

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:

رئيساً

الأستاذ الدكتور / فتحي إسماعيل والي

أستاذ قانون المرافعات

عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة (سابقاً)

عضواً

الأستاذ الدكتور / حسام الدين كامل الأهواني

أستاذ القانون المدني

عميد كلية الحقوق – جامعة عين شمس (سابقاً)

مشرفاً وعضواً

الأستاذ الدكتور / أسامة أحمد شوقي المليجي

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات

بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

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 ومسئوليته الجسام، والذي أسرني منذ البداية بسعة علمه ونبل خلقه، وتعهدي بالنصح والإرشاد طوال فترة البحث، ولم يبخل علي بآرائه وملاحظاته القيمة التي أنارت لي طريق التقصي والبحث، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعته 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 ومسئوليته المتعددة، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعته 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 ومسئوليته المتعددة، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعته بموفور الصحة والعافية.

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

الباحث

ب

الإهداء

إلى روح أُمي 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 يُسلم 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 عدت 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 والفقهاء 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.

يشرع^(١). ولكن هذا النظر بطبيعة الحال لا يمكن التسليم به، فالفقه والقضاء يسلمون بأن الأصل في القضاء هو التطبيق، وأن القاضي يلجأ لابتداع القواعد استثناءً، وهو في ذلك مقيد بالضوابط الفنية في العمل القضائي والتي تهديه في ذلك، ومنها الطريقة التي ينتهجها الشارع حين يشرع أي متسلحاً بالتجرد والموضوعية ومقتضيات العدالة.

والمعروف أن الدور الإنشائي مسلم به في مجال القضاء الإداري فقد ورد بالملزمة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة أنه " في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية " ^(٢). ورغم إنكار الكثيرين لهذا الدور في نطاق القانون الخاص إلا أنه ثابت في تاريخ القضاء المصري وبخاصة محكمة النقض -ومن ذلك يقول المرحوم الدكتور السنهوري " إن التقنين الجديد قنن أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك، فمن النظريات العامة التي قننها التعسف في استعمال الحق وتكوين العقد والاستغلال والحوادث الطارئة والالتزام الطبيعي " ^(٣). وراح يعدد نظريات وقواعد أنشأها القضاء إنشاءً بلا نص فجاء التقنين المدني الجديد وقننها، وهو مذهب للقضاء ما زال سارياً حتى الآن، فالاجتهاد متصل مع الواقع المتغير وكثرة الوقائع ومحدودية النصوص والتزام القاضي بالفصل في النزاع. ولذلك يرى بعض الفقهاء في العبارة التقليدية الشائعة " بأن محكمة النقض قد أرست مبدأ قانونياً جديداً " أنها أبدعت شيئاً لم يكن موجوداً في النصوص ^(٤)، ومن هنا كان الشارع السويسري

(١) د. إبراهيم شحاتة -المرجع السابق- ص ٤٢٣.

(٢) د. إبراهيم شحاتة -المرجع السابق- ص ٤٢٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول -المجلد الأول الطبعة الثالثة ١٩٨١- دار النهضة العربية ص ٥٠ وما بعدها.

(٤) د. إبراهيم شحاتة -اجتهاد القاضي- مرجع سابق ص ٤١٩.

أكثر واقعية حين نص في المادة الأولى من القانون المدني على أنه " إن لم يوجد نص ممكن التطبيق ، يحكم القاضي وفق قواعد العرف ، وإن لم يجد هذا الحكم وفق القواعد التي يضعها لو أقام نفسه مقام الشارع " (١). فالدور الإنشائي للقضاء المتمثل في ابتداع الحلول القانونية للوقائع المطروحة في حالة خلو المصادر الثابتة للقانون منها أمر يؤدي لا محالة للتسليم للقضاء بدور تشريعي، ولذلك انتهى أحد كبار فقهاء القانون المدني المصري وهو الأستاذ الدكتور سمير تناعو إلى إيراد أحكام القضاء ضمن مصادر القانون مقررًا بأن الأصل هو أن القاضي يطبق القانون ولا يخلقه ، ولكن ذلك مشروط بأن يكون التشريع كاملاً لا يشوبه أي نقص، ولكن الواقع أنه كأي عمل إنساني مشوب بالقصور. وقد أدرك هذا النظر أرسطو فوضع " نظرية النقص في التشريع " في كتابه السياسة والأخلاق ، وأجاز للقضاء تكملة ما في التشريع من سكوت ... لأن المشرع نفسه لو كان حاضراً نظر النزاع لوافق على تكملة النقص (٢) ويلزم هنا للإيضاح أن الفقيه الكبير أورد فرقاً بين حكم القاضي وبين القضاء فالأول يستطيع القاضي فقط خلق الحلول الخاصة ، أما الثاني فهو مصدر من مصادر القواعد القانونية العامة (٣)، وانتهى إلى أن تحديد مصادر القانون مسألة واقعية لا يتقيد فيها بنص التشريع، فخلو المادة الأولى من القانون المدني من النص على القضاء كمصدر للقانون لا يعني عدم وجوده ، إذ تجاوز الفقه مسألة الشرح على المتون إلى الواقع العملي وهو يشهد بجلاء أن القضاء مصدر رسمي من مصادر القانون خاصة الإداري وهو إذ استقرت في فرنسا فلا أحد ينكر أنه مصدر من مصادر القانون. ويؤيد هذا النظر

(١) د. إبراهيم شحاتة-المرجع السابق-ص ٤١٩.

(٢) د. سمير عبد السيد تناعو -النظرية العامة للقانون- منشأة المعارف الإسكندرية-طبعة ١٩٨٦ ص ٤٨٣ وص ٤٨٣، وأيضاً مصادر الالتزام للمؤلف ذاته وذات الناشر-طبعة ٢٠٠٠ ص ٣٥٥.

(٣) د. سمير تناعو-المرجع السابق-ص ٣٥٥.

العبارة المتواترة في قضاء محكمة النقض وهي " وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة "، وهي أكثر وضوحاً من العبارة التي تستخدمها محكمة النقض الفرنسية، فهي لا تخفي أن ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق لينتهي في صراحة ووضوح إلى أن القضاء مصدر للقانون، بمعنى أنه يخلق قواعد قانونية عامة مجردة تضاف إلى غيرها من القواعد الأخرى التي يتكون منها القانون في المجتمع. (١)

والبحث يمس موضوعين من أدق وأهم موضوعات علم القانون، 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.

وسوف نعرض لذلك من خلال خطة بحث نتناول من خلالها فصل تمهيدي عن دور القاضي في الخصومة القضائية وفهم القانون، ثم نعرض في الفصل الأول لدور القاضي في النظام الأنجلو أمريكي حيث يأخذ بنظام السوابق القضائية، ثم نعرض في الفصل الثاني والثالث لدور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية في النظام القانوني الفرنسي والمصري.

(١) د. سمير تناعو-المرجع السابق-ص ٤٨٣.

فصل تمهيدي

دور القاضي

في الخصومة المدنية وفهم القانون

تمهيد وتقسيم:

للقاضي دور هام جداً في الخصومة القضائية فلا نكاد نبالغ إذا قررنا أن له الدور الرئيسي فيها، لذا يلجأ إليه المتخاصمون ليحكم بينهم بالعدل، ووسيلتهم في ذلك هي طرح تلك الخصومة عليه من خلال ما يسمى بالدعوى القضائية، فالقاضي هو ميزان العدل بالنسبة لتلك الخصومة، وهو ما يقتضي منا بحث أهمية دور القاضي في الخصومة المدنية، وإلى أي مدى يتدخل القاضي في تلك الخصومة. وذلك في ضوء دراستنا لخصائص القاعدة القانونية، لنتعرف على مدى أحقية القاضي من خلال فهمه لتلك الخصائص وللقانون أن يجتهد ويقوم بإنشاء مبادئ قانونية جديدة ترقى إلى مرتبة القاعدة القانونية.

وكل ذلك سنتناوله في مبحثين: أولهما عن دور القاضي في الخصومة القضائية، وثانيهما عن إنشاء القاضي للقاعدة القانونية في ضوء فهمه للقانون واجتهاده القضائي.

المبحث الأول

دور القاضي في الخصومة المدنية

سنلقي الضوء في هذا المبحث على دور القاضي في الخصومة المدنية، ومما لا شك فيه أن للقاضي الدور الرئيسي في الخصومة المدنية فهو ميزان العدل كما أسلفنا، وهو ما يقتضي منا أن نوضح مسألة غاية في الأهمية تتمثل في الدور الإيجابي للقاضي في الخصومة المدنية، ولا يقصد بالطبع بذلك الدور أن يسمح للقاضي بأن يوجه الخصوم بأي شكل من أشكال التوجيه، ولكنه يقوم بدور إيجابي للوصول للحقيقة وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، والذي سنوضح فيه كيف يقوم بذلك الدور الإيجابي. ولكن ذلك وبلا شك بما لا يتعارض مع مبدأ حياد القاضي والذي سوف نتناوله بشيء من التفصيل من حيث ماهيته وموقف التشريعات منه ومظاهره في مطلب ثان.

المطلب الأول

الدور الإيجابي للقاضي في الخصومة المدنية

يتمتع القاضي بدور إيجابي في الخصومة القضائية، فلم تعد الخصومة القضائية حكراً على الخصوم، يحركونها كما يشاءون -إنما أصبح للقاضي دور إيجابي في تسييرها (١)، فللقاضي دور إيجابي في عملية الإثبات كما أن له نفس الدور في تطبيق القانون.

أما بشأن الدور الإيجابي الذي سمح به قانون المرافعات للقاضي بشأن تسيير الدعوى وإجراءات المرافعة فيها أمامه، فهناك أمثلة كثيرة عليها منها على سبيل المثال أن يأمر الخصوم بإيداع المستندات أو القيام بإجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي يحدده ، وإلا تعرض المخالف للحكم عليه بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ، ولا تزيد عن أربعمئة جنيه (مادة ١/٩٩ مرافعات) وله أن يأمر بجعل الجلسة سرية ، محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة (مادة ١٠١ مرافعات) ، ويمكنه من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله في الدعوى لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة (مادة ١١٨ مرافعات) .

وعلى نفس القدر فقد سمح قانون الإثبات للقاضي بدور إيجابي في الكثير من المسائل، فعلى سبيل المثال أن القاضي يملك من تلقاء نفسه أن يأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات مثال م ٧٠ عن الشهادة ، كما أن له

(١) د. أسامة أحمد شوقي المليجي-نظم الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية وبين الإثبات في المواد الجنائية-طبعة عام ٢٠١٠-ص ٦٨.

استنباط القرائن القضائية والقاضي حر في تلك الحالة في استنباط القرائن التي يأخذ به من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة له (مادة ١٠٠ إثبات)، كما أن له استجواب الخصوم من تلقاء نفسه (م ١٠٥ إثبات)، كما أن له توجيه اليمين المتممة (م ١١٩ إثبات)، كما أن له إجراء المعاينة (م ١٣١ إثبات) من ناحية أخرى له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات متى وجد أوراق الدعوى كافية لتكوين عقيدته (م ٩ من قانون الإثبات)، كعدوله عن حكمه بندب خبير لإثبات واقعة معينة وذلك بعدم تنفيذه، ولكن يجب أن يبين أسباب عدوله في محضر الجلسة م ٩ إثبات بغير حاجة إلى تضمين هذه الأسباب الحكم الذي يصدر في الموضوع . وله كذلك أثناء سير الدعوى -ولو أمام محكمة الاستئناف- أن يأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده (مادة ٢٦ إثبات). وكذلك بالنسبة للإقرار في غير الحالات التي نص عليها قانون الإثبات بالنسبة للإقرار الضمني فبديهي أن يكون استخلاص الإقرار بالحق ضمناً من الأوراق أو من الأعمال الصادرة من الخصم، أو نفي ذلك، وكما نوهت محكمة النقض المصرية، من شئون محكمة الموضوع، شرط أن تبين كيف أفادت هذه الأوراق أو الأعمال معنى ما استخلصه وأن يكون هذا البيان سائغاً. (١)

أما بشأن دور القاضي في تطبيق القانون والذي يتمثل في قيامه بتفسير القانون، وتلك المسألة سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل لاحقاً في بحثنا، ويتمثل دوره في تطبيق القانون، من ناحية أخرى، في السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي عند نظر الدعوى ومن أهم مظاهرها سلطته في تكييف

(١) د. عبد الرحمن عبد الواحد الرضوان-بحث في إشكاليات الإثبات بالإقرار في المواد المدنية والتجارية-مجلة القانون والاقتصاد-العدد الثامن والسبعون-٢٠٠٧-ص ٦٨١.

الطلبات في الدعوى. فمن المقرر أن القاضي هو المسئول عن أوصاف الخصومة ويوجب القانون على القاضي أن يصل إلى حقيقة النزاع ثم يكييف القانوني السليم وهي عملية قانونية يقوم بها القاضي من حاصل فهمه في الدعوى والعبرة في التكييف هي بحقيقة الواقع أو النية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين في العقد دون الاعتداد بالألفاظ التي أضيفت بها. (١)

وكذا سلطته في تصوير وقائع النزاع وفهم الواقع في الدعوى، ويقصد بفهم الواقع التحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى المدعاة، لأن الدعوى القضائية تتكون من عنصرين: أولهما وقائع الدعوى وهي مصدر الحق الذي يطالب المدعي بإثباته، والثاني: القانون أي القاعدة القانونية التي تستند إليها الواقعة محل النزاع. ومثال ذلك: ما تنص عليه المادة ١٦٣ من القانون المدني من أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. وعند تحليل هذه القاعدة فإنها تتكون من حكم وفرض. أما الحكم فهو الالتزام بالتعويض وأما الفرض فهو الخطأ أو الواقعة، كأن يصاب شخص نتيجة حادث سيارة. فالمطلوب من الخصم (المدعي) أن يثبت واقعة أنه صدم من سيارة وأصيب. ومن واجب القاضي أن يتحقق من هذا الزعم من خلال الأدلة والأمارات، أي: يتحقق من الوجود المادي لهذا الزعم ثم يطبق القانون بالتعويض إذا ثبت أمامه الخطأ والضرر. وعلى ذلك فإن دور القاضي هو التحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى التي يثيرها الخصم في مسائلها الواقعية والقانونية. (٢)

وهناك أمثلة كثيرة على سلطة القاضي التقديرية من القانون المدني -

(١) المستشار محمد فهم درويش-فن القضاء بين النظرية والتطبيق-طبعة الزهراء للإعلام العربي-الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧-ص ٥٨٢، ٥٨٣.

(٢) المستشار محمد فهم درويش-المرجع السابق-ص ٥٦٩.

كسلطته في تقدير الحوادث الطارئة وقيام القوة القاهرة (مادة ١٤٧ مدني)، وكذا سلطته في تقدير التعويض (مادة ١٧٠ مدني)، وكذا سلطته في تكييف العقد وتفسيره وفسخه (مادة ١٥٧ مدني)، سلطة القاضي في تقرير الخطأ الموجب للمسئولية (مادة ١٦٣ مدني) وسلطته التقديرية في تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور وذلك في حالة الدفاع الشرعي. فمن جاوز في هذا الدفاع القدر الضروري أصبح ملزماً بتعويض يراعى فيه مقتضيات العدالة (مادة ١٦٦ مدني). وفي حالة الضرورة فمن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً (مادة ١٦٨ مدني).

و ضماناً لعدم تحول هذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي إلى سلطة تحكمية وضع القانون العديد من المعايير والضوابط والتي من أهمها مبدأ حياد القاضي والذي سوف نعرض له في المطلب التالي.