كلية الحقوق

نحـــــــــــــو
نظـــرية للعـقـد الإجـــرائي

رسالة مقدمة من الباحث

حســـين إبراهيم خليـــل

لنيل درجة الدكتوراه في القانون

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ حمدي عبد الرحمن أحمد رئيساً

أستاذ القانون المدني بالكلية، وعميد كلية الحقوق جامعة المنوفية الأسبق

الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود مشرفا وعضواً

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات بالكلية، ووكيل الكلية لشئون الطلاب

الأستاذة الدكتورة / سحر عبد الستار إمام يوسف عضواً

أستاذ مساعد قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية

1434 هـ/2013م

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

اسم الطالب : حسين إبراهيم خليل

عنوان الرسالة : نحو نظرية للعقد الإجرائى

اسم الدرجة: دكتوراه

لجنة الإشراف

الأستاذ الدكتور/ حمدي عبد الرحمن أحمد رئيساً

أستاذ القانون المدني بالكلية، وعميد كلية الحقوق جامعة المنوفية الأسبق

الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود مشرفا وعضواً

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات بالكلية، ووكيل الكلية لشئون الطلاب

الأستاذة الدكتورة / سحر عبد الستار إمام يوسف عضواً

أستاذ مساعد ورئيس قسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية

تاريخ البحث: 2005/1/2

أجيزت الرسالة في / /2013

كلية الحقوق

عنوان الصفحة

اسم الطالب : حسين إبراهيم خليل

اسم الدرجة: دكتوراه

القسم التابع له : المرافعات المدنية والتجارية

اسم الكلية : الحقوق

الجامعة : عين شمس

سنة التخرج :

سنة المنح : 2013

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم
بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي
الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ "

الآية الأولى من سورة المائدة

إهـــــداء

إلى القدوة الحسنة سيدنا محمد بن عبد اللّه صلى اللّه عليه وسلم

إلى صحابة رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم

إلى الأستاذ الذى علم ونصح وصابر وساعد فى إخراج هذه الرسالة

أ.د. سيد أحمد محمود جزاه اللّه عنى خير الجزاء

إلى روح أبي العزيز الذى افتقده بشدة

إلى أمي الغالية أطال اللّه عمرها

إلى شريكة العمر زوجتي الحبيبة

إلى فلذات أكبادي ونور بصري

أبنائي الأعزاء

ريهام ، مروان ، شيماء

إلى أخي و أختي

وفقهم اللّه إلى ما يحبه ويرضاه

إلى الشهداء فى كل بقاع العالم

شـــكر وتقـدير

الحمد لله رب العالمين، حمدًا يوافي نعمه، ويكافئ مزيده، والشكر لله على ما وهبني من صبر، وهدى، وتوفيق تخطيت به الصعاب لإنجاز هذا العمل، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، والنعمة المسدأة، نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا .

فقد جاء فى آيات الذكر الحكيم " وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ " إبراهيم الآية 7، وقال المصطفى صلى الله علية وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

فمن خلال التوجه الكريم يسعدني ويشرفني أن أتقدم بأرقي معاني الشكر والامتنان للعالم الجليل أستاذ الأجيال في القانون المدني، وعلى وجه الخصوص، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، قانون الإيجارات، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فكم كانت هذه المؤلفات نبراساً نهتدي به إلى طريق الحق، وملاذاً نلجأ إليه إذا أنهكتنا الحيل، الأستاذ الدكتور حمدي عبد الرحمن أحمد، أستاذ القانون المدني بالكلية، وعميد كلية الحقوق جامعة المنوفية الأسبق، لقبول سيادته الاشتراك في مناقشة رسالتي على الرغم من مهامه الجسام فلم يبخل علي بأن يكون مناقشًا لتلك الرسالة فهو شرف عظيم قد حظيت به، حفظه الله زخراً لرجال العلم ولبنيه ووطنه وأوسع عليه من لطائف رحمته، وزاده علماً وخلقاً.

والشكر موصول، للأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود، أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات بالكلية، ووكيل الكلية لشئون الطلاب لقبوله الإشراف على رسالتي، ولتوجيهاته السديدة، وملاحظاته القيمة، فلقد كان نعم المشرف الحريص على مستقبل طلابه فقد كان مخلصًا ووفيًا في إشرافه،

وكان نعم الموجه، فقد وقف بجواري في وقت كانت الدنيا كلها في نظري كسم الخياط وأضيق، فأخذ بيدي حتى وصلت إلى ما أنا فيه الآن، بارك الله فيه وأطال في عمره، وأصلح ذريته، وهنأه في دنياه وجعل ذلك الصنيع فى في ميزان حسناته، إنه جواد كريم.

والشكر موصول للأستاذة الدكتورة سحر عبد الستار إمام، أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية، والتي قبلت الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة، على الرغم من مهامها الجسام فلم تبخل عليّ بأن تكون مناقشًا، فهو شرف عظيم قد حظيت به، وأن لم أتلق على يدها العلم مستمعاً فيكفيني أنني تلقيته عنها مكتوباً، فقد كانت لمؤلفات سيادتها الفضل في اتساع الأفق والعمل على إعمال العقل وشحذ الهمم، خصوصا في مجال التحليل الذي برعت فيه، فبارك الله في عمرها وذريتها وأهلها، ورزقها من فضله وإحسانه انه نعم المولى ونعم المجيب..

وختامًا أتقدم بأسمى آيات الشكر لكل من آذرنى ونصحني نصيحة انتفعت بها، ولم أتمكن من شكره، سائلاً الله العلي القدير أن لا يضيع لهم أجرًا وأن يجعله في ميزان حسناتهم إنه سميع الدعاء .

وصلى اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المقدمـــــــــــــة

الحمد لله، أحمده وأستعينه وأستغفره وأستهديه؛ وأؤمن به ولا أكفره، وأعادى من يكفره، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، أرسله بالهدى والنور والموعظة على فترة من الرسل، وقلة من العلم، وضلالة من الناس، وانقطاع من الزمان، ودنو من الساعة، وقرب من الأجل، من يطع الله ورسوله فقد رشد، ومن يعصهما فقد غوى وفرط وضل ضلالاً بعيداً .

وأوصيكم بتقوى الله، فانه خير ما أوصى به المسلم المسلم، أن يحضه على الآخرة، وان يأمره بتقوى الله، فاحذروا ما حذركم الله من نفسه، ولا أفضل من ذلك نصيحة ولا أفضل من ذلك ذكراً، وان تقوى الله لمن يعمل به على وجل ومخافة من ربه عون صدق على ما تبتغون من الآخرة، ومن يصلح الذى بينه وبين الله من أمره في السر والعلانية لا ينوى بذلك إلا وجه الله يكن له ذكراً في عاجل أمره وذخراً فيما بعد الموت حين يفتقر المرء إلى ما قدم وما كان من سوى ذلك يود لو أن بينها وبينه أمداً بعيداً ويحذركم الله نفسه والله رؤوف بالعباد. [1]

يعد موضوع العقد الإجرائى من الموضوعات الحديثة، حيث إن الاتفاقات الإجرائية المكونة لهذه العقود لم تعرف إلا حديثاً[2] وذلك مع تقسيم القانون إلى قانون موضوعى واخر إجرائى.

وبالرغم من تنظيم هذه العقود فى صورة تطبيقات أتى بها المشرع فى القوانين الإجرائية، إلا انه لم يعن بتنظيمها تنظيماً شاملاً جامعاً من خلالها شتاتها لبناء نظرية عامة تطبق على كافة الصور.

---

1) جزء من خطبة الرسول صلى الله عليه وسلم في أول جمعة صلاها بالمدينة المنورة في بنى سالم بن عوف.

2) ليس المقصود بالحداثة فى هذا الصدد أنه لم يكن لها أصل موجود فيما سبق، ونشأت حديثاً، بل المقصود بالحداثة أنه رغم وجودها واستخدامها بيد أن أحد لم يتطرق إليها، ويعبد الطرق لبيان كنتها، وتمايزها عن غيرها، راجع ما سيلى تفصيلا فى هذا الصدد

سبب اختيار الموضـــــــوع:

يرجع سبب اختيار موضوع البحث إلى ما يلي:

أولاً: عدم قيام المشرع سواء المصرى أو الفرنسى، بوضع نظرية عامة تتناول العقود الإجرائية وتنظيمها تنظيماً شاملاً، توضح أساسه وخصائصه ونظامه القانوني، كما هو الحال بالنسبة للعقد الموضوعي سواء عقود القانون الخاص(المدنى – التجارى) أو عقود القانون العام(العقد الإدارى)، وذلك على الرغم من كثرة تطبيقات العقد الإجرائى سواء فى قانون المرافعات[1] أو الإثبات[2] أو التحكيم[3].

ثانياً: عدم اهتمام الفقه من جانبه، بدراسة العقد الإجرائى دراسة متعمقة و موسعة، فجل الفقه اتجه إلى دراسة تطبيقات العقود الإجرائية، ومن هنا لم توضع نظرية تجمع شتات هذه العقود ونظمها فى أطار قانوني واحد[4].

---

1) المواد 32، 62، 111، 128، 2/209، 476.

2) المواد 37، 114، 136.

3) المادتان 10، 41.

4) جاءت معظم الدراسات فى تطبيقات للعقود الإجرائية، كما أنها كانت فى معظمها دراسة تحليلية لهذه التطبيقات دون بيان الجواهر المميزة للعقد الإجرائى عن العقد الموضوعى، راجع على سبيل المثال د. على أبو عطية أبو هيكل، الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات، دراسة تحليلية وتطبيقية لفكرة الإحالة القضائية للدعوى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، طبعة منشأة المعارف 2005، وفى هذه الرسالة اقتصر الباحث على تناول تطبيق من تطبيقات العقد الإجرائى، وهو الإحالة الاتفاقية المنصوص عليها فى المادة 111 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، مثال آخر، د. نجيب ثابت الجبلى، التحكيم فى القانون اليمنى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،1996، واقتصر الباحث فيها على بيان اتفاق التحكيم وذهب إلى أنه عبارة عن اتفاق –عقد– اجرائى متوافر فيه كل شروط العقد الإجرائى، د. طلعت يوسف خاطر، إنقضاء الخصومة بالصلح القضائى، د.ن، ط 2012، واقتصر على الصلح القضائى فقط، بيد أنه مهد الدراسة بالتطرق إلى الاتفاق الإجرائى.

ثالثاً: تضارب الفقه بصدد وضع قواعد عامة تتناول تطبيقات العقد الإجرائى فى منظومة واحدة، حيث أتجه جانب من الفقه[1] إلى القول بعدم أهمية وضع نظرية عامة للعقد الإجرائى، تحت ذريعة عدم أهمية وفائدة هذه النظرية، سواء من الناحية العلمية أو العملية، وعلى العكس من الرأي السابق اتجه رأى آخر فى الفقه[2]– وبحق – إلى وجوب وضع نظرية عامة تجمع شتات العقود الإجرائية، بيد أنه استحسن أن تطلق عليها الاتفاقات الإجرائية وليست العقود الإجرائية، لكونه يفرق بين العقد والاتفاق[3]

رابعاً: قلة – بل ندرة– الدراسات التي تناولت فكرة العقود الإجرائية رغم الأهمية القصوى لهذا الموضوع من الناحية العملية مما يحفزنا إلى دراسة هذه العقود لإيجاد رابطة تربطها مع بعضها البعض، ومساهمة منا في إثراء المكتبة العربية التي تفتقر إلى دراسات في هذا الموضوع ومما يساعد

---

1) د. فتحى والى، نظرية البطلان فى قانون المرافعات، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1985، تنقيح د. أحمد ماهر زغلول، توزيع دار النهضة العربية ط2–1997، ص 144.

2) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، ط2001 ص100.

3) ذهب البعض وبحق إلى انتقاد التفرقة بين الاتفاق والعقد وذكر بأن " التفرقة بين العقد والاتفاق لم تلق قبولا من جانب الفقه السائد، إذ لا يترتب على إعمالها أى أثر أو نتيجة قانونية، فالقانون لا يفرق فى شأن الاتفاقات والعقود بحسب ما إذا كانت تنشئ الالتزامات أو تعدلها أو تنقلها أو تؤدى إلى انقضائها .....ولذلك فأن التفرقة بين العقد والاتفاق هى تفرقة بغير صدى من الناحية العملية، وعادة ما يستخدما كمرادفين " للمزيد يراجع، د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية،ط 1999، ص 76وما بعدها ، د. حسام الدين كامل الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، ط3– 2000 فقرة 52 ص 55، د. محمد كامل مرسى باشا، شرح القانون المدنى، الالتزامات ، الجزء الأول شرح المواد 89 إلى 161 تنقيح المستشار محمد على سكيكر، المستشار معتز كامل مرسى، منشأة المعارف ط 2005 فقرة9 ص 23، د. سعيد جبر، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2009، ص21 وما بعدها.