مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال
The Journal of Research in Contracts and Business Law
المجلد07/ العـدد:02 (2022)، ص 03-27

# أثر الخطأ القضائي في إسناد الوقائع في قانون المرافعات المدنية العراقي

# The effect of a judicialerror in attributing the facts In Iraq's civil Procedure law

[1] ألند صلاح الدين تمر*، [2] هفرست عرفات أحمد

[1] قسم الإدارة القانونية- جامعة بوليتكنيك- أربيل (العراق)، Alend.Salahaddin@epu.edu.iq

[2] كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك (العراق)، havrist.ahmed@uod.ac

تاريخ الاستلام: 2021/11/14 تاريخ القبول: 2022/01/26 تاريخ النشر: 2022/06/10

**ملخص:**

جاء قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ (المعدل) خالياً من تنظيم موضوع الخطأ في الإسناد القانوني، الأمر الذي ينبغي إخضاعه للأسباب الخاصة بالطعن التمييزي، وما ينجم عن هذه المعالجة الضمنية من آثار تحتم الحاجة إلى وجود تنظيم صريح و واضح لمسألة الخطأ في الإسناد القانوني. سيما أن عمل القاضي يتسم بالاجتهاد وبالتالي قد يقوم بتوجيه ومسايرة الدعوى واتجاه معين بغية إخضاعها لنصوص معينة غير تلك التي ينبغي تطبيقها على الدعوى فيما لو وجهها بوجهة سليمة من حيث التكييف أو استخلاص الوقائع.

**كلمات مفتاحية:** مسائل الواقع، مسائل القانون، التكييف، الإسناد.

**Abstract:**

Iraq's civil Procedure law (amended) is free from regulating the issue of error in legal attribution, which should be subject to the reasons for the discriminatory appeal, and the implications of this implicit treatment necessitate the need for explicit and clear regulation of the issue of error in legal attribution. In particular, the judge's work is diligent and may therefore direct and keep pace with the case and a certain direction in order to subject it to certain texts other than those that should be applied to the case if it is properly addressed in terms of adaptation or conclusion of the facts.

**Key words**: issues of reality, questions of law, adaptation, attribution.

* المؤلف المرسل.

**مقدمة:**

تولد القاعدة القانونية مرتين؛ تتمثل المرحلة الأولى بصدورها من السلطة المختصة بوضعه. أما المرحلة الثانية فهي عند تطبيقها من قبل القاضي. ومن هنا يبرز الثقل الوظيفي الذي يتمتع به القاضي، كون –القاعدة القانونية– لن تلعب دورها المتوخاة ما لم تجد لها تطبيق يتفق والغاية من صياغتها. سيما أن المشرع قد لا يغطي بتشريعه جميع ما قد تعرض على القاضي من قضايا، وحتى عند وجود النص لحكم القضية فقد يكون هذا النص مشوباً بالغموض أو يعتريه نقص، ومهما يكن الأمر؛ يجب على القاضي حسم الموضوع وبخلاف ذلك سيعتبر منكراً للعدالة، لذلك فإن لم يجد النص يجب عليه استناداً إلى المادة (1– بفقراتها الثلاثة) من القانون المدني العراقي رقم (**40**) **لسنة1951** أن يرجع إلى المصادر الرسمية الأخرى والمتمثلة بـ (العرف– مبادئ الشريعة– قواعد العدالة) إضافة إلى المصادر التفسيرية المتمثلة بـ (القضاء والفقه). ومن هذا المنطلق يتبين أن وظيفة القاضي تتسم بالاجتهاد؛ ولكون القاضي في نهاية المطاف هو بشر وغير معصوم من الخطأ؛ لذا فمن المتوقع أن يخطئ القاضي في تطبيق القانون وهذا الخطأ قد يكون نابعاً من منابع عدّة: منها عدم فهمه تكييفه الصحيح للوقائع التي تعرض عليه الخصوم، وقد يكون منبع الخطأ هو إهمال بعض الوقائع المنتجة في الدعوى، أو قد يأخذ بوقائع غير مؤيدة بأدلة الإثبات، عدا الحالات التي يقوم بها القاضي لأي سبب من الأسباب بمسايرة الدعوى وتوجيهها بوجهة غير وجهتها الصحيحة بغية إخضاعها لنصوص قانونية ما كانت لتطبق عليها فيما لو كانت مسايرته لوقائع الدعوى وحيثياتها صحيحة ومتفقة مع غايات العدل. كل هذه الأمور ممكن أن تندرج تحت مفهوم الخطأ في الإسناد القانوني للوقائع.

تتمثل مشكلة البحث في خلو قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (**83 لسنة 1969**) المعدل بقانون رقم (**10 لسنة 2016**) من تنظيم صريح ودقيق لموضوع الخطأ في الإسناد القانوني، الأمر الذي يقتضي معه إعمال النصوص الخاصة بأسباب الطعن التمييزي، التي تشير ضمناً إلى هذه المسألة وما يترتب على ذلك من أثار. هذا وتتمثل إشكاليات البحث في الإجابة على مجموعة من التساؤلات نوردها تباعاً:

**1–** هل يمكن القول (فاقد الشيء يعطيه!) وما مدى تصديق هذه القاعدة المعكوسة على موقف المشرع العراقي بالنسبة للخطأ في الإسناد القانوني؟ وما مدى دورها في بناء مجتمع ظالم؟

**2–**بماذا تتقيد سلطة القاضي إزاء الوقائع ؟

**3–** ما هو الأثر المترتب على الخطأ في تكييف الوقائع؟

**4–** ما هو الوجه السلبي للخطأ في مسائل القانون وما هو الوجه الايجابي له؟

وتنطوي هذه الإشكالية على عدة فرضيات تتمثل في:

**1–** الأصل أن فاقد الشيء لا يعطيه، ولكن بالنسبة لموقف المشرع العراقي للخطأ في الإسناد نجد عكس ذلك؛ والسبب راجع إلى عدم وجود نص يقيّم المسؤولية المدنية للقاضي وإلزامه بالتعويض عن خطئه في الإسناد؛ في الوقت الذي يقوم فيه القاضي وهو في صدد تحقيق (العدل) بتقرير مسؤولية مرتكبي الأخطاء على اختلاف صورها وإلزامهم بها.

**2–** تتقيد سلطة القاضي باستخلاص الوقائع المنتجة والمثمرة والتي لها صلة بموضوع الدعوى على ضوء قواعد الإثبات، بغية تشييد حكمه على الوقائع الصحيحة والمدعمة بأدلة الإثبات.

**3–** يترتب على الخطأ في تكييف الوقائع؛ الخطأ في استخلاص النص الذي ينطبق على تلك الوقائع وبالتالي تتحقق صورة من صور الخطأ في الإسناد القانوني.

**4–** إن إنكار القاضي لقاعدة قانونية منطبقة على النزاع يشكل وجهاً سلبياً للخطأ، أما الوجه الايجابي فيتمثل بتطبيق قاعدة لا تنطبق أو ليست ذات علاقة بالموضوع.

هذا واعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف المشكلة من الناحية الموضوعية في ضوء الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية للوقوف على محاور النقص ونقاط الخلل في قانون المرافعات ذات الصلة بموضوع البحث. ومن ثم تحليل النصوص الخاصة بأسباب الطعن التمييزي وكذا المتعلقة بنظام الشكوى من القضاة – لبيان مدى كفايتها لتغطية الخطأ في الإسناد القانوني.

يتحدد نطاق البحث ببيان الخطأ في الإسناد القانوني للوقائع في الدعوى المدنية؛ وبالتالي يخرج من هذا النطاق الخطأ بمفهومه الموضوعي الوارد في القانون المدني. ومن جهة أخرى يخرج من نطاق البحث المسؤولية الجزائية وكذا الإدارية للخطأ القضائي. وقد كان من مقتضيات البحث الاستعانة بالنصوص المتعلقة بأسباب الطعن التمييزي، لبيان مدى تعلقها ضمناً بموضوع البحث ليس إلا. ولذلك يخرج من نطاق البحث التوغل في ماهية الطعن المشار إليه كطريقة من طرق الطعن وما يتعلق بها من تفرعات.

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يتطرق إلى موضوع مهم؛ إذ ليس من المنطق أن يعمل القاضي تحت ستار الاجتهاد مسايرة الدعوى دون عناية (إهمالاً أو تقصيراً أو تعمداً)، كما أنه ليس من المنطق صرف النظر عن الخطأ الذي يرتكبه القاضي سيما لو كان متعمدا ونترك المتضرر دون تعويض.

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الهداف التالية:

**1–** تسليط الضوء على موضوع الخطأ في الإسناد القانوني وإثبات مدى الحاجة الفعلية إلى إيجاد نظام خاص به.

**2–** تحليل بعض المواضيع ذات الصلة لإثبات عدم كفايتها لمعالجة موضوع البحث منها (مخاصمة القضاة والطعن التمييزي).

**3–** التطرق إلى بعض المواضيع من الناحية الفلسفية ومحاولة ربطها بموقف المشرع العراقي في قانون المرافعات، للوصول إلى حلول منطقية.

وتم تقسيم هذا البحث على مبحثين: تناولنا في **المحور الأول** مفهوم الخطأ في الإسناد القانوني وحالاته. والذي بدوره قد قسم على عنصرين : يبحث **العنصر الأول** في التعريف بالخطأ في الإسناد القانوني أما **العنصر الثاني** فقد

خصصناه للبحث في الخطأ في تكييف الوقائع والقانون. أما **المحور الثاني** فكان بعنوان: مدى استيعاب مبدأ التقاضي على درجتين والطعن التمييزي لاستيعاب الخطأ في إسناد الوقائع. وقد تم تقسمه هو الآخر على عنصرين : **العنصر الأول** معالجة المشرع العراقي للخطأ في الإسناد القانوني، أما **العنصر الثاني** فكان يبحث في: دواعي تنظيم الخطأ في الإسناد القانوني بنظام مستقل.

**المحور الأول: مفهوم الخطأ في الإسناد القانوني وحالاته**

إن القاضي عندما يقوم بممارسة نشاطه للفصل في الدعوى المعروضة أمامه، يمر هذا النشاط بثلاث محطات رئيسية، أولى هذه المحطات هي التحقق من الوقائع ومن ثم محطة التكييف، وأخيراً تبدأ محطة القانون والمتمثلة باستخراج القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع المعروض. حيث يعطي المشرع للقاضي في سبيل الفصل في النزاع المعروض سلطة اختيار القاعدة القانونية الأكثر ملائمة لموضوع النزاع، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة بل تتدرج من التقييد إلى التوسع، والقضاة عملهم ذهني يعتريه التعب والجهد، كما وهم (القضاة) من البشر وغير معصومين من الخطأ مهما بلغت خبرتهم.[1] ومن جهة أخرى قد يعمد القاضي مسايرة الدعوى نحو اتجاه معين غير الاتجاه الصحيح وتكييفها بطريقة تنطبق عليها قواعد غير القواعد التي كان ينبغي أن تنطبق عليها فيما لو كان التكييف سليماً.

وعلى هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المحور على عنصرين ؛ يبحث **العنصر الأول** في التعريف بالخطأ في الإسناد القانوني وحالاته. أما **العنصر الثاني** فقد خصصناه للبحث في الخطأ في تكييف الوقائع والقانون.

**أولا: التعريف بالخطأ في الإسناد القانوني**

يثير الخطأ القضائي العديد من الإشكالات سواء ما تعلق منها بحدوده أو الزوايا التي تتصور فيها، وبالرغم من أن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (**83**) لسنة (**1969 المعدل**) جاء خالياً من بيان مفهوم دقيق للخطأ القضائي، ونظراً للمساحة المخصصة للبحث فلن نتطرق إلى بيان المعنى اللغوي للخطأ بل نكتفي بما أورده الفقه من مفاهيم لهذا الموضوع. حيث هناك من يذهب إلى القول بأن الخطأ بصورة عامة هو (فعل مالا يجب القيام به أو ترك ما يجب القيام به).[2] نستنتج من هذا التعريف للخطأ، بشكل عام أن قيام القاضي بفعل لا ينبغي عليه القيام به أو امتناعه عن القيام بفعل كان ينبغي عليه القيام به يدخل في مفهوم الخطأ القضائي. وينبني على ذلك، أن القاضي وهو يتولى مهمة الإسناد القانوني قد يخطأ وهو ما يسمى بالخطأ في الإسناد القانوني. ويعرف الخطأ في الإسناد بأنه (الخطأ في تطبيق القانون عندما تتجاوز المحكمة النصوص القانونية –على وقائع الدعوى– ويتحقق بترك العمل بنص قانوني لا يمثل التأويل ولا الخلاف على وجوب الأخذ به).[3]

وجدير بالذكر، وقبل التطرق إلى الأسس التي تسير عليها عملية الإسناد يجب تمييزه عن الغلط القضائي، حيث أن الغلط لا يكون عمدياً بينما الخطأ قد يكون عمدياً أو عن إهمال، يضاف إلى ذلك أن الخطأ بمفهومه العام يمكن تصوره في جميع الأفعال مادية أو قانونية ولكن في مجال عمل القضاء إن الخطأ القضائي أو الخطأ في الإسناد القانوني يقتصر على ما وظيفة القاضي القضائية دون غيرها من الأعمال التي يزاولها بصفته بشر وما يترتب على ذلك من حقوق على اختلاف

أنواعها، في حين أن الغلط لا يمكن تصوره سوى بالنسبة للتصرفات القانونية.[4] وقبل إيراد تعريف للخطأ في الإسناد تجدر الإشارة إلى أنه هناك العديد من الأسباب التي تؤثر في قناعة القاضي وتحثه على الوقوع في الخطأ وبالتالي في مهمته في الإسناد، منها الاستقلال النسبي لجهاز القضاء.[5]

والذي نقصده في هذا الصدد هو الاستقلال الوظيفي، فالقاضي يجب أن لا يقيده سوى أحكام القانون دون أي تدخل من جانب سلطة أو جهة أخرى، وبخلاف ذلك سيكون لهذه التدخلات تأثير سلبي على مسيرة الدعوى، ولو أجرينا مسحاً تفقدياً على نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي، لوجدنا بأنه هناك الكثير من النصوص التي أشارت إلى حالات معينة التي لا يجوز فيها لا للمحكمة ولا للقاضي النظر في الدعوى، كما لو كان القاضي زوجاً أو صهراً أو له صلة قرابة بأحد طرفي الدعوى، أو في حالة وجود خصومة قائمة بين القاضي أو زوجه أو أولاده أو أحد أبويه مع أحد أطراف الخصومة أو زوجه أو أحد أولاده أو أحد أبويه .. إلى غير ذلك من الحالات.[6] كما في حالات رد القاضي أو تنحيه،[7] وبخلاف ذلك إذا قام القاضي في هذه الأحوال بنظر الدعوى يكون حكمه باطلاً وتبطل كذلك الإجراءات المتخذة في الدعوى.[8]

ولكن في مقابل استقلال القاضي هناك مسؤوليته تترتب عليه عند إخلاله بالواجبات المنوطة به، لأن فكرتي الاستقلال والمسؤولية بالنسبة لمهام القاضي لها علاقة وطيدة لا مجال للفصل بينها، لأن استقلال القاضي لا يعني تركه دون رقيب وبالتالي كلما أخطأ في أداءه فيفترضان يتعرض للمسائلة وبحسب نوع المسؤولية المترتبة عليه فيما إذا كانت مدنية– إدارية– جنائية.[9]

نستخلص مما سبق، أن الهدف من مسؤولية القاضي وحياديته هو عدم تأثره بأمر يرجع سلباً على مهمته عند النظر في الدعوى، وسلامة الإجراءات المتسلسلة فيها وصولاً إلى إصدار حكم سليم. وهذه الإجراءات مقسمة على التشكيلة القضائية كل حسب مركزه ودوره، وتقتضي طبيعة بعض الإجراءات مباشرتها بالإشراك ما بين الخصوم من جهة والقاضي من جهة، فلا يمكن للقاضي (المدني) إعمال النص القانوني دون قيام الخصوم بعرض الوقائع عليه. كما لا يمكن للخصوم الحصول على الحكم دون عرضهم للوقائع.

**ثانيا: الخطأ في تكييف الوقائع والقانون**

الدعوى المدنية تقوم على عنصرين أساسيين وهما الواقع والقانون، والجهة التي تقدم الوقائع هي الخصوم ومن ثم تبدأ مهمة القاضي المتمثلة بوصف وتحليل هذه الوقائع وإسنادها إلى قواعد قانونية ويطلق على هذه العملية بالتكييف، وهذا لا يعني أن خطأ القاضي يقتصر على عملية استخلاص القواعد القانونية فحسب، بل حتى يتمكن القاضي من إعمال النص القانوني لابد له أن يقوم بتكييف الوقائع المعروضة حتى يتسنى له اختيار النص الذي ينطبق على الوقائع وصولاً لحل النزاع، وبالتالي فالخطأ قد يحصل في هذه المرحلة، ينبني على هذا الأساس أن (الإسناد القانوني– الوقائع والقانون) قد يفرط فيها القاضي بشكل يؤدى إلى إلحاق ضرر لأحد المتقاضين الأمر الذي يستدعي تنظيم هذه الفكرة بنصوص خاصة بالرغم من وجود طرق للطعن.[10] وإن القدرة على التكييف الصحيح للوقائع من شأنه تحقيق غاية

القانون من إصدار الأحكام، وعلى هذا الأساس هناك من يعرف عملية التكييف بأنها (إعمال القاعدة القانونية وإرسائها على نحو ما ثبت في الدعوى من وقائع).[11]

ومن هنا يتبين مدى أهمية وخطورة المهمة التي يقوم بها القاضي عند قيامه بعملية التكييف. ويكاد يجمع الفقه على صعوبة التمييز بين الواقع والقانون.[12] لذلك ينبغي علينا في هذا الصدد أن نميز بين الأمرين:

**1- وقائع الدعوى:** إن الوقائع تتمثل بالعنصر المادي للدعوى المدنية، والجهة المكلفة بتقديم واثبات هذا العنصر أي عنصر الوقائع هي الخصوم في الدعوى، وعلى إثر تقديمها تستحصل المحكمة قناعتها وفهمها من خلال أمرين، الأمر الأول من هذه الوقائع ذاتها أما الأمر الثاني الذي تحصل المحكمة قناعتها منه هو الدفوع التي تثار بخصوص الأدلة المقدمة لإثبات تلك الوقائع.[13]

وتجدر الإشارة، أن فكرة الوقائع في القانون الإجرائي تختلف منها في القانون الموضوعي، فمن الناحية الموضوعية أن الوقائع هي مصدر الروابط القانونية وهي إما أن تكون طبيعية أو اختيارية، والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة عن جانب واحد أو صادرة عن جانبين والقانون هو الذي يحدد الآثار القانونية المترتبة على الوقائع والأعمال كلها.[14]

بينما من الناحية الإجرائية هناك من يرى أنه يراد بالوقائع كل تغيير في مركز قائم يرتب القانون عليه أثراً قانونياً، من خلال إعطاء المركز الجديد وصفاً قانونياً مغايراً لما سبق وبالتالي الوقائع ليست مصدراً للأثر القانوني، إنما هي ظرفاً لترتيب ذلك الأثر.[15] وطالما أن الخصوم هم الذين يقدمون الوقائع فيحق لهم اختيار الوقائع التي يرون أنها منتجة وصالحة لإثبات الدعوى ويشمل ذلك الادعاءات والدفوع وبالتالي لا يستطيع القاضي تشييد حكمه على وقائع غير مقدمة في النزاع، أو لم تكن قد نوقشت من قبل الخصوم، فما لم يثبت في محاضر الضبط القضائي ولم يتم من خلاله مواجهة الخصوم، لا يجوز التعويل عليه من قبل القاضي.[16]ومسألة إبداء الوقائع ليست جوازية بل وجوبية وهذه المسائل الواقعية تعتبر من البيانات التي يجب أن تشتمل عليها عريضة الدعوى.[17] وإذا ما أبديت هذه الوقائع في عريضة الدعوى هنا يظهر نشاط القاضي في استخلاص الوقائع المنتجة والمثمرة والتي لها صلة بموضوع الدعوى على ضوء قواعد الإثبات. بمعنى آخر، لا يجوز للقاضي استبعاد بعض الوقائع إلاّ بمقتضى قانون الإثبات؛ وبخلاف ذلك سيكون حكمه معرضاً للنقض. إذ قد تكون الوقائع التي استبعدها القاضي (دون مبرر) منتجة في الدعوى وبالتالي إعماله للقانون دون الأخذ بتلك الوقائع لن يحقق غاية القانون؛ كون الوقائع المستبعدة تحول دون وصوله للحقيقة، وما يترتب على ذلك من خطأ في الإسناد وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية.[18] لأن القاضي إذا ما عرضت عليه دعوى فعليه أن يبحث عن وسائل الإثبات فيها.[19]

ولكن السؤال الذي يثور هنا، مازال القاضي ملزم بالأخذ بوسائل الإثبات عند البحث عن مدى صحة الوقائع، وفي أثناء بحثه حصل على وقائع جديدة غير مثارة من قبل الخصوم، فهل القاضي يستبعد تلك الوقائع أم يأخذ بها؟ كما لو حصل القاضي على هذه الوقائع بمناسبة استماعه لشهادة شاهد؟ هنا طالما أن القاضي قد حصل على هذه

الوقائع بمناسبة إعمال القانون وهو إثبات الوقائع في الدعوى فله الاستناد عليها مع إعطائه فرصة للخصوم لمناقشة الوقائع الجديدة وتقدم دفاعهم بخصوص تلك الوقائع.[20]

وجدير بالذكر، ينبغي على القاضي أن يلجأ إلى استقراء الأدلة للتحقق من صدقها بغية استنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى معتمداً في ذلك على استقراء العناصر الواقعية – المشار إليها سابقاً- في عقيدته من تلك الأدلة؛ والقاضي في سبيل ذلك يقوم بعمليتين مهمتين وهما التحليل والذي يراد به ذلك المهام العقلي الذي يتم بمقتضاه التعرف على العناصر الأساسية للواقعة وفصلها عن الثانوية منها. ومقارنة الاختلاف والتشابه بين الأدلة المقدمة وبين العناصر الواقعية التي يتولى تحليلها، ومن ثم يبدأ بمباشرة العملية العقلية الثانية والمتمثلة بالتركيب أي تركيب العناصر الواقعية مع أدلتها الثبوتية وذلك للتيقن من أن عملية التحليل قد جرت بشكل سليم وبذلك يتكون لدى القاضي الصورة النهائية للواقعة.[21]

بعد بيان المقصود بمسائل الواقع بقي أن نشير إلى بعض الأخطاء التي يمكن أن تصدر من القاضي في تكييف هذه المسائل كون نقطة الانطلاق بالنسبة للخطأ في الإسناد تبدأ عند الخطأ في التكييف، فإذا كان القاضي يملك سلطة استخلاص الوقائع المنتجة مع أدلتها إلاّ أنه ملزم بمقتضى القانون بالأخذ بالوقائع الصحيحة فقط، وبالتالي فإن أخطأ القاضي في تقدير وقائع الدعوى فهذا يؤدي إلى الخطأ في اختيار النص الذي ينطبق عليها، وإن كان له سلطة تقديرية في اختيار الوقائع – في ضوء قواعد الإثبات- إلاّ أنه لا يمكن أن يخرج بأي حال من الأحوال عن الوظيفة الاجتماعية للقانون كما ولا يمكن له أن يفرض وقائع غير مقدمة من الخصوم لبناء حكمه عليها.[22] كما وأن في فطنة القاضي وإدراكه بالوقائع أهمية بالغة وبخلاف ذلك عدم إدراك القاضي للوقائع بشكل صحيح يؤثر على تكييفه للوقائع.[23] كما وإذا تبين أن القاضي قد بنى حكمه على واقعة غير موجودة أو على واقعة تناقض وقائع أخرى ثابتة من الأقوال والمستندات المقدمة من الخصوم كان قضاؤه مشوباً بالخطأ.[24]

وجدير بالذكر، أن القاضي وهو بصدد استخلاص فهمه للوقائع التي توصله إلى الحقيقة يتمتع باستقلالية ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز، ولكن هذا لا يعني إنكار أية سلطة لمحكمة التمييز بخصوص التحقق من وجود الوقائع من الناحية المادية، وكذا الحال بالنسبة لتسبيب الحكم الصادر من القاضي من ناحية الوقائع فإذا ثبت وجود خطأ في تأويل القاضي لهذه الوقائع فسينجم عن ذلك الخطأ في الإسناد القانوني من خلال تطبيق نصوص لا تطبق في الأصل على الوقائع فيما لو كيفت صحيحاً.[25]

علاوة على ما سلف، أن المشرع العراقي منح للقاضي دوراً ايجابياً بخصوص السير في الدعوى وما هو متصل بها من أدلة الإثبات بغية الوصول إلى إصدار حكم سليم – فاصل- قاطع في النزاع.[26] إلاّ أنه وفي ذات الوقت لا يستطيع الزيادة في القيمة القانونية لدليل من أدلة الإثبات ولا إثبات الدعوى بما هو غير صالح لكي يثبت به الدعوى بالنسبة لموضوعها وغير ذلك من المسائل كالقضاء بحسب علمه الشخصي دون أن يكون متواجداً في المحكمة، والعلة في ذلك

تكمن في أن هذا القضاء سيشكل (دليلاً) وكما هو معروف أن البينة على المدعي كونه هو الذي يدعي وليس على القاضي الذي عليه التحقق من صدق ادعاء المدعي.[27]

وجدير بالذكر هناك أمور يجب على القاضي مراعاتها ويتقيد سلطته فيها وهي بمثابة قواعد يسير عليها القاضي منها تجنب تجميع الأدلة أو التعويل على دليل غير مقدم من الخصوم وفق القانون أو الاستناد على التحقيق الذي أجراه الغير ولكن بقيد أن لا يقدم من أحد الخصوم وبعد إجراء المناقشة على هذا التحقيق.[28]

**2– مسائل القانون:** لا يجوز للمحكمة (القاضي) أن يمتنع عن إعمال وتطبيق القانون بحجة غموضه أو فقدان النص القانوني أو نقصه وإلاّ عد ممتنعاً عن (إحقاق الحق).[29] وهذا يعني أنه متى ما عرض على القاضي الوقائع المشار إليها سابقاً على شكل دعوى معروضة وبعد قيامه بتكييف تلك الوقائع، عليه أن يبحث عن القاعدة القانونية التي تنطبق على ما عرض عليه. ويمنع عليه إعطاء تفويض لأهل الخبرة للقيام بتحليل ودراسة المسائل القانونية وله الاستعانة بالخبراء بشرط دون أن يفوضهم باختيار القاعدة القانونية التي تنطبق على الوقائع المعروضة أمامه.[30] ويلاحظ في هذا الصدد أنه إذا كان بإمكان الفرقاء في الدعوى تقديم المسائل الواقعية وبيانها للمحكمة إلاّ أنهم غير ملزمين أو لا يملكون صلاحية تحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على تلك الوقائع، حتى وإن قاموا بإسناد تلك الوقائع إلى قواعد قانونية معينة إلاّ أنها لا تعدو عن كونها آراء أو مقترحات غير ملزمة للقاضي، لأن السيطرة التي تتمتع بها القاضي في نطاق القانون تتسم بصفة الإطلاق.[31]

ويترتب على علم القاضي بالقانون نتائج مهمة، منها عليه أن يبحث بنفسه عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق دون أن يستسلم للصعوبات التي تواجهه فيما يتعلق بحالات متعلقة بغموض تلك القواعد أو تشابكها أو نقصها.[32]

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد مفاده، كيف يخطأ القاضي في مسائل القانون؟ وما أثر ذلك على التكييف؟ هناك عدة حالات يخطأ فيها القاضي وهو بصدد اختيار القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع وما يقوده إلى ذلك هو تكييفه الخاطئ للقانون، ومن هذه الحالات (الحالة السلبية) وتتحقق هذه الحالة فيما لو أنكر القاضي قاعدة قانونية واجبة التطبيق، (الحالة الايجابية) وتتحقق هذه الحالة بتطبيق قاعدة لا تنطبق أصلاً على النزاع أو إعمال قاعدة فاقدة العلاقة بالنزاع، أو تطبيق القاعدة بشكل صحيح ولكن دون استنباط نتائج مقبولة في ميزان القانون.[33]

نورد مثالاً على ذلك، إذا عرض على القاضي نزاعاً بخصوص عقد (الوكالة) وكان الموكل قد أوكل صبياً مميزاً بإجراء تصرف ضار محض، فهنا يبدو واضحاً أنه لا يجوز للقاضي البحث عن مدى إذن الولي للصغير المميز بحجة المحافظة على العقود من الزوال كون بقاء العقود يشجع الاقتصاد والتداول. بل عليه تطبيق النص الذي يقضي بعدم صحة هذه الوكالة.[34]

وقد يقال بأن القاضي قد لا يجد في كل الأحوال نصوصاً صريحة تنطبق على ما تعرض عليه من منازعات، فهل يمكن للقاضي في مثل هذه الأحوال أن يمتنع عن تطبيق القانون؟ من البديهي أن القاضي لا يمكن له الاحتجاج بفقدان أو غموض النص وإلاّ يعد ناكراً للعدالة. ولهذا نجد أن الكثير من التشريعات أوجدت وسائل ومكنت من خلالها القاضي

التصدي لمثل هذه الأحوال، ومنها التشريع العراقي،[35] الذي ألزم القاضي في قضائه الأخذ بمبدأ التفسير المتطور الذي يوسع نطاق الصلاحية لدى القاضي في الفصل، وذلك لما للأخذ بالتفسير المتطور من فوائد منها تمكين القاضي من حسم النزاع إضافة إلى تحقيق المصلحة العامة. مع الأخذ بنظر الاعتبار الحكمة من التشريع، وهناك من يوضح أهمية هذا المبدأ أنه يمكن القاضي من حسم النزاع بصرف النظر عما إذا كان النص جلياً من عدمه.[36]

ومن الأمثلة على هذه الحالة، أن المشرع قد استهدف حماية المحضون عندما أورد أحكام الحضانة وبالتالي لو قام القاضي بتطبيق القاعدة المتعلقة بهذه المسألة دون الأخذ بنظر الاعتبار الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه من خلال هذا النص يؤدى إلى وقوعه في الخطأ.[37]

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يبين المشرع في قانون المرافعات المقصود بالقانون، وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي[38] نجد بأن المقصود بالقانون الذي يجب على القاضي تطبيقه على النزاع هو القانون بمفهومه العام وبذلك يشمل كل من التشريع: العرف، مبادئ الشريعة الإسلامية، والعدالة. والخطأ الذي يمكن أن يصدر من القاضي في مجال التكييف يشمل كل تكييف خاطئ لأي من هذه المصادر، بعبارة أخرى إن الخطأ في تكييف القانون لا يقتصر على تكييف النص التشريعي فقط. وينبني على ذلك أن القاضي لابد وأن يكون ذو علم ومعرفة بالعرف مع فارق في الطبيعة.[39] إذ أن القاعدة هنا إذا كان القاضي لا يعذر عند جهله بنصوص القانون إلاّ أن هذا الأمر لا يصدق على العرف لتشعبه وتفرع جزئياته وبالتالي متى ما تمسك الخصوم بالعرف فللقاضي أن يطلب من الخصم الذي تمسك به إقامة الدليل على وجوده وله التمسك بذلك بكافة وسائل الإثبات.[40]

كذلك الأمر بالنسبة لمبادئ الشريعة الأكثر (ملائمة لنصوص القانون المدني) ودون أن يقيد القاضي نفسه بمذهب، على سبيل المثال إن جميع المذاهب الشرعية تؤكد مسؤولية مرتكب الفعل الضار تجاه المتضرر استناداً إلى المبدأ المستنبط من الحديث الشريف: (لا ضرر ولا ضرار). وبالتالي لا ينبغي على القاضي أن يتبنى موقف مذهب معين والتقييد به إذا كان محل خلاف كما ويجب عليه عند لجوئه لهذه المبادئ أن يراعي الدقة في استخلاص الحكم الشرعي حتى لا يتعرض للخطأ في التكييف.[41]

وأخيراً حتى لا يواجه القاضي صعوبة في مسألة افتقاد النص فقد حاول المشرع أن يمكنه قدر الإمكان بالوسائل التي تسعفه للفصل في النزاع ومنها قواعد العدالة من خلال إصدار الحكم وفق ما يراه مناسباً ومتفقاً وظروف كل واقعة.[42]

ويلاحظ، أن لجوء القاضي لهذا المصدر مقرون بخلو المصادر السابقة وحسب التسلسل المعروض من نص يمكن إعماله على الواقعة، علاوة على ذلك إن لجوء القاضي لقواعد العدالة لا يعني الحكم حسب مزاجه أو اعتقاده الشخصي بل يجب عليه إعمال هذا المصدر بصورة موضوعية وبخلاف ذلك يصبح متعدياً على اختصاص المشرع كما وينجم عن خروجه من حدود هذه المبادئ سيوجهه إلى الفهم الخاطئ للواقعة وهذا ما يؤثر سلباً على تكييف الدعوى بشكل سليم.

**المحور الثاني: مدى استيعاب مبدأ التقاضي على درجتين وأسباب الطعن التمييزي للخطأ في الإسناد**

إن فكرة الاستئناف تتعلق بطرح النزاع أمام محكمة ثاني درجة بهدف إعادة مراجعة أو إلغاء ما تصدر من محاكم الدرجة الأولى من أحكام، وبناءاً على ذلك إن للاستئناف دور رقابي يقوم على أساس مراقبة ما صدر من القضاة من اجتهاد كونهم معرضين للخطأ سواء في مرحلة ضبط المسائل الواقعية وتحديدها أو مرحلة تطبيق القانون بالاعتماد على فهمهم وذلك لأنهم في نهاية المطاف من البشر، وعلى هذا الأساس تهدف أغلب التشريعات إلى اتخاذ الوسائل الكفيلة التي تضمن مراعاة العدالة في الحكم الصادر بناءاً على اجتهاد القاضي.[43]

ومن جهة أخرى، إن محكمة التمييز باعتبارها أعلى جهة قضائية تتولى رقابة الاجتهاد القضائي على مستوى المحاكم وفق أحكام القانون، باعتبارها الجهة المتمكنة من حيث الخبرة والدراية بمسائل(التفسير، الفهم والتطبيق) السليم للقانون علاوة على تقريرها الصحيح للقواعد القانونية.[44]

بناءاً على ما سبق، ولكون المشرع العراقي لم يخص الخطأ في الإسناد القانوني بنصوص خاصة بل عالجها ضمن أحوال الطعن التمييزي، لذا سنقسم هذا المحور على عنصرين : نتناول في **العنصر الأول** معالجة المشرع العراقي للخطأ في الإسناد القانوني. أما **العنصر الثاني** فقد خصصناه للبحث في دواعي تنظيم الخطأ في الإسناد القانوني بنظام مستقل.

**أولا: معالجة المشرع العراقي للخطأ في الإسناد القانوني**

بصورة عامة إن المشرع لم يقيّم مسؤولية القاضي المدنية عن أية خطأ ما دام يرتكب هذا الخطأ أثناء( تأديته لوظيفته)، بل جعله فقط مسؤولاً عن إخلاله بواجباته الوظيفية،[45] ولم يفرد المشرع العراقي في قانون- المرافعات- المدنية العراقي النافذ (المعدل) نصاً يعرف بموجبه الخطأ في الإسناد القانوني إضافة إلى عدم إيراده (نصوصاً خاصة) يبين من خلالها تنظيم الإسناد القانوني رغم ضرورتها، بل اكتفى بالنص عليه ضمناً بمناسبة النص على أسباب الطعن التمييزي[46]- التي سنأتي على ذكرها فيما بعد- ولكن السؤال الذي يثور هنا: هل إن الاحتكام إلى أسباب الطعن (التمييزي) يكون كافياً لضمان حياد القاضي وعدالته تجاه الخصوم؟ فمن جهة، أن القاضي بشر ومهما بلغت نسبة الثقة بنزاهته سيكون عرضاً لأن يسري عليه ما يسري على الكافة بحكم اتحادهم في صفة البشرية، ومن هذا المنطلق بادرت الكثير من التشريعات إلى تضمين تشريعاتها -الإجرائية المدنية – بأنظمة ونصوص كافية لغرض التحقق من الأخطاء التي ترتكب من القضاة ومنها – الخطأ في الإسناد – من جهة أخرى، أن التمييز كطريقة للطعن في الحكم وإن شكلت ضمانة لأطراف النزاع إلاّ أن أعلى ما يمكن أن يترتب على سلوك هذا الطريق هو نقض الحكم المميز عند تحقق أحد أسبابه. وبالتالي لا يمكن الاكتفاء به لمواجهة الحالات التي يقوم فيها القاضي لأي سبب بتسيير وقائع الدعوى نحو اتجاه معين محاباة منه لأحد الخصوم أو تحقيقاً لغاية معينة أو لأي سبب آخر.[47] الأمر الذي أدى بالكثير من التشريعات الإجرائية إلى إقرار نظام (الشكوى) من

القضاة أو ما يطلق عليها –مخاصمة القضاة– ومنها التشريع العراقي الذي أقام بموجبه المسؤولية المدنية الشخصية للقاضي.[48]

وفي هذا الصدد ينبغي علينا أن نقوم بفحص نظام الشكوى لمعرفة مدى إمكانية الاستفادة منه لاستيعاب فكرة الخطأ في الإسناد القانوني، بعبارة أخرى، لمعرفة مدى إمكانية إدراج الخطأ في الإسناد تحت النصوص الخاصة بالشكوى؛ سيما وأن المشرع العراقي ألزم القاضي المشكو منه بتعويض الضرر الذي يصيب المشتكي فيما لو استطاع الأخير أن يثبت صحة شكواه.[49] فبالرجوع إلى الأسباب القانونية التي ينبغي توافرها لقبول هذه الشكوى يجد المتمعن أنه لا يمكن الاستفادة من النظام المذكور لتغطية ما يسمى بالخطأ في الإسناد القانوني، كون قبول الشكوى متوقف على الأسباب التي حصرها المشرع في المادة (**286**) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمتمثلة بتوافر القصد أو سوء نية القاضي، أو ارتكابه لخطأ مهني جسيم يتسم بالإهمال المفرط، ويلاحظ في هذا الصدد أنه يخرج من نطاق الشكوى الحالات التي يقوم فيها القاضي بعملية تثبيت وتحديد الوقائع وتكييفها وكذلك عند قيامه بتفسير القانون – وإن خالف في تفسيره إجماع الفقه القانوني– علاوة على إعماله القانون على وقائع الدعوى فكل هذه الأمور تخرج عن نطاق الشكوى من القضاة ما دام وظيفته اجتهادية وهو حسن النية ولم يتوفر لديه قصد أو سبب من أسباب التي تجعل قبول الشكوى في مواجهته مقبولاً.[50]

وفي رأينا المتواضع، من حيث المبدأ أن الخطأ في الإسناد القانوني لا يمكن إخضاعه ومعالجته بإعمال النصوص الخاصة بالشكوى من القضاة ما لم يبلغ الخطأ درجة من الجسامة يمكن معه إعمال نصوص الشكوى، وبالتالي يكون إثبات قصد الإضرار أو الغش أو الخطأ المهني الجسيم فيها عسيرة كونه أمر باطني (نفسي) ولسنا بصدد إثبات هذه الأمور لدى شخص عادي بل لدى شخص موثوق لدرجة عهد إليه مسألة تطبيق العدل. ومن جهة أخرى، إن تطبيق قواعد الشكوى على –الإسناد القانوني– قد يؤثر سلباً على اجتهاد القاضي نفسه سيما أن الإسناد القانوني يحمل في طياته طابع الاجتهاد الذي يعد صفة من صفات وظيفة القاضي،[51] الأمر الذي قد يخشى معه التعرض للشكوى بسبب تكييفه سيما لو كان حسن النية.

بناء على ما تقدم، نجد أن المشرع العراقي قد أشار ضمناً إلى الخطأ في الإسناد القانوني على شكل أسباب الطعن التمييزي، ومن هذه الأسباب:

**1– مخالفة القانون–الخطأ في تطبيقه أو العيب في تأويله–:** إن عمل القاضي في تطبيق القاعدة القانونية بشكل سليم يتوقف على سلامة تكييفه للوقائع لهذا يعد تطبيق القاضي للقانون اجتهاداً وبالتالي قد يخطأ القاضي في اجتهاده.[52]والقانون هنا لا يقتصر على التشريع بل يشمل بقية المصادر التي أشرنا إليها سابقاً كما ويشمل كل قانون واجب التطبيق ونافذ في العراق. ويلاحظ في هذا الصدد يمكن إرجاع كل من مخالفة القاضي للقانون والعيب في تأويله هو أن ينكر القاضي قاعدة موجودة أو العكس أي بتطبيق قاعدة غير موجودة أو تطبيق قاعدة قانونية لا تنطبق أصلاً على واقعة الدعوى.[53] من الأمثلة على الخطأ في تطبيق القانون، كما لو أعطت امرأة مجوهراتها لزوجها على سبيل القرض وقامت محكمة الموضوع بتكييف هذه الواقعة عند النزاع على أنها غصب وطبقت عليها النص الخاص بالغصب.[54] كما

وأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في مجال تفسير حكم النص القانوني سواء قام بذلك بسبب الغموض الذي يعتري النص أو لعم استجابة النص أو قدرته في مواجهة الواقع المعروض على القاضي[55] لذا إن الخطأ في تأويل القانون يحصل عندما يتولى القاضي تفسير قاعدة ويستخلص منها معنى مغاير للمعنى الحقيقي له،[56] وقد نص المشرع العراقي على الخطأ في تطبيق القانون.[57]

وتجدر الإشارة إلى أنه عند الطعن في الحكم يجب أن يشتمل عريضة التمييز على بيان أوجه مخالفة القانون، ذلك لأن محكمة التمييز لا تتولى البحث في الوقائع وتكييفها من جديد وبالتالي خلو العريضة التمييزية من بيان وجه المخالفة يستوجب رد العريضة.[58]

**2- مخالفة قواعد الإجراءات المؤثرة:** إن وقوع الخطأ في الإجراءات الأصولية المتبعة من قبل المحكمة التي تنظر الدعوى يمنح للخصم الطعن في الحكم الصادر فيه تمييزاً، متى كانت تلك الإجراءات مؤثرة في صحة الحكم،[59] وتنقسم قواعد الإجراءات على نوعين، الأول متعلق بالنظام العام؛ كتسبيب الحكم القضائي.[60]

ويلاحظ في هذا الصدد إذا كان الحكم خالياً من الأسباب التي بني عليها فيكون الحكم باطلاً لوجود عيب شكلي في ذات الحكم، ولكن ماذا لو كانت الأسباب موجودة ولكنها مبهمة أو ناقصة فهنا متى ما كان منطوق الحكم صحيحاً وموافقاً للقانون وإن كان هناك خطأ في الأسباب وكانت مخالفة للقانون فهنا تقوم محكمة التمييز باستبدال السبب المخالف للقانون بسبب جدي.[61]

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة غير ملزمة ولا تتمسك بها من تلقاء نفسها إلاّ عند تمسك الخصوم. وهناك الكثير من الإجراءات التي لا تعد من النظام العام كبطلان التبليغات لمخالفة القواعد الخاصة بالأشخاص المراد تبليغهم أو كيفية إجرائها أو بسبب القائم بالتبليغ أو مخالفة شروط التبليغ[62] كذلك الإجراءات المتعلقة بالمرافعة حضورياً أو غيابياً وكذا الحال بالنسبة للإجراءات الخاصة بالقضاء الولائي أو إجراءات القضاء المستعجل أو الحالة الخاصة من حالات التي تعد من الأحوال الطارئة على الدعوى المدنية وهي حالة وفاة الخصم وعند فقده لأهلية الخصومة أو زوال صفة النائب أو ما يتعلق بتلاوة منطوق الحكم علناً.[63] وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة ملزمة بمراعاة هذه الإجراءات كونها متعلقة بالنظام العام كما هو الحال بالنسبة لحالة التنحي الوجوبي عند تحقق الأسباب التي تستدعي ذلك أو إغفال المحكمة تبليغ الفرقاء عند قيامها بإجراء عند ختام المرافعة.[64] أما النوع الثاني فهي لا تتعلق بالنظام العام كمخالفة قواعد الاختصاص المكاني والتي يجب على الخصم إبدائها قبل التصدي لموضوع الدعوى وبخلاف ذلك يسقط الحق.[65]

**3- التناقض بين الأحكام:** إن أغلب التشريعات تؤكد على اعتبار صدور حكمين متناقضين سبباً من أسباب الطعن التمييزي، سواء بصدورهما من محكمة واحدة أو محكمتين لها ذات الاختصاص النوعي والوظيفي متى كان الحكم الأول قد أصبح نهائياً بصرف النظر عما إذا كان أصبح كذلك بسبب فوات مدد الطعن أو باستنفاذ الطرق المقررة قانوناً للطعن أي أن يكتسب الحكم قوة الأمر المقضي فيه باكتسابه الدرجة القطعية، علاوة على ذلك يجب لإعمال النص القانوني الخاص بالتناقض،[66] يجب اتحاد الحكمين أطرافاً وسبباً وموضوعاً وأن يقع التناقض بين فقرتين حاسمين للنزاع وليس من القرارات

غير المنهية للخصومة كقرارات القضاء الولائي، بحيث يستحيل تنفيذ الفقرتين معا.[67] كما لو قضى الحكم الأول تخلية المحور، والثاني قضى برد دعوى التخلية، أو الحكم الأول صدر بتبرئة ذمة المدين من الدين والثاني إلزامه بأداء الدين وهكذا.

ولأجل ضمان استقرار الأحكام القضائية والمحافظة على هيبة القضاء من كيد الخصوم جعل المشرع الحكم الأول الذي حاز درجة البتات عنواناً للحقيقة، إذ قد يحاول الخصم سواء بسوء نية كالإطالة أو بحسن نية لغرض لتعويض ما فاته من الحكم الأول كتقديم دليل ثبوتي لتبرير إدعاءه أو ما فات المدعى عليه من دفع لتقوية مركزه فسيتم عرض الوقائع التي حسمت بالحكم الأول مجدداً سواء أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الأول أو على محكمة أخرى لها ذات الاختصاص في النظر إلى النزاع، بالتالي سيكون هذا سبباً من أسباب الطعن التمييزي.[68]

**4- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري:** إن الخطأ الجوهري في الحكم أيضاً يعد سبباً من أسباب الطعن التمييزي نص عليه المشرع العراقي في نص الفقرة (**5**) من المادة (**203**) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ (المعدل)، والسؤال الذي يثور هنا: متى يكون الخطأ جوهرياً؟ لقد بين النص المشار إليه حالات معينة يكون فيها الخطأ في الحكم جوهرياً موجباً للطعن التمييزي ومنها:

**- الخطأ في فهم الوقائع:** وقد -بينا سابقاً- الخطأ في تكييف الوقائع ومنعاً للتكرار نكتفي بالإشارة إلى أن وسيلة القاضي لفهم الوقائع هو دليل الإثبات الذي يجوز قانوناً الاستدلال به. وبخلاف ذلك يكون الحكم معيباً ومعرضاً للنقض، ويجب على القاضي أيضاً أن لا يخرج عن نصوص وقواعد القانون الموضوعي عند استخلاص فهمه كما لو سمح القاضي بإثبات تصرف وارد على العقار عن طريق الشهادة لأنه بذلك يكون قد خالف حكم القواعد الموضوعية التي تجعل التصرفات الواردة على العقار دون إتباع الشكلية باطلة.[69]

**- عدم الفصل في جهة من جهات الدعوى:** اختلف الفقه حول مشتملات مصطلح (جهة الدعوى)، بين اتجاهين الأول هو الاتجاه الموسع الذي يرى أن هذا المصطلح يشمل كل من الطلبات المقدمة من المدعي وكذا الدفوع المقدمة من الجانب المقابل له.[70] في حين هناك اتجاه يضيق من نطاق المصطلح المذكور ويستبعد الدفوع من مجاله، بحجة أن الدعوى قد تتضمن جملة من الطلبات والدفوع التي لا تتعلق بطلب الحكم وبالتالي إن صدور الحكم دون مراعاتها لا يجعله عرضاً للنقض ولا محلاً للطعن التمييزي.[71]

وحسب رأينا المتواضع نرى أن الاتجاه الموسع جدير بالتأييد وذلك اقتصاراً للوقت والجهد والإجراءات والنفقات ومن أجل حسم النزاع برمته ومن هذا المنطلق ولهذه الاعتبارات نجد أن المشرع قد أقر بعض الأنظمة منها الدعوى الحادثة التي لها ارتباط بموضوع النزاع المعروض وكذا الحال بالنسبة للدفع الذي أوجب المشرع أن يكون ذو ارتباط مباشر حسب نص المادة (**8**) من قانون المرافعات. ومن الأمثلة على عدم الفصل في جهة من جهات الدعوى الفصل في أصل الدين دون الفوائد القانونية المستحقة.

**-الفصل في شيء غير مطلوب أو الحكم بأكثر مما طلب:** يجب على القاضي التقييد بالطلبات الواردة في عرضة الدعوى المرفوعة إليه وبخلاف ذلك إذا خرج عن حدود العريضة بالنسبة للحكم على الطلبات فسيكون حكمه عرضاً

للنقض ومتسماً بخطأ جوهري، وخروج القاضي من نطاق عريضة الدعوى يكون في صورتين فإما يحكم بشيء غير مطلوب أو بأكثر مما هو مطلوب.[72]

**–صدور حكم بشكل مخالف لما هو ثابت في محضر الدعوى أو خلافاً لدلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصم:** إن هذه الصورة من صور الخطأ الجوهري له علاقة بالخطأ في مسائل الوقائع المثبت في محاضر جلسات المرافعة وهذا المحاضر ولأنها مثبتة من قبل موظف عام وهو كاتب الضبط وبالتالي تعد من السندات الرسمية ولها حجة على الناس كافة بموجب أحكام قانون الإثبات العراقي.[73] وبناء على ذلك فهي بمثابة مصدر يرجع إليها القاضي لفهم الدعوى ومعرفة وقائعها كونها تتضمن أقوال الفرقاء و وكلائهم و ما أبدوا من أوجه الدفاع والأدلة المثبتة.[74]

**–تناقض فقرات منطوق الحكم لبعضها البعض:** يراد بمنطوق الحكم تلك الفقرة التي يخصصها القاضي للتعبير فيها عما قضى به وفي العراق يصطلح عليها (الفقرة الحكمية) ومن شروط المنطوق هو أن يكون واضحاً من حيث الألفاظ و ومعبراً عن القانون وفاصلاً في النزاع، وأن لا يناقض بعضه البعض وإلاّ كان مشوباً بخطأ جوهري يستوجب النقض.[75] والمثال على هذه الحالة إذا قضت المحكمة برد دعوى المدعى في فقرة من فقرات المنطوق ومن ثم قضت له بمبلغ المدعى به. وهنا نكون أمام استحالة التنفيذ.

**– عدم جمع الحكم لشروطه القانونية:** هناك مستلزمات قانونية يجب مراعاتها عند إصدار الحكم –لا مجال للتطرق إليها– كالكتابة وتسبيب الحكم بحسب ما جاء في المادة (**159**) من قانون المرافعات، إذا لم يراعي القاضي تلك المستلزمات سواء الشكلية منها أو الموضوعية سيكون بذلك قد ارتكب خطأ جوهرياً ومبرراً للنقض وسبباً من أسباب التمييز.[76] وبذلك نكون قد انتهينا من بيان الأسباب التي أوردها المشرع للطعن التمييزي والتي تشير ضمناً إلى الخطأ في الإسناد القانوني. وتبين لنا أن الأثر المترتب على تحقق أي سبب من هذه الأسباب هو نقض الحكم، مما يجعلنا نتسائل عن الأثر الشخصي عند تحقق أي من هذه الأسباب، بعبارة أخرى أن المشرع –العراقي– لم ينص على مسؤولية القاضي عن الخطأ في الإسناد القانوني، فكيف للمتضرر الحصول على التعويض جراء الخطأ في الإسناد؟ إزاء الحالات التي يكون فيها القاضي حسن النية ولا يمكن معها للمتضرر أن يرفع الشكوى ضد القاضي لعدم تحقق أسباب الشكوى، أو الحالات التي يكون فيها القاضي سيئاً للنية – بحيث قام بتسيير الدعوى من أجل اتخاذ وجهة غير الوجهة الصحيحة لها– فيحتمي تحت ستار الاجتهاد، ومن هنا تدعوا الحاجة إلى النص على مسؤولية القاضي عن خطئه في الإسناد القانوني وتنظيم هذه المسألة. لذا ولضرورة هذه المسألة نجد أن تشريعات بعض الدول قد نظمت أحكام دعوى التعويض التي ترفع من المتضرر عن الخطأ القضائي بنصوص دستورية.[77]

**ثانيا: دواعي تنظيم الخطأ في الإسناد القانوني بنظام مستقل**

إن المشرع العراقي لم ينص صراحة على الخطأ في الإسناد القانوني ولم ينظم أحكامه بنصوص مستقلة بل نص على حالاته ضمناً بمناسبة بيان أسباب الطعن التمييزي، وقد تسائلنا عن مدى إمكانية المتضرر من الحصول على تعويض

عادل جراء ما لحقه من ضرر بسبب خطأ القاضي في الإسناد. وقد اختلفت وجهات النظر حول تقرير مسؤولية القاضي المدنية بين معارضي ومؤيدي هذه الفكرة.

وعلى هذا الأساس هناك من يوافق ويحسن موقف المشرع العراقي من عدم مسائلة القاضي عن الخطأ في فهم الوقائع وتأويل النص القانوني؛ بحجة أن هذا الخطأ وإن وقع فمن الممكن تداركه عن طريق طرق الطعن دون حاجة إلى قيام مسؤولية القاضي الشخصية وبخلاف ذلك سيخيب ظن القاضي بمبدأ الاستقلال، ويشغله بالدعاوى التي سترفع عليه وما يترتب على ذلك من إهدار لوقت القضاء، أما الأخطاء التي يسأل عنها القاضي مدنياً فهي تلك التي تستوجب الشكوى والتعويض.[78]

ومن جهة أخرى، هناك من يذهب إلى القول إن تقرير المسؤولية المدنية للقاضي يؤدي إلى تدخل محكمة في شؤون محكمة أخرى أثناء النظر في النزاع وهذا ما لا يمكن القبول به وإن كان التدخل من قبل محكمة أعلى درجة كون الطعن في الحكم لا يكون إلاّ بعد صدور الحكم، وبخلاف ذلك سيخشى القاضي وهو بصدد الفصل في الدعاوى من أن يتعرض للمسؤولية.[79] والكثير من الحجج الأخرى التي استندوا عليها معارضي مسؤولية القاضي لا مجال لإيرادها.

ولكننا نرى بأن ايجابيات تقرير مسؤولية القاضي على أساس خطئه في الإسناد القانوني تفوق سلبياته وذلك لعدة اعتبارات نوردها تباعاً:

–إن طبيعة عمل القاضي تقتضي منه الاجتهاد، لذا فمن الممكن أن يخطأ القاضي ولكن خطأه قد يكون راجعاً إلى تقصيره وهذا ما لا ينسجم مع ثقة الناس بالقضاء، وبالتالي من الضروري وجود طريقة واضحة يمكن من خلالها حمل القضاة على أداء مهامهم بتبصر وبعيد عن التقصير وهذه الطريقة هي إقرار مسؤوليتهم المدنية. كما ولا يتصور منطقياً أن نجعل القضاء جهة لتطبيق العدل على المتنازعين، واستبعاد القضاة من المسؤولية عن أخطائهم في تطبيق العدل يؤدي إلى القول أن الناس يرجون العدل من جهة لا تطبيق العدل على نفسها.[80] وعلى هذا الأساس ما سبق نسوق القاعدة الفقهية التي تقول (فاقد الشيء لا يعطيه).

–لا وجود للتعارض بين استقلالية القضاء وبين تقرير المسؤولية الشخصية المدنية للقاضي، لأن دعوى المسؤولية وإن نظرت من قبل هيئة قضائية فلا دخل لذلك بمبدأ استقلالية القضاء بل تعد هذه المسؤولية من الصور الداعمة والضامنة لاستقلالية القضاء، لأن هذه المسؤولية هي التي تبعد الشوائب التي يتعرض لها مبدأ الاستقلالية. ومن جهة أخرى، إن عدم تنظيم مسؤولية القضاة عن أخطائهم بصورة عامة وفي الإسناد القانوني على وجه الخصوص يؤدى إلى الرجوع لتطبيق أحكام المسؤولية وفق القواعد العامة، وهنا قد يستغل البعض هذه الفرصة لإقامة الدعاوى الكيدية على القضاة ليس بدافع الحصول على التعويض ومحو أثار الضرر بل لغرض التشهير ليس إلاّ.[81]

–إن عدم وضع ضوابط ونظم خاصة أمام المتضرر يسير عليها عند مباشرته لإجراءات التقاضي ضد القاضي يؤدى إلى ارتفاع نسبة الدعاوى على القضاة مما يشغلهم عن أداء مهامهم بشكل سليم ومتفق مع غايات القانون.[82]

–إن القاضي في نهاية الأمر يعتبر شخصاً أمام القانون، بناءاً على ذلك إن إعفاء شخص وتغريم آخر يؤدى إلى عدم تطبيق القانون بشكل عادل وهذا ما يؤدى إلى قيام مجتمع ظالم.

ونرى في ذلك أن القاعدة الفقهية التي تقضي (فاقد الشيء لا يعطيه) تنقلب رأساً على عقب؛ فالقاضي الذي لا يسأل عن تعويض أخطاءه يقيّم مسؤولية مرتكبي شتى أنواع الأضرار المدنية ومن ثم إلزامهم بالتعويض، فالذي لا يلتزم عن أخطاءه؛ كيف يلزم الناس عن أخطائها؟ وهذا الكلام بطبيعة الحال غير موجه للقاضي، بل موجه إلى مورد النصوص القانونية التي تحكم هذا الموضوع.

–عندما يخسر أحد أطراف النزاع دعواه وإن كان الحكم عادلاً سيشعر بالظلم، فما الحال إذا كان الحكم ظالماً أو كان خطأ القاضي في الإسناد القانوني هو السبب في خسارة الدعوى؟ أو كان بسبب تقصير القاضي أو عدم فهمه لموضوع الدعوى وغير ذلك من الأخطاء، هنا سيفقد المجتمع ثقته بنزاهة القضاء إن لم يجد نظاماً فعالاً يمكن بمقتضاه جبر الضرر من خلال تعويض المتضرر.[83]

وأخيراً وحسب رأينا المتواضع نقول، إن حصر مسؤولية القاضي المدنية في نطاق الشكوى من القضاة، فيه إجحاف بحق نظرية المسؤولية المدنية ذاتها دون مبرر، فليس هناك ما يميز الضرر الذي يتوخاه المشرع من خلال نظام الشكوى عن الضرر الذي قد يحصل بسبب الخطأ في الإسناد القانوني، وطالما أن غاية التعويض هو جبر الضرر، فليس هناك ما يبرر من حصره في نطاق خطأ معين دون آخر. ونظراً للمساحة المخصصة للبحث سنكتفي بهذا القدر

**خاتمة:**

في ختام هذا البحث تبين لنا أن القاعدة القانونية تتولد على مرحلتين الأولى بصدورها من السلطة المختصة، والثانية هي بتطبيقها من قبل القاضي إذ لا جدوى من وجود القواعد القانونية دون أن تحقق وتعالج المسائل التي إفترضها المشرع وهذا الأمر مرهون بتطبيق سليم، والتطبيق السليم يتطلب قيام القاضي بمسايرة الدعوى بدءاً من تكييف وقائعها ومروراً بإستخلاص النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وانتهاءاً بحسم النزاع بصورة قانونية جيدة. وإثر خلو قانون المرافعات المدنية العراقي من تنظيم موضوع الخطأ القضائي في إسناد الوقائع قد يعمد القاضي مسايرة الدعوى المنظورة من قبله نحو إتجاه معين كما قد تحدث هذه المسايرة بناءاً على خطأ غير مقصود. مما ينتج عن ذلك آثار سلبية سواء لأطراف النزاع أو للسلطة القضائية أو للمجتمع. ومن خلال معالجتنا لهذا الموضوع توصلنا الى جملة من الإستنتاجات والتوصيات منها:

- **الاستنتاجات:**

**1–** الخطأ في الإسناد قد يكون إيجابياً وذلك بتطبيق نص لا ينطبق على النزاع أو لا يمت له بأية صلة، أما الوجه السلبي له فيتمثل بإنكار قاعدة قانونية نافذة ومنطبقة على النزاع.

**2–** الخطأ في تكييف الوقائع تؤدي إلى الخطأ في استخلاص النص القانوني أي (الخطأ في الإسناد القانوني)، والخطأ في التكييف كما يمكن أن يحصل بسبب عدم فهم القاضي للواقع (الخطأ غير العمدي) فقد يكيف القاضي هذه الوقائع

ويسيرها قصداً صوب اتجاه معين لكي تنطبق عليها نصوص غير النصوص التي كانت ستطبق فيما لو كان التكييف قد أجري بشكل سليم.

**3–** إن سلطة القاضي على مسائل القانون هي سلطة مطلقة وبالتالي لا يمكن له تفويض من له خبرة في مجال القانون لاستخلاص النص القانوني.

**4–** إن ترك مسألة الخطأ في الإسناد القانوني لأسباب الطعن التمييزي يؤدى إلى إفلات القاضي في (الكثير من الفروض) من تحمل مسؤولية خطئه، مع عدم إمكانية إلزامه بدفع التعويض؛ لأن أعلى ما يمكن أن يترتب على الطعن هو نقض الحكم المميز.

**5–** إن ميزة الاجتهاد في الوظيفة القضائية قد تكون محلاً للاستغلال فهي (حق ولكن قد يريد بها باطل)، فوجه الحق يتمثل بقيام القاضي بوظيفته تحت مضلة الاجتهاد؛ أما الباطل فيتمثل في التعمد على مسايرة القضية نحو اتجاه غير اتجاهها السليم، بغية إعمال نصوص لا تنطبق عليها (الوجه الايجابي للخطأ) أو من أجل إنكار نص ينطبق عليها (الوجه السلبي للخطأ).

**6–** لا يمكن للقاضي أن يبني حكمه على واقعة لم يواجه بها الخصوم ولم تعرض للمناقشة.

**7–** إن الأدلة الثبوتية هي التي تشكل مقياساً قانونياً يستعمله القاضي للأخذ بالوقائع، وبالتالي الوقائع غير المدعمة بأدلة الإثبات لا تصلح أن تكون أساساً لحكم القاضي.

**– التوصيات:**

**1–** نوصي المشرع العراقي بإيراد نصوص خاصة في قانون المرافعات لتنظيم خطأ القاضي في الإسناد القانوني للوقائع، يقيّم بمقتضاها مسؤولية القاضي عن نوعي الخطأ (الإيجابي والسلبي).

**2–** نوصي المشرع العراقي بتوسيع نطاق المسؤولية المدنية للقاضي بشكل يمكن إدراج الخطأ في الإسناد تحته، وعدم حصر تلك المسؤولية في نطاق الشكوى –من– القضاة.

**3–** نقترح على المشرع العراقي إيراد نص ضمن النصوص الخاصة بالطعن التمييزي يقيّم بمقتضاه مسؤولية القاضي المدنية فيما لو ثبت تعمده مخالفة القانون.

**4–** نوصي المشرع العراقي بإيراد نص في قانون المرافعات يلزم القاضي بموجبه الرجوع إلى قواعد الاستدلال المنطقي عند استخلاص فهمه للوقائع.

**قائمة المراجع:**

**1– الكتب:**

– ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980.
– أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
– أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار النشر، 2010.

– أحمد خليل ، أصول المحاكمات المدنية – ط1، الناشر دار العلوم العربية ،لبنان، بيروت، 1992.
– آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط1، الدار العربية للنشر، بغداد، 1976.
– آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، 1988.
– أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
– أيمن الفاعوري، مخاصمة القضاة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
– جمال مولود ذبيان، ضوابط الصحة وعدالة والحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1992.
– جواهر السعدوني، مسؤولية القاضي، الهيئة الوطنية للمحامين، تونس، 2019.
– حسن كيرة،، المدخل لدراسة القانون، دار منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، 1974.
–حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون, دار معارف للنشر، القاهرة، 1979.
–رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
– سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، ص 1972.
– شهاب أحمد ياسين، آثار تكييف الدعوى المدنية، دراسة تطبيقية في القانون العراقي، المكتبة القانونية –شركة العاتك لصناعة الكتاب، بغداد– بيروت، 2016.
– صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
– ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
– ضياء شيت خطاب، فن القضاء، الناشر قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، 1984.
– عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، ط1، دار الثقافة –للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
– عباس الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مكتبة السنهوري، بيروت، 2018.
– عبد الحكم فوده، تفسير العقد، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
– عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972.
– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزامات بوجه عام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
– عبد الوهاب السيد عرفة، ضوابط تسبيب الأحكام المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
– عزالدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون –المرافعات–ط12،ج4، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
– عزالدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، طرق الطعن في الأحكام المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.
– عزمي عبد الفتاح، أساس الدفاع أمام القضاء المدني، ط1، دون دار النشر، 1987.

– علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، مصر،القاهرة، 1987.
– عمر محمود حسن، الخطأ وأثره في القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
– عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
– عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدينة والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
– لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
– محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، ج2، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
– محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.
– محمود السيد التحيوي، إصدار الحكم القضائي، ط1، دار مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011.
– مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ج2، دار الكتب و الوثائق، بغداد، 2000.
– منصور حاتم محسن و د. هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، دون دار نشر، بدون سنة النشر.

**2– المقالات العلمية:**

– أحمد هلالي، قضاء التمييز نشأته وتطور، مجلة القضاء والقانون، الكويت، العدد2، بدون سنة النشر.
– حسون هجيج، فخري جعفر علي، فلسفة العدالة القانونية، مجلة المحقق الحلي، كلية القانون، جامعة بابل، العدد1، 2019.
– حسين رجب محمد، السلطة التقديرية للقاضي، بحث منشور في مجلة العلوم التقني، هيئة التعليم التقني، المجلد 26، العدد6، 2013.
– نبأ محمد عبد العبيدي، الخطأ في الإسناد القانوني، بحث غير منشور.
– نور حمد مسلم، التناقض بين الأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد4، 2005.
– هشام البسطويسي، –الصعوبات التي تواجه القضاة–، (مجلة الحق)، منشور من قبل اتحاد محامين العرب، القاهرة، العدد1، 1991.
– ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الوقائع والأدلة في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد9، العدد 33، 2007.

**3– قرارات المحاكم:**

–ا لحكم التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية: رقم الحكم 103/ إبطال حكم/ 2007 الصادر في 2007/9/26.

– قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 1460/الهيئة المدنية/ 2016 الصادر في 2016/3/28.
– قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 125/ الهيئة –الموسعة– المدنية/ 2019 بتاريخ 2019/4/22.
– حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم 59/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2020 صادر في 2020/3/16.
– قرار لمحكمة التمييز الاتحادية رقم 55/الهيئة –الموسعة– المدنية/ 2020 بتاريخ 2020/3/16.

**4– القوانين:**

– الدستور العراقي لسنة 2005.
– القانون (المدني) العراقي المرقم 40 الصادر في 1951.
– قانون –الأحوال الشخصية – العراقي رقم 188 الصادر في 1959 المعدل.
– قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
– قانون –التسجيل– العقاري رقم (43) لسنة (1971).
– قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.

**5– المواقع الالكترونية:**

–ابراهيم رشيد، مسؤولية القاضي المدنية عن أخطائه –المهنية–، مقال متاح على الرابط الالكتروني أدناه: https://www.(law-arab.com)تاريخ الزيارة: 2020/12/27 الساعة 9 مساءاً.

–تعليق القاضي سالم روضان الموسوي على القرار الصادر من مجلس الشورى في إقليم كوردستان العراق– العدد139/هيئة – عامة/ إدارية/ 2015 صادر بتاريخ 2015/11/4. متاح على الرابط الإلكتروني أدناه: https://www.hjc.iq/view.3119/ تاريخ الزيارة 2020/12/26. الساعة 1 صباحاً.

–محمد المنكوشي، الدفع ببطلان التبليغات، مقال متاح على الرابط الالكتروني أدناه: https://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2014/09/28/article-entitled-payment-invalidity-report1/ تاريخ الزيارة 2020/12/25 الساعة 8 مساءاً.

– هزيل جلول، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة –القضائية–، بحث منشور على الرابط الرقمي أدناه : https://platform.almanhal.com/Files/2/57001 تاريخ الزيارة 2020/12/23 الساعة 2صباحاً.

[1] للمزيد ينظر: عبد الوهاب السيد عرفة، ضوابط تسبيب الأحكام المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص5 وما بعدها.

[2] راجع: عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص117.

[3] للمزيد حول الخطأ في الإسناد وصوره راجع: نبأ محمد عبد العبيدي، الخطأ في الإسناد القانوني، بحث غير منشور، ص9.

[4] للمزيد حول التمييز بين الخطأ القضائي والغلط القضائي والخلافات الفقهية بينها ينظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص119 وما بعدها.

[5] أكدت المادة (**50**) من الدستور العراقي النافذ لسنة **2005** في شطرها الأخير على استقلال القضاء عند الكلام عن اليمين الدستورية لعضو مجلس النواب بالنص على أنه (يؤدي عضو مجلس النواب اليمين الدستورية أمام المجلس قبل أن يباشر عمله ....واستقلال القضاء والالتزام بتطبيق التشريعات بأمانة وحياد ..).

[6] المادة (**91**) من قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (**83**) **لسنة 1969** المعدل.

[7] المادة (**93**) والمادة (**94**) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[8] المادة (**92**) من ذات القانون أعلاه.

[9] للمزيد حول تفاصيل مسؤولية القاضي ينظر: جواهر السعدوني، مسؤولية القاضي، الهيئة الوطنية للمحامين، تونس، 2019، ص 2-3.

[10] لتفاصيل أكثر عن الموضوع ينظر: هزيل جلول، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة –القضائية–، بحث منشور على الرابط الرقمي أدناه: https://platform.almanhal.com/Files/2/57001 تاريخ الزيارة 2020/12/23 الساعة 2 صباحاً.

[11] راجع: شهاب أحمد ياسين، أثار تكييف الدعوى المدنية، دراسة تطبيقية في القانون العراقي، المكتبة القانونية – شركة العاتك لصناعة الكتاب، العراق– لبنان، 2016، ص 13 وما بعدها.

[12] ينظر: ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف، مصر، 1980، ص 46 وما بعدها. وينظر أيضاً: عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدينة والتجارية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 1164.

[13] للمزيد ينظر: محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، دار الفكر العربي، مصر، 1982، ص 220 وما بعدها.

[14] ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزامات بوجه عام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص143.

[15] للمزيد ينظر: منصور حاتم محسن، هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، دون دار نشر، كلية القانون، جامعة بابل، ص 4 وما بعدها.

[16] تنص المادة (**159 بفقرتيها 1و2**) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل على أنه: (**1–** يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبنية في القانون. **2–** على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت إليها).

[17] تنص المادة (**46**) من قانون المرافعات المدينة العراقي المعدل في الفقرة (**6**) على أنه: (يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على البيانات الآتية ....**6–** وقائع الدعوى وأدلتها و طلبات المدعي وأسانيدها).

[18] يستفاد من منطوق المبدأ القانوني الذي جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 1460/الهيئة المدنية/ 2016 الصادر في 2016/3/28، إن وجه مخالفة الحكم المميز للقانون يتمثل في قيام محكمة الموضوع بإصدار الحكم المميز بالرغم من عدم وصولها لنتيجة صحيحة بسبب عدم استكمالها للتحقيقات الضرورية عدم توصل المحكمة إلى نتيجة صحيحة هو في قرار لها بأنه: ( لدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون .... لم تتوصل إلى نتيجة صحيحة حيث لم تستكمل تحقيقاتها المطلوبة في موضوع الدعوى .....ومن ثم إصدار ما يتراءى لها على ضوء ذلك ....).

[19] راجع في تفصيل ذلك: عمر محمود حسن، الخطأ وأثره في القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص. 253 و295.

[20] ينظر: عزمي عبد الفتاح، أساس الدفاع أمام القضاء المدني، ط1، دون دار النشر، 1987، ص 203.

[21] للمزيد حول دور الاستدلال ينظر: ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الوقائع والأدلة في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد9، العدد33، سنة 2007، ص 119.

[22] ينظر: حسين رجب محمد، السلطة التقديرية للقاضي، مجلة العلوم التقني، هيئة التعليم التقني، المجلد26، العدد6، سنة2013، ص 111.

[23] للمزيد راجع: محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص398 وما بعدها.

[24] لتفاصيل هذا الموضوع راجع: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، قسم البحوث والدراسات القانونية، العراق، 1984، ص48.

[25] آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط1، الدار العربية للنشر، العراق، 1976، ص 127.

[26] راجع: المادة (**1**) من قانون الإثبات العراقي رقم (**107**) لسنة **1979** المعدل.

[27] راجع: حسين رجب محمد، مصدر سابق، ص99.

[28] ينظر: جمال مولود ذبيان، ضوابط الصحة وعدالة والحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، العراق، 1992، ص 71 وما بعدها.

[29] المادة (**30**) من قانون –المرافعات المدنية – العراقي المعدل.

[30] للمزيد حول ذلك ينظر: منصور حاتم محسن، هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص10.

[31] راجع: أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص18 وما بعدها.

[32] للمزيد ينظر: منصور حاتم محسن، هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص10.

[33] للمزيد: عبد الحكم فوده، تفسير العقد، دار منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 478 وما بعدها.

[34] إن الوكالة لا تكون صحيحة مطلقاً سواء أذن الولي أم لم يأذن بحسب حكم الوارد في نص المادة (**930**) من القانون (المدني) المرقم **40** الصادر في **1951**.

[35] نستدل على ذلك بما جاء في المادة (**3**) من قانون –الإثبات– العراقي.

[36] راجع: عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 96-97.

[37] أنظر: المادة (**57**) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم **188** الصادر في **1959** المعدل.

[38] المادة (**1 بفقرتيها 1و2**) من القانون المدني العراقي رقم **40** لسنة **1951**.

[39] راجع: أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص68-70.

[40] ينظر: عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972، ص468.

[41] ينظر لتفاصيل هذا الموضوع: حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، دار منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 121 وما بعدها.

[42] ينظر حول تفاصل مبادئ العدالة: حسون هجيج، فخري جعفر علي، فلسفة العدالة القانونية، مجلة المحقق الحلي، العدد1، السنة 11، 2019، ص 222.

[43] للمزيد حول هذا الموضوع راجع: أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار النشر، 2010، ص 979 وما بعدها.

[44] ينظر: أحمد هلالي، قضاء التمييز نشأته وتطور، مجلة القضاء والقانون، الكويت، العدد2، دون سنة النشر، ص2-8.

[45] راجع: آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، 1988، ص51.

[46] ينظر نصوص فقرات المادة (**203**) من قانون –المرافعات– المدنية العراقي (المعدل).

[47] للمزيد ينظر: رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص6-7.

[48] خصص المشرع العراقي سبعة مواد في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (**83**) لسنة **1969** (المعدل) لموضوع الشكوى من القضاة بدءاً من المادة **286** وانتهاءً بالمادة **292**.

[49] ينظر نص الفقرة (**3**) من المادة (**291**) من قانون– المرافعات المدنية– العراقي (المعدل).

[50] ينظر: آدم وهيب النداوي، قانون المرافعات، مصدر سابق، ص 51.

[51] ينظر: عباس الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مكتبة السنهوري، لبنان، 2018، ص30 وما بعدها.

[52] راجع: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، طرق الطعن في الأحكام المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص 49 وما بعدها.

[53] وبخصوص عيب مخالفة القانون، يفهم من حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم 59/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2020 صادر في 2020/3/16: أنه يمكن للمحكمة أن تستند في حكمها على تقرير الخبير استناداً إلى حكم المادة (**140**/أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم **107** لسنة **1979** المعدل ، ولكن إذا جانب تقرير الخبير الصواب أو لم يكن موضوعياً أو فيه مغالاة فلا يصلح اتخاذه كسبب للحكم لأنه سيخالف نظر القانون فيما لو اعتمد التقرير في هذه الأحوال كسبب للحكم.

[54] ينظر: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ج2، دار الكتب والوثائق، العراق، 2000، ص111.

[55] للمزيد من التفاصيل حول مسألة التفسير ينظر: حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون, دار معارف للنشر، مصر، 1979، ص9-10.

[56] راجع: صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، العراق، 2011، ص370 وما بعدها. وفي هذا السياق يفهم من قرار لمحكمة التمييز الاتحادية رقم 55/الهيئة –الموسعة– المدنية/ 2020 بتاريخ 2020/3/16 –أنه استناداً إلى حكم المادة **223** الفقرة **2** من قانون– التجارة– العراقي الرقم **30** لسنة **1984** يتم حساب الفوائد الاتفاقية على الحسابات الجارية ولكون موضوع الدعوى تتعلق بمبلغ ناجم عن الاعتماد المستندي وبالتالي لا يمكن احتساب الفوائد الاتفاقية التي تترتب على أساس مبلغ الاعتماد لا يمكن الحكم عنها على أساس الفوائد القانونية.

[57] راجع المادة **1/203** من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[58] ينظر:قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم **125**/ الهيئة الموسعةالمدنية/2019 بتاريخ 2019/4/22.

[59] راجع مضمون الحكم التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية: رقم الحكم 103/ إبطال حكم/ 2007 الصادر في 2007/9/26.

[60] ينظر: محمود السيد التحيوي، إصدار الحكم القضائي، ط1، دار مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص12 وما بعدها. وراجع المادة **159** /**1و2** من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[61] ينظر: عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص 42.

[62] راجع:محمد المنكوشي، الدفع ببطلان التبليغات، مقال متاح على الرابط الالكتروني أدناه: https://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2014/09/28/article-entitled-payment-invalidity-report1/تاريخ الزيارة 2020/12/25 الساعة 8 مساءاً. وينظر أيضاً: المواد (**12– 25**) من قانون المرافعات العراقي– النافذ).

[63] راجع: نصوص المواد (**55 –56**) و(**151–153**) و( **150**) (**84**) (**161**) مرافعات عراقي.

[64] راجع: أدم وهيب النداوي، قانون المرافعات، مصدر سابق، ص383.

[65] ينظر: المادة (**74**) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[66] راجع: المادة (**203**/ **4**) من نفس القانون.

[67] ينظر: أدم وهيب النداوي، قانون المرافعات، المصدر السابق، ص383.

[68] راجع: نور حمد مسلم، التناقض بين الأحكام القضائية، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد 4، ا 2005، ص 7 وما بعدها.

[69] هذا الحكم مطابق لما جاء في مضمون نص المادة (**3**) الفقرة 2 من قانون التسجيل العقاري رقم (**43**) لسنة (**1971**).

[70] راجع: ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر، 1970، ص348.

[71] لتفاصيل هذا الاتجاه ينظر: سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج1، مطبعة المعارف، العراق، 1972، ص 42 وما بعدها.

[72] ينظر: عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج4، ط12، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص329 وما بعدها.

[73] ينظر المواد (**21–22**) من –قانون الإثبات– العراقي.

[74] ينظر: أدم النداوي، قانون المرافعات، مصدر سابق، ص385.

[75] للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار العلوم العربية، لبنان، 1992، ص409 وما بعدها.

[76] ينظر التعليق الذي أورده القاضي سالم روضان الموسوي على القرار الصادر من مجلس الشورى في إقليم كوردستان العراق– العدد 139/هيئةعامةإدارية، 2015 صادر بتاريخ 2015/11/4. متاح على الرابط الإلكتروني أدناه:https://www.hjc.iq/view.3119/تاريخ الزيارة 2020/12/26. الساعة 1 صباحاً.

[77] راجع: الفصل **122** الخاص بالسلطة القضائية. من دستور المملكة المغربية الصادر في عام (**2011**)، فبموجب هذا الفصل إن الدولة هي التي تتحمل التعويض عن الخطأ الذي يرتكبه القضاء، وفي رأينا المتواضع نرى أن تحميل الدولة لهذه المسؤولية سلاح ذو حدين له ايجابياته وسلبياته: الأمر الايجابي- يتمثل إبداع القاضي عند القيام بعمله في الإسناد سيما لو كان حسن النية، مما يضفي على خطأ القاضي طابع رسمي وينفي عنه شكوك التعمد في مسايرة الدعوى قصداً نحو اتجاه معين مما يجعله يعمل تحت مضلة الثقة بالنفس، الأمر الذي يؤدي إلى توفير الطمأنينة في نفس القاضي وهو بصدد مهمة الإسناد. الأمر السلبي- قد يتخذ (بعض) القضاة سيئي النية من -تحمل الدولة لمسؤولية خطئهم في الإسناد- وسيلة لتحقيق نواياهم الشخصية لأي سبب كان وبالتالي تكييف القضية ومسايرتها صوب اتجاه معين مما يؤدى إلى اتخاذ القضية مسار غير مسارها الصحيح.

[78] ينظر: ابراهيم رشيد، مسؤولية القاضي المدنية عن أخطائه –المهنية-، مقال متاح على الرابط الالكتروني أدناه: https://www.(law-arab.com) تاريخ الزيارة: 2020/12/27 الساعة 9 مساءاً.

[79] لتفاصيل أكثر حول حجج المنكرين لمسؤولية القاضي راجع: هشام البسطويسي، الصعوبات التي تواجه القضاة، مجلة الحق، منشور من قبل اتحاد محامين العرب، مصر، عدد1، 1991، ص145-148.

[80] ينظر: محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، ج2، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص1025 وما بعدها.

[81] راجع: علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، مصر، 1987، ص.16

[82] للمزيد: أيمن الفاعوري، مخاصمة القضاة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2016، ص63 وما بعدها.

[83] ينظر: أيمن الفاعوري، المصدر السابق، ص60.