بسم الله الرحمن الرحيم

شبكة المعلومـــــات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

شبكة المعلومات الجامعية

جامعة عين شمس

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

﴿ قـــسـم ﴾

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

حجية الحكم القضائى
فى الشريعة الاسلامية
النظرية العامة وتطبيقاتها
دراسة تأصيلية فقهية قضائية موازنة

رسالة مقدمة إلى كلية حقوق الاسكندرية
لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

من

الطالب حسن أحمد على الحمادى

وقد تشكلت لجنة الحكم على الرسالة من السادة الأساتذة:

الأستاذ الدكتور/	**مصطفى محمد الجمال** استاذ القانون المدني عميد كلية الحقوق بجامعتى الاسكندرية والامارات العربية سابقاً	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/	**أحمد السيد صاوى** استاذ ورئيس قسم قانون المرافعات كلية الحقوق – جامعة القاهرة	عضواً
الأستاذ الدكتور/	**أحمد فراج حسين** استاذ الشريعة الاسلامية كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية عميد كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية سابقاً	عضواً
الأستاذ الدكتور/	**رمضان الشرنباصى** استاذ الشريعة الاسلامية كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية	مشرفاً وعضواً
الأستاذ الدكتور/	**احمد السيد خليل** استاذ قانون المرافعات كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية	مشرفاً وعضواً

B
٨٨٨

فهرس تحليلي للمحتويات

فهرس تحليلي للمحتويات

الموضوع	الصفحة
فهرس تحليلي للمحتويات	٢
فهرس تحليلي للأحكام القضائية	١٠
مقدمة عامة	٣٢
١- مكانة الموضوع	٣٣
٢- منهج البحث	٣٨
(أ) المنهج التأصيلي	٣٩
(ب) الطريقة الموضوعية	٤٠
(ج) الطريقة الموازنة	٤١
٣- خطة البحث	٤٢
القسم العام	
في تشريع حجية الحكم القضائي في نظام التقاضي الإسلامي	٤٣
- تمهيد عام	٤٤
الباب الأول : في نشأة فكرة الحجية في المصادر والمذاهب التشريعية	٤٥
- تمهيد	٤٥
- اصطلاح النقض	٤٥
- معنى الحجية عند الفقهاء	٤٦
- وظيفة الحجية في التشريع المدني القضائي	٤٧
- تعريف الحجية	٤٨
- هل فكرة الحجية تمنع الطعن في الحكم القضائي ؟	٥١
الفصل الأول : في مصادر حجية الحكم القضائي	٥٢
أولا : المبادئ العامة في القضاء التي تبرز أصول هذه النظرية	٥٢
المبدأ الأول: منع تجديد الخصومات	٥٣
المبدأ الثاني : مراعاة استقرار الأحكام القضائية	٥٤
المبدأ الثالث : الحفاظ على ولاية القضاء وصيانتها	٥٥
المبدأ الرابع : تغليب المصلحة العامة على العدالة المطلقة	٥٦
المبدأ الخامس : مراعاة استقرار الحقوق والمراكز الشرعية	٥٨
ثانيا : الأدلة التفصيلية التي تثبت النظرية	٥٩
أ - المصادر الأساسية	٥٩
١- دليل النظرية من الكتاب	٦٠
٢- أدلة النظرية من السنة	٦٢
٣- دليل النظرية من الإجماع	٦٨

الموضوع	الصفحة
ب – المصادر التبعية (أدلة النظرية من فقه الصحابة والتابعين)	٧٠
الفصل الثاني : في استنباط مناط حجية الحكم القضائي من فقه المذاهب التشريعية	٧٧
المبحث الأول : في حجية الحكم القضائي في النصوص الفقهية	٧٨
(نظريات فقهاء المذاهب التشريعية عن فكرة الحجية)	
(١) النظرية الأولى : مناط حجية الحكم القضائي هو صحته	٧٩
– أصحاب النظرية ومضمونها	
– النصوص الفقهية	
– نتيجة النظرية	
(٢) النظرية الثانية : مناط حجية الحكم القضائي هو عدم مخالفته لأحكام الشريعة القطعية	٨١
– أصحاب النظرية ومضمونها	
– النصوص الفقهية	
– نتيجة النظرية	
(٣) تقدير النظريتين والموازنة بينهما	٨٦
المبحث الثاني : في حجية الحكم القضائي في القواعد الفقهية	٩٠
القاعدة الأولى : الاجتهاد لا ينقض بمثله	٩٠
أ – معناها	
ب – نطاقها	
ج – أساسها وتأصيلها التشريعي	
د – تقديرها	
القاعدة الثانية : سد الذرائع	٩٤
القاعدة الثالثة : المصلحة العامة	٩٥
القاعدة الرابعة : لا ضرر ولا ضرار	٩٦
القاعدة الخامسة : الخاص يقدم على العام	٩٧
الباب الثاني : في تطور فكرة الحجية في النظر الشرعي العصري	٩٩
الفصل الأول : في حجية الحكم القضائي في الفقه الاستشراقي	١٠٠
(آراء المشترعين الفرنسيين عن فكرة الحجية في المذاهب الفقهية التشريعية)	
(١) المذهب الأول : إنكار حجية الحكم القضائي انطلاقا من المعنى العصري للحجية	١٠١
– غالبية فقهاء الفقه الفرنسي ينكرون تشريع الحجية في فقه الشريعة	
– الفقيه zeys و robe يريان أن الفقه الإسلامي ينبذ فكرة الحجية	
– الأستاذ hebraud يؤكد هذه النظرية .	
– الأستاذ milliot يرى أن قاعدة الحجية لا تتماشى مع القضاء الإسلامي	
– الدكتور roymond يرى أن القاضي في الشريعة له حرية تعديل الحكم القضائي إذا شابه خطأ في القانون	

الموضوع	الصفحة
- محكمة الجزائر تعتنق هذه النظرية	
(٢) ما أدلة هذا المذهب ؟	
(٢) المذهب الثاني : إثبات حجية الحكم القضائي انطلاقا من خصوصيات النظام القانوني الإسلامي	١٠٥
- معنى الحجية في فقه الشريعة عند فقهاء القانون الفرنسي	
- الأستاذ morand يؤكد وجود فكرة الحجية في التشريع القضائي الإسلامي	
- الأستاذ marneur يرى أن الحكم القضائي في الشريعة غير قابل للتعديل	
- الاستثناءات التي ترد على فكرة الحجية	
(٣) تأصيل الموضوع	١٠٨
- الصياغة الفقهية القديمة لا تنبئ عن وجود فكرة الحجية	
- نقد مذهب الفقه الفرنسي	
الفصل الثاني : في حجية الحكم القضائي في القضاء الشرعي العصري	١١٤
(١) القاعدة العامة : الحكم القضائي يحوز الحجية	
(٢) الاستثناء : انتفاء الحجية عن الحكم القضائي الباطل	
الفصل الثالث : في موضع نظرية الحجية من دائرة التشريع	١٢٥
أولا : موازنة المناهج التشريعية للشرائع	١٢٥
أ - الشرائع التي وضعت قواعد الحجية في القانون المدني	
ب - القوانين التي وزعت قواعد الحجية بين قانون الإثبات وقانون المرافعات	
ج - التشريعات التي جعلت قواعد الحجية جزء من قانون المرافعات	
ثانيا : في تقدير الخطط التشريعية للتطبيقات	١٢٨
أ - النقد العام	
ب - النقد الخاص	
القسم الخاص	
في إعمال حجية الحكم القضائي في نظام التقاضي الإسلامي	١٣١
- تمهيد	١٣٢
- فلسفة فكرة الحجية	١٣٣
- طبيعة فكرة الحجية	١٣٤
- قاعدة الحجية متعلقة بالنظام الشرعي العام	
- أساسها في النصوص الفقهية	
- إنكار بعض أئمة الفقه لتعلق الحجية بالنظام الشرعي العام	
- المحكمة العليا الشرعية تنكر تعلق الحجية بالنظام الشرعي العام	
- المصدر الأصلي لطبيعة الحجية	
- المصدر التبعي لطبيعة الحجية	

الموضوع	الصفحة
- الحجية لا تصادر على الخصم سلطته في التنازل عن مضمون الحكم القضائي	
- تصحيح الحكم القضائي	
- تفسير الحكم القضائي	
- وسيلة الاحتجاج بحجية الحكم القضائي	
- كنه هذا الدفع	
الباب الأول : في نطاق حجية الحكم القضائي	١٤٠
- تمهيد	١٤٠
الفصل الأول : في النطاق الموضوعي لحجية الحكم القضائي	١٤٢
المبحث الأول : في القاعدة العامة : ارتباط الحجية بالحكم القضائي الموضوعي المختص	١٤٣
أولا : وجوب صدور حكم قضائي	١٤٤
أ - الحكم القولي ومدى تمتعه بالحجية	١٤٥
ب - الحكم الفعلي وهل يجوز الحجية ؟	١٤٨
١- النظرية الأولى : تصرفات القاضي بمقتضى ولايته تعتبر حكما قضائيا	١٤٩
٢- النظرية الثانية : عمل القاضي وتصرفاته الفعلية ليست حكما قضائيا	
٣- تقدير النظريتين	
ثانيا : وجوب كون هذا الحكم موضوعيا	١٥٢
أ - المبدأ : الحجية أثر للحكم الموضوعي	
ب - ماهية الحكم الموضوعي	
ج - أساس الحكم الموضوعي	
د - تحديد الأحكام الموضوعية	
١- الحكم التقريري	
٢- حكم الإلزام	
٣- الحكم المنشئ	
٤- الحكم الصادر في مسألة أولية	
٥- الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية	
ثالثا : وجوب صدور الحكم من محكمة مختصة	١٧٣
أ - ماهية الحكم الصادر من محكمة مختصة وظيفيا أو نوعيا	١٧٤
١- الاختصاص القضائي المطلق	١٧٤
٢- الاختصاص القضائي النسبي	
(١) الاختصاص القضائي العام	
(٢) الاختصاص القضائي الخاص	
(أ) الاختصاص الموضوعي	
(ب) الاختصاص المركزي	

الموضوع	الصفحة
ب - هل يتمتع الحكم القضائي الأجنبي بالحجية أمام القضاء الوطني ؟	١٨٢
١- المبدأ : الحكم القضائي الأجنبي لا يجوز الحجية أمام القضاء الوطني	
- نظرية المذهب الحنفي	
٢- محاولات فقهية حديثة للاعتداد بحجية الحكم الأجنبي	
٣- رأينا في الموضوع	
المبحث الثاني : في انتفاء الحجية عن العمل القضائي غير الفاصل في الحق الموضوعي	١٩٢
أولا : انتفاء الحجية عن الحكم القضائي غير الموضوعي	١٩٣
(الأحكام الصادرة قبل الفصل في الحق الموضوعي)	
أ - الأحكام المتعلقة بإعداد وتهيئة الدعوى للحكم فيها	
١- الأحكام المنظمة لسير الدعوى	
٢- الأحكام المتعلقة بتحقيق الدعوى	
ب - الأحكام المتعلقة بدخول الدعوى في حوزة المحكمة واستمرارها أمامها	
١- الأحكام الإجرائية المنهية للخصومة	
٢- الأحكام الإجرائية غير المنهية للخصومة	
ج - الأحكام الوقتية أو المستعجلة	
ثانيا : انتفاء الحجية عن العمل القضائي الحمائي غير الموضوعي	٢٠٠
أ - العمل القضائي الولائي	
ب - العمل القضائي التنفيذي	
المبحث الثالث : في تحديد نطاق الحكم القضائي	٢٠٣
أولا : حجية مشتملات الحكم القضائي	٢٠٤
أ - حجية المنطوق	
ب - حجية الأسباب	
ح - حجية واقعات الدعوى	
ثانيا : حجية الحكم الضمني	٢٠٩
أ- تحديد معنى الحكم الضمني	
ب- نظرية فقهاء المرافعات في الشريعة	
ج- رأينا في الموضوع	
الفصل الثاني : في النطاق الشخصي لحجية الحكم القضائي	٢١٣
أولا : القاعدة العامة : الحجية النسبية للحكم القضائي	٢١٣
أ - مبدأ نسبية الحجية	
ب - النصوص الفقهية	
ج - الأساس الفني	
د - الأساس التشريعي	

الموضوع	الصفحة

١- المصدر الأساسي

٢- المصدر التبعي

هـ - اجتهاد القضاء الشرعي

ثانيا : الاستثناءات الفقهية لمبدأ نسبية الحكم القضائي ٢١٧

- استثناءات المذهب الحنفي والمالكي

- التطبيق القضائي

ثالثا : فكرتنا في الموضوع ٢١٩

الباب الثاني : في آثار حجية الحكم القضائي ٢٢١

- تمهيد

الفصل الأول : في الدفع بحجية الحكم المدني أمام القضاء المدني ٢٢٤

المبحث الأول : في وحدة الخصوم ٢٢٤

- مبدأ نسبية حجية الحكم القضائي

- النصوص الفقهية

- اجتهاد المحكمة العليا الشرعية

(١) تحديد من هم الخصوم ٢٢٧

- معنى الخصم

- أساس فكرة وحدة الخصم

- قضاء المحاكم الابتدائية الشرعية في معنى الخصم

- قضاء المحكمة العليا الشرعية في معنى الخصم

- الخصوم الشخصيون في الدعوى

- الخصوم الممثلون في الدعوى

- التمثيل الحقيقي

- التمثيل الحكمي

- الوارث هل ينتصب خصما عن الورثة ؟

- أساس هذه الفكرة

- اجتهاد محكمة النقض المصرية

- تقدير هذه الفكرة

- هل يتجرد الحكم القضائي من أية فاعلية في مواجهة من لم يكن خصما فيه؟

(٢) اتحاد الصفة ٢٣٧

- معنى وحدة الصفة

- اجتهاد المحاكم الابتدائية الشرعية

- اجتهاد المحكمة العليا الشرعية

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثاني : في وحدة المسألة المقضي فيها	٢٣٩
(١) معنى وحدة المسألة المقضي فيها	٢٤٠
– فلسفة فكرة الحجية في الشريعة	
– اتحاد المسألة الواحدة في الدعويين	
– النصوص الفقهية	
– قضاء المحاكم الابتدائية الشرعية	
– قضاء المحكمة العليا الشرعية	
(٢) أساس وحدة المسألة المقضي فيها	٢٤٧
– النصوص التشريعية	
– اصطلاح وحدة المسألة المقضي فيها	
– اصطلاح وحدة المسألة المقضي فيها في قضاء المحكمة الاتحادية العليا	
الفصل الثاني : في الدفع بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء الجنائي	٢٥١
المبحث الأول : في وحدة الخصوم	٢٥٥
– القاعدة : نسبية حجية الحكم القضائي	
– النصوص الفقهية	
(١) من هم الخصوم ؟	٢٥٦
– معنى الخصم	
– المدعي هي الهيئة الاجتماعية	
– المدعى عليه هو المتهم	
– تعدد المتهمين ووحدة الجريمة	
– حجية حكم الإدانة	
– حجية حكم البراءة	
– هل من الممكن أن يتمسك بالحكم الجنائي كدليل ممن لم يكن خصما فيه ؟	
(٢) أساس وحدة الخصوم	٢٥٩
– النصوص التشريعية	
المبحث الثاني : في وحدة المسألة المقضي فيها	٢٦١
(١) معنى وحدة المسألة المقضي فيها	٢٦١
– اتحاد المسألة المقضي فيها في الدعويين	
– الحجية وتعدد الجرائم	
– الحجية وفكرة التداخل	
– الحجية وسقوط القصاص	
– الحجية وسقوط الحد	
(٢) أساس وحدة المسألة المقضي فيها	٢٦٦

الموضوع	الصفحة
- نصوص التشريعية	
الفصل الثالث : في حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني	٢٦٨
المبحث الأول : في حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني في رأي الفقه والقضاء	٢٦٩
(١) حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني في اجتهاد القضاء الشرعي	٢٧٠
- القاعدة : انتفاء حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني الشرعي	
- اجتهاد المحاكم الابتدائية الشرعية في نفي الحجية	
- اجتهاد المحكمة العليا الشرعية في نفي الحجية	
- نقد فقهي لمسلك المحكمة العليا الشرعية	
- محاولة قضائية لصياغة مبدأ يحترم الحكم الجنائي	
- المحكمة العليا الشرعية تجهض هذا الاجتهاد القضائي	
- تقدير اجتهاد المحكمة العليا الشرعية	
(٢) كيف نؤصل حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني	٢٧٥
- الأساس الفني لحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني	
- النصوص الفقهية	
- الأساس التشريعي لسلطان الحكم الجنائي أمام القضاء المدني	
المبحث الثاني : في مناط التقيد بحجية الحكم الجنائي	٢٧٨
(١) أن يصدر حكم جنائي موضوعي	٢٧٨
(٢) أن يكون هناك وحدة المسألة المقضي فيها بين الدعوى الجنائية والمدنية	٢٨١
الفصل الرابع : في الدفع بحجية الحكم المدني أمام القضاء الجنائي	٢٨٨
(١) القاعدة العامة : انتفاء حجية الحكم المدني أمام القضاء الجنائي	٢٨٨
(٢) الاستثناء : حجية الحكم المدني في المسألة الأولية أمام القضاء الجنائي	٢٨٩
ملحق : في صياغة فكرة الحجية في مواد مقننة	٢٩١
(١) تمهيد	٢٩١
(٢) تقنين من اجتهادنا	٢٩٢
ثبت المراجع	٢٩٥