الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري

د. فريد صحراوي
جـامعة الجزائر 01

الملخص
إنّ الصورية من أقدم الممارسات التي عرفها الرومان، وهي في نظر الكثير من الفقهاء تقوم على خلاف كاذب من أجل إخفاء الحقيقة، فهي بذلك خرق ملتوي للقانون.
كما تظهر في شكل عمل قانوني أو واقعة قانونية ينتج عنها عمل ظاهري يختلف عن العمل الحقيقي الخفي، ولذلك تعتبر الصورية إحدى أشكال الحيل القانونية.

The consequanse of the concealment in the Algerian civil law
A summary:
Concealment was one of the oldest practices in the juridicial field, performed since the Roman era. According to the lawers, this practice is based on fake and unlawful dissension inorder to hide the truth. Thus, it is an unfair breach of the law.
Concealment appears to be a judicial act or a judicial entity which might lead to an obvious act different from the real, veiled one. Therefore, this practice is considered as one of the judicial tricks.

تمهيد

تعتبر الصورية إحدى أشكال الحيل القانونية التي تمتد جذورها إلى العهد الروماني، وتطوّرت مظاهرها على مدى الزمن، حيث أخذت خلالها طابع النظم القانونية والأوضاع التشريعية التي مرّت بها.

ونظرا للأهمية البالغة التي يمثلّها هذا التصرّف بالنسبة للقوانين المعاصرة، باعتبار الصورية خرقا ملتويا للقانون وإخفاء للحقيقة، فإنّ من الضروري الوقوف ودراسة مختلف جوانب هذا التصرّف.

إنّ صلة هذا التصرّف بمختلف ما يتضمنه من مفاهيم ومضامين قانونية، كالباعث غير المشروع، والغش نحو القانون وغيرها، يجعل رصد أنواع الصورية هنا لازما، وذلك من خلال كشف هذه الصلة بوضوح،

ويجعل الوقوف على معايير الحكم على التصرّف بالصورية وعدمها أمرا ضروريا.

هذا ما تناولته هذه الدراسة من خلال محاولة إبراز وتجلية بعض النقاط والمسائل التي يثيرها موضوع الصورية. وفيما يلي بيان لما تم التنويه والإشارة إليه:

أوّلا: تعريف الصورية لغة واصطلاحا.

1-التعريف اللغوي:

الصورية مصطلح مأخوذ من حيث اللغة من اللفظ (صور)؛ وهي مصدر صناعي من صورة، والصورة هي: الشكل والهيئة والحقيقة والصفة[1].

وقد جاء في بعض المعاجم ما يفيد بأنّها: اتجاه يرمي إلى التعويل على الشكل دون المضمون وإهمال العنصر المادي، ثمّ يشير المعجم إلى مأخذ المعنى القانوني الذي هو ما يطلق على العقد الذي ليس له وجود قانوني على الرغم من مظاهره وشكله[2].

وعلى هذا فالأصل اللغوي للمصطلح القانوني (صورية) مرجعه إلى معنى: مادة صور؛ أي الصفة الوهم، إذ تقول: تصورت الشيء أي توهمته، كما تطلق على الشكل والحقيقة والصورة.

ولا شك أنّ الصورية وإن كانت دالة على الشكلية من حيث المظهر؛ إلاّ أنّ فيها ما يدل على وجود نية لاستغلال الشكل في التغطية على المضمون.

2-التعريف الاصطلاحي:

عرّفت الصورية بتعريفات عديدة؛ ولعل من أهمّ تلك التعريفات ما يلي:

أ-عرّفت الصّوريّة بأنها: «اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي؛ وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صوريا، أمّا تصرفها المستتر أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقيا»[3].

وهذا فيه إشارة إلى تزوير الحقيقة الجوهرية بمظهر شكلي ليس هو بالضرورة ما يعبر بصدق عن جوهر التصرف وحقيقته.

ويبدو من خلال هذا التعريف أنّ في التصرف الصوري مستويين اثنين:

- تصرف حقيقي؛ وهو ما تم إخفاؤه عن الغير، من باب التحايل والغش.
- تصرف كاذب، وهو المظهر الذي تجسد به التصرف لخداع طرف آخر.

وفي هذا المقام لا بأس بالإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة قد أعطوا تعريفا مطابقا لهذا المعنى من حيث المضمون العام، وهو ما تضمن القيام بمظهر كاذب للتغطية على تصرف حقيقي.

وفي هذا يقول الدكتور "محمد رواس قلعجي" ملّخصا تعريف الفقهاء للصورية: «من صور الشيء: أبرز له صورة –أي شكلا–، والصوري نسبة إلى الصورة: إظهار تصرف قصدا وإبطان غيره، مع إرادة ذلك المبطن. وهي على نوعين: صورية مطلقة: وهي صورية تتضمن افتعالا كاملا لتصرف لا وجود له في الحقيقة. الصورية النسبية بالتستر: وهي إخفاء تصرف في صورة تصرف خر؛ كإخفاء هبة في صورة بيع»[4].

ب-وقيل في تعريفها: «اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار أو مظهر كاذب، سواء أكانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير؛ فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنّه هو الحقيقة، والآخر حقيقي ولكنه خفي عن الغير؛ ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصوري، ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي أو ما يسمى بورقة الضد»[5]، أي اتفاق المتعاقدين على إخفاء غرضهما الحقيقي من العقد تحت مظهر متواطأ عليه مسبقا.

ومن خلال هذا التعريف فإنّ الصورية مردّها إلى اصطناع مظهر كاذب عند القيام بإجراء تصرف قانوني؛ وذلك من أجل إخفاء الحقيقة عن الغير، أو من أجل إخفاء حقيقة التصرف القانوني عن الآخرين[6].

مما يعني –نظرا إلى مآل التصرف وحقيقته-أنّ الصورية تعني اتفاق طرفين أو أكثر على إبرام تصرف ظاهر غير حقيقي بغرض إخفاء العلاقة التي تربط بينهما؛ وهو ما جعل أصحاب التعريف الثاني يعتبران

الصورية شاملة من حيث المعنى للصورية المطلقة والنسبية على سواء[7].

وجوهر الصورية بناءً على هذين التعريفين هي إنشاء تصرف قانوني لكن مظهره كاذب وإن تمثلت فيه شكليات التصرف القانوني الحقيقي؛ بمعنى أنّه حيلة أو تحايل على القانون؛ مما لكنه تحايل خاص.

وفيما يلي بيان للفروق الجوهرية بين الصورية والحيلة.

ثانيا: الفرق بين الصورية والحيلة.

لابد من الإشارة إلى أنّ الصورية عند القانونيّين وإن كانت مظهراً من مظاهر الحيلة والتحايل؛ إلاّ أنّه يتعين بيان ما بين المصطلحين من علاقة؛ وهو ما سيأتي ذكره فيما يلي:

1-الصورية مفهوم أخص من الحيلة؛ بمعنى أنّ الحيلة أوسع دلالة من الصورية وأكثر شمولا؛ إذ من المعلوم قانونياً أنّ الحيلة القانونية تشمل الصياغة القانونية المعروفة عند القانونيين بأنه وسيلة إلى إيجاد مخارج قانونية لبعض ما يفرضه الواقع القانوني، «وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه»[8].

وهو ما يفيد بأنّها وسيلة لتطوير القانون، والتقليل من غلو وصرامة بعض المفاهيم والأحكام التي قد يكون التزامها سببا في حرج واقعي مفروض؛ أمّا الصورية فهي تصرف يقصد به صاحبه الخديعة وإخفاء الحقيقة عن الغير.

2-أنّ الصورية إنّما تتحقق بوجود طرفين في التصرف حتى يعتبر مفهوم الصورية متوافرا فيه، بصرف النظر عن مجال وقوع الصورية سواء كان من قبيل العقود أو الدعاوى أو غيرها من التصرفات، أي تحقق المظهر الكاذب بتواطؤ طرفين[9].

أمّا الحيلة فلا يشترط في تحقق مفهوما وقوعها من طرفين؛ إذ قد يقوم بها طرف واحد فقط على النحو المعهود في أغلب

الحيل القانونية التي يفعلها المشرع من باب الصياغة، وربما حصلت بوجود طرفين اثنين كما هو معروف في الغش وفي أغلب الحيل التدليسية وما في معناها.

3-أنّ القصد أو الهدف هو أيضاً فارق مؤثر في هذا؛ ذلك أنّ الصورية دائما تخالف الحقيقة المتواطأ على إخفائها من طرفي التعاقد، تنتهي في غاياتها إلى الخداع والغش والتدليس ومراوغة القانون والالتفاف عليه؛ بينما الحيل التي يقوم بها المشرع نفسه فهي حيل نبيلة الغاية شريفة القصد، مآلها التخفيف من غلو القواعد القانونية ونصوص مواده.

4-الحيل إذا كانت عقدية فهي غالبا عقد واحد؛ بينما الصورية تتضمن وجود عقدين اثنين: عقد أول اتجهت إليه إرادة الطرفين، وعقد ثان صوري ظاهر ليس هو ما اتجهت إليه إرادة أي طرف من أطراف التصرف القانوني[10].

5-أنّ الحيل قد تكون جنسا للصورية بحيث تندرج الصورية في مضمون الحيلة أو نوعا من أنواعها؛ فيقال مثلا: بأنّ هذا من الحيل الصورية، بينما لا يمكن أن تكون الصورية جنسا تندرج فيه الحيلة بحيث يقال: الصوّر الحيلية؛ فهذا واحد من الفروق التي فرضها شمول معنى الحيلة لغوياً مقارنةً بالصورية التي لا يتجاوز معناها ما سبق ذكره عند التنصيص على التعريف اللغوي.

لكن يتعيّن علينا في هذا الصدد التنويه بأنّ ثمة مجموعة من رجال القانون لا يرون بين العقود الصورية فرقاً بالنظر إلى الباعث أو الدافع؛ حيث يضفي على بعض العقود الصورية إطلاقا شكليا لا ينافي القانون إذا كان الدافع إليه شريفا ويتسم بالمشروعية من حيث الأصل، مثال ذلك: لو أنّ شخصاً ما أراد

شراء قطعة أرض من شخص آخر؛ إلاّ أنّ الشخص الذي يرغب في شرائها اعتقد - لظروف وملابسات معينّة- بأنّ البائع سيرفع عليه الثمن إذا ظهر بنفسه في عملية التعاقد بسبب غناه وثروته أو بسبب كونه من منطقة أخرى أو نحوها؛ فقام في هذه الحالة بالاتفاق مع شخص آخر كي يشتري له تلك القطعة ثم يردّها أو يرجعها باسمه فيما بعد؛ حيث إنّ الدافع إلى التصرف هنا مشروع والباعث شريف لا غبار عليه[11].

والواقع أنّ هذه التفرقة لا مسوغ لها لأنّها لا تدخل بالنظر إلى الحقيقة والمآل في معاني الصورية التي ينص عليها رجال القانون.

ثالثا: الصورية حيلة في المفهوم الفقهي:

لقد نظر فقهاء الشريعة إلى (الباعث) و(القصد) من التصرّف؛ وجعلوا من موافقة قصد الشارع أو مناقضته معياراً في الحكم على أي تصرف بأنه تصرف مشروع أو بأنه حيلة مردودة؛ وبغض النظر عن خلاف الفقهاء –بين جمهور وحنفية-حول مدى التوسيع والتضييق في الحيل؛ إلاّ أنّ أغلب فقهاء الشرع جعلوا (قصد الشارع) معياراً ثابتا في الحكم على التصرفات العقدية خاصة، فإذا وافق الإنسان قصد الشارع فتصرفه مشروع؛ وإذا ناقضه فهو حيلة، سواء كان تصرفه من قبيل الصورية أو غيرها من التصرفات.

فالصورية عند الفقهاء إذا حيلةٌ من الحيل؛ بناءً على قصد الشارع الذي تمّ مناقضته هنا.

وعليه يمثّل الإمام الشاطبي – من فقهاء المالكية وأحد الأصوليين الكبار-للصورية باعتبارها حيلة من الحيل المردودة بنكاح التحليل؛ وهو نكاح يتم كحيلة لكي ترجع الزوجة إلى من طلقها طلاقا باتا ببينونة كبرى؛ لكن المشروعية الظاهرية للتصرف لم تشفع في الحكم بجواز التصرف؛ وذلك أنّ نص الشارع ذاته يفيد بمنطوقه إبطال هذا التصرف؛ وهو ما ورد في الحديث الشريف من قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[12].

وفي هذا يقول أبو إسحاق الشاطبي: «التحيّل على الأحكام الشرعيّة باطل على الجملة نظرا إلى المآل»[13]، أي بالنظر إلى نتيجة التصرف ذاته.

ويقول أيضا: «قصد الشّارع من المكلّف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التّشريع، والدّليل على ذلك ظاهرٌ من وضع الشّريعة؛ إذ قد مرّ أنّها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلّف أن يجري على ذلك في أفعاله؛ وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشّارع»[14].

وهو تصريح واضح بالبطلان؛ والبطلان هنا شامل لجميع التصرفات القائمة على عنصر الحيلة سواء كانت عقودا أو أعمالاً أو غيرها بناءً على فساد الدافع والقصد؛ وفي هذا يقول الشاطبي دائما: «كلّ من ابتغى في تكاليف الشّريعة غيرَ ما شُرعت له؛ فقد ناقض الشّريعة، وكلّ من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التّكاليف مالم تُشرع له؛ فعمله باطل»[15].

رابعا: أنواع الصورية

الصورية نوعان: صورية مطلقة(حقيقية)، وصورية نسبية، وفيما يلي بيان ذلك:

1-الصورية المطلقة: وهي ما كانت متعلقة بوجود العقد نفسه؛ حيث إنّ الاتفاق المستتر لا يتضمن عقدا آخر مختلفاً عن العقد الظاهر؛ وإن كان الاتفاق المخفي يثبت بأنّ التصرف الظاهر تصرف صوري ولا يوجد في حقيقة الأمر[16].

مثالها: لجوء الشخص الذي أحاط به الغرماء إلى بيع أملاكه صوريا؛ تهرّبا من ملاحقتهم، بحيث يجري عقدين أحدهما: عقد بيع، والثاني سند الاعتراف بالدين لكي يثبت حقه فيما بعد[17].

2-الصورية النسبية: الصورية النسبية هي ما كان فيها اتفاق بين طرفين في العقد على إخفاء تصرف حقيقي تحت غطاء تصرف صوري يستر أو يخفي التصرف الحقيقي أو بعض أطرافه أو محتوياته، وهو ما

يجعلنا نقول بأنّ الصورية هنا جزئية، بمعنى أنّها تتعلق بجزء من العقد لا بكل العقد[18]، من أمثلة ذلك أنّ الأصل العام هو توافر الشروط الموضوعية للعقد في العقد الحقيقي، أمّا العقد الصوري فتوافر فيه الشروط الشكلية فقط لا غير، وكذلك فإنّ العبرة في الصوري هي عند الدائنين فقط كما في (المادة 198 مدني جزائري) على نحو ما سبق شرحه في المعنى الاصطلاحي للصورية.

أمّا عند الخلف الخاص فهي بحسن النية، علما بأنّ الأصل في هذا الباب هو ما جاء في (المادة: 199/ مدني جزائري) من أنّ العبرة بالعقد الحقيقي بين المتعاقدين وخلفهما العام، وإن كان ثمة استثناء يقضي بأنّه بالعقد الظاهر عند التعارض وذلك حرصاً على استقرار التعامل في التصرفات.

3-التصرف الصوري باعتباره تحايلاً على القانون يستخدم مصطلح التحايل في التعبير عن جميع أشكال وصور الإخلال بالقانون أو محاولات تجاوزه والالتفاف عليه؛ فالتحايل على الضريبة مثلا يعرّف بأنّه: «كل عمل غير مشروع يتضمن إخفاء أو كتمانا يؤدي إلى عدم دفع الضريبة»[19].

وهذا ما يعني أنّ الصورية والغش والتدليس والحيلة – من غير المشرّع على سبيل الصياغة -كلّ ذلك من التحايل؛ وهو ما حدا إلى التعبير بهذا الإطلاق –أعني-: (الصورية كتحايل على القانون).

وإذا كان إطلاق لفظ التحايل على كلّ من الغش والخداع يبدو سائغاً ومقبولاً بوضوح؛ من حيث كونهما وجهين من وجوه خرق القانون، إلاّ أنّ اعتبار الصورية تحايلاً بإطلاق قد يكون فيه شيء من التوسع؛ وذلك للمعنى التوسعي الذي سبق التمثيل له بمشتري الأرض عن طريق شخص آخر.

وتعتبر الصورية من حيث الأصل –وبمعناها الحقيقي-نوعا من أنواع التحايل ومظهرا من مظاهره؛ وذلك لما فيها من إخفاء للحقيقة بمظهر كاذب، وهذا كاف في تخلف المشروعية عن التصرف الصوري، وإن

كان للقصد دخل في تكييف بعض التصرفات الصورية على أنّها ليست باطلة ولا تعتبر تحايلاً ممنوعا كما سيأتي.

خامسا: أثر الباعث المشروع في تكييف الصورية بالمشروعية:

لا شك أنّ إعطاء تصرف قانوني شكلاً يختلف عن شكله الحقيقي هو عين التحايل على القانون، بل هو حقيقة مفهوم التحايل كما يتفق عليه رجال القانون؛ غير أنّ نبل القصد يتدخل أحيانا فيجعل من إطلاق البطلان على كل التصرفات الصورية غير وارد.

والمقصود أنّ شرف القصد يجعل من التصرف ليس من قبيل التحايل بناء على غياب قصد التحيل فيه، وإنما تتوافر فيه بعض ملامح الصورية بالنظر إلى اللغة إذا حملناها عليه بشكل حرفي وشكلي.

وإذا كان الغش والخداع تحايلاً صريحا بالاعتبار القانوني المباشر وبالاعتبار اللغوي أيضا؛ فإنّ الخداع في ذاته لفظ غير مقبول، لغةً وشرعاً وقانوناً؛ أمّا الصورية فإنّه قد يلجأ إليها في بعض الأحيان لتحقيق بعض الأغراض النبيلة؛ كالتبرع الذي يقوم به شخص من الأشخاص لمؤسسة خيرية ليس باسمه الصريح ولكن باسم مستعار نظراً لرغبته في إخفاء شخصه وعدم رغبته في الإفصاح عن اسمه؛ فمثل هذا التصرف النبيل رغم قيامه وبنائه على الصورية غير أنه لا يمكن الحكم ببطلانه بالنظر إلى سببه والدافع إليه[20].

ولقد أثار الدكتور عبد الرزاق السنهوري –القانوني المصري الكبير والشهير-مسألة التمييز بين الصورية وبعض المفاهيم الأخرى؛ مشيراً إلى خطأ وقع فيه كلٌّ من الفقه والقضاء في فرنسا مفاده الخلط بين الغش والصورية في المضمون ومن ثم في ترتيب الآثار، بحيث إنّه لم يتم التمييز بينهما إلاّ اعتباراً من النصف الثاني للقرن التاسع عشر[21]، وهو ما يعني أنّ قيمة التصرف الصوري ظاهرية فقط[22]، بحيث لا تتضمن إضراراً بطرف آخر أو إخلالاً بمصلحة مشروعة للغير سواء كانت خاصة أو عامة.

وجدير بالذكر أنّ القانوني الإيطالي الكبير «فيرارا» «Ferrara» قد حاول في هذا الصدد تحديد الفارق الأساسي بين الغش والصورية باعتبار أنّ: «الصورية ليست وسيلة للتهرب من القانون؛ بل هي وسيلة لإخفاء خرقه»[23].

ولا شك أنّ بعض الأمثلة أو التطبيقات قد يبدو فيها بعض المضامين المشتركة لهذا وذاك على نحو ما حكم به الفقه والقضاء من اعتبار تغيير الإقامة مثلاً إذا كان صوريا كعدمه، بل اعتباره غشاً نحو القانون، وإسقاط آثاره في نزع الاختصاص[24]، كما يتضح ذلك في مثال تغيير محلّ الإقامة لأجل التهرب من آثار دعوى قضائية ظهرت بوادرها للفاعل بهدف نزع الاختصاص عن المحكمة التي كانت مختصة من حيث الأصل للنظر في تلك الدعوى، فإنّ المحاكم كانت دوماً معنيةً بالتأكد من جدية تبديل محل الإقامة ومدى فعل ذلك بهدف نبيل غير نزع الاختصاص والتهرب من طائلة القضاء في تلك المحكمة المعنية أصلاً بالنظر في القضية[25].

وهو ما يدفع إلى القول إنّ القاضي حين يكون إزاء هذه الحالة وأشباهها فإنّه لا يعنيه سوء القصد أو غير ذلك؛ وإنما يعنيه إصدار الحكم بالنظر إلى التصرف الحقيقي غير ملتفت إلى ما أحاط به من التفاف والتواء بتغيير الإقامة صورياً[26]؛ خاصة وأنّه قد يستند إلى بعض المبررات الوجيهة كأن يكون للشخص عدة منازل أو مساكن في أماكن أو بلدان مختلفة.

وهناك حالات يلتبس فيها الغش بالصورية، أو بتعبير آخر تتلبس فيها الصورية بالغش ولغرض غير مشروع؛ كالذي قررته محكمة النقض المصرية من أنّه: «متى طعن الوارث على العقد بأنه يستر وصية كان له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات؛ لأنّ الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث؛ إنّما من القانون مباشرة على أساس أنّ التصرف قد صدر إضرارا بحقه في الإرث؛ فيكون تحايلاً على القانون»[27].

سادسا: معيار اعتبار الصورية تحايلاً على القانون.

لا يكاد يقع الخلاف بين رجال القانون في أنّ الصورية لا تعتبر تحايلا على القانون إلا عند توافر شرط (خرق القانون)، وذلك أنّ القانون إنما ينظر إلى التصرفات الباطلة والموجبة للجزاء باعتبارها مخالفة قائمة على مناقضة نصوصه وقواعده العامة، أما إذا كان التصرف ورد على نحو من الجوانب التي لا استهداف فيها للقانون نصاً أو روحا فإنّه ليس من شأن القانون أن يبطلها ولا أن يقيم عليها جزاء.

على أن «مصطلح الخرق» يراد به مخالفة النصوص القانونية بطريق مباشر وصريح؛ وقد جرى العمل بأن النص القانون في ذاته يتم التصريح فيه بجزاء المخالفة والخرق وفي السياق نفسه؛ والحقيقة أن اتجاهين واسعين في القانون اختلفا في مدى تصنيف المخالفة هل تعتبر خرقا للقانون في كل الأحوال أم في حال دون حال؟

الاتجاه الأول: يرى النزعة الموضوعية في الحكم على هذه المسألة.

الاتجاه الثاني: يرى النزعة الشخصية الذاتية في النظر إليها.

وثمرة ما يستخلص من مناقشات الاتجاهين المذكورين هي اعتبار «التحايل على القانون» خرقا للقانون –دوماً- يجعل من الصعب تمييز مفهوم الغش عن غيره، ويلغي أهمية وضع معايير للتفرقة بين أنواع المخالفات ذات الصلة بين الغش وبين الصورية وسائر ما يشابهه في بعض السمات.

وإذا كان قد سبق التمثيل بالقانون الجزائري فإن المعمول به في القانون الفرنسي وفي أغلب القوانين التي أخذت عنه هو تغليب ما يقتضيه الاتجاه الشخصي، أمّا الاتجاه الموضوعي فإنّ طروحاته لا تزال على قدر من الغموض لا يناسب طبيعة الفروق الدقيقة بين أشكال المخالفة للقانون[28].

ويفترض الاتجاه الموضوعي أنّ الغش خرق للقانون لكنه غير مباشر؛ قوامه الحيلة والمداورة بغض النظر عن الدافع والباعث على التصرف هل هو إرادة الغش أم لا، حيث إنّه وبمجرد تحقق النتيجة التي

نص المشرع على منعها فإنّ خرق القانون يتحقق بصرف النظر عن نية الفاعل لهذه المخالفة.

ولقد اكتسب هذا الاتجاه أنصارا في كل من ألمانيا، وإيطاليا، وفرنسا؛ خاصة في بدايات ظهوره، وقد كان التوجه لديهم إلى اعتبار أن التحايل لا يشكل مفهوما مستقلا، لأسباب كثيرة أهمها أنّ أشكال المخالفة للقانون لم ينظر إليها باعتبار كونها مباشرة أو غير مباشرة[29]؛ورغم تعرض هذا الاتجاه والنظرية التي جاء بها لنقد شديد بسبب صعوبة التمييز بين التصرفات في هذا الصدد[30]، ونظرا أيضا لكون المخالفة قد تكون فقط لنص القانون؛ وإنّما لإرادة المشرع المتمثلة في مقصده وغايته من التشريع[31].

وقد حاول ليجيروبولو «Alexandre Ligeropoulo» القانوني الفرنسي الشهير أن يضع أسسا واضحة للاتجاه الموضوعي أو النظرية الموضوعية كما تسمى أيضا؛ وانتهت به المحاولة إلى أنّ ثمة نوعين من الغش يشملان كل الحالات التي تؤلف الغش بمجموعها، وعلى هذا فالغش نحو القانون حسب (ليجيروبولو) دائما يتم بطريقتين اثنتين:

الطريقة الأولى: وهي مخالفة ملتوية على قاعدة آمرة أو ناهية صريحة؛ حيث يتم استبعاد القاعدة الإلزامية بواسطة مناورات مشروعة وعمليات معترف بشرعيتها دون تقييد نص آخر؛ كالطلاق الذي يتم من باب التحايل بالتجنس في الخارج والاستناد –من باب الادعاء الشكلي-إلى مبدأ خضوع قضايا الأهلية وكذا الأحوال الشخصية لقانون جنسية المتقاضي وبنص القانون نفسه.

الطريقة الثانية: وهي خرق روح القاعدة استنادا إلى صياغتها المطلقة التي فيها إتاحة لهذا الخرق[32].

والواقع أنّ هذه النظرية رغم كثرة أنصارها في الفقه المقارن إلا أنها لا تنبني على أسس قانونية سليمة؛ وذلك أن النية أو الدافع الباعث على التصرف تشكل الركن الأساسي لنظرية الغش، كما يؤكده أصحاب النظرية الشخصية؛ أما خرق القانون فيتحقق بمجرد حدوث النتيجة

غير المشروعة التي يحرّمها بغضّ النظر عن قصد الآخرين ودوافعهم[33]؛ فضلا عن قفز القانون عن التشبث بالشكليات التي لم تعد القوانين المحترمة تقف عندها متعامية عن القصود والدوافع والنيات[34].

سابعا: الصورية باعتبارها وسيلة للحيل القانونية.

الصورية من حيث هي التفاف على القانون بإظهار تصرف مشروع ليس هو التصرف الحقيقي وإنما هو إخفاء لإرادة حقيقية بنية الخداع فإنه يعتبر طريقاً مؤدية إلى التحيّل؛ فلها حكم وسائل المقاصد[35].

على أن مؤدى ونتيجة التصرفات الصورية من خلال هذه الحقيقة تؤكد اختلاف طبيعة العقدين فيها، بل وتناقضهما في الجوهر وفي المقومات والأركان والشروط[36].

ومن المعروف أنّ القانون الخاص الجزائري وإن تميز بنـزعة موضوعية واضحة إلا أنّه لا يخلو من مراعاة المعايير الذاتية خاصة في حالات السلب، التي نعني بها حالات خرق جوهر القانون والتصرفات انطلاقا من الحيلة، وهو ما يعني وجود توازن معنوي كبير في القانون الجزائري الخاص[37].

ويمكن القول بأنّ أغلب التصرفات الصورية هي من قبيل التستر على بعض الأفعال الجرمية أو إخفاء آثارها، أو الغش نحو القانون على نحو من الأنحاء، أو إلحاق الضرر بالغير وإن بتحقيق مصلحة للذات قد لا يبررها القانون حتى من حيث أصلها، وهكذا كل ما يتخذه الشخص وسيلة للالتفاف على القانون بإظهار فعل من الأفعال على أنه يكتسي بالمشروعية القانونية الظاهرية.

وإذا كانت القوانين وقواعدها قد تكون أحيانا مقتصرة عن تحقيق مصالح الناس باضطراد؛ فإنّ هناك ما يؤدي –وإن بشكل اضطراري أو اعتباري- إلى مخادعة بعض الناس لتلك القواعد القانونية ليس بنية خرق القانون؛ ولكن بنية تحقيق المصلحة التي يعتبرها الأشخاص مشروعة بالأصل.

ولعل من أهمّ الأمثلة على هذا الأمر القيام بالالتفاف على حق الجار في شفعة العقار المبيع عن طريق إجراء عقد هبة؛ تهربا من حق الشفيع في الأخذ بحقه؛ مما يجعل عملية الهبة تلاعبا هدفه إبطال حق النهوض بالأحقية والأولوية في عملية البيع(38).

من دلائل هذا ما نصت عليه المادة (351) من القانون المدني الجزائري*، على أنّ الثمن في عقد البيع يجب أن يكون نقديا حيث قالت: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي»، مما يقتضي أنّ البائع بعد استلام النقد الذي هو ثمن نقل ملكية العقار للمشتري الذي قام بدفع الثمن. ما معناه تقدير الثمن أو الأساس الذي تم تقويمه به؛ على النحو الذي نصت عليه المادة (356) من القانون المدني الجزائري نفسه؛ ونصها: «يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. وإذا وقع الاتفاق على أنّ الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان؛ فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية»، وهو ما يعني عدم قانونية ما يتم أحيانا في بعض التصرفات العقدية –البيع تحديداً- من التنصيص على ثمن يخالف القيمة الحقيقية للثمن، وغير بعيد عن هذا ما يتم على أنه هبة، بينما هو في نهايته وحقيقته –قبل كل شيء- مجرد هبة صورية قام بها الطرفان للتغطية على عملية البيع وإخفائها.

نظير ذلك ما جاء في أركان العقد وتحديدا في إثبات السبب في القانون المدني الجزائري في المادة (98/الفقرة1) أن: «كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

وفي المادة نفسها من هذا القانون نفسه وفي الفقرة الثانية من المادة (98-2) أنه «ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب

فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه» وهو ما يعني أن المدعي إذا لم يتمكن من إثبات ركنية السبب بطل العقد ولا اعتداد به، ولا يترتب عليه.

وفي محصّلة هذه الدراسة وكاستنتاج، يمكن حصر ما اشتمل عليه القانون المدني الجزائري من خلال مواطن دعوى الصورية التي يمكن إجمالها على النحو التالي:

- التنصيص على ما يتعلّق بالشروط الموضوعية في العقد الحقيقي، وكذا الشكلية في العقد الصوري، وما يقتضي العبرة بالصوري عند الدائنين والخلف الخاص حسن النية؛ حسب جاء ذلك في المادة (م 198 قانون مدني جزائري).
- التدابير التشريعية الضامنة للمديونية كوسيلة من وسائل المحافظة على الحق بإعطاء الدائن حق إتباع الدعوى غير المباشرة أو دعوى عدم نفاد القانون، وذلك ما جاء في (المادتين 189 190) من القانون المدني الجزائري دائما.
- وهو ما تمت تسميته أيضا بالدعوى البوليصية طبقا لما نصت عليه (المادة 191قانون مدني جزائري) وما بعدها.
- بل وأعطت للدائن الحق في القيام بكشف مساعي المدين من أجل إبعاد أمواله عن الضمان العام باعتماده للدعوى الصورية؛ وهو ما جاء صريحا في نص(المادة 198قانون مدني جزائري) ونصها: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص؛ متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري»، وهو ما عرف بالتأمينات الخاصة التي هي وسيلة لتحقيق الضمان وإنّ لم يكن موفرا للدائن الثقة اللازمة على النحو الذي يتوخاه المشرع وتقتضيه مصلحة الدائن.

وهنا يمكن التمثيل أيضا بمسألة توقيع الشيك عند إنشائه وقبل تداوله من طرف من أصدره وقام بسحبه؛ دون تلك الشروط التي إن

تخلفت لم يترتب عليه ما ينبغي من آثار قانونية كالترك أو التحريف أو الصورية؛ علما بأن الصورية لا تؤدي إلى بطلان الشيك إلا إذا قصد بها إخفاء ما له أثر في صحة الشيك[39].

خَاتِمَة

وفي الختام يمكن القول إنّ هذه المعالم هي أهمّ ما يمكن أن يقوم عليه موضوع الصورية، وتلك أهم الإجابات عن التساؤلات التي أثارها هذا التصرّف على الصعيد القانوني.

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

* الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ: 1975/09/26م المعدّل والمتمّم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، المجلّد الرابع، مادة صور، ص2523 وما يليها.

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة، ص402.

(3) أنور العمروسي، الصورية وورقة الضّد في القانون المدني، طبعة دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، سنة1999م، ص11.

(4) محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط دار النفائس، بيروت، لبنان، سنة 1982م، ص278.

(5) عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، د. ت. النشر، 1997م، ص15.

(6) أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، المرجع السابق، ص11.وانظر كذلك وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط. 1960م، ص377.

(7) عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري، المرجع السابق، ص15.

(8) صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، طبعة دار النهضة العربية، مصر، سنة 1976م، ص199.

(9) أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، ط. دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1980م، ص152.

(10) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان الأردن،2005م، ص94.

(11) أحمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، طبعة مطبعة نهضة مصر، د.ت، ص102.

(12) أخرجه البخاري: (249/5/ حديث 2639)، كتاب الشهادات: باب شهادة المختبئ، ومسلم: (1055/2)

(13) الشاطبي، الموافقات، (202/4).

(14) الشاطبي، المرجع السابق، (331/2).

(15) الشاطبي، المرجع السابق، (333/2).

(16) أنور سلطان، أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، المرجع السابق، ص152، 1981م.

(17) حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، طبعة دار وائل للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 2004م، ص125.

(18) جلال العدوي، أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)، طبعة الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ت، ص210.

(19) B. Navatte, La fraude et l'habilité en droit fiscal, D. 1951, Chronique p. 87: «on entendent par fraude fiscale, tout acte illicite qui comporte une simulation ou une dissimulation et qui aboutit au non paiement d'un impôt dont on avait l'obligation de s'acquitter».

(20) بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، طبعة 2009، ص44.

(21) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ص1078، وما بعدها.

(22)M. Dagot, La Simulation en droit privè, Paris 1967, p. 49.

(23) «la simulation n'est pas un moyen pour la loi mais pour en cacher la violation», Ferrara, de la simulation dans les actes juridiques, pise 1922, p. 67., citè par H. Desbois, La Fraude à la loi et la jurisprudence francaise, These Paris 1927, p.43 et s.

(24) J. Vidal, Thèse prècitèe, p.187., Cass. Civ. 30 juin 1913, D. 1913/1-p. 531.

(25) J. Vidat, Essai d'une thèorie gènèrale de la fraude en droit francais. Thèse, Paris 1957, p. 186. Planiole et Ripert, Traitè de droit civil, Tome 1, 2 ème edition par R. et J. Savatier, n.161.

(26) «En cas de Fraude la Simulation peur être établie par tous moyens entre les parties». Arrêt de Cassation. Cass. Com. 19 Nov. 2002- Gaz. Pal 2003 /7/ p. 313 et Bull. Civ. 2002 / 4 /n.174.

(27) محكمة النقض المصرية، طعن رقم: 98، تاريخ 1969/03/20، وطعن رقم: 697، تاريخ 1976/12/03، يراجع: د. محمد شتا أبو سعد، الشفعة الصورية، مبادئ النقض مؤصلة بشأن المشكلات العملية للشفعة والصورية، طبعة دار النهضة العربية، مصر، سنة 1995م، ص125-130.

(28) Guillaume Wicker, Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique, p. 37 et s.

(29) A. Ligeropoulo, Le probléme de la fraude à la loi, Thése, Marseille 1928, p.64., Desbois, Thése précitée, p. 16 et s..

(30) J. Baz, Essai sur la fraude en droit musulman, Thése lyon 1938, p. 314 e s., L. Prat-Rousseau, La notion de fraude à la loi / son damaine d'application actuel en droit civil Fracais- Thése Bordeaux 1937 p. 39 et s.

(31) بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، المرجع السابق، ص60-61.

(32) A. Ligeropoulo, Le probléme de la fraude à la loi, p.64

(33) بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، ص65 وما بعدها، ويراجع أيضا:

J. Ghestin, Intoduction Gènèrale précitée, p. 435-436., Bonnecase, introduction à l'ètude du droit, p. 195. N.124, cité par Prar-Rousseau, Thèse précitée, p. 146 et s.

(34) Dalloz, Répertoire de droit civil, Tome 2, D-1 édition 1952-Dol

J. Ghestin, Intoduction Gènèrale précitée, p. 435-436., Bonnecase, introduction à l'ètude du droit, p. 195. N.124, cité par Prar-Rousseau, Thèse précitée, p. 146 et s.

(35) أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، المرجع السابق، ص11.

(36) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المجلد الثاني، ص1077.

(37) Guillaume Wicker, Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique, p. 23 et s.

(38) معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر،1998م، ص1036.

(39) عبد الرحمان خليفاتي، محاضرات في القانون التجاري الجزائري، السندات التجارية، الجزائر، طبعة 2006/2005م، ص80.