الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد
" قراءة في نظرية الدكتور سمير تناغو"

Judicial Ruling as the Source of New Obligation.

" Study in the light of Dr. Samir Tanagho's Theory".

أ. د. علي شاكر عبد القادر البدري
كلية القانون ، جامعة كربلاء، جمهورية العراق

Prof. Dr. Ali Shaker Abdl Qader Al Badri.
College of Law- University of Kerbala

DOI: https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.7

تاريخ استلام البحث: 30-06-2022 تاريخ القبول بالنشر: 27-07-2022

ملخص البحث

إن مصادر الإلتزام المعروفة خمسة ، وهذا ما استقر عليه الفقه منذ مدة طويلة، وللدكتور سمير تناغو رأي بإضافة مصادر أخرى منها الحكم القضائي، ويدعم رأيه باسانيد وأدلة وبراهين، وسنناقش فكرته من حيث وجود المصدر السادس للإلتزام محاولين الغوص في أطروحته، لنستخلص منها تثبيت الأطروحة أو عدمها . وهل بإمكان الحكم القضائي أن يعد مصدراً للإلتزام، أم أن الحكم القضائي هو تطبيق القضاء لمصادر الإلتزام الخمسة المعروفة .

الكلمات المفتاحية :. العدالة الجزائية ، القوانين المالية ، انفاذ ، الدعوى الجزائية ، سياسة التجريم.

.....

حوكمێ قەزائی ژێدەرێ پێگیرێ یێ نوی

خاندنەك د تیوریا دكتور سمیر تناغو دا

پوختە

ژێدەرێن پێگیریێ پێنجێن دیارن، ئەڤەیە یا فقە لسەر سەقام گیر بوی، بەلێ فەقیە تناغو بووچونەكا زێدەكری بو ڤان ژێدەران ئەوژی حوكمێ دادگەهێ وهندەك بەلگە وسەنەدا دئینیتن، ئەم دێ هزرا وی گەنگەشە كەین وەك ژێدەرێ شەشێ یێ پێگیریێ دگەل ناما وی یا دكتوراییێ، دا ئەم بگەهین هندەك دەرئەنجامان ژبو سەلماندنێ یان پالدانێ، ئەرێ حوكمێ دادگەهێ دبیتە ژێدەر بو پێگیریێ، یان ژی ئەو حوكمە جێبەجێكرنە بو ژێدەرێن پێنج یێن یاسایێ ژلایێ دادگەهێ ڤە.

پەیڤێن دەستپێكی: سروشتێ رەفتارێ، رەفتارا معنوی، رێك، ئامیرە، رێك، پەرپرسیارەتیا سزایی

Abstract

Sources of obligations are the well-known five, and this is what the jurists agreed on it. However, Jurist Smir Tanagho has added the court ruling as the source of obligation, with brining support by providing evidence, we will discuss this argument with a deep analysis with his thesis, to find out whether or not the court ruling can be a source of obligation or it is a mere application of the court to the source of obligations.

Key words: Contract, obligation, Judicial ruling, contractual liability, tort liability.

.....

المقدمة

أولا – موضوع البحث

تعد نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون، واهم نظرياته، وكما نعلم فإن مصادر الإلتزام الأربعة قد بينت في مسودة جستنيان وهي كل من العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، ولكن إزاء التطور الفقهي ابتدع الفقيه الروماني (مودستان) القانون كمصدر خامس للالتزام.

وكما هو معروف فإن تقنين نابليون نقل هذه المصادر من الفقه الروماني دون أي تغير، وإزاء التطور القانوني اضيفت الارادة المنفردة مصدراً جديداً للالتزام، وأبدلت تسمية الجريمة وشبه الجريمة للعمل غير المشروع، واطلق على شبه العقد الكسب دون سبب. وقد جاء الفقيه الدكتور سمير تناغو بمصدر جديد للالتزام وذلك بتسمية الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد.

ثانيا – أهمية البحث

من وجهة نظر الفقه القانوني فإنه يستعصي على الالتزام التجديدات ، ووجدت فكرة جديدة إن الحكم القضائي والقرار الاداري كمصدرين جديدين للالتزام لذا سنناقش هذه الفكرة في الحكم القضائي تاركين القرار الاداري لبحث قادم ان شاء الله .

ان وجود مصدر جديد للالتزام يثير نقاشا فقهيا عميقا لاستقرار الفقه منذ فترة طويلة على وجود هذه المصادر الخمسة المعروفة دون سواها، كما أن عديداً من الالتزامات ستنتسب لهذا المصدر، ان صح وجود هذا المصدر الجديد .

ثالثا– مشكلة البحث

ان القضاء كما هو معلوم يحمي الحقوق ولا ينشئها، فالأصل هو أن الحكم القضائي يكون كاشفاً للحق لا منشئا له، والحقيقة ان وظيفة القضاء هي اقامة العدل في النزاع المعروض عليه، ولكن وجد إن فكرة الحكم القضائي تصلح ان تكون مصدراً للالتزام مثله مثل المصادر الاخرى المعروفة، وان القانون هو من يعطي هذا الحكم القضائي قوة انشاء الالتزام .

إن القضاء له سلطة تعديل العقد بموجب سلطته التقديرية، فانه يقوم بموجب تفويض من القانون بانقضاء التزامات وانشاء التزامات اخرى جديدة تحل محلها، مصدرها حكم القاضي، وهذا التجديد هو تجديد ضروري يقابل التجديد الاتفاقي الذي ندرسه في انقضاء الالتزامات والتجديد بشكل مختصر هو حلول امر محل امر آخر ، وفي الالتزام حلول التزام محل التزام آخر، لذا لا بد من بيان التجديد الضروري . فتكمن المشكلة في ان الحكم القضائي هو مجرد تطبيق للنصوص القانونية أم أنه مصدر للالتزام لم يكشف اللثام عنه .

رابعا :- منهجية وخطة البحث

وسنقسم هذا البحث على مبحثين نبين في اولهما مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ونكرس المبحث الثاني لمناقشة الفكرة، وقد اعتمدنا المنهج التحليلي في ذلك .

.....

المبحث الاول

مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

سنبين في هذا المبحث فكرة الفقيه الدكتور سمير تناغو، فسنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب سنتناول في المطلب الاول التجديد الضروري، ونكرس في المطلب الثاني الحكم القضائي كمصدر للالتزام، ونبين في المطلب الثالث تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره.

المطلب الاول

التجديد الضروري

سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في اولهما التجديد الضروري في القانون الروماني واثره في القوانين الحديثة، ونتناول في ثانيهما التجديد الضروري في القانون الحديث.

الفرع الاول

التجديد الضروري في القانون الروماني

سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتناول في اولاهما التجديد الضروري في القانون الروماني، ونبين في ثانيها اثر التجديد الضروري على القانون الحديث .

اولاً:- التجديد الضروري في القانون الروماني

هناك اقوال عدة ما بين الحق والدعوى ، والذي يهمنا في حالة وجود نزاع قضائي، هل يوجد تجديد فيه؟، التجديد عموما هو حلول امر محل امر آخر، والحلول كانقضاء الالتزام ليس جوهر موضوعنا، فالتجديد هنا ضروري يحدث اثناء نظر الدعوى، فالخصومة تجديد للحق المتنازع عليه، فما تطلبه قبل القضاء شيء وما يحكم بعد نظر الدعوى شيء اخر، فما حدث هو تجديد ضروري[1] .

ان الخصومة امام القضاء تنشأ انقضاء للحق الاصلي ونشوء التزام اخر جديد، فما يحدث هو تجديد للحق المتنازع عليه، فما كان متنازعا عليه شيء وما تم الحكم به شيء آخر، وان الحق الذي ينشأ(الحق

([1]) د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية ،ط1، 2014 ،ص15

الجديد)، حق ذو طبيعة واحدة وهو حق شخصي بصرف النظر عن الحق المتنازع عليه سواء كان حقا شخصيا ام حقا عينيا، وكذلك فإن الحق الجديد نقدي ومعلق على شرط وهو ان يلتزم المدعى عليه بدفع المبلغ النقدي اذا تحققت الشروط الواردة في صياغة الدعوى.

في التجديد سواء أكان رضائيا ام قضائيا لابد ان ينقضي الالتزام القديم وينشأ التزام جديد، ولكن في التجديد الضروري هو نتيجة ضرورية لإحكام القانون وليس العقد بينما التجديد الاتفاقي يتم بشكل عقد، وان التجديد الضروري تبقى الفوائد فيه على عكس التجديد الاتفاقي لا تبقى الفوائد فيه، ويستمر سريان الشرط الجزائي في التجديد الضروري على خلاف التجديد الاتفاقي .

ثانياً :- تأثير القانون الروماني على التجديد الضروري في القوانين الحديثة

ان القانون الروماني له تأثير على القوانين الحديثة، وعلى الرغم من ان القوانين الحديثة لم تبين بصورة واضحة تمسكها بفكرة التجديد الضروري في الخصومة القضائية من عدمها، وإزاء ذلك اختلفت الآراء الفقهية من وجود التجديد الضروري من عدمه في الخصومة .

فمن قال بوجود التجديد الضروري، اختلف في كيفية ذلك ، فمن جهة حاول بعض الفقه التمسك بفكرة التجديد الضروري عن طريق وجود اتفاق ضمني لتجديد إلتزامات الاطراف، فهناك اتفاق مقتضاه تنفيذ الحكم القضائي الذي سيصدر مستقبلا والذي سيحل محل المستندات السابقة[1].

بينما يرى أحد الفقهاء إن هناك تجديدين احدهما بواسطة الخصومة والاخر بواسطة الحكم[2].

بينما يرى فقيه آخر ان هناك تجديداً بواسطة الحكم فقط، و التجديد الذي حصل ادى لانقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد، بينما يرى فقيه آخر يتفق مع الفقيه السابق في ان التجديد في الحكم، ولكن هذا التجديد في

(2) BERGSON(H).–LES deux sources de la morala et de la religion. 100 ed., P.U .F.,1960.p110

.

([2]) روتير ، دروس في المرافعات المدنية الفرنسية ، باريس ، 1834 ، ص121 . اشار اليه – د. سمير تناغو، المرجع السابق ، ص112 .

.....

الحكم لم يسبب انقضاء الالتزام السابق بل يؤكده ويقويه، فمن الصعب تصور انقضاء الالتزام القديم بل يقتصر آثر التجديد على نشوء التزام جديد، فالأثر التجديدي ينشأ حالة قانونية جديدة نتيجة الحكم [1].

وهناك من ينكر اي اثر للتجديد في الحكم القضائي، ويبين رأيه أنه لم يفكر القضاء اصلا بذلك، فمن اين أتت فكرة الأثر التجديدي [2] .

الفرع الثاني: التجديد الضروري في القوانين الحديثة

لم ينكر الفقه الحديث التجديد الضروري ولكنهم لم يسلّموا بشكل مطلق له فكانت له آراء مختلفة فيها، سنبينها في فقرتين، نتناول في اولاها التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية، وفي الفقرة الثانية التجديد الضروري في نطاق المسؤولية التقصيرية.

اولاً :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية

بين انصار هذا الرأي بانه إذا هلك شيء بفعل المدين تحول الالتزام من رد الشيء الهالك الى تعويض عن الضرر، فالتعويض التزام جديد حل محل الالتزام القديم المتنازع عليه، وكذلك من ايد هذا الاتجاه بذكر تطبيقات اخرى مثل استحالة رد الشيء المعين بالذات بسبب المدين واستحال عليه رد الشيء المعين بالذات ترتبت عليه مسؤوليته بالتعويض .

ويرى بعض من الفقه ان التجديد يحدث وفق نظرية وحدة المسؤولية المدنية ،اي وحدة المسؤولية العقدية والتقصيرية، فان استحال تنفيذ التزام عقدي بخطأ المدين فلا يمكن تطبيق احكام المسؤولية العقدية لانقضاء العقد ، بينما يمكن تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية فيكون هناك تعويض وفق المسؤولية التقصيرية، والتجديد هنا حدث في المصدر اذ كان عقداً فتحول الى خطأ في المسؤولية التقصيرية، وتجديد في المحل.

(2) BERGSON(H).op.cit.p117 .

(3) MoRIN(G).- Vers la revision de la technique juridique .in Arch.de phi l. du dr.et de soc .Jur.,N 1-2,1931,pp73-85 ..

.....

ويرى فقيه أخر ان هناك التزاماً محله قيام بعمل او امتناع عن عمل او إعطاء شي، ولم ينفذ هذا الالتزام، نشأ عنه خطأ ترتب عليه التعويض، فنحن امام التزامين، اولهما الذي حدث به اخلال، والتزام بالتعويض وهذان الالتزامان لا يتعاصران انما يتتابعان، وهذه فكرة التجديد الضروري[1] .

بينما يرى الفقيه كلسن وهو من انصار وحدة المسؤولية ان هناك تجديدين متعاقبين، فهناك التزام اصلي بعدم الاضرار بالغير، وهناك التزام بديل هو التزام بإصلاح الضرر وعند كلسن لا يعد هذا جزاء الاخلال انما التزام احتياطي يحل محل الالتزام الذي لم ينفذ ، فان لم ينفذ الالتزام البديل (الاحتياطي) ننتقل للجزاء وهو الالتزام الثالث وهو التنفيذ الجبري .

بينما انصار ازدواج المسؤولية يرون ان التجديد الضروري يكون في المسؤولية العقدية، وذهبت محكمة النقض الفرنسية التي ترى انه في حالة الخطأ العادي يكون هناك ازدواج بالمسؤولية فهناك التزام لم ينفذ مما ادى ان يكون هناك التزام اخر بالتعويض، والحكم بالتعويض كاشف وليس منشئاً، فالحكم القضائي لا يحول الالتزام الى التزام جديد، والالتزام الذي يبنه الحكم القضائي مصدره ليس العقد بل مصدره عدم تنفيذ العقد، اما ان كان الخطأ جسيماً فيكون حكم منشئاً على وحدة المسؤولية[2] .

ثانيا :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية التقصيرية

يرى الفقه ان في المسؤولية التقصيرية ثلاثة التزامات وتجديدين ، فهناك التزام بعدم الاضرار بالغير، والاخلال بهذا الالتزام ينشئ التزاماً بإصلاح الضرر، وهذا الالتزام من خلال الحكم يتحول الى التزام بدفع التعويض، وان كان يوجد اتجاه في الفقه الى عدم الاعتداد بالالتزام الاول لان عدم الاضرار بالغير هو واجب قانوني، ولذا فلا يوجد الا تجديد التزام واحد وهو ما يحدث بالحكم القضائي.

توجد توجهات فقهية مختلفة في بعض التفاصيل وان كانت تدور في فلك واحد وهو التجديد الضروري.

بينما توجد نظريات عدة تخالف ذاك ولا ترى اثراً للتجديد الضروري في المسؤولية التقصيرية فتوجد النظرية التقليدية التي ترى ان الحكم القضائي كاشف لا منشئ .

([1]) بلانبيول ، المرجع السابق ، فقرة 891 ، ص293

– PLANIOL(M).–Note sur La nature de la Juridiction gracieuse.d.,1906.1,p337

([2]) –نقض عرائض 2 ابريل 1941 اشار اليه د. سمير تناغو ، ص 54 .

.....

وينكر الفقية ديجي ان التجديد الضروري يكون في المسؤولية التقصيرية، فقبل الحكم القضائي لم يكن هناك حق حتى نقول ان الحكم القضائي حوله الى حق آخر، وكذلك يتفق الفقيه جوليو من حيث النتيجة مع ديجي من انه تجب التفرقة بين انشاء الحق وتنفيذه (سيولته)، فلا يوجد إلا التزام واحد والحكم القضائي يعطيه قوته (سيولته)[1].

المطلب الثاني

الحكم مصدراً للالتزام

ان الحكم القضائي عندما يعدل الالتزام العقدي فهو يؤدي لانقضائه و ينشا التزام جديد حل محل الالتزام القديم، عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: اولهما التعديل المنشئ للالتزام القضائي، وفي الفرع الثاني الحكم المنشئ للالتزام .

الفرع الاول

التعديل المنشئ للالتزام القضائي

العقد يهدف الى تحقيق العدل، فعندما يقوم القاضي بتعديل العقد من خلال الحكم فهو يستهدف الى اعادة تحقيق العدل، والعلاقة بين القانون والعقد هي علاقة تدرج ، فالعقد هو المصدر المباشر للالتزام ، والقانون هو مصدره غير المباشر، واعتماد العقد على القانون لا يغير من طبيعة المنشئة للالتزام ،والتدرج المقصود ان هناك تناسقاً وليس تنازعاً بين القانون والعقد، والتناسق مفترض فالعقد لابد ان يوافق القانون، وعدم التنازع يكون بشكل واضح من خلال تفسير العقد وتكملة العقد و انقاص العقد والتكييف[2].

فالقاضي عندما يفسر العقد يقوم بالبحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، وبمعنى آخر ان القاضي يحترم ارادة المتعاقدين، فلا يوجد اي تنازع في التفسير بين العقد والقانون ، وكذلك في تكملة العقد ، وان كان القاضي يطبق القواعد المكملة والعادات الجارية ويراعي مبادئ العدالة ولكنه لا يوجد اي تنازع بين القانون

---

(1)– د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ، 1963 ، ص98 .

(2)–التفسير :– هو البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري ،1952 ، ص67 .

والعقد ، فالالتزام الذي يكون عن طريق التكملة السابقة ولذا فلا يحل محل العقد شيء، بخلاف الحكم القضائي وهو التزام يضاف للالتزامات، والالتزامات عن طريق التكملة انما تضاف اليه بشكل تبعي، وكذلك في انقاص العقد ليس هناك تنازع بين العقد والقانون، بل يبقى العقد سليما بعد ازالة الجزء غير السليم منه – الباطل – اي ان انقاص العقد يتم بإرادة الطرفين المتفقة مع القانون ،وكذلك التكييف ليس هناك تنازع بين العقد والقانون، وانما القاضي يعطي لإرادة الافراد اسمها الصحيح ويكون الامر متفقا مع القانون ،اي يكون وفق التدرج الطبيعي بين العقد والقانون.

ما يقوم به القاضي هو التعديل الضروري ، اي تحل ارادته محل ارادة الطرفين، والامر ليس له علاقة بالإرادة، فيقوم القاضي بالتعديل دون الرجوع لا طراف النزاع، فالعقد الذي كان بين اطراف النزاع اصبح لا يحقق العدل المطلوب، لذا على القاضي ان يقوم بالتعديل لحدوث نزاع بين القانون والعقد، ولان استمرارية العقد تفترض عدم وجود تنازع بينه وبين القانون، فان حدث تنازع بين العقد والقانون، فهنا العقد يستغنى عنه ويختفي لصالح القانون .

الفرع الثاني

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام تشبه كثيرا فكرة العقد الموجه، من حيث حصول تعديل في العقد، فالقاضي يتدخل في العقد ويوجهه بمقتضى تحقيق العدل، فعندما لا يحقق العقد العدل فانه ينقضي الالتزام العقدي، بل اكثر من ذلك فإن القاضي لا يقتصر دوره على انقضاء الالتزام العقدي بل يقيم بدلا عنه تنظيما جديدا، اي ان الحكم القضائي يعد مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام .

وتعديل العقد ينشئ التزاما جديدا هو الالتزام القضائي، وهذه الفكرة المنطقية الطبيعية، واضحة من ناحية التطبيق على الرغم من عدم تسليط الضوء عليها من قبل الفقه، فما يحدث ان القاضي يقضي على الالتزام العقدي الاصلي وينشئ التزاماً آخر جديد لم يتفق عليه المتعاقدان.

ان الحكم القضائي يجدد مصدر الالتزام (السبب المنشىء)، فكان مصدر الالتزام السابق هو العقد فتحول الى الحكم القضائي وهذا ما يميز التجديد الضروري، ان تغير المصدر يستتبعه تغير في محل الالتزام او تغير في أوصافه .

.....

ان القاضي عندما يقوم بالتجديد القضائي فلابد ان يكون بتفويض من القانون بمصادره المختلفة، اي ان التعديل القضائي يكون بتفويض من المشرع، والقاضي يتصرف هنا بإرادة حرة حتى يكون تدخل القاضي خالقا ومنشئا للالتزام، فالقاضي يقوم بتجسيد العدالة باستبدال وسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى[1].

المطلب الثالث

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره

سنقسم هذا المطلب على فرعين اولهما تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وثانيهما تحليل وآثر الحكم المنشئ للالتزام.

الفرع الاول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام

يمكن القول ان ما يجمع فكرة تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام هو الغبن بمعناه الواسع، ونقصد بالمعنى الواسع عدم التعادل بين الالتزامات، والغبن اما ان يكون مصاحبا لابرام العقد او يطرأ بعد العقد .

فالغبن المعاصر للعقد يوجد في الاستغلال، ونقصد بالغبن، هو الغبن الفاحش (الغبن الجسيم)، ولكي نعلم انه غبن فاحش من عدمه يوجد معيار نص عليه القانون، او معيار تقويم المقومين، وفي بعض القوانين مثل القانون المدني المصري للقاضي سلطة تقديرية بين الابطال وبين تعديل العقد، فالقاضي يجيز العقد بدءا ثم يعدل فيه، ومقدار تعديل القاضي في الغبن الفاحش بمقدار ما يقتضيه العدل، اي ان القاضي ينشأ التزامات جديدة ، وفي القانون المدني العراقي للقاضي سلطة في رفع الغبن الى الحد المعقول، والحد المعقول تعود تقديرها للقاضي[2].

وفي القانون المدني المصري للقاضي التدخل في أجر الوكالة وكذلك في القانون المدني العراقي يخضع لتقدير المحكمة [3]، وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في قرار له: ((فان المحاكم تختص بتعديل

---

(1)– د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 . ، ص 646 .

(1)– انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي .

(3) – انظر نص المادة 709 من القانون المدني المصري ، والمادة 940 من القانون المدني العراقي .

اجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسب مع الخدمة التي أداها ...))[1]، فللقاضي سلطة في تحديد الاجر العادل ، فهنا تحل ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين. للقاضي في عقد الاذعان سلطة تقديرية في تعديل الشروط التعسفية في العقد، وذلك وفق ما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل التزام مخالف لذلك ، وبتعديل عقد الاذعان المنطوي على غبن، فان القاضي يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا[2] .

اما الغبن الطارئ بعد العقد ، فسلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة تعد منشئة للالتزام القضائي، فللقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، حسب تعبير القانون المدني المصري، او ينتقص الالتزام الى الحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

الفرع الثاني

تحليل وآثر الحكم المنشئ للالتزام

لا يكاد يخفى ان التشريع هو المصدر الاول للقانون سواء في العراق ام في مصر ام في فرنسا، وكما هو معلوم فإن هناك نقصاً في التشريع سواء كان النقص في حالة السكوت الكامل في التشريع ام حتى مع وجود حكم عام في التشريع في بعض الحالات الخاصة، وكما يعبر احد الفقهاء ان النقص صفة ملازمة بالقاعدة التشريعية[3].

ورغم وضوح النقص في التشريع واتفاقه مع طبيعة الاشياء وتبيان ذلك من فلاسفة وفقهاء القانون مثل– ارسطو وديجي – الا انه وجد من ينكر ذلك بادعاء كمال التشريع وبتبريرات غير مقنعة، ولعل الرد الاقوى بوجود النقص في التشريع بما نصت عليه القوانين بشكل او بآخر من وجود فكرة النقص في التشريع[4].

([1]) – نقض مدني فرنسي في 29 يناير 1867 اشار اليه د. سمير تناغو ، ص132 .

([2])– د. حسن علي ذنون ، المبسوط في القانون المدني – الضرر ،دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 ، ص156.

([3])– روبيه ، الحق والمراكز القانونية ، اشار اليه د. سمير تناغو ، ص133

([4])–ينظر نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي والمصري وكذلك المادة الرابعة من القانون الفرنسي والمادة 30 من قانون المرافعات العراقي .

.....

ان مبدأ الفصل بين السلطات هو من المبادئ المهمة المستقرة في الاذهان، وهذا المبدأ يفترض وجود فصل بين السلطات ولكن ليس تاما فهناك تعاون بين هذه السلطات، وتنسيق بينها، فالقضاء وان كانت وظيفته الاساسية في تطبيق القانون، ووظيفة المشرع الاصلية خلق القانون، ولكن القضاء قد يخلق قاعدة قانونية اما بتكملة التشريع الناقص، او بتعديل القانون عن طريق التفسير، ولكن ليس باعتباره حكما فرديا في نزاع ما، ولكن بتكرار ذلك في احكام آخرى يخلق قاعدة عامة قضائية، وليس هناك ما يمنع من ان يعد القضاء مصدرا رسميا للقانون، بل ان القواعد القانونية الجديدة أكثرها من خلق القضاء، فالقضاء يخلق التزامات قضائية بتفويض من القانون، ولعل شرط التفويض من القانون هو شرط مشترك لكافة الالتزامات الاخرى.

ان الحكم القضائي يتحلل لعنصرين هما معاينة وقرار، والمعاينة هي ادخال مسالة معروضة بقاعدة من قواعد القانون، اما القرار فهو إخضاع المسالة للحل الخاص بهذه القاعدة ، فان كان القضاء يملك سلطة تقديرية في المعاينة، اي التحقق من وقوع الواقعة ، وكذلك يملك سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ القرار ومضمونه، فلو افترضنا مثلاً بنظرية الظروف الطارئة ، فالمعاينة تكون بالتحقق من وجود الظروف الاستثنائية، وللقضاء سلطة تقديرية في ذلك، وفي اتخاذ القرار وفي مضمونه له سلطة تقديرية في رد الالتزام المرهق للحد المعقول او نقص الالتزام للحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي .

فالقضاء ان وجد حقا موجودا فله ان يعدل فيه طبقا لقواعد العدالة ،فالعقد لا يستمد وجوده من ارادة المتعاقدين بل من تحقيق العدل، فان لم يحقق ذلك فقد العقد قوته وينبغي ان يعدل من قبل القضاء الذي ينهي الالتزام العقدي ويخلق التزاما جديدا، فبذلك يكون حكم القضاء مجددا ومنشئاً ومصدراً للالتزام .

المبحث الثاني

مناقشة فكرة الحكم المنشىء للالتزام

ان مناقشتنا لهذه الفكرة لعل معظمها من افكارنا وبعضها من الاخرين، فكان لا بد من فرض الفرضيات المعارضة والمؤيدة ومن ثم الترجيح.

سنقسم هذا المبحث الاول على ثلاثة مطالب نتناول في اولها الاتجاه المؤيد للحكم المنشىء للالتزام، ونكرس في ثانيهما الاتجاه المعارض للحكم المنشىء للالتزام، ونبين في ثالثهما ترجيح فكرة الحكم المنشىء للالتزام.

المطلب الاول

الاتجاه المؤيد لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

ان مصادر الالتزام قد مرت بمراحل تاريخية وتطورت الى ان وصلت الى ماهي عليه من مصادر الالتزام الخمسة، وكما بينا سلفا فإن الارادة المنفردة هي آخر مصدر اضيف لمصادر الالتزام، وان الارادة المنفردة في القانون المدني العراقي لا تنشأ التزاما الا في الحالات التي بينها القانون فقد نصت المادة 184 ف1 على ان **((لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك))**، فعلى الرغم من دور الارادة المنفردة كمصدر لنشوء التزامات الا ان القانون عده مصدراً في حالات محددة، وكذلك ذهب الفقه إلى أن الارادة المنفردة تنشأ التزامات في حالات محددة.

فان كان للإرادة المنفردة هذا الدور في حالات معينة حددها بالقانون وعدت مصدرا للالتزام، فيمكن القول بان الحكم القضائي ينشئ التزاما وبالأخص ان دوره اوسع في انشاء الالتزام من الارادة المنفردة، وان كان الفقه قد انشأ مصدرا جديدا اضيف للمصادر الاربعة السابقة فان بإمكان الفقه ان ينشئ مصدرا سادسا وسابعا .

ان محور الموضوع هو بوجود التزامات جديدة لا يمكن ردها لأي مصدر من مصادر الالتزام لا العقد ولا غيره، فلو اخذنا بعض التطبيقات لاتضح لنا وجود التزام دون وجود مصدر، فمثلا اتفاق المحامي مع موكله

.....

بالطعن في قرار الحكم في الدعوى [1]، ومضي المدة القانونية المطلوبة للطعن ولم يقم المحامي بالطعن في الدعوى، مما ادى لضياع حقوق موكله، فهنا التزام المحامي العقدي هو القيام بعمل وهو الطعن بقرار الحكم في الدعوى، وعند حدوث النزاع القضائي بين المحامي وموكله، تبيّن للمحكمة ان محل الالتزام كان القيام بعمل وقد استحال تنفيذه نتيجة لان رفع الدعوى يكون لمدة محددة وقد فاتت المدة بتقصير من المحامي، وسبب هذه الاستحالة المدين نفسه، فقررت المحكمة الزام المحامي بتعويض موكله وفق المسؤولية التقصيرية، لان العقد لا يمكن تنفيذه لاستحالة التنفيذ، فهنا قد نشأ التزام آخر يختلف عن الالتزام الاصلي فالالتزام الاصلي هو قيام المحامي بعمل وهو رفع الدعوى وما حل محله التزام اخر وهو دفع المحامي التعويض لعدم القيام بتنفيذ التزامه، فنحن امام التزامين، اولهما الذي حدث به اخلالا، والتزام آخر بالتعويض حل محل الالتزام الاصلي، وهذان الالتزامان لا يتعاصران انما يتتابعان ،وهنا فكرة التجديد الضروري موجودة في هذا التطبيق ، وقد اختلف في مصدر الالتزام من العقد الى العمل غير المشروع، فهنا الحكم القضائي قد انشأ التزامات غير متفق عليها بين المتعاقدين، وغَير مصدر الالتزام من مصدر الالتزام السابق وهو العقد الى الحكم القضائي وبتفويض من المشرع.

فلو اردنا ان نبين كيف نشأ التزام التعويض مع ان الالتزام الاصلي هو القيام بعمل، نجد ان العقد قد انشأ التزاما بالقيام بعمل وهو الطعن بقرار الحكم بالدعوى، ولكن القضاء ابدل الالتزام المستحيل تنفيذه الى التزام آخر وهو التعويض الذي لم يتفق عليه المتعاقدان، وهنا الالتزام الجديد مصدره ليس العقد، بل ان العقد انقضى لاستحالة التنفيذ، و نشأ التزام آخر مترتب عن المسؤولية التقصيرية وهو التعويض.

ولو اخذنا تطبيقا آخر وهو الحكم القضائي في نظرية الظروف الطارئة، لوجدنا ان الالتزام الاصلي ورد في عقد مثل عقد التوريد ونتيجة ظرف استثنائي عام غير متوقع عند ابرام العقد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، مما ادى الى عدم امكانية التنفيذ بالشروط السابقة، فتطلب الامر تغييرا بالالتزامات لوجود غبن بالمفهوم الواسع وتتطلب ذلك تدخل القضاء لإعادة التوازن برفع الارهاق وفق السلطة التقديرية للقضاء [2]، فيغير القاضي التزامات المتعاقدين الى نحو يحقق فيها العدالة، وهذه الالتزامات الجديدة لا يمكن ردها للعقد

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،المرجع السابق ، ص151

(2) يمكن تعريف السلطة التقديرية بانها ((النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في اطار الدعوى المعروضة عليه والذي يستطيع من خلاله ان ينشئ حقوقاً مالية لاحد اطراف الدعوى...))، انظر ، د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام،احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ص 160

لان العقد لم ينص عليها، ولم يتفق عليها المتعاقدان ، ولا لمصادر الالتزام الاخرى من ارادة منفردة او عمل غير مشروع او الكسب دون سبب، لذا فلا بد ان الحكم القضائي هو الذي انشأ الالتزامات الجديدة، فان القضاء ملزم في البت بالدعاوى التي ينظر فيها[1].

إن المشرع في القانون المدني العراقي اعطى للقاضي سلطة تقديرية في رفع الغبن في الاستغلال[2]، وذلك بإضافة التزامات او انقاص التزامات، اي ان القاضي قد انشأ التزامات جديدة لم تكن موجودة، قبل حدوث الغبن، وبمعنى آخر ان القضاء بإضافة وانقاص الالتزامات يعد مصدرا لنشوء الالتزامات، وكذلك فعل المشرع في القانون المدني المصري حيث اعطى للقضاء سلطة تقديرية بين ابطال العقد او انقاص الالتزامات [3] .

وما تقدم من التزامات حكم بها القضاء لا نجد لها مصدرا لا العقد ولا غيره من المصادر، بل لا يلتفت فيها لإرادة الاطراف وانما التزامات ترجع للحكم القضائي .

بل ان رأياً في الفقه يذهب إلى ان القانون لا يعد حقيقة مصدراً مباشرا للالتزامات، وانما يكون له دور المنظم لهذه الالتزامات، فدور القانون موجه عام للأشخاص يفرض عليهم واجب عام هو احترام الحقوق وعدم الاعتداء عليها، وواجب على الاشخاص اداء ما عليهم من التزامات في مواجهة الاخرين[4]، وخير دليل على رأيهم ان وجود النص لقانوني لا يعني وجود الالتزام مالم توجد عوامل آخرى، فدور القانون اشبه بدور الشرط الذي يتفاعل مع عوامل آخرى لإحداث أثر[5].

بل يرى البعض ان الحكم القضائي يكسب الملكية ، فالتعهد بنقل ملكية عقار وفق القانون المدني العراقي لا يمكن تصور التنفيذ العيني فيه ،بل يقتصر الامر على التعويض وفق المادة 1127 وبعد صدور قراري مجلس قيادة الثورة المنحل 1198 لسنة 1977 والقرار 1426 لسنة1983 اصبح بالإمكان التنفيذ العيني الجبري، والذي اعطى سلطة تقديرية للقضاء في تمليك عقار بشروط معينة، فالقضاء هو الذي جعل مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري مالكا لا بموجب العقد، فالعقد يعد باطلا وانما بحكم القضاء، الذي يعد

---

(1) ينظر المادة 30 من قانون المرافعات العراقي .

(2) د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، من دون ذكر للمطبعة ومكان الطبع، 1957، ص 78.

(3) انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي والمادة 129 من القانون المدني المصري.

(4) د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017،ص412

(5) د. سمير تناغو، المصدر السابق، ص145.

.....

مصدرا لكسب الملكية، وكذلك في القانون المدني المصري وان كان عقد بيع العقار غير المسجل لا يعد باطلا ولكنه لا يرتب اثره من حيث نقل الملكية، ولكن من خلال رفع دعوتي صحة التوقيع وصحة التعاقد يقوم الحكم مقام العقد، فالقضاء هو من رتب التزام نقل الملكية.

المطلب الثاني

الاتجاه الرافض لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

بعد تسليط الضوء على فكرة الدكتور سمير تناغو من وجود حكم قضائي منشئ للالتزام قائم على فكرة التجديد الضروري التي نوهنا اليها سابقا وبينا استدلالاته الفقهية المؤيدة لتلك الفكرة .

والمتصفح لفكرة التجديد الضروري يجدها فكرة رومانية المنشئ والتطبيق، ولم تبين التشريعات الحديثة تأييدها لهذه الفكرة، ولو سلمنا بفكرة د. سمير تناغو من ان الحكم القضائي ينشئ التزاما بناءً على فكرة التجديد الضروري ، فان أكثر الالتزامات ستنشأ من مصدرين، وهما أما العقد أو الحكم القضائي، فالمخاصمة التي تحدث امام القضاء ستغير مصدر الالتزام مما يجعل الحكم القضائي مصدراً لها، ومما يؤدي هذا القول الى التنازل عن المصادر الاخرى، وهذا ما لا يمكن قبوله، لان المصدر هو الذي ينشأ الالتزام ومالحكم القضائي الا وسيلة لتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ رضائياً [1] .

إن فكرة الدكتور تناغو من اعتبار الحكم القضائي منشئا للالتزام مشروطة بتعديل الالتزامات السابقة، اي انه يوجد التزام سابق وقد تم تعديله بالحكم القضائي وانشأ التزاما جديدا مصدره الاخير، بينما نجد ان مصادر الالتزام– التقليدية – اوجدت التزامات جديدة لم تكن موجودة، وشتان مابين الاثنين ،بين التزامات جديدة ،وما بين التزام جرى عليه التعديل، ولو قبلنا بالفكرة من ان الحكم القضائي ينشأ التزامات لوجدنا صاحب هذه الفكرة بّين ان مصدر الالتزام لابد ان يتغير، ويتغير تبعا لذلك محله ووصفه، ولو رجعنا للتطبيقات التي ذكرت خلال البحث، لوجدنا مثلا ان مصدر الالتزام يتغير وفق فكرة تناغو فمثلا ان استحال تنفيذ العقد بخطأ المدين فيقوم القضاء بتغيير المصدر، وينشأ بذلك التزام جديد بمصدر جديد، ولكن لو تتبعنا حقيقة الامر لوجدنا ان مصدر الالتزام لم يتغير فالعقد ما زال مصدرا لهذه الالتزامات الجديدة.

([1]) د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، ص126.

.....

ان الدكتور تناغو قد ابدى من خلال فكرته ان الحكم القضائي لا ينشئ التزاماً الا بتفويض من المشرع، اي ان الحكم القضائي لا ينشئ التزاماً من العدم انما لابد من نص قانوني يجيز للقضاء انشاء هذه الالتزامات ،والمتفحص للتطبيقات التي تم ذكرها نجد ان تفويض المشرع لوحده لا يكفي لإنشاء التزامات من قبل القضاء، فلابد من تفويض آخر من قبل ارادة الاطراف المتنازعة التي طلبت من القضاء التدخل وتعديل الالتزامات السابقة[1].

ان الدكتور تناغو بين ان حكم القضاء لا يكون مصدرا للقاعدة القانونية الا في حالة التكرار، والمتحصل مما تقدم يجد ان التكرار هو من يجعل الحكم القضائي مصدرا، وهذا القول فضلا عن غرابته، لا نعلم كيفية تطبيقه من الناحية العملية، فكم عدد الاحكام القضائية التي لا بد ان تصدر حتى نعد الحكم القضائي مصدرا للقاعدة القانونية.

المطلب الثالث

ترجيح فكرة الحكم المنشيء للالتزام

ان الافكار الجديدة تواجه نقدا عنيفا حتى تستقر ،ولو افترضنا اننا في زمن الفقيه الروماني (مودستان) لانتقدناه باضافة مصدر جديد للالتزام، وبقراءة متمعنة لفكرة الدكتور تناغو محاولين معرفة الحقيقة وليس غير الحقيقة مطلبنا، فلو يممنا وجهتنا نحو الحكم القضائي المنشيء للالتزام وناقشنا مضمون الفكرة باعتبار الحكم القضائي مصدرا سادسا للالتزام. سنناقش الفكرة من خلال امرين اولهما الجانب النظري للفكرة وثانيهما الجانب العملي لها.

بنى الدكتور سمير تناغو فكرته على التجديد الضروري، وعلى الرغم من ذكر الفقه المؤيد لفكرة التجديد الضروري ولكننا لم نجد الا تأييدا للفكرة بصورة عامة دون الخوض في التفاصيل ، فلا نعلم ما هي فكرة الدكتور سمير تناغو بصورة جلية للتجديد الضروري حتى نقف على ارض خصباء، ومع ذلك يمكننا القول ان التجديد الضروري هو حلول التزام محل التزام آخر، مثل ما اشرنا اليه في القول فيما مضى وكما بينا سابقا فان الالتزام الجديد الذي ينشئه الحكم القضائي نقدي وبالتفاصيل التي ذكرناها سابقا، ولكن مع ذلك وجدنا اراء فقهية يذكرها الدكتور تناغو مناقضة للتجديد الضروري دون بيانه موافقته او مخالفته لها، وكأنه ترك الامر لنا في ان نجتهد

(1) د. محمد سليمان الاحمد ، المرجع نفسه ، ص415 .

.....

فيها، ولعل غموض الفكرة وعدم معرفة حدودها جعل الدكتور تناغو يستعرض الآراء الفقهية دون مناقشة عميقة لها، ولعل السؤال الاهم هو هل يوجد تجديد ضروري في الامر، ويستتبع هذا السؤال سؤال آخر هل انقضى الالتزام السابق ام لم ينقض وهل نشأ التزام جديد فعلا وما هو مصدره إن نشأ.

بينا سابقا ان القوانين الحديثة لم تبين أخذها بالتجديد الضروري وان التجديد الضروري موجود في القانون الروماني، ولو اراد المشرع في تلك القوانين الحديثة الاخذ بالتجديد الضروري لنص عليها كما فعل بالنص على التجديد الرضائي، ولا يمكن للمشرع اغفال مالا يجوز اغفاله.

ولكن بإمكاننا الدفاع عن فكرة التجديد الضروري بالقول انها بمثابة تبرير لوجود التزام جديد حل محل التزام قديم ، فقواعد القانون لا تسعفنا بالإجابة عن نشوء التزام جديد حل محل الالتزام القديم ما لم نركن الى التجديد الضروري، ولو افترضنا جدلاً ان هناك تجديداً ضرورياً فهل ان الالتزام السابق انقضى فعلا؟، ان اسباب انقضاء الالتزام اما ان تكون وفاء او بما يعادل الوفاء او بدون وفاء، اما الاخلال بالالتزام فلا يعد وسيلة لانقضاء الالتزام، فقد يؤكد حكم القضاء على تنفيذ الالتزام نفسه، وحتى وان ابدل القضاء الالتزام بالتزام أخر وفق نص قانوني لا نكون بالضرورة أمام تجديد للإلتزام الا اذا تبدل المصدر وتبعه تغير في المحل او الوصف، ونجد غالبية الفقه تقطع بانه إن وجد إخلالا بالعقد ونشأ عنه التزاما جديداً فإن ذلك لا يغير من اعتبار العقد – ان كان هو مصدر الالتزام – مصدرا للالتزامات الجديدة، وبما تقدم من القول يفتقد أحد شروط التجديد الضروري من تبدل المصدر، ولكن الدكتور سمير تناغو لم يساير فكرة تغير المصدر الى النهاية لان بعض تطبيقاته لنشوء التزامات لم يشترط فيها ذلك.

ان ما سرده الدكتور سمير تناغو من أدلة تبين وجود مصدر– مخفي– للالتزام، ورغم وجاهة حججه للوهلة الاولى الا اننا لم نجد ضالتنا في هذه الحجج، فيمكن ان نسجل عدة مواقف على فكرته .

ففي فكرة التعديل الضروري، نجد ان اساس الفكرة مبنية على تحقيق العدل ، فالقضاء يجري تعديلا ضروريا على الالتزامات ساعيا لتحقيق العدل واعادة التوازن بين طرفي الخصومة للتخلص من الغبن الذي وقع فيه احد اطرافه.

ولو وضعنا هذه الفكرة تحت مطرقة النقد لتبين لنا ان القضاء يسعى دائما لتحقيق العدل سواء أكان الحكم منشئا للالتزام ام غير منشئ للالتزام، وكذلك ليس بالضرورة وجود الغبن لكي نكون امام حكم منشىء للالتزام، واحيانا لا نكون امام وجود غبن في الخصومة المعروضة امام القضاء مثل التعويض وفق المسؤولية

التقصيرية ، فعلى الرغم من ان الدكتور سمير تناغو يعد التعويض وفق المسؤولية التقصيرية من تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام الا ان هذا التطبيق لا يوجد فيه غبن، ولا توجد فيه السلطة التقديرية للقاضي.

ولو سايرنا الدكتور تناغو في فكرته فكأننا نعد كثيرا من الاحكام القضائية منشئة للالتزام، وهذا القول جدا خطير اذ نستبدل مصدره الحقيقي بمصدر آخر بحجة وجود حكم قضائي، ولو صح ذلك وهو لا يصح لإختزلنا دور المصادر الاخرى للالتزام على حساب الحكم القضائي .

لقد حاول الدكتور سمير تناغو تأييد فكرته بالقول بوجود نقص تشريعي، ولم نجد صلة بين النقص التشريعي وحلول التزام بدل التزام آخر ، كما ان ما ذكره من مبدأ الفصل بين السلطات لم نجد له علاقته بينه وبين الحكم القضائي المنشئ للالتزام .

ولا بد من الاشارة الى بعض التطبيقات التي طوعها الدكتور سمير تناغو لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ليتبين لنا حقيقة الامر، فمثلا في نظرية الظروف الطارئة للقاضي سلطةً تقديريةً في اعادة التوازن ورفع الغبن الذي لحق احد طرفي العقد ، ويبدو للوهلة الاولى ان حكم القضاء قد انشأ التزاماً بديلاً للالتزام الاصلي، ولا يتم ذلك الا بالقول ان الحكم القضائي هو من انشأ الالتزامات الجديدة وفق السلطة التقديرية للقاضي، ولو تمعنا في هذا التطبيق لوجدنا ان العقد مازال ساريا كمصدر للالتزام لم يتغير قبل تدخل القضاء ولم يتغير بعد تدخل القضاء، وكل ما هنالك وجد القضاء التزاما عده مرهقا وغير عادل اقتضى تعديله، وهذا التعديل لا يغير من طبيعة المصدر، فالقانون هو من اجاز تعديل العقد وماحكم القضاء الا تنفيذ لما نص عليه القانون.

ولا بد من تسليط الضوء على موقف القانون من هذه الالتزامات الجديدة، فالقانون مصدر اما مباشر او غير مباشر، وبصرف النظر عما قيل من ان القانون له دور غير مباشر، ولكن لا يخفى ان له دوراً مباشراً في انشاء الالتزامات مثل التزامات الجوار والنفقة، فالقانون هو من يلزم الاب بالنفقة على ابنه الصغير وما الحكم القضائي الا وسيلة لتسهيل تنفيذ ما لزم به القانون، مع ان الحكم القضائي يتدخل في تحديد مقدار النفقة، ولكن لم يقل أحد ان الحكم القضائي هو الذي ينشأ التزام بالنفقة بل القانون ، وما قيل هناك يقال هنا مع الفارق، ففي نظرية الظروف الطارئة لا يمكن القول بان القانون انشأ الالتزام بانقاص التزامات الى الحد المعقول فورا، انما القانون اعطى السلطة التقديرية للقضاء ان ينقص الالتزامات الى الحد المعقول ،فكل ما في الامر ان القضاء انقص التزاما موجودا بنص القانون متوافرة شروطه ولكن فرض هذا الالتزام وتقديره موكل للقضاء في

.....

ذلك ، ولا يختلف هذا عن القول بان القانون الزم الاب بنفقة الصغير ولكن فرض النفقة وتقديرها عائد للقضاء، وان كان القضاء له دور أكبر في فرض الالتزامات في نظرية الظروف الطارئة، فالأمر يتعلق بالتطبيقين السابقين بايهما دور القضاء اوسع مدى ،ولا يمكن القول بانه لولا الحكم القضائي لم ينشأ التزام، فأنشاء الالتزام شيء، وتنفيذه شيء آخر ولا يمكن الخلط بينهما، فالعقد او القانون هو الذي ينشئ التزاماً ولكن الحكم الفضائي هو الذي يقدر توافر الشروط وتقدير ذلك وتنفيذه، ولا يخفى ان كل ذلك موكول بوجود طلب من احد اطراف العلاقة القانونية .

والحقيقة ان الفيصل في معرفة وجود حكم منشئ للالتزام هو بدور القانون كمصدر للالتزام، وقد بينا سلفا ان هناك من ذكر ان القانون ليس مصدرا انما موجه للالتزامات، ودوره دور الشرط، فلا يكفي لوحده بإنتاج الالتزامات، ولكن يرد على هذا القول ان بقية المصادر كذلك تحتاج لامور اخرى حتى تنشئ التزاماً، فالعقد ان لم يضف القانون له قوة الانشاء لا ينشئ التزامات، ونشير في هذا المجال الى من قال ان القانون لايعد مصدرا وانما هو موجه، اراد بذلك الاضفاء على الحكم القضائي القوة المنشئة للالتزام، لانه لو ابقينا على القانون كمصدر مباشر لنسبنا هذه الالتزامات الجديدة الى القانون لا الى الحكم القضائي ان لم نجد مصدرا أخرا للالتزامات الجديدة، فيتبين مما تقدم ان دور الحكم القضائي ليس اكثر من وسيلة تساعد الخصوم على الحصول على حقوقهم فالقضاء وسيلة لتنفيذ الالتزامات وليس مصدرا لها .

ويتحصل لدينا مما تقدم ان الالتزامات الجديدة في نظرية الظروف الطارئة نص عليها القانون، اما دور القضاء في هذا التطبيق فهو البحث عن توافر الشروط وعن كيفية رفع الارهاق، اي ان دور القضاء تكميلي لدور القانون، وحتى السلطة التقديرية التي عدَها الدكتور سمير تناغو احد شروط نشوء الحكم القضائي ليست حكرا في القانون المدني بل ان القانون الجنائي فيه السلطة التقديرية اكبر، ولم يقل احد ان القاضي الجنائي يخلق عقوبة او جريمة من عنده وكيف يفعل ذلك وهو محكوم بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص.

.....

الخاتمة

1- ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام نجد تبريرها في التجديد الضروري بحلول التزام بدلا من التزام آخر.

2- ان القضاء يجري تعديلاً ضرورياً في الالتزامات الظالمة بإبدالها بالتزامات آخرى عادلة.

3- فكرة الحكم المنشئ للالتزام يشترط فيها وجود الغبن بمعناه الواسع، وان تكون هناك سلطة تقديرية للقضاء، ومع ذلك وجدنا في تطبيقات التعويض في المسؤولية التقصيرية أنه لا وجود للغبن ولا للسلطة التقديرية ، وقد عد انصار الحكم المنشئ من تطبيقاتها .

4- يرى اصحاب الاتجاه الموافق للحكم المنشئ للالتزام، ان الحكم القضائي ينشئ الحقوق الشخصية والحقوق العينية .

5- يرى اصحاب الاتجاه المعارض ان الحكم المنشئ للالتزام لا يمكنه انشاء التزامات ، وما ينشئ الالتزام اما القانون او المصادر الاخرى للالتزام .

6- نرى ان الحكم القضائي لا يعد مصدراً للالتزام بل انه وسيلة لتفيذ الالتزامات .

.....

المصادر والمراجع

اولا- الكتب القانونية :-

1- د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية، ط1، 2014 .

2- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2000 .

3- شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري ،1952.

4- د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017.

5- د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.

6- د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ،من دون ذكر المطبعة ومكان الطبع، 1957 .

7- د. حسن علي ذنون ، المبسوط في القانون المدني – الضرر ،دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 .

8- د. صلاح الدين الناهي ،الوجيز في نظرية العامة للالتزامات ،من دون ذكر للمطبعة، بغداد ، 1959 .

9- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1963 .

ثانيا – القوانين :

1- القانون المدني المصري رقم 31 1لسنة 1948

2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

3- قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964 .

4- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 والمعدل بالقرار رقم 1426 لسنة 1983 .

ثالثا – المصادر الأجنبية

1- BERGSON (H).LES deux sources de la morale et de la religion. 100 ed, P.U .F. 1960.

2- MORIN(G). Vers la révision de la technique juridique .in Arch.de phi l. du dr.et de soc .Jur., N 1-2,1931.

3- PLANIOL (M) .Note sur La nature de la Juridiction gracieuse, 1906.