جامعة بنها
كلية الحقوق

السلطة التقديرية للقاضى
فى العقد المدنى

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه

مقدمة من

عبير عمر الدسوقى أبو الحسين

إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدى
الأستاذ الدكتور/ الأنصارى حسن النيدانى

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدى	استاذ القانون المدنى جامعة بنها	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/الأنصارى حسن النيدانى	استاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية جامعة بنها	مشرفاً وعضواً
الأستاذ الدكتور/ سحر عبد الستار إمام	استاذ ورئيس قسم قانون المرافعات جامعة المنوفية	عضواً
الأستاذ الدكتور/سمير حامد عبد العزيز الجمال	أستاذ القانون المدنى المساعد جامعة بنها	عضواً

T02-01230

٤٨٨٧
مرد
٧٣٤
٤

جامعة بنها
كلية الحقوق

السلطة التقديرية للقاضى فى العقد المدنى

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه

مقدمة من

عبير عمر الدسوقى أبو الحسين

إشـــراف

الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشـــدى

الأستاذ الدكتور/ الأنصارى حسن النيدانى

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشـــدى	أستاذ القانون المدنى جامعة بنها	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/الأنصارى حسن النيدانـــى	أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية جامعة بنها	مشرفاً وعضواً
الأستاذ الدكتور/ سحر عبد الستار إمـــام	استاذ ورئيس قسم قانون المرافعات جامعة المنوفية	عضواً
الأستاذ الدكتور/سمير حامد عبد العزيز الجمال	أستاذ القانون المدنى المساعد جامعة بنها	عضوا

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ
بِمَا أَرَاكَ اللّهُ وَلاَ تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيماً

صدق الله العظيم

سورة النساء آية (١٠٥)

الإهداء

إلى من يهمهم رد الحقوق إلى أهلها . .

إلى من يناط بهم إرساء العدل بين الناس . .

إلى ذوى القلوب النابضة بالحق والألسنة

الناطقة بالعدل

عليهم أن يحكّموا ضمائرهم قبل إعمال سلطاتهم

وأن لا يحكموا قبل أن يقتنعوا، ولا يقتنعوا

إلا بما يتفق مع حكم الله عملاً بقوله تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

[وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ.....]

صدق الله العظيم

الآية ٤٩ من سورة المائدة

الى والدىّ اللذان ربيانى صغيراً . . .

إليهم جميعاً أهدى هذا البحث

عبير عمر الدسوقى أبو الحسين

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

١- موضوع البحث :

يدور موضوع هذا البحث حول دراسة السلطة التقديرية للقاضي في العقد المدني. وقد أوضحنا منذ بدء الدراسة أن للقاضي سلطة تقديرية دائماً، سواء تعلق الأمر بالقانون المنظم لأصل الحق، أم بالقانون الإجرائي. فالسلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أياً كان موضوع المنازعة المطروحة عليه سواء كانت منازعة إدارية، أو منازعة جنائية، أو منازعة مدنية، وأياً كانت طبيعتها سواء كانت منازعة إجرائية أو منازعة موضوعية، تتطلب حكم قانوني على واقع النزاع المطروح. فالسلطة التقديرية عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون ، ومن ثم تعد من صميم عمل القاضي [١] .

فعلى الرغم من إستقرار الفقه والقضاء – الوطنيين والأجنبيين – على مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره قانون واجب الإحترام من قِبل أطرافه، وما يحققه هذا المبدأ من استقرار المعاملات في المجتمع [٢] ، الأمر الذي إزدادت بشأنه أهمية العقد باعتباره الأداة المعتادة للوفاء بالالتزامات . إلا أن الصعوبة نجمت عن تطبيق هذه المسلمات على

---

(١) د. أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ١٩٨٨ ، دار النهضة العربية ، ص ١٩ ، ٢٠ .

(٢) د. محمد لبيب شنب ، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام ، ١٩٧٧ ، دار النهضة العربية ، رقم ٢٠٣ ص ٢٥٢ .

الـفـهـرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة :	
فصل تمهيدي : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني	١
المبحث الأول: الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني .	٢
المطلب الأول : الإتجاه الرافض وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني.	٢
المطلب الثاني : الإتجاه الوسط الذي يبيح السلطة لتقديرية بقيود .	٥
المطلب الثالث: الإتجاه الذي يعترف بمبدأ السلطة التقديرية للقاضي المدني.	٩
المبحث الثاني : مجال السلطة التقديرية للقاضي المدني.	١٤
المطلب الأول : عدم تجاوز القاضي نطاق الخصوم .	١٥
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير الواقع .	١٧
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير مسائل القانون .	١٩
المطلب الرابع : سلطة القاضي في إختيار الأثر القانوني.	٢٠
الـبـاب الأول السلطة التقديرية للقاضي في مجال إنعقاد العقد وتحديد مضمونه .	٢٤
الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مجال إنعقاد العقد وتحديد مضمونه.	٢٥
المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي في مجال انعقاد العقد.	٢٥
المطلب الأول : مجال السلطة التقديرية والوسائل التى يستعين بها القاضي.	٢٥
الفرع الأول : مجال السلطة التقديرية .	٢٥
الفرع الثاني : الوسائل التى يستعين بها القاضي .	٣٢

أولاً : الوسائل الفنية القانونية :	٣٣
١- الحيلة .	٣٤
٢- القرائن.	٣٤
٣- المعايير القضائية.	٣٥
ثانياً : الوسائل العقلية والمنطقية :	٣٦
١- الاستدلالات المركبة .	٣٨
٢- الاستدلال بالتمثيل " المشابهة " .	٣٩
٣- الاستدلال بالمخالفة .	٣٩
٤- التحليل .	٤١
المطلب الثاني: كيفية إعمال القاضي لسلطته التقديرية.	٤٢
الفرع الأول : كيفية إعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية.	٤٤
أولاً : المعيار الموضوعى .	٤٤
ثانياً: المعيار الشخصى .	٤٨
الفرع الثانى: علاقة المعيار بواقع النزاع المطروح.	٥٠
أولاً: المصلحة هى مناط المعيار المعول عليه.	٥٠
ثانيا : اعمال القاضى للمعيار الموضوعى على النزاع المطروح .	٥٢
- تطبيقات على المعيار الموضوعى .	٥٣
ثالثا : اعمال القاضى للمعيار الشخصى على النزاع المطروح .	٥٧
- تطبيقات على المعيار الشخصى .	٥٩
رابعا : الاتجاه للاخذ بمعيار مزدوج توفيقى بين المعيارين الموضوعى والشخصى .	٦١

الفرع الثالث: سلطة القاضى التقديرية فى التكييف القانونى للنزاع المطروح .	٦٧
- المقصود بالتكييف .	٦٧
- اتجاه الفقه حول المقصود بالتكييف.	٧٠
الفرع الرابع : سلطة القاضى التقديرية بالنسبه للاثر القانونى الوارد فى القاعدة القانونية.	٧٤
أولا : مرحلة القياس القانونى .	٧٤
ثانيا : سلطة القاضى فى حالة وجود نص قانونى .	٧٧
ثالثا : سلطة القاضى فى حالة عدم وجود نص قانونى.	٨١
رابعاً: لجوء القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.	٨٤
- المقصود بمبادىء بالقانون الطبيعى وقواعد العدالة.	٨٥
- القيود التى يتقيد بها القاضى عند رجوعه الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .	٨٦
-أمثله من تطبيقات القضاء المصرى .	٨٧
المبحث الثانى : السلطة التقديرية للقاضى فى تحديد مضمون العقد .	٨٨
المطلب الاول : سلطة القاضى التقديرية فى اتمام اتفاق المتعاقدين وتعديل التزامات المغبون وتحديد قيمه التعويض والشرط الجزائى .	٨٩
الفرع الاول : السلطة التقديرية للقاضى فى اتمام اتفاق المتعاقدين .	٨٩
الفرع الثانى : سلطة القاضى فى انقاص التزامات المغبون.	٩٦
- التمييز بين الغبن والاستغلال .	٩٧
- عناصر الاستغلال .	٩٩
أولاً: العنصر الموضوعى.	٩٩
ثانياً: العنصر النفسى.	١٠١

- جزاء الاستغلال.	٠٤
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمة التعويض.	١٠٧
الفرع الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمة الشرط الجزائي .	١٢٠
- تعريف الشرط الجزائي	١٢٠
- الشرط الجزائي والعربون.	١٢٢
- شروط استحقاق الشرط الجزائي.	١٢٣
- أثار الشرط الجزائي.	١٢٥
أولاً : سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي.	١٢٥
ثانياً : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي .	١٢٦
المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد .	١٢٨
الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل إلتزامات المتعاقدين ونظرية الظروف الطارئة .	١٢٨
- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.	١١٩
- سلطة القاضي في تعديل التزامات المتعاقدين بسبب الحادث الطارئ.	١٣٥
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية في عقود الإذعان.	١٣٦
- خصائص عقود الإذعان.	١٣٧
- طبيعة عقود الإذعان.	١٣٨
- الأحكام الخاصة بحماية الطرف المذعن.	١٣٩
- سلطة القاضي التقديرية.	١٤١
- معيار القاضي في سلطته التقديرية.	١٤٢
- الطبيعة القانونية للحماية التشريعية.	١٤٢

الفصل الثاني: رقابة محكمة النقض للدور التقديري للقاضي المدني في انعقاد العقد وتحديد مضمونه.	١٤٥
المبحث الأول : رقابة محكمة النقض في مجال إنعقاد العقد.	١٤٧
المطلب الأول : رقابة محكمة النقض لمجال السلطة التقديرية للقاضي المدني .	١٤٧
الفرع الأول : الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض	١٤٨
الفرع الثاني : نطاق رقابة محكمة النقض علي السلطة التقديرية للقاضي .	١٥٠
- التمييز بين الواقع والقانون.	١٥٢
الرأي الأول : التمييز بين الواقع القانون لا يصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض .	١٥٣
الرآي الثاني : صعوبة التمييز بين الواقع والقانون لا تعني عدم صلاحيته كمعيار لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض .	١٥٥
أولا : فكرة تتبع نشاط القاضي في مراحل الدعوي .	١٥٥
المرحلة الأولي : التحقق من وجود الوقائع المدعاة :	١٥٥
المرحلة الثانية : البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهي القاضي الي ثبوتها :	١٥٦
المرحلة الثالثة : ويقوم فيها القاضي بإستخلاص النتائج القانونية التي يرتبها القانون علي التكييف والتي بتطبيقها ينتج حل النزاع .	١٥٦
ثانياً : فكرة الاستدلال القضائي .	١٥٧
ثالثاً : نظرية Boré .	١٦٠
الفرع الثالث : استقلال قاضي الموضوع في مجال التكييف وتطبيق القانون	١٦٦

أولاً : سلطة قاضي الموضوع في التحقق من الوجود المادي للواقع وتقديره الواقعي .	١٦٦
(١) محاولة تحديد هذه السلطة علي ضوء أحكام محكمة النقض .	١٦٧
(أ) التقرير بحدوث واقعة أو إنتفائها .	١٦٨
(ب) تقدير الوقائع علي ضوء ظروف الدعوي وملابساتها الخاصة :	١٦٨
(ج) تقدير الحالة الفسيولوجية والعقلية للخصم (الواقع المعنوي)	١٦٩
(د) التقدير الفني والكمي.	١٧٠
(هـ) تقدير الأدلة والمستندات.	١٧١
(٢) تحديد سلطة قاضي الموضوع علي ضوء ما لا تختص به محكمة النقض .	١٧٣
(أ) عدم إختصاص محكمة النقض ببحث أدلة إثبات جديدة.	١٧٣
(ب) عدم إختصاص محكمة النقض بإعادة فحص أدلة الإثبات التي كانت خاضعة لقاضي الموضوع .	١٧٤
ثانياً : سلطة القاضي في الإثبات القانوني للواقع:	١٧٥
(١) الإلتزام بطرق الإثبات التي حددها القانون.	١٧٥
(٢) أن يبني الحكم علي أساس ما قدم في الدعوي من أدلة	١٧٦
(٣) أن تكون الواقعة مما يجوز إثباتها قانوناً.	١٧٨
(٤) عدم إجبار الخصم علي تقديم دليل ضد نفسه.	١٧٩
(٥)مراعاة ألا يتخذ الخصم من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج	١٧٩

به علي الغير.	
(٦) عدم جواز الاثبات بدليل في غير أحواله التي أجازها القانون.	١٨٠
(٧) إحترام القواعد التي تتعلق بتوزيع عبء الاثبات بين الخصوم.	١٨١
(٨) طرح الدليل للمناقشة بين الخصوم.	١٨٣
(٩) مراعاة الاجراءات الخاصة بطرق الاثبات المختلفة وكيفية تحقيقها.	١٨٣
(١٠) الالتزام بالقوة الثبوتية لأدلة الإثبات.	١٨٧
ثالثا : إمتداد رقابة لمحكمة النقض علي الواقع .	١٩١
(١) رقابة محكمة النقض علي الاسباب الواقعية.	١٩١
(٢) رقابة محكمة النقض على المسخ أو التحريف.	١٩٣
(٣) رقابة محكمة النقض على منطقية التقريرات الواقعية.	١٩٥
المطلب الثاني: رقابة محكمة النقض لقاضي الموضوع في مجال التكييف وتطبيق القانون.	١٩٨
- المقصود بالتكييف .	١٩٨
- الرقابة على التكييف .	٢٠٠
(١) الرقابة على تكييف العقود .	٢٠٢
(٢) الرقابة على التكييف في مجال المسئولية المدنية .	٢٠٤
(٣) الرقابة على التكييف في مجال الأحوال الشخصية.	٢٠٧
(٤) الرقابة على تكييف مرض الموت.	٢٠٩
(٥) الرقابة على تكييف إصابة العمل.	٢١٠

(٦) الرقابة على تكييف العمل التجاري.	٢١١
(٧) الرقابة على تكييف القوة القاهرة.	٢١١
محكمة النقض المصرية لا تخضع كل تكييف قانوني لرقابتها.	٢١٢
المبحث الثاني : رقابة محكمة النقض لقاضي الموضوع في تحديد مضمون العقد .	٢١٣
المطلب الأول: إستقلال قاضي الموضوع بتقدير الوقائع على ضوء ظروف الدعوى .	٢١٦
المطلب الثاني : التقرير بحدوث واقعة أو إنتفائها يعد من الأمور الواقعية .	٢١٩
المطلب الثالث : عدم جواز التحدي بأسباب جديدة أمام محكمة النقض .	٢٢١
المطلب الرابع : إستقلال قاضي الموضوع بشأن تقديره للنية.	٢٢٤
المطلب الخامس : تمتع القاضي المدني بحرية تقدير الأدلة.	٢٢٧
الباب الثاني السلطة التقديرية للقاضي المدني في مجال تفسير العقد وإنقضاؤه	٢٣٣
الفصل الأول : السلطة التقديرية للقاضي المدني في مجال تفسير العقد وإنقضاؤه .	٢٣٤
المبحث الأول : السلطة التقديرية للقاضي المدني في تفسير العقد .	٢٣٤
المطلب الأول : ماهية التفسير وطرقه وأنواعه .	٢٣٥
الفرع الأول: ماهية التفسير .	٢٣٥
الحالة الأولى : حالة وضوح العبارة .	٢٣٦

الحالة الثانية : حالة عدم وضوح العبارة.	٢٣٧
الحالة الثالثة : قيام الشك في معنى العبارات الغامضة.	٢٤٠
الفرع الثاني : طرق التفسير.	٢٤١
(١) حالة النص السليم .	٢٤٢
(أ) المعنى المستفاد من عبارة النص أو ألفاظه .	٢٤٣
(ب) المعنى المستفاد من روح النص أو فحواه	٢٤٥
(٢) حالة النص المعيب	٢٥٢
طرق تفسير النص المعيب :	٢٥٥
أ- تقريب النصوص.	٢٥٦
ب – حكمة التشريع .	٢٥٦
ج- الأعمال التحضيرية.	٢٥٧
د – المصادر التاريخية.	٢٥٨
(٣) حالة عدم وجود نص :	٢٥٩
الفرع الثالث: أنواع التفسير .	٢٦١
أولاً : التفسير التشريعي.	٢٦١
ثانياً : التفسير القضائي.	٢٦٤
ثالثاً : التفسير الفقهي.	٢٦٧
المطلب الثاني: سلطة القاضي في التفسير والقيود الواردة عليه.	٢٦٨
الفرع الأول : المصادر والوسائل التى يعتمد عليها القاضي في التفسير .	٢٦٩

أولاً : المصادر التشريعية.	٢٦٩
ثانياً : مبادئ القانون الطبيعي .	٢٧٣
ثالثاً : قواعد العدالة.	٢٧٦
رابعاً : المفاهيم القانونية.	٢٨٠
الفرع الثاني:القيود الواردة على سلطة القاضي في التفسير.	٢٨١
أولاً : القواعد التى نص عليها القانون.	٢٨١
ثانياً : العوامل الداخلية والخارجية في تفسير العقد.	٢٨٣
(أ) العوامل الداخلية :	٢٨٣
ما نص عليه القانون:	٢٨٣
١- طبيعة التعامل .	٢٨٣
٢- الأمانة .	٢٨٥
٣- الثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين	٢٨٥
ما أستقر عليه الفقه :	٢٨٥
١- إعمال الكلام خير من أهماله.	٢٨٥
٢- التفسير في ضوء روح العقد والغرض منه.	٢٨٦
٣- مراعاة العقد في مجموعة.	٢٨٦
(ب) العوامل الخارجية:	٢٨٧
ثالثاً : وجود شك حول المعنى الذي قصده المتعاقدان (حكم الشك) :	٢٨٨
حكم خاص بعقود الإذعان .	٢٨٩
المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في إنقضاء العقد.	٢٩٠

المطلب الأول : السلطة التقديرية في الفسخ والإنحلال.	٢٩٢
الفرع الأول : شروط الفسخ .	٢٩٣
الفرع الثاني : الفسخ القضائي .	٢٩٨
الفرع الثالث : الفسخ الإتفاقي .	٣٠٢
الفرع الرابع : أثار الفسخ .	٣٠٧
الفرع الخامس : إنفساخ العقد بحكم القانون .	٣١٢
المطلب الثاني : السلطة التقديرية للقاضي بصدد العيوب التى تلحق بالعقد.	٣١٩
أولاً : الغلط .	٣١٩
ثانياً : الإكراه .	٣٢٢
ثالثاً : التدليس .	٣٢٤
رابعاً : الإستغلال.	٣٢٧
الفصل الثاني : رقابة محكمة النقض على السلطة التقديرية للقاضي في مجالي تفسير العقد وإنقضاؤه.	٣٣٢
المبحث الأول: رقابة محكمة النقض في مجال تفسير العقد.	٣٣٣
المطلب الأول : سلطة القاضي في الاستدلال على النية المشركة للمتعاقدين	٣٣٣
المطلب الثاني : تحريف العقد ومدى رقابة محكمة النقض.	٣٣٦
الفرع الأول : المسخ أو التحريف .	٣٣٧
-إمتداد رقابة التحريف إلى كافة المحررات	٣٣٩
- تطبيق محكمة النقض المصرية لنظرية التحريف.	٣٤٠
الفرع الثاني : عدم منطقية التقريرات الواقعية .	٣٤٣

- تطبيقات من قضاء محكمة النقض المصرية بشأن الرقابة على منطقية الواقع وفهمه.	٣٤٤
١- إستظهار حسن النيّة .	٣٤٤
٢- عيوب الرضا .	٣٤٥
٣- امتهان مهنة أو حرفة معينة .	٣٤٦
٤- قيام القوة القاهرة .	٣٤٦
٥- الإجازة الضمنية.	٣٤٧
٦- الوكالة .	٣٤٧
٧- الصورية.	٣٤٨
٨- التقادم .	٣٤٨
٩- الإرتفاق.	٣٤٨
١٠- تقدير الفائدة التى حصل عليها السفيه أو ذو الغفلة من تصرفه قبل الحجر.	٣٤٩
١١- تقدير الأدلة .	٣٤٩
المبحث الثاني : رقابة محكمة النقض في مجال إنقضاء العقد.	٣٥١
المطلب الأول : رقابة محكمة النقض للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في فسخ العقد وإنحلاله .	٣٥١
أولاً : الفسخ القضائي .	٣٥١
ثانياً : الاتفاق على الفسخ.	٣٥٨
ثالثاً : الفسخ بقوة القانون.	٣٦٣

- الآثار القانونية المترتبة على الفسخ.	٣٦٩
- الدفع بعدم التنفيذ.	٣٧٢
المطلب الثاني: رقابة محكمة النقض بصدد عوارض تنفيذ العقد.	٣٧٤
النتائج والتوصيات	٤١٩
أولا : النتائج	٤١٩
ثانيا: التوصيات	٤٢٠
الخاتمة .	٤٢٣
المراجع :	٤٢٤
أولاً : المؤلفات القانونية .	٤٢٤
ثانياً : البحوث والمقالات.	٤٣٣
ثالثاً : رسائل الدكتوراه .	٤٣٤
رابعاً : باللغة الفرنسية .	٤٣٦
الفهرس :	٤٣٩