه فهي تتضمن في ذات الوقت إدخال مقابل له، كما لو باع عيناً من أمواله فهو يأخذ الثمن مقابلها، أو أن المدين استطاع أن يخفيه أو يبدهه بحيث لا يمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه^(٣) مما يدل على أنه لو كان يباع بضمن حقيقي لتأكدت حقيقته من حصول الدائنين عليه ولأمتنع الطعن عليه بهذه الدعوى^(٤).

- (١) أستاذنا د. الشرقاوي، بحثه السابق، ص ٤٢.
- (٢) أستاذنا د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني المرجع السابق ص ١٤٩، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٦٣٣، أستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ص ١٩٦، د. عبدالسلام ذهني أحكام الالتزام ص ٤٧٨، د. حلمي بهجت بدوي خلاصة محاضراته في الالتزامات طبعة مطبعة محمد كرامة القاهرة ص ٣٨٢.
- (٣) د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠، أستاذنا د. البدرابي أحكام الالتزام ص ١٥٣، د. سليمان مرقس الوافي ج ٢ أحكام الالتزام ص ٣١٨، د. أحمد شوقي عبدالرحمن أحكام الالتزام والإثبات طبعة ١٩٨٨ مصر ص ٦٤.
- (٤) أستاذنا د. جميل الشرقاوي أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٠٢، أستاذنا د. محمد لبيب شنب دروس في نظرية الالتزام ج ٢ أحكام الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٧ ص ٢٥٧.

ب- إن القانون المدني المصري القائم أصبح يميز للدائنين الطعن في تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته ، كعقد قرض جديد مثلاً ، إذا كان المقرض عالماً بإعسار المدين ، وهو تصرف يستطيع المدين أن يفيد منه لو أتمه صورياً ، ولكن من جهة أخرى من غير المتصور أن شخصاً عادياً يقوم بمساعدة المدين على غش دائنيه بإقراضه قرضاً حقيقياً مع علمه بإعساره ، أي مع تأكده أنه لن يستوفي حقه كاملاً ، لأنه سينضم إلى دائنين آخرين في اقتسام أموال المدين التي قد لا تفي لاقتضاء ديونهم كلهم ، فإذن لا بد من أن يكون هذا التصرف صورياً كله أو على الأقل في جزء منه^(١).

وإذا كان القانون يشترط شروطاً أخرى لرفع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين غير شرطي الإعسار والغش واللذين استنتج منهما أن هذه الدعوى تقوم على أساس افتراض صورية تصرف المدين ، إلا أن هذه الشروط الأخرى ، ليست في الواقع إلا مجرد قيود على الاستفادة من الصورية التي يفترضها القانون في تصرف المدين المعسر تحقيقاً للعدالة واستقرار التعامل بين الناس^(٢).

وهذا ما يتفق مع ما انتهى إليه بعض الفقه الفرنسي الذي ذهب بعض منه إلى محاولة جعل دعوى الصورية ، صورة للطعن بالدعوى البولصية على أساس إثبات توافر شروط الطعن بالدعوى البولصية في حالات الطعن بالصورية^(٣).

- (١) ويتحقق ذلك بالنسبة للموفاة لأحد الدائنين أو تفضيل دائن على آخر بضمان خاص راجع أستاذنا د. جميل الشرقاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ١٦٤ ، وبحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٥ ، وأحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠.
- (٢) انظر د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف المرجع السابق ص ٤٦٣ ، أستاذنا د. جميل الشرقاوي بحثه السابق ص ٤٦ ، وكذا مؤلفه أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني ص ١٥٠/١٥١ ، د. عبدالحى حجازي أحكام الالتزام ج ٣ ص ٤٠١ ، د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٠٥.
- (٣) أستاذنا د. جميل الشرقاوي رسالته بطلان التصرف القانوني ص ١٦٥ ، وانظر رسالة جرويه عن الدعوى البولصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر جامعة باريس ١٩١٣ ص ٦٣١ وما بعدها وف ٣٤٦ ص ٦٣٨ وما بعدها وف ٣٤٧ وما بعدها ، مشار إليه في د. محمد بن عبدالقادر رسالته السابقة ص ٤٧٠ وما بعدها.

وذهب بعض آخر منهم إلى التقريب بين الدعويين البولصية والصورية إذ فرق في الصورية بين حالتين: حالة توافر الغش وحالة عدم توافره وجعل الدعوى التي ترفع في الحالة الأولى دعوى بولصية مع تعديل في شروطها، وفي الحالة الثانية دعوى غير مباشرة، وهذه المحاولات تدل في كل الأحوال على الشعور بوحدة أساس طبيعة الدعويين البولصية والصورية^(١).

التكييف الراجح للطبيعة القانونية للدعوى البولصية في التقنيات التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف :-

من خلال العرض السابق للآراء والنظريات التي قيلت في الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، فإننا نعتقد بأن تكييف الدعوى البولصية على أنها دعوى صورية مفترضة؟ هو التكييف الأولي بالقبول والاختيار بالنسبة للقانون الفرنسي والمصري والقوانين الأخرى التي لم تعرف فكرة العقد الموقوف، فهذا الرأي هو أكثر نجاحاً من أي نظام قانوني آخر تناوله الفقه في نظرياته السابقة عليه وذلك نظراً للمزايا العديدة التي أمتاز بها هذا التكييف على غيره من التكييفين السابقين وتمثل هذه المزايا فيما يأتي :-

(١) أول ميزة لتكييف دعوى عدم نفاذ التصرفات بأنها دعوى "صورية مفترضة لمصلحة الدائن" أنه أجاب على الاعتراضات التي يمكن أن تثار في هذا الشأن من ناحية اختلاف شروط الدعوى البولصية مع شروط دعوى الصورية وذلك بقوله أن الصورية التي تثار في هذا الصدد إنما هي صورية مفترضة إفترضها القانون لمصلحة الدائن الذي تتوافر له شروط الطعن بالدعوى، وليس معنى تأسيس الطعن بالدعوى البولصية على صورية مفترضة أنه بالضرورة يجب أن تخضع لذات القواعد التي تحكم الطعن بالصورية العادية، ولذلك فإن الخلاف بين الدعوى البولصية ودعوى الصورية في شروط الطعن بكل منهما، أو حتى في وحدة طبيعة

(١) أستاذنا د. جميل الشراوي رسالته بطلان التصرف القانوني المرجع السابق ص ١٦٥، د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ التصرف المرجع السابق ص ٤٧٢.

الدعويين^(١)، فالمرجع يشترط الغش والإعسار في الدعوى البولصية دون دعوى الصورية لأنهما في الدعوى البولصية أساس افتراض للصورية، كما أنه يشترط في الدعوى البولصية شروطاً أخرى لا تشترط في دعوى الصورية، كسبق حق الدائن أو حلوله، لما رأيناه من رغبة المشرع في جعلها قيوداً على الاستفادة من الصورية التي يفترضها القانون في تصرف المدين المعسر تحقيقاً للعدالة واستقرار التعامل بين الناس.

(٢) الميزة الثانية لهذا التكييف أنه يبرر آثار الطعن بالدعوى البولصية تبريراً واضحاً لا يحتاج إلى إفساح المجال للقواعد الاستثنائية حتى تستجيم هذه الآثار مع قواعد النظام الذي تفسر طبيعتها به، كما هو الحال بالنسبة لتكييفها بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض، كما لا يحتاج إلى أن نبحث عن نظام آخر نفسر به النظام الذي نبين طبيعة الدعوى على ضوءه، كما هو الحال بالنسبة لتكييفها بأنها دعوى عدم نفاذ أو (عدم السريان).

(٣) يتميز هذا التكييف أيضاً بأنه يؤسس الدعوى البولصية على نظام معروف بين النظريات القانونية وليس نظاماً يشوبه الشك والغموض، كعدم النفاذ الذي يميل الفقه الحديث إلى تفسير طبيعة الدعوى به.

ومن جهة أخرى فافتراض الصورية ليس وسيلة غريبة على الفن القانوني ذلك أن القانون يفترض جدية التصرف في بعض الأحوال، كما هو الحال بالنسبة للزواج والطلاق والعتق والرجعة، إذ لا يقبل الطعن فيها بالصورية لأن القانون - كما سنرى - يفترض جديتها ولو لم يقصد الأفراد آثارها في الحقيقة، ولذا فإن افتراض صورية تصرف المدين في بعض

(١) وهذا يتضح مما نلاحظه مع أستاذنا د. جميل الشراوي بأن الدعوى البولصية كانت في القانون الروماني وسيلة حماية الدائن ضد تصرفات مدينه الضارة به، حتى ولو كانت صورية والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن ينظم دعوى مستقلة للطعن بصورية التصرفات وذلك لاتسامه بالطابع الشكلي لذلك كانت الدعوى البولصية تقوم بدورها في محاربة غش المدين لدائنه، وجاء القانون الحديث وأخذ بنظام الدعوى البولصية بجانب نظام الطعن بالصورية وهو طعن لا ينشأ إلا في القوانين التي تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة والنظامان يقومان معا في القانون الحديث بوظيفة من طبيعة واحدة على الرغم من اختلاف التسمية ورغم اختلاف شروط الالتجاء إلى كل منهما. انظر بحثه السابق دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٣ و ص ٤٧ وما بعدها.

الأحوال، أمر لا يتعارض مع مبادئ الصياغة الفنية في التشريعات الحديثة^(١).

وبهذا ننتهي إلى القول بأن الرأي الراجح في اعتقادنا بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية في القانون الفرنسي والقانون المصري والقوانين الأخرى التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف هو تكييف هذه الدعوى بأنها دعوى صورية مفترضة، لأنه رأياً يحقق الانسجام مع المنهجية القانونية لهذه القوانين في عدم الخلط بين أثر الدعوى والطبيعة القانونية لها، كما أنه يوضح لنا السبب في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن مع بقاءه قائماً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه.

التكييف الراجح للطبيعة القانونية للدعوى البولصية في التقنين المدني اليمني والفقهاء الإسلامي:-

على خلاف الحال بالنسبة للقانون المدني اليمني الذي كان صريحاً منذ البداية في تحديده للطبيعة القانونية للدعوى البولصية، حيث وصفها في المادة ٣٦٧ منه بأنها "دعوى وقف نفاذ التصرف" وبالتالي نرى أنه لا يصح أن يثار بالنسبة لهذا القانون ما أثير في الفقه القانوني لهذه القوانين بشأن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية، لأن المشرع اليمني قد تدخل بنفسه وحسم هذا الأمر بوسيلة قانونية هي فكرة العقد الموقوف التي استقاها من الفقه الإسلامي وهي وسيلة لا تخضع للنظام القانوني لتقسيمات العقد الباطل إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي حتى يثار بشأنها الخلاف هل هي دعوى بطلان أو دعوى تعويض وإنما فكرة العقد الموقوف هي نوع من أنواع العقد الصحيح غير أنه لا ينتج أثره لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير (الدائنين) إلا إذا لحقته الإجازة بمن لهم حق

(١) فهذا الافتراض شأنه شأن الافتراضات في بعض الأحكام القانونية مثل افتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس في جانب المتبوع لمصلحة المصاب وحده في المسؤولية عن خطأ التابع، أما في علاقة التابع والمتبوع فيظل الخطأ واجب الإثبات ليثبت من تستقر على عاتقه المسؤولية في نهاية الأمر، انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائته المرجع السابق ص ٤٧٤ هامش ١، وأستاذنا د. جميل الشرفاوي بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ص ٤٧ هامش ٣. ومثل ذلك أيضاً افتراض الشرع الإسلامي جدية التصرف في بعض الأحوال ولو لم تتجه إرادة الأفراد إلى آثارها في الحقيقة مثل الزواج والطلاق والعتق والرجعة واليمين... الخ وهو ما ذهب إليه أيضاً كما سنرى المادة ١٨٢ مدني يمني فيما يتعلق بالطلاق والنكاح والرجعة.

الإجازة وهم هنا في هذه الحالة الدائنين فهؤلاء وحدهم أجاز لهم القانون حق إجازة تصرفات المدين الضارة بهم، وهذا ما هو إلا تطبيقاً للقاعدة العامة المتعلقة بالعقد الموقوف عموماً والتي نصت عليها المادة ١٤٣ مدني يعني التي تقضي بأن: "العقد الموقوف هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن بوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقق الشرط أو حصول الإذن ممن يملكه..."

فالواضح من ذلك أن المشرع في التقنين المدني اليمني قد أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي كنظرية عامة في هذا التقنين وذكر بعض الحالات أو التصرفات التي تعتبر موقوفة كتطبيق لهذه النظرية والتي منها ما نص عليه في المادة ٣٦٧ مدني والتي حددت فيها الطبيعة القانونية للدعوى البولصية بأنها: "دعوى وقف نفاذ التصرف" وعلى ذلك فإن وقف نفاذ التصرف القانوني في هذه الدعوى على الإجازة ممن يملكها هو نظام قانوني ذات طبيعة قانونية مستقلة قائمة بذاتها شأنها في ذلك شأن النظام القانوني للحق في الحبس^(١) وإن كان يقابل النظام القانوني لعدم نفاذ العقد" أو "عدم سريانه" المعروف في الفقه الفرنسي والمصري وغيرهما من القوانين الأخرى باعتبار هذه العقود من أقسام العقد الصحيح في هذه القوانين إلا أنه بالرغم من ذلك ما زالت الطبيعة القانونية للعقد الموقوف تختلف عن الطبيعة القانونية "للعقد غير النافذ" أو "غير الساري" في أكثر من وجه أهمها أن العقد غير الساري أو غير النافذ في حق الغير أنه عقد ينشأ صحيحاً منتجاً لأثاره جميعاً فيما بين المتعاقدين لكن لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير (الدائنين) مع بقاءه صحيحاً نافذاً ينتج أثره بين عاقديه منذ انعقاده^(٢).

(١) الوقف في اللغة هو الحبس أو السكون يقال وقفت الدابة وقفاً وقرفاً سكنت، ووقفت الدار وقفاً حبستها في سبيل الله، ووقفت الأمر على حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع، راجع في هذا: المصباح المنير ج ٢ ص ٤٨ كتاب الواو مع القاف وما يثلثهما، مختار الصحاح مادة (وقف) لسان العرب مادة (وقف).

(٢) انظر في هذا المعنى، أستاذنا د. جميل الشرفاوي رسالته نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري ص ١٤٢/١٤١ المرجع السابق.

وهذا في اعتقادنا هو السبب الذي دفع بالفقه القانوني قديماً وحديثاً إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى البولصية والاختلاف في إيجاد تفسير لهذا الوضع القانوني السالف الذكر.

وهذا على عكس الحال فيما لو كانوا قد اهتموا إلى الأخذ بفكرة وقف نفاذ التصرف المعروف في الفقه الإسلامي فإننا نعتقد أنه لن يحتاج الأمر للبحث عن تكييف قانوني لهذه الدعوى لأن تصرف المدين الضارة بدائمه موقوفة منذ البداية أي غير نافذة سوى فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) وبالتالي تكون الدعوى موصوفة بأنها دعوى وقف نفاذ التصرف" ومن ثم لا يحتاج الأمر معه للبحث عن نظام قانوني آخر نفسر به الدعوى البولصية على ضوءه بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض أو دعوى عدم نفاذ أو دعوى صورية مفترضة وإنما هي كما قدمنا دعوى وقف نفاذ التصرف كنظام قانوني مستقل قائم بذاته لا يحتاج إلى تفسير أو تبرير أو تكييف.

لأن نظام وقف نفاذ التصرف نظام معروف في معظم مذاهب الفقه الإسلامي والتي لا خلاف عليه في الفقه الإسلامي المعاصر وهذا ما يتضح من تعريف فقهاء الشرع الإسلامي له قديماً وحديثاً لا سيما فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية في الرأي الراجح عندهم حيث يرون بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير"^(١) ويناء عليه فتصرفات المدين المحجور عليه المالية

(1) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩، البحر الرائق ج ٦ ص ٦٥ حيث جاء فيه "الموقوف ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك أو حق بالبيع لغير المالك" وانظر كذلك ص ٧٦ من ذات المرجع، وجاء في تبين الحقائق ج ٤ ص ٤٤ "وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع ثامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير" وانظر فتح القدير ج ٥ ص ١٨٤/١٨٥، الدر المختار ج ٤ ص ١٠٤ حيث جاء فيه "والبيع الموقوف من قسم الصحيح" ونص المعنى في رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٤، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٥٠/١٤٩، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٨ مطبعة النهضة بتونس ١٣٢٤هـ/١٩٢٦ حيث جاء فيها: "فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينقذ ويتوقف على إذن ربه" ونفس المعنى في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٢/١٤١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٢/١١، ومواهب الجليل ج ٥ ص ٢٢، ج ٤ ص ٢٤٦، المنهني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ حيث جاء فيه: "وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان إحداهما البيع باطل ويجب رده والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ ولزم، وإن لم يجزه بطل" وراجع أيضاً القواعد لابن رجب ص ٤١٩/٤٢٠. ومفتاح الكرامة للعالملي ج ٤ ص ١٨٤، والمنترع =

الضارة بالغرماء تكون صحيحة لكنها موقوفة، أي غير منتجة لأثارها سوى فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) إلا بإجازة هؤلاء الغير. فمثلاً إذا أقر المدين المحجور عليه بما لم يثبت بينه فكثير من مذاهب الفقه الإسلامي تعتبره صحيحاً غير أنه لا ينفذ عليه ولا يشارك المقر له الغرماء وينفذ في أموال المحجور التي اكتسبها بعد الحجر عند من يرون بأن الحجر لا يشملها، أو بعد فك الحجر عند البعض الآخر^(١).

=المختار ج ٣ ص ٤١ وكتاب متن الأزهار للمرتضى المطبعة العامرية القاهرة ١٣٤١ هـ ص ٨٤ وشرح النيل وشفاء ع ٤ ص ١١٣٦، ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٥، ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٢٤ وانظر المادة ٣١٠ من كتاب مرشد الحيران والمادة ١١١ من مجلة الأحكام العدلية، وانظر في الفقه المعاصر د. عبدالرزاق حسن فرج نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨ ص ٦٨/٤١/٤٠، د. محمد زكي عبدالبر العقد الموقوف بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ العدد الأول والثاني ١٩٥٥ ص ٨، وانظر رسالتنا للدكتوراه نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤ ص ٣٥٦-٣٦٨، ورسالة زميلنا د. محمد محمد الغشم إجازة التصرفات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمعاصر رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٧٨-١٠٠، وانظر الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في بحث له منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس سنة ١٩٣٤ ص ٦٧٣ وما بعدها تحت عنوان العقود والشروط والخيارات حيث قال الأستاذ الشيخ: "العقد الموقوف هو ما صدر من مالك غير أهل للاستقلال بصدور العقد كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو كان صادراً من غير ذي ولاية شرعية كالفضولي فتلحقه الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي أو من الصبي بعد بلوغه أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد" وجاء في أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٣٠٩: "العقد الموقوف هو الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتيب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته" وهذا التعريف كما يقول الأستاذ الدكتور عبدالرزاق حسن فرج بأنه "يتميز بعمومه فضلاً عن أنه قد أوضح لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح". انظر رسالته السابقة في العقد الموقوف ص ٤٣، وراجع في بيان معنى العقد الصحيح أيضاً المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٩٥ ومؤلفه أيضاً أحكام الأسرة في الإسلام في الزواج الموقوف طبعه ١٣٨٧ هـ/١٩٦٧ القاهرة ص ٩٧/٩٦ وانظر أيضاً الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية للأستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي الطبعة الأولى ١٩٦٦ القاهرة "في بيان أحكام الزواج الموقوف" ص ١٢٨/١٢٩، وراجع البحر الزخار للإمام المرتضى ج ٣ ص ٣٢٩.

(١) انظر المادة ١٠٠٢ من المجلة العدلية، كشاف القناع ج ٣ ص ٤٢٤، المنتزع المختار ج ٤ ص ٢٨٥/٢٨٦، محمد جواد مغنية فقه الإمام جعفر الصادق الطبعة الخامسة ١٤٠٤ هـ/١٩٨٤ دار مكتبة الهلال بيروت، الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢٨ والمقدمات والمهدات لابن رشد الجذ دار العرب الإسلامي بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨ ج ٣ ص ٣٢٢/٣٢٣، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد دار الكتب الإسلامية القاهرة الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ/١٩٨٣ ج ٢ ص ٣٤٦، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣١٧، د. محمد محمد الغشم رسالته السابقة ص ٩٩.

المبحث الرابع

إثبات الغش والتدليس والخداع المفسد للرضا وسلطة القاضي إزاء ذلك

إن عبء إثبات حصول إدعاء غش، أو تدليس أو خداع، يقع على مدعيه طبقاً للقواعد العامة للإثبات، فإذا كان الغش أو التدليس أو الخداع قد وقع على أحد العاقدين أو الدائنين في نطاق القانون المدني، فإنه يشكل بذلك خطأ عمدياً ومن ثم يقع عبء إثبات ذلك على عاتق الذي يتمسك بإبطال العقد، لغش أفسد إرادته فله أن يقيم الدليل على وقوع الغش عليه من المتعاقد معه أو من نائبه، أو علمه به، وذلك بكافة طرق الإثبات التي منها شهادة الشهود والقرائن، لأنه ينصب على وقائع مادية^(١). وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحق الموكل، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن^(٢). كما قضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من الطرق القانونية، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود^(٣).

- (1) انظر في هذا المعنى: د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٤، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٨ ص ١٥١/١٥٠، د. بدر جاسم يعقوب أصول الالتزامات طبعة ١٩٨١، الكويت ص ٢٤٥، د. عبدالفتاح عبدالباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق ص ٣٤١.
- (2) نقض مدني مصري ١٩٥٢/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٦٦٥ رقم ١١٤، وانظر في ذات المعنى نقض مدني مصري في ١٩٥١/١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ ص ٢٤٩ رقم ٤٩، وكذا نقض مدني مصري في ١٩٥٠/٥/١١ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٤٩٤ رقم ١٢٤، وانظر كذلك د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام طبعة ١٩٦٨ ص ١٢٧ و ١٧٠ ص ١٧٣، وبالذات ص ١٧٢ هامش رقم (١) حيث يورد ملاحظات وجهية على بعض أحكام هذه المحكمة في هذا الشأن.
- (3) نقض مدني مصري في ١٩٥٠/٥/١١، السابق الإشارة إليه في الهامش السابق وكذا انظر حكماً آخر في هذا المعنى لمحكمة النقض المصرية في دائرتها المدنية في ١٩٥٣/١٢/٢٤،

كما قالت هذه المحكمة في حكم لها بأنه اتفق شخصان لغرض ما على إنشاء عقد بيع صوري يبقى تحت من صوراه مشترياً مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية فغش أولهما الثاني بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وإنما كتبه شخص آخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثاني على عقد البيع أمام الموظف الرسمي. ثم طعن البائع بصورية العقد والغش ، فحكمت المحكمة بجواز إثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بإبطال البيع. طعن المشتري في الحكم بأن الواقعة التي اعتبرتها المحكمة غشاً واعتمدها عليها ، وهي تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينافي قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ جازت الإثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه ^(١). ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبيته من أن الأمر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل كان لإثبات ما يجوز إثباته بالبينة وغيرها وهي وقائع الغش المدعاة فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلاً اعتبرت ما وقع من طرفي الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض ، وأن الغش قد لايسها من مبدئها إلى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذي سلمت فيه ورقة الضد ^(٢).

بل أن محكمة النقض المصرية قد وضعت قاعدة عامة فيما يتعلق بإثبات الغش وما شابهه بقولها: يجوز بوجه عام إثبات ما داخله الغش بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش ، كحالة ما إذا حصل شخص على نقود يزيد

مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٤٦. وكذا انظر د. عبدالرزاق = السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٢٠٤ ص ٤٠٧ وما بعدها وف ٦٢٩ ص ١١٠٨ وما بعدها وف ٦٣٠ ص ١١١١ وما بعدها والأحكام القضائية العديدة التي أشار إليها في هوامش تلك الصفحات.

- (١) مجموعة القواعد القانونية الإصدار المدني ، ج ٢ ص ١٩٩ رقم ٧٣ مشار إليه في أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ مكر ، ص ٦٢٣ هامش رقم (١).
- (٢) أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ مكر ص ٦٢٣ ، وكذا انظر مجموعة أحكام النقض المصرية الدائرة المدنية السنة ٢٠ ص ٢٧٠ ، والسنة ١٧ ص ١٢٧١ وص ١٠٣٥.

مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مربية^(١).

وعلى ذلك يجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب أي التديس والخداع والتضليل والغش لأنها مما تدخل تحت ما يتعذر الحصول فيه على دليل كتابي وكالغبن الفاحش في التعاقد يجوز للطرف المغبون وخلفه وكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان التعاقد ويثبت هذا الغبن بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن لأنه لا يحتاط عادة لإثباته بالكتابة^(٢).

ولا ريب في أن التزوير نوع من الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات كالبينة والقرائن، ولذلك يجوز إثبات تزوير عقد إثبات حصول تصرف لا دخل لطرفي الخصومة فيه بشهادة الشهود وإن كان يجب إثباته بالكتابة فيما بين العاقدين. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه في تعويل محكمة الموضوع على ما قرره الشهود من حصول تصرف من المورثة في بعض أطيافها قبل وفاتها لا غبار عليه قانوناً، لأن هذه الشهادة كانت واقعة لا دخل لطرفي الخصومة فيها، ولم يكن تتحدث المحكمة عنها لإثبات حق لأحد منهما أو نفيه بناء عليها، بل لتعرف الظروف التي أحاطت بالعقد المطعون فيه ليس إلا، فلا مأخذ على المحكمة والحالة هذه إن هي استندت إلى البينة بغية تكوين رأي لها في الطعن الموجه ضد العقد المذكور دون تقييد بالدليل الكتابي^(٣).

كذلك هو الأمر بالنسبة للغش في مجال دعوى وقف أو عدم نفاذ التصرف، (الدعوى البولصية) حيث تسهل التشريعات المختلفة للدائن إثبات هذا الغش بالاعتصار على قيامه بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأنه معسر، باعتبار هذا العلم قرينة على قصد الإضرار بالدائنين وبإمكان الدائن أن يستنتج هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم

(1) نقض مدني مصري في ١٩٢٩/٣/٨، المحاماة السنة التاسعة ص ٨٢٠ وكذا العلامة د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٢٠٤ ص ٤١١/٤١٢ بالهامش، أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ ف ٤١٢ ص ٦٢٢.

(2) أحمد نشأت رسالة الإثبات، المرجع السابق، ج ١ ف ٤١٢ مكرر ص ٦٢٣.

(3) المجموعة الرسمية السنة ٤٣ ص ٤٢ رقم ١٣٩.

في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لأولاده أو لزوجته أو لأحد أقرابه^(١) ، ولم يكن للمتصرف إليه مال ظاهر يدل على أنه قد دفع منه الثمن ، فإذا أثبت الدائن علم المدين بالإعسار كان هذا قرينة قانونية على غش المدين ، ولكنها قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات نكسها ، كقيام المدين بإثبات أن له أموالاً ظاهرة تساوي قيمة الديون أو تزيد عليها بما تمكنه الوفاء بما عليه من ديون ، أو قيامه بإثبات حسن نيته أي إثبات أنه وقت أن تصرف لم يقصد الإضرار بالدائنين أو إثبات اعتقاده بأن هذا التعاقد الذي زاد في إعساره ، سيكون سبباً في ترويج أعماله وعودته إلى اليسار ، ففي مثل هذه الصور السابقة إذا أثبت المدين ذلك سقطت القرينة القانونية ، وتختلف شرط الغش وأصبح عندها التصرف بمنجأ من الطعن بالدعوى البولصية^(٢) .

والإثبات هنا يكون بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، لأن المراد إثباته هو الغش وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات المبينة في القانون^(٣) وهذه مرونة من جانب المشرع في التشريعات موضع المقارنة الهدف منها التيسير وحماية الدائنين الذين يسعون للمحافظة على الضمان العام حيث ينتقل عبء الإثبات ما بين الدائن والمدين ويتحمل كل طرف جانباً من هذا الإثبات حيث يكتفى بالنسبة للدائنين بإثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون ، لأن الأصل براءة الذمة ، والدائن يدعي خلاف الأصل

(١) انظر استئناف مصر ١٩٣٠/٥/١٩ المحاماة السنة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧ ، استئناف مصر المختلطة ١٩٠٥/٢/٢٢ مجموعة التشريع والقضاء المختلطة السنة ١٧ ص ١٢٥ ، ١٩٠٥/٣/٩ ، المجموعة ذاتها ص ١٦٤ ، وفي ١٩١٣/١٢/١١ ، المجموعة ذاتها السنة ٢٦ ص ٨٧ ، وفي ١٩١٧/٥/٢٩ ، المجموعة نفسها السنة ٢٩ ص ٤٢٧ .

(٢) انظر نقض مدني مصري ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١١٨٥ رقم ٢٣٣ ، وفي ١٩٨٢/٥/١٢ المجموعة ذاتها السنة ٣٣ ص ٥٠٨ رقم ٩٢ وفي الفقه د. السنهوري الوسيط ج ٢ ف ٥٨٧ ص ١٠٢٩ ، د. الصدة أحكام الالتزام طبعة ١٩٧٤ ص ٧٠ ، د. توفيق حسن فراج أحكام الالتزام طبعة ١٩٨٥ ص ٦٦ ، د. أنور سلطان وجلال العدوي رابطة الالتزام طبعة ١٩٦٨ ص ٢٩٨ ، أستاذنا د. محمد لبيب شنب دروس في نظرية الالتزام ج ٢ أحكام الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٥ ص ٢٦٢ ، د. محمد شكري سرور أحكام الالتزام طبعة ١٩٨٥ ص ١١٠ ، د. فتحي عبدالرحيم عبدالله دروس في أحكام الالتزام ص ١٢٣ وما بعدها ، د. السيد بدوي رسالته حول نظرية عامة لبدأ حسن النية ، المرجع السابق ص ٤٦١ .

(٣) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٦٣٢ . وكذا انظر نقض مدني مصري في ١٩٧٥/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٨٠ رقم ٢٩٧ .

فعلية أن يتحمل عبء إثبات ذلك. ثم ينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى المدين حيث يقع على عاتقه إثبات أن لديه أموالاً ظاهرة تعادل قيمة الديون أو تزيد عليها أو أنه كان وقت التصرف حسن النية لم يقصد بتصرفه هذا الإضرار بدائتيه^(١) وبذلك يكون المشرع في التشريعات الحديثة قد قضى على الخلاف الذي كان قائماً في فقه القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والنافذ حول المقصود بالغش حتى وصل الحال إلى صعوبة إثبات عنصر الغش الذي يمثل مرحلة نفسية لدى المدين فهو عبارة عن دافع داخلي ومحرك للتصرف، الأمر الذي ينهي - عملياً - كل مناقشة طالما أن المشرع قد تدخل لحسم هذا الخلاف^(٢).

وبناءً على ذلك فإذا أثبت المدعي وقائع الغش التي ذكرناها أنتج الغش أو الخداع أو التدليس أثره، ويتركز هذا الأثر في جعل المعقود عليه الذي وقع فيه الغش قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الغش. وإذا كان الغش يشوب الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في حد ذاته عملاً غير مشروع ومخولاً بضحيته على هذا الأساس الحق في تعويض الضرر الذي لحقه عنه إن كان لهذا التعويض مقتضى^(٣) - لأنه ليس من شك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية المادة (٣٠٤) مدني يعني أنه إذا ترتب على بطلان العقد ضرر بالمتعاقد الذي وقع عليه الغش فإنه يجوز له بالإضافة لطلب البطلان أن يطلب التعويض عن هذا الضرر الذي نجم عن العقد الباطل بوصفه واقعة مادية بحيث يكون التعويض في هذه الحالة بمثابة جزاء تكميلي يقوي

- (1) انظر كتابنا عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية دروس لطلبة الدكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء. طبعة دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨، ص ١٣٢.
- (2) انظر في هذا المعنى د. محمد بن عبدالقادر رسالته الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائتيه مقدمة إلى جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٠٠.
- (3) د. عبدالفتاح عبدالباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق ص ٣٤٨. وكذا مؤلفه في مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٧٦ ص ١٩٣، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٥.

من بطلان العقد على حد تعبير بعض الفقه^(١) وذلك لأن اقتصاره على حقه في طلب الإبطال قد لا يكون كافياً لرفع الضرر الذي لحق به، فيحق له علاوة على حقه في طلب الإبطال ثبوت الحق في طلب التعويض^(٢).

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث قضت في حكم لها بأن حق المتعاقد الذي وقع عليه الغش في طلب الإبطال للغش أو التديس والمخول له طبقاً لنص المادة ١١١٦ و ١١١٧ من القانون المدني، لا يمنع هذا المتعاقد من ممارسة حقه في طلب التعويض، وذلك طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٣٨٢^(٣).

ويبرر الفقه هذا الحق أو هذه المكنة المخولة للمتعاقد الذي وقع عليه الغش في الجمع بين دعوى الإبطال ودعوى التعويض معاً لما يتسم به الغش من طبيعة مزدوجة فهو من جهة يعد عيباً في رضا المتعاقد المغشوش يمنحه الحق في طلب الإبطال وفقاً لقواعد رضائية العقود، في حين أنه من جهة أخرى يعد عملاً غير مشروع باعتباره خطأ عمدياً وقع من المتعاقد سبباً في النية، يخول للطرف الآخر الحق في طلب التعويض طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية^(٤). وهذا الجمع بين دعوى البطلان ودعوى التعويض محل إجماع فقه وقضاء التشريع المقارن بالنسبة للبطلان الناشئ عن الغش أو التديس بوصفه عملاً غير مشروع^(٥) ومن باب أولى لا خلاف من حق المتعاقد الذي وقع عليه الغش في الخيار بين طلب البطلان

- 1) أليس، الالتزام بالبيانات في العقود ص ١٩٦ ف ٢٢١ ذكره د. نزيه محمد الصادق المهدي في مؤلفه الالتزام قبل المتعاقدين بالإدلاء بالبيانات طبعة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٢ ص ٣٢٢/٣٢٣.
- 2) د. يحيى تاج الدين، التديس والتصوير غير الصحيح رسالته بالفرنسية ص ١٦٦ مشار إليه في رسالة زميلنا د. عبدالكريم القاضي نظرية التديس، المرجع السابق، ص ٢٢٣.
- 3) نقض مدني فرنسي في ١٩٧٥/٢/٤ مجلة دالوز الأسبوعية ١٩٧٥، مشار إليه في د. حمدي عبدالرحمن مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧ ص ٣١٥، وهامش ٢.
- 4) انظر المراجع السابقة الموضع نفسه، وانظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليماً على التديس والغش ص ١٤٣، السنهوري الوسيط ج ١ ف ١٨٢ ص ٣٢٧، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ١٧٢ وما بعدها.
- 5) أستاذنا د. جميل الشرفاوي مصادر الالتزام دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨١ ص ٢١٢/٢١٣، د. توفيق حسن فرج مصادر الالتزام منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨١ ص ١٤٨، د. عبدالودود يحيى المصادر، دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ٨٨، أستاذنا د. محمد لبيب شنب دروس في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٧/١٩٧٦ ص ١٦٩.

والتعويض عن الغش، فيحق لهذا المتعاقد أن يقتصر على طلب التعويض فقط دون البطلان إذا كانت له مصلحة في الإبقاء على العقد^(١)، وهو الأمر الذي اتجه إليه الفقه الفرنسي المعاصر^(٢) والفقه الإسلامي لا يوجد فيه ما يمنع من جواز الجمع بين دعوى التعويض ودعوى البطلان، وكذا لا يوجد فيه ما لا يعارض الخيار بينهما^(٣).

وأما عن مدى رقابة محكمة النقض على وصف الواقعة بأنها غش وتقديرها فإنه يمكننا أن نشير إلى أنه يعتبر حصول الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي يكون له كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع وتأثيرها على العاقد، دون أن يخضع في تقديره للتعقيب من جانب محكمة النقض طالما أن حكمه قد بنى على أسباب سائغة تبرره^(٤). أما تقدير ما إذا كانت واقعة الغش حيلة مشروعة أو غير مشروعة يجب أن تخضع فيه محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض لكونها مسألة قانونية متعلقة بالوصف القانوني لهذه الوقائع، كالفصل فيما إذا كان الكتمان يكفي لقيام الغش^(٥). فلمحكمة الموضوع سلطة تقديرية بشأن المسائل الموضوعية فقط كمسألة ما إذا كان هناك غش أم لا

- ١) راجع: د. توفيق حسن فرج مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٨ ف ١٩٧، د. نزيه المهدي، الالتزام قبل المتعاقدين، المرجع السابق، ص ٣٢٩.
- ٢) جستان: الالتزامات (١٩٨٠) ف ٤٨٥، فرجا الالتزامات (١٩٧٥) ص ١٠٥٢، ويونيه الالتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد (١٩٧٨) ف ٣٨ أشار إليها جميعاً د. نزيه المهدي، الالتزام بالإدلاء بالبيانات، المرجع السابق، ص ٣٣٠.
- ٣) انظر: أستاذنا د. عبدالمجيد مطلوب بحثه التدليس بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ٢٨/٢٩، ص ٣٧/٣٨.
- ٤) راجع: نقض مدني مصري في ١٢/٣/١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٩٦، رقم ٧٠، نقض مدني مصري ١٩٦٤/٢/٢٠، مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٢٦٣، رقم ٤٦، ونقض مدني مصري ١٩٥٥/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٥٨٢، رقم ٢١٨، وكذلك انظر تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٤، طعن رقم ١٩٧٥/١٠ مدني، مجلة المحامي السنة الثانية العددان ٦، ٧، ص ٤٦.
- ٥) انظر: د. عبدالنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام في قانون التجارة طبعة ١٩٦٩ ص ٢٠٤، د. محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ص ١٥١/١٥٠، د. بدر جاسم يعقوب أصول الالتزام طبعة الكويت ١٩٨١ ص ٢٤٥.

وفي تأثيره على العاقد حتى بدون إحالة على التحقيق لسماع الشهود طالما يوجد في القضية من القرائن والظروف ما يكفي لذلك^(١).

المبحث الخامس

موقف الشريعة الإسلامية من حماية الضمان العام لحقوق الدائنين

من الغش ومعياره وإثباته

باستقراء أحكام التشريع الإسلامي بالنسبة لأثر الغش على حقوق الدائنين في الضمان العام، نجد أن هذا التشريع قد أقر للقاضي التدخل بوسائل شرعية لحماية الضمان العام لحقوق الدائنين، حيث أجاز للقاضي إكراه المدين على الوفاء وذلك إذا لم تنفع معه وسيلة الندوة السلمية الدينية الأخوية التي تحث على الوفاء الاختياري بحقوق الدائنين، وذلك بما قرره الشريعة الإسلامية من قواعد أخلاقية توجب الوفاء بالعهود والعقود والتي منها على سبيل المثال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحُونُوا لِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَتَحُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٣).

ولا شك أن الدين من قبيل الأمانات لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلِيُؤَدُّ الَّذِي آوَىٰ مِنْ أَمَانَتِهِ وَلِيَسَّخِرَ اللَّهُ رِيبَهُ﴾^(٤) وذلك بعد قوله جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥). وقوله جل عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٦).

(١) مجموعة أحكام النقص السنة ٧ العدد الثاني ١٩٥٦ ص ١٦٨/١٦٩ رقم ٢٣، مشار إليه في أحمد نشأت رسالة الإثبات ج ١ الطبعة السابعة، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٢ ف ٤١١ ص ٦٢٠.

(٢) سورة الأنفال الآية (٢٧) وانظر في تفسير هذه الآية ابن كثير ج ٢ ص ٣٠١ مطبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة، سيد قطب - في ظلال القرآن دار الشروق القاهرة ١٩٨٥ ج ٣ ص ١٤٩٧.

(٣) سورة النساء الآية (٥٨) وانظر في تفسير هذه الآية سيد قطب في ظلال القرآن ج ٢ ص ٦٨٩، ابن كثير في تفسيره ج ١ ص ١١٥، القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن مطابع الأهرام التجارية بمصر ج ٣ ص ١٨٢٥، التنسي في تفسيره المطبعة الجبلية بمصر ١٣٤٤ هـ ج ١ ص ١٨٣.

(٤) سورة البقرة الآية (٢٨٣) انظر في تفسير هذه الآية أحكام القرآن للجصاص مطبعة الأوقاف الإسلامية بمصر ج ١ ص ٤٧٩.

(٥) سورة المائدة الآية (١).

(٦) سورة الإسراء الآية (٣٤).

إلا أن هذه الدعوة السلمية من الشرع الإسلامي قد لا تلقى أذاناً صاغية مطبوعة عندئذ لم يكف بتقرير الأحكام الدينية التي يؤاخذ من لم يمثل لها أخروياً، لأنه ليس كل مدين له من الوازع الديني ما يدفعه إلى الوفاء بما في ذمته اختياراً فأوجد الوسائل الشرعية لحماية الضمان العام لحقوق الدائنين وذلك تمشياً مع المنهج العام للشرع الإسلامي الخفيف من تقريره للأحكام الدنيوية التي تحمي المصالح الشرعية الجديرة بهذه الحماية والتي تطال كل من يعرض عنها بأشد وسائل الزجر والردع تظميناً للنفوس بإحقاق الحق وتحقيق العدالة بين الناس^(١).

لأن الشرع الإسلامي إذا كان قد أباح الاستدانة أو التعامل بالدين تحقيقاً للمصالح الصادقة بين العباد التي هي أحد الأسباب الرئيسة للحرية التعاقدية، فإنه في الوقت نفسه قد أوجب الوفاء بهذا الدين ولم يألُ جهداً في الحفاظ على حقوق الدائنين، بما يكفله من وسائل لحماية حقوقهم.

غير أن هذه الوسائل التي تحمي الدائنين تختلف باختلاف دورها في الحفاظ على الضمان العام للدائنين رغم أنها في النهاية تسعى لتحقيق غرض واحد هو حماية الضمان العام لحقوق الدائنين حيث قد يكون دور الوسيلة التي قررها التشريع الإسلامي متمثلاً في إجراء تحفظي يهدف إلى الحفاظ على الضمان العام للدائنين كما هو الأمر في منع المدين من السفر للحيلولة دون هروبه من الوفاء. وقد يكون دور الوسيلة التشريعية هو إكراه المدين بها على الوفاء أو اختبار مدى صدقه في إدعائه الإعسار المطلق كما هو الحال في وسيلة الإكراه البدني.

وقد يكون دور الوسيلة التشريعية متمثلاً في التنفيذ المباشر على أموال المدين ببيعها قسراً عنه ومن غير أن يسبق هذا التنفيذ بإشهار إفلاسه أو إعساره.

وقد تجمع الوسيلة التشريعية بين التحفظ والتنفيذ كما هو الأمر في شهر الإعسار بما يستتبعه من ضرب الحجر على المدين.

(١) د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير - رسالته للدكتوراه - حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٨٢ ص ٥٣.

وأخيراً قد يكون دور الوسيلة التشريعية متمثلاً في حماية الدائن بها عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا المدين إلى التصرف في أمواله بقصد الإضرار بدائنيه، أو يدرأ بها الدائن عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا المدين إلى التظاهر بالتصرف في أمواله حتى يخرجها من الضمان العام لدائنيه كما هو الأمر في دعوى منع أو وقف تصرف المدين (طلب الحجر) أو ما يسمى بـ "دعوى التفليس العام" ودعوى الصورية^(١).

وبناء على ذلك إذا قام المدين بتصرفات تنطوي على غش يقصد بها الإضرار بالدائنين فإن الشارع الإسلامي قد أعطى للدائنين الحق في طلب الحجر^(٢) على المدين سبب النية ومنعه من نفاذها لأنها تؤدي إلى ضياع أمواله وإهدارها وفي ذلك إضعاف للضمان العام لحقوقهم، لأنه من المقرر في هذه الشريعة الغراء أن جميع أموال المدين ضامنة لحقوق الدائنين، لذلك فإن أي تصرف من جانب المدين يؤدي إلى تبديدها وإهدارها يمنع الدائنين الحق في منعه من إبرامها وتنفيذها وهذا ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامي من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٣). فيحجر القاضي على المدين الذي ترتب في ذمته ديون حالة الأداء وكانت مستغرقة لماله، وطلب الدائن الحجر عليه. وهذا هو المفلس^(٤).

- (١) د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير رسالته للدكتوراه حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار مقدمة لجامعة الأزهر سنة ١٩٨٢ ص ٥٤/٥٣، د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر رسالته للدكتوراه الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه مقدمة لجامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٩٣/٩٢.
- (٢) الحجر معناه: المنع فيقال مثلاً حجر القاضي عليه، أي منعه من عن أي التصرف في ماله انظر مختار الصحاح لأبي بكر الرازي طبعة دار الحديث القاهرة مادة حجر ص ١٢٣.
- (٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك لذهب الإمام مالك للدرديري مطبوع بهامش حاشية الصاوي مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٧٢هـ/١٩٥٢ ج ٣ ص ٢٤٦، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المرجع السابق ج ٢ ص ٢٨٠، مغني المحتاج للخطيب الشربيني المرجع السابق ج ٢ ص ١٤٦، القواعد لابن رجب، المرجع السابق، ص ١٤، ق ١١، حاشية ابن عابدين المرجع السابق ج ٥ ص ١٠٢/١٠٥، تعيين الحقائق للزليعي المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٩، مجمع الضمانات للبيهدادي، المرجع السابق، ص ٤٣٥، بداية الصنائع للكاساني ج ٧ ص ١٧٣، وغريب المذهب لابن بطال مطبوع بهامش المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٣٥، شرح الأزهار (المنتزح المختار) لابن مفتاح ج ٤ ص ٢٨٤.
- (٤) والمفلس هو من أصبحت دراهمه فلوساً وزيوفاً ويقال فلسه القاضي تقليباً يعني نادى عليه أنه أفلس (مختار الصحاح - مادة فلس).

بل إن فقهاء المذهب المالكي - كما رأينا - قد ذهبوا إلى أبعد من ذلك حيث رأوا جواز الحجر على المدين المفلس حتى دون حاجة إلى أن يسبق ذلك استصدار حكم قضائي عليه وحتى وإن كان الدين المحيط بالمال مؤجلاً، ويترتب على الحجر على المدين وقف نفاذ تصرفاته المالية التي تضر بدائتيه على إجازتهم سواء كانت هذه التصرفات تبرعات محضة، كالبهية أو الوقف أم كانت معاوضات منطوية على المحاباة في الثمن كالبيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع أو الشراء بأكثر من القيمة الحقيقية له. فتوقف هذه التصرفات على إجازة الدائنين، فإن أجازها نفذت، وإلا بطلت.

لذلك نرى مع بعض الفقه بأن ما قرره هذا الاتجاه من تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله بأن زاد عليه أو ساواه قبل الحجر عليه، وذلك بأن لا تسرى في حق دائتيه تصرفاته الضارة بهم والتي صدرت عنه قبل أن يجبر عليه الحاكم، وفي هذا شبه واضح بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولصية) المعروفة في القانون الوضعي^(١).

وهذا على خلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء الشرع الإسلامي كالإمام أبي حنيفة الذي يرى عدم جواز الحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله جميعه، لأنه كامل الأهلية بوجود عقله، فلا يجبر عليه حفاظاً على حرته في التصرف وإنسانيته، ولكن يؤمر بالوفاء بجميع ديونه، فإن امتنع يجبس إلى أن يبيع ماله ويؤدي ما عليه من ديون^(٢) فحسن نية الدائنين أوجب حمايتهم من تصرفات مدينتهم سيء النية، وهذه الحماية لم تكن

(١) راجع: د. السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني ج ٥ طبعة ١٩٦٨ القاهرة ص ١٨١/١٨٢، د. أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٤ ص ٢٠٨ وما بعدها، د. عبدالغفار إبراهيم صالح الإفلاس بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه جامعة الأزهر ١٩٧٢ ص ١٣٢، د. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائتيه رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٢ - ١٠٥ وانظر المادة ٩٩٨ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: "لو ظهر عند الحاكم مماثلة المدين في أداء دينه حال كونه مقتدراً وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله، وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه، وانظر كذلك من ذات المجلة المادة ٩٩٩ منها، وقال الكاساني أنه "يجوز أن يجبر الحاكم على المدين المفلس الذي دينه مساوياً لماله أو أزيد... بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٣".

لتتقرر لهم طبقاً للقواعد العامة إذا تم تطبيقها تطبيقاً عادياً إذا كان المدين حسن النية الذي لا يقصد بتصرفاته الإضرار بهم^(١).

كذلك هو الأمر بالنسبة لموقف فقهاء الشرع الإسلامي فيما يتعلق بالغش والتحايل على أكل مال الغير في عقود الصورية، كما إذا كان القصد من العقد الصوري الاتفاق على شيء تحرمه قواعد الشريعة الإسلامية كالقرض الذي يخفي دين القمار أو البيع الذي سببه الفوائد الربوية أو التحايل على قواعد الميراث والوصية بتقديم تاريخ التصرف إضراراً بالوارث. وغيرها من العقود التي لا تكون فيها التصرفات حقيقية، بل تكون وهمية أو صورية وتكون الغاية منها في غالب الأحوال تنطوي على غش واحتيال، كما لو نواطأ المدين مع أحد أقاربه أو غيره وباع منه أمواله ظاهراً لتهريبها من وجه الغرماء أو إخفائها عنهم، لا يبقى لهم بعد ذلك ما يكفي لإيفاء ديونهم. وكذا من أمثلة هذه التصرفات الصورية ما يسميه فقهاء الشرع الإسلامي بيع الثلجثة مع أن حكمه مجري في جميع التصرفات التي تقبل الفسخ وهو في حقيقته بيع صوري ظاهر يخفي في باطنه اتفاقاً مخالفاً لنية المتعاقدين، والنية هي ميزان الأعمال تصح بصحتها وتفسد بفسادها لذلك استدل الحافظ ابن وهب بحديث: **إنما الأعمال بالنيات...** { على بطلان العقود التي يقصد بها التوصل إلى ما هو محرم، كعقود البيع التي يقصد بها الربا ونحوها^(٢).

أما أبو حنيفة في رواية عنه والشافعي قالاً بأن العبرة للبائع الظاهر، لأنه لاحق للاتفاق السابق وملغ له، وروى كذلك عن أبي حنيفة أنه قال بأن بيع الثلجثة موقوف على إجازة المتبايعين، فإن جاز جازوا وإن ردها بطل^(٣).

- (1) انظر في هذا المعنى د. عبد الحليم عبد اللطيف رسالته حسن النية وأثره في التصرفات المرجع السابق ص ٣١٤، زميلنا د. محمد حسين الشامي أحكام الالتزام في القانون اليمني، مكتبة الجيل ص ١٩٩٤ ف ١١٨ ص ١١٥ وما بعدها.
- (2) انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ دار الريان للتراث القاهرة ص ١٨، وأعلام الموقعين لابن القيم الجوزية المرجع السابق ج ٣ ص ٩٨، وكذا راجع د. صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٨٣ ص ٥٢٨ وما بعدها.
- (3) المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣٣٤، والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٧٢.

أما صاحباً أبي حنيفة، أبو يوسف ومحمد بن الحسن واللذين رأبهما هو السائد في المذهب الحنفي في هذا الشأن، فقد فصلاً في حكم بيع التلجئة على ثلاثة ضروب هي:

الضرب الأول: أن تكون التلجئة في نفس المبيع، كأن يقول رجل لآخر، أني أظهر أني بعت داري منك وليس ببيع في الحقيقة، ويشهد على ذلك، ثم يتبايعان في الظاهر، فهنا البيع باطل، لأنه كالهزل لانية فيه.

والضرب الثاني: أن تكون التلجئة في بدل المبيع، نحو أن يتفق المتبايعان في السر على أن الثمن ألف وأن يتبايعان في الظاهر بألفين. فالعبرة هنا بالثمن المقصود بالسر، وتعتبر الزيادة ملغية لأنها في حكم الهزل.

والضرب الأخير: هو أن تقع التلجئة في جنس الثمن، نحو أن يتفق المتبايعان في الباطن على أن الثمن ألف درهم وأن يتبايعا في الظاهر بمائة دينار، ففي هذه يرى محمد بن الحسن أن العقد باطل قياساً، ولكنه يصح بمائة دينار استحساناً^(١).

فبصفة عامة أن بيع التلجئة باطل في الاتجاه السائد في المذهب الحنفي، كما هو الحال عند الحنابلة^(٢). لأن التصرفات الصورية المقصود بها انتقاص حقوق الدائنين الغرماء ليست إلا من قبيل الحيل الشرعية المحرمة عند جمهور فقهاء الشرع الإسلامي^(٣)، لأن هذه التصرفات غش وحيل من أجل أكل أموال الناس وعلي إبطال حقوقهم، وإذا كان أكل مال الغير محرماً لقوله تعالى: { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ وَالْبَاطِلِ }^(٤) كان الغش والحيل على أكله محرماً أيضاً، وأنه كما يبين ابن القيم الجوزية

- (1) الاختيار شرح المختار للموصلي مطبعة حجازي مصر ج ١ ص ١٩٤، الفتاوى الهندية المطبعة اليمنية مصر ١٣٣٣ هـ ج ٣ ص ٢٧٢، والفتاوى الأنثوية مطبعة بولاق مصر، ١٢٨٨ هـ ج ١ ص ٢٩٢/٢٩٣، حاشية ابن عابدين دار السعادة مصر، ١٣٢٤ هـ ج ٤ ص ٣٣٩.
- (2) المختار لابن قدامة مطبعة المنار الطبعة الثانية مصر ج ٤ ص ٣٣٩، النظرية العامة للموجبات والعقود د. صبحي محمصاني المرجع السابق ص ٥٤٠.
- (3) انظر في الحيل الشرعية وتحرّمها وخلاف المذاهب فيها د. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٢ ص ٢٠٧ وما بعدها، د. صبحي محمصاني فلسفة التشريع في الإسلام، الطبعة الخامسة بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٢٠ وما بعدها.
- (4) سورة النساء الآية (٢٩).

بقوله: متى ثبت تحريم شيء في نفسه، يثبت تحريم الحيل والوسائل والنرائع المؤدية إليه. ولو أبيحت هذه "لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به"، وهذا ما لا يجوز القول به^(١).

هذا بالإضافة إلى أن العقود الصورية باطلة كذلك عملاً بالحديث النبوي الشريف {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى} والمقصود أن المتعاقدين، وإن ظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن، فالعبرة لما أضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد^(٢).

وقامت على هذا الحديث النبوي الشريف القاعدة الفقهية الشرعية "الأمر بمقاصدها" ومؤدى هذه القاعدة، أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي ميزان الأعمال تصح بصحتها وتفسد بفسادها.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية شرح لهذه القاعدة في المادة الثانية منها مؤداه: أن الصورة الحسية التي تجرد في الخارج لأي أمر من الأمور لا تأخذ حكماً شرعياً بالاستناد إلى محسوسها فقط، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - على إيقاع الصور وإحداثها^(٣).

هذا ويتصل بهذه القاعدة قاعدة أخرى هي: معاملة سيء النية بنقيض مقصوده، ذلك أن الشارع الحكيم يبغى من المكلف أن يكون مقصده من التصرفات مطابقاً لهدفه في التشريع، والبرهان على ذلك واضح وجلي وذلك من خلال مقاصد وضع الشريعة الغراء، إذ هي موضوعة بمقصد رعاية مصالح العباد في العاجل والآجل، فإذا كان الأمر كذلك فإنه يكون كل من قصد من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له كان مناقضاً للشريعة، وكل من ناقض الشريعة كان عمله في المناقضة باطلاً وقصده مردوداً عليه^(٤). ووجه المناقضة أن المكلف عندما يقصد بتصرفه

(1) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٣ ص ١٢٠ وص ٢٨٦.

(2) أعلام الموقعين، ص ٨٢.

(3) انظر المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية وشرحها ليوسف آصاف مطبعة الخومية بمصر ١٨٩٤هـ، ولسليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٠٥، وعارف السويدي شرح مجلة الأحكام العدلية طبعة بغداد ١٩٢٨، وعلي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام مكتبة النهضة، بيروت (بدون). والأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ٤٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩/٨، والموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٢٥.

(4) شرح مجلة الأحكام العدلية السابقة، المادة الثانية.

غير ما قصد إليه الشارع يكون بذلك قد أهمل مقصود الشارع وجعل ما أهمله الشارع معتبراً وتلك مناقضة بيّنة وظاهرة للوضوح. كما أن القاصد بتصرفه غير ما قصد الشارع يعتبر مستهزئاً بآيات الله وهذا أمر منهياً عنه وباطلاً ما ترتب عليه من تصرف بدليل قول الله عز وجل: { وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا }^(١)، أي لا تقصدوا بها غير ما قصد الشارع^(٢)، أما وجه البطلان في المناقضة فيظهر من عقاب الله تعالى للمخادع المحتال المستهزئ قال - جل شأنه - { إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ }^(٣)، وقال سبحانه وتعالى: { لَا يَحِقُّ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ }^(٤).

كما اعتبر الشارع تصرفات الهازل بعقد النكاح والطلاق والرجعة صحيحة معاملة له بنقيض مقصوده، كما جعل النبي - ﷺ - الكذب والخداع وكنتم عيوب السلعة ماحقاً للبركة في البيع فقال - ﷺ - : { البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا كتما محقت بركة بيعهما }^(٥).

وعلى ذلك ليس هناك من شك في أن الاحتيال أو الغش عن طريق عقود الصورية التي تقوم على أمر ظاهر الجواز لتحقيق مصلحة غير مشروعة بتحليل محرم أو إسقاط واجب، يعتبر تصرفاً غير مشروع لما فيه من مناقضة للقصد الشرعي. فالشارع الحكيم قد شرع التبرعات مثلاً لتطهير النفوس من الشح والطمع، وللتكافل الاجتماعي لمساعدة الفقراء والمساكين توثيقاً لروابط المودة بين الأغنياء والفقراء، لكن عندما يتخذ الإنسان ما شرعه الله من أسباب لتحقيق مسببات غير مشروعة، كما لو كان باعته على التبرع هو التهرب من نصاب الزكاة، أو لإقامة علاقة غير مشروعة مع المتبرع له، يكون تبرعه هذا باطلاً وغير مشروع بسبب هذا القصد السيئ.

- (1) سورة البقرة جزء من الآية (٢٣١).
 - (2) الموافقات للشاطبي، المرجع السابق، ج ٢ ص ٣٣٣.
 - (3) سورة النساء جزء من الآية رقم (١٤٢).
 - (4) سورة فاطر جزء من الآية رقم (٤٣).
 - (5) صحيح البخاري، بشرح ابن حجر ج ٢ ص ٣٠٩.
- وجامع الأصول لابن الأثير ج ١ ص ٤٩٨، ونيل الأوطار للشوكاني، المرجع السابق، ج ٥ ص ٨٤، والمغني لابن قدامة، المرجع السابق، ج ٤ ص ٣.

يقول ابن القيم في هذا الصدد: "ومما يدل على بطلان الحيل وتحريمها، أن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لما تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم، فإذا احتال العبد على تحليل ما حرم الله، وإسقاط ما فرض الله، وتعطيل ما شرع الله، كان ساعياً في دين الله بالفساد من وجوه.

أحدهما: إبطال ما في الأمر المحتمل عليه من حكمة الشارع ونقض حكمته منه.

ثانيهما: أن المحتمل به ليس عنده حقيقة ولا هو مقصود، بل هو ظاهر المشروع، فالمشروع ليس مقصوداً له، والمقصود له هو المحرم نفسه" (١)

"وإن القول بتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، ذلك أن الشارع يسد الطرق إلى المفسد بشتى السبل، والمحتال يفتح الطريق إليها بكل السبل فستان بين الذي يمنع الجائز خشية الوقوع في المحذور وبين الذي يحتال توصلاً إلى ذلك المحذور" (٢)

فلما كانت الصورية المقترنة بالتدليس أو الغش أو الحيلة أو الخداع ظاهرها الصحة ويأطنها الفساد كان تحريم الشريعة لها بمثابة تأكيد وإظهار لمبدأ حسن النية في التصرفات لذلك كان العلامة ابن القيم على حق عندما أستدل في إبطال الحيل غير المشروعة بقوله - ﷺ - : {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...} فقال: إن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره. وهذا نص في أن من نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد البيع كان مريباً (٣)، ويضيف قائلاً: "ولكن الذين ندين لله به تحريمها وإبطالها وعدم تنفيذها - أي الحيل - ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم موافقة لشرع الله وحكمته" (٤)

(1) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج ٣ ص ١٥٨.

(2) أعلام الموقعين، المرجع السابق، ج ٣ ص ١٤٠.

(3) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ٣ ص ٩٨.

(4) المرجع السابق ج ٣ ص ١٥٦.

وفي هذا المعنى نص المشرع العثماني في الإرادة السنوية الصادرة في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٨٩١ م على معاينة من يصدق السندات بأملكه للغير للتواطؤ، سواء أكان ذلك بصورة البيع أم الهبة أم الإقرار بنفي الملك أم بغير ذلك من الصور. ونص أيضاً في الإرادة السنوية الصادرة في أول كانون الأول سنة ١٨٩٨ م على منع المحكوم عليه بدين من بيع أمواله لأحد أقربائه خوفاً من التلجئة والتهريب^(١).

وكذلك في حال إفلاس المدين التاجر، أوجبت المادة الخامسة من قانون ٢١ جمادي الآخر سنة ١٣٢٣ هـ، لأجل اعتبار ديون بعض الأقرباء، أن تكون سنداتهم مصدقة لدى الكاتب العدل وأن تكون مقيدة في دفاتر المفلس، وذلك منعا من الاحتيال والتواطؤ.

وكذلك الأمر بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني السابق حيث نصت المادة ١٦١ منه على: "أن دائني المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين أنشئ السند الظاهري احتيالياً للإضرار بهم يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يشتهوه بجميع طرق الإثبات" ولكن المتعاقدين أنفسهم أو خلفاءهم العموميين لا يمكنهم في ظل هذا القانون إثبات صورية السند إلا بالكتابة أو على الأقل بمبدأ ثبوت الكتابة^(٢).

وبناء على ما تقدم نخلص بالقول إلى أن سماع دعوى صورية العقد المقترن بالغش أو التدليس يتفق مع أهداف ومقاصد شريعتنا الغراء^(٣) ولا يتعارض مع مبادئها الأساسية.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من معيار الغش وإثباته فإننا نجد أنه إذا كان الفقه والقضاء الوضعيين مترددين في المعيار الذي يقاس به الغش المعيب للرضا بين معيارين مختلفين - أحدهما ذاتي يرجع فيه إلى البحث عن نية المتصرف وقصده النفسي، وثانيهما موضوعي يرجع فيه إلى موضوع التصرف وشكله الظاهر - فإننا نجد نفس هذا الأمر في نطاق الفقه الإسلامي وذلك من خلال مدى اهتمامه بوجود انتفاء نية الإضرار

(1) د. صبحي حمصاني النظرية العامة للعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٥٣٠.

(2) هذه القوانين مشار إليها في د. صبحي حمصاني النظرية العامة للعقود في الشريعة الإسلامية المرجع السابق، ج ٢ ص ٥٣٠/٥٣١.

(3) انظر في هذا المعنى د. صبحي حمصاني، المرجع السابق، ص ٥٣١.

في التصرفات وذلك نابع من أن الشريعة الإسلامية شريعة خلقية جاءت تحت على الوفاء بالعهود واستقامة القصد وصلاح النية في إتمامها وتنفيذها والابتعاد عن كل ما يعكر صفوها، ولما كان قصد الإضرار بالغير مما يعكر صفوها هذه النية وصلاحتها جاءت الشريعة بقمعه وذلك بتحريم ومنع التصرف بقصد الإضرار بالغير لقول رسول الله - ﷺ - : {لا ضرر ولا ضرار} ^(١) حيث يدل هذا الحديث الشريف على أن الضرر ممنوع قصداً وإذا حدث وجب إزالته ورفعته إذا كان الضرر غير مألوف شرعاً أو عرفاً أو عادة وهو ما يعني أن قياس التعدي وفقاً لهذا الحديث يكون موضوعياً لا شخصياً.

وعلى ذلك فإن فقهاء الشرع الإسلامي يقيسون حسن النية أو سوءها في التصرف بمعيارين أحدهما ذاتي قوامه نية المتصرف وقصده الداخلي الذي يتعين الرجوع إليه أولاً والتحقق من حقيقة اتجاهه، وثانيهما موضوعي قوامه موضوع التصرف وشكله الظاهر، ويكون الرجوع إليه عند العجز عن معرفة اتجاه نية المتصرف فهما إذن معياران متكاملان، إذ يجب البحث أولاً عن الظروف الشخصية الذاتية التي حركت النية للحكم على تصرفه بالحسن أو بالغش غير أن هذا الفقه لا يحفل بالنية أو بوصفها من حسن أو غش إلا إذا ظهرت في مظهر خارجي وتقوم القرائن على وجود النية أو عدم وجودها وكذا تقوم أيضاً على وصفها بالحسن أو بالغش، وليس هذا أمر متعذر لأن نية المتصرف في حد ذاتها موجودة دائماً ولم يبق سوى الفطنة في إدراك وصفها من خلال الاستعانة في معرفتها بأمور خارجية ذات طبيعة مادية كالقرائن والأمارات الظاهرة التي تستشف من الظروف والملابسات الشخصية التي تحيط بالمتصرف ويرجع أساس هذا المعيار إلى الحديث النبوي الشريف: {إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...} ^(٢).

(١) جامع العلم والحكم، لابن رجب، المرجع السابق، ص ٣٦٧.
(٢) حديث متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وقد سبق تحريجه.

فيفهم من هذا الحديث أن النية هي الميزان الذي يقاس به التصرفات والأعمال فتوجد بوجودها وتعدم بعدمها، وتصح بصحتها وتفسد بفسادها لذلك اثبتت من هذا الحديث قواعد فقهية عامة منها: -

"الأمور بمقاصدها"، والتي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية قواعدها الكلية لتطبق في الأحكام القضائية، كما نصت المادة الثالثة من نفس المجلة على أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. فالنية مهيمنة على جميع الأعمال^(١). ومن النصوص الفقهية التطبيقية على ذلك ما قاله الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الأحكام: "إن المقاصد أرواح الأعمال"^(٢)، "والأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد"^(٣) وقوله "فالعامل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون"^(٤).

غير أن الشريعة الإسلامية لا ترى في المعيار الذاتي وحده كافياً لاتصاف المتعاقد بحسن النية أو سوءها، بل تقتضي النظر إلى نتيجة التصرف وثمرته فإن أدى إلى نتيجة سيئة وظالمة بأن ألحق بالغير أضراراً كان هذا التصرف سيئاً غير مشروع، ويعتبر المتصرف بذلك متعدياً وظالماً، وبالتالي وجب عرض التصرف أيضاً على مقياس موضوعي ثابت محدد متعارف فيما يجب من ضرورة الحيلة والحذر في التصرفات وهذا يجمع بين ناحيتين: أحدهما شخصية تنظر إلى ما أبداه المتصرف من يقظة وحذر وانتباه في تصرفاته وأخرى موضوعية، حيث يجب عرض ما جرى من المتصرف على مقياس موضوعي ثابت ومتعارف فيما يجب إبدائه من حذر وانتباه^(٥).

- (١) مجلة الأحكام العدلية المادة الثانية والثالثة، والأشياء والنظائر لابن نجيم، المرجع السابق، ج ١ ص ٤٣، الأشياء والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص ٩/٨.
- (٢) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي الغرناطي المالكي، مطبعة الاستانة ١٢٨٥هـ ج ٢ ص ٢٣٩.
- (٣) الموافقات، المرجع السابق، ج ٢ ص ٢٣١.
- (٤) الموافقات، المرجع السابق، ج ٢ ص ٢٢٥.
- (٥) جامع العلوم والحكم لابن رجب المرجع السابق ص ٢٦٩، المنهاج للنووي وشرحه نهاية المحتاج للرملي، المرجع السابق، ج ٥ ص ٣٢٣/٣٣٤، والموافقات للإمام الشاطبي المرجع السابق ج ٢ ص ٣٤٩/٣٤٨، ص ٣٥٨/٣٥٧، وانظر د. عبدالحليم عبداللطيف القونوي فيرسالته حسن النية وأثره في التصرفات، المرجع السابق ص ٢٦١ وما بعدها وص ٢٨٣ وما بعدها.

ويرى فقهاء الشرع الإسلامي أن أساس المعيار الموضوعي لحسن النية أو سوءها هو قول النبي محمد - ﷺ - : {من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد} (١) حيث يقول الإمام ابن تيمية (٢) أن هذا الحديث يعتبر ميزاناً للأعمال في الظاهر والباطن، ذلك أن النية عمل القلب ولما كان الحديث مطلقاً فإنه يشمل أعمال القلوب وأعمال الجوارح، فإذا كان العمل حسناً ظاهراً وباطناً كان صحيحاً مقبولاً وإذا كان سيئاً ظاهراً وباطناً كان فاسداً غير مقبول فالحديث إذن يسند حديث: {إنما الأعمال بالنيات...}، وتقويه ولا يعارضه لأن الجمع بين الأدلة التي تحث على ضرورة إعمال النية في التصرفات وبين الأدلة التي تحث على ضرورة إعمال الظاهر فيها أولى من إعمال بعضها وإهدار البعض الآخر (٣) هذا ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد وسعت نطاق معايير قياس سوء النية في التصرفات إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الوضعية لا قديماً ولا حديثاً، حيث أدخل فقهاء الشرع الإسلامي من ضمن المعيار الموضوعي للبحث عن وجود سوء النية جسامة الضرر، أي أنه بمجرد أن ينتج من التصرف أضراراً فاحشة تصيب المتعاقد، اعتبر التصرف سيئاً النية موضوعياً وإن كان الضرر يسيراً اعتبر شخصياً، لأن قصد الإضرار أمر خفي لا يستدل عليه إلا من خلال القرائن، وأقوى القرائن في هذه

- (١) حديث متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه ج ٢ ص ١١ عن عائشة رضي الله تعالى عنها بلفظ: {من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد} ومسلم في صحيحه (بلفظ) {من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد} وقال الحافظ ابن رجب: روى عثمان من سعيد عن أبي عبيد قال: جمع النبي ﷺ أمر الآخرة في كلمة واحدة {من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد} كما جمع أمر الآخرة في قوله - ﷺ - {إنما الأعمال بالنيات...} انظر: جامع العلوم والحكم، لابن رجب، المرجع السابق، ص ٧٢، ونيل الأوطار للشوكاني، المرجع السابق، ج ٥ ص ٢٥٦، والمواقف للشاطبي، ج ٢، ص ٣٤٤.
- (٢) هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني ولد بحران سنة ٦٦١هـ وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وأخذ من علمائها وبرع في الفقه والتفسير والحديث وشرع في التأليف والجمع فاشتهر أمره، نسب إليه بعض المغالاة في الآراء أنكر العلماء بسببها عليه فأودع السجن إلى يوم وفاته سنة ٧٢٨هـ وله مؤلفات كثيرة. وفتاوى متعددة. انظر: د. سليمان محمد أحمد رسالته ضمن التلغات في الفقه الإسلامي الطبيعية الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م القاهرة ص ١٩٨.
- (٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية الحراني (مركز الكتاب للنشر القاهرة)، ج ١٧ ص ٢٥٠، والمواقف للشاطبي، المرجع السابق، ج ٤ ص ١٩٤، د. عبد الحليم عبد اللطيف رسالته حسن النية وأثره في التصرفات، المرجع السابق، ص ٢٨٠ - ٢٨٢.

الحالة هي تلك الأضرار الفاحشة التي لحقت أحد المتعاقدين ، لأن العقل والمنطق يقضيان بأن الأضرار الفاحشة نتجت عن أمرين : إما من تعمد الأضرار ، وإما من الإهمال وعدم الاكتراث أو منهما معاً^(١).

نخلص من ذلك أن سوء النية بما في ذلك الغش أو التدليس في التصرفات القانونية يقاس بمعياريين : أحدهما ذاتي وثانيهما موضوعي ، وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض المصرية^(٢) وجانب من الفقه الفرنسي^(٣).

كذلك الأمر بالنسبة لعبء إثبات وقوع الغش فإن ما قرره القانون الوضعي في هذا لا يخرج عما قد قورته الشريعة الإسلامية بهذا الشأن ، حيث أن المبدأ العام فيها هو أن "البينة على من ادعى"^(٤).

(1) حيث ذهب فقهاء الشرع الإسلامي المتأخرين في المذاهب الثمانية الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعية الزيدية والجعفرية والأباضية إلى تحريم ومنع تعمد الإضرار بالغير في التصرفات إلى حد يخل بتوازن المصالح. لكن الضرر المألوف يجب تحمله والتسامح فيه لأن القول بمنعه يكون من شأنه تعطيل استعمال الحقوق والتصرفات المشروعة حيث لا يمكن التحرز منه غالباً. انظر كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣٠٢ هـ ص ١٦١ ، وتبيين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ١٩٦ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٤-٢٦٢ ، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ١١٩ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٢٣١ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٤٢ ، المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٣٢٢ ، الروض النضير للصنعاني ج ٤ ص ١١٢ ، مفتاح الكرامة للعاملي ج ٧ ص ١٢٠. ولزيد من التفصيل في هذه المسألة انظر بحثنا الموسوم "أثر تدرج الخطأ على مدى التعويض في القانون المعاصر والفقه الإسلامي" ، دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨م ، ص ٥٣ وما بعدها.

(2) نقض جنائي مصري في ١٩٤٦/٢/١١ مشار إليه في د. عبدالحليم عبيد اللطيف القنوني رسالته حسن النية وأثره في التصرفات المرجع السابق ص ٣١٠ هامش رقم ١ حيث جاء فيه : "إن حسن النية المؤثر في الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. وهو معنى لا يختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه وأرشد إلى عناصره في نص محين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي من ذلك. القاعدة الواجبة الاتباع ثم مضت هذه المحكمة إلى القول بأن حسن النية ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمة على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقولة".

(3) انظر في الفقه الفرنسي ، فرنسوا جورف ، تقدير الأدلة أمام القضاء ص ٣٧٠ وما بعدها ، مشار إليه في د. إبراهيم الغماز الشهادة كدليل إثبات رسالة دكتوراه ، عالم الكتب القاهرة ١٩٨٠م ص ٥١٥.

(4) حديث صحيح متفق عليه انظر صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني مطبعة العثمانية بمصر طبعة أولى ١٣٥١ هـ/ ١٩٣٢م ج ٢ ص ٥٢.

وعلى ذلك فإثبات الغش وتحقيق وجوده في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يقع على عاتق من يدعيه من المتعاقدين، ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك البيينة والقرائن^(١).

الخاتمة

بعد انتهاء الدراسة المتقدمة للبحث عن طبيعة النظام القانوني لدعوى وقف نفاذ تصرفات المدين على دائنيه (الدعوى البولصية) في القانون المدني اليمني والقانون المقارن والفقه الإسلامي. فإننا نرى أنه من المفيد هنا إلقاء نظرة سريعة وموجزة على مسيرة الدراسة والملاحظات المستخلصة والحقائق أو النتائج التي توصلنا إليها وهي في الآتي :-

أولاً: "مبدأ الغش يفسد كل شيء"، يحتل مكاناً بارزاً بين المبادئ العامة للقانون المدني والفقه الإسلامي، لأن هذه التشريعات تقوم على أسس من قواعد الدين والعدالة والأخلاق الهادفة إلى محاربة الغش والقضاء على كل أنواع الحيل وأساليب الخداع والتمويه والتضليل في جميع العقود والتصرفات.

ثانياً: بالنسبة لأثر الغش في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) انتهينا إلى الآتي :-

١. إن انصراف قصد المدين الإضرار بدائنيه هو أهم هذه لشروط في دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف، لأنه العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش بل أنه يمكن القول بأن شروط هذه الدعوى يمكن أن تتجمع كلها في شرط الغش لأنه لا يكفي أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره إلا إذا كان قد صدر من المدين غشاً فحسب النية أو سوءها هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه.

(١) انظر في هذا المعنى أستاذنا د. عبدالمجيد مطلوب بحقه التذليل، المرجع السابق ص ٢٩ و ص ٤٠ وانظر كتابنا عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية طبعة دار الفكر المعاصر صنعاء ٢٠٠٨ م ص ١٦٣ وما بعدها، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية مطبعة المدني القاهرة ١٩٨٥ م ص ١٣/٩٦، ومؤلفه إعلام الموقعين ج ١ ص ٩٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠٢، شرح الخرشي ج ٧ ص ٢٥٣ منح الجليل ج ٤ ص ١٧٤، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨، والتاج المذهب ج ٤ ص ٩.

٢. اتفاق كل من القانون اليمني واللبناني والفرنسي في أنه يستلزم شرط الغش في التصرف المطعون فيه سواء كان معاوضة كالبيع أو تبرعاً كالهبة، وهذا على خلاف ما جرت عليه التشريعات العربية الأخرى موضع المقارنة التي لا تستلزم ذلك إلا إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة عندئذ يشترط أن يكون هناك غش من جانب المدين وغش من جانب المتصرف إليه.

٣. أما بالنسبة للتبرعات فهناك فرق بين القانون اليمني واللبناني والفرنسي وبين القانون المصري والقوانين العربية الأخرى المقتبسة منه فعلى حين لا تشترط هذه القوانين الأخيرة للطعن في التبرعات غشاً من المدين ولا غشاً من المتصرف إليه نجد أن القانون اليمني يشترط غش المدين وغش المتصرف إليه أما القانون اللبناني والقانون الفرنسي - طبقاً للرأي السائد فيهما - يشترطان غش المدين ولكن لا يشترطان غش المتصرف إليه وهذا هو ما كان يسير عليه القانون الروماني كما رأينا. فالقانون اليمني في المادة ٣٦٧ مدني اكتفى بقيام الدائن بإثبات سوء نية المدين أو تواطئه مع المتصرف إليه أي كان نوع التصرف معاوضة أو تبرع ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان الخلف الأول أو الخلف الثاني حسن النية أو سيئها وهذا على خلاف الحال في القانون المصري والقوانين العربية الأخرى المقتبسة منه بل وحتى عن القانون الفرنسي واللبناني اللذين يشترطان غش المدين وخلف الخلف في بعض الأحوال التي أسلفناها.

٤. إن شروط دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف لا تخرج في جملتها عن الشروط التي اشترطها فقهاء المالكية ومن تبعهم، فإحاطة الدين بمال المدين تعني إعسار المدين أو الزيادة في إعساره وعلم المدين بإحاطة بماله تعني شرط الغش المشترك في هذه الدعوى في القانون وكل تصرف يصدر من هذا المدين ويكون ضاراً بدائتيه لا يسرى في حق هؤلاء الدائنين غير أن هناك بعض الاختلافات بين الشريعة والقانون في هذا الشأن تتمثل في أمرين هما: -

الأول: أن القانون يشترط لممارسة هذه الدعوى أن يكون دين الدائن - المطعون من أجله في تصرفات المدين - ديناً حالاً غير مؤجل أي مستحق الأداء، وذلك بخلاف الفقه المالكي الذي يستوي عنده - كما رأينا - المؤجل من الدين والحال منه، فيستطيع الدائن سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً أن يطلب الحجر على تصرفات المدين خلافاً لبعض المالكية.

الثاني: إن دعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف في القانون المدني لا بد من الترافع بها أمام القضاء وذلك بخلاف ما يقابلها في الفقه المالكي وإن كنا نعتقد أن هذا الأمر لا يتعارض مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي في تحويل القضاء دون غيره مكنة تقييد تصرفات المدين الضارة بعدم النفاذ لأن القضاء هو صاحب الولاية الملزمة في أحكامها لحسم ما يشجر من خلاف ورد الحق إلى أصحابه.

ثالثاً: بالنسبة للطبيعة القانونية للدعوى وقف (عدم) نفاذ التصرف فقد انتهينا إلى أنه قد أثار خلافاً قانونياً كبيراً بين الفقهاء حيث دار النقاش والتساؤل بينهم عما إذا كانت هذه الدعوى هي دعوى بطلان أم هي دعوى تعويض أم هي دعوى عدم نفاذ أم هي دعوى صورية مفترضة؟ أم هي دعوى ذات طابع خاص استقر بحكم التقاليد؟

فرغم هذا التعدد والاختلاف في الآراء فقد استقر الرأي الحديث والسائد فقهاً وقضياً في كل من فرنسا ومصر بأنها ذات طابع شخصي بحت حيث أنها تطبق على كل الحالات التي يقوم فيها المدين بغش دائنيه ما دام سيء النية، أي أنها موجهة لتصرف صادر بشروط ومعايير معينة دون أن يؤثر ذلك على صحة التصرف بين المدين والغير إذ يظل هذا التصرف صحيحاً ما دام أنه مستوفياً لأركانه، أما بالنسبة للدائنين فيعتبر التصرف كأن لم يكن أي غير نافذ في مواجعتهم وبالتالي لا يستحقون تعويضاً لأنه لم يلحقهم ضرر بعد أن منع وقوعه، وإذا جاز اعتبار هذا المنع تعويضاً فهو كما رأينا تعويض عيني، بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين بالأضرار بحقوق الدائن. وهذا هو التكيف الذي أخذت به معظم التشريعات المدنية الحديثة بما فيها كما رأينا في القانون المدني المصري حيث

جعلت القوانين تصرف المدين غير نافذ في حق الدائن وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر.

غير أن هناك رأياً يرى بأن التكييف الصحيح للدعوى البولصية في كل من القانون المصري والفرنسي، بأنها دعوى صورية مفترضة لأن ذلك ينسجم مع المنهجية القانونية في عدم الخلط بين أثر الدعوى والطبيعة القانونية لها، كما أنه يوضح لنا السبب في عدم نفاذ التصرف في حق الدائن مع بقاءه قائماً في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه وقد انتهينا إلى ترجيح هذا بالنسبة للقانون الفرنسي والمصري والقوانين الأخرى التي لم تأخذ بفكرة العقد الموقوف وهذا على خلاف الحال بالنسبة للفقهاء الإسلامي والقانون المدني اليميني الذي قام فيه المشرع بتكييف هذه الدعوى بأنها دعوى وقف نفاذ التصرف منذ البداية في المادة ٣٦٧ وبالتالي لا يحتاج الأمر فيه للبحث عن تكييف لهذه الدعوى بأنها دعوى بطلان أو دعوى تعويض لأن العقد الذي يجريه المدين موقوف سواء في ما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (الدائنين) إلا إذا أجاز هؤلاء هذا التصرف. رابعاً: أما بالنسبة للطبيعة القانونية للغش في العقود الصورية (دعوى الصورية) فقد انتهينا إلى النتائج أو الحقائق الآتية :-

١. إن حسن النية أو سوءها تظهر كأهم قاعدة في الصورية وتميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية الأخرى، حيث أن العقود الصورية قد تحوي غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش لذلك كانت التشريعات القديمة لا تنص على تنظيم أحكامها وما يترتب عليها من مسئولية بل كانت تعاقب عليها في بعض الأحوال بغرامة مالية كبيرة ولكن القانون المدني الفرنسي القائم لا يمنعها بل أباحها إذا لم تكن فيها مخالفة لأحكام القانون وسارت على ذلك التقنيات المدنية الحديثة بما فيها- كما رأينا- القانون المدني اليميني في المادتين (١٨٢/١٨٣) منه والذي قصر المشرع حكمهما على المتعاقدين والخلف الخاص في نطاق العقود التي تقبل النقص كسائر العقود والتصرفات المالية فلم تمدد حكمه إلى الدائنين كما فعلت التشريعات المدنية الأخرى كما أنها لم تجعل للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري

(الظاهر) بصفة نهائية، وإنما أجاز له أن يتمسك بهذا العقد حتى تثبت صورته وحينئذ يعتبر التصرف صورياً في حقه أيضاً، حتى ولو كان وقت التصرف حسن النية، وبالتالي كما قدمنا لا يكسب الحق المتصرف إليه فيه بعد ثبوت هذه الصورية، وإنما يحق له في هذه الحالة أن يرجع بالتعويض على من تصرف إليه إلا إذا تمكن المتعاقد الأول إثبات أنه لا يعلم بهذا التصرف الثاني فيكون الرجوع بالتعويض على المتصرف الثاني وحده، وبذلك انتهينا إلى أن الصورية في نظر القانون اليمني تعتبر إحدى الصور البارزة للحيلة والغش من جانب المتعاقدين لإضعاف الضمان العام لحقوق الدائنين على المدين، وهذا هو السبب أيضاً الذي دفع بالتشريعات الأخرى لوضع وسيلة الدعوى الصورية في يد الدائنين لرد تصرفات المدين السيئ النية إلى حقيقتها ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة الضمان العام لحقوق الدائنين للمحافظة على مبدأ استقرار التعامل بين المتعاقدين، فإذا تعارضت مصالح من يتمسكون بالعقد الظاهر مع من يتمسكون بالعقد الحقيقي (المستتر) رجحت كفة الذين يتمسكون بالعقد الظاهر وهذا هو - كما قدمنا - ما سار عليه من قبل الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي.

٢. كذلك انتهينا إلى أنه إذا كان القصد من استعمال الصورية غش وخديعة الغير أو التحايل على أحكام القانون أو أخفت سبباً للإبعاد الشرع فإنه لا عبرة في ذلك لا بالعقد الظاهري ولا بالعقد الخفي (الصوري)، لأنه لا حكم للصورية مع بطلان سبب التصرف، وهذا كما رأينا ما استقرت عليه التشريعات المدنية في مختلف البلدان ولذلك فإننا نهيب بتلك التشريعات بما فيها تشريعنا بضرورة تدخل المشرع لتجريم الصورية التي تنطوي على الخداع والغش وإضرار بالدائنين وذلك أسوة بتجريم التزوير والنصب وخيانة الأمانة وذلك لتشابه الصورية في هذه الصور مع تلك الجرائم في الطبيعة والأثر، وبتعبير آخر لاتفاقيهما مع هذه الجرائم في شروط العقاب فكما أن التزوير يعاقب عليه القانون إذا توافر فيه تغيير الحقيقة والعمد وحصول الضرر أو احتمال حصوله فإن الصورية كذلك قد تستجمع هذه الشروط

وبالتالي فإن الصورية والتزوير من طراز واحد ومثلهما في ذلك الشهادة الزور.

٣. أما بالنسبة لمسألة إثبات الغش أو الخداع وسلطة قاضي الموضوع نحوهما فقد انتهينا إلى أن عبء إثبات الإدعاء بحصول غش أو تدليس أو خداع يقع على عاتق مدعيه طبقاً للقواعد العامة للإثبات سواء في القانون المدني أو الفقه الإسلامي، فإذا كان الغش أو التدليس أو الخداع قد وقع على أحد العاقدين أو الدائنين في نطاق القانون المدني، فإنه يشكل بذلك خطأ عمدياً ومن ثم يقع عبء إثبات ذلك يكون على عاتق الذي يتمسك بإبطال العقد لغش أفسد إرادته فله أن يقيم الدليل على وقوع الغش عليه من المتعاقد معه أو من نائبه، أو علمه به، وذلك بكافة طرق الإثبات التي منها شهادة الشهود والقرائن لأنه ينصب على وقائع مادية. ويعتبر حصول الوقائع المكونة للغش مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع الذي يكون له كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع وتأثيرها على العاقد دون أن يخضع في تقديره للتعقيب من جانب محكمة النقض طالما أن حكمه قد بني على أسباب سائغة تبرره وهذا بخلاف تقدير ما إذا كانت واقعة الغش تشكل حيلة مشروعة أو غير مشروعة فإن القاضي يخضع فيه لرقابة محكمة النقض لكونها مسألة قانونية متعلقة بالوصف القانوني لهذه الوقائع، كالفصل فيما إذا كان الكتمان يكفي لقيام الغش أم لا؟

كانت تلك أهم النتائج التي انتهينا إليها من هذه الدراسة والتي أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت إليها، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب، والحمد لله أولاً وآخراً.

{ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ }

سورة البقرة آية [٢٨٦]

قائمة بأهم مصادر ومراجع البحث *

أولاً: كتب التفسير وأحكام القرآن:-

- ١- أحكام القرآن الكريم (تفسير الجصاص)، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، مطبعة الأوقاف الإسلامية، القاهرة، ج ١.
- ٢- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن كثير الدمشقي، ج ٢ مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٣- تفسير المنار لمحمد رشيد رضا، دار الكتب المصرية، ١٣٥٣هـ/١٩٣٥م.
- ٤- تفسير النسفي، المطبعة الحسينية القاهرة ١٣٤٤هـ، ج ١.
- ٥- الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي) محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي مصور عن الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م دار الكتاب العربي بالقاهرة ج ٣.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:-

- ١- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد مطبعة دار الكتب العلمية القاهرة.
- ٢- الاختيار لتعليل المختار لابن مردود الموصلية طبعة دار الفكر العربي القاهرة.
- ٣- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي دار الكتب العلمية ١٤١٠هـ/١٩٩٠م القاهرة.
- ٤- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم للحافظ ابن رجب الحنبلي البغدادي الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م دار الريان للتراث القاهرة.
- ٥- سنن ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٧٤هـ/١٩٦٧م القاهرة ج ١٢.

(* ملاحظات:

- ١- راعيت في ذكر المراجع الترتيب الموضوعي ثم الترتيب الهجائي في كل موضوع ونخص هذا الأسلوب بكتب اللغة وكتب الحديث وكتب مذاهب الفقه الإسلامي.
- ٢- الترتيب بحسب الحروف الهجائية لأسماء المؤلفين ونخص هذا الأسلوب بالمراجع الحديثة في الفقه الإسلامي ثم المراجع القانونية أما المجموعات والدوريات فرتبتها هجائياً بحسب أسمائها.

- ٦- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني طبعة دار الحديث القاهرة ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- ٧- سنن الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م ج ١٢.
- ٨- السنن الكبرى للإمام البيهقي النيسابوري مطبعة دار المعارف العثمانية القاهرة طبعة ١٣٤٤هـ/١٣٥٥هـ ج ٥.
- ٩- شرح البخاري فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمحافظ أبي الفضل شهاب الدين بن حجر العسقلاني طبعة دار الفكر العربي القاهرة ج ٤.

- ١٠- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١- طرح التثريب في شرح التقريب للمحافظ زين الدين أبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي، وهو شرح له ولوالده الفقيه قاضي مصر ولي الدين أبي زرعة العراقي المولد عام ٧٦٢ المتوفى عام ٨٢٦هـ، طبعة مصر.

- ١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للمحافظ نور الدين البيهقي بتحرير الحافظين الجليلين العراقي وابن حجر، مكتبة القدس، القاهرة، ١٣٥٣هـ.

- ١٣- مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل البغدادي، المطبعة الميمنية، القاهرة، طبعة أولى، ١٣١٣هـ/١٨٩٥م.

- ١٤- موطأ الإمام مالك بن أنس مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٤٠م.

- ١٥- نيل الأوطار، شرح متقى الأخبار للعلامة محمد بن علي محمد الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة ١٩٦١م.

ثالثاً: كتب اللغة العربية:-

١. تاج العروس، طبعة الكويت ج ١٦.
٢. القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٧م.

٣. لسان العرب لابن منظور الإفريقي المصري، طبعة دار المعارف، القاهرة (بدون).

٤. مختار الصحاح لأبي بكر الرازي، طبعة دار الحديث، القاهرة (بدون).

٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للمقري الفيومي، المطبعة الأميرية، الطبعة السادسة، ١٩٢٦ م القاهرة.

٦. المعجم الوجيز وضع وتأليف مجمع اللغة العربية القاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٩٩٥ م.

رابعاً: كتب مذاهب الفقه الإسلامي:-

أكتب الفقه الحنفي:-

١. الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل عبدالله بن محمود بن مردود الموصلي طبعة دار الفكر العربي القاهرة، (بدون).

٢. الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم، الحنفي، المطبعة الحسينية، القاهرة، ١٣٢٢ هـ.

٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، مطبعة دار الكتب العلمية، القاهرة ١٣٣٤ هـ.

٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر الكاساني، مطبعة الجمالية، القاهرة ١٩٨٢ م.

٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.

٦. جامع الفصولين لابن قاضي سماوة، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ١٣٠٠ هـ.

٧. الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علي بن محمد الحصري الحصكفي مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين المسماة (برد المختار علي الدر المختار)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م.

٨. رسائل ابن عابدين، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٩. شرح الهداية (فتح القدير) شرح بداية المبتدئ لكمال ابن الهمام،

مطبعة بولاق القاهرة ١٣١٧هـ.

١٠. شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٠٥م.

١١. الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣٢٣هـ، ج ٣.

١٢. كتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة ١٣٠٣هـ.

١٣. المسوط شرح الكافي لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة بمصر ١٣٣١هـ، وطبعة دار المعارف القاهرة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٤. مجلة الأحكام العدلية، التي تتضمن ١٨٥١ مادة أخذها العلماء من القواعد الفقهية التي قررها الفقيه الحنفي ابن نجيم في كتاب الأشباه والنظائر، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٦م.

١٥. مجمع الأنهر (شرح ملتقى الأبحر) للقاضي عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي أو (شيخي زاده)، المطبعة العثمانية، القاهرة ١٣٢٧هـ.

١٦. مجمع الضمانات للبغدادي، مطبعة الخيرية القاهرة طبعة أولى ١٣٠٨هـ.

١٧. مرآة المجلة ليوسف أصاف، المطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤م.

١٨. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للعلامة محمد قدري باشا، الطبعة الثانية ١٩٨٣ دار الفرجاني القاهرة.

ب- كتب الفقه المالكي:-

١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م + طبعة دار الفكر بيروت.

٢. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير للشيخ الدرديري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٢هـ/١٩٥٢م.

٣. التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالموافق مطبوع

- بهامش مواهب الجليل للحطاب الذي سيأتي ذكره.
٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن فرحون، مطبوع بهامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عlish، مطبعة مصطفى محمد الحلبي، القاهرة ١٣٥٥هـ.
٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة (بدون).
٦. شرح الخرشي (فتح الجليل شرح مختصر خليل) لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، طبعة ثانية، ١٣١٧هـ، وبهامشه حاشية علي العدوي.
٧. الشرح الصغير على أقرب المسالك المذهب الإمام مالك لأحمد بن أحمد الدردير وهو مطبوع أيضاً بهامش حاشية الصاوي الذي سيأتي ذكره.
٨. القوانين الفقهية (أوقوانين الأحكام الشرعية) في تلخيص مذهب المالكية لمحمد بن أحمد بن محمد بن حزي، طبعة المكتبة الأدبية بمدينة فاس تونس ١٣٥٤/١٩٣٤م + طبعة دار العلم للملايين بيروت، ١٩٦٨م.
٩. المدونة الكبرى للإمام مالك رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم عن الإمام مالك طبعة دار الفكر، بيروت (بدون).
١٠. مواهب الجليل (شرح مختصر خليل) لأبي عبد الله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
- ج- كتب الفقه الشافعي:-

١. الأحكام السلطانية لأبي الحسين علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، دار الكتب العلمية، القاهرة، ج ٢ (بدون).
٢. إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دار الجيل بيروت.
٣. الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، مطبعة مصطفى محمد الحلبي، القاهرة،

١٣٧٨هـ/١٩٥٩م.

٤. الأم للإمام الشافعي، مطبعة ومكتبة بولاق، القاهرة، ١٣٢٥هـ.
 ٥. المجموع شرح المذهب للإمام محي الدين بن شرف النووي مطبوع مع تكملة المجموع للشيخ السبكي، مطبعة الإمام زكريا علي يوسف، القاهرة ١٩٦٦م.
 ٦. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٨٥هـ/١٩٦٨م + طبعة دار الفكر بيروت (بدون).
 ٧. المذهب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطلال الركيبي.
 ٨. الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي، المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤١هـ.
 ٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي المشهور بالشافعي الصغير مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م.
 ١٠. الوجيز في الفقه الشافعي للإمام أبي حامد الغزالي طبعة دارالفكر بيروت ١٩٩٤.
- د- كتب الفقه الحنبلي:-
١. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية طبعة دار الأرقم القاهرة ١٩٩٧ ج ٢.
 ٢. الإقناع لمنصور بن ادريس بن صلاح الدين السيهوتي طبعة دار الفكر بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢ وبهامشه كشف القناع.
 ٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل للعلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي مطبعة السنة المحمدية، القاهرة الطبعة الأولى ١٩٥٦م.
 ٤. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن أبي بكر المعروف بابن

- قيم الجوزية مطبعة السنة المحمدية القاهرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٣م.
٥. الفتاوى الكبرى لابن البركات عبدالسلام بن عبدالله ابن تيمية الحراني مركز الكتاب للنشر والتوزيع القاهرة ج ١٧.
 ٦. القواعد في نطقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي مطبعة ومكتبة الخانجي بمصر طبعة أولى ١٣٥٣هـ/١٩٣٣م.
 ٧. المغني والشرح الكبير لموفق الدين ابن قدامة المقدسي، طبعة دار المنار، القاهرة، طبعة ثالثة، ١٣٦٧هـ ٩ أجزاء + طبعة أمام عشرة أجزاء.
 ٨. نظرية العقد للإمام ابن تيمية، طبعة مركز الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة (بدون).

خامساً: كتب المذاهب غير الأربعة:-

أ- كتب الفقه الظاهري:-

- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المطبعة المنيرية بالقاهرة، ١٣٥٠هـ.
- ب- كتب الفقه الزيدي:-

١. البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المشهور في المذهب (بالمؤيد بالله) مؤسسة الرسالة، بيروت (بدون).
٢. التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار) للقاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، طبعة مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء (بدون)، ج ٢.
٣. الروض النضير (شرح المجموع للإمام زيد) للقاضي العلامة الحسين شرف الدين بن أحمد السياغي اليمني الصنعاني.
٤. المنتزح المختار (شرح الأزهار) للعلامة أبي الحسين عبدالله بن مفتاح، مكتبة اليمن الكبرى، طبعة مصورة على مطبعة المعارف بالقاهرة، ١٣٤٠هـ.

ج- كتب الفقه الجعفري الإمامي:-

١. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني، الطبعة الثانية ١٣٥٧هـ، القاهرة.

٢. فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية دار مكتبة الهلال بيروت
الطبعة الخامسة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
 ٣. المختصر النافع للتحقق الحلي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر طبعة ثانية
١٣٧٧هـ.
 ٤. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، لمحمد الجواد بن محمد الحسين
العالمي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ، ج ٧.
- د- كتب الفقه الأباضي:-
١. شرح النيل وشفاء العليل، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش، المطبعة
السلفية القاهرة ١٣٤٣هـ.
 ٢. متن النيل، لضياء الدين عبدالعزيز بن إبراهيم مطبوع مع شرح
الشيخ أطفيش السابق ذكره.
- خامساً: كتب الفقه الإسلامي الحديث (مؤلفات عامة وأبحاث ومقالات):-
١. أحمد الكبيسي، مصادر الغبن والتغريب في عقد البيع في الفقه
الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية جامعة
بغداد، ١٩٧٧م.
 ٢. رمضان علي السيد الشرنباصي، السكوت ودلالته على الأحكام،
دار الفكر العربي القاهرة (بدون).
 ٣. زكريا البرديسي، أصول الفقه الإسلامي، طبعة ١٩٦١، القاهرة.
 ٤. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، طبعة ١٩٦٤، القاهرة.
 ٥. صبحي رجب محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في
الشرعية الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثالثة،
١٩٨٣م.
 ٦. _____، فلسفة التشريع في الإسلام، الطبعة
الخامسة، بيروت، ١٩٨٠م.
 ٧. عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، الطبعة
الخامسة.
 ٨. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،
طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٦٨، وطبعة

- منشورات الحلبي، بيروت ١٩٩٨ م.
٩. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بيروت لبنان.
 ١٠. عبدالمجيد محمود مطلوب، التدليس بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محاضرات أقيمت على طلاب دبلوم القانون الخاص كلية حقوق عين شمس، ١٩٨٧ م.
 ١١. عبدالناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٥ م.
 ١٢. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة.
 ١٣. عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، الطبعة الثالثة، ١٩٦١ م، القاهرة.
 ١٤. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م، مؤسسة الرسالة بيروت.
 ١٥. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣ م.
 ١٦. محمد زكي عبد البر العقد الموقوف بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٥ العدد الأول والثاني ١٩٥٥ م.
 ١٧. محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، الطبعة الثانية، القاهرة.
 ١٨. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، مطبعة جامعة دمشق، طبعة سادسة، ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م، والطبعة التاسعة ١٩٦٨، دار الفكر، بيروت.

سابعاً: الرسائل العلمية :-

١. أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤ م.
٢. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٧ م.

٣. جلال العدوي، الإيجار القانوني على المعاوضة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٠.
٤. جميل متولي الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٣، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٥٦.
٥. حسبو الغزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٩م.
٦. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
٧. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
٨. سيد بدوي، حول نظرة عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٤م.
٩. الصديق محمد الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٦، الناشر: دار الجيل، بيروت، ١٩٩٠.
١٠. عاطف محمد كامل، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٧٦م.
١١. عبد الرزاق حسن فرج نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامية دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨.
١٢. عبد الجبار صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد.
١٣. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ١٩٩٧، طبعة ٢٠٠٤، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
١٤. عبدالرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني رسالة، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

١٥. عبدالستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٥، مطبعة مقهوي الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
١٦. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير، حماية الضمان العام للدائنين بدعوى الإعسار، كلية الشريعة، الأزهر، ١٩٨٢.
١٧. عبدالغفار إبراهيم صالح، الإفلاس بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٢م.
١٨. عبدالكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين، كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
١٩. عبدالله عبدالله محمد العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢٠. عبدالله علي الخياري، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلاميين والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.
٢١. عمرو إبراهيم الوقاد، النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
٢٢. فادية يحيى أبو شهية، النظرية العامة للطرق الاحتيالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.
٢٣. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٣، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٣م.
٢٤. محمد عبدالحميد مكي، الاحتيال في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
٢٥. محمد عطا الله شرعان، الالتزام بإعلان الخطر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٧٩م.
٢٦. محمد محمد الغشم، إجازة التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق

جامعة القاهرة ١٩٩٥ م.

٢٧. محمد بن عبدالقادر محمد عبدالقادر، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥ م.

٢٨. محمود عبدالرحيم أحمد الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٢ م.

ثامناً: كتب عامة في القانون:-

١. أحمد حسن البرعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي مصادر الالتزام، ج ١، العقد الطبعة الأولى ١٩٨١، دار الثقافة، القاهرة.

٢. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المصري واليمني، دار النهضة العربية القاهرة ١٤١١هـ/ ١٩٩٠ م.

٣. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٧٢ م.

٤. إسماعيل بنانم، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦ م.

٥. أنور سلطان وجمال العدوي، أحكام الالتزام، طبعة ١٩٨٥، الإسكندرية.

٦. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨ م + ج ٢ أحكام الالتزام في القانون المدني، ١٩٩٧.

٧. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزامات، طبعة ١٩٨١، الكويت.

٨. جاك جستان، في نظرية الالتزام، طبعة ١٩٨٠، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، طبعة ٢٠٠١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت.

٩. جلال العدوي، ومصطفى الجمال، أصول المعاملات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.

١٠. جميل متولي الشرقاوي، أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني،

- دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨ م.
١١. _ ، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨١ ، وطبعة ١٩٩١ .
 ١٢. حامد زكي ، دروس في الالتزامات ، مكتبة عبدالله وهبة ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٤٧ .
 ١٣. حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢/١٩٩١ م.
 ١٤. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج ١ ، الخطأ ، دار وائل للنشر عمان ، الأردن ، ٢٠٠٦ .
 ١٥. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، دار المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩ م.
 ١٦. حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصر ، ١٩٥٤ .
 ١٧. حلمي بهجت بدوي ، الأصول والالتزامات ، الكتاب الأول ، نظرية العقد طبعة ١٩٤٣ ، القاهرة .
 ١٨. _____ ، خلاصة محاضراته في الالتزامات ، مطبعة محمد كرار ، القاهرة (بدون) .
 ١٩. حمدي عبدالرحمن ، الوسيط في القانون المدني النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ .
 ٢٠. _____ ، مذكرات في مصادر الالتزام ، دار الحقوق للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩١ .
 ٢١. _____ ، مصادر الالتزام ، طبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
 ٢٢. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية ، مطبعة الجبلاوي ، القاهرة طبعة ١٩٧١ .
 ٢٣. _____ ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٢ الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، إيريبي للطباعة القاهرة ،

١٩٨٧.

٢٤. صبحي رجب محمصاني محاضرات في آثار الالتزام معهد الدراسات العربية العالية القاهرة ١٩٤٥.
٢٥. صبحي رجب محمصاني، محاضرات في آثار الالتزام، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة ١٩٥٤.
٢٦. عبدالحفي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، طبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
٢٧. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ج ٢، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ج ٧ المجلد الثاني طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٢٨. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٣.
٢٩. عبدالسلام ذهني، النظرية العامة في الالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٢٢.
٣٠. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، وكذا مؤلفه مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، طبعة ١٩٧٦، الكويت.
٣١. عبدالمنعم البدر اوي، المدخل إلى القانون الخاص مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٨٠.
٣٢. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، وكذا مؤلفه مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، طبعة ١٩٦٩، الكويت.
٣٣. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الطبعة السابعة، ١٩٧٢، الإسكندرية.
٣٤. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة دار الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٢، ج ٢، أحكام الالتزام، مكتبة الجيل الجديد، الطبعة السادسة، ٢٠٠٤ م.

٣٥. محمد علي عمران، الوجيز في آثار الالتزام - أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٣٦. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام + ج ٢ أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
٣٧. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٧٨ / وطبعة ١٩٩٠.
٣٨. _____، مشكلات المسئولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
٣٩. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥، بغداد.
٤٠. محمود محمد الشارود، الوجيز في عيوب الإرادة، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
٤١. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٤٢. مصطفى الزرقاء، القانون المدني السوري، معهد البحوث والدراسات العربية، محاضرات ألقاها على طلبة المعهد قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، القاهرة، ١٩٦٩.
- تاسعاً: أبحاث متخصصة ومقالات قانونية:-
١. إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، مجلة المحاماة، السنة ٥٠ العدد ٩.
٢. جميل الشراوي، بحثه دراسة في طبيعة الدعوى البولصية في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٩، السنة ٢٩، العدد الأول.
٣. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير ١٩٣٣.
٤. رأفت محمد حماد، الصورية في القانون المدني المصري بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة ١٩٨٧، القاهرة.
٥. سهير منتصر، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون).

٦. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثامنة، ١٩٥٨، العددان الأول والثاني.
٧. عبدالحكيم فودة، جرائم الغش التجاري والصناعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، وكذا مؤلفه البطلان في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٣.
٨. عبدالحמיד الشواربي، جرائم الغش والتدليس، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٨٩.
٩. _، المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.
١٠. عبدالله علي الخياري، عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٨. أثر تدرج الخطأ على مدى التعويض في القانون المعاصر والفقه الإسلامي دراسة مقارنة دار الفكر المعاصر. صنعاء. ٢٠٠٩م.
١١. عبدالودود يحيى، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٩، العدد الثاني يوليو ١٩٦٩.
١٢. عزيز خانكي في مقالة الصورية ووجوب اعتبارها جريمة"، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة السابعة.
١٣. علي تحيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥٨ لعام ١٩٨٨.
١٤. فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن، ١٩٧٩، القاهرة.
١٥. فخرى أبو سيف مبروك، دراسة في شروط وطبيعة الدعوى البولصية طبعة ١٩٨١، وقد نشر هذا البحث في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، السنة ١٢.
١٦. محمد حسام لطفى، المسؤولية في مرحلة التفاوض، طبعة النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٥.

١٧. محمد حسين الشامي ، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني
والمصري والفقهاء الإسلاميين ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، الطبعة
الأولى ، ١٩٩٥ .
 ١٨. محمد عبدالظاهر حسين الجوانب القانونية السابقة للتعاقد ، المؤسسة
الفنية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
 ١٩. محمد عبدالغريب ، الثقة العامة ومدى الحماية التي يكفلها لها قانون
العقوبات ، طبعة ١٩٨٤ ، القاهرة .
 ٢٠. محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاتها في بعض
العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ .
 ٢١. محمد نصر الدين زغلول ، الإرادة في العمل القانوني وغيوبها ،
القاهرة (بدون) .
 ٢٢. منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني ،
محاضرات غير منشورة أقيمت على طلاب الدراسات العليا في
القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،
١٩٩٢/١٩٩١ .
 ٢٣. نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات
المتعلقة بالعقد ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
١٩٨٢ + طبعة ١٩٩٠ .
- عاشراً: الدوريات والمجلات العلمية :-
١. المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية ، جمع وترتيب د.
حسن علي مجلي ، مركز الصادق للطباعة والنشر ، صنعاء ، ٢٠٠٣ .
 ٢. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة
المنصورة .
 ٣. مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية .
 ٤. مجلة الحقوق التي يصدرها مجلس النشر العلمي بالكويت .
 ٥. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة
عين شمس .
 ٦. مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بغداد .

٧. مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
٨. مجلة المحاماة، مجلة قانونية شهرية تصدرها نقابة المحامين بمصر.
حادي عشر: المجموعات والمذكرات العلمية:-
١. مجموعة أحكام النقض الجنائي والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من عام ١٩٥١.
٢. مجموعة أحكام النقض المدنية والتي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداءً من ١٩٤٩.
٣. مجموعة الأستاذ محمود عمر أصدرتها دار النشر للجامعات المصرية ابتداءً ١٩٣١/١١/١٢ حتى ١٩٤٩/٦/٩ خمسة مجلدات.
٤. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أصدرتها وزارة العدل المصرية، مطابع دار الكتاب العربي، ١٩٤٩.
٥. المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية التي كانت تصدرها وزارة العدل المصرية.
٦. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض وأصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.
٧. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني الصادر في ١٩٧٩ مطابع الكتاب المدرسي بوزارة التربية والتعليم، صنعاء، الكتاب الأول.