جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

حكم المقبوض في العقد الباطل

– دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي –

رسالة تقدّمت بها الطالبة

حوراء جبّار مزهر الفتلاوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهو جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي

أستاذ القانون المدني

١٤٣٩هـ ٢٠١٨م

﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾

النساء ، ٢٩

الإهـــــــــــــــداء

إلـــى ....

الطُهْرِ المُتَوَّجةِ بِتَاجِ الجَلالِ ، إلى الهَالَةِ التي تَرْتَقي بِنُورِهَا مُرْتَقَى الحُورْ ، عَقيلةُ البيتِ المُحَمَدّيْ مَولاتيِ الحَوراءُ زَينَبْ .

أُهدي هَذا الجُهدِ المُتَواضِعْ

حـــوراء

شكر وعرفان

أتقدّم بالشكر الجزيل والاعتراف بالفضل والامتنان لأساتذتي جميعاً ، ولكل من أسهم في خروج هذه الرسالة إلى الوجود ، كما أتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا لجهودهم المتميزة خلال سنتي الدراسة ولتوجيهاتهم لي أثناء كتابة البحث فجزاهم اللّه خيراً عن العلم وأهله ...

وأتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان لمن ساهم في تقويم وتقييم الرسالة ، وأخص بالذكر لجنة المناقشة التي تحملت عناء قراءة البحث وتعضيدها لما قد يعتريه من زلل أو خلل فجزاهم اللّه خير الجزاء ...

وأخّصُ بالشكر الأستاذ الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي

لما بذلهُ معي من جهد يستحق أن أقف وقفة تبجيل واحترام لشخصه الكريم وروحه الأبوية.

حوراء

الفهرست

التقسيم	العنوان	الصفحة
المقدمة		١ – ٤
الفصل الأول	**ماهية المقبوض في العقد الباطل**	٥ – ٥٦
المبحث الأول	**مفهوم القبض**	٦ – ٣٠
المطلب الأول	تعريف القبض	٦ – ١٦
الفرع الأول	التعريف اللغوي للقبض	٧ – ١٠
الفرع الثاني	التعريف الاصطلاحي للقبض	١٠ – ١٤
الفرع الثالث	التعريف القانوني للقبض	١٤ – ١٦
المطلب الثاني	شروط القبض	١٧ – ١٩
الفرع الأول	الشروط المتعلقة بالمتقابضين	١٧ – ١٨
الفرع الثاني	الشروط المتعلقة بالمقبوض	١٨ – ١٩
المطلب الثالث	أنواع القبض	١٩ – ٣٠
الفرع الأول	القبض حقيقةً وحكماً	١٩ – ٢٤
الفرع الثاني	القبض من حيث ماهية المقبوض	٢٤ – ٣٠
المبحث الثاني	**علاقة القبض بالعقد وبالضمان**	٣١ – ٤٣
المطلب الأول	علاقة القبض بالعقد	٣١ – ٣٥
الفرع الأول	القبض ركن في العقد	٣١ – ٣٣

الفرع الثاني	القبض أثر من آثار العقد	٣٣ – ٣٥
المطلب الثاني	علاقة القبض بالضمان	٣٥ – ٤٣
الفرع الأول	مفهوم الضمان	٣٦ – ٣٧
الفرع الثاني	يد الأمانة	٣٧ – ٤١
الفرع الثالث	يد الضمان	٤١ – ٤٣
المبحث الثالث	**الطبيعة القانونية للمقبوض بالعقد الباطل**	٤٤ – ٥٦
المطلب الأول	المقبوض بالعقد الباطل مقبوض على سوم النظر	٤٤ – ٥٠
الفرع الأول	مفهوم المقبوض على سوم النظر	٤٥ – ٤٨
الفرع الثاني	طبيعة المقبوض على سوم النظر	٤٩ – ٥٠
المطلب الثاني	المقبوض بالعقد الباطل مقبوض على سوم الشراء	٥٠ – ٥٦
الفرع الأول	مفهوم المقبوض على سوم الشراء	٥٠ – ٥٣
الفرع الثاني	طبيعة المقبوض على سوم الشراء	٥٤ – ٥٦
الفصل الثاني	**آثار المقبوض في العقد الباطل**	٥٧ – ١٣٠
المبحث الأول	**آثار المقبوض في العقد الباطل بالنسبة للعاقدين**	٦٠ – ٩٥
المطلب الأول	موقف الفقه الاسلامي	٦٠ – ٧٢
الفرع الأول	آثار العقد الباطل في الفقه الاسلامي	٦١ – ٦٣
الفرع الثاني	ضمان المقبوض في العقد الباطل	٦٣ – ٧١
الفرع الثالث	ردّ المقبوض في العقد الباطل	٧٢

المطلب الثاني	آثار المقبوض في العقد الباطل بين المتعاقدين في القانون المدني	٧٢ – ٩٥
الفرع الأول	تقرير البطلان قبل البدء بالتنفيذ	٧٣ – ٧٤
الفرع الثاني	تقرير البطلان بعد التنفيذ	٧٥ – ٨٥
الفرع الثالث	الاستثناءات الواردة على مبدأ إعادة الحال بين المتعاقدين	٨٥ – ٩٥
المبحث الثاني	**آثار المقبوض في العقد الباطل لغير المتعاقدين**	٩٦ – ١١٠
المطلب الأول	سريان الأثر الرجعي للبطلان إلى الغير	٩٦ – ٩٩
الفرع الأول	مفهوم الغير	٩٦ – ٩٨
الفرع الثاني	الأثر الأصلي للبطلان على الغير	٩٨ – ٩٩
المطلب الثاني	الاستثناءات على قاعدة سريان الأثر الرجعي للبطلان على الغير	١٠٠ – ١١٠
الفرع الأول	عقود التصرّف	١٠٠ – ١٠٣
الفرع الثاني	الأوضاع الظاهرة	١٠٤ – ١١٠
المبحث الثالث	**دعوى إعادة الحال**	١١١ – ١٣٠
المطلب الأول	الاختصاص القضائي	١١١ – ١١٥
الفرع الأول	الاختصاص النوعي	١١٢ – ١١٣
الفرع الثاني	الاختصاص المكاني	١١٤ – ١١٥
المطلب الثاني	أطراف وإجراءات دعوى إعادة الحال	١١٥ – ١٢٠
الفرع الأول	أطراف الدعوى	١١٧ – ١١٩
الفرع الثاني	إجراءات دعوى إعادة الحال	١١٩ – ١٢٠

المطلب الثالث	نطاق السلطة التقديرية للقاضي وتقادم الدعوى والدفع بالبطلان	١٢١ – ١٣٠
الفرع الأول	نطاق السلطة التقديرية للقاضي	١٢١ – ١٢٣
الفرع الثاني	تقادم دعوى البطلان	١٢٣– ١١٢٨
الفرع الثالث	عدم تقادم الدفع بالبطلان	١٢٨ – ١٣٠
الخاتمة	**النتائج والتوصيات**	١٣١ – ١٣٥
قائمة المصادر		١٣٦ – ١٤٩

المقدّمة

أولاً : موضوع البحث

إنّ العقد هو أحد طرق التعامل والتبادل الاقتصادي بين الأفراد في المجتمع بل هو أهمها منذ القدم ، وقد تطورت نظرية العقد مع مرور الزمن ، وبسبب هذه الأهمية لدور العقد استلزم الأمر توفير ضمانات وشروط لجعله أداةً فاعلة وعادلة ، في الوقت نفسه ، لكي تتمكّن هذه الضمانات من تحقيق مصالح الأفراد المتعارضة ، وتؤدي لاستقرار المعاملات في المجتمع ، وهذه غاية القانون ، وهي تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ولكي ينشأ العقد صحيحاً ، ومن ثم تترتّب على نشوئه الآثار التي يرتّبها على كلا عاقديه ، لا بد من توافر أركانه التي يتطلّبها القانون ، علماً إنّ العقد وآثاره ليسا هما الغاية في ذاتهما ، بل هما مجرد وسيلة لبلوغ الغاية في نشوء العقد صحيحاً ، ومن ثَمَّ تترتب آثاره المتوخّاة منه ، وتتحقّق نتيجته الاقتصادية وهي الغاية القصوى من التعاقد.

وكيفما كان الأمر ، لابدّ من توافر أركان العقد ، التي يستلزمها إنشاء العقد إنشاءً صحيحاً ، وهذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب ، مُضافاً للشكلية إذا تطلّبها القانون ، وجزاءَ تخلف أحد هذه الأركان هو بطلان العقد ، حينها لا يُرَتّبْ هذا التصرُف الباطل– أصلاً – أثرٌ ما ، لا بين المتعاقدين ، ولا بين المتعاقدين والغير إلاّ استثناء ، فقد تترتّب على هذا – العقد الباطل – بعض الآثار الأصلية ، التي تنشأ عنه يعدّه تصرفاً قانونياً فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلةٍ سواء ، وقد تنشأ عنه بعض الآثار ، التي يصطلح لها بالآثار العرضية للعقد الباطل ، و لكن هذه الآثار العرضية ، لا تنشأ عن العقد الباطل بعدّه تصرفاً قانونياً ، بل بعدّه واقعة مادية أنتجت بعض الآثار التي تفرضها المبادئ القانونية ، كمبدأ حسن النية ، أو مبدأ حماية الظاهر المستقر، واستقرار المعاملات ، أو قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وغيرها، فلا بد أن تؤخذ بالحسبان.

على حين قد يتم الحكم ببطلان العقد قبل تنفيذ الالتزامات ، وهنا لا يوجد ثمّة مشكلة ، وقد يحكم به بعد تنفيذ الالتزامات فيكون قد تم التقابض في هذا – العقد الباطل – ففي عقد البيع – مثلاً – قد يقوم المشتري بدفع الثمن ، وهو محل التزامه ، وبالمقابل يقوم البائع بتسليم المبيع وهو أحد التزاماته التي يفرضها عقد البيع أيضاً ، جهلاً منهما ببطلان ما تمّ بينهما من

تصرّف ، بل وأكثر من ذلك قد يُهلك محل العقد أو يُستهلك ، فما حكم المقبوض في هذا العقد الباطل ، وغيره من أنواع العقود الأخرى ، سواء كان قد هلك ؟ أم لم يُهلك ؟

بناءً على ما قدّمناه ، فإن موضوع الرسالة ينصبُّ على حكم المقبوض بالعقد الباطل ، دراسة مقارنة بين القانون المدني ، والفقه الإسلامي.

ثانياً : مشكلة البحث

تدور مشكلات البحث ، بشكل أساس حول النقاط التالية :

١- إنّ مقتضى الأثر الرجعي للبطلان يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فهل أنّ تطبيق هذا المبدأ يؤدّي دوماً إلى وجوب رد الحال إلى ما كانت عليه ؟ أم أنّ هناك مبادئ أُخرى تعترض هذا المبدأ ؟

٢- ما هي المبادئ القانونية التي تعترضُ مبدأ إعادة الحال – الاسترداد – فيترتّب على ضوئها إعطاءُ أثرٍ لهذا التصرّف الباطل ، يتطابق مع أثر العقد الصحيح؟

٣- ما هي الأسس القانونية التي تستند عليها الاستثناءات على مبدأ إعادة الحال ، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ؟

٤- إنّ مبدأ إعادة الحال يفرض علينا أن نبحث الأساس القانوني ، الذي يستند إليه ، فهل هو قواعد البطلان ؟ أم الإثراء بلا سبب ، إذ أنّ الفقه القانوني مختلف بهذا الشأن؟

٥- ما هي العلاقة بين القبض والعقد ، أي مدى تأثير القبض كواقعة على نوع العقد أولاً ، وهل يرتّب القبض – واقعةً مادية – آثراً ما ؟ مثل نقل ملكية المقبوض ، مع بطلان العقد؟ أي إن القبض لذاته ، هل يكون ناقلاً للملكية مع بطلان العقد ؟

٦- وإذا كان الأمر كما ورد – في النقطة السابقة – فهل يسري هذا الحكم على العقود كلها ؟ أم على طائفة من العقود دون أخرى؟

هذه هي أهم مشكلات هذه الرسالة ، وغيرها مما سنتناوله بالبحث .

ثالثاً : أهمية البحث

تبرز أهمية البحث من أنّ المشرّع العراقي ، لم ينص على حكم خاص ومفصّل بالمقبوض بالعقد الباطل ، مستقلاً وبارزاً ، إنّما أوكل الأمر للقواعد العامة ، إذ أشار لحكم بطلان العقد ، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد الباطل فقط ، ويُلاحظ أنّ القواعد العامة لا تفي بكل تفاصيل الموضوع ، وهو ما قد يتسبب في اجتهادات قضائية غير صحيحة ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر إن هذا الموضوع لم يَنَل حظّه الوافر من البحث والدراسة من فقهاء وشرّاح القانون ، وهو ما يستدعي تناوله بشيء من البحث الموسّع والتفصيل.

رابعاً : صعوبات البحث

إنّ أولى صعوبات البحث قلّة المصادر التي تمدّ موضوعنا ، ولاسيما في الفقه القانوني سواء العراقي أم غيره ، على حين نجدها كثيرةً في الفقه الإسلامي ، لعل فقهاء المسلمين قد كتبوا فيه كثيراً ، هذا كلّه كان عقبة في ترتيب خطة البحث ، وتناول مفرداته .

خامساً : نطاق البحث

إنّ النطاق الموضوعي للبحث ، ينحصر في بيان ماهية المقبوض بالعقد الباطل ، ببيان القبض في العقد – بوجه عام – ومن ضمنه المقبوض بالعقد الباطل وبيان طبيعته القانونية مع بيان الأحكام المتعلّقة بالمقبوض ، بالعقد الباطل ، سواء في القانون المدني العراقي أم الفقه الإسلامي : الإمامي والحنفي ؛ لأنّ أغلب أحكامه متقاربة مع هذين الفقهين ، مع الإشارة لرأي المذاهب الأخرى عند الضرورة .

سادساً : منهجية البحث

سنعتمد في هذه الرسالة كلاً من المنهج المقارن ، والذي يمتدّ نطاق المقارنة فيه ليشمل القانون المدني العراقي ، والفقه الإسلامي، وتحديداً فقه الإمامية والأحناف ، والمنهج الوصفي ، لغرض وصف الوقائع المادية والقانونية ، المتعلّقة بموضوع الرسالة ، واستعمال المنهج التحليلي لدراستها لغرض حل مشكلة الدراسة ، والوصول إلى النتائج .

سابعاً : تقسيم البحث

سنقسّم هذه الرسالة على فصلين : نخصّص الفصل الأول لماهية المقبوض في العقد الباطل ، ونقسّمه على ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول منه مفهوم القبض بالعقد الباطل – بوجه عام– مع بيان المقصود بالقبض ، وأركانه ، وشروطه ، وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون المدني . على حين نتناول في المبحث الثاني علاقة القبض بالعقد وبالضمان . أما المبحث الثالث فنعقده لبحث الطبيعة القانونية للمقبوض بالعقد الباطل . فيما نخصّص الفصل الثاني لآثار المقبوض في العقد الباطل ، نقسّمه هو الآخر على ثلاثة مباحث : إذ سنتناول في المبحث الأول منه آثار المقبوض في العقد الباطل فيما بين المتعاقدين ، على حين نعقد المبحث الثاني لآثار المقبوض في العقد الباطل لغير المتعاقدين ، وأخيراً نتناول في المبحث الثالث دعوى إعادة الحال مع بيان اتجاهات القضاء العراقي الموقّر بهذا الخصوص ، ونختم هذه الرسالة بمجموعة من النتائج والمقترحات.