عز الدين بن المعطي الماحي
دكتور في الحقوق
محام عام بمحكمة النقض، ملحق برئاسة النيابة العامة
أستاذ بالمعهد العالي للقضاء

الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في المادة المدنية

- دراسة تأصيلية وعملية معززة بأكثر من 1000 حكم وقرار قضائي -

تقديم :

د. محمد عبد النباوي ـ د. محمد الإدريسي العلمي المشيشي

الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة

2024

الفهرس

شكر وتقدير 7
إهـــداء 9
فك أهم الرموز 11
تقديم الطبعة الأولى 13
تقديم الطبعة الثانية 15
مقدمة 19

الباب الأول: الأحكام العامة للاجتهاد القضائي

الفصل الأول: ماهية الاجتهاد القضائي 31
الفرع الأول: تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي 32
المبحث الأول: مفهوما الاجتهاد، والاجتهاد القضائي 32
المطلب الأول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للاجتهاد 32
الفقرة الأولى: المعنى اللغوي للاجتهاد 32
الفقرة الثانية: المعنى الاصطلاحي للاجتهاد 34
المطلب الثاني : مفهوم الاجتهاد القضائي 37
الفقرة الأولى: التعريف العام للاجتهاد القـضائي 37
الفقرة الثانية: التعريف الخاص للاجتهاد القضائي 40
المبحث الثاني: تمييز الاجتهاد القضائي عما يشبهه 46
المطلب الأول: تمييز الاجتهاد القضائي عن القضاء والعمل القضائي 46

الفقرة الأولى: النظرية الشكلية 47
الفقرة الثانية : النظرية الموضوعية أو المادية 49
الفقرة الثالثة: النظرية المختلطة 50
المطلب الثاني : تمييز الاجتهاد القضائي عن الفتوى والحكم القضائي 53
الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي والعوامل المؤثرة فيه 58
المبحث الأول : ضوابط الاجتهاد القضائي 58
المطلب الأول: ضوابط الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي 61
الفقرة الأولى: ضوابط الاجتهاد القضائي في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم 61
أولا: المجيزون لاجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم 62
ثانيا: المانعون لاجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم 64
الفقرة الثانية : ضوابط الاجتهاد القضائي في عهد الخلفاء الراشدين والصحابة رضوان الله عليهم والتابعين 67
أولا: ضوابط الاجتهاد القضائي في عهد الخلفاء الراشدين 68
ثانيا: ضوابط الاجتهاد القضائي في عصر الصحابة والتابعين 73
الفقرة الثالثة: ضوابط الاجتهاد القضائي في عهد الأئمة الأربعة 74
أولا: ضوابط الاجتهاد القضائي عند أبي حنيفة 75
ثانيا: ضوابط الاجتهاد القضائي عند الإمام مالك 77
ثالثا: ضوابط الاجتهاد القضائي عند الإمام الشافعي 80
رابعا: ضوابط الاجتهاد القضائي عند الإمام أحمد بن حنبل 81
المطلب الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي في بعض القوانين الوضعية 83

الفقرة الأولى: ضوابط الاجتهاد القضائي في بعض القوانين المقارنة..... 83
أولا: في القانون السويسري..... 83
ثانيا: في القانون المصري..... 84
ثالثا: في القانون السوري..... 85
رابعا: في القانون الكويتي..... 85
خامسا: في القانون العراقي..... 85
سادسا: في القانون الليبي..... 86
الفقرة الثانية: ضوابط الاجتهاد القضائي في القانون المغربي..... 87
المبحث الثاني: العوامل المؤثرة في الاجتهاد القضائي..... 111
المطلب الأول: العوامل الداخلية المؤثرة في الاجتهاد القضائي..... 111
الفقرة الأولى: استقلال القضاء..... 112
الفقرة الثانية: المجلس الأعلى للسلطة القضائية..... 120
الفقرة الثالثة: الإنتاجية وسيلة من وسائل التقييم المعتمدة في تنقيط القضاة وترقيتهم..... 130
الفقرة الرابعة: أخلاقيات القضاء..... 137
الفقرة الخامسة: التكوين المستمر..... 141
المطلب الثاني: العوامل الخارجية المؤثرة في الاجتهاد القضائي..... 146
الفقرة الأولى: الصياغة التشريعية..... 147
الفقرة الثانية: الـفقـــه..... 155
الفقرة الثالثة: مساعدو القضاء..... 160

الفقرة الرابعة : وسائل الإعلام..... 173

الفصل الثاني: نطاق وآليات الاجتهاد القضائي، وموقف الفقه من دوره الإنشائي..... 177

الفرع الأول: نطاق وآليات الاجتهاد القضائي..... 178

المبحث الأول: نطاق الاجتهاد القضائي..... 178

المطلب الأول: انعدام النص التشريعي..... 178

الفقرة الأولى: مدلول انعدام النص التشريعي..... 178

الفقرة الثانية: وسائل سد انعدام النص التشريعي..... 180

المطلب الثاني : غموض النص التشريعي..... 182

الفقرة الأولى : مدلول الغموض التشريعي..... 182

الفقرة الثانية: الآليات المساعدة على التخفيف من الغموض التشريعي..... 184

المبحث الثاني: آليات الاجتهاد القضائي..... 189

المطلب الأول: التكييف القانوني..... 189

الفقرة الأولى: تعريف التكييف القانوني..... 189

أولا : تعريف التكييف لغة..... 189

ثانيا : تعريف التكييف اصطلاحا..... 190

الفقرة الثانية : طبيعة التكييف القانوني..... 194

المطلب الثاني : التفسير القضائي..... 202

الفقرة الأولى: تعريف التفسير القضائي، وتحديد نطاقه..... 202

أولا : تعريف التفسير القضائي..... 202

ثانيا: نطاق التفسير القضائي 206
الفقرة الثانية: سلطات القاضي المدني في التفسير 208
أولا : سلطات القاضي المدني المقيدة في التفسر 209
ثانيا : سلطات القاضي المدني المطلقة في التفسير 219
الفرع الثاني: موقف الفقه من الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي 221
المبحث الأول: رؤية الفقه التقليدي للدور الإنشائي للاجتهاد القضائي 222
المطلب الأول: رؤية الفقه التقليدي للقضاء من الناحية العضوية والوظيفية 222
الفقرة الأولى: من الناحية العضوية 222
الفقرة الثانية: من الناحية الوظيفية 222
المطلب الثاني :المؤيدات الفلسفية والتشريعية التي يستند عليها الفقه التقليدي 226
الفقرة الأولى: المؤيدات الفلسفية 226
الفقرة الثانية: المؤيدات التشريعية 227
المبحث الثاني : رؤية الفقه المعاصر للدور الإنشائي للاجتهاد القضائي 240
المطلب الأول : النظريات التي استند إليها الفقه المعاصر 240
الفقرة الأولى: نظرية القبول الضمني 240
الفقرة الثانية : نظرية رضى المعنيين 241
الفقرة الثالثة : نظرية التفويض 242
المطلب الثاني: رؤية الكلاسيكيون الجدد للدور الإنشائي للاجتهاد القضائي 243
الفقرة الأولى: مفهوم الأمن القانوني 243
الفقرة الثانية: تأثير الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني 247

الباب الثاني:
تطبيقات الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في المادة المدنية

الفصل الأول : تطبيقات الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في مجال القواعد الإجرائية.....255

الفرع الأول : الاختصاص.....256

المبحث الأول: الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في النزاعات المتعلقة بقضايا كراء المحلات التي يكون الأصل التجاري موضوعا لها.....260

المطلب الأول: التوجهات القضائية السائدة قبل صدور القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.....262

الفقرة الأولى: التوجه القضائي الذي أسند الاختصاص النوعي للمحاكم المدنية أو التجارية.....262

أولا: التوجه القضائي المتعلق بإسناد الاختصاص النوعي للمحاكم المدنية.....262

ثانيا: التوجه القضائي المرتبط بإسناد الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية.....267

الفقرة الثانية: التوجه القضائي الذي أسند الاختصاص النوعي للمحاكم المدنية والتجارية.....269

المطلب الثاني : الجهة القضائية المختصة بعد صدور القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.....279

الفقرة الأولى: القانون رقم 16-49 تأطير جديد للكراء التجاري.....280

الفقرة الثانية: اختصاص القضاء التجاري للبت في منازعات الكراء التجاري.....287

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في النزاعات المتعلقة بالاعتداء المادي 292

المطلب الأول: الأحكام العامة لنظرية الاعتداء المادي 296

الفقرة الأولى: مفهوم الاعتداء المادي وعناصره 296

أولا: قراءة في المصطلح 296

ثانيا: تعريف الاعتداء المادي 298

ثالثا: عناصر الاعتداء المادي 301

الفقرة الثانية: تمييز الاعتداء المادي عن المفاهيم المشابهة له 304

المطلب الثاني: رصد المحطات المتعلقة بتحديد الجهة القضائية المختصة للبت في دعاوى الاعتداء المادي 307

الفقرة الأولى: مرحلة ما قبل إحداث المحاكم الإدارية 307

الفقرة الثانية: مرحلة ما بعد إحداث المحاكم الإدارية 311

المبحث الثالث: الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في طلب التعويض عن الخطأ القضائي 325

المطلب الأول: الإقرار الدستوري للمسؤولية عن الخطأ القضائي 327

الفقرة الأولى: مبدأ عدم المسؤولية عن الخطأ القضائي 327

الفقرة الثانية: مبدأ المسؤولية عن الخطأ القضائي 335

المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في طلب التعويض عن الخطأ القضائي 337

الفقرة الأولى: اختصاص محكمة النقض للبت في دعاوى المسؤولية عن الخطأ القضائي 338

الفقرة الثانية: اختصاص المحاكم الإدارية للبت في دعاوى المسؤولية عن الخطأ القضائي 344
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للدعوى 352
المبحث الأول: الصفة 358
المطلب الأول: ارتباط الصفة بالحق المطالب به من قبل المدعي 358
المطلب الثاني: مدى توافر الصفة لدى المدعى عليه 360
المطلب الثالث: إثبات صفة الادعاء بالإرائة 365
المبحث الثاني: الأهلية 371
المطلب الأول: التقاضي من ميت أو ضده 375
المطلب الثاني: إقرار الشخص المرفوعة ضده الدعوى بنقص أهليته أو أتميته 377
المطلب الثالث: الأهلية بالنسبة للمحكوم عليه بالحجر القانوني 380
المبحث الثالث: المصلحة 382
المطلب الأول: المصلحة بشأن طلب الحكم بدرهم كتعويض رمزي 384
المطلب الثاني: مدى توافر المتدخل إراديا في الدعوى على المصلحة 387
المطلب الثالث: المصلحة عند تعدد أطراف الدعوى 393
الفرع الثالث: التبليغ القضائي 399
المبحث الأول: طرق التبليغ القضائي 402
المطلب الأول: التبليغ عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل 406
الفقرة الأولى: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من عبارة "غير مطالب به" 408

الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من حيث القانون الواجب التطبيق على التبليغ بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل 418

المطلب الثاني: التبليغ بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو تنفيذا لمقتضيات اتفاقية دولية 421

الفقرة الأولى: موقف القانون المغربي 422

الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي المغربي 426

المبحث الثاني: الأشخاص المؤهلون قانونيا لاستلام التبليغ 429

المطلب الأول: التبليغ للأقارب والخدم 431

الفقرة الأولى: التبليغ للأقارب 432

الفقرة الثانية: التبليغ للخدم 434

المطلب الثاني: التبليغ للقاصر وللمحامي 435

الفقرة الأولى: التبليغ للقاصر 436

الفقرة الثانية: التبليغ للمحامي 438

المبحث الثالث: وسائل إثبات التبليغ 454

المطلب الأول: وسائل إثبات التبليغ في التشريع المغربي 454

الفقرة الأولى: إثبات التبليغ بشهادة التسليم 454

الفقرة الثانية: إثبات التبليغ بالإشعار بالتوصل بالرسالة المضمونة 456

الفقرة الثالثة: إثبات التبليغ بالغلاف المختوم 457

الفقرة الرابعة: إثبات التبليغ بمحررات المفوض القضائي 460

المطلب الثاني: وسائل إثبات التبليغ في الاجتهاد القضائي المغربي 462

الفقرة الأولى: إثبات التبليغ بصورة مشهود بمطابقتها لأصل شهادة التسليم 463
الفقرة الثانية: إثبات التبليغ بواسطة رسم عدلي 464
الفقرة الثالثة: إثبات التبليغ بواسطة القرائن 465
الفقرة الرابعة: إثبات التبليغ بالإقرار 467
الفصل الثاني تطبيقات الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في مجال القواعد الموضوعية 471
الفرع الأول: تطبيقات الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في مجال الالتزامات والعقود 472
المطلب الأول : مركز الغبن الاستغلالي في القانون المغربي 473
الفقرة الأولى: مدى إمكانية اعتبار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود سندا تشريعيا لنظرية الغبن الاستغلالي 475
الفقرة الثانية: نطاق تطبيق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود 483
أولا: المرض العقلي 483
ثانيا: مرض الموت 485
ثالثا: الحالات الأخرى المشابهة للمرض 492
المطلب الثاني: المراجعة القضائية للتعويض الاتفاقي 496
الفقرة الأولى: محددات التعويض الاتفاقي 497
أولا: خصائص التعويض الاتفاقي 499
ثانيا: تمييز التعويض الاتفاقي عن الأنظمة المشابهة له 504
الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تعديل الشرط الاتفاقي 514
أولا: الاتجاه التقليدي للاجتهاد القضائي المغربي 515

الفقرة الثالثة: الموقف الحديث للاجتهاد القضائي المغربي..... 520

أولا: تحول الاجتهاد القضائي المغربي..... 520

ثانيا: مراجعة التعويض الاتفاقي في إطار قانون 95/ 27..... 523

المطلب الثالث: البيع العقاري في نطاق الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود المغربي..... 525

الفقرة الأولى: التوجهات الفقهية والقضائية السائدة قبل صدور القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية..... 528

أولا: الفقه والقضاء المؤيد لتطبيق الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على بيع العقار غير المحفظ..... 528

ثانيا: الفقه والقضاء المؤيد لتطبيق قواعد الفقه الإسلامي على بيع العقار غير المحفظ..... 528

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من شرط الكتابة والتسجيل في بيع العقارات غير المحفظة..... 535

أولا: توثيق التصرفات العقارية في ضوء مقتضيات مدونة الحقوق العينية..... 535

ثانيا: إشكالية عبارة التسجيل الواردة في الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود..... 542

الفرع الثاني: تطبيقات الدور الانشائي للاجتهاد القضائي في مجال قضايا الأسرة..... 547

المطلب الأول: حق الكد والسعاية..... 548

الفقرة الأولى: الأحكام العامة لحق الكد والسعاية..... 550

أولا: مفهوم الكد والسعاية ومشروعيته..... 550

ثانيا: التكييف القانوني لحق الكد والسعاية..... 554

الفقرة الثانية: دور الاجتهاد القضائي في تكريس حق الكد والسعاية 558
أولا: نطاق تطبيق حق الكد والسعاية 558
ثانيا: إثبات حق الكد والسعاية 560
ثالثا: مدى إمكانية الاعتداد بالعمل المنزلي للزوجة في احتساب مقابل السعي 564
المطلب الثاني: حق طالبة التطليق للشقاق في الحصول على المتعة 570
الفقرة الأولى: حالات استحقاق المتعة في التشريع المغربي 574
الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي من إشكال تمتيع طالبة التطليق للشقاق من المتعة 578
الفقرة الثالثة: التطليق بسبب سجن الزوج أو حبسه 590
أولا: التطليق بسبب سجن الزوج أو حبسه في ظل قانون الأحوال الشخصية 591
ثانيا: التطليق بسبب سجن الزوج أو حبسه بعد صدور مدونة الأسرة 594
الفرع الثالث: تطبيقات الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي في مجال التحفيظ العقاري والحقوق العينية 606
المطلب الأول: التعرض على مطلب التحفيظ 607
الفقرة الأولى: الأحكام العامة للتعرض 607
أولا: الأشخاص الذين يحق لهم التعرض 609
ثانيا: كيفية تقديم التعرض 615
ثالثا: آجـــال التعـــرض 616
الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من بعض الإشكالات المرتبطة بالتعرض 621
أولا: تكملة الاجتهاد القضائي للقواعد المنظمة لقبول التعرض 621

ثانيا: تفسير وتأويل الاجتهاد القضائي للنصوص المنظمة للتعرض 624
المطلب الثاني: قاعدة التطهير 632
الفقرة الأولى: الأساس القانوني لقاعدة التطهير والاستثناءات الواردة عليها 634
أولا: الأساس القانوني لقاعدة التطهير 634
ثانيا: الاستثناءات الواردة على قاعدة التطهير 648
الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من بعض الإشكالات ذات الصلة بقاعدة التطهير 654
أولا: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من النطاق الموضوعي والشخصي لقاعدة التطهير 655
ثانيا: موقف الاجتهاد القضائي المغربي من مجال دعاوى تعويض المتضرر من التطهير 666
المطلب الثالث: الشفعة في العقار 677
الفقرة الأولى : الأحكام العامة للشفعة 678
أولا: إشكال نطاق تطبيق الشفعة 679
ثانيا: علاقة مدونة الحقوق العينية بقانون الالتزامات والعقود في مجال الشفعة 683
الفقرة الثانية: الإشكالات المتعلقة بالتقييد بالرسم العقاري 686
أولا: مدى إمكانية ممارسة الشفعة بناء على بيع غير مقيد بالرسم العقاري 683
ثانيا: الإشكال المرتبط بالمشفوع منه في حالة البيوع المتتالية 691
خاتمة 695
لائحة المراجع 717
الفهرس 803

- دكتور في الحقوق
- محام عام بمحكمة النقض ملحق برئاسة النيابة العامة
- مستشار سابق بالمحكمة الإدارية بفاس
- أستاذ بالمعهد العالي للقضاء
- أستاذ زائر بالعديد من كليات الحقوق
- المدير المسؤول عن مجلة محاكمة
- حاصل على شهادتي الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة
- مسؤول إداري سابق بالإدارة المركزية بوزارة العدل

هذا الكتاب

... ومما يجعل هذا البحث من الأعمال العلمية التي ستسد فراغا في الخزانة القانونية ببلدنا، أنه قام بالإحاطة بجوانب كثيرة، سواء في مجال القواعد الموضوعية أو في نطاق القواعد الإجرائية أو المسطرية التي تندرج في إطار المادة المدنية.

واستطاع الدكتور عز الدين الماحي أن ينجح في بلوغ الغايات التي سطرها منذ بداية بحثه إلى نهايته، وذلك بمنهج قانوني رصين، وبلغة وأسلوب جيدين يعكسان كفاءة الباحث وتكوينه على المستويين النظري والعملي.

مقتطف من كلمة السيد محمد عبد النباوي

... وقد جاء محتوى الكتاب وفيا لهذا التوجه، فأكثره عملي تطبيقي محيط بالمادة المدنية، حيث تغلب القضايا المعروضة على القضاء بغزارتها وتنوعها كل أنواع القضايا الأخرى، وتعطي بالتالي تجسيدا بليغا لدور الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية لسد ثغرات النص أو إجلاء غموضه أو تحديد نطاقه أو توسيعه.

ويدل هذا على مستوى المؤلف وحسن اختياره للموضوع وكفاءته العالية في البحث بتعمق في التحليل والمناقشة والموضوعية في عرض الأفكار والآراء والشمولية بل الإحاطة في مسح الاجتهادات القضائية الغزيرة بعناية هادئة متأنية، أمام هذه المعطيات، يعجز كاتب هذه السطور عن تسجيل هفوات مخلة بقيمة البحث بل على العكس يسر بأجوبته الشافية على أسئلة متعددة ومؤرقة، أجوبة كفيلة بمساعدة القاضي الحريص على التعليل الدقيق المناسب والمشرع المتشبث بملاءمة التشريع لمتطلبات وحاجيات المجتمع.

مقتطف من كلمة السيد محمد الإدريسي العلمي المشيشي