جمهورية العراق

وزارة التعليم و البحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

# الأثر الأقوى للعقد

# دراسة مقارنة

اطروحة تقدمت بها الطالبة

اقبال مبدر نايف

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف

الأستاذ الدكتور

ضمير حسين المعموري

١٤٤٣ ٢٠٢٢

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾**

**صدق الله العظيم**

**اية رقم ١**

**(سورة المائدة)**

***اقرار المشرف***

***اشهد بان اعداد هذه الرسالة الموسومة ( الاثر الاقوى للعقد- دراسة مقارنة) للطالبة (اقبال مبدر نايف ) قد كُتبت تحت اشرافي ، في معهد العلمين للدراسات العليا- قسم القانون الخاص وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص .***

***التوقيع:***

***المشرف :***

***التاريخ:***

***بناء على هذه التوصيات المقدمة ارشح هذه الرسالة للمناقشة.***

***التوقيع:***

***الاسم:***

***معاون العميد للشؤون العلمية و الدراسات العليا***

***التاريخ:***

## الإهداء

**اهدي هذا الجهد المتواضع الى:**

**مَن افتقد حرارة تصفيقه فرحاً بإنجازي في هذه اللحظة.... ابي رحمه الله**

**حلوة اللبن التي ما خالط لبنها يوماً مُر الحياة..... أمي الفاضلة**

**مَن أتشوَّق لأن أرى مستقبلهما المشرق بإذن الله..... ابنتيَّ الغاليتين**

**مَن بذلوا جهدًا في مساعدتي وكانوا خيرَ سندٍ..... إخــواني وأخواتي**

**كل من لم يدخر جهداً في مساعدتي .....**

**شكر و تقدير**

**قال تعالى ( ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه).....(لقمان :١٢)**

**احمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا ملئ السموات و الارض ،على من اكرمني به من اتمام هذه الدراسة التي ارجو ان تنال رضاه.**

**ثم اتوجه بجزيل الشكر و عظيم الامتنان الى استاذي الفاضل(ضمير حسين المعموري) اطال الله في عمره لتفضله بالإشراف على هذه الدراسة، وتكرمه بدوره الابوي في نصحي و توجيهي حتى اتمام هذه الدراسة وارشادي في الاطلاع على المراجع القانونية و الفقهية ،وما علمني من فيض انسانيته.**

**و إلى اساتذتي واخص منهم الاستاذ الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي والاستاذ الدكتور ،جمال ال ياسين، لتقديمهم الإرشادات و التوجيهات القيمة ،وكل ذلك بطلاقة وجهه ورحابة صدر ورعاية أبوية كريمة ،جزاهما الله عني خير الجزاء.**

**كما اتقدم بجزيل الشكر و التقدير لمعهد العلمين للدراسات متمثلا بعمادته و كادره ورئاسة القسم الخاص على تسهيل مهمتي في الدراسة و البحث، كما يسعدني أن أتقدم بخالص تقديري إلى اساتذة ومنتسبي كلية القانون في جامعتي بابل و القادسية أساتذة ومنتسبين ،وعميق امتناني للمكتب الاستشاري في كلية القانون جامعة بابل،وأتقدم بالشكر و العرفان إلى من لا اذكر إلا إخلاصهم وتقديريهم الإخوة و الأخوات من طلبة الدراسات العليا في القسمين العام والخاص.....**

**وأتقدم بجزيل الشكر وعظيم الثناء إلى من شاركني هموم البحث ومخاضه اسرتي الكريمة و إلى كل من شارك أو ساهم بالرأي و النصيحة في سبيل إخراج هذا البحث إلى النور.**

**وعذراً ممن نسيت ..سائلة الله عز وجل للجميع التوفيق و السداد**

***المحتويات:***


| ***الموضوع*** | ***الصفحة*** |
|---|---|
| **المقدمة** | ١-٤ |
| **الفصل الاول: تأصيل الأثر الأقوى للعقد وتقهقره** | ٥-٦٢ |
| **المبحث الاول :مفهوم الأثر الأقوى للعقد** | ٦-٣٩ |
| المطلب الاول: تعريف الأثر الأقوى للعقد | ٦-١٥ |
| الفرع الاول: مضمون الأثر الأقوى للعقد | ٧-١١ |
| الفرع الثاني: طبيعة الأثر الأقوى للعقد | ١١-١٥ |
| المطلب الثاني: متطلبات إعمال الأثر الأقوى للعقد | ١٥-٢٨ |
| الفرع الاول: أن يكون العقد صحيحاً منجزا | ١٦-٢٢ |
| الفرع الثاني: أن يكون العقد حقيقيا | ٢٢-٢٥ |
| الفرع الثالث: أن لا يؤدي إعمال الأثر الأقوى الى مخالفة النظام العام أو الآداب العامة | ٢٥-٢٨ |
| المطلب الثالث : منطقة إعمال الاثر الأقوى للعقد | ٢٨-٣٩ |
| الفرع الاول: العقد | ٢٩-٣٢ |
| الفرع الثاني : الإرادة المنفردة | ٣٣- ٣٩ |
| **المبحث الثاني : تراجع الأثر الأقوى للعقد** | ٤٠-٦٢ |
| المطلب الاول: العدول عن الأثر الأقوى للعقد حماية لمصلحة خاصة | ٤١-٤٩ |
| الفرع الاول: مسوغات العدول عن الأثر الأقوى بعقود الاذعان | ٤١-٤٤ |
| الفرع الثاني: تعجيز الأثر الأقوى بأدوات حماية الطرف المذعن | ٤٤-٤٩ |
| المطلب الثاني: عدم قابلية العقد للتجزئة والتحول | ٤٩-٥٦ |
| الفرع الاول: عدم قابلية العقد للتجزئة | ٥٠-٥٤ |
| الفرع الثاني: عدم قابلية العقد للتحول | ٥٥-٥٦ |
| المطلب الثالث: العدول عن الأثر الأقوى للعقد لإختلال التوازن العقدي | ٥٧-٦٢ |

| | |
|---|---|
| الفرع الاول: عارض الظرف الطارئ | ٥٧-٥٩ |
| الفرع الثاني: عارض القوة القاهرة | ٦٠- ٦٢ |
| **الفصل الثاني: دور الأثر الأقوى في حياة العقد** | ٦٣-١٣١ |
| **المبحث الاول: الأثر الأقوى وبناء العقد** | ٦٤-١٠٠ |
| المطلب الاول: حضور الأثر الأقوى في بناء رضا الاطراف | ٦٤-٨٧ |
| الفرع الاول: تغليب الأثر الأقوى بوسائل التعبير عن الإرادة | ٦٥-٧٤ |
| الفرع الثاني: تغليب الأثر الأقوى بتوافق الإرادتين | ٧٥-٨٧ |
| المطلب الثاني: حضور الأثر الأقوى بصحة التراضي | ٨٨- ١٠٠ |
| الفرع الاول: تغليب الأثر الأقوى بالاستثناءات التي اوردها المشرع على تصرفات الصغير المُميز | ٨٨-٩٢ |
| الفرع الثاني: تغليب الأثر الأقوى بالإجازة والتقادم المترتب على عيوب الإرادة | ٩٢-٩٥ |
| المطلب الثالث: حضور الأثر الأقوى بمحل العقد | ٩٦-١٠٠ |
| الفرع الاول :إمكانية وجود المحل | ٩٦-٩٨ |
| الفرع الثاني: قابلية المحل للتعيين | ٩٨- ١٠٠ |
| **المبحث الثاني: حاكمية الأثر الأقوى في تفسير العقد** | ١٠١-١٣١ |
| المطلب الاول: الموجهات الداخلية للتفسير وترجيحها للأثر الأقوى للعقد | ١٠١-١٢٠ |
| الفرع الاول: رصد الأثر الأقوى بالموجهات الداخلية لتفسير العقد | ١٠٢-١١٨ |
| الفرع الثاني: تفسير العقد في ضوء جوهر العقد و الغرض منه | ١١٩-١٢٠ |
| المطلب الثاني: الموجهات الخارجية للتفسير وترجيحها للأثر الأقوى للعقد | ١٢٠-١٣١ |
| الفرع الاول: العُرف | ١٢٠-١٢٩ |
| الفرع الثاني: طريقة تنفيذ العقد | ١٢٩-١٣١ |
| **الفصل الثالث: الابقاء على العقد في مواجهة البطلان و الفسخ** | ١٣٢- ١٧٣ |
| **المبحث الاول: الأثر الأقوى بزوال البطلان أو التهديد به** | ١٣٣-١٦٤ |
| المطلب الاول: تفادي التهديد بالبطلان قبل وقوعه | ١٣٣-١٤٧ |

| | |
|---|---|
| الفرع الاول: الإجازة | ١٣٤-١٤١ |
| الفرع الثاني: التقادم | ١٤٢- ١٤٧ |
| المطلب الثاني: تفادي البطلان بعد وقوعه | ١٤٨-١٦٤ |
| الفرع الاول: التحول | ١٤٨-١٥٥ |
| الفرع الثاني : الانتقاص | ١٥٥-١٦٤ |
| **المبحث الثاني: الأثر الأقوى بتجنب فسخ وترجيح استقرار المراكز القانونية** | ١٦٥-١٨٣ |
| المطلب الاول: وسائل تجنب الفسخ | ١٦٥-١٧١ |
| الفرع الاول: إعذار المدين | ١٦٦-١٦٨ |
| الفرع الثاني: منح مهلة للمدين | ١٦٨- ١٧٠ |
| الفرع الثالث: فرض تنفيذ الالتزام جبراً على طرفيه | ١٧٠-١٧١ |
| المطلب الثاني: ترجيح رفض الفسخ على إعماله | ١٧١-١٧٧ |
| الفرع الاول: سلطة القاضي في رفض الفسخ | ١٧١-١٧٤ |
| الفرع الثاني: الفسخ بوصفه ضمانة للتنفيذ | ١٧٤-١٧٧ |
| المطلب الثالث: تأثير الترجيحات في إستقرار المراكز القانونية لأطراف العقد | ١٧٧- ١٨٣ |
| الفرع الاول: معنى الترجيح | ١٧٧-١٧٩ |
| الفرع الثاني: تأثير الترجيحات في إستقرار المراكز القانونية لأطراف العقد | ١٧٩-١٨٣ |
| الخاتمة | ١٨٤- ١٨٨ |

## الخلاصة

إنّ الكلام في الأثر الأقوى للعقد قد تم الاستدلال عليه، من خلال توجهات المشرع أثناء صياغته للنصوص القانونية المتعلقة بالتصرف القانوني، والتي تحتاج إلى إجلاء، و يسعى المشرع من خلال التأمل العميق في المرحلة السابقة على التشريع إلى الاهتمام بأسلوب صياغة النص ووضوحه، لأنّ الصياغة هي اللسان الناطق بجوهر النص القانوني، وبقدر نجاح هذه الصياغة أو فشلها يكون حظ هذا النص من النجاح أو الفشل. فالنص له شكل خارجي ومحتوى، ويسعى المشرع إلى إفراغ توجهاته التي من شأنها أن تسير بالتصرف القانوني عامة والعقد خاصة نحو الانعقاد، فالنصوص توحي إلى معانٍ عامة، يتبادر إلى الذهن لأول وهلة معناها، ولكن عند تدقيق النظر في صياغة النص يرتسم لنا ميل المشرع بالسير نحو الانعقاد، ومن خلال الترابط بين المعاني التفصيلية والإجمالية، وكانت نتيجة هذا التوجه الاندفاع نحو السعي بتمام التصرف حماية لحقوق طرفية واستقرار مراكزهم القانونية. و تفعيل العقد، و التخلص من الاثار السلبية للانهاء العقد خاصة و ان هدف القواعد العامة ضمان انعقاد العقد و انتاج آثاره، وتحقيق الأمن القانوني، فلا يمكننا الكلام عن قيمة القاعدة القانونية، إلا بالنظر إلى درجة استقرارها ومدى تحقيقها للحقوق والأوضاع القانونية، وما يستتبع ذلك من تحقق ثقة الأفراد في النظام القانوني ككل،مما يستدعي تتبع هذا الاثر بكل المراحل التي يمر بها عقد ابتداءاً من صدور الايجاب فيمكن أنْ نستدل الأثر الأقوى من وسائل التعبير عن الإرادة الصريحة و الضمنية ،على حد سواء الى تنفيذه. يميل بها المشرع الى جعل التصرفات أكثر فعالية، كما ان لألفاظ النص التشريعي ، دلالآت يستطيع أنْ يستشف منها المفسر رصد توجهات المشرع عند صياغته للنص، وإنْ يتم التفسير في ضوء الغرض الذي يسعى المشرع لتحقيقه ،أي الأخذ بالمعنى الذي يجعل النص ذو مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول. فأستعان المشرع العراقي، بوسائل يمكن من خلالها تفادي البطلان قبل وقوعه وبعد وقوعه.