شبكة المعلومـــات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

شبكة المعلومات الجامعية

بسم الله الرحمن الرحيم

شبكة المعلومات الجامعية

جامعة عين شمس

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

﴿ قَسَـــم ﴾

نقسم بالله العظيم أن المادة التي تم توثيقها وتسجيلها
علي هذه الأفلام قد اعدت دون آية تغيرات

يجب أن

تحفظ هذه الأفلام بعيداً عن الغبار

في درجة حرارة من 15 – 20 مئوية ورطوبة نسبية من 20-40 %

To be kept away from dust in dry cool place of
15 – 25c and relative humidity 20-40 %

بعض الوثائق الأصلية تالفة

بالرسالة صفحات

لم ترد بالأصـــل

نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد

دراسة مقارنة في
« القانون الأردني – الشريعة الإسلامية – القانون المصري »

رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق

مقدمة من الباحث
حازم سالم محمد الشوابكة

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة رئيسًا وعضوًا
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة عين شمس
عميد كلية القانون ـ جامعة الإمارات (سابقاً)

الأستاذ الدكتور / محمد نبيل سعد الشاذلي عضواً
أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل الكلية لشئون الطلاب
كلية الحقوق – جامعة بنى سويف
الأستاذ الدكتور / خالد حمدي عبد الرحمن مشرفًا وعضوًا
أستاذ القانون المدني ووكيل الكلية لشئون الطلاب
كلية الحقوق – جامعة عين شمس

1430هـ -2009 م

كلية الحقوق
الدراسات العليا

اسم الطالب	حازم سالم محمد الشواكة.
الدرجة العلمية	الدكتوراة.
القسم التابع له	القانون المدني.
اسم الكلية	الحقوق.
الجامعة	عين شمس.
سنة التخرج	
سنة المنح	

كلية الحقوق
الدراسات العليا

رسالة دكتوراة

اسم الطالب : حازم سالم محمد الشوابكة .

عنوان الرسالة : نطاق سلطة القاضى فى تعديل العقد دراسة مقارنة في القانون الأردنى – الشريعة الإسلامية – القانون المصري

اسم الدرجة : (دكتوراة) .

لجنة الإشراف والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمد لبيب شنب رئيساً وعضواً

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق- جامعة عين شمس
عميد كلية القانون- جامعة الإمارات (سابقاً)

الأستاذ الدكتور/ خالد حمدي عبد الرحمن مشرفًا وعضواً

أستاذ القانون المدني – وكيل الكلية لشئون الطلاب
كلية الحقوق – جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور/ محمد نبيل سعد الشلالي عضواً

أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق
جامعة بنى سويف

تاريخ البحث: / / 200

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أجيزت الرسالة:

بتاريخ / / 200

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

إهــداء

إلى روح جدي الطاهرة
رحمه الله

إلى والدي العزيز رمز العطاء اللامتناهي
حفظك الله وأمدك بالصحة ..

إلى والدتي العزيزة ثمرة من ثمار غرسها
حفظك الله وأسبغ عليك نعماءه ..

و إلى أخوتي .. وأحبابي .. وزملاء الدرب ..

و إلى وطني العزيز ..

شكر وتقدير

قال رسول الله r : « من لم يشكر الناس لا يشكر الله » واقتداءً بهذا الأدب الرفيع أتقدم بخالص آيات الشكر والتقدير المقرونين بالاحترام الوفير لأستاذي الفاضل الدكتور/ خالد حمدي عبد الرحمن ، أستاذ القانون المدني ووكيل الكلية لشئون الطلاب بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة على الرغم من كثرة مشاغله وأعبائه الإدارية ، وقد شملني بعلمه الغزير وخلقه الرفيع ، وكان خلال إشرافه خير معين مرشدًا وناصحًا ومعلمًا وموجهًا ، أتاح لي أن أنهل من فيض علمه وأخلاقه الجمة ، وكان ذلك من سمات العلماء مما كان له بالغ الأثر في نفسي بالمضي قدمًا في إعداد هذه الرسالة وإثرائها على النحو الذي نرجو أن تكون عليه ، فله مني جزيل الشكر والتقدير وندعوا الله أن يمتعه بموفور الصحة والعافية ، والشكر موصول إلى كل من الأستاذ الدكتور/ محمد المرسي زهرة أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بالكلية وعميد كلية الحقوق بجامعة الإمارات سابقاً على تفضله بقبول رئاسة لجنة المناقشة رغم عظيم مشاغله وقيمة وقته الثمين ولا يسعني إلا أن أشكره شكرًا لا ينقضي ترديده فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية ، كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور/ محمد نبيل سعد الشاذلي أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل الكلية لشئون الطلاب ، كلية الحقوق ، جامعة بني سويف على تفضله لقبول الاشتراك في الحكم على رسالتي هذه ولا يسعني إلا أن أشكر سيادته جزاه الله عني خير الجزاء .

وإن كنت قد شرفت باجتماعهم جميعًا للحكم على رسالتي فأطمح بأن تكون خليقة بأن توضع أسماؤهم عليها .

وإلى أرض الكنانة مصر العربية وإلى جامعتها العريقة « عين شمس » عميق الشكر وعظيم المحبة ، أبثهما إليهما جزاء دفء احتضانهما لي وتكريمهما لي ووسم اسميهما على هذا العمل .

الباب الأول
مضمون سلطة القاضي

الفصل الأول :

السلطة التقديرية للقاضي

الفصل الثاني :

وسائل القاضي في مباشرة سلطته التقديرية

المقدمــة

يتميز النظام الاجتماعي في أبسط حالاته وأرقاها بالتعاون بين Ãفراده ، ويتم هذا التعاون عن طريق التبادل الذي كان وسيلة الإنسان في الحصول على ما يحتاج إليه، فيعتبر هذا التبادل طورًا من أطوار ارتقاء المجتمع البدائي، لأنه دليل على نشوء حق التملك ووجود نظام حماية لهذا الحق. وقد نشأ عن طريق هذا التبادل نظام العقد كأقدم رابطة اجتماعية تعبر عن التعاون بين الأفراد في المجتمع على نحو يمكن معه القول بأنه من أعظم ما ابتدعته الحضارة الإنسانية من أدوات للتعامل، حيث استطاع الإنسان عن طريق هذه الأداة القانونية أن يهتدي إلى أنظمه متطورة في تداول السلع والمنافع وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره.

ويستمد العقد قوته، كما هو معلوم من مبدأ « سلطان الإرادة »¡ ويعني هذا الأخير، قدرة الإرادة على إنشاء الالتزام ثم قدرتها على تحديد مضمونه، فيترتب على ذلك نتيجة هامه هي الحرية التعاقدية، وهو ما يسمي « بمبدأ الرضائية » . ويتفرع عن هذا المبدأ قاعدة هامة تعرف بـ « العقد شريعة المتعاقدين » وهي قاعدة أصولية مؤداها غل يد القاضي عن العقد، وهي كذلك قاعدة مطلقه تخاطب المتعاقدين والقاضي والمشرع، ولذا فقد قيل بأن التزام القاضي بالعقد كالتزام أطرافه به.

غير أن عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والأخلاقي جميعها أبرزت عيوب المبدأ المذكور ومخاطر الأخذ به على إطلاقه، وأظهرت ما أدى ويؤدي إليه من خلل في موازين العلاقات القانونية وكذا ما نجم عنه من ظلم سافر واستغلال بشع، وأن الحرية في مفهوم هذا المبدأ ما هي في حقيقتها الا ستار يخفي وراءه الكثير من

أنواع العبودية. كما أن هذه الحرية قد تجاوزت الحدود التي يجب أن تقف عندها، بحيث تحولت إلى طغيان جارف يهددها هي ذاتها. ذلك أن إطلاق هذه الحرية في استغلال الأقوياء للضعفاء والمعوزين، قد أدي إلى انتقاص « سلطان الإرادة » ودفع العديد من المشرعين إلى إدخال الكثير من القيود والحدود وبما يتوافق مع المصالح الاجتماعية بصورة عامة. فجاءت تلك القيود في صورة نصوص قانونية آمرة تحد من حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد، كما تحد منها أيضًا في مرحلة تنفيذه، إذ تعطى تلك النصوص للقاضي حق تعديل العقد في حالة وجود اختلال في التوازن المطلوب فيه، كأن يتضمن العقد غبنا أو استغلالاً لأحد المتعاقدين، أو يتضمن شرطا تعسفيًا لا يتفق مع مقتضيات العقد التي توجب أن يقوم العقد على أساس من العدالة والمساواة وعدم الإكراه بأنواعه.

فللقاضي في الحالة الأولى والخاصة بالغبن إبطال العقد أو إزالة الغبن بالإنقاص من التزامات الطرف المغبون أو غير ذلك من الوسائل التي من شأنها إزالة الغبن. وفي الحالة الثانية في عقود الإذعان، « وهي العقود التي يقتصر فيها القبول بشروط مقرره سلفا يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فإذا تضمن العقد شرطا أو شروطا تعسفية » ¡ فللقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف الأخر منها [الطرف المذعن] ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، كل ذلك في مرحلة تكوين العقد . أما في مرحلة تنفيذ العقد فقد أعطت النصوص المشار إليها للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد بإنقاص الالتزامات الواردة فيه أو زيادة الالتزام المقابل، كما أن له تأجيل التنفيذ وذلك في حالة الظروف الطارئه، والشرط الجزائي وكذلك منح نظرة الميسرة.

أما سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه في الشريعة الإسلامية ، فإنها رغم عدم اهتمام الفقهاء بدراستها ، وشح الدراسات المباشرة المتعلقة بها ، إلا إننا نستشف من خلال دراستنا لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية وغيرها ، أن للقاضي سلطة واسعة في هذا المجال .

فنظرة الميسرة هي نظرية مستمدة أساسًا من الشريعة الإسلامية وكذلك نظرية الظروف الطارئة ، وبالتالى فإن سلطة القاضي إزاء هاتين النظريتين ، من السعة بما يكفل تحقيق العدالة والقضاء على كل مظاهر الظلم والجور ، بل إن نظرية الظروف الطارئة في إطار الشريعة الإسلامية تبدوأكثر اتساعًا وأشمل حماية مما هي عليه في القانون الوضعي ، فبينما القانون الوضعي يقيدها بشروط تجعلها عملاً لا يفي بمعالجة الكثير من مظاهر الظلم والغبن التي تنجم عن تغير الظروف ، نجد أن الشريعة الإسلامية تكتفي بحدوث ظروف استثنائية وإن كانت خاصة للتخفيف عن المدين أو إعفائه من تنفيذ الالتزام المرهق وتجد هذه النظرية تطبيقاتها في نظرية العذر ، والعيب اللاحق في عقد الإيجار ، والبيع ، وفي نظرية الجوائح وغير ذلك كما سنرى لاحقًا .

أما فيما يتعلق بالغبن ومدى سلطة القاضي إزاءه ، فسنلاحظ أن الشريعة الإسلامية ، رغم تنظيم أحكامه إلا إنها اقتصرت على حماية المتعاقد من الغبن بمعياره المادي ، إذا كان هذا الغبن فاحشًا ، وعدم توسع الفقه في ذلك لا عجزًا ولا قصورًا وإنما نتيجة لما تتمتع به أحكام الشريعة الإسلامية الغراء من شمول وكمال .

أما بخصوص الشرط الجزائى فى إطار الشريعة الإسلامية فنجد أن للقاضى سلطة واسعة ، فهو يقوم بتعديل العقد إذا كان الضمان مبالغًا فيه وله إلغائه وإعفاء المدين منه إذا دخل دائرة الفساد أو البطلان .

وتتضح سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهاءه في إطار الشريعة الإسلامية بصورة أكثر وضوحًا من خلال الشروط المتطلبة شرعًا فيمن يتولى القضاء في الفقه الإسلامى إذ يتطلب في القاضي بلوغ مرحلة الاجتهاد ، إضافةً إلى اشتراط العدالة مع بقية الشروط الأخرى ، التي تؤكد اتساع سلطات القاضي اتساعًا بالغًا بما يمكن معها تحقيق العدالة في أجلى صورها ، وكما تتضح سلطة القاضي من خلال إعماله للأصول العامة والمبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية التي تنبسط على كافة المجالات لتشمل بحكمها على وجه الخصوص المعاملات الشرعية المدنية .

موضوع البحث وأهميته:

العدل هو الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع، ويتوقف بلوغ هذه الغاية على سلامة الوسيلة التي تتولي تحقيقها، وتكمن هذه الوسيلة في القاضي الذي يتوقف على قضائه تحقيق العدالة، فالعدل الذي ينبعث من شعور القاضي ووجدانه هو الذي يجعل القانون صالحًا في المجتمع، فقضاء بلا عدل قد يجعل القانون أداة ظلم وإرهاق.

والمعلوم أن سلطة القاضي وهذا هو موضوع البحث، تنصب على العقد، باعتباره أهم مظهر للتصرفات التي ينشأ عنها الالتزام، فالعقد كما هو معروف يعتبر عماد المعاملات في العصر الحديث، ويحتل