دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي(مستل)

ا. د. محمد سليمان الاحمد
prof.alahmed@gmail.com
جامعة السليمانية/ كلية القانون
م. زياد خلف عليوي
dr.ziyad.khalaf@uokirkuk.edu.iq
جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

THE ROLE OF THE JUDICIAL RULING IN GAINING PERSONAL RIGHT(Quoted)

Prof ,Dr. Mohammed Suleiman Al-Ahmad
Sulaymaniyah University / College of Law
Assist. Prof .Ziad Khalaf Alawi
University of Kirkuk / College of Law and Political Science / Department of Law

المستخلص

الحق الشخصي هو حالة الدائن المرتبط برابطة قانونية مع مدين بمقتضاها يطلب منه اعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، وهذا الحق له مصادر متعددة نصت عليها التشريعات المقارنة ونظمتها بشكل حصري على الرأي الغالب في الفقه. وفي بعض الحالات تكون هناك مصادر اخرى يكون لها دور في كسب الحق الشخصي من غير تلك التي نصت عليها التشريعات المقارنة، ومن بين هذه المصادر الحكم القضائي الذي يكون له دور في كسب الحق الشخصي بالنسبة للمحكوم له.

ودور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي قد يكون في اطار المصادر التقليدية ومنها العقد والعمل غير المشروع، وقد يكون له دور في كسب الحق الشخصي مباشرة خارج اطار هذه المصادر التقليدية، ففي اطار العقد يرى البعض من الفقه ان مصدرية الحكم القضائي للحق الشخصي يقوم على فكرة التجديد، وهذا التجديد يحدث بفعل الحكم القضائي ويسمى التجديد الضروري، كما ان الحكم القضائي يكون له دور

في كسب الحق الشخصي عندما يستخدم القاضي سلطته التقديرية في تعديل العقد، كما ان البعض يرى ان الحكم القضائي له دور في كسب الحق الشخصي في اطار العمل غير المشروع، فالالتزام بدفع مبلغ التعويض يكون مصدره الحكم القضائي.

واذا ما كان للحكم القضائي دور في كسب الحق الشخصي فإن هناك حقوق شخصية يكون الحكم القضائي هو المصدر المكسب لها، وهذه الحقوق اما ان تكون في اطار العقد كما في حالة تعديل العقد بسبب الاستغلال او منح المدين اجلاً للوفاء او التعويض في حالة الفسخ التعسفي للعقد، او تكون هذه الحقوق مُكسَبة من الحكم القضائي مباشرة دون النظر الى وجود العقد من عدمه، كما في حالة التعويض في الاستملاك القضائي والالتزام بالنفقة او حالة مضار الجوار غير المألوفة.

الكلمات المفتاحية: الحق، الشخصي، الكسب

Abstract

obligation or personal right It is an association between two creditor and debtor whereby the creditor asks the debtor to give something, do something, or refrain from work. This right has multiple sources provided for by comparative legislation and regulated exclusively by the dominant view of jurisprudence.

In some cases, there are other sources that have a role in gaining personal rights other than those provided for in comparative legislation. Among these sources is a judicial ruling that has a role in gaining the personal right of the convicted person.The role of the judiciary in the acquisition of personal right may be within the framework of traditional sources, including contract and illegal work, and may have a role in gaining personal right directly outside the framework of these traditional sources. Renewal, this renewal occurs due to the judicial judgment and is called necessary renewal.The obligation to pay the compensation amount The source of the judgment shall be z.

If the judicial ruling has a role in gaining the personal right, there are personal rights to which the judicial judgment is the source of the gain. Or these rights are directly earned from the judicial judgment without regard to the existence of the contract or

not, such as in the case of compensation in judicial acquisition and obligation to support or unfair harm to the neighborhood.

Key words: right, personal, profit

مقدمة

دأب الفقه ومعه التشريعات المقارنة على تنظيم مصادر الحق الشخصي، والاتجاه الغالب سواء في الفقه او التشريعات على ان المصادر التي نظمتها التشريعات المقارنة هي وحدها التي تكون مصادر الحق الشخصي، أي ان هذه المصادر واردة على سبيل الحصر.

الا انه هناك حالات يكون فيها لمصادر اخرى دور في كسب الحق الشخصي، ومن هذه المصادر الحكم القضائي، ففي بعض الحالات يكون فيها للقاضي السلطة التقديرية في ان يقوم بتعديل العقد المنشئ للالتزام، وبموجب هذا التعديل يكون للقاضي ان يُكسب الاشخاص حقوقاً شخصية يكون مصدرة الحكم الذي يصدره، كما ان القاضي وعن طريق ما يصدره من احكام يكون له دور في كسب الاشخاص حقوقاً شخصية يكون حكمه المصدر المباشر لها وبغض النظر عن وجود المصادر التقليدية للحق الشخصي من عدمه، وبهذا فإن هذا الدور الذي يكون للحكم القضائي في كسب الحق الشخصي يكون له اثر في وجود مجموعة من الحقوق الشخصية التي يكتسبها المحكوم له نتيجة لصدور هذا الحكم، وهذه الحقوق اما ان تكون في اطار عقد معين عندما يقوم القاضي بتعديل هذا العقد بسبب الاستغلال، او ان يمنح القاضي اجلاً للمدين ويلزم الدائن بالالتزام بهذا الاجل، او ان يحكم بالتعويض في حالة الفسخ التعسفي للعقد، وقد يكون دور الحكم القضائي كسب الحق الشخصي مباشرة خارج اطار العقد كما في حالات التعويض عن الاستملاك في حالة الاستملاك القضائي، او الالتزام بالنفقة، او التعويض في حالة مضار الجوار غير المألوفة، وبيان دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي، والطريقة التي يتم من خلالها كسب الاشخاص للحق الشخصي عن طريق الحكم القضائي يستوجب بحث هذا الدور للحكم القضائي، كما ان بيان الحقوق الشخصية التي يتم كسبها بواسطة الحكم القضائي يقتضي بحث هذا الموضوع، فكل تلك الاسباب والحالات دفعتا الى بحث موضوع دور الحكم

القضائي في كسب الحق الشخصي، وبحث هذا الموضوع يقتضي تقسيمه الى مبحثين، نتناول في الاول دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي من خلال تقسيمه الى مطلبين الاول يكون لبحث تعديل الحكم للعقد واثره في كسب الحق الشخصي، اما المطلب الثاني فنبحث فيه دور الحكم القضائي في انشاء الحق الشخصي في اطار المسؤولية عن العمل غير المشروع، اما المبحث الثاني فنخصصه لبحث الحقوق الشخصية المُكسَبة بالحكم القضائي ونقسمه الى مطلبين الاول لبحث دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي مباشرة في اطار العقد، والثاني لبيان دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي مباشرة خارج نطاق العقد.

المبحث الاول

دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي

ان للحكم القضائي دور في نشوء الحق الشخصي، وهذا الدور يختلف في حالة تدخل القاضي بحكمه في اطار الالتزامات التعاقدية عن الحالة التي يتدخل بها القاضي في حالة عدم وجود العقد، ففي اطار العقد يتدخل القاضي في مرحلة ابرامه ليعدل فيه، كما ان له دور في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، وفي اطار المسؤولية عن العمل غير المشروع يكون للقاضي دور في انشاء الحقوق الشخصية، وهذا يتطلب ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول دور الحكم القضائي في انشاء الحق الشخصي في اطار العقد عن طريق تعديله، والمطلب الثاني نتناول فيه دور الحكم القضائي في انشاء الحق الشخصي في اطار المسؤولية عن العمل غير المشروع، وكما يأتي.

المطلب الاول

تعديل الحكم للعقد واثره في كسب الحق الشخصي

الحق الشخصي او الالتزام[١]عرف بتعاريف متعددة فقهية وتشريعية وان كانت التعاريف التي نصت عليها التشريعات التي ادرجت في متونها تعريفاً للالتزام هي في

(١) يرى البعض من الفقه وبحق ان الحق الشخصي والالتزام لا يعدان لفظين مترادفين في المعنى إذ الالتزام هو الطرف المقابل للحق الشخصي في الرابطة المدنية التي تتكون من الالتزام من جهة والحق الشخصي من جهة اخرى للمزيد من التفاصيل لاحظ د. محمد سليمان الاحمد، خواطر=

المعنى نفسه الذي قدمه الفقهاء في تعريف الالتزام او الحق الشخصي على اعتبار ان التشريعات قد ساوت بين فحوى اللفظين وانهما يشيران الى نفس المعنى، فعرف الالتزام او الحق الشخصي انه رابطة ما بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يطلب الدائن من المدين اعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل[١].

ومن التشريعات التي نصت على تعريف للالتزام او الحق الشخصي القانون المدني الاردني الذي سماه الحق الشخصي ونص على انه رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او يمتنع عن عمل[٢]، كما ان المشرع الاماراتي اسماه الحق الشخصي[٣] وعرفه بنفس تعريف القانون المدني الاردني.

اما المشرع العراقي فقد نص في القانون المدني على تعريف الحق الشخصي وعرفه على انه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل[٤]، كما نص على انه (ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي). [٥].

والحق الشخصي له مصادر او اسباب تكونه، فمصدر الالتزام هو السبب الذي يكون قد انشأ الالتزام وقد تطورت مصادر الالتزام او اسبابه منذ عهد القانون الروماني الى ما وصلت اليه في التقنينات المدنية في الوقت الحاضر[٦].

=مدنية، منشورات مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، ٢٠٠٨، ص٣٣٦.

(١) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٦ وما بعدها؛ولاحظ كذلك د. نبيل ابراهيم سعد،النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥.

(٢) لاحظ نص المادة (٦٨) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٣) لاحظ نص المادة (١٠٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

(٤) لاحظ نص الفقرة (١) من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٥) لاحظ نص الفقرة (٣) من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي.

(٦) لاحظ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٣١.

واغلب الفقه وكل التشريعات المدنية تحدد مصادر الالتزام بشكل حصري بحيث لا يكون هناك مصدر آخر للالتزام غير المصادر النصوص عليها التقنينات المدنية وهي وحدها تنشئ الالتزام[١]، ويلاحظ ان اتجاهاً[٢] يرى ان مصادر الحق الشخصي او الالتزام هي غير محصورة بما ورد في التقنينات المدنية وانما هناك مصادر اخرى غير التي ذكرتها هذه التقنينات.

واذا كانت هذه التقنينات قد ذكرت ان مصادر الحقوق الشخصية واردة على سبيل الحصر او على اقل تقدير انها نظمت من المصادر ما يوحي بأنها وحدها أي المصادر التي تنظمها هذه التقنينات تكون منشئة للحقوق الشخصية فإن التساؤل الذي يثار هو هل ان الحكم القضائي من الممكن ان يكون مصدراً للحق الشخصي؟

يرى البعض[٣]ان الحكم القضائي يكون له دور في انشاء الحق الشخصي وهذا الدور يقوم على اساس فكرة التجديد أي تجديد الالتزامات بواسطة الحكم القضائي، وهذا التجديد الذي يكون عن طريق الحكم يسمى التجديد الضروري، وفكرة التجديد الضروري تستند الى سلطة القاضي في تعديل العقد فكل عمل يقوم به القاضي بما له من سلطة تقديرية بتعديل التزامات اطراف العقد، فإن هذا التعديل يؤدي الى انقضاء الالتزامات السابقة وقيام التزامات جديدة تحل محل الالتزامات السابقة وهذه الالتزامات الجديدة يكون مصدرها الحكم القضائي.

والفقه الذي طرح فكرة التجديد الضروري الذي عن طريقه يكون الحكم القضائي مصدراً للالتزام او الحق الشخصي يرى بان هذا التجديد يجد له مجالاً للتطبيق في اطار المسؤولية العقدية، وكذلك سلطة القاضي في تعديل العقد.

---

(١) لاحظ د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢، ص٢٢؛ ولاحظ د. عصمت عبدالمجيد البكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١، ص٤٥.

(٢) د. محمد سليمان الاحمد، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٣)لاحظ د.سمير عبد السيد تناغو،الالتزام القضائي،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية،٢٠١٤، ص١٥.

ففي مجال المسؤولية العقدية فإن التجديد الضروري الذي ينشئ التزاماً عن طريق الحكم القضائي يجد له مجالاً في التطبيق على اساس ان المسؤولية العقدية عندما تقوم فإنها تلعب دوراً في انشاء التزام، ومضمون هذا الالتزام هو اصلاح الضرر، واصلاح الضرر هذا هو التزام جديد انشأه الحكم القضائي نتيجة لعدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه العقدي، فيحل الالتزام الذي انشأه القاضي بحكمه بإصلاح الضرر محل الالتزام العقدي الذي لم ينفذ، والفقه الفرنسي الذي طرح فكرة انشاء الحكم للالتزام عن طريق التجديد الضروري طرح عدة حالات لانشاء الالتزام عن طريق الحكم، فالبعض من الفقه[1] يرى انه في حالة هلاك الشيء محل الالتزام سواء كان الهلاك بسبب احد المتعاقدين او بسبب اجنبي فإن هذا الهلاك يؤدي الى انقضاء الالتزامات المتعلقة والمرتبطة بهذا الشيء، واذا ما كان الهلاك بسبب خطأ ينسب الى المدين فإن انقضاء الالتزام القديم يحل محله التزام جديد يكون مصدره حكم القاضي وهذا الالتزام الجديد يتحدد مضمونه بدفع مبلغ كتعويض عن تخلف الالتزام العقدي.

والتجديد الضروري في هذه الحالة يكون عندما لا يتم تنفيذ التزام يكون المحل فيه شيء معين بالذات، وعدم قيام المدين بالوفاء بتسليم هذا الشيء المعين بالذات بسبب هلاك هذا الشيء فإن التزامه بالتسليم لم يعد له محل، ولا يمكن تنفيذه لعدم وجود المحل الذي يرد عليه مما يؤدي الى انقضاء هذا الالتزام، وفي المقابل يتم انشاء التزام جديد بواسطة الحكم الذي يصدره القاضي وقد يكون هذا الالتزام هو دفع تعويض متمثلاً بمبلغ من النقود.

وما تقدم يعني ان الحكم القضائي يكون مصدراً للحق الشخصي عندما يقع اخلال بالعقد، وهذا الاخلال يتمثل في حالة عدم تنفيذ العقد وبذلك تقوم مسؤولية المتعاقد، ونتيجة لهذه المسؤولية فانه يلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي اصابه جراء عدم تنفيذ العقد، وهذه الفكرة المتقدمة ومع احترمنا الشديد لمن طرحها الا اننا لا نتفق معها في تحليل الية انشاء الحكم القضائي للالتزام او الحق الشخصي ويمكن الرد

(1) رأي الفقيهان مورلان وماركاديه اشار اليهما د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٧٩.

عليها من خلال القول ان الاستناد الى المسؤولية العقدية لتحليل كيفية انشاء الحكم القضائي للالتزام لا يمكن القول به، فالمسؤولية اثر من اثار العقد وهذا يعني ان العقد عندما يقوم فانه يلزم اطرافه وعليهم تنفيذه، فان لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ترتبت مسؤوليته عن عدم التنفيذ وهذا يرجع الى العقد الذي يكون هو مصدر التزام المتعاقد بالتعويض عن عدم التنفيذ، ففي هذه الحالة يجب التفرقة ما بين انشاء الالتزام وتنفيذه والتفرقة ما بين انشاء العقد وتنفيذه يجعل من التزام المتعاقد بالتعويض عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه الناشئ من العقد التزاماً عقدياً مصدره العقد وليس الحكم القضائي، والحكم هنا يعد وسيلة لتنفيذ العقد وليس مصدراً لإنشاء التزام او حق شخصي.

وبهذا فإن القول بان المسؤولية العقدية يترتب عليها انشاء التزام عندما يحكم القاضي بها نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي لا يمكن الاستناد اليه لتحليل الية انشاء الحكم للالتزام، لأنه لا يفرق ما بين مرحلة انشاء الالتزام بواسطة العقد ومرحلة تنفيذه لان المسؤولية العقدية تأتي في مرحلة تنفيذ العقد وما يترتب على هذه المسؤولية من اثار تكون مرتبطة بالعقد وهو مصدرها، كما ان العقد اما ان يتم تنفيذه عينياً وذلك بقيام المدين بتنفيذ عين مالتزم به، او ان المدين لا ينفذ التزامه وهنا تقوم مسؤوليته العقدية ويلزم بالتنفيذ بمقابل، وهذا يعني ان الالتزام بالتعويض عن عدم تنفيذ العقد هو التزام راجع الى العقد ومرتبط به ولا دور للحكم القضائي في انشائه.

من كل ما سبق يتضح ان هناك اتفاق ما بين الفقه على فكرة مصدرية الحكم القضائي للالتزام او الحق الشخصي، الا ان الاختلاف يبدو في تبرير هذه المصدرية وشرح الالية التي يكون فيها الحكم مصدراً للالتزام في حالة قيام المسؤولية ، فنجد ان كل اتجاه قد اعتمد على اسانيد معينة في تبرير فكرته، وكل هذه الاسانيد ترجع الى فكرة التجديد الضروري الذي يكون مفروضاً على الاطراف بموجب الحكم القضائي والذي يكون مضمونه انقضاء التزام سابق كان مصدره العقد، ونشوء التزام جديد مصدره الحكم.

وكل التبريرات السابقة المستندة الى فكرة التجديد الضروري لا يمكن لها من وجهة نظرنا ان تكون تفسيراً حقيقياً لدور الحكم في انشاء الحق الشخصي والالتزام، وذلك لان

فكرة التجديد الضروري في اطار المسؤولية العقدية اذا ما تم التسليم بها فإنها سوف تؤدي الى الغاء دور العقد بالكامل في مصدريته للالتزام في حالة وجود منازعة، كما انها سوف تؤدي الى ازدواجية في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي، فإن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي ولكنه قام بتعويض الدائن عن عدم التنفيذ هذا بحسب اتفاقهم فيكون مصدر الالتزام بالتعويض العقد لعدم وجود حكم، في حين يكون الحكم القضائي مصدر الالتزام بالتعويض بمجرد عدم اتفاق الاطراف على التعويض وصدور حكم به، فكيف يكون العقد موجود في حالة التراضي وغير موجود في حالة المنازعة هذا من جهة.

ومن جهة اخرى نحن لا نعتقد ان للحكم القضائي دور في انشاء الالتزام او الحق الشخصي في اطار المسؤولية العقدية، وذلك لان المسؤولية العقدية هي اثر مترتب على التزام عقدي ناتج عن عقد صحيح، وهذا يعني ان الالتزام الذي ترتب على الاخلال به مسؤولية المتعاقد وصدور حكم بالتعويض عن عدم التنفيذ انما هو بحسب اعتقادنا اثر من اثار العقد، كما ان ترتب المسؤولية العقدية يأتي في مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية مما يعني ان هذه المسؤولية تترتب نتيجة الاخلال بالتزام مصدره العقد، وبالتالي فإن الالتزام ينشئ من العقد وما دور الحكم الا انه يحمل عنصر الاجبار الذي يجبر الدائن اما بتنفيذ الالتزام او التعويض عن عدم تنفيذه، وكل ذلك يرجع الى العقد، فالعقد ينشئ الالتزامات والحكم يأتي دوره في مرحلة تنفيذ الالتزامات التي مصدرها العقد، وبهذا فإن الحكم لا يكون مصدراً للالتزام في اطار المسؤولية العقدية.

وهناك من يرى[1]ان التجديد الضروري الذي هو محور نظرية الالتزام القضائي الذي يتم انشاءه بواسطة الحكم القضائي يجد له مكان واسع في اطار نظرية العقد ويقوم على اساس ان كل تعديل للعقد بواسطة القاضي يؤدي الى انقضاء الالتزام العقدي ونشوء التزام جديد مصدره الحكم الذي اصدره القاضي، وهذا الدور للحكم في

(1) لاحظ د. سمير عبدالسيد تناغو، الالتزام القضائي، مرجع سابق، ص٧٣.

تجديد الالتزام يأتي بعد ان يكون العقد قد اختل بعدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه مما يستدعي تدخل القاضي في نطاق هذا العقد، فالالتزامات العقدية اساسها يكمن في الارادة أي ارادة المتعاقدين، فالمتعاقد بارادته ابرم العقد وباتفاقه مع المتعاقد الاخر حدد الاثار المترتبة على هذا العقد، وكل من ابرام العقد وتحديد اثاره يخضع لإرادة واتفاق الاطراف، فإن حدث وان اختل العقد اصبح البحث عن وسيلة لاعادة التوازن في العقد واختلال التوازن فيه، فكانت هذه الوسيلة تعديل القاضي للعقد بحكمه القضائي.

وبهذا فإن القاضي عن طريق قيامه بتعديل العقد يمكن له ان ينشئ التزامات ويضيف هذه الالتزامات الى العقد، وهذه الالتزامات المضافة الى العقد يكون مصدرها حكم القاضي لان اطراف العقد لم يتفقوا عليها بل فرضت عليهم بموجب الحكم الذي اصدره القاضي[١].

ونحن من جانبنا نتفق مع النتيجة التي يصل اليها التحليل السابق وهي كون ان تعديل القاضي للعقد باضافة التزامات اليه او تعديلها بواسطة حكمه القضائي يكون مصدراً مكسباً لهذه الالتزامات، الا اننا لا نتفق مع الية الوصول الى هذه النتيجة فليس التجديد الضروري هو الذي عن طريقه يكون حكم القاضي مصدراً لالتزام عقدي، فالقول بان التجديد يقضي على العقد ويحل محله التزام جديد انشأه الحكم القضائي قول يخالف حقيقة تعديل القاضي للالتزامات التعاقدية، فعلى الرغم من تعديل القاضي للعقد او اضافة التزام الى التزاماته فإن العقد يبقى موجوداً، الا ان هناك التزاماً لم يتفق عليه الاطراف يضاف الى العقد بموجب السلطة التقديرية للقاضي.

وتحليل الكلام السابق يكون عن طريق النظر الى اساس الالتزام العقدي، فمن المعلوم ان اساس الالتزامات التي تترتب على العقد تكون راجعة الى الارادة[٢]، وكل التزام اخر يضاف الى العقد خارج هذه الارادة لا ينسب الى العقد وانما ينسب الى الاداة التي فرضته في العقد، وبمان تعديل القاضي للعقد يتم بموجب حكم قضائي فإن هذا

([1]) Amélie Dionisi-Peyrusse, Droit civil, les obligations, tome 2, du centre national de function publique territoriale, p88.

([٢]) لاحظ د. عبدالرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، من دون سنة نشر، ص٣٠ وما بعدها.

الحكم يكون هو المصدر المكسب للالتزام المضاف الى العقد وذلك عندما يكون التعديل باضافة التزام، او ان يكون التعديل بتغيير مضمون التزام في العقد فهذا التغيير يكون مصدره الحكم القضائي.

وبهذا فإن الحكم القضائي يكون مصدراً للالتزام من خلال تعديل القاضي للالتزامات العقدية، وهذا الالتزام المضاف الى العقد يكون خارج ارادة الاطراف يفرضه القاضي بحكمه، وبهذا يختلف التعديل عن مجموعة من المواضيع التي يقوم بها القاضي في اطار العقد ويصدر فيها احكاماً قضائية، الا انها لا تكون مصدراً لالتزام لان القاضي في كل هذه الاحكام يبحث عن ارادة الاطراف لكي يحكم بما يتوافق معها، وهذه المواضيع تفسير العقد وتكملته وتكييفه وتحوله وانتقاصه.

فتفسير العقد هو البحث عن ارادة المتعاقدين المشتركة، والقاضي وان انيطت به مهمة تفسير العقد فإنه في تفسيره للعقد يقوم بالبحث عن نية المتعاقدين بهدف تحديد مضمون العقد أي الالتزامات والحقوق المترتبة على هذا العقد بهدف الوصول الى حكم الزام بتنفيذ هذه الحقوق والالتزامات[١] والقاضي تكون مهمته هنا البحث عن ارادة المتعاقدين لكي يستطيع تطبيق احكام العقد فالقاضي في التفسير يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لكي يحدد التزام كل طرف من اطراف العقد وحقوقه[٢]، بينما في تعديل العقد لا يتم البحث عن هذه النية وانما القاضي يعدل العقد وفق ما يراه من اسس محققة للعدالة والتوازن العقدي.

والقاضي يتدخل في نطاق العقد من حيث تكملة العقد فقد يكون هناك اتفاق على المسائل الجوهرية التي لابد من استكمالها لكي ينعقد العقد فيتفق الاطراف على هذه المسائل ويتركان المسائل التفصيلية دون اتفاق عليها، وهنا يأتي دور القاضي في استكمال هذه الامور التفصيلية وبذلك يكون استكمال العقد هو اضافة القاضي للبنود

(١) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دار ومكتبة الامام، لبنان، ٢٠١٢، ص١٦ وما بعدها.

(2)Audrey Arsac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat, These pour obtenir le grade de Docteur en droit, de l'Université Clermont, 2005, p43.

التفصيلية الناقصة في العقد على ضوء مجموعة من الاسس والقيود التي وضعها له المشرع[١].

والقاضي يقوم بتكميل العقد وفق ما وضعه له المشرع من وسائل تكون مرتبطة ارتباط منطقي بالمسائل الجوهرية ومبادئ القانون وتكون متوافقة مع طبيعة العقد وهذه المسائل هي طبيعة موضوع التعاقد والقواعد القانونية المكملة والمفسرة المتعلقة بالموضوع والعرف وقواعد العدالة[٢].

وتكميل العقد لا يعتمد فيه القاضي على ارادة المتعاقدين سواء الارادة المشتركة للمتعاقدين او الارادة المفترضة لهما، فالإرادة المشتركة غير موجودة اصلاً حتى يعتمد عليها القاضي في تكملة ما نقص من بنود العقد ذلك ان المتعاقدين لم يريدا اصلاً ان يكملا ما نقص من بنود العقد عند ابرامه حتى يتم البحث عن ارادة مشتركة لهما لأنها غير موجودة[٣]، كما لا يمكن للقاضي ان يفترض ارادة المتعاقدين وذلك لان ارادة كل متعاقد تعبر عن مصالحه وبما ان مصالح المتعاقدين متعارضة حيث يسعى كل متعاقد الى تحقيق اقصى مصلحة له من العقد حتى وان كانت على حساب المتعاقد الاخر فإن هذه الارادة المفترضة سوف تكون متعارضة ما بين المتعاقدين فلا يمكن الاعتماد عليها، والامور التي يكمل بها القاضي العقد لا يمكن ان تتجه ضد العقد حيث ان القاضي يهدف الى تكملة العقد لكي يكون صحيحاً ومنتجاً لاثاره وليس الهدف من التكميل تقويض العقد، وهنا ولأجل ان يتمكن القاضي من ان يكمل العقد ويستطيع اصدار حكم يكمل العقد، فإنه يلجأ الى الافتراض وذلك بأن يفترض بنود في العقد تتفق مع مضمون العقد ففي كل عقد هناك قالب لا تخرج عنه كل ارادة ممكن ان تكون طرفاً في العقد تهدف الى تحقيق مصلحتها التي من اجلها ابرمت العقد[٤]، فلو ان

---

(١) لاحظ عامر علي ابو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص٢٧.

(٢) لاحظ د. اسامة احمد بدر، تكميل العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٥٣.

(٣) لاحظ سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص١٣٥.

(٤) د. محمد سليمان الاحمد، البند العقدي المفترض، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مجلس النواب في مملكة البحرين، العدد الاول، ٢٠١٨، ص٣٤.

هناك عقداً قد ابرم ولم يتفق اطرافه على بعض المسائل وطلب من القاضي ان يقوم بتميل هذا العقد فإنه سوف يضيف عليه بنود تكمل ما نقص منه على اساس افتراض بنود تتوافق مع ارادة كل شخص سوف يضيف مثل هكذا بنود لانها تحقق مصلحته من العقد، وبهذا يختلف تكميل العقد عن تعديل العقد الذي يتجه ضد العقد وضد ارادة المتعاقدين بتعديله التزامات المتعاقدين او الغائها.

وسلطة القاضي في تعديل العقد تختلف كذلك عن سلطته في انتقاص العقد وتحوله، وانتقاص العقد يعني ان العقد اذا كان باطلاً في جزء منه او قابل للإبطال فإن هذا الجزء الباطل وحده هو الذي يبطل ويبقى الجزء الصحيح باعتباره عقداً صحيحاً بشرط ان يكون هناك امكانية في بقاء العقد دون الجزء الباطل الذي تم استبعاده، اما اذا كان العقد لا يتم الا بوجود هذا الجزء الباطل فإن العقد يبطل بأكمله[١]، ويجب ان يكون هناك اتجاه في ارادة المتعاقدين الى استبعاد الجزء الباطل في العقد والابقاء على الجزء الصحيح، اما اذا كانت ارادة المتعاقدين متجهة الى عدم اتمام العقد دون الجزء الباطل فيكون العقد باطل بأكمله[٢]، اما تحول العقد فيعني ان العقد اذا كان باطلاً وتوافرت فيه عناصر عقد اخر فإن هذا العقد الباطل يتحول الى العقد الصحيح الذي توافرت عناصره مع اشتراط اتجاه نية المتعاقدين الى هذا التحول لو علما ببطلان العقد الذي ابرماه اولاً[٣].

وبهذا يظهر الفارق بين تعديل العقد وبين انتقاص وتحول العقد، ففي تحول العقد وانتقاصه فإن القاضي يقوم بهذا الانتقاص والتحول مسترشداً بالنية المشتركة للمتعاقدين ويبحث عن الوسائل التي يصل فيها الى هذه النية، واذا ما ثبتت لديه فإنه يقضي بانتقاص وتحول العقد فهو يفسر نية المتعاقدين وانصرافها الى انتقاص او تحول العقد، ولا يملك القاضي الخروج عن نية المتعاقدين بل بالعكس مهمته تكمن في البحث عن هذه النية فيكون بذلك دور القاضي محدود ويقتصر على التحقق من اتجاه نية

(١) لاحظ د. نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص٢٥٠.
(٢) لاحظ د. عصمت عبدالمجيد البكر، مرجع سابق، ص٣٣٦.
(٣) لاحظ احمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص١٣٧.

الاطراف الى استبعاد الجزء الباطل من العقد في الانتقاص، ومن وجود شروط التحول وهي توافر اركان العقد الجديد واتجاه نية المتعاقدين اليه ويقوم بدور الكاشف عن العقد الذي تتجه اليه نية المتعاقدين اذا ما علما ببطلان العقد الذي ابرماه[١]، بينما نجد ان القاضي بتعديله للعقد لا يبحث عن ارادة المتعاقدين ولا يلقي لها بالاً بل بالعكس فإن القاضي بتعديله للعقد يكون متجهاً بالضد من ارادة اطراف العقد ويقوم بتعديل التزامات الاطراف بالرغم من عدم اتجاه ارادتهم الى هذا التعديل وعدم ارادتهم له واهذه الالتزامات التي فرضها القاضي بحكمه.

المطلب الثاني

دور الحكم القضائي في انشاء الحق الشخصي في اطار المسؤولية عن العمل غير المشروع

المسؤولية التقصيرية والتي هي الاخلال بالتزام قانوني سابق مضمونه عدم الاضرار بالغير[٢] وهذه المسؤولية تقوم على اركان ثلاثة الخطأ والضرر والرابطة السببية ولكي تقوم المسؤولية يجب تحقق هذه الاركان الثلاثة، والمسؤولية التقصيرية او العمل غير المشروع مصدر من مصادر الالتزام، وهذا الامر يعد من الامور المسلم بها في الفقه القانوني اذ ان كل اخلال بالتزام قانوني يترتب عليه ضرر يصيب الغير فإن هذا الاخلال يترتب عليه التزام المخطئ بتعويض الضرر الذي سببه خطأه الا ان الامر الذي يثير المناقشة هو هل ان للتجديد الضروري مجال للتطبيق في اطار فكرة المسؤولية التقصيرية او العمل غير المشروع؟ان تحليل احكام المسؤولية التقصيرية يبين ان كل خطأ يرتكب ويسبب ضرر للغير فإن هذا الخطأ يقيم مسؤولية مرتكبه هذه المسؤولية تكون مصدر لالتزام مرتكب الخطأ بتعويض المضرور عن الضرر الذي نتج عن خطأه[٣]، وبما ان العمل غير المشروع يترتب عليه التزام مرتكب العمل بتعويض المضرور فإن البعض من الفقه[٤] يرى بانه في المسؤولية عن العمل غير المشروع

(١) لاحظ د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد،ط١، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص٧٣، ص٧٤.
(٢) لاحظ د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٣١٠.
(٣) لاحظ د. نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص٣٧٥.
(٤) لاحظ د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، مرجع سابق، ص٥٧.

يكون للحكم القضائي دور في انشاء الالتزام او الحق الشخصي وذلك لان وقوع العمل غير المشروع وصدوره من شخص معين يُرتب في ذمة مرتكبه التزاماً بالتعويض وهذا الالتزام هو الالتزام الاول الذي ينشأ عن العمل غير المشروع، الا ان ترتب الالتزام بالتعويض لا يكفي وانما يجب ان يقوم الشخص بدفع التعويض للمضرور، والالتزام بدفع التعويض هذا يكون مصدره الحكم القضائي، فالعمل غير المشروع منذ ان يقع ينشأ عنه مباشرة التزام في ذمة مرتكب الخطأ مضمونه وجوب تعويض المضرور وهذ الالتزام مصدره العمل غير المشروع، اما الالتزام بدف التعويض للمضرور فيكون مصدره الحكم القضائي، وبهذا يكون الحكم القضائي مصدراً لالتزام هو دفع التعويض.

ويرى البعض[1]ان الحلول الذي يتم بموجبه احلال الالتزام بدفع مبلغ التعويض محل الالتزام بالتعويض اذا ما تم فإن هناك التزامات ثلاثة تقوم، الاول هو الالتزام القانوني وهو عدم الاضرار بالغير، والثاني هو الالتزام بالتعويض الذي ينشأ بسبب الاخلال بهذا الالتزام القانوني، والثالث هو الالتزام بدفع التعويض المحكوم به وهذا الاخير يتحول الى التزام من خلال الحكم القضائي ومن لحظة صدور الحكم القضائي، في حين ان البعض الآخر[2]من الفقه يرى بأن هناك التزامين فقط، هما الالتزام بالتعويض الذي يكون سببه العمل غير المشروع والالتزام بدفع مبلغ التعويض المحكوم به والذي يكون مصدره الحكم القضائي، اما الالتزام بعدم الاضرار بالغير فلا يعد التزاماً وانما هو واجب قانوني ليس له أي تأثير في الذمة المالية سواء بجانبها الايجابي كحق للدائن او في جانبها السلبي كدين بذمة المدين، وهذا الواجب القانوني بعدم الاضرار بالغير يكون التزاماً بتعويض الضرر نتيجة الاخلال به لا يمكن اعتباره تجديداً لان التجديد هو حلول التزام محل التزام آخر وهنا يكون هناك حلول لالتزام محل واجب قانوني أي ان الواجب القانوني بعدم الاضرار بالغير يتحول بارتكاب الفعل الى التزام بالتعويض وهذا لا يتفق مع مفهوم التجديد الذي يعني حلول التزام محل التزام آخر

(1) رأي الفقيه بلاينول، موسوعة القانون المدني، الجزء الثاني، ص٢٨٧، مشار اليه لدى د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، مرجع سابق، ص٦٠.

(2) بول روبييه، الحق والمراكز القانونية، باريس، دالوز، ١٩٦٣، ص١٠٢، مشار اليه لدى د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٠٠.

وبالتالي فإن استبعاد الواجب القانوني العام وهو عدم الاضرار بالغير يعني ان لا يبقى الا التزامين الاول هو الالتزام بالتعويض، والثاني هو الالتزام بدفع مبلغ التعويض المحكوم به وهذا هو التحليل الفني الدقيق لفكرة التجديد الضروري في مجال المسؤولية التقصيرية.

ومع ان منطوق الاراء السابقة هو انشاء حق شخصي او التزام بواسطة الحكم القضائي، الا هذه النظريات من وجهة نظرنا لم تفرق بين نشوء الحق وبين تنفيذه، فالقول بان الالتزام بدفع التعويض مصدره الحكم القضائي يجعل من تنفيذ الالتزام بواسطة القضاء مصدرا مكسباً لحق جديد، بينما الالتزام بدفع التعويض عن طريق الحكم القضائي هو تنفيذ عيني للالتزام الناشئ من العمل غير المشروع، والمعلوم ان الذي يؤثر في المصدرية هو امر الانشاء وليس التنفيذ، فالالتزام ينشأ من العمل غير المشروع وما دفع التعويض عن الضرر الا تنفيذ لالتزام سابق نشئ ن العمل غير المشروع.

ثم ان القول بفكرة التجديد الضروري وعدها اساساً في نشوء الالتزام من الحكم القضائي لا يمكن تأييده، لان هذه الفكرة سوف تلغي كل دور لمصادر الالتزام الاخرى وتحصرها في مصدرين هما الرضائية والقضائية، فإن كان تنفيذ الالتزام برضائية كان الاتفاق هو مصدر الالتزام، بينما اذا ما تم رفع الخلاف الى المحكمة هنا يكون الحكم هو مصدر الالتزام، وهذا التصوير السابق امتهان لدور المصادر الاصلية للالتزام اذ انه بمجرد حدوث المنازعة يصبح الحكم هو مصدر الالتزام ويلغى دور باقي المصادر، وهذا ما يخالف الحقيقة لان المصدر ينشئ الالتزام وما الحكم الا وسيلة لتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ رضائياً، والتحليل الصحيح لمصدرية الحكم القضائي للحق الشخصي يقوم على فكرة الدور المؤثر للحكم في انشاء الالتزامات، ففي بعض الاحيان لا يكون هناك أي مصدر اخر يمكن ان تكون له القدر على الزام فرد معين بالتزام معين الا الحكم، فيكون هذا الحكم هو المصدر المنشئ للالتزام كما في حالة الالتزام بالتعويض عن الاستملاك القضائي، او ان القانون يعطي فقط المبادئ التي يقوم عليها تنظيم مسألة معينة من مسائل الافراد، فيأتي دور الحكم في لكي يفرض التزامات، او ينشئ حقوق

يكون هو مصدرها، وبالتالي فإن الاعتماد على نظرية التجديد الضروري لتفسير مصدرية الحكم للالتزام لا يعبر عن حقيقة دور الحكم القضائي في مصدريته للحق الشخصي، وما دام ان للحكم القضائي دور في كسب الاشخاص للحق الشخصي ويعد مصدر من مصادر هذا الحق فإننا نوصي المشرع العراقي بتعديل نصوص القانون المدني في الباب المتعلق بمصادر الحقوق الشخصية او الالتزامات وذلك باضافة الحكم القضائي بوصفه مصدر من مصادر هذا الحق، ونقترح ان يكون النص بالشكل الاتي (الحقوق الشخصية التي يكون الحكم القضائي هو المصدر المكسب لها تخضع لشروط وضوابط هذا المصدر، ويكون لاصحابها الاستناد الى الحكم الذي انشئها في الاحتجاج بها والمطالبة بتنفيذها).

المبحث الثاني

الحقوق الشخصية المُكسَبة بالحكم القضائي

هناك دور للحكم القضائي يكون فيه هو المصدر المباشر للحق الشخصي، فيكون هو الذي اوجد هذا الحق الشخصي وهو الذي الزم المدين بهذا الالتزام المقابل للحق الشخصي، وهذا الدور للحكم القضائي قد يكون من خلال التزامات يفرضها القاضي على المتعاقدين فيقوم بإضافة ما حكم به الى العقد لكي يلتزم به المتعاقدين، او قد يقوم القاضي بفرض التزام معين وحق شخصي لشخص اخر مباشرة فيكون الحكم هو الذي اوجد الحق الشخصي مباشرة ولا يضيف الحكم التزاماً الى التزامات سابقة، وهذا الامر يتطلب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي في اطار العقد، اما المطلب الثاني فيكون مخصصاً لدور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي في حالة عدم وجود العقد وكما يأتي.

المطلب الاول

دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي مباشرة في اطار العقد

هناك حالات يكون فيها الحكم القضائي هو المصدر المكسب للحق الشخصي، ويأتي هذا الدور للحكم بالخصوص عندما ينشئ القاضي التزاماً ويضيفه الى العقد بما

له من سلطة تقديرية في تعديل العقد ليكون حكمه هو المصدر المكسب لهذه الحقوق الشخصية والالتزامات.

ومن الالتزامات التي تنشئ من الحكم مباشرة وتكون راجعة للحكم القضائي فقط الالتزامات التي يضيفها القاضي للعقد المشوب بعيب الاستغلال، او ان يلزم الدائن بان يمنح المدين اجلاً للوفاء بالتزامه يختلف عن الزمان الاصلي للوفاء بالالتزامات، او عندما يقرر القاضي بما له من سلطة تقديرية الزام المتعاقد بالعقد في حالة الفسخ التعسفي للعقد، وما تقدم يقتضي بحث كل هذه الالتزامات في فقرات مستقلة.

اولاً: الحق الشخصي المكسب بموجب الحكم القضائي في حالة الاستغلال:

الاستغلال بالأساس عيب من عيوب الرضا يصيب ارادة احد المتعاقدين فيبرم العقد تحت تأثير هذا العيب، ويعني ان احد الاشخاص أُستُغلَت عدم خبرته او طيشه او هواه الجامح فأندفع تحت تأثير هذه العوامل الى ابرام عقد لا تتكافئ فيه حقوق والتزامات الاطراف[١].

وسلطة القاضي في حالة وجود الاستغلال في العقد تتكون من قدرته على ابطال العقد بناءً على طلب الطرف المستغل، او ان يقوم بتعديل التزامات الاطراف في العقد، والتعديل يكون بانقاص الالتزامات الباهضة على كاهل الطرف المستغل، فيقوم القاضي بتخفيض التزام الطرف المُستَغل الى الحد الذي تتناسب فيه التزاماته مع حقوقه، كما ان للقاضي ومن خلال سلطته في رفع الغبن ان يزيد من التزامات الطرف المستغِل حتى يرتفع الغبن وتتعادل اداءات الاطراف[٢].

وبهذا فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل التزامات الاطراف الى الحد الذي يرتفع فيه الاستغلال، ويعود التوازن الى العقد من حيث حقوق والتزامات الاطراف، ومن بين الادوات التي يستخدمها القاضي لاعادة التوازن للعقد وخصوصاً عقود المعاوضة سلطته في انقاص الالتزامات في جانب الطرف المغبون المُستَغَل

(١) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الاول، مرجع سابق، ص٣٨٦.
(٢) لاحظ د. عصمت عبدالمجيد البكر، مرجع سابق، ص٢٥٩.

والزام الطرف الثاني المستفيد من الاستغلال بهذا الانقاص للالتزامات، وهذا الاجراء هو الوضع الغالب في معالجة حالة الاستغلال[١].

وما تقدم من سلطة للقاضي يتمتع بها في تعديل العقد المختل بالاستغلال وخصوصاً في حالة عدم ابطال العقد، والاتجاه الى اعادة التوازن للعقد ينتج عنها ان يقوم القاضي بفرض التزامات على الطرف المستفيد من خلال ما يصدره من احكام بموجب سلطته التقديرية في تعديل العقد.

ففي حالة تعديل العقد ورفع الغبن الحاصل نتيجةً للاستغلال عن طريق انقاص الالتزامات الباهضة في جانب الطرف المستغل، وهذه الالتزامات التي قام القاضي بتخفيضها يقع على عاتق الطرف الاخر الالتزام بها، ومصدر الالتزام بهذه الاداءات يكون الحكم القضائي، فلولا صدور الحكم القضائي لا يمكن الزام الطرف بهذه الالتزامات، كما ان هذه الالتزامات نجد انها قد تغيرت عن حالتها الاولى عند ابرام العقد، واصبحت التزامات جديدة تختلف من حيث المضمون عن الالتزامات الاولى التي تم الاتفاق عليها عند ابرام العقد، وهذا التغيير في الالتزامات يكون السبب فيه الحكم القضائي الذي اصدره القاضي فهو العامل الذي اثر في هذه الالتزامات وحولها من صورتها الاولى الى الصورة التي اصبحت عليها بعد الحكم، والالتزام بهذه الالتزامات والحقوق الشخصية يعود الى الحكم القضائي الذي يحمل في طياته عنصر اجبار يتوجه به الى الطرف المستفيد يلزمه بوجوب القيام بهذه الالتزامات المفروضة عليه بموجب الحكم القضائي، فلولا وجود هذا الحكم لبقيت التزامات الاطراف على الحالة التي كانت عليها عند ابرام العقد.

وبالصورة السابقة يكون الحكم القضائي قد قام بدور انشائي وذلك بتعديل التزامات الاطراف، لتصبح التزامات جديدة تختلف في محلها ومقدارها عن الالتزامات الاولى، وكذلك انشئ التزام على عاتق الطرف المستفيد من الاستغلال مضمونه الالتزام بالعقد بعد ان تم تعديله.

---

(١) لاحظ د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، من دون دار او مكان نشر، ١٩٥٧، ص٣٣٩.

اما فيما يتعلق بمسألة الزيادة في التزامات الطرف المستفيد لكي تتعادل التزامات الاطراف فإننا نتفق مع من يذهب الى ان للقاضي الزيادة في التزامات الطرف المستفيد لرفع الاستغلال[١]، وذلك لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة منحها له المشرع في تعديل العقد ومعالجة اثار الاستغلال، فالمشرع العراقي بصياغته لنص المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي منح القاضي سلطة تقديرية واسعة لكي يعيد التوازن للعقد بعد ان اختل توازنه بسبب وجود الاستغلال، ومن ضمن هذه السلطة ان يقوم باضافة التزامات في جانب الطرف المستفيد من الاستغلال حتى تتعادل التزاماته مع حقوقه، وفي نفس الوقت تكون متوازنة مع حقوق والتزامات الطرف المستغل.

وما تقدم من سلطة في الزيادة يمكن ان يلاحظ من خلال ايراد المشرع للفظ (رفع الغبن) في المادة (١٢٥) يعطي للقاضي سلطة واسعة في التعديل سواء بالانقاص او الاضافة في الالتزامات، وعندما يتم اضافة التزامات جديدة في جانب المستفيد، فإن ذلك يعني ان الحكم القضائي قد انشأ التزام في جانب الطرف المستفيد من الاستغلال، وهو في نفس الوقت يعد حقاً شخصياً في جانب الطرف المُستَغَل الذي وقع علية الاستغلال، وبهذا يكون للحكم القضائي دور في كسب الحق الشخصي للطرف المشتغل والتزاماً على عاتق الطرف المستفيد من الاستغلال مما يؤكد فكرة مصدرية الحكم القضائي للحق الشخصي والالتزام.

وما يؤكد ان الالتزامات والحقوق التي يضيفها القاضي عن طريق تعديله للعقد تكون ناشئة من الحكم القضائي، هو اختلاف الاساس الذي تقوم عليه عن الاساس الذي تقوم عليه الالتزامات العقدية، فالالتزم او الحق الشخصي الذي ينشئه الحكم القضائي يكون راجعاً الى هذا الحكم ويفرض على الاطراف من دون النظر الى ارادتهم، بينما الالتزامات العقدية يكون مصدرها الارادة فهي الاساس الذي تقوم عليه هذه الالتزامات، وما دام ان الالتزامات الناشئة من الحكم القضائي لا يلتفت فيها الى

(١) لاحظ د. عصمت عبدالمجيد البكر، مرجع سابق، ص٢٥٩.

ارادة الاطراف فإنه لا يمكن ان تعد من الالتزامات العقدية مصدرها اتفاق الاطراف في العقد، وانما تكون التزامات راجعة الى الحكم القضائي.

ثانياً: الحقوق الشخصية والالتزامات الناشئة من الحكم القضائي في حالة المهلة القضائية: المهلة القضائية او كما تسمى عموماً نظرة الميسرة تعني ان القاضي بما له من سلطة تقديرية يعطي المدين المعسر اجلاً معيناً لكي يقوم بتنفيذ التزامه الذي حل اجله، وعلى الدائن الالتزام بهذه المهلة ومنح مدينه هذه المدة وعدم مطالبته بالوفاء الا بعد انتهاء المدة[١].

ومنح القاضي هذا الاجل للمدين للوفاء بالتزامه يمثل مظهر من مظاهر تدخل القاضي في العقد بتعديله، وذلك لان القاضي يتدخل في تعديل مدة العقد ومد اجله رغماً عن ارادة الطرفين، فهو يتدخل في مدة تنفيذ العقد لكي يزيد من هذه المدة ويتراخى تنفيذ الالتزامات العقدية الى هذه المدة التي حددها القاضي لذلك تسمى هذه المهلة بالاجل القضائي[٢].

والقاضي بما له من سلطة تقديرية يقوم بمنح الاجل للمدين عندما تتوافر الشروط المطلوبة لمنح هذه المدة، واول هذه الشروط هو شرط توافر الظروف التي تبرر منح هذه المهلة، أي ان تكون ظروف المدين تستدعي منحه هذه المهلة لكي يقوم بالتزاماته، وتتمثل هذه الظروف بان يكون حسن النية في تاخره بالوفاء وليس سيء النية، وعنده مال يكفي لسداد ديونه ولكنه لا يستطيع الوصول اليه في الوقت الحالي، او من المتعذر عليه بيع امواله في الوقت الحاضر لسداد ديونه مما يستدعي منحه اجلا لكي يتمكن من الوفاء[٣].

---

(١) لاحظ د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٧١.

(٢) لاحظ ابراهيم عنتر فتحي، حقوق العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٤، ص١٧٠.

(٣) لاحظ روزان عبدالقادر دزه يي و سه ربه ست قادر حسين، الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني، بحث منشور في مجلة قه لا ي زانست العلمية، تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، المجلد (٣)، العدد (٣)، لسنة ٢٠١٨،ص٣٢٥.

كما يشترط لمنح هذه المهلة او الاجل القضائي الا يكون هناك مانع قانوني يمنع منح مثل هكذا اجل، والا يكون هناك ضرر جسيم يصيب الدائن من جراء منح مثل هكذا اجل، فلا يجوز التخفيف عن المدين في مقابل الحاق الضرر بالدائن فلو كان الدائن قد اعتمد على حلول اجل دينه الذي في ذمة المدين لكي يقوم هو الاخر بالوفاء بديونه، وان عدم الوفاء بهذه الديون قد يعرضه للإفلاس، او قد يكون الضرر في صورة اعتماد الدائن عل مبلغ الدين في ابرام صفقة يعد فواتها عليه مسبباً لضرر جسيم يلحقه، ففي كل هذه الحالات لا يمكن ان يتم منح المدين اجلاً قضائياً لكي يقوم بالوفاء، إذ لا يمكن ان يتم الاضرار بالدائن على حساب المدين او التضحية بمصالح الدائن على حساب مصلحة المدين[١].

كما يشترط ان يكون الاجل او المهلة الممنوحة للمدين لمدة معقولة يكون من شأنها ان تساهم في حمل المدين على الوفاء بالتزاماته، وان يكون الدين الذي من اجله منح المدين اجلاً للوفاء ديناً حالاً يمكن المطالبة به[٢].

واذا ما توافرت الشروط السابقة فإن للقاضي ان يمنح المدين الاجل الذي يراه مناسباً لكي يستطيع المدين القيام بالتزاماته، ومنح هذا الاجل يعد من المظاهر التي تدل على سلطة القاضي في تعديل العقد، وفي اطار المهلة القضائية فإن التعديل ينصب على اجل العقد أي الاجل المتفق عليه للوفاء بالالتزامات العقدية، كما ان منح هذه المهلة يعد خروج على اساس القوة الملزمة للعقد وهي ارادة الاطراف على اساس ان العقد وما يتعلق به من حقوق والتزامات وتنفيذها يكون على اساس اتفاق الاطراف من دون تفرد من احد الاطراف في تغيير او تعديل أي من هذه المسائل، فيأتي حكم القاضي لكي يفرض على الاطراف هذا التعديل المتعلق بالاجل او المدة اللازمة لتنفيذ

(١) لاحظ اسماعيل ابراهيم محمد، الدور الايجابي للقاضي في تعديل العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الموصل، ٢٠١٦، ص١٥٦.

(٢) لاحظ نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن المركز الجامعي لتلمنغست، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٤، ص١٣٠.

العقد[١]، ودور القاضي في منح المهلة القضائية يكون في اطار الفسخ القضائي للعقد، او يكون في اطار تغيير زمان الوفاء بالعقد.

ففي اطار الفسخ القضائي يتقدم احد الاطراف الى القضاء طالباً فسخ العقد لعدم قيام الطرف الاخر بالتزامه الملقى على عاتقه بموجب العقد، وعندما يطلب المتعاقد من القاضي الحكم له بالفسخ فإن القاضي غير ملزم باجابته لطلبه هذا وانما له سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه، واذا لم يحكم بفسخ العقد فإن له ان يعطي المدين اجلاً يستطيع من خلاله ان يقوم بالوفاء بما في ذمته من التزامات، والقاضي عندما يمنح المدين اجلاً للوفاء فإن منحه لهذا الاجل يقوم على عدة اعتبارات تتعلق بظروف المدين منها حسن النية وما تم تنفيذه من الالتزامات، فإذا راى القاضي ان هناك وفاء جزئي من المدين وكانت ظروف المدين تجعل من منح الاجل مفيداً في قيام المدين بالوفاء بالتزاماته فإنه يقرر منح المدين اجلاً للوفاء ولا يحكم بفسخ العقد[٢].

اما فيما يتعلق بزمان الوفاء فإن القاضي قد يمنح المدين المعسر اجلاً للوفاء بالتزاماته ان استدعت حالته منح مثل هذا الاجل، ومنح مثل هذا الاجل يأتي على خلاف الاصل الذي هو وجوب الوفاء بالالتزام فوراً، فالأصل في الالتزامات ان يتم الوفاء بها في الميعاد المحدد للوفاء اذا حدد ميعاد معين، او ان يتم الوفاء بها بعد ابرام العقد اذا لم تحدد مدة، لكن قد يحدث ان يقع المدين في ظروف تؤدي الى عدم تمكنه من الوفاء في الزمان المحدد، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي اذا رأى ان ظروف المدين تبرر ذلك ان يمنح هذا المدين اجلاً للوفاء بالتزاماته، وهنا يلتزم المدين بالوفاء في الموعد الجديد الذي حدده القاضي، ومنح هذا الاجل يعد مظهر من مظاهر الدور الايجابي الذي يقوم به القاضي في تعديل الالتزامات العقدية[٣].

وهناك العديد من المواضع في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة نصت على دور القاضي في منح المدين مهلة او مدة زمنية للوفاء بالتزاماته، وتنوعت هذه

---

(١) لاحظ اسماعيل ابراهيم محمد، مرجع سابق، ص١٥٩.

(1) Amélie Dionisi-Peyrusse, op. cit, p95.

(٣) لاحظ اسماعيل ابراهيم محمد، مرجع سابق، ص١٦١، ص١٦٢.

المدد بين منح المدين اجلاً للوفاء لكي يتوخى فسخ العقد او تغيير زمن الوفاء بالالتزامات العقدية، ففيما يتعلق بالفسخ فإن للقاضي ان يمنح المدين اجلاً للوفاء بالتزاماته ولا يحكم بفسخ العقد لعدم قيام المدين بالوفاء بالتزاماته، وهذا الحكم نصت عليه المادة (١٧٧ ف١) من القانون المدني العراقي[١]والتي اعطت القاضي سلطة تقديرية في منح المدين اجلاً لكي يقوم بتنفيذ التزاماته وذلك على ضوء ظروف هذا المدين، فإن كانت الظروف يغلب معها ان المدين لو اعطي مثل هذا الاجل لتمكن من الوفاء بالتزاماته فإن للمحكمة ان تعطيه هذا الاجل، فالظروف التي يكون فيها المدين هي التي على ضوئها يقرر القاضي هل يكون اعطاء مهلة قضائية للمدين مفيد في تنفيذه لالتزاماته ام ان اعطاء مثل هذه المهلة غير مفيد.

وللقاضي سلطة تقديرية في منح المدين مهلة قضائية يغير بموجبها زمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية كما في نص المادة (٣٩٤ ف٢) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه (فإذا لم يكن الدين مؤجلاً، او حل اجله، وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم)[٢]فهذا النص يمكن للقاضي بموجبه ان يغير زمان الوفاء بالالتزام ويعطي المدين اجلاً لكي يقوم بالوفاء بالتزاماته، كما ان القانون المدني قد نص على سلطة القاضي في تحديد زمان الوفاء بالالتزام عندما يكون موعد الوفاء بالالتزام هو عند المقدرة او الميسرة حيث ان للقاضي ان يحدد للمين اجلاً للوفاء بالتزامه[٣].

ومنح القاضي للمدين مهلة قضائية للوفاء بالالتزام يعني ان القاضي يتدخل بشكل ايجابي ويعدل العقد، والاحكام التي يصدرها القاضي وينتج عنها تعديل مدة وزمن

---

(١) تقابلها المادة (١٥٧ ف٢) من القانون المدني المصري؛ والمادة ٢٧٢ ف٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٢) يقابلها نص المادة (٣٢٦ ف٢) من القانون المدني المصري؛ والمادة (٣٥٩ ف٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٣) لاحظ نص المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي؛ والمادة (٢٧٢) من القانون المدني امصري؛ والمادة (٤٣٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

الوفاء بالالتزام تكون مصدراً للالتزام بهذه المواعيد والمدد الجديدة، فالتزام الدائن بمنح المدين هذه المدة وعدم مطالبته بالوفاء يكون مصدره الحكم القضائي، وكذلك حق المدين بالوفاء خلال الاجل المحدد له من قبل القاضي يكون الحكم القضائي مصدراً له، وكل ذلك يدل على الدور المكسب للحكم القضائي في ان يكون مصدراً للحقوق الشخصية والالتزامات، فالالتزام بالاجل الجديد الذي عينه القاضي للوفاء يكون ناشئاً عن الحكم القضائي لانه لا يمكن ان يكون الالتزام بهذا الاجل ناشئاً عن العقد لغياب اتفاق الاطراف عليه فهو مفروض من قبل القاضي، كما ان الاجل قبل صدور الحكم القضائي يكون الاجل الذي حدده الطرفان في العقد واتفقا عليه في حين بعد صدور الحكم يتغير هذا الاجل الى الاجل الذي حدده القاضي، وهذا التغيير لا يكون باتفاق الاطراف وانما بموجب الحكم القضائي الذي احدث هذا التغيير فيكون هو المصدر المكسب للاثار المترتبة على هذا التغيير والمتمثلة بالاجل الجديد للوفاء بالالتزام.

ثالثاً: الالتزامات والحقوق الشخصية الناشئة عن الحكم بالفسخ التعسفي للعقد:

الفسخ هو احد الطرق التي تؤدي الى زوال العقد، وهذا الطريق قد يكون بالاتفاق ما بين المتعاقدين وقد يكون بناءً على حكم قضائي وقد يكون القانون هو الذي حكم بفسخ العقد، والفسخ يترتب على عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته وبناءً على ذلك يحق للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد[١].

كما انه في بعض العقود يكون لاحد الأطراف ان يستقل بفسخ العقد من جانبه، إذ تكون له القدرة على انهاء العقد من جانب واحد، وهنا قد يستخدم هذا المتعاقد حقه في فسخ العقد وانهائه من جانبه فقط[٢].

وقد يحدث ان صاحب الحق في طلب الفسخ او انهاء العقد من جانبه فقط ان يقوم بانهاء العقد الا ان انهائه للعقد يكون بطريقة تعسفية بحيث ان هذا المتعاقد وان كان يستعمل حقه في الفسخ الا انه ينوي من خلال استعمال هذا الحق الاضرار

([١]) لاحظ د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤، ص٣٥٧.

([٢]) لاحظ د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٨٧.

بالمتعاقد الاخر، فيكون هذا المتعاقد في حالة تعسف في استعمال حقه في الفسخ ، فالتعسف في استعمال الحق في الفسخ هو ان يقوم المتعاقد بفسخ العقد من جانبه نتيجة عدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزاماته بهدف الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر فقط، فيكون الاستعمال في ظاهره استعمال لحق الفسخ ولكن غايته هي الحاق الضرر بالمتعاقد فقط[١].

واذا ما كان فسخ العقد تعسفياً فغن مسؤولية المتعاقد الذي قام بفسخ العقد تثار على اعتبار وجوب تعويض المتعاقد عن الضرر الذي اصابه نتيجة تعسف المتعاقد الاخر في استعمال حقه في الفسخ، الا ان الاساس القانوني لقيام هذه المسؤولية لم يكن محل اتفاق ما بين الفقه وانما انقسم الى اتجاهين، اتجاه يرى بان هذه المسؤولية مسؤولية غير عقدية اساسها الخطأ التقصيري، واتجاه اخر يرى بان المسؤولية عقدية مناطها الاخلال بالتزام عقدي هو وجوب تنفيذ العقد[٢].

والاثر المترتب على قيام هذه المسؤولية هو وجوب التعويض سواء كان التعويض تعويض نقدي أي تنفيذ بمقابل او تنفيذ عيني عن طريق الحكم بعدم فسخ العقد واعتباره موجوداً[٣].

وهنا يثار التساؤل عن المصدر المكسب لهذه الالتزامات سواء الالتزام بالابقاء على العقد وعدم فسخه واعتباره منتجاً لاثاره، او الالتزام بالتعويض عن فسخ العقد؟

فيما يتعلق بالالتزام بالابقاء على العقد وجعله قائماً منتجاً لاثاره نعتقد ان مصدره الحكم القضائي، فالحكم الذي اصدره القاضي هو الذي جعل العقد موجوداً او ان صح التعبير هو الذي اعاده الى الحياة بعد ان يكون قد شارف على الانقضاء، وفي هذا السياق يجب ان نفرق ما بين امرين، الاول هو اثار العقد او الحقوق والالتزامات الناشئة عنه وبحسب طبيعته سواء كان عقد بيع او ايجار او وكالة او عارية او غيرها

(١) لاحظ عمار حنتيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١٥، ص٢٩.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول هذه الاراء لاحظ به مو برويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٧، ص٩٦ وما بعدها.

(٣) لاحظ عمار حنتيت، المرجع السابق، ص١١١.

من العقود، فإن اثار هذه العقود يكون مصدرها العقد نفسه باعتباره موجوداً غير مفسوخ، اما الالتزام بالاعتراف بوجود العقد ووجوب تنفيذ كل الالتزامات الناشئة عنه فيكون مصدره الحكم القضائي، وهنا يكون الالتزام بالابقاء على العقد وعدم فسخه وعدم الاعتراف بحق المتعاقد الاخر باستعمال حق الفسخ لتعسفه يعد حقاً شخصياً للمتعاقد المستهدف من الفسخ التعسفي، وفي المقابل هناك التزام انشأه القاضي بموجب حكمه بعدم امكانية قيام الفسخ وهذا الالتزام مضمونه وجوب تنفيذ الاثار المترتبة على العقد من حقوق والتزامات وبهذا يكون هناك دور مكسب للحكم القضائي في هذه الحالة.

اما في حالة التعويض النقدي عن التعسف في استعمال الحق في الفسخ فإننا لا نعتقد ان اساس هذا التعويض وقيام مسؤولية المتعاقد المتعسف في استعمال حقه بالفسخ هو المسؤولية غير العقدية او التقصيرية، وذلك لعدم توافر الخطأ فلا نعتقد ان استعمال الحق في الفسخ بصورة تعسفية يعد خطأً، وذلك لان الخطأ يقوم على عنصرين هما العنصر المادي الذي يكون قوامه السلوك الخارج عن السماح القانوني ، بمعنى ان يأتي الشخص بسلوك لا يرضاه القانون، وعنصر اخر معنوي هو النية او الادراك، وفي التعسف في استعمال الحق في الفسخ يتواجد العنصر المعنوي دون العنصر المادي فالمتعاقد يقوم بسلوك صحيح في مظهره المادي ومتوافق مع القانون، فالقانون هو الذي اعطى الحق للمتعاقد بان يفسخ العقد لكن النية كانت ان يقوم المتعاقد بالفسخ في وقت يعد فيه طلب الفسخ تعسفاً هدفه فقط الاضرار بالمتعاقد الاخر، وهنا يكون احد عناصر الخطأ قد تخلف وبالتالي تخلف الخطأ، وتخلف ركن في المسؤولية يعني عد قيامها.

وما دام ان الخطأ غير موجود وبالتالي المسؤولية غير موجودة فإن ما يترتب على الحكم الذي يصدر من تعويض يكون راجعاً في نشأته الى هذا الحكم، فالحكم هو مصدر الالتزام بالتعويض عن الفسخ التعسفي ولا يمكن تطبيق احكام المسؤولية لعدم تواجدها بسبب نقص ركن من اركانها وهو ركن الخطأ.

المطلب الثاني

دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي مباشرة خارج نطاق العقد

لا يقتصر دور الحكم القضائي على كسب الحق الشخصي والالتزام على الحالة التي يتدخل فيها القاضي في اطار تعديله للعقد، وانما يمكن للحكم القضائي ان يكون مصدراً مكسباً لحقوق شخصية والتزامات مباشرة من دون وجود العقد، كما ان للحكم القضائي دوراً مكسباً في الحالات التي يسود اعتقاد بأن القانون هو المصدر المباشر للحقوق الشخصية والالتزامات الناشئة عنها، وكل ما تقدم يتطلب ان نبحث كل هذه الحقوق الشخصية والالتزامات في فقرات مستقلة وكما يأتي:

اولاً: دور الحكم القضائي المكسب للحق الشخصي في حالة الاستملاك القضائي: بينا فيما سبق عند الكلام عن مصدرية الحكم القضائي للحق العيني ان الحكم القضائي يكون هو المصدر المكسب لحق الملكية بالنسبة للجهة المستملكة في حالة الاستملاك القضائي، وكذلك يكون مصدراً مكسباً لحق الملكية بالنسبة لمستملك منه في حالة كون التعويض عيني يتمثل في عقار اخر بديل عن العقار المُستَمْلَك، الا ان دور الحكم القضائي في حالة الاستملاك القضائي لا يقف عند هذا الحد وانما يمكن للحكم ان يكون مصدراً مباشراً للحقوق الشخصية والالتزامات، وذلك عندما يكون بدل الاستملاك نقدياً في صورة تعويض نقدي يتمثل بمبلغ من النقود تدفعه الجهة المستملكة للمستملك منه، فالجهة المستملكة قد لا تعرض على المستملك منه عقاراً اخر وانما يكون بدل الاستملاك مبلغ من المال يلتزم الطرف المستملك بأدائه للمستملك منه، وفي هذه الحالة من تاريخ صدور الحكم يمكن للمستملك منه المطالبة بهذا البدل، واذا كان بدل الاستملاك يصبح حقاً شخصياً للمستملك منه والتزاماً في ذمة المستملك فإن السؤال الذي يثار في هذا الصدد هو ما هو مصدر كل من الحق الشخصي للمستملك منه والالتزام الناشئ في ذمة الجهة المستملكة؟

ان الاجابة على هذا التساؤل تقتضي الاشارة الى مدى امكانية عد هذا الحق الشخصي والالتزام ناتجاً عن المصادر التقليدية للالتزام من عدمه، ومن ثم تحليل الية نشوء هذا الحق وذلك الالتزام.

ففيما يتعلق بالمصادر الارادية فإن هذه المصادر تقوم على الارادة، وهذه الارادة يتطلب وجودها لدى الاطراف واتجاهها الى احداث الاثر القانوني المترتب على

التصرف القانوني المراد القيام به، بمعنى ان تملك العقار من قبل الجهة المستملكة والالتزام بدفع التعويض ومقداره يجب ان يكون محل اتفاق ما بين الاطراف، بحيث ان كل طرف قد قبل بما عليه من التزامات وما له من حقوق وبإرادته، وفي حالة الاستملاك القضائي لا يمكن تطبيق هذه القواعد لعدم وجود التوافق ما بين الارادتين لان المستملك منه ما كان ليقبل بالاستملاك لولا صدور الحكم القضائي الذي اجبره على التخلي عن ملكية عقاره، وكذلك التعويض لا يكون محل اتفاق ما بين الاطراف وانما لجنة التقدير هي التي تقدره، فلو كان هناك اتفاق ما بين الاطراف لكان الاستملاك رضائياً.

اما فيما يتعلق بالمصادر غير الارادية فإن تحليل احكام هذه المصادر لا ينطبق على الحقوق والالتزامات الناشئة عن الاستملاك القضائي، فطلب الاستملاك والحكم به لا يعد عملاً غير مشروع حتى تتحقق على اثره المسؤولية عن العمل غير المشروع لكي يكون بدل الاستملاك النقدي تعويضاً عن عمل غير مشروع، فالاستملاك بموجب الحكم القضائي يعد عملاً قانونياً صحيحاً منظم بموجب القانون ولا يعد سلوك خاطئ من قبل الجهة المستملكة حتى تقام مسؤوليتها عن هذا العمل وما يترتب عليه من استحقاق التعويض.

كما ان تطبيقات الاثراء بلا سبب والقانون لا يمكن ان تشمل الاستملاك القضائي، فالجهة المستملكة لا تثري على حساب صاحب العقار حتى يعد الاستملاك القضائي اثراء للجهة المستملكة على حساب صاحب العقار لان الجهة ملزمة بدفع بدل الاستملاك ابتداءً، كما ان الاستملاك عمل مشروع والتعويض فيه موجود فلا يوجد اثراء في جانب المستملك على حساب صاحب العقار المستملك منه.

والقانون لا يعد المصدر المباشر لهذا الالتزام لان هذا الالتزام لا يحدده القانون فقط وانما يحتاج كما سنرى بعد قليل الى حكم قضائي يحدد هذا الالتزام من حيث مقداره ومداه، فلا يعد دور القانون هنا سوى كونه مصدراً عاماً غير مباشر حاله حال دور القانون في بقية المصادر الاخرى.

واذا كانت كل هذه المصادر التقليدية لا تنطبق على الالتزام بالتعويض في حالة الاستملاك القضائي يبقى السؤال مطروحاً عن مصدر الالتزام بالتعويض ونشوء حقاً شخصياً للمستملك منه ببدل الاستملاك.

ان تحليل عملية الاستملاك القضائي في حالة كون بدل الاستملاك تعويض نقدي يدفعنا الى القول بان العامل المؤثر في كسب حق للمستملك منه في المطالبة ببدل الاستملاك والالتزام الناشئ في جانب الجهة المستملكة بدفع بدل الاستملاك المحدد بموجب الحكم القضائي هو الحكم القضائي، فهذا الحكم هو الذي اوجد حقاً شخصياً للمستملك منه في مواجهة المستملك وبالاستناد الى هذا الحكم يطالب المستملك منه بحقه، وكذلك الالتزام بدفع مبلغ التعويض عن الاستملاك ينشئه الحكم القضائي في ذمة المستملك لصالح المستملك منه ومن تاريخ الحكم ينشئ حق المستملك منه ببدل الاستملاك وكذلك التزام الجهة المستملكة بدفع مبلغ التعويض.

ولنا في القرارات الصادرة بالاستملاك عن طريق القضاء في مقابل تعويض نقدي دليل على كسب الحكم القضائي للحق الشخصي للمستملك منه في ذمة الجهة المستملكة والتزامها بدفع مبلغ التعويض.

ففي قرار صادر عن محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية قررت فيه المحكمة تصديق حكم محكمة بداءة كركوك المرقم ٣/استملاكية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٣/٢٥ والقاضي باستملاك العقار المرقم ١٤ م ٥١ خ. ت وتسجيله ملكاً صرفاً باسم الجهة المستملكة والزامها بدفع بدل الاستملاك[١].

وفي قرار صادر عن محكمة استئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية قررت المحكمة تصديق الحكم البدائي المرقم ٢٤٩/استملاك/٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/١٢/٢٤ والقاضي باستملاك العقار موضوع الدعوى والزام الجهة المستملكة بدفع بدل الاستملاك

(١) لاحظ قرار محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية المرقم ١ و ٢ /استملاكية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٥ غير منشور.

والبلاغ (٣٠٤٠٣٧٥٠٠) ثلاثمائة واربعة مليون وسبعة وثلاثون الف وخمسمائة دينار الى المستملك منه[١].

ومن كل هذه القرارات يتضح ان الحكم الصادر في دعاوى الاستملاك والقاضي باستحقاق المستملك منه لبدل الاستملاك، والزام الجهة المستملكة بهذا البدل قد انشأ حقاً شخصياً للمستملك منه في ذمة الجهة المستملكة، فبدل الاستملاك بعد الحكم اصبح حقاً شخصياً للمستملك منه يستطيع المطالبة به في مواجهة الجهة المستملكة ويستند في مطالبته الى الحكم القضائي الذي انشأ له هذا الحق.

وفي المقابل وبموجب الحكم القضائي يكون هناك التزاماً قد نشأ في ذمة المستملك مضمونه دفع بدل الاستملاك، فالمبلغ المحدد بدلاً للاستملاك اصبح ديناً في ذمة المستملك لمصلحة المستملك منه، والمصدر المكسب لهذا الالتزام هو الحكم القضائي الذي بهذا البدل وحدد مقداره، وبهذا يكون الحكم القضائي هو المصدر المكسب له ومنه يتضح الدور المكسب للحكم القضائي للحقوق الشخصية والالتزامات وبصورة مباشرة من دون وجود المصادر التقليدية للالتزامات والحقوق الشخصية.

ثانياً: مصدرية القانون للحقوق الشخصية ودور الحكم القضائي فيها: يسود الاعتقاد لدى الفقهاء وشراح القانون المدني ان القانون يكون له دورين في مصادر الالتزام والحقوق الشخصية، فهو يكون المصدر غير المباشر لكل الالتزامات والحقوق الشخصية وذلك لانه هو الذي يعطي الفاعلية للمصادر الاخرى للالتزامات، فهو الذي يجعل من العقد مصدراً للالتزام بطريق غير مباشر إذ لولا اعترافه بامكانية ان يكون العقد مصدراً للالتزام لما تمكن من كسب الالتزامات والحقوق الشخصية، وكذلك الامر في باقي مصادر الالتزام من ارادة منفردة وعمل غير مشروع واثراء بلا سبب[٢].

---

(١) لاحظ قرار محكمة استئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية المرقم ٦١٢/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٤ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الموقع www.iraqld.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٥/١٠.

(٢) لاحظ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص١٤٣٨.

اما الدور الثاني للقانون في اطار مصدريته للحقوق الشخصية والالتزامات فهو الدور المباشر بمعنى ان يكون القانون هو المصدر المباشر لبعض الالتزامات التي يرجع النصوص القانونية التي أنشأتها في تحديد هذه الالتزامات واحكامها، ويطرح الفقه العديد من الالتزامات التي يرى بان القانون هو المصدر المباشر لها منها الالتزام بالنفقة والتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة وغيرها من الالتزامات[١].

وفيما يتعلق بالدور المباشر للقانون في مصدرية بعض الالتزامات والحقوق الشخصية فإننا لا نعتقد ان القانون يمكن ان يكون وحده المصدر المكسب للحقوق الشخصية او الالتزامات، وانما يكون له دور المنظم في الاطار العام لهذه الحقوق، فالقانون يعد موجه عام للارادة العامة بوجوب احترام الحقوق وعدم الاعتداء عليها وكذلك فرض واجب عام على الاشخاص باداء ما بذمتهم من حقوق في مواجهة الاشخاص الاخرين، فالحقوق مقررة بموجب مصادرها وما دور القانون الا منظم وموجه لهذه الحقوق كذلك يضمن استحصالها والوفاء بها[٢]، وبهذا التصوير يكون دور القانون هو الموجه والمصدر غير المباشر لهذه الحقوق والالتزامات ولا يعد مصدراً مباشراً مكسباً لهذه الحقوق هذا من جهة.

ومن جهة اخرى لو نظرنا الى الحقوق التي يعتقد الفقه ان القانون هو المصدر المباشر لها وقارنا ما بين دور القانون فيها ومفهوم السبب والشرط في مصدرية الحق، لوجدنا ان دور القانون في مثل هذه الحقوق والالتزامات لا يتعدى دور الشرط وليس السبب المكسب لمثل هذه الحقوق والالتزامات، فالشرط عند الاصوليين هو ما يتوقف عليه الشيء وجوداً او صفة دون ان يكون جزء من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود[٣]، كما عرف على انه ما يتوقف وجود الحكم على وجوده

---

(١) لاحظ د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٦٣٨؛ ولاحظ كذلك زينة ادري و سهام اجقي، القانون كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمان ميرة –بجاية-، الجزائر، ٢٠١٥، ص٨٠.

(٢) لاحظ د. محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٤١٢.

(٣) لاحظ د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، من دون سنة نشر، ص٢٤٧.

ويلزم من عدمه عدم الحكم، وهوايضاً ما يتوقف عليه وجود الحكم من غير افضاء اليه[١]. فالشرط يكون له اثر في الحكم فهو امر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط فمثلاً حضور الشهود في عقد الزواج هو شرط لوجوده الشرعي بحيث يكون مرتباً لاحكامه ومنتج لاثاره، ولكن حضور الشاهدين لا يدخل ضمن حقيقة عقد الزواج وما هيته فقد يحضر الشاهدين ومع ذلك لا ينعقد عقد الزواج[٢].

وبهذا فإن الشرط هو عامل يتفاعل مع غيره من العوامل في انتاج الاثر، ويلزم وجوده لوجود الحكم والاثر لكن وجوده لوحده لا يكفي لانه قد يوجد ولا توجد العوامل الاخرى التي يتفاعل معها فلا ينتج اثراً.

اما السبب فعرف على انه الامر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع امارة لوجود الحكم[٣]، كما عرف على انه امر ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على حكم شرعي هو مسببه ويلزم من وجوده وجود المسبب ومن عدمه عدم المسبب[٤].

وبهذا فإن السبب يدور معه الحكم وجوداً وعدماً بحيث انه لو وجد وجد الحكم ولو انعدم لانعدم معه الحكم، فالسبب يعد مصدراً لمسبب لا يمكن ان يوجد بدونه فهو مصدره الذي انشأه، بينما الشرط لا ينطبق عليه وصف المصدر لانه حتى وان وجد فإن ذلك لا ينتج اثراً لعدم وجود عوامل اخرى يتفاعل معها لانتاج الاثر، بينما السبب وجوده يكون كافياً لانتاج الاثر.

واذا ما طبقنا المفاهيم السابقة على مصدرية القانون للحقوق الشخصية والالتزامات لوجدنا ان القانون لا يعد سبباً للالتزام، لان النص القانوني قد يوجد ولكن مع وجود هذا النص لا يتحقق وجود الالتزام لعدم وجود عوامل اخرى يحتاجها النص لكي ينتج هذا الاثر، وعدم انتاج النص القانوني للاثر لوحده يعني انه لا ينطبق عليه

(١) لاحظ د. هشام ابراهيم توفيق، الوجيز في اصول الفقه، المركز القانوني للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص١٧٨.
(٢) لاحظ ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم،علم اصول الفقه الاسلامي،دار الثقافة،عمان، ١٩٩٩،ص٢٨٩.
(٣) لاحظ الامام محمد ابو زهرة، اصول الفقه،دار الفكر الجامعي،القاهرة،من دون سنة نشر، ص٥٠.
(٤) لاحظ ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، مرجع سابق، ص٢٨٥.

وصف السبب، وانما اقرب لمفهوم الشرط الذي يتفاعل مع عوامل اخرى لانتاج الاثر، وبهذا يكون دور القانون في مصدريته للالتزامات والحقوق الشخصية هو دور الشرط وليس دور السبب المباشر المكسب لها.

واذا ما تناولنا الالتزامات والحقوق الشخصية التي يُعتقد انها راجعة الى نصوص القانون مباشرة لوجدنا انها لا يمكن ان توجد بالاستناد الى النص القانوني فقط، وانما تحتاج الى عوامل اخرى لابد من وجودها لكي يكون للنص القانوني دور في كسب هذه الحقوق والالتزامات، ومن ابرز الالتزامات التي يعتقد انها ترجع مباشرة الى نص القانون الالتزام بالنفقة والالتزام بالتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة.

ففي الالتزام بالنفقة نجد ان النص على وجوب النفقة لا يكفي لالزام الشخص بها بل يجب توافر عوامل اخرى تتفاعل مع النص القانوني لكي ينشئ التزام في ذمة المنفق بوجوب الانفاق سواء كانت النفقة نفقة زوجية او نفقة اصول وفروع، فالمشرع نص على مبدأ عام وهو وجوب ان ينفق الشخص على زوجته[١]، ومن هم تحت رعايته وعلى اقاربه من اصول وفروع[٢]، وعند رفع دعوى النفقة فإن القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير مبلغ النفقة ومقدارها والزام المكلف بها بوجوب دفع النفقة، وهذه السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي تدل على مدى الدور المكسب الذي يقوم به القاضي في تحديد الالتزام بالنفقة.

فالنص وحده لا يكفي لنشوء الالتزام بالنفقة وانما هو مجرد توجيه عام وواجب يقع على المكلف بالنفقة بوجوب ادائها، اما الالتزام بمبلغ النفقة ومقدارها والزام المكلف بها فلا يوجد الا بوجود الحكم القضائي الذي يتفاعل مع النص القانوني والمطالبة القضائية لكي ينشئ الالتزام بالنفقة، فالقانون هنا يكون دوره دور الشرط الذي يتفاعل مع الحكم لكسب الالتزام والحق الشخصي فيما يتعلق بالنفقة.

وهناك العديد من القرارات القضائية التي تنشئ التزاماً على عاتق الملزم بالنفقة منها ما جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية الذي قرر تصديق الحكم الصادر من

(١) لاحظ نص المادة (٢٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٢) لاحظ نص المادتين (٥٩، ٦٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

محكمة الاحوال الشخصية في قلعة صالح المرقم ٢٠٧/ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/٢٣ القاضي بالزام الزوج بتأدية نفقة سابقة لزوجته ونفقة شهرية مستمرة[١]، وفي قرار اخر قررت محكمة التمييز المصادقة على قرار محكمة الاحوال الشخصية في الشرقاط المرقم ٢٧/س/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٩ والقاضي بالزام الزوج بتأدية نفقة ماضية للزوجة مع الزامه بنفقة شهرية مستمرة، وكذلك التزامه بتأدية نفقة لأولاده[٢].

ومن كل تلك القرارات يتبين الدور الذي يقوم به الحكم القضائي في كسب الالتزام بالنفقة وفرضه على الملزم بها، وكذلك استناد المحكوم له الى الحكم للمطالبة بمبلغ النفقة فهو السند المكسب الذي يستند اليه.

ونفس الفكرة تطبق في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي[٣]، فالاساس في استحقاق الزوجة للتعويض عن هذا الطلاق يتوقف على وصف الطلاق بانه تعسفي من عدمه وهذا الوصف يعتمد بالاساس على الحكم الذي يصدره القاضي، فلولا وصف القاي للطلاق بانه تعسفي لما استحقت الزوجة التعويض ونشأ لها حق شخصي في ذمة الزوج بهذا التعويض، ولما تم كسب التزام في جانب الزوج بسبب هذا الطلاق الذي يوصف بانه تعسفي، وبهذا فإن العامل المؤثر في استحقاق التعويض وكسب الالتزام به هو الحكم القضائي.

والمشرع نفسه اوكل الى المحكمة سلطة تقديرية في تحديد هل ان الزوج متعسف في تطليق زوجته من عدمه، وترك للمحكمة كذلك سلطة تقديرية في الزام الزوج

---

(١) لاحظ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية المرقم ٨٦٦٧/ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/١٢ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١٥.

(٢) لاحظ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية المرقم ٧٦/هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٤ في ٢٠١٤٢٠١٢/٢/٥ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١٥.

(٣) الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يوقعه الزوج من دون سبب معقول يبرره ومن دون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها او رضاها، وانما يقع بقصد الاضرار بالزوجة، لاحظ، شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد (١)، العدد(١)، ٢٠٠٩، ص١٧٣.

بالتعويض من عدمه[١]، وهناك العديد من القرارات القضائية التي تؤكد على ان الفصل في استحقاق التعويض من عدمه يكون بالاستناد الى الحكم القضائي، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قررت فيه المحكمة تصديق حكم محكمة الاحوال الشخصية في البياع المرقم ٥٨٧٣/ش/٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٠/١ والقاضي بالزام الزوج بدفع مبلغ قدره (١٩٢٠٠٠٠) مليون وتسعمائة وعشرون الف دينار تعويضاً لزوجته عن تطليقها طلاقاً تعسفياً وذلك لثبوت التعسف في الطلاق لدى المحكمة[٢]، وفي قرار اخر لها ايضاً صادقت على قرار محكمة الاحوال الشخصية في سامراء بالعدد ٦١٧/ش/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٧/١٠والقاضي بالزام الزوج بتعويض زوجته عن الطلاق التعسفي.

اما فيما يتعلق بالالتزام بالتعويض في حالة مضار الجوار غير المألوفة فإن الالتزام بعد الاضرار بالجار يعتبره الفقه من ضمن الالتزامات القانونية التي يكون القانون مصدراً لها، والتعويض المترتب على هذه الاضرار التي يسببها الجار تكون بموجب النصوص القانونية التي نظمتها، كم ان الفقه قد اختلف في تحديد الاساس الذي تقوم عليه مسؤولية الجار في تعويضه للاضرار غير المألوفة التي يسببها لجاره[٣].

والتمعن في طبيعة الالتزام الملقى على عاتق الجار بالتعويض عن الاضرار التي يسببها لجاره يتبين منه ان سبب الالتزام هذا هو الحكم القضائي وليس النص القانوني، وذلك لان عدم الاضرار بالجار لا يعد من وجهة نظرنا التزاماً قانونياً ذو اثر مالي، وانما هو واجب قانوني عام يقع على كل من يتصف بصفة الجار مضمونه عدم القيام بعمل يسبب ضرر للجار، كما ان الجار في بعض الاحيان لا يرتكب خطأ حتى يقال ان هذا التعويض ناتج عن خطأ يوجب قيام المسؤولية والتعويض.

---

(١) لاحظ نص المادة (٣٩ ف٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٢) لاحظ قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٩١٢٧/هيئة الاحوال الشخصية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/٢٦ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١٥.

(٣) لبيان هذه الاراء لاحظ د. شروق عباس فاضل ود. اسماء صبر علوان، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غر المألوفة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٧)، العدد (٢)، لسنة ٢٠١٩، ص٥٩.

واذا كان الالتزام بعد الاضرار بالجار واجب عام فإن الالتزام بالتعويض عند حدوث ضرر من الجار لجاره لا ينشا الا بعد ان يتحدد طرفي التعويض المضرور والمسؤول عن تعويض الضرر، وهذان الطرفان لا يتحددان الا بعد صدور حكم قضائي يوجب تعويض الجار عن الضرر الذي سببه جاره، والجار يستند الى هذا الحكم للمطالبة بمبلغ التعويض الذي انشأه له الحكم القضائي.

وهناك العديد من القرارات الصادرة من القضاء العراقي والتي تقضي بالزام الجار بتعويض الضرر الذي يسببه لجاره، منها قرار صادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان القاضي بتأييد الحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة دهوك المرقم ٨/ب/٢٠٠٧في ٢٠٠٧/٢/٢١ والقاضي بالزام الجار برفع الضرر الذي يسببه لجاره[١].

الخاتمة

بعد الانتهاء منبحث موضوع الحكم القضائي المنشئ للحق الشخصي فإننا نختم هذا البحث ببيان اهم النتائج التي توصلنا اليها والتوصيات التي نوصي بها المشرع العراقي وكما ياتي:

اولاً: النتائج:

١. ان للحكم القضائي دور فب انشاء الحقوق الشخصية وذلك لما يصدره القاضي من احكام يكون لها دور في كسب الاشخاص للحقوق الشخصية.
٢. ان دور الحكم القضائي في كسب الحقوق الشخصية يكون في اطار العقد، ويكون ذلك لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية يقوم من خلالها باصدار احكام يكون لها دور في كسب الاشخاص للحقوق الشخصية.
٣. يكون للحكم القضائي دور في كسب الاشخاص للحقوق الشخصية في حالة المسؤولية عن العمل غير المشروع.

(١) لاحظ قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٢٦٤ في ٢٠٠٧/٥/٦ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/١٥.

٤. ان تعديل العقد الذي من خلاله يقوم الحكم القضائي بانشاء الحقوق الشخصية يختلف عن تفسير العقد وانتقاصه وتحوله، ففي التعديل القاضي يقوم بانشاء الحقوق الشخصية من دون النظر الى ارادة او نية الاطراف، بينما في التفسير والتحول والانتقاص يلتزم القاضي بنية الاطراف واتجاه اراداتهم.

٥. ان اضافة حقوق شخصية للعقد او تعديله بسبب الاستغلال والاجل القضائي والتعويض عن الفسخ التعسفي يكون مصدرها الحكم القضائي.

٦. هناك حقوق شخصية يكون الحكم القضائي هو المصدر المباشر لها من غير وجود عقد او عمل غير مشروع كما في حالة التعويض في الاستملاك القضائي والحقوق الشخصية التي يُعتَقد ان القانون هو مصدرها.

ثانياً: التوصيات:

١. تعديل نصوص القانون المدني في الباب الخاص بمصادر الالتزام وذلك باضافة نص عام يوضح مصدرية الحكم القضائي للحقوق الشخصية ونقترح ان يكون النص بالشكل الاتي (الحقوق الشخصية التي يكون الحكم القضائي هو المصدر المكسب لها تخضع لشروط وضوابط هذا المصدر، ويكون لاصحابها الاستناد الى الحكم الذي انشئها في الاحتجاج بها والمطالبة بتنفيذها).

المصادر

اولاً: الكتب:

١- ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، علم اصول الفقه الاسلامي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.
٢- احمد يسري، تحول التصرف القانوني، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨.
٣- د. اسامة احمد بدر، تكميل العقد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.
٤- د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، من دون دار او مكان نشر.
٥- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٦- لاحظ د. سمير عبد السيد تناغو، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٧- د. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.
٨- عامر علي ابو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.

٩- د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤.
١٠-د. عبدالرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، من دون سنة نشر.
١١-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
١٢-د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٣-د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١٤-د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.
١٥-د. عصمت عبدالمجيد البكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١.
١٦-القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دار ومكتبة الامام، لبنان، ٢٠١٢.
١٧-محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر الجامعي، القاهرة، من دون سنة نشر.
١٨-د. محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
١٩-د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية، منشورات مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، ٢٠٠٨.
٢٠-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، من دون سنة نشر.
٢١-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٢٢-د. هشام ابراهيم توفيق، الوجيز في اصول الفقه، المركز القانوني للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

١- ابراهيم عنتر فتحي، حقوق العقد،اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٤.
٢- اسماعيل ابراهيم محمد، الدور الايجابي للقاضي في تعديل العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الموصل، ٢٠١٦.
٣- به مو برويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٧.
٤- زينة ادري و سهام اجقي، القانون كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير،كلية القانون والعلوم السياسية،جامعة عبدالرحمان ميرة–بجاية-، الجزائر، ٢٠١٥.
٥- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦.
٦- عمار حنتيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١٥.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

١- روزان عبدالقادر دزه يي و سه ربه ست قادر حسين، الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني، بحث منشور في مجلة قه لا ي زانست العلمية، تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، المجلد (٣)، العدد (٣)، لسنة ٢٠١٨.

٢- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد (١)، العدد(١)، ٢٠٠٩.
٣- د. شروق عباس فاضل ود. اسماء صبر علوان، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غر المألوفة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٧)، العدد (٢)، لسنة ٢٠١٩.
٤- نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن المركز الجامعي لتلمنغست، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٤.

رابعاً: الاحكام القضائية:

١- قرار محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية المرقم ١ و ٢ /استملاكية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٥ غير منشور.
٢- قرار محكمة استئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية المرقم ٦١٢/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٤ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الموقع www.iraqld.hjc.iq.
٣- لاحظ قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية المرقم ٨٦٦٧/ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/١٢ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx.
٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية المرقم ٧٦/هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٤ في ٢٠١٤٢٠١٢/٢/٥ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx.
٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٩١٢٧/هيئة الاحوال الشخصية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/٢٦ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx.
٦- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٢٦٤ في ٢٠٠٧/٥/٦ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية متاح على الرابط http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx.

خامساً: القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٣- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
٤- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

المصادر باللغة الفرنسية

اولاً: الكتب:

1- Amélie Dionisi-Peyrusse, Droit civil, les obligations, tome 2, du centre national de function publique territorial.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

1- Audrey Arsac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat, These pour obtenir le grade de Docteur en droit, de l'Université Clermont, 2005.