جامعة القاهرة
كلية الحقوق

مكتب
الدكتور/ طعيمة الجرف
محام بالنقض ومجلس الدولة
٥٥٤

سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد
دراسة مقارنة

إهداء
دار الكتب المصرية
جامعة القاهرة
والمحامي بالنقض والإدارية العليا

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق

إعداد

عبدالرحمن عبدالعزيز متولى سعودى

إشراف

الأستاذ الدكتور : **نعمان خليل جمعة**

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور : **نعمان خليل جمعة**

عميد كلية الحقوق – جامعة القاهرة

رئيسا ومشرفا

الأستاذ الدكتور

محمد على عمران

وكيل كلية الحقوق – جامعة عين شمس

عضـــوا

الدكتور

على حسين نجيدة

أستاذ مساعد بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

عضـــوا

بسم الله الرحمن الرحيم

وماأوتيتم من العلم إلاقليلا

صدق الله العظيم

إهـــداء

إلـى صـاحبـة الفضـل علـى.....
إلـى مـن حببت لـي الكفـاح والجـد
إلـى روح والـدتـي رحمهـا اللـه
إلـى مـن تجمـلت بـالعقـل والحكمـة
إلـى مـن كانـت كريمـة فـي عطـائهـا
إلـى رفيقـة عمـري وشـريـكة حيـاتـي
إلـى قـرة عـيني محمـد وعـايـده وتطلـع إلـى غـد
أفضـل ومـستقبل مشـرق
إلـى أشـقائي الاوفـياء رمـز العطـاء المتجـدد

شكر و تقدير

حمدا وشكرا لله سبحانه وتعالى وعرفانا بفضله وتوفيقه في إنجاز هذا البحث.

حمدا وشكرا لله إذ هيأ لي للإشراف على هذا البحث أستاذي الفاضل الدكتور نعمان خليل جمعه عميد كلية الحقوق جامعة القاهره الذي شرفني بأشرافه على إعداد هذا البحث؛ لسيادته كل الشكر والعرفان بالجميل وكل الحب والتقدير فنعم الأستاذ والعالم والفقيه؛ فالفضيلة خلقه؛ والإنسانية طبعه؛ والعطاء بلاحدود دستوره؛ والذكاء سمته؛ وتواضع العلماء وفهم الفقهاء صفته؛ فنعم المعلم والمرشد؛ تعلمت منه التضحيه والعطاء والدفاع عن الحق مهما كانت الصعاب؛ ونبضاته القوية التي علمتنا الحرية في إبداء الرأى والصراحة مع النفس والصراحة مع الغير؛ لقد من الله على باشرافه فنهلت من خبراته القانونية الواسعة وفكره الواعي المستنير وغمرنى بعلمه وشملنى بحلمه وعطفه.

أمد الله لنا فى عمره فقيها ومربيا وعلما من أعلام السياسة والقانون والتعليم وفقه الله وسدد خطاه وأعانه وجزاه الله عنى أوفى الجزاء.

كما أقدم خالص شكرى و تقديرى لإستاذي الجليلين عضوى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة: الأستاذ الدكتور محمد على عمران أستاذ القانون المدنى و وكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس والدكتور على حسين نجيده الأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة القاهرة على تفضلهما بالموافقة على الإشتراك فى مناقشة البحث والحكم عليه رغم مشاغلهما الكثيرة والأعباء الملقاة على عاتقيهما؛ فشرف البحث بهما وأزداد قيمة وثراء؛ لسيادتهما كل الشكر والتقدير والدعاء بالصحه وطول العمر.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمه :-

الحمد لله الذى هدانا لهذا وماكنا لنهتدى لولا أن هدانا الله احمده سبحانه واثنى عليه ثناء عظيما كما ينبغى لعظيم سلطانه واصلى واسلم على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى إله وصحبه ومن تبعه باحسان الى يوم الدين .

اما بعد .

فإن النظام الاجتماعى، يتميز - فى ابسط حالاته وارقاها - بالتعاون بين أفراده، ويتم هذا التعاون بوسائل مختلفه تبدو محدوده فى المجتمعات البدائيه وتتسع بارتقاء المجتمع وازدهاره ولعل ابرز مظهر لهذ التعاون فى اقدم المجتمعات هو التبادل الذى كان وسيلة الانسان للحصول على ما يحتاج اليه، ولا شك فى أن التبادل كان طورا من اطوار ارتقاء المجتمع البدائى، لأنه دليل على نشوء حق التملك ووجود نظام لحماية هذا الحق لذلك قيل بأن الحق لا ينشأ الا فى

الفهرســـــت

المقدمة ١١
نشأة العقد ١٤
تكييف العقد ٢٢
مصادر القاضي في حكمه ٢٣
فضل الدراسة المقارنة ٣٠
الأهمية القانونية ٣٣
الأهمية الثقافية ٣٤
الأهمية العملية ٣٥
تطوير القانون الوطني ٣٨

تمهيد

القضاء في الإسلام ٤٧
معنى القضاء ٤٧
نشأة القضاء وتطوره ٥٢
حلف الفضول ٥٦
مصدر القضاء ٦٣
حكم تولي القضاء ٧٠
شروط تولي القضاء ٧١
أثر القضاء على الفقه الإسلامي ٧٩

الباب الأول

مضمون السلطة التقديرية للقاضي ٨٩

الفصـــل الاول

السلطه التقديريه للقاضى فى كل من القضائين الادارى و الجنائى ٩٣

اولا : فى القضاء الادارى ٩٤

ثانيا فى القضاء الجنائى ١٠٢

حريه القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته ١٠٤

سلطه القاضى الجنائى على الوقائع المطروحه ١٠٧

سلطة القاضى الجنائى فى تقدير العقوبه ١٠٩

الفصل الثانى

السلطه التقديريه للقاضى فى القضا المدنى ١١٥

المبحث الاول

الخلاف الفقهى حول وجود السلطه التقديريه ١١٩

الرأى القائل برفض و انكار السلطه التقديريه ١٢١

الرأى الثانى انكار السلطه التقديريه ١٢٣

الا فى حوال استثنائيه

الرأى الراجح و الذى يؤيد وجود السلطه التقديريه ١٢٧

المبحث الثانى

مجال و اطار النشاط التقديرى للقاضى ١٤١
عناصر القاعدة القانونيه ١٤٣

عدم تجاوز القاضى نطاق الخصومه ١٤٥

سلطه القاضى فى تقدير الواقع ١٤٧

سلطه القاضى فى تقدير مسائل القانون ١٥١

سلطه القاضى فى اختيار الأثر القانونى ١٥٨

خلاصه ١٦٣

المبحث الثالث

رقابه محكمه النقض على السلطه التقديريه
للقاضى ١٦٧

مبررات وجود محكمه النقض ١٦٧

التمييز بين الواقع و القانون وعرض آراء الفقه ١٧١

رقابه محكمه النقض على اعمال القاضى لسلطته
التقديريه بالنسبه للتكييف ٢١٥

دور محكمه النقض فى تكييف العقد ٢٢٢

رقابه محكمه النقض على تفسير العقد ٢٢٥

سلطة القاضى فى الاستدلال على النيه المشتركه
للمتعاقدين ٢٢٨

تحريف العقد وسلطة محكمه النقض ٢٣٢

الباب الثانى

وسائل القاضى فى مباشره سلطته التقديريه ٢٤١

الفصل الأول

تفسير العقد وتكييفه ٢٤٥

المبحث الاول

ماهيه التفسير ٢٤٩
معنى التفسير ٢٤٩
تعريف التفسير ٢٥٠
مجال التفسير ٢٥٦
مذهب القانون المدنى فى التفسير ٢٦٣
تفسير العبارات الواضحه ٢٦٤
تفسير العبارات الغامضه ٢٧٢
طرق تفسير النصوص ٢٧٨
العوامل الداخليه ٢٧٩
العوامل الخارجيه ٢٨٤
أنواع التفسير ٢٨٩
التفسير التشريعى ٢٨٩
التفسير الادارى بتفويض من السلطه التشريعيه ٢٩٠
التفسير الفقهى ٢٩١
التفسير القضائى ٢٩١
مقارنه بين التفسير الفقهى والقضائى ٢٩٣

المبحث الثانى

سلطه القاضى فى التفسير و القيود الوارده عليه ٢٩٧

سلطه القاضى فى التفسير ٢٩٧

النصوص القانونيه الخاصه بالتفسير ٣٠٢

وضوح العباره ٣٠٤

اتجاه الفقه المصرى بصدد تفسير العبارات الغامضه ٣١١

حالة العبارة غير الواضحه ٣١٣

العوامل الداخليه فى تفسير العقد ٣١٩

طبيعه التعامل ٣١٩

الامانه ٣٢١

الثقه الواجب توافرها بين المتعاقدين ٣٢١

العوامل الخارجيه ٣٢٥

العرف الجارى فى المعاملات ٣٢٥

الشك فى معنى العبارات الغامضه ٣٣٠

مبررات القاعده ٣٣٣

الاستثناء الوارد على القاعده ٣٣٣

المبحث الثالث

ماهيه التكييف وارتباطه بالتفسير	٣٣٩
المقصود بالتكييف	٣٤٠
التكييف بين القانون الموضوعى والاجرائى	٣٤٥
اهميه التكييف	٣٤٦
التكييف بين الواقع والقانون	٣٤٨
انفراد القاضى بالتكييف دون الخصوم	٣٥١
التكييف القانونى والتكييف الفقهى	٣٥٤
التكييف القانونى والتكييف التشريعى	٣٥٦
ارتباط التكييف بالتفسير	٣٥٨
ارتباط التكييف بالتسبيب	٣٦٥

المبحث الرابع

تفسير العقد فى الفقه الاسلامى	٣٦٩
الفرق بين التاويل والتفسير	٣٦٩
مذهب الفقه الاسلامى فى تفسير العقد	٣٧٤
انصار الاراده الباطنه	٣٧٦
مذهب الشافعيه	٣٧٦
مذهب احمد بن حنبل	٣٧٧
مذهب الظاهريه	٣٧٨
مجلة الاحكام العدليه	٣٧٩
انصار مذهب الاراده الظاهره	٣٨٠
مذهب الحنفيه والخلاف حوله	٣٨٠
النزعه الموضوعيه فى الفقه الإسلامى فى تفسير العقد	٣٨٤

الفصل الثانى

المصادر والوسائل التى يعتمد عليها القاضى فى التفسير ٣٩١

المبحث الاول

المصادر التشريعيه ٣٩٥

ادوات الصياغه ٣٩٥

القاعده القانونيه ٣٩٥

قواعد القانون الطبيعى ٤٠٠

مبادىء العداله ٤٠٢

العدل التوزيعى ٤٠٣

العدل التبادلى ٤٠٤

المبحث الثانى

الوسائل القانونيه والمنطقيه ٤١١

المبادىء القانونيه ٤١٥

المفاهيم القانونيه ٤١٦

النظريات ٤١٧

الفكره ٤١٧

المجموعات ٤١٧

الوسائل الفنيه ٤١٨

الحيله ٤١٩

القراىن ٤٢٠

النمط القانونى ٤٢١

الوسائل المنطقيه ٤٢٣

الاستدلال المركب ٤٢٣
الاستدلال بالتمثيل " المشابهه " ٤٢٤
الاستدلال بالمخالفه ٤٢٥
التحليل ٤٢٦

الفصل الثالث

دراسة تحليليه لنماذج من سلطه القاضى
التقديريه فى تعديل مضمون العقد ٤٣١

المبحث الاول

سلطة القاضى فى اتمام اتفاق المتعاقدين ٤٣٩
شروط انطباق النص ٤٤٣

المبحث الثانى

سلطه القاضى فى تعديل التزامات المغبون ٤٥٥
النص القانونى ٤٥٥
الغبن الاستغلال ٤٥٨
عناصر الغبن ٤٦١
العنصر المادى ٤٦٢
العنصر النفسى ٤٦٤
موقف القانون المصرى من الاستغلال ٤٦٦
الجزاء الذى يترتب على تحقيق الاستغلال ٤٦٩
سلطه القاضى التقديريه ازاء تحقيق الغبن ٤٧٦

المبحث الثالث
سلطة القاضى فى تعديل التزامات المتعاقدين ٤٨٣
ونظريه الظروف الطارئه
النص القانونى ٤٨٣
الظروف الطارئه والقوه القاهره ٤٨٨
شروط نظريه الظروف الطارئه ٤٨٩
اثر نظريه الظروف الطارئه ٤٩٥
سلطة القاضى ٤٩٧
المبحث الرابع
سلطه القاضى فى تقدير الشروط التعسفيه ٥٠٥
فى عقود الاذعان ٥٠٦
عقد الاذعان ٥٠٩
الطبيعه القانونيه لعقد الاذعان ٥٠٩
اوجه الحمايه لعقد الاذعان فى القانون الملغى ٥١١
اوجه الحمايه لعقد الاذعان فى القانون الجديد ٥١٣
سلطة القاضى التقديريه ٥١٥
المبحث الخامس
سلطة القاضى فى تعديل التعويض ٥٢٣
وكذا سلطته فى تعديل الشرط الجزائى
التعويض القانونيه ٥٢٣
عناصر التعويض ٥٢٨
الكسب الفائت والخسارة اللاحقه ٥٣٢
الخطأ الجسيم والخطأ العمدى ٥٣٥
الوقت الذى يعتد فيه بتقدير التعويض ٥٤٣
سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى ٥٤٥

المبحث السادس

سلطة القاضى فى تعديل أجر الوكيل والمقاول ٥٥٧

المنحى القانونيه ٥٥٧

صور تحديد الاجر ٥٦٠

تحديد الأجر على اساس الوحدة ٥٦٠

تحديد الاجر على اساس الأثمان ٥٦٥

سلطه القاضى ازاء ذلك ٥٦٩

تحديد الأجر على اساس أجر اجمالى ٥٧٢

سلطة القاضى فى اطاله الحالج الثابته ٥٧٧

رأى خاص فى صياغه ماده ٦٥٨ /٣ مدنى ٥٨٤

تحديد الأجر بواسطه القانون ٥٨٥

تقدير أجر الوكيل ٥٨٦

المبحث السابع

سلطة القاضى فى ادارة الملكيه الشائعه والتصرف فيها ٥٩٧

المنحى القانونيه ٥٩٧

سلطة القاضى فى مواجهه اداره وتصرف مجموع الشركاء ٦٠٣

أعمال الاداره المعتاده لأغلبيه الشركاء وسلطة القاضى عليها ٦٠٤

أعمال الاداره المعتاده بالنسبه للشريك المنفرد وسلطة القاضى عليها ٦٠٨

أعمال الاداره غير المعتاده لأغلبيه الشركاء

وسلطة القاضى عليها ٦١١
أعمال الاداره غير المعتاده للشريك المنفرد
وسلطة القاضي عليها ٦١٤
التصرف فى الملكيه لأغلبيه الشركاء
وسلطه القاضى عليها ٦١٧
التصرف فى الملكيه للشريك المنفرد
وسلطه القاضى عليها ٦١٨

المبحث الثامن

سلطة القاضى فى تعيين وعزل مأمور اتحاد الملاك ٦٢٣
النصوص القانونيه ٦٢٣
تعيين مأمور اتحاد الملاك وفقا للقانون ٦٢٦
سلطة القاضى فى التعيين طبق للقانون ٦٢٩
تعيين مأمور اتحاد الملاك وفقا للنظام
النموذجى ٦٣٠
سلطة القاضى فى التعيين طبقا للنظام ٦٣٢
عزل مأمور اتحاد الملاك وفقا للقانون ٦٣٥
سلطة القاضى فى عزل المأمور طبقا للقانون ٦٣٦
عزل مأمور اتحاد الملاك وفقا للنظام ٦٣٧
سلطة القاضى فى عزل المأمور وفقا للنظام ٦٣٨
الخاتمه ٦٤١
النتائج والتوصيات ٦٧٧
المراجع ٦٨٥
الفهرس ٧٢٠