الهبة المستترة

دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي

أ.م مالك جابر حميدي الخزاعي

كلية القانون جامعة القادسية

malek.hamade@qu.edu.iq

تاريخ الاستلام : ١٥/ ١/ ٢٠٢١

تاريخ قبول النشر: ٣١/ ٥/ ٢٠٢١

المستخلص

من أبرز التصرفات التي نشأت عند الانسان هو عقد الهبة الذي يعتبر واحدا من اهم التصرفات التي تنتقل بها الملكية بين الاشخاص وقد يراد بها وجه الله او يقصد بها الواهب اسداء خدمة او رد جميل لشخص، ونظام الهبة معروف منذ زمن بعيد وقد أكد الدين الاسلامي هذا المعنى وقد تلقفت القوانين الحديثة هذا النظام ونظمته، وتظهر اهمية عقد الهبة المستترة من اهميه عقد الهبه ذاته، وقد حاولنا في بحثنا هذا الاجابة على بعض التساؤلات ومنها ما موقف الفقه الاسلامي من الهبة المستترة وما فرق الهبة المستترة عن الهبة المكشوفة وما هو النظام القانوني الذي تخضع له الهبة المستترة، وما هو موقف التشريعات من هذه الهبة وعلى وجه الخصوص المشرع العراقي وما هو موقف القضاء العراقي والمقارن من هذا الموضوع، عليه قسمنا بحثنا هذا الى ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الاول الهبة المستترة بصورة عامه بثلاثة مطالب، تناول المطلب الاول مفهوم الهبة المستترة والمطلب الثاني مشروعية الهبة المستترة والمطلب الثالث شروط هذه الهبة . وتناولنا في المبحث الثاني الاوضاع المشابه للهبة المستترة في ثلاث مطالب ايضا، تناول المطلب الاول تمييز الهبة المستترة عن الابراء وفي المطلب الثاني تمييز هذه الهبة عن الحوالة وفي المطلب الثالث تمييز هذه الهبة عن الاشتراط لمصلحة الغير. أما المبحث الثالث تناول احكام الهبة المستترة وصورها في ثلاث مطالب ايضا، المطلب الاول تناول الاحكام الموضوعية للهبة المستترة والمطلب الثاني تناول اثبات هذه الهبة والمطلب الثالث لصور هذه الهبة، وختمنا بحثنا بخاتمه توصلنا من خلالها الى بعض النتائج والمقترحات.

الكلمات المفتاحية : الفقه الإسلامي؛ الإبراء- الهبة المستترة- التمليك- عقد المعاوضة- عقد الهبة- حوالة الحق.

Abstract.

One of the most prominent human behaviour is the gift contract, which is considered to be one of the most important acts in which property is transferred between persons and which may be intended for the face of God or for the talent to provide a service or a beautiful response to a person, the gift system has been known for a long time. The Islamic religion has confirmed this meaning. Modern laws have incorporated and regulated this system, the importance of the hidden gift is reflected in the importance of the gift contract itself, in this research, we have tried to answer some questions, including the attitude of Islamic jurisprudence to the hidden gift, the difference of the hidden gift from the exposed gift and the legal regime to which the hidden gift is subjected, what is the position of the legislation on this gift, in particular the Iraqi legislature, and what is the comparative position of the Iraqi judiciary on this subject, so we split this into three detectives, and in the first, we dealt with the hidden gift in general with three demands, the first request dealt with the concept of a hidden gift, the second with the legality of a hidden gift and the third with the terms of the gift, in the second topic, we addressed the conditions of the hidden gift in three demands as well, the first request dealt with distinguishing the hidden gift from the discharge, the second with distinguishing the gift from the hawala and the third with distinguishing the gift from the requirement in the interest of third parties. The third research dealt with the provisions and images of the hidden gift in three claims as well, the first with the substantive provisions of the hidden gift, the second with the proof of the gift and the third with the images with the gift, we concluded our search with a ring through which we reached some conclusions and proposals.

Key words: **Islamic Fiqh- discharge- hidden giveaway- titling; netting contract-gift contract- Right transfer**.

المقدمة

مدخل تعريفي بالموضوع

عندما خلق الله الإنسان خلق معه مجتمع وبوجود المجتمع تنشأ اواصر وعلاقات بين أفراده وهذه العلاقات لا تكون جامدة فالإنسان بطبعه يسعى دائما الي يكون متميزا عن غيره في تصرفاته وهذا التميز قد يكون له ما يبرره وما يحقق بالوقت نفسه مصلحة الاخرين . لذلك فقد نشأ عن هذه الفطرة لدى الانسان الكثير من التصرفات التي اصبحت قواعد ملزمة في المجتمع سواء من الناحية القانونية أو الناحية الأخلاقية. او انها لا تكون ملزمة ولكنها رسخت في تصرفات الأفراد. ومن أبرز هذه التصرفات هو عقد الهبة الذي يعتبر واحدا من أهم التصرفات التي تنتقل بها الملكية بين الاشخاص ولأسباب عديدة قد يراد منها وجه الله او وجه الاخرين او يقصد منها الواهب اسداء احسانا او ردا لجميل شخص اسدى له خدمة معينة. ونظام الهبة معروف منذ زمن بعيد اذ ان اعمال المجاملات والهدايا معروف منذ نشأة البشرية وهو منغمس بفطرة الإنسان وعرفته الحضارة الرومانية اذ كان السادة يعطون الهدايا لعبيدهم المخلصين. وقد جاء الدين الاسلامي ليؤكد هذا النظام العريق بآيات قرآنية شريفة. قوله تعالى ﴿**وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ**﴾ [الأنعام/ ٨٤]، وقوله تعالى ﴿**الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ**﴾ [إبراهيم / ٣٩]، وقوله تعالى ﴿**قَالَ إِنَّمَا أَنَا رَسُولُ رَبِّكِ لِأَهَبَ لَكِ غُلَامًا زَكِيًّا**﴾ [مريم/ ١٩]، وقال تعالى: ﴿**فَوَهَبَ لِي رَبِّي حُكْمًا**﴾ [الشعراء / ٢١]، وقوله تعالى ﴿**وَوَهَبْنَا لِدَاوُودَ سُلَيْمَانَ**﴾ (ص/ ٣٠]، ﴿**وَوَهَبْنَا لَهُ أَهْلَهُ**﴾ [ص/ ٤٣]، وقوله تعالى ﴿**وَوَهَبْنَا لَهُ مِنْ رَحْمَتِنَا أَخَاهُ هَارُونَ نَبِيًّا**

[مريم/ ٥٣]، وقوله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي﴾ [مريم/ ٥]، وقوله تعالى ﴿رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ﴾ [الفرقان/ ٧٤]، وقوله تعالى ﴿هَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً﴾ [آل عمران/ ٨]، وقوله تعالى ﴿هَبْ لِي مُلْكًا لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي﴾ (ص/ ٣٥] . فكل هذه الآيات قد اكدت نظام الهبة ومشروعيته في الفقه الإسلامي. وقد تلقفت القوانين الحديثة هذا النظام ونظمته تنظيما دقيقا، وان الانسان من اجل الوصول الى ما يصبوا اليه يجب ان يجعل عمله خالصا لوجه ما يبتغيه دون غش وتنكر. ولكن مع ذلك فقد يسعى الأفراد تحت اسباب عديدة الى اخفاء تصرفاتهم الظاهرة وقد يلجؤون احيانا الى سترها بغطاء يخفي حقيقتها ويجعل التصرف ظاهره غير حقيقته. ومن هذه التصرفات هو عقد الهبة حيث يسعى اطرافه احيانا لأسباب كثيره الى اخفائه بصورة عقد اخر، وقد اطلق على هذا النوع من الهبات تسمية "الهبة المستترة" وهي ما ستكون موضوع بحثنا هذا ان شاء الله.

اولاً: اهمية البحث

تظهر أهمية هذا الموضوع من اهمية عقد الهبة ذاته، اذ ان عقد الهبة من العقود التي تعيش مع الواقع وتجد كيانها في النفوس لان الشخص عندما يقدم على هبة امواله فأن ذلك يعتبر اضرارا بذمته المالية وان كان سيحصل على مقابل ذلك لطف العزيز ورضوانه. ولما كانت لعقد الهبة هذه الأهمية الواضحة فلا بد من الإحاطة به من كل الجوانب ومعرفة كل ما يدور في ثناياه . واحد هذه الجزيئات المهمة في عقد الهبة هي الهبة المستترة. التي قد تثير خلافات عند البحث عن مدى مشروعيتها ومدى اعتراف الفقه الاسلامي بها . لذا سنقوم ببحث هذا الموضوع بشغف عسى أن يوفقنا الله ونكون سببا في أن يجد الباحث عن العلم سبيله فيما تناولناه .

ثانياً: إشكالية البحث

يثير موضوع الهبة المستترة الكثير من التساؤلات التي تعتبر مشكلة بحد ذاتها وتبحث عن الاجابة؟ ومن هذه التساؤلات هي:

١. ما موقف الفقه الاسلامي من الهبة المستترة، هل بحثها الفقهاء المسلمون؟ وهل هي مشروعة ام لا؟
٢. ما فرق الهبة المستترة عن الهبة المكشوفة؟ وما هو النظام القانوني الذي تخضع له الهبة المستترة، هل هو نظام الهبة ام انه نظام العقد الساتر لها؟
٣. ما هو موقف التشريعات الوضعية من الهبة المستترة؟ التشريعات المقارنة بصورة عامة . والمشرع العراقي منها على وجه الخصوص؟
٤. ما هو موقف الفقه والقضاء العراقي والمقارن من موضوع الهبة المستترة؟ وستكون هذه التساؤلات مدار بحثنا ان شاء الله .

ثالثاً: منهجية البحث

سنسلك في بحثنا هذا منهجين من مناهج البحث العلمي الأول: هو منهج الدراسة المقارنة وذلك بمقارنة القانون العراقي بكل من القوانين الفرنسي واللبناني والمصري ونظراً لأهمية عقد الهبة في الفقه الاسلامي فلا بد من ادخاله في البحث لذلك سنقوم بمقارنة القوانين موضوع الدراسة بالفقه الاسلامي لمعرفة مدى بعد او قرب المساحة بين هذه القوانين وآراء الفقهاء المسلمين . والثاني: هو منهج الدراسة التحليلية الذي لا يمكن لنا تجاوزه لأجل معرفة فحوى النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية.

رابعاً :هيكلية البحث

للإحاطة بكل ما طرحناه من تساؤلات ارتئينا تقسيم هذه الدراسة الى ثلاثة مباحث. نتناول في المبحث الأول الهبة المستترة بصورة عامة في ثلاث مطالب. نتناول في المطلب الأول مفهوم الهبة المستترة. وفي المطلب الثاني مشروعية الهبة المستترة وفي المطلب الثالث شروط الهبة المستترة. وسنتناول في المبحث الثاني الأوضاع المشابهة للهبة المستترة في ثلاث مطالب ايضا. نتناول في المطلب الأول تمييز الهبة المستترة عن الابراء وفي المطلب الثاني تمييز الهبة المستترة عن الحوالة. وفي المطلب الثالث تمييز الهبة المستترة عن الاشتراط لمصلحة الغير. أما المبحث الثالث فسنبحث فيه احكام الهبة المستترة وصورها في ثلاث مطالب ايضا. نتناول في المطلب الأول منه الأحكام الموضوعية للهبة المستترة. وفي المطلب الثاني اثبات الهبة المستترة. وفي المطلب الثالث صور الهبة المستترة.

المبحث الأول
مفهوم الهبة المستترة

أن دراسة الهبة المستترة و التعرف عليها بشكل جيد تقتضي تحديد مفهومها والتعرف على اساسها الشرعي والقانوني وتحديد الشروط التي يجب أن تستوفيها لذلك ارتئينا تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في الأول منه تعريف الهبة المستترة ، وفي الثاني منه نتعرف على اساس مشروعية الهبة المستترة ، وسنتعرف على شروط الهبة المستترة في مطلب ثالث .

المطلب الأول
تعريف الهبة المستترة

الهبة لغة: العطية الخالية من الأعراض والاغراض [١]، قوله تعالى (فهب لي من لدنك وليا)[٢]

واما مستترة: فهي اسم فاعل من استتر اي غير ظاهر [٣]

اما الهبة شرعا: فهي تمليك مال بلا عوض [٤].

اما قانونا: فهي تمليك مال لأخر بلا عوض وقد تكون بعوض [٥].

وعليه فإن الهبة المستترة هي الهبة التي تتم تحت ستار عقد اخر من عقود المعاوضات على سبيل الصورية وتقابلها الهبة المكشوفة التي لا تلحقها الصورية وقد سميت الهبه المستترة بهذه التسمية لان عقد الهبة يختفي وراء عقد اخر يكون هذا العقد هو الظاهر اما عقد الهبة فلا يكون له أثرا ظاهريا ، ولكن مع ذلك فالهبة المستترة هي هبة مباشرة وفيها يلتزم الواهب بان ينقل مباشرة إلى الموهوب له حق عيني او يلتزم بالتزام شخصي بخلاف الهبة غير المباشرة التي يكتسب فيها الموهوب له حقا عينيا او شخصيا من قبل الواهب لكن هذا الحق لا ينتقل الى الموهوب له مباشرة عن عقد الهبة وانما عن طريق عقد اخر[٦].

والامثلة على الهبة المستترة كثيرة سنبحثها بالتفصيل في مطلب مستقل لكن سنورد هنا بعض الأمثلة عليها للتوضيح. فمن العقود التي تستتر الهبة بها هو عقد البيع كمن يهب مالا لأخر ولكن يظهر هذا العقد بصورة عقد بيع وهذا النوع من الهبات المستترة هو من اكثر الانواع وقوعا في الحياة العملية ، فاذا اراد المدين هبة مال الى شخص اخر يعمد الى ابرام عقد بيع صوري حتى لا يطعن الدائنون بهذه الهبة بدعوى عدم نفاذ التصرف بحقهم او على الأقل يفوت عليهم فرصة الطعن بهذا التصرف دون الحاجة الى اثبات غشه لان الطعن بالتبرعات عدم نفاذ التصرفات يكون دون الحاجة الى اثبات سوء نية المدين[٧]، اذ يتفق المتعاقدان على ثمن معين دون ان يتم قبضه من

قبل الواهب أو أن يقبضه أمام الكاتب العدل الذي يتم تصديق عقد البيع امامه ولكن بعد الخروج يرده الواهب الى الموهوب له بعد ان كان الكاتب العدل قد دون الثمن الذي تم دفعه بحضوره[٨]. وكذلك الهبة المستترة في صورة قرض كأن يكتب الواهب سندا بهذا القرض على الموهوب له ويقر هذا الأخير أنه تسلم الأموال على اساس انها قرض ولكن في الحقيقة هي تبرع. وقد تتم الهبة المستترة في صورة اقرار بدين كأن يقر شخص بانه مدين لشخص بكذا مبلغ ولكن في حقيقة الأمر لا يوجد مثل هذا الدين وانما قد قصد من ذلك التبرع حتى لا يطعن دائنوه بتصرفه هذا . او يقصد الإضرار بهم وذلك حتى يجعل الموهوب له يزاحمهم فلا يحصلون على كامل حقوقهم . ومن ذلك ايضا المحاباة فهي تعتبر هبات مستترة بالقدر المحابى به ولكن تم سترها بعقد معاوضة. و الشركة التي يتم اعطاء الشريك فيها حصة او اسهم من دون أن يشترك في راس المال او ان يقدم حصة عينية او ان يقدم عملا [٩] وغير ذلك من الأمثلة الاخرى التي سنعود لبحثها بالتفصيل

المطلب الثاني

مشروعية الهبة المستترة

المبدأ الذي كان سائدا في القانون الروماني هو مبدا الشكلية حيث كان التصرف القانوني آنذاك لا ينشأ الا باتباع الشكليات السائدة في ذلك الوقت بحيث اذا افرغ التصرف في شكل معين وبألفاظ معينة فانه ينتج كل اثاره القانونية بغض النظر عما اتفق عليه الأطراف وما الزم احدهم الاخر بتنفيذه ، وهذا الأمر قد جعل التعرض للصورية والاستتار في العقود غير وارد، وما يهمنا في القانون الروماني هو ما يقابل هذه الشكليات في الفقه الاسلامي . ولكن الفقه الاسلامي كان بعيد كل البعد عن الشكليات التي كانت سائدة في القانون الروماني وجاء بمبدأ (الرضائية) التي جعلها الأساس في العقود ولكن ذلك لا يعني أن الفقه الإسلامي كان بعيدا عن الصورية في التعاقد ، وما يؤيد قولنا هذا هو ما وضعه الفقهاء المسلمون من قواعد كلية لمعالجة الاستتار والصورية في العقود وابرزها قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ كذلك اعترافه بوجود الصورية في بيع التلجئة[١٠].

ولكن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية جامعة مانعة للصورية في العقود وانما تعامل معها في نصوص واجتهادات متناثرة في جهات مختلفة ، تتمحور كلها حول وجود عقدين احدهما ظاهر يستر اخر خفي[١١].

وقد ظهرت صور الهبة المستترة في الفقه الاسلامي في الكثير من التصرفات وابرز هذه التصرفات الصورية هي المحاباة في التصرفات الشرعية فلو خالعت المرأة زوجها وهي في مرض الموت اعتبر ذلك محاباة للزوج ، وقال الشافعي (رحمه الله) أن ذلك يعتبر حكم الوصية ولكنها استترت بالمخالعة ولذلك فلا تصح بما زاد عن الثلث . وكذلك محاباة المريض مرض الموت لغير ورثته إذ ذهب الحنفية إلى أنه لا تجوز المحاباة ولو يسيرة من المريض في مرض الموت وتعتبر حكم التبرع ، وعليه اذا باع شخص أمواله الى اجنبي في مرض موته ومات في هذا المرض فيجب على المشتري أن يزيل هذه المحاباة بزيادة الثمن إلى ثمن المثل او ان يفسخ البيع لأنه ستر هبة وكان ضارا بالورثة . وكذلك انواع المحاباة الأخرى يمكن أن تكون صورا للهبة المستترة كالمحاباة في الوصية والمحاباة في التبرعات المالية والمحاباة في المهر وغيرها[١٢].

ويعتبر الصلح كذلك دليل على وجود الهبة المستترة اذ يذهب بعض فقهاء المذهب الى ان الصلح ليس عقد قائم بنفسه وانما هو فرع لغيره والشيء الذي يقع عليه الصلح يكون بيع اذا تم مبادلته بمال اخر ويكون هبة اذا تضمن ملك العين بلا عوض [١٣] .

وقال الزيلعي بأن الصلح يحمل على اشبه العقود فتجري عليه احكام العقد الذي اعتبر به لان العبرة للمعاني دون الصورة[١٤] .

وهذا اقوى دليل على وجود الهبة المستترة في الفقه الاسلامي، اما في القوانين الحديثة فقد نصت بعض القوانين المقارنة صراحة على الهبة المستترة وقد اعفيت من الشكلية بصريح العبارة في القانون المدني المصري حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٨٨) على انه " تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد اخر" ويلاحظ أن هذا النص يعفي الهبة التي تتم تحت ستار عقد اخر اي الهب المستترة من الشكلية المطلوبة لانعقاد الهبة المكشوفة او السافرة كما يسميها الفقه المصري ، وسواء كانت هبة عقار ام هبة منقول ، وبذلك خرج المشرع المصري عن قواعد الهبة والتي لا تتم الا بورقة رسمية او بالقبض بالنسبة للمنقول فأصبحت دون حاجة الى قبض او ورقة رسمية ولكن بشرط أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا جميع الشروط الشكلية من اجل انعقاده صحيحا [١٥].

اما القانون المدني الفرنسي فلا يوجد فيه نص يعفي الهبة المستترة من الشكل ولكن رغم ذلك فقد ذهب بعض الفقه والقضاء الفرنسيين في مطلع القرن التاسع عشر إلى اعتبار أن الهبة المستترة تكون باطلة اذا خالفت المادة ٩٢١ من القانون المدني الفرنسي ، ولكن ما استقر عليه القضاء والرأي الراجح في الفقه في ذلك الوقت ذهب باتجاه معاكس معتبرا أن الهبة المستترة تكون صحيحة اذا تمت بصورة مستوفية لشروطها بان كان الأطراف يملكون الاهلية الكاملة ، وتمت بدون غش اودون أن تلحق اضرارا بالغير ، حتى وان لم تتبع فيها الشكلية الواردة في المادة (٩٢١) من القانون المدني الفرنسي [١٦] .

وقد اتخذ القضاء الفرنسي هذا الموقف تقريبا للهبة المستترة من الهبات غير المباشرة ، وكذلك حماية لحقوق الغير حسن النية الذي يتعامل مع الموهوب له ، كما ان الاعتبارات العملية كان لها الدور الأكبر في استقرار القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه [١٧].

اما في قانون والموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢، فقد نصت المادة ٥١٩ على أن (الهبات التي تمنح الاشخاص ينص القانون على عدم اهليتهم لقبولها تعد باطلة وان جرت تحت مظهر عقد أخر او على يد شخص مستعار)، وما يلاحظ على هذا النص أنه منع الهبة تحت مظهر عقد اخر للأشخاص الذين ينص القانون على عدم أهليتهم لقبولها ، أما غيرهم فيجوز أن تستقر الهبة تحت ستار عقد اخر. كما أن القضاء اللبناني قد استقر على اجازة الهبة التي تتم تحت ستار عقد اخر ويكون بوسع الواهب أن يجري هبة مستترة بشرط استيفاء هذا العقد الظاهر جميع شروط الصحة . ولا يترتب على ذلك ابطال الهبة لأنها لم تسجل في الدائرة المختصة او لم تستوف الشروط التي نص عليها القانون الانعقاد الهبة لأنها افرغت في محتوى العقد الساتر ليكون هو العقد المعتبر قانونا . وقد قضت محكمة الاستئناف بتاريخ ١٠ / ٤/ ١٩٥٨ (بانه ما دام القانون لم يشترط شكل خاص للهبة فبالإمكان

اعتبار ان الهبة تكون صحيحة في شكل عقد مستتر ، فتخضع من حيث الشكل الى الأصول المفروضة لقيام العقد الذي تستتر به وتظل بالأساس مرعية بالأحكام الموضوعية المتعلقة بالهبة ، وان مبدا البطلان المتأتي من عدم التسجيل في السجل العقاري لا يطبق الا على الهبات الصريحة التي تتناول عقارا اما الهبات العقارية المستترة والمنظمة بشكل عقود عادية فأنها تخضع في شكلها للأصول الشكلية المفروضة لإتمام العقد التي اتخذت شكله) [١٨].

الا أن الاجتهاد القضائي اللبناني بعد سنة ١٩٥٨ قد عدل عن هذا الأمر فيما يتعلق بهبة الملكية العقارية واعتبر أن عقد الهبة العقاري غير المسجل في السجل العقاري باطل لان التسجيل شرط لأنشائه مستندا في ذلك الى نص المادة ٥١٠ من قانون الموجبات والعقود والتي تنص على " أن هبة العقار والحقوق العينية العقارية الا تتم الا بقيدها في السجل العقاري " هذا من جهة ، ومن جهة اخرى اعتبر الاجتهاد القضاء اللبناني أن العقود التي ترد على العقارات هي عقود خطيرة لذلك يجب المحافظة على استقرار المعاملات من خلال اعتبار أن كل عقد غير مسجل في السجل العقاري وارد على نقل ملكية عقار او حق عيني عقاري باطل .وقد استمر هذا الاجتهاد القضائي حتى عام ٢٠١٠ حيث قررت محكمة التمييز المدنية اللبنانية في قرار لها بتاريخ ١ / ٦ / ٢٠١٠ أن عقد الهبة غير المسجل في السجل العقاري عقد صحيح بشرط ان يستوفي العقد الظاهر شروطه الشكلية[١٩] .

اما القانون المدني العراقي خلافا للمادة ٤٨٨ من القانون المدني المصري فقد جاء خاليا من نص صريح يبيح او يعفي الهبة المستترة من شروط انعقاد وتمام الهبة ، حيث نصت المادة ٦٠٢ على انه " اذا كان الموهوب عقارا وجب انعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة " ، وبذلك فان الهبة الواردة على عقار ولم تستوفي الشكلية التي يتطلبها القانون وذلك بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري فهي باطله . كما نصت المادة ٦٠٣ على انه "لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة " ، وهنا في هبة المنقول لم يشترط المشرع العراقي الشكلية كما في القانون المدني المصري وانما ينهض في المنقول ركن العينية بحيث لا تتم هبة المنقول الا بالقبض، ويذهب البعض إلى القول أن المشرع العراقي قد حدد حصرا الوسائل التي تقع بها الهبة وهي، التسجيل أو القبض، وانه لهذا قد رفض الهبات التي تتم بطرق اخرى، وبعبارة أكثر تحديدا أنه لا وجود للهبة الا إذا كان هناك تسجيل أو قبض، ويحملنا هذا على أن نقرر أن الهبة غير المباشرة والهبة المستترة تكون باطلة وفقا النصوص القانون العراقي [٢٠].

لكننا لا نؤيد هذا القول فاذا كان المشرع العراقي لم يشر إلى الهبة المستترة في احكام الهبة الا أن ذلك لا يعني انه لا وجود للهبة المستترة في القانون العراقي او انها باطلة ، لان الهبة المستترة ليست الا حالة من حالات الصورية في العقود والتي اعترف بها المشرع العراقي ورتب عليها اثار في المواد (١٤٧و ١٤٨و ١٤٩) ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على انه " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر" . كما نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤٨) على انه "

يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم" و بالجمع بين هذين النصين نجد أن المشرع العراقي قد اعترف بالاستتار في العقود بصورة عامة وبما أن الهبة عقد بالتالي تدخل في نطاق هذين النصين، وبالنسبة للمتعاقدين وهم الواهب والموهوب له يبقى عقد الهبة وهو الذي يحكم العلاقة بينهما ولا أثر للعقد الظاهر ، اما دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص فلهم الحق في التمسك بالعقد الظاهر او ان يثبتوا العقد المستتر وهو الهبة والتمسك به وفق مصلحتهم ، هذا من ناحية مشروعية الهبة المستترة في القانون العراقي ، أما من ناحية شكلية عقد الهبة المستترة فيحكمها نص المادة (٦٠٢) من القانون المدني و الذي اشترط لانعقاد هبة العقار أن تسجل في دائرة التسجيل العقاري . وعليه يمكن القول أن المشرع العراقي قد أجاز الهبة المستترة وبنفس الوقت اشترط في هذا الاستتار أن يكون مستجمع لشروطه لاسيما الشكلية منها لأنه يرتب آثار على العقد . المستتر كما اشارت له المادة (١٤٨) وان العقد لا يرتب اي اثر اذا فقد احد اركانه (واقصد هنا الشكلية). خلافا للقانون المدني المصري الذي ينص صراحه على عدم اشتراط الشكلية في الهبة اذا تمت تحت ستار عقد .كما أن الفقه يؤيد ذلك ايضا ويعتبر أن الهبة المستترة هي حالة من حالات الصورية النسبية بطريق التستر ، حيث أن هذه الحالة تتناول طبيعة العلاقة القانونية بين الطرفين ونوع العقد أو التصرف ، كهبة في صورة بيع او هبة بشكل وصية ، وبالتالي فانه يترتب على هذا الأمر العقد الظاهر لا يرتب اي اثر فيما بين المتعاقدين و يعتبر العقد النافذ بين الواهب والموهوب له هو عقد الهبة[٢١].

المطلب الثالث

شروط الهبة المستترة

أن فكرة الهبة المستترة تقتضي وجود عقدين ، عقد الهبة الذي سيكون مستترا والعقد الظاهر الذي تستتر به الهبة . لذلك حتى تعتبر الهبة مستترة يجب ان يكون هنالك عقد اخر غير الهبة والا كانت مكشوفة ، وهذا العقد يجب أن يكون مستجمعا الجميع شروط انعقاده في الظاهر ، ولذلك قيل في الهبة المستترة انه يشترط لاعتبار الهبة المستترة صحيحة هو أن يكون العقد الساتر لها مستجمعا لجميع شروط انعقاده من حيث الشكل ، فاذا سترت الهبة حوالة حق فيجب أن تكون هذه الحوالة مستوفية لجميع شروط الانعقاد والنفاذ واللزوم ، بحيث تكون ناشئة عن عقد صحيح بين المحال والمحال له وان تكون قد اعلنت الى المحال عليه او ان يكون قبلها صراحة ، ولما كان عقد الحوالة عقد رضائي لا تشترط فيه الشكلية فالهبة المستترة تكون قد استوفت هذا الشرط باعتبار أن العقد الساتر لها مستوفيا لشروطه الشكلية ، ولكن حتى تعتبر الهبة هنا مستترة يجب ان تكون الحوالة مقابل عوض والا اعتبرت هبة مكشوفه لذلك يجب ذكر مقابل في عقد الحوالة حتى ولو كان هذا المقابل صوريا لمجرد استيفاء العقد شكله الخارجي . واذا كان العقد الساتر للهبة بيع فيجب أن يوجد المبيع والثمن حتى وان كان هذا الثمن صوريا لا حقيقيا وانما يذكر لستر الهبة ، و اذا جرى ستر الهبة بشكل سند سحب مظهر فيجب أن يكون هذا السند مستوفي لشروطه الشكلية ويجب أن يكون مظهرا بشكل صحيح. واذا تم ستر الهبة في صوره اقرار بدين فيجب أن لا يظهر في هذا الإقرار الا دين مترتب في ذمة المقر ، اما اذا ظهر أن الإقرار

هو انشاء الدين جديد في ذمة المقر لا وجود له اعتبر ذلك تبرعا ، وبالتالي فان الهبة تكون مكشوفة ويجب أن تستوفي الشروط الشكلية والا كانت باطلة . وحتى لو تضمن أقراره المقر اعترافا منه بجميل المقر له فلا يكون ذلك ساتر للهبة لأن فكرة التبرع موجودة في الاقرار ذاته[٢٢].

ولكن الغالب في العمل هو أن تستتر الهبه بعقد بيع وذلك بان يبرم الطرفان بيعاً ويعطي البائع مخالصة بالثمن الى المشتري الذي في حقيقة الحال لم يدفع شيء من هذا الثمن ، وقد يكون قد دفع جزء منه . او ان يذكر في ورقة الضد بان المشتري الصوري غير ملزم بدفع الثمن مطلقا. اما اذا كان الثمن لم يذكر في العقد الظاهر او انه ذكر لكن البائع قد ابرأ المشتري منه او وهبه ، اياه فالعقد في هذه الحالة لا يعتبر ساتر لعقد الهبة ، اي انه لا توجد هبة مستترة في هذه الحالة وتكون هبة مكشوفة . والكلام اعلاه يدور حول الثمن الجدي ، غير انه يجب التفرقة بين حالتين اخريتين للثمن المذكور في العقد الصوري. الأولى، اذا كان الثمن تافه ، والثمن التافه هو الذي لا يتناسب مطلقا مع قيمة الشيء المبيع اي انه يقل بكثير عن قيمة الشيء المبيع ، كان يبيع شخص عقار قيمته مائة مليون دينار بمليوني دينار. الثانية : اذا كان الثمن المذكور بالعقد بخسا، والثمن البخس هو الذي يقل بكثير عن قيمة المبيع لكنه مع ذلك ثمنا حقيقيا ينعقد به العقد . كأن يبيع شخص عقار سعره ١٠٠ مليون دينار بسعر ٥٠ مليون دينار. وفي هذه الحالة ينظر الى حقيقة العقد فاذا كان البائع قد تعمد الغبن مضطرا فالعقد في هذه الحالة يعتبر بيعا صحيحا دون أن يكون ساترا لعقد اخر اي ان ما زاد عن قيمة ما دفعه المشتري لا يعتبر هبة لأنه لا يشترط في عقد البيع ان يكون هنالك تعادل بين قيمة المبيع والثمن المقابل له ولان الثمن البخس لا يبطل عقد البيع . اما اذا كان البائع قد قصد أن يحابي المشتري بالفرق بين قيمة المبيع الحقيقية والثمن البخس الذي دفعه ، فان بمقدار المحاباة يعتبر ذلك هبة مستترة [٢٣] .

بالإضافة الى ذلك يجب التحقق الهبة المستترة عدم الافصاح او الاشارة الى الهبة بالعقد الساتر لها ، أي أنه يجب أن يتجنب طرفا عقد الهبة المستترة اي اشارة لها في العقد الظاهر والا كانت هبة مكشوفة يجب أن تستوفي كل شروطها لا سيما الشكلية منها والا كانت باطلة. وذلك لان ما بذله الواهب من جهد في ستر هبته بصورة عقد أخر كفيل بان يجعله مدركا نتيجة تصرفه الذي يقدم عليه ، وفي الوقت ذاته يدل هذا الأمر على تصميمه في المضي بالتصرف الظاهر ، وهذا الأمر يحل محل الشكلية بالنسبة للعقار والعينية بالمنقول في حماية ارادة الواهب . فإذا خلا العقد الساتر للهبة من الاشارة او الافصاح عن للهبة فلا ضير بعد ذلك أن تكون بينهم ورقة ضد يستعملها الواهب لأثبات حقيقة العقد[٢٤].

ويذهب اتجاه في الفقه لتبرير الهبة المستترة الى القول بانه ليست الهبة في اي صورة من صورها عقدا رضائيا الا اذا كانت غير مباشرة . أما غير ذلك فقد استلزم القانون ان يوضع المتعاقدان رضاهما في الشكل الذي حدده هو (القانون). واجاز لهما تخفيفا لشدة الاجراءات الشكلية في العقود الاكتفاء في المحرر العرفي الذي افرغت بموجبه الهبة في عقد اخر وهو العقد الظاهر وهذه هي الهبة المستترة ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بان القانون في الحقيقة لم يعف الهبة المستترة من الشكلية ، فستر الهبة في الواقع هو نوع من الشكلية

المطلوبة فرضه القانون على المتعاقدين اذا ارادا أن يتحللا من الاجراءات الرسمية . ولذلك فان الهبة المستترة عقدا شكليا ولكنه خلاف الأصل (وهو التسجيل) فان المتعاقدان يصنعان فيه بأنفسهم الشكل الذي أوجبه القانون ، هذا بالنسبة للعقار . اما بالنسبة للمنقول فان القانون لم يشترط اصلا الشكلية فيه وانما اشتراط القبض فقط وعليه فان الهبة المستترة لم تعفي من الشكل وانما تمت الشكلية فيها تحت عقد اخر وهذا هو العقد الظاهر ولو أن العقد الظاهر لم يستوفي الشكل الذي يحدده القانون لبطل هذا العقد ومعه الهبة المستترة ايضا ، وحجة أصحاب هذا القول هو أن الهبة ظاهرة اقتصادية واجتماعية اكثر من كونها عمل قانوني لذلك يمكن أن يحتويها اي تصرف.[٢٥]

اذن الهبة المستترة عقد يجب أن يستوفي جميع شروطه واركانه من رضا ومحل وسبب وشكلية ، الا ان الشكلية فيه قد أفرغت في عقد آخر وهو العقد الساتر للهبة.

المبحث الثاني
تمييز الهبة المستترة عن الأوضاع المشابهة لها

توجد بعض الحالات التي تشبه الهبة المستترة ولكنها ليست هبة مستترة وتسمى الهبة غير المباشرة والتي هي عباره عن تصرفات قانونية لا تستر تصرف اخر بل هي حقيقتها كظاهرها ولها نظامها القانوني الخاص بها ولا تخضع لأحكام الهبة وهذا ما يميزها عن الهبات المستترة التي هي هبة مباشرة وتخضع للأحكام الموضوعية للهبة ولكنها استترت تحت عقد اخر . والهبات غير المباشرة هي الابراء و الاشتراط لمصلحة الغير والحوالة وسنفرد لكل نوع من هذه الأنواع فرع خاص في لتمييزها عن الهبة المستترة.

المطلب الأول
الهبة المستترة والابراء

الهبة المستترة كما بينا سابقا هي هبة مباشرة تظهر بصورة عقد اخر اما الابراء فهو اسقاط الحق المترتب للدائن في ذمة مدينه . وقد بحث الفقهاء المسلمون حالة الابراء ضمن حالات الهبة ، وقال الحنفية أن الابراء هبة وانه يحتاج إلى قبول الموهوب له (المدين) فاذا قبل فقد برئ وان لم يقبل لا يبرا . ولكن لو ابرأ الكفيل فان هذا الابراء يصح ولو رده الكفيل لا يقبل بهذا الرد لان الدائن قد استغني عن كفالته فلا يجبر عليها[٢٦].

كذلك قال صاحب الدر بان الابراء وهبة الدين هما تمليك من وجه واسقاط من وجه آخر وكل منهما يرتد برده ، ولكن الابراء لا يرتد في خمسة حالات في حالة اذا ابرا المحتال المحال عليه فرده لا يرتد ، وكذلك اذا قال المديون للدائن ابرأني فأبراه ، وكذلك اذا ابرا الدائن الكفيل فلا يرتد برد الكفيل وقال بعضهم انه يرتد ، كذلك اذا قبله المديون ثم رده لا يرتد وقال البعض انه يرتد في المجلس ويصح الرد مطلقا ولا يرتد خارجه[٢٧].

اما المالكية فاعتبرا أن الابراء هبة لأنه نقل للملك فيحتاج الى القبول دائما من المدين فاذا لم يقبل لا تصح هبة الدين له ولا ابراءه منه لان كل منهما واحد وبعضهم قال : ان الابراء هو اسقاط للدين لا تقل له كما الهبة فلا يحتاج الى قبول [٢٨].

اما عند الشافعية فالإبراء تمليك اذا كان بعوض ويشترط فيه القبول من المديون ، وهو نقل للملك من قبل المالك اذا كان بدون مقابل ويحتاج للقبول ايضا[٢٩].

اما الامامية فقط اعتبروا الإبراء اسقاط خالص للحق من قبل الدائن بدون آن يمس حقا للغير ودون أن يستوجب تكليفا من احد غير الدائن ، وبذلك فهو لا يتوقف على قبول ممن عليه دين وينفذ بحقه دون قبول منه بل ينفذ حتى مع رد المدين [٣٠].

اما الزيدية فاعتبروا أن الابراء تمليك محض لذلك يجب قبول المديون ويرتد بالرد ، وقال بعضهم بان فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط فان خلى من التمليك كان اسقاطا محضا فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد[٣١].

ونلاحظ ان القانون المدني العراقي قد اخذ براي الامامية في اعتبار ان الابراء مسقط للحق ولكنه اختلف معهم في اجازة رده من قبل المدين . حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٢٢) على أنه "لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن اذا رده قبل القبول ارتد، وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته " حيث انه لم يشترط القبول في الابراء ولكنه مع ذلك أجاز رده من قبل المدين شرط أن يكون الرد قبل القبول ، وما يميز الهبة المستترة عن الابراء هو أن الهبة المستترة هبة مباشرة تنطبق عليها الأحكام الموضوعية للهبة شانها شان الهبة المكشوفة ، فمن يهب مالا لشخص تحت ستار عقد بيع انما نقل له هذا الحق مباشرة . كما انه اذا الزم شخص نفسه بمبلغ من المال غير موجود لشخص اخر فهو قد وهبه مال بصورة مباشرة ولكن تحت ستار عقد اخر ، ولكن لو تنازل الدائن عن حقه الشخصي لمصلحة المدين فهذه هبه غير مباشرة لان الدائن لم ينقل شيئا إلى المدين وانما مجرد اسقط حقه اتجاهه. كذلك النزول عن الحق العيني يعتبر هبة مباشرة كما لو نزل صاحب حق السكني او الارتفاق او الشفعة عن حقه فأن الموهوب له قد كسب من قبل الواهب ، وانما بسبب النزول عنه وتركه اياه والابراء في القانون المدني المصري يستثنى من الشكلية والعينية اذ أن القانون لم يشترط الشكلية والعينية الا في الهبات المباشرة وعليه فان الابراء يتم دون الحاجة الى قبض في المنقول او رسمية في العقار. وان المشرع قد نظم الابراء تنظيما خاصا ولم يشترط الشكلية فيه، حيث نصت المادة ٣٧٢ الى انه "

١. يسري على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.
٢. ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدين" . وبذلك فان المشرع المصري قد أعفى الابراء من الشكلية ، والابراء وان اعتبر هبة غير مباشرة الا انه يبقى خاضعا لأحكامه دون احكام عقد الهبة ، ولكن على الرغم من الأحكام الشكلية لعقد الهبة لا تنطبق على الابراء الا ان كل منهم يخضع لنفس الاحكام الموضوعية من وجوب توفر اهلية التبرع وجواز رده والطعن بالدعوى البوليصية والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من احكام التبرعات[٣٢].

اما المشرع العراقي وان نظم الابراء تنظيما خاصا[٣٣] .

الا انه مع ذلك فقد اعتبر ان الابراء هبة . ويتضح ذلك من نص الفقرة الأولى من المادة (٦٠٧) والتي نصت بقولها " اذا وهب الدائن الدين للمدين او ابرأ ذمته منه ولم يرده المدين تتم الهبة " ومن نص هذه المادة يتضح أن المشرع العراقي قد اعتبر الابراء هبة وبالتالي فأنه يخضع

للأحكام الشكلية والموضوعية لعقد الهبة . خلافا للقانون المدني المصري.

المطلب الثاني

الهبة المستترة والحوالة

الحوالة هي نقل الدين او الحق من ذمة الى ذمة اخرى. وعلى الرغم من أن كلا من الهبة والحوالة عقدان مختلفان من حيث الطبيعة ، حيث أن الحوالة من العقود الناقلة للحق أو الالتزام والهبة من عقود التمليك الا أن بعض الفقهاء المسلمين قد اعتبر التفرع عن الحق بموجبها حوالة الحق وبدون مقابل يحصل عليه المحيل فهي هبة في حقيقتها ، كما أن حوالة الدين اذا التزم بها المحال عليه دون مقابل فهي هبة أيضا . الا أن الفرق بين الحوالة و الهبة هو أن الهبة عقد غير لازم حتى بعد القبول فقط يطرا عليها ما يبطلها من أسباب البطلان قبل القبض من افلاس الواهب أو موته او موت الموهوب له ، بخلاف الحوالة التي هي بمجرد القبول تصبح ملزمة [٣٤].

كما يرى بعض الفقهاء بانه لا تصح هبة الدين لغير المدين لان الواهب غير قادر على تسليم الموهوب، لكنه يصح اذا كان في صورة حوالة أو في صورة وصية، أما اذا كانت هبة مباشرة فلا يصح الا بالقبض الفعلي. والفرق بين الهبة المستترة والحوالة باعتبارها هبة غير مباشرة هو أن الهبة المستترة هبة مباشرة تنطبق عليها كل احكام الهبة وفيها ينقل الواهب حقا عينيا لمصلحة الموهوب له ولكن طبيعة العقد لا تظهر بصورة عقد هبة وانما تختفي وراء عقد اخر اذ يكون ظاهرها غير حقيقتها. اما حوالة الدين فظاهرها كحقيقتها ولا تختفي وراء عقد اخر ولا تنعقد بصيغة الهبة وانما تنعقد بصيغة الحوالة وتعتبر هبة لأنها تنطوي على تبرع. ومع أن حوالة الدين التي يلتزم بها المحال عليه دون مقابل تعتبر هبة غير مباشر الا انها تبقى خاضعة لأحكام الحوالة، فيجوز أن تتم بالاتفاق بين المدين وشخص اخر يحل محله في الالتزام بشرط موافقة الدائن، او تتم بالاتفاق بين الدائن وشخص ثالث يلتزم بوفاء الدين عن المدين الأصلي، وان النظام القانوني للحوالة يسري عليها سواء كان التزام المحال عليه بمقابل أم تبرعا، ودون أن يشترط في هذا الالتزام الشكلية التي يتطلبها القانون في الهبة على الرغم من انها هبة غير مباشره لا يلتزم فيها الواهب تسليم شيء للموهوب له ولكنه التزم بقضاء دينه تبرعا [٣٥].

وقد نظم المشرع العراقي حوالة الدين في المواد (٣٣٩-٣٦١) من القانون المدني، اما حواله الحق فتكون هبة غير مباشرة عندما يتم التفرغ عن الحق لمصلحة شخص اخر بدون مقابل وبقصد التبرع. ويرى البعض انه اذا كان التفرغ عن الحق مجانيا فيجب أن تطبق أحكام الهبة وليست الحوالة، الأحكام الموضوعية منها والشكلية أي أن الشكلية التي تطبق على الهبة المباشرة تطبق على الهبة غير المباشرة بالنسبة لحوالة الحق [٣٦] .

واذا كانت الحوالة معفية من الشكل الذي اشترطه القانون في الهبة المباشرة فأنها تبقى خاضعة للأحكام الموضوعية في الهبة من وجوب توافر أهلية التبرع والطعن بالدعوى البوليصية من جانب دائنو الواهب والتصرف في مرض الموت وغير ذلك من أحكام التبرعات [٣٧].

اما بالنسبة لأثبات الحوالة باعتبارها هبة غير مباشرة فتسري عليها القواعد العامة في الإثبات . فإذا كانت قيمة المال الموهوب تتجاوز نصاب الشهادة فلا يجوز اثباتها بالشهادة. ويجب اثباتها بدليل كتابي فيما بين المتعاقدين ، أما بالنسبة

للغير فيمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات بما في ذلك القرائن و الشهادة[٣٨]

المطلب الثالث

الهبة المستترة والاشتراط لمصلحة الغير

يكون هنالك اشتراط لمصلحة الغير اذا ابرم شخصان عقدا واشترط احدهما على الاخر حق لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة دون ان يمر في ذمه المشترط [٣٩].

وحول مسالة وجود الاشتراط لمصلحه الغير ومشروعيته في الفقه الاسلامي فقد اختلف الكتاب في ذلك وذهبوا اتجاهات مختلفة وكما يلي:

الاتجاه الأول: ويذهب اصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء إلى القول بان الفقه الاسلامي لم يقر الاشتراط لمصلحة الغير ولم يعترف به. وتوجد في الفقه الاسلامي حالة قريبة من قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وهي حالة (الوقف) فيما لو وقف شخص امواله واشترط أن تكون منفعتها لورثته أو لشخص اخر او لجهة خيرية ولكن هذا لا يعتبر اشتراط لمصلحة الغير حسب قول أصحاب هذا الاتجاه ويعتبرون أن نظام الوقف له احكامه الخاصة [٤٠].

الاتجاه الثاني: ويتمثل هذا الاتجاه بالأستاذ المرحوم السنهوري اذ يرى انه اذا باع شخص عين واشترط على المشتري دفع الثمن لدائنه سداد الدين الذي بذمته يمكن أن يتحقق من هذا الأمر ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير، ويرى بان هذا ليس الا حوالة دين والتي بموجبها يحيل البائع دائنه على المشتري بما له عليه [٤١].

وهنالك من ينتقد هذا الاتجاه بالقول بان هنالك فروق جوهرية بين الاشتراط المصلحة الغير وبين الحوالة أبرزها أن الدائن يكون في الاشتراط لمصلحة الغير اجنبي عن العقد. في حين اذا قلنا ان الاشتراط لمصلحة الغير حوالة لأصبح طرفا في العقد [٤٢]

الاتجاه الثالث: ويرى أصحاب هذا الاتجاه بان الفقه الاسلامي عرف الاشتراط لمصلحة الغير بل وتقدم على القوانين الوضعية في هذا المجال وكل ما في الأمر أن اللغة الفقه الإسلامي ومصطلحاته تختلف عن لغة فقهاء القانون اذ ان فقهاء المسلمين يسمون المشترط "شارط" والمتعهد "المشروط عليه" والمنتفع "المشروط له" وان هذه المصطلحات ادق من مصطلحات الفقه الغربي لأنها تحصر المعنى في نطاق عباره (الاشتراط لمصلحه الغير) ولا تترك مجالا لانصراف الذهن الي معان اخرى [٤٣].

اما في القوانين الوضعية فان الاشتراط لمصلحة الغير قد اقرته معظم القوانين [٤٤] .

ونظمته تنظيما خاصا. وهذا الاشتراط قد يكون بمقابل وقد يكون على سبيل التبرع واذا كانت تبرعا فقد اعتبره فقهاء القانون انه احد صور الهبة غير المباشرة وبالتالي فانه يعفى من الشروط الشكلية أو العينية لعقد الهبة و تنطبق عليه الأحكام الخاصة به [٤٥].

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص صراحة على اعفاء الهبة في صوره اشتراط لمصلحة الغير من الشكلية ، حيث نصت المادة(٦٦٢)على انه "اذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير فلا يشترط فيها شكل خاص الا الشكل الذي يتطلبه العقد ما بين المشترط والمتعهد"[٤٦]. ولكن تم حذف هذا النص ولم يبق موجودا في القانون النافذ.

ومن خلال ما تقدم يظهر الفرق بين الهبة المستترة وبين الاشتراط لمصلحة الغير اذ أن الهبة

المستترة هي هبة مباشرة ولكن اعفيت من الشكل في بعض القوانين استثناء، أما الاشتراط لمصلحة الغير فانه أعفي من الشكل بموجب نظامه الخاص به. كما أن الهبة المستترة تطبق عليها احكام عقد الهبة ، اما الاشتراط المصلحة الغير فتنطبق عليه الأحكام الخاصة به.

المبحث الثالث
احكام الهبة المستترة وصورها

لما كانت الهبة المستترة هي عقد مستجمع لشروطه ولكنه ظهر في صورة عقد اخر فيثار امامنا تساؤل مفاده، ما هو النظام الموضوعي الذي يحكم الهبة المستترة هل هو النظام الذي يحكم العقد الساتر لها ام انها تخضع لأحكام الهبة الموضوعية؟ ثم كيف يتم اثبات الهبة المستترة، وعلى من يقع عبء الاثبات؟ ومن اجل الإجابة على التساؤلات السابقة سنقسم مبحثنا الى ثلاثة مطالب نتناول في الأول منه الأحكام الموضوعية للهبة المستترة. وفي الثاني سنبحث مسالة اثبات الهبة المستترة. وسنعرض في مطلب ثالث الى بعض صور الهبة المستترة.

المطلب الأول
الأحكام الموضوعية للهبة المستترة

اسلفنا في مواضع متقدمة إلى وجود الهبة المستترة في الفقه الاسلامي والتي جاءت مستترة تحت تصرفات أخرى كالهبة بصورة محاباة أو بصورة صلح او بصورة بيع تلجئة أو خلع الى غير ذلك من المعاملات الشرعية، وان البحث حول مساله الأحكام الموضوعية التي تنطبق على الهبة المستترة يدخلنا في مسالة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة. هذا وقد اختلف الفقهاء وشراح القانون حول موقف الفقه الاسلامي من الاعتداد بالإرادة الظاهرة ام الارادة الباطنة في تفسير العقود حتى يمكن تحديد الأحكام الشرعية التي تنطبق على العقد. وقد ذهب الفقهاء الى ثلاث اتجاهات في هذا الشأن وهي :

الاتجاه الأول : ويتمثل هذا الاتجاه بالعلامة السنهوري (رحمه الله) حيث يرى بان الفقه الاسلامي ذو نزعة موضوعية، وان العبرة فيه الارادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة ، ويرى ضرورة التوقف عند عبارات العقد الظاهرة الاستخلاص معانيها دون تفسيرها تفسيرا بعيدا بحجة أن الأطراف قصدا ذلك ، فالإرادة الباطنة لا تعني للمجتمع شيء وانما هي متعلقة بعلاقة الانسان بربه والذي يعني المجتمع هي مظاهر التصرفات والتي اطمئن اليها المتعاقدين وبنوا ومصالحهم عليها لان العقد ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، لذلك فان الفقه الإسلامي يقف عند حدود الألفاظ ليستخلص منها المعاني السائغة. ويستشهد العلامة السنهوري في كلامه هذا بأدلة واردة في المصادر الفقهية ، ويرى أن هنالك من القواعد الفقهية الكلية ما يوهم أن العبرة لا تكون بمظاهر التصرفات وانما يجب الاعتداد بالإرادة الباطنة مثل قاعدة (الأمور بمقاصدها) وقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ويرى الأستاذ السنهوري في تفسير هذه القواعد انها لا تعني وجوب اهمال الإرادة الظاهرة والبحث عما قصده المتعاقدان، لأن هذا الأمر نفسي ومن العسير الوصول اليه، وانما الصحيح هو اعتبار الارادة الظاهرة والاعتداد بها. وذلك لأنه عند امعان النظر في هذه القواعد الكلية نجد انها لا تعني التمسك بالإرادة الباطنة وانما تقصد ان المعاني والمقاصد التي يعتد بها في العقود هي التي تستخلص من الصيغ المستعملة من قبل الأطراف او مما يدل عليها من علامات

مادية موضوعية بعيدا عن فكرة البحث عن خفايا الأنفس. ويدعم السنهوري رأيه بقواعد جاءت بها مجلة الأحكام العدلية منها ما جاء في المادة ١٢ من المجلة وهي الأصل في الكلام الحقيقة . وكذلك ما جاء في المادة ٦٨ منها بقولها (دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامها)[٤٧].

والى هذا الاتجاه ذهبت مجموعة الأعمال التحضيرية من القانون المدني المصري، في اعتبار الفقه الاسلامي يعتد بالإرادة الظاهرة اعتدادا كليا[٤٨].

ومن المذاهب التي اخذت بمظاهر العقود دون النظر إلى النيات وكوامن النفوس هو مذهب الإمام الشافعي (رحمه الله) فهو لا يأخذ الا بظاهر الالفاظ في العقود و ما تدل عليه هذه الألفاظ لان احكام الدنيا انيطت بالظاهر في الشريعة الاسلامية واما النيات فعلمها عند الله وحده. وان البحث عن النيات لا يتفق مع احكام الدنيا وما يقتضيه استقرار المعاملات . واخذ بهذا الاتجاه كذلك مذهب الإمام ابو حنيفة وصاحبيه اذ يميل الحنفية الى ما اخذ به الشافعي من اعتبار الارادة الظاهرة في تكييف العقود من دون تتبع ولا بحث عن النبات الخفية)[٤٩].

فوفقا لهذا التجاه في الفقه الاسلامي فأن الهبة لا تنطبق عليها احكام الهبة وانما تنطبق عليها أحكام العقد الذي استترت به كالبيع او الصلح او المحاباة أو بيع التلجئة.

الاتجاه الثاني : ويذهب اصحاب هذ الاتجاه إلى القول بأن الفقه الاسلامي يأخذ بالإرادة الباطنة ويقف على الارادة الحقيقية، ويعتبر أن العبارات المستخدمة في التصرف ليست سوى كاشفة عن الارادة الحقيقية. وقد اخذ بهذا الاتجاه الحنابلة والمالكية مستندين في ذلك الى بعض الأحكام الفقهية التي استشهد بها الاحناف والشافعية [٥٠] وتطبيقا لهذا الاتجاه فان الهبة المستترة تعتبر هي العقد الأصلي الذي قصده المتعاقدان وان كانت عبارات العقد دالة على عقد اخر لان العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ.

الاتجاه الثالث: ويرى من قال بهذا الاتجاه بانه ليس من السهل تحديد موقف الفقه الاسلامي من الأخذ بالإرادة الظاهرة او الارادة الباطنة وذلك لتشعب المدارس والمذاهب الفقهية وكثرة الآراء وتنوعها وتوزعها بين كم هائل من فقهاء الشريعة الاسلامية خاصة وان هذه المسالة هي مسالة اجتهادية بحتة ، اذ يغلب عليها طابع الاجتهاد والراي اكثر مما يغلب عليها حكم النص. ويقول انصار هذا الاتجاه أن الفقه الاسلامي لم يضع معيار عام في هذا المجال فكل مسألة لها طابعها الخاص ويرجع في تفسيرها الى الحاكم الشرعي بحيث يمكن الاعتداد بالإرادة الباطنة في حالات معينة في حين يمكن الاعتداد بظاهر العبارات في حالات أخرى [٥١] .

واذا ابتعدنا عن الفقه الاسلامي ودخلنا في نطاق القوانين الحديثة نجد انه على الرغم من اعفاء الهبة المستترة في بعض القوانين المقارنة والاجتهادات القضائية من الشكلية، الا انها تبقى خاضعة للإحكام الموضوعية في الهبة باعتبارها من العقود المسماة التي نظمها المشرع تنظيما خاصا . ويترتب على ذلك اعتبار الهبة المستترة هبة حقيقية يجب أن تتوافر فيها جميع شروط الهبة في الواهب والموهوب له كأهلية التبرع في الواهب ، وضرورة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب ، كما يكون فيها ضمان الاستحقاق وضمان العيوب مخففا، كذلك في حالة الطعن بها من قبل دائني الواهب بالدعوي البوليصية تأخذ

حكم التبرع والتي لا يحتاج فيها الى اثبات غش الواهب او تواطئه مع الموهوب له، ويجوز الرجوع فيها اذا وجد عذر مقبول للرجوع ولم يوجد مانع من ذلك، وتأخذ حكم الوصية اذا صدرت في مرض موت الواهب وبالتالي يعلق ما زاد عن الثلث فيها على ارادة الورثة. وهذا اما استقر عليه القضاء المصري (٥٢)، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء في لبنان ايضا (٥٣) .

المطلب الثاني
اثبات الهبة المستترة

الهبة المستترة في حقيقتها عقد صوري – كما بينا سابقا. ومن ثم فان ثباتها يكون طبقا للقواعد العامة في اثبات صورية العقود ومن يدعي ذلك عليه الاثبات . ويجب التفريق في اثبات الهبة المستترة بين المتعاقدين والغير

اولا: اثبات الهبة المستترة من احد المتعاقدين: بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام فان العقد الذي ينفذ فيما بينهم هو العقد الحقيقي كما ذكرنا سابقا اي عقد الهبة المستترة لا العقد الظاهر الذي سترها وعلى من يدعي منهما بان العقد الظاهر هو عقدا صوريا يستر عقد حقيقي هو عقد الهبة يجب عليه اثبات ذلك، اي اثبات الهبة واذا لم يستطيع اثبات ما ادعي به فان العقد الظاهر هو الذي يعمل به و يعتبر عقدا حقيقيا لاصوريا، اما عن كيفية اثبات الهبة المستترة، فاذا كان العقد الظاهر مكتوبا فلا يمكن اثباته الا بالكتابة أو ما يقوم مقامها لأنه لا يجوز اثبات عكس الكتابة الا بكتابة مماثلة لها في القوة ، الا اذا كان هنالك غش أو احتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة اثبات العقد المستتر بكافة وسائل الإثبات المشروعة قانونا. أما إذا لم يكن العقد الظاهر مكتوبا وكانت قيمة المال الموهوب لا تزيد على ٥٠٠٠ دينار فيجوز اثبات الهبة المستترة في هذه الحالة بكافة طرق الاثبات بما فيها الشهادة . اما اذا كان العقد غير مكتوب ولكن تزيد قيمته على (٥٠٠٠) دينار فلا يكون الإثبات الا بالكتابة ما لم يكن هنالك غش او تحايل كما ذكرنا . ويكون وسيلة اثبات ذلك هي ورقه الضد التي يحصل عليها أحد المتعاقدين وقت تحرير العقد(٥٤). وكل هذا الكلام يدور فيما اذا كان التصرف واردا على غير العقار. اما اذا كانت التصرف وارد على عقار فان المشرع العراقي قد حسم الأمر في نص المادة ١٤٩ مدني بالنص على انه "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو(٥٥).

ثانيا: اثبات الهبة المستترة من قبل الغير: ويقصد بالغير في الصورية كل شخص اعتقد بحسن نية أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن اليه واقام تعامله بناء على ذلك، وقد وفر القانون الحماية لكل من تعامل بعقد صوري بناء على حسن نيته اعتمادا على المظهر الكاذب الذي اتخذه المتعاقدان واعتبر أن العقد الصوري عقدا قائما ومنتج الاثار القانونية اذا اقتضت مصلحة هذا الغير التمسك به، وقضت بذلك الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) بقولها " اذا ابرام عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص اذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر" ومن نص هذه المادة يتضح أن القانون اجاز لمن يعتبر من الغير التمسك بالعقد الصوري او اثبات صورية العقد عن طريق اثبات العقد المستتر والتمسك به وذلك وفقا لما تقتضيه مصلحتهم (٥٦).

وان هذا الغير يستطيع أن يثبت العقد المستتر (الهبة) بجميع طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ولا يكلف بالإثبات بالكتابة[٥٧].

تطبيقات قضائية في اثبات الهبة المستترة :

قضت محكمة التمييز الفرنسية بانه (يحق لكل ذي مصلحة أن يثبت بجميع طرق الاثبات صورية العقد الذي يهدف إلى مس الحقوق التي يقرها القانون ومنها الحصة الأثرية المحفوظة. وان صاحب الحصة المحفوظة من الورثة يستطيع بإفادة الشهود وبالاستناد إلى القرائن اثبات وجود هبة مستترة، نظمها لشقيقته والدهما المتوفي ، بدون حاجة الى بدء بينة خطية [٥٨].

قضت محكمة النقض المصرية بأنه (الطعن من الوارث على أن عقد البيع الصادر من المورث يخفي هبة. وهو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر) عبء اثبات ذلك على من يدعيه، وجوب الأخذ بظاهر نصوص العقد عند العجز عن اثبات الصورية) [٥٩] .

قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بانه (اذا طعن الخصم بصورية السند المصدق لدى الكاتب العدل فان هذا الطعن لا يهدم قوة السند في الإثبات، وله تحليف خصمه اليمين عن نفي الصورية، انظر مادة (١٤٧) مدني عراقي[٦٠].

وقضت ايضا بانه تثبت الصورية عن اجراء العقود بالبينات القانونية أو بالنكول عن اليمين ولا يعول في الاثبات على مجرد القرائن والاستنتاج)[٦١].

المطلب الثالث

صور الهبة المستترة

سنبحث في هذا المطلب بعض انواع العقود الساترة للهبة والتي يكثر التعامل بها في الحياة العملية وهي:

اولا: الهبة المستترة بعقد بيع: من اكثر صور العقود التي تستمر عقد الهبة هو عقد البيع ، وهو كعقد الهبة ناقل للملكية. وحتى يكون هنالك هبة مستترة بصورة عقد بيع يجب ان يكون عقد البيع مستوفيا لجميع اركانه وشروط انعقاده و مستوفيا الشروط الشكل التي يتطلبها القانون. والقاعدة العامة في عقد البيع انه من العقود الرضائية فلا يشترط له شكل معين ما لم ينص القانون على ذلك. وبذلك فان الهبة المستترة لا يشترط أن تتم بشكل معين بل يكفي لانعقادها في المنقولات تلاقي الايجاب والقبول وهذا ما يتطلبه عقد البيع ولا يؤثر بعد ذلك أن يكون هنالك ورقة ضد بين المتعاقدين أو لم يوجد. ولكن يجب أن تتوافر في عقد البيع اركانه الاساسية من رضا ومحل وسبب واهلية. أما اذا كان عقار فانه يجب أن يستوفي الشكلية التي نص عليها القانون لان التصرفات الواردة على عقار لا تنتج أثرا ما لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري أما بالنسبة للثمن في عقد البيع الساتر للهبة فيجب أن يكون صوريا اي لمجرد استيفاء عقد البيع الشكل الخارجي دون أن يدفع حقيقة من، الموهوب له (المشتري في العقد الظاهر) للواهب (المانع في العقد الظاهر)، اذ لو ثبت قبض الثمن من البائع لكان ذلك عقد بيع وان اتفق المتعاقدين على اله عقد هبه [٦٢].

ولكن لا يشترط أن يحدد المتعاقدان الثمن وقت إبرام العقد لأن الثمن يتم تقديره في هذه الحالة بسعر السوق أو العرف المتداول في التجارة كما لا يشترط دفعه فعلا برام عقد البيع فيجوز تأجيله كليا أو جزئيا اما اذا ثبت أن صورية الثمن كانت مطلقة انعدم بذلك شرط من شروط عقد البيع وهو الثمن، لكنه يتحول في هذه الحالة الى هيئة

مستترة تطبيقا للقواعد العامة في نظرية تحول العقد [٦٣] .

ثانيا: الهبة المستترة بعقد قرض: قد تستدر الهبة كذلك بسند قرض كما لو كتب الواهب سندا عليه بمبلغ معين من المال لمصلحة شخص آخر والذي يكون موهوبا له في الحقيقة يعترف فيه بانه تسلم هذا المبلغ من فلان على سبيل القرض وهو في الحقيقة لم يسلم اي مبلغ من هذا الشخص ولكنه يريد هبة مبلغ هذا القرض الصوري الى ذلك الشخص، وخوفا من أن يتم الطعن بتصرفه هذا اذا كان هبة مكشوفة فانه لجا الى سر هذه الهبة بعقد القرض الظاهر، وحتى يكون هذا القرض ساترا للهبة يجب أن لا تدل العبارات الظاهرة فيه بشكل او باخر بانه هبة والا لكانت هبة مكشوفة يجب أن تتوافر فيها الشكلية التي يتطلبها القانون في عقد الهبة وهي القبض، ولا يوجد مانع في القانون من أن يجعل شخص ذمته مشغولة بدين الشخص اخر، اذ يعتبر هذا الالتزام هبة مستترة اذا توافرت شروطها وتوافرت الشروط الشكلية للعقد الظاهر الساتر لها. وفي هذه الحالة فان تسليم السند الى الموهوب له وقبضه من قبل هذا الأخير يعتبر ذلك قبول منه للهبة وتجب في هذه الحالة قيمة السند على الواهب وورثته من بعده وان تقدير ما اذا كان العقد الظاهر هو صورة لهبة مستتره ام انه عقد حقيقي مسالة وقائع تخضع لتقدير محكمة الموضوع دون أن يكون لمحكمة التمييز رقابة عليها[٦٤] .

ثالثا: الهبة المستترة بصورة وصية: كذلك يمكن أن تستتر الهبة بوصية الا ان احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يترتب عليه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف ما دام قد استوفي شروط الهبة من تطابق الارادتين حال حياة الواهب. لان الهبة لا تنعقد بإرادة منفرده كما هو الحال بالنسبة للوصية. كما انه لا يجوز فيها تأجيل نقل ملكية المال الموهوب الى ما بعد حياه الواهب كما هو الحال بالنسبة للوصية، الا أن ذلك لا يمنع من أن ينقل الواهب ملكية الموهوب الى الموهوب له في الحال ثم يرجي التسليم الى ما بعد موته حيث يعتبر ذلك نوع من الالتزامات التي أجاز القانون للواهب أن يفرضها على الموهوب له في الهبة بعوض، وكما اسلفنا فانه يجوز أن يكون هذا العرض لمصلحة الواهب نفسه أو لمصلحة الموهوب له او لمصلحة الغير، وهنا كان العوض بشكل انتفاع بالمال الموهوب طوال حياة الواهب، فأصبحت الهبة مستترة بعقد وصية [٦٥] .

رابعا: الهبة المستترة بصورة اقرار بدين: وقد تستتر الهبة ايضا بصوره اقرار بدين، وذلك عندما يقر شخص بانه مدين لشخص اخر وفي الحقيقة لا يوجد لهذا الدين اي اساس ولكن المقر قصد بذلك التبرع، ويجب الاعتبار الهبة مستترة في هذه الحالة الا يظهر بشكل او باخر بان المقصود بهذا الإقرار هو التبرع والا فان الاقرار لا يكون له أثر وتعتبر هبة مكشوفة يجب أن تستوفي الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون في الهبة. ولا يشترط أن يذكر في الاقرار سبب الدين فيكفي أن يذكر الواهب بان ذمته مشغولة بدين معين لشخص معين فيكون الاقرار هنا ساترا للهبة لأنه لا يتضمن ما يفيد التبرع من جهة، ولأنه يفترض أن يكون لكل دين سبب. كما انه لا يشترط أن يتضمن الإقرار من الواهب أنه دفع مبلغ الدين الذي اقترضه قد تم نقدا او انه ترتب في ذمته لقاء خدمة اداها له الموهوب له. اذ ان عدم

ذكر ذلك في سند الدين لا يؤثر على صحته. وفي جميع الأحوال آن تقدير ما اذا كان العقد الظاهر هبة مستترة ام انه عقد حقيقي يعود الى محكمة الموضوع دون أن يكون لمحكمة التمييز رقابه عليها [٦٦] .

خامسا: الهبة المستترة بعقد شركة: وتتمثل هذه الصورة للهبة المستترة في حالة ما لو اعطي لشخص اسهما أو حصصا في شركة دون أن يدفع حصة في رأس المال سواء كانت هذه الحصة نقودا ام اموال اخرى ام كانت هذه الحصة عملا. ففي هذه الحالة لا تكون الحصة التي أعطيت للشريك بدون مقابل الا هبة [٦٧].

سادسا: صور أخرى للهبة المستترة: وهنالك عقود أخرى كثيرة يمكن أن تكون ساترة لعقد الهبة، كعقد ترتيب ايراد مدى الحياه لا يكون المدين قد تسلم راس المال المبين في العقد فهذا في حقيقته هبة مستترة. كذلك عقود المحاباة فهي تعتبر معاوضة بالقدر الذي تلقى فيه المتعاقد عوض، وهبة بالقدر المحابى به ولكن استترت بعقد المعاوضة. كذلك الهبة المستترة بعقد تخارج الذي ينص فيه بانه سيتم دفع عوض دون أن يدفع هذا العوض. وكذلك الهبة المستقرة بصورة تظهير كمبيالة، حيث يدعي المظهر أن الكمبيالة قد وصلت قيمتها والحقيقة أنه لم يقبض شيئا وانما كان تصرفيه تبرعا [٦٨]، وغير ذلك من العقود الأخرى

الخاتمة

في ضوء ما تم بحثه يمكننا تلخيص خاتمة بحثنا بفقرتين هما النتائج والمقترحات.

اولا: الاستنتاجات

١. من خلال البحث تبين أن الهبة المستترة موجودة في الفقه الاسلامي استنادا الى عدد من المؤيدات كالقواعد الكلية الدالة عليها منها قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني). وايضا وجود الصورية في الفقه الاسلامي واعترافه بها كما في بيع التلجئة . وكذلك ظهور الهبة المستترة في عقود المحاباة كما في البيع والشراء وتصرفات المريض مرض الموت. كذلك اشتمال بعض العقود على هبة مستترة كعقد الصلح والذي يعد من اقوى المبررات الفقهية على وجود الهبة المستترة وباعتراف كبار الفقهاء

٢. الهبة المستترة هبة مباشرة لذلك يجب أن تستوفي جميع شروط الهبة من اركان واهلية التبرع لدى الواهب كما انها تخضع الى جميع الأحكام الموضوعية للهبة لا للعقد الساتر لها

٣. ان الهبة المستترة في القوانين المقارنة تخضع في شكلها الى الشروط التي يتطلبها القانون في العقد الساتر لها فاذا استوفي هذا العقد شروطه الشكلية اعتبرت الهبة كأنها مستوفية لهذه الشروط وصحت دون حاجة الى قبض او تسجيل . اما في القانون العراقي فأن الهبة المستترة يجب أن تستوفي جميع اركان الهبة وشروطها الشكلية والموضوعية .

٤. الهبة المستترة يجوز الرجوع فيها ولكن يجب على الواهب أن يثبت عقد الهبة : اولا ويكون ذلك في الغالب عن طريق ورقة الضد .

٥. الهبة المستترة يجب أن تكون بلا عوض والا كانت من عقود المعاوضة، فإذا استترت الهبة بعقد بيع يجب أن يكون ذكر الثمن على سبيل الصورية دون أن يدفعه الموهوب له ويقبضه الواهب.

٦. تختلف الهبة المستترة عن الهبة غير المباشرة في أن الهبة المستترة تكون هبة مباشرة وبالتالي تخضع الى جميع احكام الهبة . اما الهبة غير المباشرة فلها نظامها القانوني الخاص بها ولا تخضع إلى احكام عقد الهبة على الرغم من وجود اوجه شبه بينهما.

ثانيا: المقترحات

١. قد يحتاج اطراف عقد الهبة في كثير من الأحيان الى اخفاء طبيعة العقد بينهما الاسباب عدة ولا يمكن منعهما من ذلك. لذلك ندعوا المشرع العراقي الى ان يحذوا حذو شقيقه المصري ويعفو الهبة المستترة من الشكلية بصريح العبارة ولكن ذلك ليس في كل الهبات وانما يقتصر على هبة المنقول ولكن مع بقاء الهبة المستترة خاضعة للإحكام الموضوعية للهبة .

٢. وقع المشرع العراقي في المادة (٦٠٧/ ١) في خلط بين الابراء والهبة معتبرا ان الابراء هبة وتنطبق عليه أحكام الهبة في حين أن الابراء هبة غير مباشرة والهبات غير المباشرة تخضع الى نظامها الخاص كما ظهر لنا . لذلك ندعوا المشرع العراقي الى تصحيح هذه الفقرة لتصبح على النحو التالي: " اذا وهب الدائن الدين للمدين ولم يرده المدين، تتم الهبة ويسقط الدين في الحال ".

الهوامش

١- ابن منظور، لسان العرب ، ج٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ص (١٠٢)

٢- سورة مريم / اية ٤ .

٣- ابن منظور ، مصدر سابق ، ص ٩٢

٤- محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٤، ص ٢٢١ .

٥- انظر: الواد ٦٠١-٦١١ من القانون المدني العراقي ..

٦- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود، القاهرة، ص٧٣١

٧- انظر: المادة ٢٦٤ من القانون المدني العراقي .

٨- د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية - عقد الهبة، ج١١ ،

٩- د. السنهوري ، الوسيط = العقود التي تقع على الملكية، ج٥، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٥، ص

١٠- بيع التلجئة: هو العقد الذي يتفق فيه الطرفان باظهار عقد غير ما قصداه .

١١- موسى شناني ، نظرية الصورية في القانون والشريعة ، بحث منشور على الموقع التالي:

http : / / www . mohamoon - montada . com / default . as.px ? action = Display &id 699 : تاريخ الزيارة ١٦ مارس

١٢- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣٦ ، ص ٣٨٩ .

١٣- السيد محمد كاظم الطباطبائي، العروة الوثقى، القسم الأول، ص ٢٢٧. محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص ٨٧

١٤- جمال الدين الزيلعي، نصب الراية، ج٤ ، ص ٢٧٠.

١٥- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٧.

١٦- د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، عقد الهبة ، ج١١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٦ .

١٧- د السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٦، هامش رقم (١)

١٨- د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٦٧.

١٩- انطوني عيسى الخوري ، مسالة صحة ام بطلان عقد الهية العقارية غير المسجل في دائرة السجل العقاري ، مقال منشور على الموقع التالي

http : / / www . mahkama . net / ? p= ٤٦٩ ، تاريخ الزيارة ٢٨ مارس ٢٠١٩

٢٠- تغريد عبد القادر المنقحة ، موقف القضاء الفرنسي متن انكار فاعلية الشكل في العقد ، مقال منشور على الموقع التالي: http : / / almeria . com / reading . php ? idm= ٤٩٣٥٨ ، تاريخ الزيارة ٢٨ مارس ٢٠١٩

٢١- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، أحكام الالتزام ، ج٢ ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٨

٢٢- د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٦٣-٦

٢٣- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٩١. (٢) محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

٢٤- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج١ ، دار الثقلين ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٥٧ .(٢) محمد امين الشهير

٢٥- انور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، ط٥، دار العدالة ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٨-٢٩

٢٦- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج١ ، دار الثقلين ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٥٧ .(٢) محمد امين الشهير

٢٧- محمد امين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٨، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، ص ٥١٨ .

٢٨- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٢٩٩هجرية ، ص ٩٩

٢٩- رهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامى وادلته ، بحث منشور على الموقع التالي : http// www . islamilimleri . com / Kulliyat / Fkh، تاريخ الزيارة ٢٠ مارس ٢٠١٩ .

٣٠- بحث حول الإبراء في المذاهب الإسلامية ،متاح على الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف المصرية ، انظر الموقع الإلكتروني التالي:http : / / islamport . com / w / fah / web / 437 / 34 . htm ، تاريخ الزيارة ٢٩ مارس ٢٠١٩ .

٣١- احمد بن يحيى المرتضى ، شرح الأزهار ، ج٤ ، ص ٢٩٨ .

٣٢- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٠ وما بعدها .

٣٣- المادة (٤٢٠) من القانون المدني العراقي .

٣٤- أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع، ص ٤٠٩ .

٣٥- د. السنهوري ، مصدر سابق، ص ٧٩ وما بعدها

٣٦- الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٥٣ .

٣٧- د. السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٥.

٣٨- محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٩١

٣٩- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، مصادر الالتزام، ج١ ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١٤٥ .

٤٠- د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج٢، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٢٩ .

٤١- د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٥، ص ١٦١

٤٢- د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣٣٣ .

٤٣- د. حسن على الذنون، الاشتراط لمصلحة الغير، مجلة القضاء ، العدد ١، ١٩٥٢ / نقلا عن الدكتور عصمت عبد المجيد بكر،

٤٤- المواد (١١١٦، ١١٢١) من القانون المدني الفرنسي. المادة (١٥٢) من القانون المدني المصري. المواد (١٥٢-١٥٤) من القانون المدني العراقي

٤٥- محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٨٧.

٤٦- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٤، ص ٢٤٨.

٤٧- د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

٤٨- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٤، ص٩٩

٤٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٣٣٦

٥٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر نفسه، ص ٣٣٦

٥١- د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٩٥

٥٢- د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٩٥

٥٣- د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٧٠ د. انطوني عيسى، مرجع الكتروني سابق، تاريخ الزيارة، ١٩ مارس2019.

٥٤- حسين رجب محمد خلف الزبيدي، عبء اثبات الصورية ، مقال منشور على الموقع التالي . http : / / almerja . com / reading . php ? idm = 73579، تاريخ الزيارة ٢٢ مارس ٢٠١٩

٥٥- حلت عبارة (التسجيل العقاري محل الطابو بموجب المادة ٣٣٢ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ كما ورد اسم دائرة التسجيل العقاري في المادة الثانية من قانون وزارة العدل رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٧.

٥٦- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ١٥٢

٥٧- محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ١٤١ .

٥٨- د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٧٢.

٥٩- قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٥٥ / س٤١ق/ بتاريخ ٢٦/ ٦/ 1975متاح على الموقع الالكتروني التالي:=idm ? php . reading / . com / almerja / / : http٧٣٥٧٩ ، تاريخ الزيارة ٣١ مارس ٢٠١٩

٦٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم القرار ١٦/ ص/ ٩٥٥ بتاريخ 17/ 2/ 1955 متاح على الموقع الالكتروني التالي: idm ? php . reading / . com / almerja / /:http9، تاريخ الزيارة ٣١ مارس ٢٠١٩

٦١- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم ١٦٤٠/ ص/ ٩٥٥ . لسنة ١٩٤٢، انظر الموقع الالكتروني التالي idm ? php . reading / . corr / almerja / / : http= = ، تاريخ الزيارة ٣١ مارس ٢٠١٩

٦٢- د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٨٠ .

٦٣- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الايجار - المقاولة ، العائك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩ ، 68-71

٦٤- د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ١٠٥-١٠٦

٦٥- انور طلبة، العقود الصغيرة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٢.

٦٦- د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ١٠٢-١٠٣ .

٦٧- د. السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٨.

٦٨- د. السنهوري ، نفس المصدر ، ص ٨٩ .

قائمة المصادر

* القرآن الكريم

* السنة النبوية

اولا: كتب اللغة العربية

١. ابن منظور، لسان العرب ، ج٢ ، دار المعارف ، القاهرة.

ثانيا- كتب المذاهب الإسلامية

١. محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٢٩٩هـ

٢. ابن منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي المعروف ب (العلامة الحلى) مختلف الشيعة، ج٦.

٣. احمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت ،بدون سنة طبع.

٤. احمد بن يحيى المرتضى، شرح الأزهار، ج٤. ٦

٥. جمال الدين الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ج٤ .

٦. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥.

٧. محمد امين الشهير ب ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٨، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣.

٨. محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٤.

٩. السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزيدي، العروة الوثقى، القسم الأول، ط١، دار الصفوة، بيروت، ٢٠٠٩.

ثالثا: الكتب الفقهية العامة

١. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣٦ .

٢. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج١، دار الثقلين، بيروت،١٩٩٨ .

٣. الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، دار احياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٩٧

٤. الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بغداد، ٢٠٠٩ .

رابعا: الكتب القانونية

١. الدكتور الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية العقود المسماة -عقد الهبة، ج١١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦

٢. انـور العمروسـي، الموسـوعة الوافيـة في شـرح القـانون المـدني، ط٥، دار العدالـة، | القـاهرة، ٢٠١٥ .
١٧- انور طلية، العقود الصغيرة الهبة والوصية ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤ .
٣. الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩
٤. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج٢، بيروت، ١٩٨٣
٥. الـدكتور عبـد الـرزاق السـنهوري، الوسـيط ج٥، العقـود التـي تقـع علـى الملكيـة - الهبـة والشـركة ، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٥ .
٦. الـدكتور عبـد المجيـد الحكـيم و عبـد البـاقي البكـري و محمـد طـه البشـير، احكـام الالتـزام، ج٢ ، شـركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٨ .
٧. الـدكتور عصـمت عبـد المجيـد بكـر، نظريـة العقـد في القـوانين المدنيـة العربيـة دار الكتـب العلميـة، بغداد، بدون سنة طبع .
٨. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢.
٩. محمـد عزمـي البكـري، موسـوعة الفقـه والقضـاء والتشـريع في القـانون المـدني الجديـد، دار محمـود القاهرة، بدون سنة طبع .

خامسا: متون القوانين

١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل .
٢. القانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

سادسا: البحوث المنشورة في المجلات

١. الدكتور حسن علي الذنون، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد ١، ١٩٥٢ .

سابعا: المراجع الالكترونية

د انطـوني عيسـى الخـوري ، مسـالة صـحة ام بطـلان عقـد الهبـة العقاريـة غيـر المسـجل في دائـرة السـجل العقـاري ، مقـال منشـور علـى الموقـع التـالي =p ? / net . mahkama . www / / : 469http، تـاريخ الزيـارة ٢٨ مارس

١. تغريـد عبـد القـادر المنقحـة ، موقـف القضـاء الفرنسـي مـن انكـار فاعليـة الشـكلفي العقـد ، مقـال منشـور علـى الموقـع التـالي : =idm ? php . reading / com . almerja / / : 49358http، تـاريخ الزيـارة ٢٨ مـارس ٢٠١٩ .

٢. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم القرار ١٦/ ص/ ٩٥٥ بتاريخ١٩٥٥ / ٢ / ١٧ . متاح على الموقع الالكتروني التالي : =9http : / / almerja . com / reading . php ? idm، تاريخ الزيارة ٣١ مارس ٢٠١٩

٣. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٦٤٠/ ص/ ٩٥٥ لسنة ١٩٤٢ . انظر الموقع الالكتروني التالي http : / / almeria . com / reading . php ? idm تاريخ الزيارة ٣١ مارس ٢٠١٩

٤. قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٥٥ / س٤١ق/ بتاريخ6/26/ ١٩٧٥

متاح على الموقع الالكتروني التالي =73579http : / / almerja . com / reading . php ? idm تاريخ الزيارة ٣١ مارس2019

٥. حسين رجب محمد خلف الزبيدي، عبء اثبات الصورية ، مقال منشور على الموقع التالي: ٧٣٥٧٩= http : / / almerja . com / reading . php idm=73579 تاريخ الزيارة ٢٢ مارس ٢٠١٩

٦. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، بحث منشور على الموقع التالي:

http : / / www . islamilimleri . com / Kulliyat / Fkh، تاريخ الزيارة ٢٠ مارس ٢٠١٩.

٧. بحث حول الإبراء في المذاهب الإسلامية ، متاح على الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف المصرية ، انظر الموقع الالكتروني التالي:htm . 34 / 437 / web / fqh / w / islamport . com / : / / http ، تاريخ الزيارة ٢٩ مارس.