T04-00220

٥٤٩/ ٢
جرد ٣٣٩٣

جامعة حلوان

حجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقه المقارن (دراسة مقارنة)

مقدمة من

الباحث / محمد سليم محمد سعد

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق من

كلية الحقوق - جامعة حلوان

إشـــراف

الأستاذ الدكتور / السيد العربى حسن
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه
بكلية الحقوق - جامعة حلوان
ووكيل الكلية الأسبق

لجنة الحكم على الرسالة

١ - الأستاذ الدكتور / محمود السقا - أستاذ فلسفة القانون وتاريخه
بكلية الحقوق - جامعة القاهرة (رئيساً)

٢ - الأستاذ الدكتور / السيد العربى حسن - أستاذ ورئيس قسم فلسفة
القانون وتاريخه - ووكيل كلية الحقوق
جامعة حلون الأسبق (مشرفاً وعضواً)

لدكتور / طه عوض غازى - أستاذ ورئيس قسم فلسفة
القانون - ووكيل كلية الحقوق - جامعة
عين شمس (عضواً)

٥٤٩/٤ الصاوي

حجية الأمر المقضي في القانون الروماني والفقه المقارن

دراسة مقارنة

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / السيد العربى حسن

أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه/

ووكيل كلية الحقوق – جامعة حلوان الأسبق

مقدم من الطالب / محمد سليم محمد سعد

وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من كل من السادة :-

١- الأستاذ الدكتور / محمود السقا – أستاذ فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق – جامعة القاهرة "رئيساً"

٢- الأستاذ الدكتور / السيد العربي حسن – أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه ووكيل كلية الحقوق – جامعة حلوان الأسبق "مشرفاً وعضوا"

٣- الأستاذ الدكتور / طه عوض غازي – أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون ووكيل كلية الحقوق – جامعة عين شمس "عضواً"

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبَّنَا إِنَّنَا سَمِعْنَا مُنَادِيًا يُنَادِي لِلإِيمَانِ أَنْ آمِنُوا بِرَبِّكُمْ فَآمَنَّا رَبَّنَا فَاغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَفَّنَا مَعَ الأَبْرَارِ (١٩٣) رَبَّنَا وَآتِنَا مَا وَعَدتَّنَا عَلَى رُسُلِكَ وَلاَ تُخْزِنَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّكَ لاَ تُخْلِفُ الْمِيعَاد (١٩٤)

صدق الله العظيم

آل عمران الآية (١٩٣ – ١٩٤)

لقد صدق العماد الأصفهانى حين قال :

"إنى رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لمكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

شكـــر وتقديـــر

إن الحمد والشكر لله رب العالمين من قبل ومن بعد ، فلا ينسب فضل عمل مـــن العباد إلا لله ، فبيده التوفيق والنجاح ، فالحمد لله والشكر له حتى يرضـــى، والحمـــد لله والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ، الحمد لله الذي بتحميده يستفتح كل كتاب ، وبذكره يصدر كل خطاب ، وبحمده يتنعم أهل النعيم في دار الثواب ، ونـــصلى ونسلم على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه صلاة تنقذنا من هول المطلع يوم العرض والحساب ، وتمهد لنا عند الله زلفى وحسن مآب .

وبعد ، فإن الاعتراف لأهل العلم بالفضل والمكانة المرموقة ، لهو من أسمى المبادئ الإسلامية لقول رسولنا محمد صلى الله عليه وسلم "العلماء ورثة الأنبياء" . وعلى هذا فلا أقل من تقديم واجب الشكر والثناء إلى أساتذتي العلماء العظماء الإجلاء .

فشكري وامتناني إلى أستاذي الأستاذ الدكتور / السيد العربي حـــسن – أســـتاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه ووكيل كلية الحقوق جامعة حلوان الأســـبق – علـــى عظيم مجهوده خلال فترة الإشراف على الرسالة ، إرشاداً .. توجيهاً .. قراءة .. تصحيحاً .. ، فلقد عرفته أستاذاً عظيماً ، وإنساناً متسامحاً متعاوناً ، وقد كان لآرائه البناءة وملاحظاته القيمة وتوجيهاته السديدة المستمرة الأثر الفعال والفضل بعد الله سبحانه وتعالى في إخراج هذه الدراسة إلى النور .

كما أتوجه بعظيم الشكر والامتنان لأستاذين فاضلين لقبولهما شرف المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على عملي المتواضع ، أستاذي العالم الكبير الأستاذ الدكتور / محمود السقا – أستاذ فلسفة القانون وتاريخه بحقوق القاهرة – الذي يعد خير قدوة لأي طالـــب بعلمه الغزير وحكمته الواسعة وتواضعه الجم، وأستاذي الأستاذ الدكتور / طه عوض غازي – أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، فلقد عرفته أستاذاً وعالماً وفقيهاً ، وإنساناً جاداً قوياً .

كما يسعدني أن أتوجه بالشكر إلى كل من ساهم معي في إخراج هذه الرسالة إلى النور سواء أكان بالنصيحة أم بالإرشاد أم بتوفير بعض المراجع الهامة لهذه الرسالة .

تمهيـــــد

سوف نتناول فى هذه الدراسة موضوع حجية الأمر المقضى به فى القانون الرومانى والفقه المقارن وأعنى (بالفقه المقارن) الفقه الإسلامى وســـوف أعقبـــه ببيان موقف القانون الحديث من كليهما وذلك من خلال الخلاصة المقارنة عقب تناول الحجية فى كلاً من القانون الرومانى والفقه الإسلامى (الفقه المقارن).

"ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير"

المقدمة والتعريف بالموضوع

من الحقائق القانونية المتفق عليها بحق والتى أثرتنا بها دراسة "تاريخ النظم القانونية والاجتماعية" أن مبدأ حجية الأمر المقضى يعد ضمن ثمار تطور القانون، ومرد ذلك أن القانون ،وإن كان قد اكتملت له الصورة الخارجية بتدوينـــة فى مدونات رسمية ، إلا أن ذلك لم يكن سوى نتاج تطور طويل ، برزت فيه الحجية القانونية لمضمون الحكم القضائى من خلال تطور الإجراءات القضائية [1] عـــبر طريق طويل عبره الرومان [2] للأمر المقضى ، انتقل بمقتضاه الرومان من الـــنظم الاجتماعية اللاواعية ، والتى تبدو فى بداية الأمر كقدر لا يمكن الفكاك منه ، ثم ما لبث الرومان باصلاحات جزئية تدريجيا الإنتقال إلى النظم القانونية ومن هنـــا فقد قرر الفقهاء أن القواعد المدونة لم تبق على حالتها الأولى التى نشأت عليـــه أولاً ،بل ثمة اصلاحات وتطورات[3] قد أصابت هذه القواعد بالتعديل والتغـــيير فى بعض الأحيان ذلك أن القواعد القانونية كانت فى بدايتها، جامـــدة شـــديدة

1- Girard. manuel, elementaire de droit romain 7 ed-1924p:1106-Thomas: Evolution de Othorie de la chose jugee a rome, these Toulause 1898-p:14- Daguin: de l'excqution de la chose (judgie) these 1887 p:26.

2- Savigny, trait de droit romain trad.p.76 paris 1849. p:271- 272- n181- Girard,op.cit,.p.1071 .

٣- د/ صوفى أبو طالب – مبادىء تاريخ القانون – دار النهضة العربية ١٩٦٧ صـ٢٠٧ـ ، د/ مختار القاضى – تاريخ الشرائع – دار الكتب بالمنصورة ١٩٦٧ ص١٩٥.

قاسية على الضعيف مرهقة للفقير تحيطها الأشكال من كل جانب .، وتبعا لسنة التطور الإجتماعى ، فإن الشكليات والشدة فى الإجراءات إن فهمت وقبلت فى العهد الأول من تطور التشريع الرومانى فإنه ومع إزدياد العلاقات التجارية والإقتصادية ، ودخول الرومان فى علاقات كبيرة تجارية واقتصادية .لم تعد هذه الشكليات مقبولة بعد أن شب الشعب عن طوقة ، وترك عهد الطفولة[1]. وانطلاقا من مبدأ قابلية القانون للتطوير والتغيير ، فقد طور البريتور من مبدأ الحجية بما يجعله أكثر ملائمة وعدالة ، وذلك عندما دعت حاجة المجتمع الرومانى إلى التغير والتطوير، حيث زادت علاقات الرومان التجارية والإقتصادية ونشأت روابط جديدة ومعاملات متنوعة ، شعر معها الرومان بمدى الحاجة إلى تعديل قواعد القانون الرومانى العتيقة وتوسيع نطاقها وجعلها أكثر ملائمة للعدالة سيما وأن قواعد القانون الرومانى أنذاك قد اتسمت بالشكلية والجمود.[2]

ذلك أنه فى كثير من الحالات كان لا يفصل فى الدعوى بعد ومع ذلك ، فقد كان يمتنع من العودة للدعوى مجددا حال عدمتحقق الحجية فى واقع

1- Girard. manuel,op.cit,.p.838- 839- GAIUS instituites, 4-30 p 147., د/محمود سلام زناتى تاريخ القانون المصرى فى العصور الفرعونى والبطلمى والرومانى الناشر – دار النهضة العربية صـ٣٢١..

2- Girard. manuel,op.cit,.p.1107-Dumitersco, L'Autorite de la chose jugée these 1935 paris p:j et 10 n:9 .

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
مقدمة		١
التعريف بالموضوع		١
أهمية الموضوع		٢٤
١- أهمية الحجية عامة		٢٤
٢- أهمية الحجية فى القانون الرومانى		٢٤
٣- أهمية الحجية فى الفقه المقارن		٢٧
٤- أسباب بحث الموضوع		٢٨
صعوبات البحث		٣٠
كيفة تناول الموضوع		٣١
خطة البحث		٣٢
الباب الأول : المقصود بحجية الأمر المقضى وأساسها القانونى والعقلـــى فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٣٤
الفصل التمهيدى : التطور التاريخى لحجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٣٥
مقدمة		٣٦
أولاً : مرحلة الشكليات الملزمة للدعاوى		٣٨
الفرع الأول : الدعاوى التقريرية		٣٩
١- دعوى الرهان		٤٠
٢- دعوى تعيين قاض		٤٣
٣- دعوى الاعلان		٤٤
الفرع الثانى : الدعاوى التنفيذية		٤٦
أ- دعوى القاء اليد		٤٧
ب- دعوى أخذ رهينة		٤٨
ثانياً : مرحلة الشكليات الإجرائية		٥١
ثالثاً : مرحلة اندثار الشكليات		٥٦
المبحث الأول : التطور التارخى لحجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى		٥٧
مقدمة		٥٧

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
المطلب الأول : الحجية فى مرحلة دعاوى القانون		٥٩
المطلب الثانى : الحجية فى مرحلة المرافعات الكتابية		٦٣
المطلب الثالث : الحجية فى مرحلة المرافعات الإدارية غير العادية		٧٤
المبحث الثانى : التطور التاريخى لحجية الأمر المقضى فى الفقه المقارن		٧٧
المبحث الثالث : خلاصة مقارنة		٨١
الفصل الأول:مقصود حجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٨٦
مقدمة		٨٦
المبحث الأول : مقصود الحجية فى القانون الرومانى		٨٧
مقدمة		٨٧
المطلب الأول : مقصود الحجية فى دعاوى القانون الرومانى		٨٨
الفرع الأول : مقصود الحجية فى ظل نظام دعاوى القانون		٨٩
الفرع الثانى : مقصود الحجية فى نظام دعاوى البرنامج		٩٤
الفرع الثالث : مقصود الحجية فى الدعاوى غير العادية		٩٨
المطلب الثانى : مقصود الحجية فى فقه القانون الرومانى		١٠٠
الفرع الأول : المعنى السلبى للحجية فى القانون الرومانى		١٠١
مقدمة		١٠١
الفرع الثانى : المعنى الإيجابى للحجية فى القانون الرومانى		١٠٤
مقدمة		١٠٤
المبحث الثانى : مقصود الحجية فى الفقه المقارن		١٠٨
مقدمة		١٠٨
المطلب الأول : الحجية بالمقصود السلبى		١١٥
مقدمة		١١٥
أ– عدم النظر فى الأحكام السابقة		١١٦

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
ب- عدم جواز الرجوع فى القضاء الصحيح		١١٨
جـ- عدم تأثر الحكم بالأحكام المخالفة		١٢٢
ء- عدم تأثر الحكم بإختلاف الاجتهاد		١٢٤
هـ- نفاذ الحكم ظاهراً أو باطناً		١٢٥
المطلب الثانى : الحجية بالمقصود الإيجابى		١٣٠
المبحث الثالث : خلاصة مقارنة		١٣٣
الفصل الثانى : أساس حجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقة المقارن		١٤٣
مقدمة		١٤٣
المبحث الأول : أساس حجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى		١٤٥
مقدمة		١٤٥
الفرع تمهيدى : أساس الحجية من أنظمة القانون الرومانى		١٤٦
أولاً : أساس الحجية فى مرحلة دعاوى القانون		١٤٧
ثانياً : أساس الحجية فى مرحلة المرافعات الكتابية		١٤٨
ثالثاً : أساس الحجية فى نظام المرافعات غير العادية		١٥١
الفرع الأول : النظرية العقدية أساس الحجية		١٥٢
الفرع الثانى : النظرية الدينية أساس الحجية		١٥٥
الفرع الثالث : عنوان الحقيقة أساس الحجية		١٥٩
المبحث الثانى : أساس الحجية فى الفقه المقارن		١٦٣
مقدمة		١٦٣
المطلب الأول : ضرورة المحافظة على الثقة بالقضاء		١٦٤
المطلب الثانى : القضاء له حق الإنشاء		١٦٧
المطلب الثالث : المحافظة على المصلحة العامة		١٧١

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
المطلب الرابع : مدى مشروعية الحجية		١٧٧
مقدمة		١٧٧
أولاً : الأدلة المستمدة فى القرآن الكريم		١٧٧
ثانياً : الأدلة من السنة		١٧٨
ثالثاً : الأدلة من الإجماع		١٨١
رابعاً : الأدلة من الصحابة والتابعين		١٨٤
خلاصة مقارنة		١٨٨
الباب الثانى : شروط حجية الأمر المقضى		٢٠٠
مقدمة		٢٠٠
الفصل الأول : شروط الحكم المدفوع بحجيته فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٢٠١
المبحث الأول : شروط الحكم المدفوع بحجيته فى القانون الرومانى		٢٠٢
مقدمة		٢٠٢
المطلب الأول : أن يكون الحكم قضائياً		٢٠٣
المطلب الثانى : أن يكون الحكم نهائياً		٢٠٥
المطلب الثالث : أن يكون الحكم صحيح		٢١٢
أولاً : الحكم غير الصحيح بذاته		٢١٣
ثانياً الحكم غير الصحيح بأشخاصه		٢١٥
المطلب الرابع : أن يكون التمسك بالحجية فى منطوق الحكم		٢١٦
مقدمة		٢١٦
الحجية للمنطوق		٢١٧
ما الموقف بالنسبة للحكم الضمنى		٢١٩
المبحث الثانى : شروط الحكم المدفوع بحجيته فى الفقه المقارن		٢٢٢

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
مقدمة		٢٢٢
المطلب الأول : أن يكون الحكم قضائيا		٢٢٣
أ- أن يسبق الحكم دعوى صحيحة		٢٢٣
ب- أن يكون ما صدر عن القاضى يحمل وصف الحكم		٢٢٤
١- الأعمال الإدارية		٢٢٤
٢- الأعمال الولائية . ٣- الأعمال التنفيذية		٢٢٨
٤- الأعمال الإجرائية		٢٣١
جـ- أن يكون للقاضى الولاية فيما أصدره		٢٣٢
المطلب الثانى : أن يكون الحكم صحيحاً		٢٣٤
الفرع الأول : أثر تخلف شرطاً من شروط القاضى على حجية الحكم		٢٣٥
الغرض الأول : صدور حكم من قاض جاهل		٢٣٥
رأى الإمام الشافعي		٢٣٥
رأى الجمهور		٢٣٦
الغرض الثانى : حالة صدور حكم من قاض غير عدل		٢٣٧
الغرض الثالث : حالة صدور حكم من قاض مرتش		٢٣٨
الغرض الرابع : حالة صدور حكم من قاض جائر		٢٣٩
الغرض الخامس : الحكم الصادر من امرأة		٢٣٩
الغرض السادس : حالة صدور حكم من قاض كافر		٢٤١
الغرض السابع : حالة صدور الحكم من قاض لنفسه أو لم بينه وبيه عداوة		٢٤١
الفرع الثانى : أثر صدور الحكم على الغائب		٢٤٢
أولاً : المذهب الحنفى		٢٤٢
ثانياً : مذهب الجمهور		٢٤٤

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
الفرع الثالث : أثر مخالفة الحكم لنصوص الشريعة بمصادرها المختلفة		٢٤٩
مذهب الحنفية		٢٥١
مذهب المالكية		٢٥٢
مذهب الشافعية		٢٥٣
المطلب الثالث : أن يكون الحكم قطعياً		٢٥٦
المطلب الرابع : أن يكون التمسك بالحجية فى منطوق الحكم		٢٥٩
اولاً : إذا اشتمل الحكم على أمور تستلزم بعضها		٢٦٠
ثانياً : إذا لم يشتمل الحكم على أمور تستلزم بعضها		٢٦٠
المبحث الثالث : خلاصة مقارنة		٢٦٤
الفصل الثانى : شترط الدفع بالحجية فى كل من القانون الرومانى والفقه المقارن		٢٨٧
مقدمة		٢٨٨
المبحث الأول : وحدة الخصوم فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٢٩٢
المطلب الأول : وحدة الخصوم فى القانون الرومانى		٢٩٣
الفرع الأول : خلف الخصوم		٢٩٧
أ- الخلف العام		٢٩٧
ب- الخلف الخاص		٢٩٩
الفرع الثانى : لدائن العادى والدائن المرتهن		٣٠٠
الفرع الثالث : الوكيل بالخصومة		٣٠٢
مقدمة		٣٠٢
أ- الدعوى الشعبية		٣٠٧
ب- دعوى قانون هوستليا		٣٠٨
جـ- دعوى الوصاية		٣٠٩

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
ء- دعوى الحرية		٣١٣
هـ- الفندكس		٣١٤
أ- حجية الحكم فى دعوى الوكيل بالخصومة الخاص		٣١٨
ب- حجية الحكم فى دعوى الوكيل العام بالخصومة		٣١٩
١- صدور إذن من الأصيل		٣١٩
٢- عدم صدور إذن من الأصيل		٣٢٠
الفرع الرابع : المدنيون المتضامنون والدائنون المتضامنون		٣٣٠
١- مدى حجية الحكم الصادر لأحد المدينين بالنسبة للباقين		٣٣٢
٢- مدى حجية الحكم الصادر لأحد الدائنين بالنسبة للباقين		٣٣٤
الفرع الخامس : مالك الرقبة والمنتفع		٣٣٦
الفرع السادس : مالك تحت شرط فاسخ أو واقف		٣٣٦
الفرع السابع : المالك فى الشيوع		٣٣٧
الفرع الثامن : الوارث مع غيره		٣٣٨
الفرع التاسع : الحجية المطلقة لبعض الأحكام فى القانون الرومانى		٣٣٩
أمثلة لحالات الحجية المطلقة		٣٤٠
المطلب الثانى : وحدة الخصوم فى الفقه الرومانى		٣٤٣
الفرع الأول : معنى وحدة الخصوم		٣٤٥
أ- المقصود بوحدة الخصوم		٣٤٥
مقدمة		٣٤٥
١- الخلف العام والخلف الخاص		٣٤٨
٢- الوكيل بالخصومة		٣٥٠
مقدمة		٣٥٠

الموضوع	محتويات البحث	رقم الصفحة
أ- أن يكون الموكل على حق فى خصومته		٣٥٥
ب- ألا يكون الموكل قد حضر الخصومة ثلاث جلسات		٣٥٦
جـ- عدم توكيل شخص عدو للخصم		٣٥٨
٣- الكفيل		٣٥٨
٤- الموهوب له عدم الشيوع		٣٥٩
٥- الوارث مع غيره		٣٦٠
ب- الحجية المطلقة لبعض الأحكام		٣٦١
الفرع الثانى : وحدة الصفة		٣٦٢
الفرع الثالث : خلاصة مقارنة		٣٦٤
المبحث الثانى : وحدة المحل فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٣٧٨
مقدمة		٣٧٨
المطلب الأول : وحدة المحل فى القانون الرومانى		٣٨١
المطلب الثانى : وحدة المحل فى الفقه المقارن		٣٨٩
الفرع الأول : أثر ظهور تغيرات جديدة		٣٩٧
الفرع الثانى : علاقة طلبات الخصوم بمحل الدعوى		٣٩٩
الفرع الثالث : أثر الحكم فى الجزء على الكل		٤٠٠
المطلب الثالث : خلاصة مقارنة		٤٠٤
المبحث الثالث : وحدة السبب فى القانون الرومانى والفقه المقارن		٤١٦
المطلب الأول : وحدة السبب فى القانون الرومانى		٤١٧
المطلب الثانى : وحدة السبب فى الفقه المقارن		٤٢٤
خاتمة الدراسة		٤٣٥
قائمة المراجع		٤٧٣
الفهرس		٥٠١