الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الإلكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- أ د إسماعيل صعصاع غيدان
فاضل جبير لفته
- ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي
لقاء محمد عبدعلي عبود
- ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري
أسيل رزاق صيهود السيلاوي
- أ. د. أسماعيل نعمة عبود الجنابي
شاكر عثمان داود

- انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها – دراسة مقارنة.
- التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع –دراسة مقارنة–
- أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني.
- الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة).

السنة الرابعة عشر ٢٠٢٢ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- The expiration of the administrative case due to a previous decision on its subject matter (A comparative study) — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Fadhil Jubair Laftah
- Legal regulation of possession within the scope of patent rights (comparative study) — prof.Dr.Hadi Hussein Abdul Ali, Liqaa Mohamed Abd Ali
- The effects of liberating the security mortgage in the Iraqi Civil law. — Thamear Hussein Nasir, Aseel Razak Sihoud
- Objective rulings for the crime of intentionally drowning events (comparative study). — Prof. Dr. Ismail Naama Abboud, Shaker Othman Dawood

Fourth Issue 2022 fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفِهْرِست

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها- دراسة مقارنة	أ د إسماعيل صعصاع غيدان فاضل جبير لفته	٩-٤٩
٢.	الاختصاصات الاستشارية لهيئة الرأي (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صعصاع البديري زينب عبد السلام عبد الحميد	٥٠-٧١
٣.	التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع -دراسة مقارنة-	ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي لقاء محمد عبدعلي عبود	٧٢-١١٤
٤.	أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني	ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري أسيل رزاق صيهود السيلاوي	١١٥-١٤٨
٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة)	أ.د.أسماعيل نعمة عبود الجنابي شاكر عثمان داود	١٤٩-١٨٨
٦.	التدابير الدولية في حماية الاصناف الفريدة	أ. د حيدر عبد محسن شهد علي حسين مهدي عزيز	١٨٩-٢٢٥
٧.	أساليب فض تنازع القوانين في علاقات الحق المعنوي دراسة في إطار حق المؤلف	ا.د. حسن علي كاظم ميثم فليح حسن	٢٢٦-٢٦٨
٨.	تحوّل صفة اليد بين الأمانة والضمان (دراسة في القانون المدني)	أ.م د. محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٢٦٩-٣١٢
٩.	الجوانب الاجرائية للتسجيل المجدد في القانون العراقي	أ .م.د محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٣١٣-٣٥٥
١٠	الرقابة القضائية على منح المخصصات المالية لقوى الامن الداخلي في العراق (دراسة مقارنة)	أ.م. د رفاه كريم كربل مؤيد عبد زيد راضي بديوي	٣٥٦-٣٨٠
١١	اركان جريمة تقليد حق المؤلف عبر الانترنت	أ.م.د. عمار غالي عبد الكاظم	٣٨١-٤١٦
١٢	مدى مشروعية المصادرة الادارية	ا.م.د رشا عبد الرزاق	٤١٧-٤٣٤
١٣	الآثار القانونية لإنسحاب المملكة المتحدة من الإتحاد الأوروبي دراسة تحليلية في إطار المعاهدات الدولية	أ.م.د. محمد حسين كاظم العيساوي	٤٣٥-٤٨١
١٤	اختلال النظام البرلماني (الدستور العراقي انموذجاً)	م.د. اركان عباس حمزة الخفاجي	٤٨٢-٥٠٩
١٥	الجهة المختصة بالتصويت على المرشحين لمنصب رئيس الجمهورية- دراسة مقارنة-	م.د. أركان عباس حمزة الخفاجي أيمن خليل شوكان	٥١٠-٥٣٧
١٦	المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)	م.د.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	٥٣٨-٥٧٠
١٧	الضمانات القانونية لحماية اللاجئ المتضرر في زمن تفشي فايروس كوفيد (دراسة مقارنة).	م.د سهير حسن هادي أ.م.د ايناس مكي عبد نصار	٥٧١-٥٩٠
١٨	التكييف القانوني لوقائع الدعوى المدنية - دراسة مقارنة.	د. لفته هامل العجيلي	٥٩١-٦١٤
١٩	التعريف بعقد بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية وأركانه (دراسة مقارنة)	م.د عبدالخالق غالي مهدي م.م مروة يوسف حسن	٦١٥-٦٤٦
٢٠	الامراض المهنية في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية	م.رنا مجيد صالح	٦٤٧-٦٧٨
٢١	معيار الاموال العامة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)	م.م هيثم علي كزار	٦٧٩-٧٠٢
٢٢	حدود اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الادارية بدعوى الالغاء -دراسة مقارنة-	احمد عبد الجليل عداي المساري	٧٠٣-٧٥٣

التكييف القانوني لوقائع الدعوى المدنية

(دراسة مقارنة)

د. لفته هامل العجيلي

مدرس قانون المرافعات المدنية –جامعة الامام جعفر الصادق ع)

وقاض سابق

ملخص البحث:

من المسلم به أن وقائع النزاع يقدمها الخصوم ، فهي تمثل ادعاءات المدعي ، وما يرد به المدعى عليه من دفوع وأسانيد لعدم تمكين خصمه من الحصول على حكم بما ادعاه ، وليس من مهام الخصوم اعطاء تكييف قانوني لهذه الوقائع ، وانما يتوجب عرضها واقامة الدليل عليها فحسب ، وترك اضفاء الوصف القانوني لهذه الوقائع للمحكمة التي تنظر النزاع مستندة في ذلك للقوانين الموضوعية التي تحكمه .

غير ان هذا المنع – وان لم تقرره قواعد قانونية بشكل صريح- الا ان للخصوم أو وكلائهم اضفاء مثل هذا الوصف ، ولكنه وصفا غير ملزم للمحكمة وغير مقيد لها حتى وان وجدته صحيحا الى حد ما ، لأن هذا النشاط الاجرائي من مهمة القاضي فحسب.

والتكييف بمفهومه البسيط هو " البحث عن قاعدة قانونية تحكم الوقائع التي تحصلت للقاضي من خصوم الدعوى وتحقيقات المحكمة".

والوقائع بدون هذا التكييف تبقى عائمة ، ولكن بمجرد اضفاء الوصف القانوني عليها تخلع صفة التجريد ، وتؤطر بحكم قانوني يمثل النتيجة النهائية للنزاع.

فالتكييف من مسائل القانون التي يستقل بها قاضي الموضوع ، ويتأتى بعد ان يقوم القاضي بتحصيل الوقائع واثباتها وفقا لطرق الاثبات المقررة قانونا ، ومن ثم فهمها فهما صحيحا ، واختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق دون التذرع بنقص القانون أو غموضه أو ابهامه ، فهو معني بإيجاد الحل والا عد ناكرا للعدالة.

ولما كان التكييف من مسائل القانون ، فأن لمحكمة التمييز أن تبسط رقابتها عليه ، لأن الخطأ في التكييف يعد خطأ في تطبيق القانون ، والاخير يعد سببا من أسباب الطعن بالتمييز التي قررتها المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية.

وهذه الرقابة تتمحور حول مدى استطاعة قاضي الموضوع في اضفاء الوصف القانوني الصحيح على الوقائع التي تحصلت لديه من الخصوم وما قامت به المحكمة من تحقيقات ونسبتها لقاعدة قانونية تحكم النزاع . وهو أمر قد يصيب فيه أو يخفق ، فصحة التكييف هي التي تقود الى الحل الصحيح للمشكلة المثارة أمام محكمة الموضوع.

ويرتبط التكييف بالتسبيب ارتباطا وثيقا ، فاذا ما انزل القاضي حكم القاعدة القانونية على النزاع ، فيتعين عليه بيان الاسباب التي دعته الى ذلك ، وقد يخطأ في تصوير هذه الاسباب ، أو انها قاصره عن الاحاطة بالوقائع وفهمها فهما صحيحا ، لأن

الخطأ في التكييف ، أما أن يكون نتيجة عدم فهم الوقائع ، أو عدم الركون الى قاعدة قانونية صحيحة ، أو الاثنين معا.

المقدمة

لا ريب في اهمية التكييف في الدعوى المدنية ، فالتحقيقات التي تجريها المحكمة والتي تساعدها على الوصول الى الحكم الحاسم للنزاع ، وما يقدمه خصوم الدعوى من وقائع واثباتات تضع القاضي أمام معضلة ذات اهمية كبيرة في تحقيق العدالة ، ونعني بذلك أن يقوم القاضي بدراسة ما ضمه ملف الدعوى ، لينتهي الى تقرير قاعدة قانونية تحكم النزاع ، وتحديد المراكز القانونية للمتخاصمين.

وهذا الدور قد نيط بالقاضي ، فالتكييف مسألة قانونية من صلب مهامه الأساسية ، ولا يشاركه فيها أحد ، الا ان هذه السلطة في اضفاء الوصف القانوني للنزاع تخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية باعتبار الخطأ في التكييف يعد خطأ في تطبيق القانون.

اولا- اهمية البحث:

مما لا شك فيه – وكما اسلفنا- ان للتكييف اهمية كبيرة ، فهو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الواقعة ، واذا ما فشل القاضي في ذلك ، واظهرت هذا العيب محكمة التمييز عند الطعن فيه ، فأن ثمة جهود تكون قد اهدرت ، ناهيك عن إطالة امد التقاضي ، واستمرار الخصومة دون داع.

ثانيا- مشكلة البحث:

ان مشرع قانون المرافعات المدنية لم يتعرض الى التكييف والاسس المنطقية التي تقود اليه وتجاهل ذلك رغم الاهمية المعروفة للتكييف.

ولهذا السبب ، فأن الامر ترك لتقدير القاضي وكيفية الوصول الى المنطق الصحيح في تحقيق الوصف القانوني السليم للواقعة. وخلت معظم الاحكام من التقدير الذي بنى عليه القاضي تكييفه ، بل ان احكاما كثيرة خلت من ملامح هذا التكييف الى الحد الذي يندمج مع الاسباب ولا يظهر بجلاء فيها.

ثالثا- منهجية الدراسة:

اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي والمنهج المقارن في بعض الاحيان ، وخاصة في موقف محاكم التمييز من الرقابة على التكييف ، والنظريات التي قيلت بهذا الصدد ، كما كان هناك حضور لبعض التطبيقات القضائية.

رابعا- هيكلية الدراسة.

تقع هذه الدراسة في ثلاثة مباحث وخطة الدراسة كالاتي:

المبحث الاول: مفهوم التكييف واهميته.

المطلب الاول: مفهوم التكييف.

المطلب الثاني: أهمية التكييف.

المبحث الثاني: دور القاضي والخصوم في التكييف.

المطلب الاول: دور القاضي في التكييف.

المطلب الثاني: دور الخصوم في التكييف.

المبحث الثالث: رقابة محكمة التمييز علي التكييف.

المبحث الاول

مفهوم التكييف واهميته

يحتل التكييف اهمية كبيرة في الحياة القضائية ، فبدونه لا يستطيع القاضي تعيين مسار الدعوى ، وتبقى الدعوى مجرد خزين لوقائع ومستندات ودفوع ، غير ان التكييف القانوني يعيد تنظيم هذه الوقائع والمستندات تحت اطار قانوني تصوغه قاعدة قانونية يحتكم اليها في ايجاد حل للنزاع.

ولأجل الاحاطة بتعريف التكييف وبيان اهميته سنتولى عرضه في مطلبين ، نتناول في المطلب الاول مفهومه ، فيما سيكون المطلب الثاني موضوعا لأهميته.

المطلب الاول

مفهوم التكييف

يطرح النزاع من قبل الخصوم على القاضي ويتوجب عليه أن يجد حلا لهذا النزاع ، والخصوم غير معنيين بالطريقة التي يسلكها القاضي في الوصول الى الحل المنشود ، الا ان هذه الطريقة يتعين ان يكون القانون قد رسم اطرها وعين مسالكها بحيث يكون الخصوم على بينة من ذلك.

ولما كانت مهمة الخصوم – كما أسلفنا- هي تقديم الوقائع التي كانت مثارا للخصومة والتي أملت على المدعي طلب الحماية القضائية من خلال الطلب المرفوع منه ، فأن على القاضي أن يتثبت أولا من الوقائع التي طرحها الخصوم ومن ثم

ارجاعها الى قاعدة قانونية من القوانين الموضوعية التي تحكم النزاع ، وارجاع الوقائع الى تلك القاعدة هو ما يطلق عليه بالتكييف.

لم تضع قوانين المرافعات المدنية تعريفا معينا للتكييف وانما تناول الفقه ذلك ، فالتكييف" هو اعمال القاعدة القانونية وارساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى ، أو هو وصف هذه الوقائع وابرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها"[١].

ويذهب رأي في الفقه الى ان التكييف القانوني يتطلب توافر شرطين هما اولا : ان ينص المشرع على انه اذا توافرت واقعة مجردة تتمتع بخصائص معينة ، فإنها تندرج تحت أحد الاوصاف التي يعرفها القانون ، ويرتب عليها اثرا قانونيا معينا . وثانيها : ان يتبين للقاضي ان الوقائع التي حصل عليها تتوافر فيها خصائص هذه القاعدة القانونية.[٢]

ويفهم من هذا التعريف بأنه اذا كان تحت تصرف القاضي وقائع قانونية استخلصها من اجراءات التحقيق في الدعوى أو قدمها الخصوم ، ووجد في ذات الوقت قاعدة قانونية عامة مجردة تنطبق على هذه الوقائع ، فأن ما يجده من حل للنزاع بتطبيق هذه القاعدة هو ما نطلق عليه " تكييف الدعوى "

فالتكييف عملية ذهنية يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه، وهو ليس مخيرا في ذلك، بل ملزما بحكم القانون أن يبين الاسباب التي حملته على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استند اليها (المادة ٢/١٥٩) من قانون المرافعات المدنية .

كما يذهب رأي آخر الى أن التكييف " هو ان يقوم القاضي بفحص وقائع الدعوى من الناحية المادية ، ثم رد هذا الواقع الى القانون"[٣] وهذا يعني ان على القاضي اولا التأكد من صحة الوقائع التي ضمها ملف الدعوى وفقا لطرق الاثبات المقررة في القانون ، وبعد التيقن من ثبوتها ، يبحث عن القاعدة القانونية التي تنطبق على وقائع النزاع.

وهذا يعني ان التكييف هو الحصيلة النهائية لصحة الوقائع ، فالقاضي بعد حصوله على الوقائع المنتجة في النزاع لم يتبق امامه الا ارجاع هذه الوقائع الى قاعدة قانونية ، ومن الطبيعي ان لا يكون النجاح دائما حليفه ، فقد يخفق في هذا ، ولهذا الاخفاق أسبابه التي سنتناولها عند بيان دور القاضي في التكييف. فالتكييف هو همزة الوصل ما بين الوقائع المطروحة والقانون المنطبق عليها ، وبدونه لا يجد القاضي للحل سبيلا.[٤]

ويقينا بأن الكم الواقعي الذي يحصل عليه القاضي سواء كان ذلك بواسطة الخصوم أو من تحقيقات المحكمة لا يمكن تسويقه الا عبر منتج نهائي يطلق عليه" التكييف".

وهذا التلازم بين الواقع والقانون في تحديد وصف النزاع اذا لم يحسن القاضي تقديره تقديرا قانونيا قد يقود الى التكييف الخاطئ ، وهذا التقدير الخاطئ قد يكون من اسبابه الخصوم انفسهم اذا لم يحسنوا وصف الوقائع وصفا دقيقا ، أو قد يرجع الخطأ الى القاضي لعدم فهمه الوقائع فهما صحيحا.

الا ان ابرز ما قيل في معنى التكييف هو" ترجمة مفاهيم واقعية بمفاهيم قانونية أو مطابقة مفهوم واقعي لمفهوم قانوني". فالوقائع التي ضمها ملف الدعوى تتحول لحظة تكييفها الى مفهوم قانوني مجرد ، ولم تعد وقائع عائمة ، وانما انصهرت في بوتقة مادة قانونية لتبدو هي الشكل الاخير لموضوع الدعوى(٥).

المطلب الثاني

اهمية التكييف

ان حل النزاع المعروض على القاضي لا يأتي الا عبر قاعدة قانونية تحكم النزاع يتم اختيارها من بين القواعد القانونية التي يضمها القانون الموضوعي ، وهذا الاختيار لا يتم الا عبر ربط دقيق بين القاعدة القانونية والوقائع التي أسفر عنها النزاع

فالوقائع التي يدلي بها الخصوم ، والتحقيقات التي تجريها المحكمة ، ليس من سبيل لها في حل النزاع ، الا اذا وضعت تحت اطار قانوني ، وهذا لا يأتي الا عبر عملية ذهنية يقوم بها القاضي ، وهنا تكمن اهمية التكييف في انه يستجلي قدرة القاضي على البحث عن القاعدة القانونية التي تحكم النزاع ، وهذا لن يكون صائبا في كل الاحوال.

والوقائع التي يستخلصها القاضي من الخصوم لا يعيد سردها سردا وصفيا ، وانما تحليلها وتقديرها قضائيا للتقريب بينها وبين القاعدة القانونية التي ينوي اخضاعها لها ، وهذا الاتصال بينهما يتم عبر توسط المبادئ والمفاهيم القانونية ، لأن المفهوم القانوني لا يتبلور الا من خلال التكييف القانوني الذي هو قلب الحياة القانونية(٦).

والتكييف يرتبط بالتسبيب ارتباطا وثيقا ، فالتسبيب قوامه البحث عن آلية اقناع - الخصوم ومحكمة الطعن - لما اخضعه القاضي من تكييف لوقائع النزاع ، فهو اعادة صياغة للعملية الذهنية التي قام بها القاضي من أجل أن يؤطر النزاع تحت مظلة قاعدة قانونية معينة.

ومما يؤكد اهمية التكييف في ان القاضي والخصوم على غير معرفة بالقاعدة القانونية الواجبة التطبيق قبل اجراءه ، وتظل الوقائع عارية من تغطيتها قانونيا ، وعندما يصل القاضي الى القاعدة القانونية التي تحكم النزاع ، فأن صفة التجريد تنخلع عن الوقائع وتكتسي بلون قانوني هو التكييف(٧).

وتتجلى اهمية التكييف في ان صحته في تحديد القاعدة القانونية يقود الى الحل الصحيح للنزاع ، فيما يعجز التكييف الخاطئ في الاتيان بنموذج قانوني ينطبق على وقائع النزاع ، وفي ذلك اهدار للوقت ، واضافة نفقات اخرى.

المبحث الثاني

دور القاضي والخصوم في التكييف القانوني

اسلفنا – القول- بأن مهمة التكييف يقع العبء فيها على القاضي الذي ينظر النزاع ،فهو ملزم بإضفاء الوصف القانوني الصحيح على الوقائع المنتجة في النزاع ، فليس الوقائع جميعها خاضعة لهذا التكييف ، وانما تلك التي تؤدي الى الحل الامثل للخصومة القائمة ، وهو ما يتعين على القاضي تحديدها اولا وادراك مدى كفايتها لحسم النزاع ، ومن ثم اخضاعها للتكييف الذي يستجيب لتلك الوقائع.

واذا كان التكييف لا يتولى الخصوم بيانه ، واضفائه على الوقائع التي تبنوها في عريضة الدعوى ولوائحهم ، فأن هذا لا يعني منعهم من ذلك ، خاصة وان معظم عرائض الدعوى تنظم من قبل محامين .

لذا سنتولى بيان دور القاضي في التكييف القانوني في مطلب اول ، فيما سيكون المطلب الثاني مخصصا لبيان دور الخصوم.

المطلب الاول

دور القاضي في التكييف القانوني

لما كانت القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما الفرض والتي استلهمها عند تشريع القانون ، والعنصر الاخر هو عنصر الحكم ، ويعني ان الفرض الذي عينته القاعدة القانونية قد صادف قبولا من واقعة معينة ليتحدد الحكم فيها على هذا الاساس.

والقاضي ملزم بموجب القانون بتكييف الواقع المعروض عليه تحت قاعدة قانونية من قانون موضوعي كالقانون المدني أو قانون الاحوال الشخصية أو قانون التجارة ، وهذا ما قررته ايضا المادة (٢/١٢) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ بأنه " يجب علي القاضي ارساء التكييف القانوني المنطبق تماما على الوقائع المنتجة في النزاع دون أن يعتد بمعطيات الخصوم أو مقترحاتهم". الا ان الفقرة (٤) من ذات المادة الزمت القاضي بالتكييف القانوني الذي يسبغه الخصوم على وقائعهم في حدود الاتفاق المبرم صراحة وفيما يخص الحقوق التي جعلها القانون موضوعا لهذا الاتفاق."

ونجد ان انتزاع هذه السلطة من القاضي في مجال تكييف الوقائع غير مبررة ، وتجعل القاضي أسيرا لإرادة الخصوم دون مسوغ ، ويصبح تطبيق القانون في مثل هذه الاحوال مزيفا ، لأنه ليس بالضرورة ان يكون اتفاق طرفي النزاع على تكييف الواقعة هو ذاته التكييف الذي يمنحه القاضي لو جعل الامر قيد سلطته ، وبتعبير ادق انه لا يجوز السماح بمخالفة القانون تحت ذريعة الحقوق الخاصة ، لأن الاعم الغالب من القضايا التي تطرح على القضاء هي بهذا الوصف.

والمشرع اللبناني الزم القاضي ان يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والاعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطى لها من الخصوم،[٨] الا انه عاد والزم القاضي بأن لا يعدل الوصف أو الاساس القانوني عندما يكون الخصوم باتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرف فيها ، قد قيدوه بوصف ونقاط قانونية ارادوا حصر المناقشة بها.

وعملية التكييف تتضمن أمرين يكاد لا ينفصلا عن بعضهما، الامر الاول : محله القاضي متمثلا بنشاطه الذهني والذي يتوصل من خلاله الى اضفاء وصف قانوني صحيح على الوقائع ، والامر الثاني: معرفة القاعدة القانونية التي يتطابق مفترض الحكم فيها على تلك الوقائع[٩] ، ويجب ان لا يحول دون ذلك غموض النص أو ابهامه أو نقصه ، لأن القاضي معني بإيجاد الحل للنزاع ، والا عد ممتنعا عن احقاق الحق[١٠].

وحتى في ظل غموض القاعدة القانونية أو قصورها عن استيعاب الحل المطلوب للنزاع ، فأن القاضي لا يستطيع حسم الدعوى والبت فيها بحرية ، وانما لكي يتمكن من حسم الدعوى أن يستنتج قاعدة قانونية تنسجم مع مجمل النظام القانوني الوضعي ، ويخضع في هذا لرقابة محكمة التمييز[١١].

والمشرع العراقي حسنا فعل عندما الزم المدعي ببيان موضوع الدعوي ضمن البيانات الالزامية لعريضة الدعوى ، وموضوع الدعوى هو الحق المطلوب توفير الحماية القضائية له ، كما ان هذا الموضوع سيكون مدار دفاع ودفوع طرفي الخصومة وما يجب ان تقوم به المحكمة من إجراءات توصلا للحقيقة ، وهذا ما سيعين القاضي على تكييف الواقعة ، ولم يرد في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وجوب اشتمال بيانات صحيفة الدعوى على موضوعها ، وانما اوجب بيان وقائعها وطلبات المدعي وأسانيدها (المادة ٦٣) مرافعات مدنية. وكما أكد المشرع اللبناني على بيان موضوع النزاع كجزء مما يجب أن تشتمل عليه العريضة (المادة ٤٤٣) قانون اصول المحاكمات المدنية.

اما المشرع الفرنسي فقد جعل موضوع الدعوى يتحدد بطلبات المدعي والمدعى عليه (المادة ٥٣) من قانون المرافعات.

والوقائع القانونية التي تخضع للتكييف القانوني ، بالإضافة الى كونها منتجة ومؤثرة في النزاع ، أن تكون قد جرت بمواجهة خصوم الدعوى ، فمبدأ المواجهة بين الخصوم يستوجب عدم الاخذ بدليل لم يطرح لمناقشة الخصوم ، ويلزم المحكمة بعرض جميع الوقائع والمستندات المؤيدة لها للخصوم ليبدوا دفاعهم بشأنها[١٢].

وهناك من يرى بأن ما يطرح أمام القاضي ليست المراكز الموضوعية ، وانما هي اراء الخصوم عن مراكزهم الموضوعية في صورة ادعاءات ، وعلى ضوء هذه الادعاءات يقوم القاضي بنشاط ذهني وتقديري محاولا تكوين رأي قانوني في ادعاءات الخصوم. [١٣] وهذا الرأي هو ما نطلق عليه بالتكييف القانوني ، فلا يستطيع القاضي أن يبني حكمه القضائي على مجمل تلك الادعاءات وانما لابد وان يطرح جانبا كل ما لا يمت لأصل النزاع بصلة ، أو ان اثارة هذه الوقائع أو عدم اثارتها لا يغير من قناعة القاضي ، لأنها غير منتجة ، أو انها لا تمس النزاع.

ورأي القاضي الذي يتولد من هذه الوقائع يفرض على الخصوم فرضا ، اذ لا بد وان تكون هناك قوة ملزمة لرأي القاضي الذي يتحول بفعل هذه القوة من رأي قضائي الى قوة قانونية ، وهذا ما يكسب هذا الرأي صفته الموضوعية. [١٤].

ولا يمكن الجزم – ان القاضي قد اختار التكييف الصحيح- في كل حالة توج فيها نشاطه الذهني ، فقد لا يسعفه ذلك في أحيان كثيرة ، وهذا ما يعبر عنه " بالتكييف الخاطئ للوقائع". ولعل من اولى أسباب ذلك هو عدم فهم الوقائع المعروضة امامه فهما صحيحا ، فقد يخطأ في وصف النزاع بأنه عقد ايجار رغم ملامح عقد البيع فيه واضحة وجليه ، أو ان المسؤولية التي ينشدها المدعي هي مسؤولية عقدية ، فيما انساق وراء ادعاءات المدعى عليه بأنها مسؤولية تقصيرية .

ومن هذا يتبين بأن طريق التكييف محفوفا بالمخاطر ، فأينما تعثرت آلية انتاجه ، ترتب عليه خروج النزاع من مساره الصحيح [١٥]، فالتكييف الخاطئ يقود الى تطبيق قاعدة قانونية على النزاع هي غير تلك الواجبة التطبيق ، وقد يقود هذا التكييف الخاطئ الى خروج الدعوى عن اختصاص المحكمة أصلا ، كما لو تم تكييف الدعوى على انها من قبيل المطالبة بحقوق زوجية (المطالبة بمبلغ عن تنازلها عن حقوقها الشرعية) ،ونظرتها محكمة الاحوال الشخصية ، في الوقت الذي يعد المطالبة بهذا المبلغ من قبيل دعوى الدين والاختصاص فيه ينعقد لمحكمة البداءة.

والقاضي لا يدرك للوهلة الاولى التكييف القانوني للواقعة ، وانما يستمر في المقارنة بين ما هو واقع امامه ، وبين قاعدة قانونية ينتظر تطبيقها ، ويسعى للوصول اليها ، فاذا ما رأى انطباق الوقائع القانونية المعروضة مع مفترض القاعدة القانونية ، ففي هذه اللحظة تتخلى الوقائع من صفة التجريد وتكتسب اللون القانوني الذي ندعوه" بالتكييف القانوني"[١٦].

ولهذا فأن التكييف القانوني يمر بمرحلتين ، المرحلة الاولى : يسعى القاضي فيها لفهم القاعدة القانونية التي تراوده فكرة تطبيقها من خلال مجموعة العناصر التي كان المشرع قد بلورها عند صياغة القاعدة القانونية ، واما المرحلة الثانية فهي انتقال القاعدة القانونية من مرحلة – التخيل- ان صح التعبير الى نطاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، وهذا يتم عبر نشاط ذهني يقوم به القاضي[١٧]..

وقد منح المشرع القاضي سلطة واسعة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل ، ولعل من مقدمات تطبيق القانون هو تكييف الواقعة بما يتفق مع مفترض القاعدة القانونية ، دون الاعتداد بأي تكييف يعرضه الخصوم ، وبهذا قضت محكمة التمييز "بأن تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ولا بما يرتبه على هذا التكييف من اثار قانونية ، لأن المدعي قد يخطأ في تكييف دعواه عن جهل أو يتعمد تكييف دعواه تكييفا خاطئا للوصول الى غرض يريده ، فعلي القاضي ان يصل الى حقيقة الدعوى ، فاذا وصل اليها كيفها التكييف القانوني الصحيح ثم اصدر حكمه في الدعوى على مقتضي هذا التكييف"[١٨]..

ويمكن التساؤل عما اذا كان القاضي مضطرا الانتظار لحين اكمال الوقائع وتقليب النظر فيها ليصل من بعد ذلك للتكييف القانوني المنشود؟.

الواقع ليس هناك محددات فرضها المشرع على القاضي في كيفية تكوين قناعته ووصوله للتكييف القانوني للوقائع ، وهو ليس مضطرا لهذا الانتظار ، كما ليس مطلوبا منه أن يكون مبكرا في ذلك، الا ان هناك من يعتقد ان على القاضي أن لا يؤجل تكوين رأيه في القضية لحين ختام المرافعة ، وانما عليه أن يتابع ودون توقف في ذلك وان يقلب النظر كلما استدعت الحاجة الى ذلك من اجل تكوين انطباع أولي ناجم عن الحدس والاحساس بالقانون[١٩].

والواقع ان ذلك ما هو كائن فعلا، فالقاضي لا ينتظر الى نهاية المطاف ، وانما قد يبكر في فهم وقائع الدعوى ومعطياتها ويؤسس على ذلك التكييف القانوني ، وان كان ذلك عرضة للتغيير بحسب ما يستجد من وقائع ، ويعتمد التكييف المبكر على حجم الوقائع التي قيلت بصدد الموضوع والتي أقنعت القاضي بهذا التكييف، لأن من غير المتصور ان تكون الدعوى في بداية مشوارها ويحتكم فيها القاضي الى قاعدة قانونية معينه ، الا انه يجب الاستدراك هنا ، بأن ذلك يعتمد على وضوح الوقائع وبساطتها دون تلك التي تحتاج لمزيد من الادلة ، ومزيد من الاجراءات.

وقد يصاحب التكييف المبكر اخطاء لا يمكن معالجتها ، فاذا اتجهت المحكمة الي تكييف موضوع الدعوى على انه تعويض عن فعل ضار ، وانتخبت خبراء لتحديده ، فمن الصعوبة العودة الي التكييف الصحيح اذا ثبت خطأها في وقت لاحق ، وتكمن الصعوبة في انها ستبدو امام الخصوم عاجزة أو قاصرة عن الالمام بموضوع الدعوى.

وثمة قاعدة هامه تحكم التكييف القانوني ، وهو ان التكييف القانوني يدور مع سبب الدعوى ، فاذا كانت الدعوى منصبة على سبب قانوني معين ، فأن تغيير هذا السبب بالإضافة أو الحذف يعني العدول عن التكييف القانوني السابق[٢٠].وسبب الطلب هو الاساس القانوني له ، أو مصدر الحق المرفوع به الدعوى ، وهو مسألة قانونية وان كان يتكأ على الوقائع[٢١].

ومفترض القاعدة القانونية الذي وضعه المشرع يقع تحت ظله حالات واقعية كثيرة يمكن للقاضي من استخدامها كلما استجد له أمر يمكن أن يكون هذا المفترض حلا له ، وتظل هذه القاعدة القانونية صالحة للتطبيق لزمان غير محدود الى ان يلغي المشرع هذا القانون. [٢٢].

المطلب الثاني

دور الخصوم في التكييف القانوني

لا يبذل الخصوم جهدا في سبيل تحصيل القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع المعروض أمام القضاء ، وليس لهم أن يلزموا القاضي بتطبيق قاعدة قانونية معينة – الا في احوال استثنائية معينة وردت في القانون الفرنسي واللبناني- وانما يتوجب على القاضي استيعاب وقائع النزاع ومعرفة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

الا ان ما يتمسك به الخصوم هو المجموع الواقعي الصالح لتوليد الحق الموضوعي الذي كان مدار اجراءات الدعوى [٢٣] ، وهو يمثل أدلة اثبات الادعاء الذي قدمها المدعي ، وما نفاه المدعى عليه في دفوعه من أجل عدم الحكم لصالح غريمه.

ولما كان الخصوم غير ملزمين ببيان القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع ، فان كل ما يجود به الخصوم من وقائع خلال سير اجراءات الدعوى هي وقائع مجردة ، الا انها تتحول الى وقائع مكيفة بمجرد قيام القاضي بإضفاء وصف قانوني معين عليها ،وفي هذه اللحظة بالذات يقترب القاضي من الحل ، أو بتعبير اخر ، فأن " الحل" يطل من خلال هذا الوصف .

واذا كانت الوقائع يكتنفها الغموض ، فيجوز للمحكمة الاستيضاح من الخصوم لتقديم ما يجعل المحكمة على وضوح منها ، ومن الطبيعي أن لا ينصب الاستيضاح على المسائل القانونية التي اثارها الخصوم ، لأن ذلك من اختصاص المحكمة.

ويساهم الخصوم في جر القاضي الى التكييف الخاطئ للد عوى عندما تأتي وقائعها غير معينة تعيينا دقيقا ، أو ان صياغة عريضة الدعوى فيه تجهيل لتلك الوقائع بحيث لا يستطيع القاضي فهم المراد منها رغم ايضاحات الخصوم ، ولهذا ندعو الى وجوب كتابة عريضة الدعوى من قبل محام ، ففي ذلك حماية لحقوق المدعي ، وتسهيل فهم القاضي لتلك الوقائع.

ولهذا الزم المشرع الفرنسي الخصوم بتقديم الوقائع النافعة[٢٤].. أو المنتجة ، وهي الوقائع التي تقدم مجردة عن التكييف أو الاستناد لنصوص القانون[٢٥].

وطلب الايضاح من الخصوم عن وقائع مبهمة أو غامضة مجرد رخصة وليس لزاما على القاضي القيام بها ، وانما هي من قبيل التعاون بين القاضي والخصوم ، بل ان القاضي يعجز عن اعمال القاعدة القانونية الواجبة التطبيق اذا كانت هناك منطقة معتمة ، فالاستيضاح يمنحها قدر كاف من الضوء الذي يزيل عتمتها[٢٦].

وأحيانا لا يرد جدل الخصوم بِشأن وجود القاعدة القانونية التي تحكم النزاع ، وانما حول معناها تارة ، وتارة اخرى حول نطاق سريانها ، واخيرا قد يقتضي أحيانا ابتداع قاعدة قانونية غير تلك التي تعطي حلا غير مناسب للنزاع مما يجعل القاضي مترددا في اعتمادها لحسم النزاع[٢٧].

وسبق أن – اوضحنا – عند الحديث عن دور القاضي في التكييف القانوني ، عن الاتجاه السائد في القانون الفرنسي واللبناني في منح الخصوم حرية اضفاء الوصف القانوني (التكييف) على وقائع يملكون حرية التصرف بها ، والزام القاضي بهذا التكييف ، وحسم النزاع على أساس القاعدة القانونية التي اتفق عليها الخصوم ، ورغم ذلك ، فأن فرص تطبيق هذا النص (المادة ٤/١٢) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي محدودة للغاية ، وربما سيطويها النسيان لعدم التطبيق[٢٨]. الا ان هذا لا يعني الغاء هذه الرخصة ، وانما انكماش دورها في الاتفاقات الخاصة .

المبحث الثالث

رقابة محكمة التمييز على التكييف

يتفق الفقه على ان التكييف القانوني هو من مسائل القانون الذي تبسط محكمة التمييز رقابتها عليه ، فهناك من يرى ان التكييف القانوني هو اجتهاد في القانون ، مما يستوجب تدخل محكمة النقض في فرض رقابتها عليه ، لأنها في هذه الحالة انما تحول بين المحاكم وبين أن تدخل تحت أحكام القانون ما لا يقع تحت أحكامه. [٢٩].

والدعوى المدنية تتكون من عنصرين: هما الواقع والقانون ، فالوقائع يقدمها الخصوم وهم ملزمين بذلك وليس مخيرون ، فوقائع الدعوى يجب ان تشتمل عليها عريضة أو صحيفة الدعوى والا تعد غير مقبولة لأنها من البيانات الالزامية فيها. وأما القانون فهو من اختصاص المحكمة ، فهي التي تختار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض امامها ، وان اخطأت في تطبيقه أو تأويله ، فأن محكمة التمييز هي التي تتولى مراقبة ذلك عند الطعن بالأحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الاولى والثانية.

والخطأ أما أن يحصل بالمقدمة الكبرى ونعني بذلك القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، واما في المقدمة الصغرى ونعني بها الوقائع التي حصلها القاضي من

الخصوم ، والخطأ في المقدمة الكبرى أما ناتج عن انكار القاضي لوجود قاعدة قانونية أو انه فسرها على نحو غير صحيح ، فيما ينتج الخطأ في المقدمة الصغرى أما عند تحديد هذه الوقائع (أي بيان المنتج منها وغير المنتج) ، او قد يحصل ذلك عند تطبيق القانون عليها ، أو ان يعود السبب الى الخطأ في تقديرها[٣٠].

ولما كان التكييف القانوني – كما أسلفنا- من مسائل القانون ، فأن لمحكمة التمييز دور كبير في فرض التكييف القانوني الصحيح على الوقائع التي يضمها ملف الدعوى ، وتراقب فيما اذا كانت المحاكم الدنيا قد راعت تطبيق القانون تطبيقا صحيحا أم انها قد انحرفت عن المسار الصحيح.

ورقابة محكمة النقض في مسألة التكييف القانوني تتمحور حول مدى استطاعة القاضي ترتيب النتائج القانونية الصحيحة على التي استخلصها من مجمل الوقائع المعروضة أمامه، وهو أمام فرضين ، أما أن يكون القانون قد وضع للقاضي حلا لا يجب أن يحيد عنه وهو ملزم باتباعه ، واما ان يكون قد وضع عدة خيارات وترك للقاضي حرية اختيار احداها[٣١].

والفقه يتجه في هذين الفرضين الى تحديد سلطة محكمة التمييز في مجال التكييف القانوني ، اذ يرى ان اختيار المشرع لحل بعينه للنزاع المثار امام القاضي يجعله ملزما بالأخذ به دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك.

واما اذا كان المشرع قد وضع القاضي أمام خيارات عدة ، فان اختيار أحد الحلول بحسب سلطته التقديرية لا يخضعه لسلطة محكمة النقض الا في حدود مدى دقة استعمال هذه السلطة.

وتعني السلطة التقديرية بأنها" الحرية المتروكة للقاضي بمقتضي القانون صراحة أو ضمنا من أجل اختيار الحل الانسب والاقرب للصواب من بين حلول اخرى ، ويكون مجالها في النص القانوني كلما استعمل عبارة" يمكن" "يحق" "يتعين " للقاضي أن.." [٣٢].

وقد حاول الفقه تحديد سلطة محكمة التمييز في مجال التكييف عن طريق معيار " المفاهيم القانونية لرقابة التكييف" واول من قال بها هو الفقيه الفرنسي "باريس" ، ورقابة التكييف تقوم على اساس ان هناك رقابة مقيدة واخرى رقابة عامة [٣٣]..

ويرى "باريس" بأن القاضي عندما يقوم بتكييف واقعة معينة لم يحدد لها المشرع مفهوما محددا ، فانه يتمتع بسلطة تامة اتجاه هذا التكييف ، ولا ينسب للقاضي خطأ في القانون مادام المشرع قد ترك له هذه الفسحة من التقدير ، اما اذا كان قد حدد للقاضي مفهوما معينا ، فأنه يكون قد الزمه بهذا المعنى دون امكانية الخروج عنه. [٣٤]

فالمشرع في احيان كثيرة لا يعمد الى تحديد مدلول بعض المفاهيم ، وانما يترك ذلك للفقه ، فيما يميل في احيان اخرى الى تحديد مفهوم هذا المدلول ، والرقابة المقيدة

تعني انه اذا كانت المفاهيم التي أوردها المشرع محددة تحديدا لا يمكن تفاديه ، فأن محكمة التمييز تفرض رقابتها على التكييف الذي يطال تلك المفاهيم ، وفي حالة كون المفاهيم التي طرحها المشرع غير محددة ، فأن التكييف الذي تسبغه المحكمة على هذا المفهوم يتوارى عن رقابة محكمة التمييز.

الا ان هذه النظرية لم تلق قبولا لدى الفقه ، باعتبار ان التكييف عمل قانوني يجب أن يخضع لرقابة محكمة التمييز، وان الخطأ في التكييف هو خطأ في القانون ، ويعد ذلك سببا من أسباب الطعن بالتمييز.

واما مفهوم الرقابة العامة ، فأنه يقوم على اخضاع جميع المفاهيم المحددة وغير المحددة لرقابة محكمة التمييز ، فيقع عبء تحري عيوب الحكم القضائي عليها سواء كان ذلك يتعلق بخطأ القاضي في فهمه للوقائع ، أو من ناحية اسباغ الوصف القانوني على الواقعة محل النزاع ، مع وجوب قبول الوقائع كما عرضها الحكم المميز[٣٥].

والواقع ان المشرع العراقي لم يأخذ بأي من المعايير التي اشرنا اليها ، وانما يسمح لمحكمة التمييز بالتدخل وبسط رقابتها في أي حالة يكون فيها هناك خطأ في تطبيق القانون.

ويتأتى التكييف القانوني السليم من خلال الفهم الصحيح للوقائع ، فالوقائع التي يقدمها الخصوم غير مرتبة على نحو يسعف المحكمة في استيعابها لأول وهلة ، فترتيب الوقائع ليس عملا هينا ، ونعني بالترتيب هنا هو تعيين الوقائع المنتجة في النزاع عن تلك التي لا تحدث أثرا ، وتحصيل هذا الفهم لا دخل للقانون في تحصيله ، لأنه يقع للقاضي نتيجة لأقيسة منطقية ليس في بناء مقدماتها قاعدة قانونية يمكن تصور وقوع الخطأ فيها[٣٦].

ودور القاضي ينصب على ايجاد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المتحصلة لديه ، والبحث عن القاعدة القانونية ليس امرا سهلا ،لأنه قد يصادف القاضي حالات تعجز النصوص القانونية المكتوبة عن ايجاد حل للنزاع ، وليس بمقدور القاضي التذرع بعدم وجود نص واجب التطبيق ، اذ فطن المشرع لهذا النقص فوضع امامه خيارات عدة ضمتها المادة الاولى من القانون المدني ، وعليه أن يجد الحل تبعا للترتيب الذي وضعه المشرع. [٣٧].

وهناك من يرى ان مصطلح " قانون" في القضاء الفرنسي يتمثل في النص التشريعي أي كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة ، وهذا المفهوم الضيق للقانون هو الذي يسود رقابة محكمة النقض الفرنسية على تطبيق وتأويل القانون ، اذ يفترض أن تكون القاعدة القانونية مكتوبة ، وان تكون وطنية " فرنسية" ، وأن تكون ذات تطبيق عام أو واسع على الاقل[٣٨]. الا ان ذلك لم يستمر طويلا ، فقد أجملت المادة (٦٠٤) من قانون المرافعات المدنية لعام ١٩٦٨ أسباب الطعن بطريق

النقض بخرق أو مخالفة الحكم للقانون ، والقانون بهذا الوصف لا يعني القانون المكتوب ، وانما كل القواعد القانونية الأخرى غير المكتوبة كالعرف ومبادئ العدالة.

وتكييف الوقائع يرتبط بالتسبيب الذي يضفيه القاضي علي حكمه ، فبعد فهم القاضي لوقائع الدعوى وانزال حكم القاعدة القانونية عليها قد يصل الى ترتيب نتيجة صحيحة ، الا ان الاسباب القانونية التي يسوقها لتبرير حكمه يشوبها عيب أو خطأ أو قصور في الرد على دفوع قد ابداها الخصوم. (٣٩)

وتبسط محكمة التمييز رقابتها على تكييف العقود علي اعتبار ذلك من مسائل القانون وليس الواقع ، اما تفسير العقد ، وان لم يعتبره المشرع العراقي سببا من أسباب الطعن في التمييز وفقا لأحكام المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية ، غيران هذا لا يعني تفسير العقود يترك لكامل حرية القاضي ، وقضت في قرار لها بأن الاصل في تفسير عبارات العقد ان المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه الى غيره من المعاني ، الا اذا تأيد من ظروف الدعوى على ان المتعاقدين اساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى اخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. (٤٠).

وهذا يعني ان تفسير العقد يخضع لرقابة محكمة التمييز عندما ينحرف عن المعنى المقصود والذي اتجهت اليه ارادة المتعاقدين الواضحة والصريحة ، فتشويه أو مسخ أو تحريف المعنى الظاهر الى معنى مغاير يستوجب تدخل محكمة الطعن ونقضه(٤١).

واما المشرع الفرنسي فقد الزم القاضي بالبحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات (المادة ١١٥٦ من القانون المدني) وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية علي "انه لا يجوز للقضاة ، عندما يكون نص الاتفاقية واضحا صريحا أن يشوهوا الالتزامات الناتجة عنه وأن يعدلوا الشروط التي تتضمنها"(٤٢).كما قضت "بأنه يعود لقضاة الموضوع البحث عن نية الفرقاء المتعاقدين في العبارات التي استعملوها وفي أي تصرف لاحق من شأنه أن يظهر تلك النية"(٤٣). هذا وقد وضع المشرع الفرنسي قواعد عامة في تفسير العقود ضمتها المواد من (١١٥٦-١١٦٤) من القانون المدني.، وهو ما فعله المشرع العراقي في المواد من (١٥٥-١٦٦) من القانون المدني ايضا.

وثمة معيار آخر في تحديد مدى سلطة المحكمة العليا في التدخل بشأن التكييف يقوم على أساس " درجة عمومية النشاط المبذول من القاضي" ويعني ذلك ان التكييف الذي يقوم به القاضي ويكتسب فيه هذا التكييف اهمية خاصة تتجاوز الحالة الملموسة المعروضة على القاضي ، فأن هذا التكييف يجب أن يخضع لرقابة محكمة التمييز ، ويطلق على هذا النوع من التكييف " التكييف العام(٤٤)، ويعد تكييفا عاما اذا اعطى القاضي للأفكار القانونية تعريفا أو مفهوما لم يسبق للمشرع وان تناوله وبالتالي يمكن تطبيقه على حالات مماثلة(٤٥). اما التكييف الخاص ، فهو التكييف الذي يخلص فيه

القاضي الى اعتبار الوقائع التي أثبتها في وقائع معينة تنضوي تحت نطاق قاعدة قانونية معينة من عدمه ، وهذا النوع من التكييف لا يخضع لرقابة المحكمة[٤٦].

ولكن هل ان كل تكييف صحيح يقود الى تطبيق قانوني صحيح؟

هناك من لا يرى ذلك [٤٧] ، اذ قد يكون التكييف صحيحا الا ان القاضي بدلا من أن يعمل نصا قانونيا صحيحا واجب التطبيق ، ينتهي الى اسناد قانوني خاطئ ، وهذا النوع من الاحكام لا تميل محكمة النقض الى نقضها طالما قد وصلت الى النتيجة التي يتغياها المشرع ، فتقوم محكمة النقض بتصحيحه انقاذا له من النقض، وقد يكون الخطأ هوما ينتهي اليه التكييف ، الا ان ما توصل اليه من نتيجة صحيحة ، فبدلا من أن يكون نصيبه النقض ، فأن الاسناد للنص كان سليما ، فأدى الى نتيجة صحيحة وتفادى النقض..

وهذا ما يحصل في كثير من الاحيان في قرارات محكمة التمييز الاتحادية ، اذ تقوم بتصديق الاحكام من حيث النتيجة اذا كانت الحيثيات التي اقامت عليه محكمة الموضوع قضاءها لا ينتهي الى النتيجة التي قررتها في فقرتها الحكمية. ولكن هذه النتيجة صحيحة وموافقة للقانون.

الاستنتاجات:

١- يعد التكييف من مسائل القانون الذي تفرض محكمة التمييز رقابتها عليه ، لأن خطأ التكييف يقود الى الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية الصحيحة .

٢- لا يعتد القاضي بما رتبه المدعي من تكييف لدعواه ، وانما يبقي هذا الدور منوطا به ، ليس لأن القاضي كما يقال – يفهم القانون- وانما لأن القانون الزم القاضي بذلك ، فعليه أن يبين في حكمه الاسباب التي قادته الى ذلك وبيان المواد القانونية التي تنطبق على الحل الذي أختاره.

٣- فهم القاضي للوقائع هو مقدمة ضرورية للتوصل الى القانون الواجب التطبيق علي النزاع ، ويتطلب فهم الوقائع تحديد الوقائع المنتجة منها ، اذ يجب أن يختار من بين الكم الكبير من الوقائع التي ضمها ملف الدعوى ما هو قريب الى النزاع المعروض أمامه ، فليس الوقائع جميعها محل اهتمام وانما تلك التي يتمحور حولها النزاع.

٤- تتولى محكمة التمييز الرقابة على اضفاء التكييف القانوني الصحيح على الوقائع المتحصلة للقاضي ، فاذا انحرف عن المسار الصحيح ، فإنها تتدخل وتنقض الحكم المميز لإخلاله بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا.

التوصيات:

لم يتعرض مشرع قانون المرافعات المدنية الى التكييف كعملية قانونية يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه من حيث الزامه بها وكيفية تحصيلها ، وانما الزمه

بالتسبيب ، فذلك لا يكفي لوحده ، وان كان ثمة علاقة وثيقة بين التسبيب والتكييف ، اذ قد يكون التكييف صحيحا ، الا ان قصور الاسباب التي بني عليها هذا التكييف قد تكون غير مقنعة لمحكمة الطعن مما يؤدي الى نقض الحكم المميز. ويتعين الالتفات الى ذلك.

الهوامش:

(١) د. أحمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية ، ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ،١٩٨٩ ، ص٢٧٥.

(٢) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، ج٣، ١٩٨٠ ، ص٢٤٧.

(٣) د. عبد المنعم حسني، طرق الطعن في الاحكام ، ١٩٧٥، ص٥٨٧.

(٤) د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي، ١٩٨٢ ، ص٤.

(٥) د. القاضي سميح صفير ، دور كل من الفرقاء والقاضي في ترتيب اسباب الدفاع والدفوع في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٨ ، ص٩٤.

(٦) د. بيير هيرو ، منطق الاحكام ، بحث منشور في كتاب المنطق القضائي ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ،١٩٨٩ ص٢٣.

(٧) د. نبيل اسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٨ ،ص ٧٧.

(٨) ينظر المادة (٣٧٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

(٩) د. عبد اللطيف القرني ، تكييف الحكم القضائي ، متاح علي شبكة الانترنيتwww.alegt,com2010 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٣٠.

(١٠) ينظر المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية.

(١١) د. فيليب سولو ، منطق القاضي ، بحث منشور في كتاب المنطق القضائي ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ،١٩٨٩ ص٤٦.

(١٢) د. احمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤، ص١٤٨. د. هادي حسن الكعبي ، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع في الدعوى المدنية – دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص٣٤.

(١٣) د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،١٩٧٤ ، ص٣٢٤.

(١٤) د. وجدي راغب فهمي ، المصدر نفسه ، ص٣٢٥.

(١٥) د. حسن حنتوش رشيد ، د. حبيب عبيد مرزة العماري ، التكييف الخاطئ للدعوى ، دراسة مقارنة ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية التي تصدرها كلية القانون جامعة بابل ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ،٢٠١٧ ، ص٢٨١.

(١٦) د. نبيل اسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي ، مصدر سابق ، ص٧٧.

(١٧) د. أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ط١، دار النهضة العربية القاهرة.١٩٨٨ ، ص٤٦٧-٤٧١.

(١٨) رقم القرار ٢٢١/الهيئة الموسعة اولى/١٩٨١ في ١٩٨١/٧/٢٥ ، الوقائع العدلية، عدد٥٩ السنة الرابعة ١٩٨٢ ، ص١١٤.

(١٩) د. فرانسوا جورف ، أحكام القضاء ، دراسة قانونية ونفسية في سياق العملية القضائية ، ترجمة :د. عبد الرسول الجصاني ، ٢٠٠٦ ، ص٧٨.

(٢٠) د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص٤٦٩.

(٢١) د. أحمد ابو الوفا، مصدر سابق ، ص٢٩١.

(٢٢) د. نبيل اسماعيل عمر ، دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠٠٨ ، ص٥٥.

(٢٣) د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق، ص٥٣. الا ان محكمة النقض المصرية ترى "بأن للمدعي الحق في أن يكيف دعواه من جهة الشكل ، أو من جهة الموضوع بحسب ما يرى ، وحقه في ذلك يقابله حق المدعى عليه في كشف خطأ هذا التكييف ، والقاضي يهيمن على هذا وذاك ، من حيث انطباق هذا التكييف على الواقع وعدم انطباقه ثم يطبق القانون على ما يثبت لديه ، فعلى القاضي ألا يتقيد بتكييف المدعي للحق الذي يطالب به ، بل عليه أن يبحث في طبيعة هذا الحق ليرى ما اذا كان تكييف المدعي صحيحا قانونا أم غير صحيح.." نقض ٢٥ مايو ١٩٣٣ طعن رقم ٨٦سنة ٢ق ، مشار اليه لدى :د. احمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٦ ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٣٤٦.

(٢٤) ينظر المادة (٦) من قانون المرافعات الفرنسي.

(٢٥) د. هادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص٣٣،

(٢٦) د. عزمي عبد الفتاح ، أساس الادعاء أمام القضاء المدني ، دراسة تأصيلية متعمقة ومقارنة للاصطلاح الشائع سبب الدعوى في القانون الفرنسي والمصري والكويتي ، منشأة المعارف . الاسكندرية ، ص٢٥٤-٢٥٥(بتصرف).

(٢٧) د. جان دنيس بير دان ، منطق المحامي ، بحث منشور في كتاب المنطق القضائي ، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ،١٩٨٩ ص٤٦.

(٢٨) د. عزمي عبد الفتاح ، أساس الادعاء أمام القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص٢٧٢.

(٢٩) د. د. عبد الوهاب العشماوي ، محمد العشماوي ، قواعد المرافعات في القانون المصري والمقارن ، ج٢، المطبعة النموذجية ،١٩٣٧ ، ص٩٩٤.

(٣٠) د. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ،ط١،دار الفكر العربي ،القاهرة ،١٩٨٣ ، ص٢١٨.

(٣١) د. احمد السيد الصاوي ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١١٨٩،٢٠١١.

(٣٢) لبيـاض محمـد عبـد الفتـاح، معنـى السـلطة التقديريـة للقاضـي ، منشـور علـى الموقـع الالكتروني www.droit-dz.com.frm.threads.7907 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/٩.

(٣٣) د. أمين مصطفى محمد ، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠١٠،ص٤٩-٥١.

(٣٤) Rep, Dallos, 1822, J.G, Cass. No1224، نقلا عن د. احمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض ، مصدر سابق ، ص٢١٧.

(٣٥) د. علي مصباح ابراهيم ، الوافي في اصول المحاكمات المدنية ،ج٢، ٢٠١١، ، ص٤٣٧..

(٣٦) د. محمد حامد فهمي ، حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ص١٣٢، وقضت محكمة التمييز الاتحادية بأن طلب التعويض يستلزم وجود عقد بين الطرفين واذا أخل به احدهما يجوز للطرف الاخر بعد الاعذار ان يطلب فسخه مع التعويض ان كان له مقتضي اما قبل ارتباط ايجاب أحد الطرفين بقبول الاخر فتعتبر اعمال تمهيدية لإبرام العقد ولا يترتب علي اخلال احد الطرفين بها تعويض الطرف الاخر" رقم القرار ١٠٠٠/ الهيئة الاستئنافية/ منقول /٢٠١١ في ٢٠١١/٨/٣ ، لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، ج٣، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص٦٨.

(٣٧) نصت المادة (١) من القانون المدني علي١- تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضي قواعد العدالة . ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

(٣٨) حسين السالمي ، التعقيب ووحدة القضاء ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس مجموعة لقاءات الحقوقيين العدد الثاني – التعقيب- تونس ١٩٨٩ ، ص٦٥.

(٣٩) د. ابراهيم نجيب سعد ،القانون القضائي الخاص – الخصومة القضائية أمام محكمة الدرجة الاولى- الحكم القضائي ، ج٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص٢٧٦.

(٤٠) رقم القرار ١١٠١٣/هيئة عامة/١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٠/٣ ، مشار اليه لدى د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن بالأحكام بالتمييز في قانون المرافعات ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص١٢٣.

(٤١) لمزيد من التفاصيل حول تشويه الوقائع ينظر بحثنا الموسوم ب" تشويه الوقائع كسبب من أسباب الطعن بالتمييز ، مجلة حمورابي التي تصدر عن جمعية القضاء العراقي، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، ٢٠٢١.

(٤٢) نقض مدنية ١٥ نيسان/ ابريل ١٨٧٢ ، دالوز ٢٠٠٩ ، ص١١٥٦.

(٤٣) نقض مدنية ٣،٥ شباط/ فبراير ١٩٧١ ، دالوز ٢٠٠٩ ، ص١١٥٦.

(٤٤) د. فرج ابراهيم العدوي ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٣٧٥.

(٤٥) د. مستاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكره ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١ ،ص١٥٩.

(٤٦) محمد علي الكيك ، رقابة محكمة النقض على تسبيب الاحكام الجنائية مطبعة الاشعاع الفنية بدون سنة طبع ، ص٢٥.

(٤٧) د. محمد محمود أحمد ، مصدر سابق ، ص٥٥٤-٥٥٩.

مصادر البحث:

اولا- الكتب القانونية.

١- د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ، الخصومة القضائية أمام محكمة الدرجة الاولى- الحكم القضائي ، ج٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ،١٩٨٠.

٢- د. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ،ط٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٩.

٣-د.احمدالسيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٨٤.

٤- د. احمد السيد الصاوي ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠١١.

٥- د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، ج٣،١٩٨٠.

٦- د. أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة.١٩٨٨.

٦- د. امين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ،٢٠١٠.

٧- د. القاضي سميح صفير ، دور كل من الفرقاء والقاضي في ترتيب اسباب الدفاع والدفوع في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٨ ، ص٩٤.

٨- د. فرج ابراهيم العدوي ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٩-د.عبد الوهاب العشماوي، محمد العشماوي، قواعد المرافعات في القانون المصري والمقارن ،ج٢، المطبعة النموذجية ،١٩٣٧.

١٠- د. عبد المنعم حسني ، طرق الطعن في الاحكام ، ١٩٧٥.
١١- د. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣.
١٢- د. علي مصباح ابراهيم ، الوافي اصول المحاكمات المدنية ، ج٢، ٢٠١١.
١٣- فرانسوا جورف ، أحكام القضاء دراسة قانونية ونفسية في سياق العملية القضائية ، ترجمة :د. عبد الرسول الجصاني ، ٢٠٠٦.
١٤- محمد علي الكيك ، رقابة محكمة النقض على تسبيب الاحكام الجنائية مطبعة الاشعاع الفنية بدون سنة طبع.
١٥- د. محمد حامد فهمي، حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ،١٩٣٧.
١٦- د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،١٩٨٢.
١٧- د. هادي حسين الكعبي ، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع في الدعوى المدنية – دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، بيروت ،٢٠١٩ .
١٨- د. نبيل اسماعيل عمر ، دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،٢٠٠٨.
١٩- د. نبيل اسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، ١٩٧٨.
٢٠- د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٤.

ثانيا- الرسائل والاطاريح :

د. مستاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكره ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١

ثالثا- البحوث:

١- د. حسين حنتوش رشيد ، د. حبيب عبيد مرزه العماري ، التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدرها كلية القانون – جامعة بابل ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ،٢٠١٧.

٢- لبياض محمد عبد الفتاح، معنى السلطة التقديرية للقاضي ، منشور علي الموقع الالكتروني www.droit.dz.frm-threads>7907

٣- حسين السالمي ، التعقيب ووحدة القضاء ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، مجموعة لقاءات الحقوقيين ، العدد الثاني ، التعقيب ، اعمال ملتقى من ٤-٧ أفريل ١٩٨٨ ، تونس ،١٩٨٩.

رابعا: القوانين

١- قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

٣- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

٤- قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

Abstract

the litigants, as they represent the claims of plaintiff, and the defenses and arguments the defendant makes for not enabling his opponent to obtain a judgment about what he claimed. Giving the legal description of these facts is left to the court that considers the dispute, basing it on the substantive laws that govern it.

Other than this prohibition - even if it is not expressly determined by legal rules - but the litigants or their agents give such a description, but it is a description that is not binding on the court and is not restricted to it even if it finds it correct to some extent, because this procedural activity is only the judge's task.

Conditioning in its simple sense is "the search for a legal rule that governs the facts that the judge obtained from the litigants of the case and the investigations of the court."

And the facts without this adaptation remain floating, but as soon as the legal description is given to them, they are stripped of the status of abstraction, and framed by a legal ruling that represents the final outcome of the conflict.

Conditioning is one of the issues of law in which the subject judge is independent, and it comes after the judge collects and proves the facts in accordance with the legally established methods of proof, and then understands them correctly, and chooses the legal rule that is

applicable without invoking the lack of the law or its ambiguity or ambiguity. denial of justice.

Since conditioning is a matter of law, the Court of Cassation may simplify its control over it, because the error in conditioning is a mistake in the application of the law, and the latter is one of the reasons for appealing the cassation decided by Article (203) of the Civil Procedure Code.

This oversight revolves around the extent to which the subject judge is able to give the correct legal description of the facts that he obtained from the litigants and the investigations carried out by the court and their attribution to a legal rule governing the dispute. It is something that may be hit or miss, because the correctness of conditioning is what leads to the correct solution to the problem raised before the trial court.

Conditioning is closely related to causation, so if the judge sends down the ruling of the legal rule on the dispute, he must state the reasons that called him to do so, and he may make a mistake in portraying these reasons, or they are not able to understand the facts and understand them correctly, because the error is in the conditioning, either As a result of not understanding the facts, , , or not relying on a correct legal rule, or both.

The legal adaptation of the dispute the civil case

Comparative study

Dr. lafta Hamel Alajeely