جامعة القاهرة
كلية الحقوق
الدراسات العليا

دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث / أحمد الغريب شبل البنا

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ فتحي إسماعيل والي رئيساً
أستاذ قانون المرافعات
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة (سابقاً)

الأستاذ الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني عضواً
أستاذ القانون المدني
عميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس (سابقاً)

الأستاذ الدكتور/ أسامة أحمد شوقي المليجي مشرفا وعضواً
أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات
بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

٢٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لا عِلْمَ لَنَا إلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا إنَّكَ أَنتَ العَلِيمُ الحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية ٣٢

شكر وتقدير

" الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله " والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين... وبعد.

يسعدني، وقد وفقني الله سبحانه وتعالى لإنجاز هذا العمل، أن أتوجه بوافر الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذي العالم الجليل الفقيه **الأستاذ الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي** أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة القاهرة، لتفضل سيادته وتشريفه لي بقبول الإشراف على هذه الرسالة رغم مشاغله العديدة ومسئولياته الجسام، والذي أسرني منذ البداية بسعة علمه ونبل خلقه، وتعهدني بالنصح والإرشاد طوال فترة البحث، ولم يبخل علي بآرائه وملاحظاته القيمة التي أنارت لي طريق التقصي والبحث، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية. وليجد في هذه الأسطر كل شكر وتقدير عرفاناً مني بالجميل.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي العالم الجليل الفقيه **الأستاذ الدكتور/ فتحي إسماعيل والي** أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة (سابقاً) لتفضل سيادته بقبول رئاسة لجنة الحكم على هذه الرسالة رغم ضيق وقت سيادته ومسئولياته المتعددة، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي العالم الجليل الفقيه **الأستاذ الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني** أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق بجامعة عين شمس (سابقاً) لتفضل سيادته بقبول المشاركة في لجنة الحكم على هذه الرسالة رغم ضيق وقت سيادته ومسئولياته المتعددة، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

وأتقدم أيضاً بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث ومد لي يد العون والمساعدة.

الباحث

الإهداء

إلى روح أمي الطاهرة

وأبي الذي لولاه بعد الله عز وجل ما كنت شيئاً

وزوجتي التي كانت عوناً وسنداً لي

وأبنائي حفظهم الله لي

مقدمة

دور القاضي في إنشاء قواعد قانونية لم تجر بها نصوص تشريعية تعالج القضية المطروحة، فهل يُسَلَم له بهذا الحق أم لا؟ الأصل العام هنا أن القاضي يطبق القانون ولا يشرعه، ولكن الفقه الحديث يُسلم له استثناء بهذا الحق باعتباره أمراً واقعاً ولا مناص منه، بل يجد البعض سنداً تشريعياً لذلك في نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري، التي عددت مصادر القانون فقد نصت على أنه " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ". والبين من هذا النص أن المصدر الأخير وهو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وبحسب منطوق المادة في الاتساع والغموض ما لا يقبل تفسيراً واقعياً آخر سوى ترك المسألة لإطلاقات القاضي بحسب ما يهديه إليه اجتهاده (١). واجتهاده هنا لا يعني سوى البحث والنظر العقليين وصولاً للحكم الصحيح وفي هذه الحالة فهو ينشئ القاعدة القانونية إنشاءً، وقد صار ذلك أمراً واقعياً. بل بعض الفقهاء غالى في هذا الأمر غلواً كبيراً ومنهم القاضي والفقيه الأمريكي الشهير جراي، ففي كتابه " طبيعة ومصادر القانون " يخبرنا .... بأن القانون هو ما ينطق به القضاة، أما التشريع والسوابق القضائية وآراء الفقهاء والعرف وقواعد الأخلاق فهي جميعاً مصادر للقانون يتحدد معناها بحسب التفسير الذي يعطيه القضاة. فهذا الرأي على إسرافه لا يقتصر على أن يسلم للقاضي بدور في التشريع بل هو يتعدى ذلك إلى القول بأن القاضي وحده هو الذي

(١) بحث للدكتور إبراهيم شحاتة بعنوان اجتهاد القاضي بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة من كلية الحقوق جامعة عين شمس –السنة الرابعة ١٩٦٢ العدد الثاني ص ٤١٥.

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة
المقدمة	١
فصل تمهيدي **دور القاضي في الخصومة المدنية وفهم القانون**	٥
المبحث الأول : دور القاضي في الخصومة المدنية	٦
المطلب الأول : الدور الإيجابي للقاضي في الخصومة المدنية.	٧
المطلب الثاني : مبدأ حياد القاضي	١١
الفرع الأول : المقصود بمبدأ حياد القاضي	١٢
الفرع الثاني : موقف التشريعات من مبدأ حياد القاضي ...	١٥
الفرع الثالث : مظاهر مبدأ حياد القاضي	٢٣
المبحث الثاني : إنشاء القاضي للقاعدة القانونية في ضوء فهمه للقانون واجتهاده القضائي	٢٧
المطلب الأول : المقصود بفهم القاضي للقانون وأثر ذلك على قيامه بإنشاء القاعدة القانونية	٢٨
المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي وأثر ذلك على إنشاء القاضي للقاعدة القانونية	٣٢

الموضـــوع	الصفحة
الفصل الأول **نظام السوابق القضائية في النظام القانوني الأنجلو أمريكي**	٣٩
المبحث الأول : دور القاضي في إنشاء السابقة القضائية الملزمة في النظام القانوني الأنجلو أمريكي	٤١
المطلب الأول : مضمون قاعدة السابقة القضائية الملزمة ومبررات الأخذ بها	٤٢
المطلب الثاني : الأنواع المختلفة من السوابق القضائية	٥٠
المطلب الثالث : تطبيق نظام السوابق القضائية	٥٥
المطلب الرابع : مميزات وعيوب نظام السوابق القضائية	٥٩
المبحث الثاني : حالات عملية من القضاء الأمريكي والإنجليزي عن دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية ...	٦٦
المطلب الأول : تطبيقات قضائية من القضاء الأمريكي لإنشاء سابقة قضائية ملزمة	٦٧
المطلب الثاني : تطبيق قضائي من القضاء الإنجليزي لإنشاء سابقة قضائية ملزمة	٧٤
الفصل الثاني **دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية في النظام الفرنسي**	٧٩
المبحث الأول : دور القاضي في ظل تشريعات الثورة ومجموعات نابليون	٨١

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الأول : دور القاضي في أعقاب الثورة الفرنسية	٨٢
المطلب الثاني : دور القاضي عند شراح المتون	٨٨
المبحث الثاني : دور القاضي في الفقه الفرنسي المعاصر	١٠٣
المطلب الأول : إخفاق مدرسة الشرح على المتون	١٠٤
المطلب الثاني : أثر ظهور المدرسة الاجتماعية والعلمية في التخفيف من مذهب التزام النص والاعتراف بدور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية	١٠٩
المطلب الثالث : الرأي السائد حاليا في الفقه	١١٧
الفصل الثالث **دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية في القانون المصري**	١٥٣
المبحث الأول : موقف القانون المصري من دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية	١٥٤
المطلب الأول : تقرير حق القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب المصدر الرسمي	١٥٥
المطلب الثاني : منح التشريع المصري سلطة تقديرية للقاضي في كثير من المسائل	١٦٧
المبحث الثاني : رأي الفقه في مسألة اعتبار القضاء مصدر رسمي للقانون	١٧٥

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الأول : الفقه المعارض لاعتبار القضاء مصدر رسمي للقانون	١٧٦
المطلب الثاني : الفقه المؤيد لاعتبار القضاء مصدر رسمي للقانون	١٩٠
المبحث الثالث : أسباب اعتبار القضاء مصدر رسمي للقانون ...	٢٠٩
المطلب الأول : أثر اعتبار القضاء مصدر رسمي للقانون ...	٢١٠
الفرع الأول : ماهية مبدأ المساواة الفعلية للأفراد أمام القانون	٢١١
الفرع الثاني : مبدأ المساواة أمام القانون في قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض	٢١٤
المطلب الثاني : مواجهة النقص في التشريع من خلال الدور المنشئ للقاضي	٢١٦
الفرع الأول : نظرية كمال التشريع	٢١٧
الفرع الثاني : نظرية النقص في التشريع	٢٢٠
المطلب الثالث : دور محكمة النقض في إنشاء القاعدة القانونية في مواد المرافعات.....	٢٢٧
المطلب الرابع : إقرار التشريع المصري للدور المنشئ للقاضي للقاعدة القانونية	٢٣٠

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الخامس : ضرورة الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية	٢٣٥
الفرع الأول : الأسباب الداعية لضرورة الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية	٢٣٦
الفرع الثاني : أمثلة من قضاء النقض تبرز دور محكمة النقض في إنشاء القواعد القانونية	٢٤٠
المبحث الرابع : كيفية إدخال نظام السوابق القضائية في النظام القضائي المصري	٢٧٦
المطلب الأول : دور محكمة النقض في نظام السوابق القضائية ..	٢٧٧
المطلب الثاني : النظام المقترح لقيام محكمة النقض بإنشاء السوابق القضائية	٢٨١
الفرع الأول : الحالات التي يمكن لمحكمة النقض أن تقوم من خلالها بإنشاء سابقة قضائية	٢٨٢
الفرع الثاني : أوجه الاعتراضات التي قد تثار على هذا النظام المقترح والرد عليها	٢٩٣
خاتمة	٣٠٠
المصادر والمراجع	٣٠٦
الفهرس	٣٢٥

مستخلص الرسالة

تناولت الدراسة موضوعين الأول هو بيان طبيعة ونطاق الوظيفة القضائية وما إذا كانت تقف بالقاضي عند مجرد التطبيق الآلي للقواعد القانونية المقررة، أم أنها تتعدى ذلك إلى إنشاء وصنع قواعد مستحدثة، والثاني هو تحديد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وما إذا كانت تقتصر على التشريع والعرف أم أنها تمتد لتشمل المبادئ القضائية وباختصار فإن النقطة التي سنتناولها ببحثنا تعتبر من النقاط العملية الهامة جداً ألا وهي التسبيب القضائي للأحكام المدنية ومدى سلطة القاضي في صنع القواعد القانونية وتقتضي دراسة دور القاضي في صنع القواعد القانونية أن نعرض لمدى سلطة القاضي في صنع القاعدة التي يفصل على أساسها في منازعة معينة معروضة عليه حينما لا تسعفه المصادر الرسمية القائمة في حل تلك المنازعة.